

# Propuesta de Código Mercantil y sociedad cooperativa

## *Proposal for a Commercial Code and cooperative society*

por

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ  
*Doctora en Derecho*  
*Profesora Titular de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Murcia*

RESUMEN: La Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Comisión General de Codificación y convertida ya en Anteproyecto de Ley, reconoce carácter mercantil a la cooperativa y a otras figuras como las mutuas de seguros y las sociedades de garantía recíproca y prevé su inscripción en el Registro Mercantil. De prosperar este planteamiento se superaría la previsión del artículo 124 del Código de Comercio, que lleva a considerar mercantiles a las cooperativas que se dediquen a actos de comercio extraños a la mutualidad y se impondría el criterio de mercantilidad por la forma. La cooperativa se convertiría en un comerciante de los del artículo 1 del Código de Comercio y es al Estado a quien compete la regulación de los sujetos jurídicos privados, según tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional. La cuestión es cómo conjugar la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil del artículo 149.1.6.º CE y la doctrina del Tribunal Constitucional existente con la competencia exclusiva por parte de las Comunidades Autónomas en materia de cooperativas. El debate sobre la pregunta formulada no debe obviar los planteamientos que se recogen en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, norma que pretende evitar o minimizar las distorsiones que puedan derivarse de la organización administrativa territorial. Acaso esta norma encierre mecanismos que ayuden

a cohonestar competencia autonómica y competencia estatal en materia de sociedades cooperativas.

**ABSTRACT:** *The Proposal for a new Commercial Code prepared by the Legal Codification Commission establishes the mercantile nature of cooperatives and other entities such as mutual insurance and mutual guarantee societies. It also stipulates the inscription in the Registry of Commerce. In case that proposal is finally passed by the Parliament this new approach would overtake the provision of section 124 Comm. Code and opt for the criterion of merchantability by form. Cooperatives would then become a merchant according to section 1 Comm. Code, and here must be remembered that the Spanish Constitutional Court has repeatedly declared the competence of Central State for regulating private legal subjects.*

*The question that arises is how to combine the exclusive competence of the Central State in Commercial Law (section. 149.1.6 of the Spanish Constitution) and the exclusive competence of Autonomous Communities in cooperatives shaped during decades by our Constitutional Jurisprudence.*

*The legal reasoning around this topic should not ignore the proposals and solutions set out in the Warranty of Market Unity Act, intended to prevent or minimize distortions caused by territorial distributions of powers since this Act may hold mechanisms and criteria that will help to harmonize regional competence and state competence when it comes to regulate cooperative societies.*

**PALABRAS CLAVE:** Cooperativa. Mercantilidad. Registro Mercantil. Competencia. Unidad de Mercado. Conferencias Sectoriales. Tribunal Constitucional.

**KEY WORDS:** *Cooperative. Merchantability. Registry of Commerce. Competence. Market unit. Sectoral conferences. Constitutional Court.*

**SUMARIO:** I. RECORDANDO LOS DEBATES DOCTRINALES SOBRE LA SOCIEDAD COOPERATIVA: 1. LA COOPERATIVA COMO SOCIEDAD. 2. EL CARÁCTER DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA: A) *La sociedad cooperativa en el artículo 124 del Código de Comercio:* a) Los actos incluidos en la mutualidad: la actividad cooperativizada; b) Los actos extraños a la mutualidad: el objeto social. B) *Sociedad mercantil por el objeto.*—II. EL DESACERTADO CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. MATERIA COOPERATIVA Y CONFLICTOS DE COMPETENCIA. 2. LA REALIDAD: UNA SOCIEDAD MERCANTIL MÁS.—III. MERCANTILIDAD DE LA COOPERATIVA EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL: 1. SOCIEDAD MERCANTIL POR LA FORMA. 2. LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS COMO «LEGISLACIÓN MERCANTIL».—IV. UN NUEVO ESCENARIO COMPETENCIAL: 1. RE-

LEYENDO (PARA REINTERPRETAR) AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2. LA UNIDAD DE MERCADO: A) *Las conferencias sectoriales*. B) *Control de las actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación*. 3. RECAPITULACIÓN. 4. DE NUEVO, LA LEY DE ARMONIZACIÓN: A) *Condicionantes políticos y materiales*. B) *El interés general*. C) *Armonización y ius superveniens*.—V. SOBRE EL RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA TRAS LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL: 1. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL CONTENIDO EN LA PROPUESTA DEL CÓDIGO MERCANTIL: A) *La cooperativa y el régimen jurídico general de las sociedades mercantiles*. B) *Adaptación al régimen jurídico general de las sociedades mercantiles*. 2. EL (OMITIDO) RÉGIMEN COMÚN DE LAS SOCIEDADES MUTUALISTAS. 3. RÉGIMEN PROPIO DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA: A) *Disposiciones comunes*. B) *Otras disposiciones comunes*. C) *Asociacionismo cooperativo y relaciones con la Administración Pública*. 4. QUÉ QUEDA A LA ARMONIZACIÓN.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. RECORDANDO LOS DEBATES DOCTRINALES SOBRE LA SOCIEDAD COOPERATIVA

Con respecto a la sociedad cooperativa se ha discutido por nuestra doctrina no solo su carácter (civil o mercantil) sino, antes, el hecho de que realmente sea una sociedad<sup>1</sup>.

### 1. LA COOPERATIVA COMO SOCIEDAD

El argumento utilizado por quienes entienden que la cooperativa no es una sociedad<sup>2</sup> es, en esencia, el siguiente: según el artículo 116 del Código de Comercio (y el art. 1665 CC) para que exista «sociedad» es indispensable que quienes la constituyan tengan la intención de obtener un lucro o ganancia por medio de ella. Y se daba la circunstancia de que la legislación anterior a la Ley 52/1974, de 19 de diciembre<sup>3</sup>, excluía expresamente en las cooperativas el ánimo de lucro en cuanto supusiera un beneficio para la intermediación, impidiendo que la cooperativa persiguiera un beneficio repartible. En consecuencia, la cooperativa no podía ser calificada como sociedad<sup>4</sup>.

Este argumento se ha ido corrigiendo, elaborándose un concepto amplio de sociedad en el que el ánimo de lucro, o bien no es esencial o inherente al concepto de sociedad<sup>5</sup>, o bien se identifica con una ventaja patrimonial o económica<sup>6</sup>, aunque no consista precisamente en una ganancia repartible entre los socios<sup>7</sup>. Por ello, en una y otra concepción, se ha sostenido la calificación de la cooperativa como sociedad<sup>8</sup>.

La Ley 52/1974, de 19 de diciembre, de Cooperativas, suprimió el obstáculo para esta consideración al admitir el ánimo de lucro, antes excluido de la definición legal de cooperativa<sup>9</sup>, reconociendo así que esta no excluye ni el ánimo de lucro en general ni el concreto de obtener una ganancia, puesto que ha de producir beneficios si quiere ser eficaz<sup>10</sup>. La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (LCoop.) defiende en su Exposición de Motivos la eficacia y rentabilidad propias del carácter empresarial de las cooperativas, señalando que el fin último del conjunto de socios es la rentabilidad económica y el éxito de su proyecto empresarial (párrafos 2.º y 3.º). La Ley de Cooperativas llega a distinguir, incluso entre cooperativas con o sin ánimo de lucro, siendo la regla general el ánimo de lucro y quedando la calificación de entidad no lucrativa para aquellas «que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, así como las que realicen actividades económicas que conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier tipo de exclusión social» (DA Primera).

Cabe señalar también que la CE, las leyes de cooperativas, la ley de sociedades de capital<sup>11</sup> y la de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, entre otras, califican a las cooperativas como sociedades. Este argumento (el terminológico), soslayado tiempo atrás por insuficiente, dadas las discusiones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la cooperativa<sup>12</sup>, vuelve a ser considerado uno más al resultar admitido su carácter societario. Y obsérvese que la Ley de Cooperativas comienza su articulado afirmando que «la cooperativa es una sociedad»<sup>13</sup>.

## 2. EL CARÁCTER DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA

Determinada la naturaleza societaria de la cooperativa se plantea desde ciertos sectores la dificultad para admitir su carácter mercantil. La cuestión, irrelevante desde el punto de vista económico pues la cooperativa es una forma de organización de empresa<sup>14</sup>, no lo es desde un punto de vista jurídico, pues al ser la cooperativa una persona jurídica, no puede ser calificada como empresa (actividad o bien), sino como empresario (sujeto que ejerce esa actividad y titular de ese bien)<sup>15</sup>.

### A) *La sociedad cooperativa en el artículo 124 del Código de Comercio*

A nuestro juicio, el precepto de la legislación mercantil «detonante» de las discusiones doctrinales sobre la mercantilidad de la cooperativa es el artículo 124 del Código de Comercio, pues tras excluir de su campo de vigencia a las cooperativas, rompe en su inciso final el binomio cooperación-mutualidad, al admitir que

puedan calificarse como mercantiles las cooperativas (de producción, de crédito o de consumo) cuando se dediquen a actos de comercio extraños a la mutualidad, quedando por tanto sujetas a las disposiciones del Código<sup>16</sup>.

Los comentaristas de principios de siglo<sup>17</sup> quisieron ver en este artículo el reconocimiento formal de dos modalidades de cooperativas: las que se ajustan al principio de mutualidad y orientan sus operaciones hacia los socios, por lo que no pueden ser caracterizadas como mercantiles<sup>18</sup>, y las que operan con criterios ajenos a la mutualidad y en consecuencia «se considerarán mercantiles y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código»<sup>19</sup>. Pero, en realidad, el Código de Comercio no indica que las cooperativas sean mercantiles ni que no lo sean<sup>20</sup>, lo que coincide con la Base Quinta del Decreto de 20-9-1869 (Bases para la redacción del CCom.), que establecía la ampliación del contrato de compañía mercantil a «cooperativas mixtas de socios contribuyentes por acto benéfico sin retribución y socios partícipes de resultados y beneficios». Como se ha afirmado, lo que hace el artículo 124 del Código de Comercio es fijar un criterio de mercantilidad, sin prejuzgar de forma definitiva el carácter mercantil o no de la cooperativa<sup>21</sup>.

Sin embargo, la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio de 18 de marzo de 1882, apartándose de sus Bases e ignorando el texto del artículo 124 del Código de Comercio, sí consagraba el principio general de la «no mercantilidad» de las cooperativas por considerar que en ellas faltaba el espíritu de especulación, incompatible con su naturaleza. De este modo, se alejaba a las cooperativas del ámbito de las sociedades mercantiles, «mientras no resulte claramente de sus estatutos o del ejercicio habitual de algunos actos de comercio que merecen aquella denominación»<sup>22</sup>.

Tales argumentos pueden ser rebatidos en el estado actual de evolución de nuestro Derecho de sociedades, puesto que la mayoría de la doctrina conviene en que no es consustancial a la cooperativa la ausencia de ánimo lucrativo<sup>23</sup>; que, en cualquier caso, este es entendido en sentido amplio como cualquier ventaja patrimonial o económica; y que la actividad de la cooperativa no es exclusivamente de carácter interno con sus socios, sino que trasciende a esferas diversas, incluso ajenas a la mutualidad<sup>24</sup>. De manera que nada impide que la cooperativa pueda adquirir la condición de sociedad mercantil conforme al artículo 124 del Código de Comercio y la cualidad de empresario en atención al artículo 1.2 del propio Código<sup>25</sup>.

Para ello hay que analizar el criterio de mercantilidad del artículo 124 del Código de Comercio: la cooperativa será mercantil cuando realice «actos de comercio extraños a la mutualidad». Habrá que concretar entonces cuáles sean los actos incluidos en la mutualidad, cuáles los extraños a la misma y, finalmente, su naturaleza, pues si son actos de comercio habremos concluido la naturaleza mercantil de la cooperativa.

a) Los actos incluidos en la mutualidad: la actividad cooperativizada

La sociedad cooperativa tiende, por definición, a asociar a personas con intereses o necesidades socio-económicas comunes. La identificación de la necesidad común es la que determina la actividad cooperativizada, la adscripción a una de las clases de cooperativas previstas en las leyes y la que marca las condiciones que han de reunir los socios para poder serlo. En tal sentido, la actividad cooperativizada, es decir, la que realiza la cooperativa con sus socios y que, por tanto, se desenvuelve en la vertiente interna, es la que integra la mutualidad cooperativa; pero tal actividad se puede realizar también con terceros no socios<sup>26</sup>. Hasta épocas recientes, la legislación cooperativa ha sido reticente a la admisión de la actuación con terceros; incluso la LGC no la permitía de forma generalizada, sino con carácter restrictivo y específico para cada clase de cooperativas<sup>27</sup>, pese a que su Exposición de Motivos —y en el mismo sentido las leyes autonómicas— señalase que «no se puede mantener a ultranza el denominado principio mutualista».

La doctrina suele considerar que la alusión a la realización de «actos de comercio extraños a la mutualidad», valedora del carácter mercantil de las cooperativas, se ha de entender referida a la realización de la actividad cooperativizada con no socios, a las operaciones con terceros<sup>28</sup>. Sin embargo, hay que recordar que la sociedad cooperativa actúa de forma diferente y en diversos planos: existe la actividad cooperativizada con socios y terceros; pero también el objeto social, entendido como actividad que desarrolla la cooperativa hacia el exterior para [luego en el plano interno] satisfacer las exigencias de la actividad cooperativizada; sin olvidar las inversiones o participaciones en otras entidades, cooperativas o no<sup>29</sup>. Ante tal variedad de actuaciones cabe cuestionar si la actividad cooperativizada con terceros es la constitutiva de los actos «extraños a la mutualidad» a que alude el artículo 124 del Código de Comercio.

A nuestro juicio la respuesta ha de ser negativa. Es significativo que las leyes tan solo se ocupen de admitir tales operaciones, determinar el porcentaje de actuación en cada clase de cooperativas, indicar el destino de sus resultados y exigir una contabilidad separada para las mismas. En lo demás, el régimen de la actividad cooperativizada con terceros se presume que es el mismo que el de la realizada con los socios. Y es que, en realidad, la participación de no socios en la actividad cooperativizada no constituye una actividad extraña a la mutualidad ni altera su régimen sino que, por el contrario, se encuentra inmersa en la misma y pertenece a la esfera interna de la cooperativa. Se podría decir que en las operaciones con terceros la mutualidad «abre sus puertas» a personas ajenas a la sociedad, presumiblemente, con una doble finalidad: para incrementar la actividad cooperativizada y para captar nuevos socios entre los terceros relacionados con la cooperativa porque participan en esa actividad<sup>30</sup>.

Aunque prescindieramos de este planteamiento, la realización de la actividad cooperativizada con terceros difícilmente podría servir de pauta delimitadora de la mercantilidad. En primer lugar, porque no todas las clases de cooperativas pueden realizar operaciones con terceros, con lo que las clases en que no se admite quedarían excluidas *ab initio* del análisis de su mercantilidad. En segundo lugar, porque la autorización para operar con terceros no es ilimitada sino que se ha de circunscribir a los porcentajes legales y/o estatutarios. Y en tercer lugar, porque no se puede obligar a los terceros a participar en la actividad cooperativizada, por lo que puede que participen en un ejercicio económico, pero no en otro, o puede que la participación alcance la cifra máxima o se produzca en un porcentaje muy reducido. Llegados a este punto, cabe preguntar si acaso la calificación de una sociedad puede hacerse depender de lo que le acontezca en cada ejercicio económico; si puede en uno ser mercantil y no así al siguiente. Pensamos, por ello, que en las operaciones con terceros la mutualidad se extiende a estos, de forma que no serían actos extraños a la mutualidad sino que quedarían, por el contrario, inmersos en la misma<sup>31</sup>.

b) Los actos extraños a la mutualidad: el objeto social

En atención a la conclusión precedente, el elemento para determinar la naturaleza jurídica de la cooperativa creemos que ha de ser la distinción entre actividad cooperativizada y objeto social<sup>32</sup>. La doctrina suele centrarse solo en la actividad cooperativizada, a la que identifica con el objeto social. Pero ambas realidades pueden y deben diferenciarse, pues en las cooperativas el objeto social tiene un valor instrumental o accesorio a la actividad cooperativizada y a través de él es posible realizar esta última<sup>33</sup>. Es cierto que la distinción es más nítida en algunas clases de cooperativas que en otras pero, sin duda, es defendible desde el plano jurídico<sup>34</sup>. Así, por ejemplo, la actividad cooperativizada de una cooperativa agraria puede ser la entrega de productos de las explotaciones de los socios para su comercialización, constituyendo esta última el objeto social de la cooperativa. El hecho de que en la cooperativa de nuestro ejemplo se permita que terceros no socios entreguen también sus productos (participen en la actividad cooperativizada) no le quita ni le pone, a nuestro juicio, la naturaleza mercantil a la entidad. Es la posterior comercialización de esos productos la que le otorgaría tal carácter. O en una cooperativa de trabajo asociado, cuya actividad cooperativizada es la prestación del trabajo personal de los socios y donde la realización de esta actividad con terceros se traduce en la admisión de trabajadores no socios; ¿acaso esta actuación con terceros (contratar asalariados) se puede entender como acto de comercio extraño a la mutualidad apto para otorgar la mercantilidad? La respuesta es, de todo punto, negativa.

El análisis se debe centrar, por tanto, en el objeto social, en la actividad [instrumental] que desarrolla la cooperativa hacia el mercado<sup>35</sup> y que, desde nuestro punto de vista, es la actividad «extraña a la mutualidad» a los efectos del artículo 124 del Código de Comercio<sup>36</sup>. El objeto social, es decir, la o las actividades (de comercio o no) a desarrollar por la cooperativa hacia el exterior, tiene el mismo sentido y cumple la misma función que en el resto de formas sociales<sup>37</sup>. En cuanto a su realización, la cooperativa se comporta en el mercado como un sujeto más del tráfico económico, quedando sometida a las reglas de funcionamiento del mismo<sup>38</sup>. Y si para el resto de las formas sociales no se tiene en cuenta el ámbito de las relaciones sociedad-socio para determinar su naturaleza o carácter, sino, por el contrario, la actividad realizada por la sociedad hacia el exterior, esto es, el objeto social —siempre y cuando el problema no estuviere ya resuelto por la ley especial que confiera a la sociedad que regule la mercantilidad por la forma<sup>39</sup>—, no tiene sentido determinar la mercantilidad o no de la cooperativa en atención a la actividad cooperativizada con los socios —o incluso con terceros—. Este plano interno servirá para determinar si se está ante una sociedad de personas, de capitales o mutua, pero no para concretar su carácter civil o mercantil<sup>40</sup>.

#### B) *El criterio de mercantilidad por el objeto*

En consecuencia, a nuestro modo de ver, el Código de Comercio establece para las cooperativas un criterio de mercantilidad distinto del reservado para el resto de las formas sociales que regula. Mientras que para estas últimas (sociedad colectiva y comanditaria) prevé la confluencia de los criterios de forma y objeto, para las primeras el carácter mercantil lo hace depender de un criterio objetivo, cual es la realización de actos de comercio<sup>41</sup>. La razón del diferente tratamiento se encuentra en la Exposición de Motivos del Código que, como sabemos, alejaba a las cooperativas de su ámbito, centrándose solo en las sociedades que, en atención al ánimo de lucro, consideraba mercantiles.

Como es sabido, el Código de Comercio establece la mercantilidad de las sociedades que se constituyen con arreglo a sus normas (mercantilidad por la forma, art. 116 CCom.) a las que, en consecuencia, confiere la condición de comerciante (mercantilidad por el objeto, art. 1.2 y 1 CCom.). Este doble criterio quiebra con la promulgación del Código Civil, al poder existir sociedades con forma mercantil pero civiles por el objeto a que se consagren, siendo este último el que da el carácter a la entidad de que se trate (art. 1670 CC). Las leyes especiales posteriores dejan relegado el problema al ámbito de las sociedades colectivas y comanditarias simples, pues la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada, la comanditaria por acciones, incluso la sociedad de garantía recíproca y la agrupación de interés económico, se definen como sociedades mercantiles por la forma.



En nuestra opinión, y en atención a lo expuesto, la cooperativa debe situarse al lado de las sociedades de personas en cuanto a la determinación de su carácter civil o mercantil. Y así, puesto que el Código no las regula, pero admite que puedan ser mercantiles si realizan actos de comercio, y dado que la legislación especial no se ha atrevido a instituir su mercantilidad por la forma<sup>42</sup>, no cabe duda de que en las cooperativas rige el criterio sustantivo propio del Derecho común centrado en la actividad en que consista su objeto social<sup>43</sup>. Pero con esta solución habrá que afrontar, caso por caso, el problema de calificar la actividad constitutiva del objeto social de la cooperativa para, si es mercantil, atribuirle la condición de comerciante<sup>44</sup>, tarea con la que se resta seguridad jurídica y se ignora el hecho de que la cooperativa desarrolla una actividad dirigida al mercado, según el modelo de organización empresarial. Se explica así que un sector de nuestra doctrina haya propuesto una interpretación que generalice a las cooperativas el carácter de comerciante por razón de la forma<sup>45</sup>, mientras que otro considera que el criterio de mercantilidad por la forma, aplicable a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, se ha extendido ya sustancialmente a las sociedades cooperativas<sup>46</sup>.

En la práctica, el problema de identificar si la cooperativa es mercantil y, en tal caso, declararle aplicable el estatuto jurídico del empresario, ha sido solucionado por vía indirecta en la propia legislación cooperativa<sup>47</sup>. Cuestiones tales como la llevanza de la contabilidad, el registro y publicidad de estas entidades, así como de sus actos, o las soluciones a las situaciones de insolvencia, han sido abordadas por el legislador cooperativo al modo en que son tratadas respecto del resto de las sociedades mercantiles o con remisión expresa a las normas mercantiles<sup>48</sup>. En realidad, el único aspecto del estatuto jurídico del empresario que queda por definir ante la incerteza de si la cooperativa es o no comerciante es el relativo a la calificación de los contratos en los que participe una cooperativa en los supuestos en que aquella dependa de la participación en estos de un comerciante.

## II. EL DESACERTADO CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si las consideraciones aquí vertidas hubieran estado en la mente de los redactores de la Constitución de 1978 y de su intérprete, el Tribunal Constitucional (TC), se habría evitado la gran disfunción que supone la inexistencia de una regulación unitaria de la sociedad cooperativa en el seno de nuestro Estado<sup>49</sup>. Pero no fue así, sino que, como sabemos, la competencia en materia de cooperativas se incorporó a diversos Estatutos de Autonomía, indicando, eso sí, «conforme a la legislación general en materia mercantil».

## 1. MATERIA COOPERATIVA Y CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Cuando se plantearon los conflictos de competencia con ocasión de las primeras leyes autonómicas de cooperativas<sup>50</sup>, el TC, quizá influido por las discusiones doctrinales ya referidas en torno a la mercantilidad de esta sociedad, dejó pasar la oportunidad de explicitar la inclusión del régimen jurídico de la sociedad cooperativa en el término «legislación mercantil» del artículo 149.1.6.º CE. En realidad, adoptó una posición —presuntamente— conciliadora de los intereses autonómicos y estatales, sin advertir las ulteriores consecuencias (negativas) de esta solución.

El resultado al que llega el TC es ambiguo pues, se aparta (indebidamente, a nuestro juicio) de cualquier análisis sobre la mercantilidad de la cooperativa<sup>51</sup>, pero admite la aplicación de la legislación mercantil a estas entidades, bien porque su regulación contenga preceptos mercantiles, o bien porque la legislación cooperativa remita expresamente a ella, reconociendo además que en el caso de que debiera calificarse de sociedad mercantil algún tipo de cooperativa, le sería de aplicación la legislación mercantil<sup>52</sup>.

Ciertamente, la polémica doctrinal relativa a la naturaleza jurídica de la cooperativa no parece (y no es) razón suficiente para que el TC dejara escapar en 1983 esta materia a la competencia del legislador estatal. Desde nuestro punto de vista, al margen de las consideraciones que merezca el reconocimiento de potestad legislativa autonómica en materias tradicionalmente integradas bajo el concepto «legislación mercantil», o incluso de la interpretación realizada por nuestro más alto Tribunal, cabe dudar de la oportunidad de esta atribución competencial a las Comunidades Autónomas<sup>53</sup>. Sobre todo cuando la razón de la competencia estatal sobre la legislación mercantil reside en la necesidad de asegurar un ordenamiento jurídico-mercantil unitario para todo el territorio nacional (contrapuesto al carácter fragmentario e incompleto del Derecho de las Comunidades Autónomas), que no debe verse afectado por la distribución de competencias<sup>54</sup>.

La justificación que se ofrece por el TC es ciertamente desconcertante: «No puede calificarse a la materia cooperativa como mercantil de manera que el mandato del artículo 149.1.6.º CE, que atribuye al Estado la legislación mercantil, viniera a vaciar de contenido las competencias atribuidas en el Estatuto, sin perjuicio de que la legislación sobre Cooperativas de la Comunidad Autónoma debe respetar la legislación mercantil del Estado en lo que resulte aplicable a estas sociedades» (FJ 3). Parece que para el TC el problema parte de las leyes orgánicas por las que se aprobaron los Estatutos de Autonomía en que se incluía esta competencia; una vez asumida, su ejercicio ulterior por el legislador autonómico solo preocupa al TC en la medida que descompense los espacios competenciales. Pero, en realidad, el problema no era ese, sino determinar si la materia cooperativa era o no competencia exclusiva de las

Comunidades Autónomas<sup>55</sup>. Y, en este punto, entendemos, que bien subsumida en la expresión «legislación mercantil» o bien fuera de dicho adjetivo, la regulación de la sociedad cooperativa debió atribuirse al Estado. La consecuencia no hubiera sido «vaciar de contenido las competencias atribuidas en el Estatuto», sino extraer del mismo las competencias que nunca debió asumir<sup>56</sup>. Un simple ejemplo es significativo: el artículo 149.1 CE no incluye entre las competencias exclusivas del Estado la legislación de sociedades anónimas. ¿Cuál hubiera sido la interpretación del TC si los Estatutos de Autonomía, en aplicación del artículo 149.3 CE, hubieran asumido competencia exclusiva en materia de sociedades anónimas? Huelga la respuesta.

Además el TC, en otras sentencias no relacionadas con la legislación cooperativa, proporciona argumentos que permitirían concluir que esta última es materia que debió quedar reservada al Estado por estar tácitamente incluida en la expresión «legislación mercantil». Sirva como ejemplo la STC 14/1986, de 31 de enero<sup>57</sup>, cuyos planteamientos resultan trasladables *mutatis mutandis* a la cooperativa. En ella se resuelve que «la sociedad pública vasca especial, por tratarse de una sociedad mercantil en su actuación externa, ha de relacionarse con toda clase de sujetos, con la creación de la indeterminada serie de relaciones jurídicas con terceros, propia e indeclinable de este tipo de personas jurídicas, con lo que su regulación por la ley impugnada incide plenamente dentro de la amplia fórmula de la «legislación mercantil» que el artículo 149.1.6 CE incluye» (FJ 9). Interpretación que ha sido precisada entendiendo que «lo relevante no es la creación de entidades con capacidad de entablar relaciones jurídicas con terceros, sino la pretensión de la normativa impugnada de incidir de alguna forma sobre la disciplina de tales relaciones»<sup>58</sup>; por ello, crear y disciplinar una sociedad mercantil especial invade claramente las competencias sobre la legislación mercantil<sup>59</sup>.

Es claro que las leyes de cooperativas autonómicas inciden sobre la disciplina de las relaciones jurídicas de estas entidades con terceros, materia comprendida en la regulación privada del tráfico empresarial competencia exclusiva estatal. En otras sentencias<sup>60</sup>, el TC afirma que es al Estado a quien compete la regulación jurídico-privada de las relaciones surgidas en el tráfico comercial y solo justifica la potestad legislativa autonómica en materias con clara incidencia del «interés público», circunstancia que, a nuestro juicio, no concurre en el marco de la legislación cooperativa, antes al contrario. Lo básico es que las leyes de cooperativas disciplinan un empresario social, la cooperativa, y su uniformidad resulta esencial para la unidad de mercado, por lo que lo adecuado hubiera sido considerarla incluida bajo la expresión «legislación mercantil», evitando la aplicación del mecanismo del artículo 149.3 CE y la asunción de la competencia en materia de cooperativas por algunos Estatutos de Autonomía, así como el posterior proceso de transferencia de dicha competencia al resto de Comunidades Autónomas por ley orgánica.

## 2. LA REALIDAD: UNA SOCIEDAD MERCANTIL MÁS

Las circunstancias actuales ponen de manifiesto que la cooperativa es un «empresario que actúa profesionalmente en el mercado»<sup>61</sup> coexistiendo en el tráfico económico con otras formas sociales con las que unas veces entra en competencia y otras se relaciona y contrata. Como se ha señalado *supra*, no solamente realiza actividades cooperativizadas con socios y terceros, sino que establece relaciones jurídicas externas a la mutualidad no subsumibles, por tanto, en las relaciones típicas de aquellas, pero de valor instrumental necesario para la consecución del fin social, operando a modo de verdaderas sociedades mercantiles<sup>62</sup>. Así, el acercamiento entre estas y las cooperativas se produce por el hecho de que las últimas son también una forma de ejercicio colectivo de una empresa<sup>63</sup>.

Subyace pues una justificada tendencia a caracterizar a la cooperativa como una más entre las sociedades *mercantiles*<sup>64</sup>. Y, al igual que en su actuación económica, la cooperativa requiere de la aplicación de técnicas empresariales, en el campo del Derecho demanda un tratamiento paritario en las materias en que coincide con los demás empresarios sociales, por lo que el estatuto del comerciante debe aplicarse también a las cooperativas como salvaguarda de la seguridad jurídica en el tráfico empresarial. Esta exigencia, puesta de manifiesto por la doctrina<sup>65</sup>, tiene su respaldo en las propias leyes de cooperativas, que hacen asumir a la sociedad cooperativa derechos y obligaciones comprendidas en dicho estatuto<sup>66</sup>, siendo además tratada en su regulación, en muchos aspectos, como las sociedades mercantiles<sup>67</sup>.

## III. MERCANTILIDAD DE LA COOPERATIVA EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

### 1. SOCIEDAD MERCANTIL POR LA FORMA

La Propuesta de Código Mercantil, convertida en Anteproyecto de Ley el 30 de mayo de 2014, introduce la regla general de mercantilidad de las sociedades que acoge el doble criterio de objeto y forma, al tiempo que enumera los que pueden considerarse tipos básicos de sociedad mercantil. Así, el artículo 211-1,1 declara que «son sociedades mercantiles las que *tengan por objeto* la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado y las que, cualquiera que sea su objeto, adopten alguno de los *siguientes tipos*: a) La sociedad colectiva; b) La sociedad comanditaria simple; c) La sociedad limitada; d) La sociedad anónima; e) La sociedad comanditaria por acciones.

Como se observa, la Propuesta hace expresa atribución de mercantilidad a las sociedades cooperativas, a las mutuas de seguros y a las sociedades de garantía

recíproca, entidades que, según la Exposición de Motivos, dan cobertura jurídica, con estructura corporativa, a actividades empresariales organizadas con base mutualista (apartado III-11). En cuanto a las sociedades de garantía recíproca, su ley reguladora ya le otorga mercantilidad, por lo que la Propuesta de Código no introduce realmente novedad alguna<sup>68</sup>. En cambio, el reconocimiento del carácter mercantil a la sociedad cooperativa sí que supone no solo una novedad sino, en nuestra opinión, todo un avance en términos de seguridad jurídica<sup>69</sup>, pues la cooperativa se convertiría en un comerciante de los del vigente artículo 1 del Código de Comercio, y le resultaría de aplicación, de forma automática, el estatuto jurídico del empresario. Por lo que se refiere a las mutuas de seguros, actualmente ya tienen reconocido el carácter mercantil las que lo son a prima fija (art. 124 CCom.), aunque no así las mutuas a prima variable, por lo que la Propuesta de Código vendría a igualar ambas figuras<sup>70</sup>, con las consecuencias que hemos apuntado para la sociedad cooperativa.

Como consecuencia lógica, para la Propuesta la cooperativa pasa a ser sujeto inscribible en el Registro Mercantil bajo el principio de obligatoriedad de inscripción [art. 140-2.c)]. Ya el TC había avanzado en 1983 que si debiera calificarse de sociedad mercantil algún tipo de cooperativa sería de aplicación la legislación mercantil «y en consecuencia la constitución habría de efectuarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, según preceptúa el artículo 119 del Código de Comercio», pues toda la regulación del Registro Mercantil, que incluye la determinación de los actos que han de tener acceso al mismo, es de carácter mercantil, cualquiera que sea la ley que lo contenga y su denominación», tal como se refleja en materia de registros públicos (art. 149.1.8.º CE)<sup>71</sup>.

Satisface así la Propuesta de Código Mercantil las demandas de quienes venían reclamando en la doctrina la mercantilidad de la cooperativa<sup>72</sup>, pues compartimos la opinión de aquellos que han entendido que «el criterio de la forma como dato para la aplicación del régimen jurídico se presenta tan valedero en las cooperativas como en las sociedades mercantiles»<sup>73</sup>. Pero ese reconocimiento pone en entredicho la cuestión competencial en materia de cooperativas (y también de mutuas no integradas en el sistema de seguridad social)<sup>74</sup> y hace que se tambalee el (inconsistente) Bloque de Constitucionalidad vigente en esta materia<sup>75</sup>. Algo que, por otra parte, nunca dejó de estar en entredicho y que ha sido objeto de numerosas críticas nada favorables<sup>76</sup>. Incluso hubo quien se atrevió abiertamente a considerar que deberían suprimirse las leyes autonómicas de cooperativas por inconstitucionales tan pronto estas pudieran calificarse como sociedades mercantiles<sup>77</sup>.

En materia «competencial» la Propuesta de Código Mercantil se presenta «temerosa». Según el apartado III-11 de su Exposición de Motivos, la expresa atribución de mercantilidad a las mutuas, sociedades de garantía recíproca y cooperativas se hace «con independencia de que su regulación esté contenida en

legislación propia fuera del Código, habida cuenta de que, tanto la especialidad tipológica, como otras consideraciones de índole competencial, no aconsejaban su inclusión en él». Queda claro que los redactores de la Propuesta no tienen intención de recoger en el Código Mercantil la regulación de esas entidades, pero quieren dejar expresa constancia de que el mantener una regulación separada no ha de enturbiar su carácter mercantil. Sin embargo, la opción elegida por los redactores no casa con el mandato expreso que el Ministro de Justicia realizó a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación<sup>78</sup>, según el cual en el Código Mercantil «se integrará y delimitará la legislación mercantil existente» para «ofrecer así la necesaria seguridad jurídica a todos los operadores económicos» y «asegurar en el ámbito jurídico-privado la unidad de mercado que impone la Constitución». Es más, tampoco se compadece con la declaración que contiene la propia Exposición de Motivos de la Propuesta de que «los postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado, que imponen la unidad de este y explican la atribución al estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, aconsejan (...) la clara delimitación de esta y la integración de la normativa reguladora» (apartado I-6); al tiempo que justifica el Código como «instrumento de política legislativa más adecuado (...) como recurso unificador (...) que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula» (apartado I-7).

Una de las «excusas» que se alegan para mantener la regulación separada es la «especialidad tipológica», solución que se podría llegar a asumir —si no fuera por las razones antes expuestas— habida cuenta que se trata de tres formas sociales de carácter mutualista, pero lógicamente, ello no ayuda a la «clara delimitación de la materia mercantil» que se demanda. Y mucho menos lo hace la alusión a las «consideraciones de índole competencial» que, según los redactores de la Propuesta, aconsejan también mantener una legislación específica para las sociedades mutualistas. Obsérvese, por una parte, que solo las cooperativas (y las mutuas no integradas en el Sistema de Seguridad Social) estarían inmersas en esas «consideraciones» competenciales, lo que hace muy poco afortunada la extensión a formas sociales sobre las que nadie dudaba de su inclusión en la rúbrica «legislación mercantil» del artículo 149.1.6.º CE<sup>79</sup>. Por otra parte, si subyacen consideraciones de esa índole, ¿puede el Código Mercantil atribuir a las entidades afectadas naturaleza mercantil, competencia exclusiva del Estado? Y si tienen esa naturaleza, ¿por qué hay consideraciones competenciales? Por último, la alusión a las ya reiteradas cuestiones competenciales ni ofrece seguridad jurídica ni asegura la unidad de mercado.

Para evitar los problemas apuntados convendría incorporar a la Propuesta la regulación de las formas sociales de carácter mutualista. No solo se eludiría así la necesidad de justificar su exclusión, sino que se daría fiel cumplimiento al mandato de la Orden del ministro de Justicia, se guardaría coherencia con la

Exposición de Motivos de la Propuesta y, en esencia (y esto es lo importante), se estaría dando un paso de gigante para asegurar la unidad de mercado en el ámbito jurídico privado.

## 2. LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS COMO «LEGISLACIÓN MERCANTIL»

Atribuir carácter mercantil a una sociedad es otorgarle la condición de empresario, y a este, «como figura central, le es plenamente aplicable el estatuto mercantil, esto es, el conjunto de normas que establecen especiales derechos y obligaciones para las personas así calificadas, en función de la titularidad jurídica de una empresa y de la actividad que a través de esta realiza para el mercado. En el estatuto se integran las normas sobre régimen jurídico-privado de la empresa, responsabilidad y representación de su titular, registro mercantil y contabilidad, así como, en su conjunto, el Derecho de sociedades mercantiles» (apartado I-12 de la Exposición de Motivos de la Propuesta). Siendo esto así (y a nuestro juicio lo es), la cooperativa, en cuanto que sociedad mercantil, pasa a integrar la materia sexta del artículo 149.1 CE.

Desde esta perspectiva es desde la que hay que interpretar el artículo 211-2 de la Propuesta de Código que, tras disponer que las sociedades mercantiles se regirán por las disposiciones del Código en defecto de norma con rango de ley que les sea específicamente aplicable, establece que «las normas propias de cada tipo social prevalecerán sobre las comunes a toda clases de sociedades mercantiles». Se ha entendido que este inciso salva la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas sobre cooperativas<sup>80</sup>. Pero tal vez no sea esa la razón que justifica la norma, sobre todo si se advierte que el precepto va dirigido a todas las sociedades mercantiles y no en especial a las cooperativas. Y si bien es cierto que lo que se dispone es el orden de prelación de las leyes atinentes a una forma social (ley especial y, en su defecto Código Mercantil) y el modo de solución de conflictos entre regulaciones (normas propias del tipo con preferencia a las comunes a todas las sociedades mercantiles), el precepto no se ocupa de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de cooperativas.

El panorama de coexistencia en nuestro Ordenamiento de una Ley estatal de cooperativas —de ámbito de aplicación muy limitado (art. 2 LCoop.)— y dieciséis leyes de cooperativas autonómicas (la última la de la Comunidad Autónoma de Cantabria) dejaría de tener justificación (que no sentido, pues nunca lo tuvo) al declararse por el Código (ley estatal) la mercantilidad de la cooperativa<sup>81</sup>. Ya no resultaría válida la concepción del TC, según la cual «no es admisible una interpretación que conduzca a vaciar 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» (FJ 3), ya que, como señala el propio TC, a esta conclusión conducía «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»<sup>82</sup>. Pues bien, si nos situáramos en el contexto del Ordenamiento vigente, una vez se promulgara el Código Mercantil, no se estaría en presencia de discusión doctrinal alguna relativa a la mercantilidad de la cooperativa, sino ante la afirmación de una ley estatal atributiva de dicho carácter. La interpretación sistemática a la que alude el TC inclinaría entonces la balanza hacia la inconstitucionalidad de la ley autonómica de cooperativas pues, al ser materia mercantil, la regulación del régimen sustantivo de esta forma social correspondería en exclusiva al Estado y no se habría podido asumir por los Estatutos de Autonomía competencia exclusiva en la materia. Apuntaba el propio TC en 1983 que «si la regulación de las cooperativas hubiera de calificarse de mercantil (...) hubiera de sostenerse la conclusión de que la Comunidad no tiene competencia legislativa en la materia» (FJ 3)<sup>83</sup>. Escenario que será el que se produzca con la promulgación del Código Mercantil si se mantiene en los términos analizados.

Una de las preguntas que cabría formular tiene que ver con la autoridad del Estado para delimitar lo que sea materia mercantil, esto es, si en cualquier tiempo y momento puede el Estado decidir que un instituto o una institución sean mercantiles. A este respecto, la propia Exposición de Motivos del Código de Comercio vigente deja abierta la concreción de lo que sea mercantil a las combinaciones del porvenir, por lo que entendemos que la respuesta habría de ser afirmativa. Pero, lógicamente, tal pregunta se suscita por la distribución competencial, ya que pese a ser la «legislación mercantil» competencia exclusiva del Estado, las Comunidades Autónomas ostentan a la vez competencia exclusiva —bien por sugerencia constitucional (art. 148.1 CE) o bien por asunción estatutaria (consentida por el TC)— sobre figuras cuya mercantilidad no se cuestiona o no se debería cuestionar<sup>84</sup>.

Atendiendo a la sociedad cooperativa, el hecho de que un nuevo Código Mercantil le atribuyera carácter mercantil solo sería, a nuestro juicio, la consecuencia de adaptar la mercantilidad de la cooperativa por el objeto, admitida en el artículo 124 del Código de Comercio (siempre que realice actos de comercio extaños a la mutualidad, como se vio *supra*) a la realidad de la época en que se habría de aplicar el nuevo Código (art. 3.1 CC). Realidad que ha evidenciado los inconvenientes y las repercusiones negativas que la pluralidad legislativa autonómica sobre esta forma social puede representar para la práctica comercial (falta de seguridad jurídica en la determinación de la norma aplicable ante la disparidad de criterios adoptados por cada una, ruptura de la pretendida unidad del mercado interior, dificultades para una efectiva libertad de establecimiento, etc.<sup>85</sup>); y época en la que la cooperativa actúa en el tráfico como una más de las formas sociales mercantiles.



Otra pregunta guarda relación con cuál será, entonces, el futuro de la legislación autonómica de cooperativas. Hasta ahora, el abandono de la competencia estatal en materia de cooperativas en favor de las Comunidades Autónomas; la nula intención del Estado de reservarse, al menos, la regulación de aquellos aspectos netamente mercantiles de la entidad; y la ambigua postura adoptada por el TC, han sido motivos que han llevado a los autores a reclamar una Ley marco<sup>86</sup>, una Ley de bases o un texto articulado<sup>87</sup>, o una Ley de armonización<sup>88</sup> en el ámbito cooperativo e, incluso, a entender que la propia Ley estatal podría ser utilizada como instrumento de unificación normativa (de ampliar las cooperativas autonómicas el territorio de su actividad cooperativizada para acogerse al régimen de la Ley estatal)<sup>89</sup>. Sin embargo, proclamada la mercantilidad de la sociedad cooperativa, el escenario cambiaría sustancialmente y la regulación de la forma social debería provenir del Estado.

Se ha advertido por algún autor que pese a no ser sencillo reordenar este complejo ámbito normativo no es conveniente, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y del fomento de la propia actividad de las sociedades cooperativas dentro y fuera de nuestras fronteras, conservar íntegra esta diversidad. En su opinión, el respeto a los elementos distintivos de la cooperativa puede mantenerse e, incluso, aumentarse, con un escenario normativo más sencillo y homogéneo; criterio razonable que podría articularse mediante una ley de armonización, a la que alude el artículo 150.3 CE<sup>90</sup>.

#### IV. UN NUEVO ESCENARIO COMPETENCIAL

##### 1. RELEYENDO (PARA REINTERPRETAR) AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La STC 72/1983, de 29 de julio, ofrece interesantes consideraciones que, al ser leídas treinta años después, bien pudieran servir para reinterpretar la distribución competencial en materia de sociedades cooperativas y adaptar la situación que se provocará con la atribución (por el Código Mercantil propuesto) de mercantilidad a estas entidades<sup>91</sup>.

A) Se plantea el TC como punto de partida el tema del carácter mercantil o autónomo del derecho cooperativo en cuanto que la calificación tiene transcendencia para determinar el ámbito de la competencia asumida por la Comunidad Autónoma (FJ 1) y concluye que esta tiene competencia para regular por Ley las cooperativas, al interpretar de forma sistemática los preceptos de la Constitución y del Estatuto en el marco constitucional en el contexto del ordenamiento (entonces) vigente, prescindiendo de cualquier posición doctrinal acerca de si las cooperativas han de calificarse o no como sociedades mercantiles (FJ 3). Según el TC, como la Constitución no reserva de modo directo y expreso competencia alguna al Estado en materia de cooperativas, la Comunidad tiene las compe-

tencias que haya asumido en su Estatuto de acuerdo con el artículo 149.3 CE, correspondiendo al Estado las no asumidas (FJ 1), sin que sea admisible una interpretación que vacíe de contenido la competencia legislativa de la Comunidad en materia de cooperativas. Claro, que el TC reconoce que si la regulación de las cooperativas hubiera de calificarse de mercantil habría que concluir que la Comunidad no tiene competencia legislativa en la materia, aunque podría tener competencia de desarrollo y/o de ejecución (FJ 3).

Pues bien, de quedar declarado por el Código Mercantil propuesto el carácter mercantil de la cooperativa y, por tanto, siendo irrelevantes las posiciones doctrinales al respecto, e i) interpretando de forma sistemática los preceptos de la Constitución y del Estatuto en el marco constitucional del nuevo contexto del ordenamiento, y ii) sin vaciar de contenido la competencia legislativa de las comunidades autónomas en la materia, resultaría que pueden coexistir la competencia estatal y autonómica en materia de cooperativas. Y ello, a nuestro juicio, por los siguientes motivos: a) Por una parte, la forma genérica en que se enuncia en los Estatutos la concreta materia competencial que se asume (v.gr., «cooperativas, pósitos y mutuas no integradas en el sistema de la Seguridad Social, respetando la legislación mercantil»<sup>92</sup>), permite reservar al Estado los aspectos [en el caso que nos ocupa] de Derecho societario reguladores de la sociedad mercantil cooperativa y a las Comunidades Autónomas, por ejemplo, las «actividades de policía administrativa o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario», como señala con carácter general la STC 37/1997, de 27 de febrero<sup>93</sup>. b) Y también el artículo 129.2 CE podría ofrecer facultades al alcance competencial autonómico en lo que se refiere a la legislación de fomento de las cooperativas, si bien en este caso compartido con el Estado y los Entes Locales (v.gr., ayudas económicas, incentivos, apoyo al movimiento cooperativo, etc.)<sup>94</sup>.

B) La asunción de competencia sobre cooperativas por parte de la Comunidad Autónoma lo es «conforme a la legislación general de carácter mercantil», expresión que, según el TC, «ha de interpretarse en el sentido de que habrá de respetar tal legislación en cuanto sea aplicable a las cooperativas, como sucede en aquellos aspectos en que la legislación general de cooperativas remite a la legislación mercantil o también cuando contiene preceptos mercantiles» (FJ 3). La legislación mercantil actúa, pues, como límite a la competencia autonómica, pero no como un límite «externo» [como se quiso ver en su momento], sino como un límite «interno» por el que distinguir los aspectos sobre los que pueden legislar las Comunidades y los de competencia exclusiva del Estado<sup>95</sup>; entendimiento que hubiera sido suficiente para impedir que las Comunidades Autónomas hubieran regulado la forma social cooperativa. En cualquier caso, la consideración de la cooperativa como sociedad mercantil en el Código Mercantil hace que la «conformidad» de la competencia autonómica sobre cooperativas con la legislación general de carácter mercantil requiera ahora de una nueva

delimitación sustantiva del alcance de tal competencia, pues, como se ha visto, todos los aspectos mercantiles de esa regulación pasarían a ser competencia exclusiva estatal. No obstante, la aclaración seguiría siendo válida para todas las posibles normas sobre cooperativas emanadas de las Comunidades Autónomas en lo que les quedara de competencia.

C) Según el TC, «si en algún supuesto, por aplicación de la legislación general de carácter mercantil, debiera calificarse de sociedad mercantil algún tipo de cooperativa (...) sería de aplicación la legislación mercantil, que es competencia exclusiva del Estado» (FJ 8)<sup>96</sup>. Y qué mejor supuesto que el hecho de que el Código Mercantil (legislación general de carácter mercantil) califique de sociedad mercantil a la cooperativa (no a algún tipo de cooperativa sino, en general, a la forma social cooperativa<sup>97</sup>) para que resulte aplicable la legislación mercantil<sup>98</sup>, esto es, la regulación por el Estado de la forma social cooperativa.

Ayuda también la STC 291/2005, de 10 de noviembre, pues el TC afirma en dicho proceso constitucional «que no se discute (...) si el legislador estatal dispone de competencia suficiente para aprobar una norma general de cooperativas»<sup>99</sup>. Lógicamente, se refiere a que el objeto de la controversia es otro distinto, pero lo cierto es que nunca se ha debatido ante el TC el título competencial por el que el Estado dictó la Ley de Cooperativas y esta sigue vigente desde 1999. Bien puede ser esta norma la ley sustantiva reguladora de la forma social mercantil cooperativa ante la que podrían ceder las legislaciones autonómicas; solo habría que derogar su artículo 2 (ámbito de aplicación) y adecuar su contenido a la nueva realidad.

## 2. LA UNIDAD DE MERCADO

En la caótica situación actual, cada ley de cooperativas regula las relaciones jurídicas internas y externas de esta forma social, así como sus derechos y obligaciones, que no tienen por qué coincidir con los previstos en el resto de las leyes de cooperativas, incidiendo por tanto en los aspectos jurídico-privados de la disciplina<sup>100</sup>.

Ello puede provocar, por ejemplo, que al constituir una cooperativa se busque el sometimiento a la ley más favorable, produciéndose así el asentamiento de estas sociedades en el territorio autonómico de que se trate<sup>101</sup>; o que los terceros que establezcan relaciones jurídicas con cooperativas que pertenezcan a ámbitos territoriales diversos tengan que considerar la distinta ley aplicable; o la imprevisión de los efectos derivados del traslado del domicilio social de una cooperativa de una a otra Comunidad Autónoma; circunstancias todas ellas que restan seguridad y celeridad al tráfico. Esta situación contrasta fuertemente con la propensión armonizadora e integradora supranacional, consustancial, por otra parte, al Mercado Único Europeo. Y es que, en realidad, en un contexto en

el que el Derecho de sociedades se considera instrumento adecuado para hacer efectivo el Derecho de establecimiento de las personas jurídicas en el seno de la Unión Europea, y en el que la tendencia es la armonización de legislaciones para favorecer los desplazamientos de sociedades de unas esferas normativas a otras, no aparece apropiado que un Estado carezca de una regulación uniforme de la sociedad cooperativa, sujeto también del Derecho de establecimiento comunitario.

Conviene entonces tener en cuenta la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado pues pretende, según su preámbulo, evitar o minimizar las distorsiones que puedan derivarse de la organización administrativa territorial. Partiendo del principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado del artículo 38 CE y de la obligación de los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad (de acuerdo con las exigencias de la economía general), la norma pretende lograr el establecimiento de un entorno económico y regulatorio que favorezca el emprendimiento, la expansión empresarial, la actividad económica y la inversión, en beneficio de los destinatarios de bienes y servicios, operadores económicos y de los consumidores y usuarios<sup>102</sup>.

La ley proyectada no tiene como finalidad uniformar los ordenamientos jurídicos puesto que, como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, unidad no significa uniformidad, ya que la misma configuración territorial del Estado español supone una diversidad de regímenes jurídicos. El proyecto opta por un modelo de refuerzo de la cooperación entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales y se dicta al amparo de las materias 1.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 13.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup> del artículo 149.1 CE<sup>103</sup>. De entre las posibles actuaciones que la Ley pone sobre la mesa, hay dos que conviene tener en cuenta en la materia que nos ocupa. Se trata, por una parte, de las conferencias sectoriales; por otra, del control de las actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación.

#### A) *Las conferencias sectoriales*

Las conferencias sectoriales, previstas en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común<sup>104</sup>, están integradas por miembros del Gobierno (en representación de la Administración General del Estado) y miembros de los Consejos de Gobierno (en representación de las Administraciones de las Comunidades Autónomas). Son órganos de cooperación en aquellas materias en las que exista interrelación competencial, con funciones de coordinación o cooperación, según los casos. La doctrina señala que las conferencias sectoriales están llamadas a desempeñar un doble cometido: a) asegurar la necesaria coherencia de la actuación de los pode-

res públicos y la imprescindible coordinación, y *b*) intercambiar puntos de vista y examinar en común los problemas de cada sector y las acciones proyectadas para afrontarlas y resolverlas<sup>105</sup>. Incluso pueden acordar la realización de un plan o programa conjunto de los previstos en el artículo 7 de la Ley 30/1992<sup>106</sup>.

El instituto de las conferencias sectoriales es uno de los instrumentos de cooperación entre administraciones para garantía de la unidad de mercado que prevé la Ley. De ellas se dice que «analizarán las condiciones y requisitos requeridos para el acceso y ejercicio de la actividad económica (...) e impulsarán los cambios normativos y reformas que podrán consistir, entre otros, en: *a*) Propuestas de modificación, derogación o refundición de la normativa existente, con el fin de eliminar los obstáculos identificados o hacer compatibles con esta ley aquellas normas que incidan en la libertad de establecimiento y de libre circulación de bienes y servicios» (art. 12.2).

Cabe pensar en una conferencia sectorial que analice la situación de la sociedad cooperativa como sujeto de la libertad de establecimiento en nuestras fronteras y, desde esa óptica, estudie la viabilidad de nuestro panorama legislativo. Siendo honestos, la conclusión a la que se debería llegar es a la necesidad de dotar de un régimen jurídico unitario a esta sociedad mercantil debiéndose impulsar la reforma necesaria para ello. Pero, en cualquier caso, dos son los posibles escenarios que cabría pasar a considerar: *a*) uno de ellos tendría como base la final admisión del carácter mercantil de la sociedad cooperativa por haber prosperado la Propuesta de Código Mercantil. En este caso, las leyes autonómicas de cooperativas quedarían sin efecto en todo lo relativo a los aspectos mercantiles de la entidad (por ser competencia exclusiva estatal), por lo que la Conferencia sectorial podría ser utilizada como vehículo de consenso tan solo político para la futura construcción del completo régimen sustantivo de la sociedad cooperativa que competiría al Estado, bien incorporándolo al texto del Código Mercantil, bien manteniéndolo en ley especial. *b*) Por el contrario, si la propuesta de mercantilidad de la cooperativa del Código Mercantil no prospera, el escenario seguiría siendo el mismo que el actual, con leyes autonómicas de cooperativas coexistiendo con la estatal<sup>107</sup>. La Conferencia sectorial debería también ser utilizada para analizar el perfil que cada Comunidad Autónoma impone a las cooperativas que regula, los problemas comunes que subyacen por la pluralidad legislativa y discutir las oportunas líneas de acción a favor de la garantía de la unidad de mercado<sup>108</sup>. Una de las opciones que la Conferencia podría considerar es la oportunidad de una ley de armonización.

B) *Control de las actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación*

Los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen (entre otros) requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, y que estén basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador, se consideran en la Ley actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación (art. 18.2). Entre estos requisitos discriminatorios la Ley alude a que se exija que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.

Si se repasa la política de subvenciones de los gobiernos autonómicos que tiene como destinatarias a las sociedades cooperativas, se observa que siempre se exige que estas se encuentren radicadas en sus territorios, lo que conlleva el riesgo de falsear la competencia en el interior del mercado nacional. La entrada en vigor de la Ley obliga a reformular muchas de estas actuaciones, y en definitiva, también se ve afectado el mandato de fomento de las sociedades cooperativas del artículo 129.2 CE.

3. RECAPITULACIÓN

Llegados a este punto convendría recapitular las conclusiones más relevantes obtenidas hasta el momento. 1) Se ha convenido que lo adecuado hubiera sido considerar la materia «cooperativas» como incluida bajo la expresión «legislación mercantil», pues ello habría evitado la aplicación del mecanismo del artículo 149.3 CE y la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de competencia exclusiva sobre cooperativas. 2) El nuevo reconocimiento por parte de la Propuesta de Código del carácter mercantil de la sociedad cooperativa pone en entredicho la cuestión competencial en materia de cooperativas y hace que se tambalee el Bloque de constitucionalidad vigente. La regulación de su régimen sustantivo vendría a corresponder en exclusiva al Estado, por lo que la asunción por los Estatutos de Autonomía de competencia exclusiva en la materia no sería válida resultando, en consecuencia, inconstitucionales las leyes autonómicas de cooperativas. 3) Entendemos, no obstante, que pueden coexistir competencia estatal y autonómica en materia de «cooperativas» si el Estado se reserva los aspectos [en el caso que nos ocupa] de Derecho societario reguladores de la sociedad mercantil cooperativa y las Comunidades Autónomas, por ejemplo, las «actividades de policía administrativa o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario» (STC 37/1997, de 27 de febrero),

teniendo también facultades en orden al fomento de las cooperativas junto con el Estado y los Entes Locales (ayudas económicas, incentivos, apoyo al movimiento cooperativo, etc.). 4) Una conferencia sectorial podría analizar la situación de la sociedad cooperativa como sujeto de la libertad de establecimiento en nuestras fronteras. La conclusión debería ser la necesidad de dotar de un régimen jurídico unitario a esta sociedad mercantil debiéndose impulsar la reforma necesaria para ello. Ahora bien, de no prosperar la afirmación del carácter mercantil de la sociedad cooperativa de la Propuesta de Código Mercantil, se mantendría la situación actual, y cabría sopesar la oportunidad de una ley de armonización para garantizar la unidad de mercado pese a la pluralidad de leyes de cooperativas. De haber prosperado la mercantilidad de la cooperativa, lo oportuno sería elaborar una regulación estatal de la entidad (pues las Comunidades Autónomas habrían dejado de ser competentes) que ofrezca el completo régimen jurídico de la figura<sup>109</sup>, bien incluida en el marco del Código Mercantil o, de imponerse el criterio de mantener separada del Código la regulación sustantiva de las formas sociales mutualistas, en la Ley de Cooperativas (estatal), que podría ser la norma ante la que debieran ceder las legislaciones autonómicas; solo habría que derogar su artículo 2 (ámbito de aplicación) y proceder a su actualización.

#### 4. DE NUEVO LA LEY DE ARMONIZACIÓN

De prosperar la afirmación del carácter mercantil de la cooperativa, y pese a todo, es decir, pese a que lo que se impone es derogar las leyes autonómicas de cooperativas en su contenido mercantil por ser competencia exclusiva estatal, se podría estudiar la posibilidad de una solución menos drástica que vendría dada por la vía de la ley de armonización<sup>110</sup>. Se trata de un instrumento previsto en el artículo 150.3 CE, por el que se habilita al Estado para dictar leyes que establezcan los principios necesarios para *armonizar las disposiciones* normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de *materias atribuidas a la competencia de estas*, cuando así lo exija el *interés general*, exigencia que habrá de ser valorada por las Cortes Generales (por mayoría absoluta de cada Cámara)<sup>111</sup>. No obstante, la propia esencia de la categoría podría ser el principal obstáculo para su utilización.

##### A) *Condicionantes políticos y materiales*

El recurso a una ley de armonización impone precaución por tratarse de una categoría poco experimentada en nuestro ordenamiento<sup>112</sup> tras el fallido intento de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), y ser escasa la jurisprudencia constitucional al respecto<sup>113</sup>. Desde un punto de vista

político, la ley de armonización pudiera resultar incómoda, pues con ocasión de la LOAPA se alimentó la imagen de ser un instrumento de recorte de los Estatutos de Autonomía y de corrección (en clave centralizadora y uniforme) del modelo constitucional de autonomía<sup>114</sup>; lo que unido al celo competencial de las Comunidades Autónomas parece haber sido suficiente para que no se haya vuelto a pretender la categoría excepcional y de cierre que es la ley de armonización. También existen inconvenientes de orden material pues, de un lado se ha de tratar de materias atribuidas a la competencia de las Comunidades Autónomas; de otro, se exige que cada Cámara valore por mayoría absoluta la concurrencia del interés general; y finalmente, se constriñe el posible contenido de la ley a «principios», a aspectos básicos o directrices necesarios para ordenar el ejercicio de competencias de las Comunidades Autónomas (que estas mantendrían) y no a normas de desarrollo detallado, por lo que podrían surgir controversias entre el contenido permitido constitucionalmente y el desarrollo si este no fuera meramente armonizador<sup>115</sup>.

#### B) *El interés general*

Una de las claves del título constitucional de armonización es el interés general, que habrá de ser evaluado en cada caso<sup>116</sup>, aunque su sola constatación no será suficiente para justificar el recurso al mecanismo armonizador, pues resulta obligado interpretar el título específico —en nuestro caso, cooperativas— en el marco constitucional de distribución de competencias. Y ello porque si el interés general se puede tutelar a través de los mecanismos constitucionales «ordinarios» (bases, coordinación, etc.) no procederá acudir al artículo 150.3 CE, norma que completa, sin suplantarlo, las demás previsiones constitucionales<sup>117</sup>.

Desde esta perspectiva, se ha apuntado que una ley de armonización en materia de cooperativas precisaría<sup>118</sup> bien la previa constatación del «olvido» del constituyente en la atribución de título competencial específico al Estado (puesto que las Comunidades Autónomas han asumido competencia exclusiva en la materia con el visto bueno del TC) —lo que en nuestra opinión llevaría al absurdo de pensar que todo lo «mercantil» no expresamente reservado habría sido olvido del constituyente (v.gr., sociedades anónimas)—, o bien el reconocimiento de la incorrecta interpretación del título «legislación mercantil» del artículo 149.1.6.º CE —que es lo que entendemos que fue—. Claro, que el interés general no solo deberá ser analizado con respecto al plano normativo interno, pues la necesidad de armonizar la legislación sobre cooperativas tiene también que ver con la correcta salvaguarda del interés general en el plano nacional *ad extra*<sup>119</sup>, esto es, para evitar que el territorio español sea preterido como sede del domicilio de las sociedades cooperativas europeas, habida cuenta el complejo e inseguro ordenamiento cooperativo español sobre el que se viene a superponer



el Reglamento (CE) número 1435/2003, del Consejo, de 22 de julio, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (RSCE)<sup>120</sup>.

La atribución del carácter mercantil a la sociedad cooperativa que realiza la Propuesta de Código Mercantil vendría a evidenciar la incorrecta interpretación de los artículos 149.1.6.º CE y 149.3 CE en materia de cooperativas (con las consecuencias que conocemos), por lo que solo se podría pensar en utilizar el instrumento armonizador del artículo 150.3 CE en el supuesto de que se optara por mantener el *status quo* y, para evitar «enfrentamientos», se sostuviera la vigencia de la legislación autonómica (de tan dudosa constitucionalidad), pese a que lo que se impone es la derogación de las leyes autonómicas de cooperativas en su contenido mercantil (de competencia exclusiva estatal)<sup>121</sup>. Solo en ese supuesto el Estado quizá podría tratar de incidir en el (cuestionable) ámbito competencial de las Comunidades Autónomas a través de la técnica armonizadora por las razones de interés general ya apuntadas *supra*. Solución contraria al «sentido común jurídico», pero acaso oportuna y realizable desde el «sin sentido político», cuya viabilidad técnica, en cualquier caso, habrá que comprobar.

Por una parte, la confirmación legal del carácter mercantil de la cooperativa y la garantía de la unidad de mercado podrían aducirse como elementos para que las Cortes Generales apreciaran que, en efecto, concurre el interés general necesario para recurrir a una ley de armonización en materia de cooperativas. Interés general «interno» que, además, se refuerza «externamente», por lo que tiene que ver con la regulación de la sociedad cooperativa europea, habida cuenta el sistema de fuentes que resulta del artículo 8 RCE<sup>122</sup>. Pero por otra, y sin embargo, es doctrina constitucional que el legislador no puede dictar leyes de armonización si dispone de otros títulos específicos previstos en la Constitución para dictar la regulación legal de que se trate<sup>123</sup>, por lo que si la materia «cooperativas» se interpretara ahora como de competencia exclusiva estatal, la ley de armonización no sería posible por tener el Estado título competencial suficiente para dictar toda la legislación mercantil en materia de cooperativas<sup>124</sup>. No obstante, como también afirma el TC, lo que explica que la propia Constitución haya previsto la posibilidad de que el Estado incida en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas a través de la técnica armonizadora por razones de interés general es la imposibilidad de que el texto constitucional agote todos los supuestos<sup>125</sup>.

Y acaso uno de esos supuestos no agotados por la Constitución es el que tiene lugar cuando de «cooperativas» se trata, pues: a) el Estado tendría reservada la competencia exclusiva en los aspectos mercantiles, penales, procesales, laborales y civiles (art. 149.1.6.º-8.º CE) atinentes a las «cooperativas»; b) las Comunidades Autónomas mantendrían su competencia en el resto de los posibles aspectos de las cooperativas, como las «actividades de policía administrativa o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario»<sup>126</sup>; c) el fomento, a través de una legislación adecuada, de las cooperativas,

ex artículo 129.2 CE sería función tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales (ayudas económicas, incentivos, apoyo al movimiento cooperativo, etc.). Pues, no se olvide, la competencia autonómica literal es «cooperativas», no «sociedades cooperativas»<sup>127</sup>.

La ley de armonización tal vez podría ser utilizada en este caso, ya que el TC tiene declarado que «si bien normalmente la armonización afectará a competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, no es contrario a la Constitución que las leyes de armonización sean utilizadas cuando en el caso de competencias compartidas se aprecie que el sistema de distribución de competencias es insuficiente para evitar que la diversidad de disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas produzca una desarmonía contraria al interés general de la nación»<sup>128</sup>.

Ahora bien, otra cosa será que la ley de armonización pueda servir para armonizar «el régimen sustantivo de la cooperativa como sociedad mercantil», pues esta no es una competencia compartida, sino exclusiva del Estado. En el epígrafe V se revisa dicho régimen.

### C) *Armonización y ius superveniens*

La reforma de algunos Estatutos de Autonomía llevada a cabo en los primeros años del siglo XXI, tal vez haya agravado la situación, puesto que al rediseñar el marco competencial exclusivo autonómico en la materia «cooperativa» se ha puesto un énfasis especial en detallar los aspectos que encierra la competencia asumida<sup>129</sup>.

Así, *Cataluña* especifica que incluye la organización y funcionamiento de las cooperativas, lo que engloba: *a)* La definición, denominación y clasificación; *b)* Los criterios sobre fijación del domicilio; *c)* Los criterios rectores de actuación; *d)* Los requisitos de constitución, modificación de los estatutos sociales, fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación; *e)* La calificación, la inscripción y la certificación en el registro correspondiente; *f)* Los derechos y deberes de los socios; *g)* El régimen económico y la documentación social; *h)* La conciliación y la mediación; *i)* Los grupos cooperativos y las formas de colaboración económica de las cooperativas. Y también incluye la regulación y el fomento del movimiento cooperativo: *a)* La regulación del asociacionismo cooperativo; *b)* La enseñanza y la formación cooperativas; *c)* La fijación de los criterios, la regulación de las condiciones, la ejecución y el control de las ayudas públicas al mundo cooperativo<sup>130</sup>. *Andalucía* asume el fomento, ordenación y organización del cooperativismo, que incluye: *a)* La regulación del asociacionismo cooperativo; *b)* La enseñanza y la formación cooperativas; *c)* La fijación de los criterios, la regulación de las condiciones, la ejecución y el control de las ayudas públicas al mundo cooperativo<sup>131</sup>. *Aragón* considera

exclusiva la materia sobre cooperativas y entidades asimilables, que incluye la regulación de su organización, funcionamiento y régimen económico, así como el fomento del movimiento cooperativo<sup>132</sup>. *Castilla y León*, por último, se refiere a las cooperativas y entidades asimilables, incluyendo también el fomento del sector de la economía social<sup>133</sup>.

Afortunadamente, discutida en sede constitucional esta técnica de descripción de las materias y submaterias sobre las que la Comunidad Autónoma asume competencias (que el Defensor del Pueblo —recurrente— denomina blindaje por descripción<sup>134</sup>), el TC considera que la misma tiene un sentido meramente descriptivo por lo que no impide, limita o menoscaba el ejercicio de las competencias estatales<sup>135</sup>, ni limita de manera inconstitucional las facultades del legislador autonómico<sup>136</sup>, de forma que los preceptos que se recurren (entre ellos el relativo a la competencia sobre cooperativas) no predeterminan, impiden o inciden en la interpretación del contenido del artículo 149.1 CE<sup>137</sup>. Entendemos, pues, que cabría así hacer caso omiso a las precisiones contenidas en los Estatutos reformados y mantener el alcance que la materia cooperativa sigue teniendo en el resto de Estatutos de Autonomía. Y es que también el TC tiene declarado que las competencias exclusivas del Estado no pueden tener uno u otro alcance según lo dispuesto en los diferentes Estatutos<sup>138</sup>.

De nuevo se ha dejado pasar la oportunidad de enjuiciar la constitucionalidad de la competencia exclusiva autonómica sobre cooperativas, pues el TC rechaza el motivo (posible inconstitucionalidad) sin realizar un juicio individualizado sobre cada disposición impugnada por entender que este no procede habida cuenta que el recurrente —Defensor del Pueblo— no argumenta sobre la posible inconstitucionalidad de cada artículo, sino que se limita a hacer mención de la predeterminación que los preceptos impugnados hacen del alcance del artículo 149.1 CE. Y es doctrina reiterada del TC que es carga del recurrente, «no solo abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también colaborar con la justicia del Tribunal mediante un pormenorizado análisis de las cuestiones que se suscitan<sup>139</sup>.

## V. SOBRE EL RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA TRAS LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

Una construcción coherente del nuevo sistema habría de partir del estudio de la cooperativa desde el prisma del Derecho de sociedades, en el que se integra como una más de las formas societarias (mercantiles) que ofrece nuestro Ordenamiento<sup>140</sup>. Como ya se ha indicado por algún autor, en este nuevo escenario, el régimen general de las sociedades mercantiles contenido en el Código Mercantil ocuparía un papel relevante en la ordenación de la sociedad cooperativa, pues sería «una base normativa destacada para servir a la regulación de las sociedades

cooperativas, y, quizá también, de elemento coadyuvante para la interpretación de los preceptos que les sean aplicables»<sup>141</sup>.

Ciertamente las previsiones de la Propuesta de Código contenidas en el Libro II (disposiciones aplicables a todas las sociedades mercantiles) harán más liviano el trabajo de construcción del régimen jurídico de la sociedad cooperativa al quedar acotadas —en todo lo no previsto— las particularidades merecedoras de un trato diferenciado. La estructura y contenido del Libro II citado así lo permite, pues aborda en su Título I (de las sociedades mercantiles) las cuestiones generales aplicables a todas las formas sociales, régimen que se completa con las cuentas anuales (Título IV), las modificaciones estatutarias (Título V) y estructurales (Título VI), así como con los institutos de la separación y exclusión de socios y el proceso de disolución, liquidación y extinción de las sociedades mercantiles (Título VII), sin olvidar las uniones de empresas (Título IX). Las sociedades de personas y las sociedades de capital merecen un tratamiento separado en los Títulos II y III, respectivamente, y dentro de ellos, se contienen capítulos dedicados a las disposiciones comunes y capítulos reservados para cada forma social en concreto. En la tradicional distinción entre sociedades personalistas, de capital y mutuas, se echa en falta en la Propuesta de Código el régimen de estas últimas, como ya quedó apuntado *supra*.

#### 1. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL CONTENIDO EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

Indica el artículo 211-2 de la Propuesta de Código Mercantil que: «1. En defecto de norma con rango de ley que les sea específicamente aplicable, las sociedades mercantiles se regirán por las disposiciones contenidas en este Código. 2. Las normas propias de cada tipo social prevalecerán sobre las comunes a toda clase de sociedades mercantiles». Precepto que se ha de interpretar sabiendo que el régimen común de las categorías «sociedades personalistas» y «sociedades de capital» se contiene en el propio Código, y que las normas propias de los tipos (formas) sociedad colectiva, comanditaria simple, anónima, comanditaria por acciones, y responsabilidad limitada, por ejemplo, también están previstas en el Código. De donde resulta que la «ley específicamente aplicable» con preferencia al contenido del Código en el marco de las categorías indicadas no es otra que la propia de cada tipo especial o subtipo (v.gr., sociedad anónima deportiva o laboral). En la medida que las sociedades de base mutualista no van a encontrar su regulación incorporada al Código (salvo cambio de criterio), la interpretación del artículo 211-2 respecto de ellas no puede ser la de que el contenido del Código solo se les aplicará si no hay norma con rango de ley que les sea específicamente aplicable, pues ello llevaría al absurdo de excluir la aplicación de las normas generales previstas en el Código para todas las sociedades mercantiles a las formas sociales mutualistas.

El orden de prelación de normas sería, por tanto, el siguiente: 1.º) Ley especial del subtipo (prevalece la ley especial frente a la ley general); 2.º) Norma especial del tipo —o forma— (sigue prevaleciendo la ley especial frente a la general); 3.º) Norma general de la categoría (que sigue siendo especial frente a la general común); 4.º) Norma general de las sociedades mercantiles.

A) *La cooperativa y el régimen jurídico general de las sociedades mercantiles*

a) Como sociedad mercantil, la cooperativa quedaría sometida a las disposiciones aplicables a todas las formas sociales del Título I. En especial, a las *disposiciones generales* donde se predica su mercantilidad, se dispone la norma aplicable, se concreta la capacidad de la sociedad y se impone el principio de igualdad de trato (Capítulo I). Las reglas relativas a la *denominación social*, *nacionalidad*, *domicilio* y *página web* (Capítulo II) vendrían a llenar importantes lagunas del régimen actualmente vigente para la cooperativa, descoordinado en materia de denominaciones, precisado de integración en cuestión de nacionalidad, caótico en lo que al domicilio concierne, y ausente cuando se trata de sucursales o de página web. El procedimiento de *constitución* (Capítulo III) dotaría a la sociedad cooperativa de mayor solvencia en el tráfico en lo que a capacidad para constituir la sociedad y a la eficacia de la declaración de voluntad del socio se refiere, protegiendo las aportaciones sociales, participando de las reglas generales de escritura y estatutos comunes al resto de formas mercantiles, incorporando los pactos parasociales, y viéndose beneficiada por todo el acervo de nuestro ordenamiento relativo a la sociedad en formación, la nulidad de la sociedad inscrita y las peculiaridades de la falta de inscripción. La adopción, documentación e impugnación de *acuerdos sociales* (Capítulo IV) quedaría también unificada con respecto al resto de formas sociales, haciendo más fácil el trabajo para el aplicador del derecho. El cargo de *administrador* quedaría detallado sin las remisiones actuales al régimen de la sociedad anónima que contienen las leyes de cooperativas, pues tanto los aspectos generales de la administración de la sociedad como los deberes de los administradores y la responsabilidad de estos quedan detallados en el Código (Capítulo V).

b) Las *cuentas anuales* de la sociedad cooperativa tienen en la Propuesta de Código su régimen genérico (Título IV), que se completa a efectos materiales con la Orden EHA/3360/2010 por la que se aprueban las Normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas que adapta las condiciones concretas del sujeto contable. Dichas Normas son obligatorias para todas las cooperativas, a excepción de las de crédito y seguros, que se rigen por sus disposiciones específicas contables.

c) En la vigente legislación cooperativa se echa en falta el régimen jurídico de las *modificaciones estatutarias*. El Título V de la Propuesta llenaría ese vacío

tanto desde el punto de vista de las formalidades del acuerdo de modificación como desde la perspectiva de la tutela de los socios. Además, y pese al carácter variable del capital de la sociedad cooperativa, hay situaciones en las que, al menos la reducción, debería disponer de normas concretas en garantía de socios y terceros, y estas se encuentran en el Código Mercantil. Por lo que se refiere a las *modificaciones estructurales*, tras la desafortunada exclusión de las cooperativas del ámbito de aplicación de la Ley de modificaciones estructurales, la existencia de un régimen común de este tipo de operaciones para todas las sociedades mercantiles tan solo ofrecería seguridad jurídica. La cooperativa es una sociedad apta para la transformación, la participación en procesos de fusión y/o escisión, así como la cesión global de activo y pasivo (tanto homogéneo —entre cooperativas— como heterogéneo —con otras formas sociales—). No compartimos la exclusión que hace la Propuesta de la sociedad cooperativa como sujeto de una fusión transfronteriza (art. 263-39) y se nos escapan las razones que hayan movido a los redactores de la Propuesta para hacerlo, pero, de mantenerse así la previsión, se estaría discriminando a la cooperativa. La posibilidad del traslado internacional del domicilio social también está ausente en el régimen actual de la sociedad cooperativa por lo que la Propuesta ofrece a esta una regulación muy necesaria (Título VI). En materia de *separación y exclusión de socios*, y pese al principio de puerta abierta, el hecho de que la cooperativa se pueda beneficiar de un régimen de estas instituciones consolidado no puede ser más que beneficioso (Título VII). Basta con preservar el régimen específico de la baja del socio y de la expulsión, tan propio y particular de las cooperativas. Finalmente, y dejando a salvo las especialidades en sede de liquidación derivadas del régimen económico y financiero privativo de la sociedad cooperativa, las normas que regulan el proceso de *disolución, liquidación y extinción* de las sociedades mercantiles dotarán de seguridad jurídica al sistema. El pasivo y activos sobrevenidos, ausentes en la legislación cooperativa, contribuyen a la seguridad mencionada.

d) La sociedad cooperativa también puede ser sujeto integrante de un grupo de sociedades, tanto por coordinación como por subordinación. Si bien la figura del grupo paritario encaja mejor en la estructura de la sociedad cooperativa, nada impide que esta sea la sociedad dominante de un grupo por subordinación por lo que el Título IX (de las uniones de empresas) también integrará el régimen sustantivo de la sociedad cooperativa. Y lo mismo para el caso de las uniones temporales de empresas, instrumento útil para la integración cooperativa.

## B) *Adaptación al régimen jurídico general de las sociedades mercantiles*

La adaptación de estatutos ha de ser la técnica a utilizar para adecuar el contenido de escrituras y estatutos redactados conforme a cada concreta ley de

cooperativas a las exigencias del régimen general de las sociedades mercantiles brevemente expuesto. Se haría preciso incluir en la Propuesta de Código Mercantil una Disposición Transitoria que le abriera la puerta, fundamentalmente porque en la Disposición Derogatoria no se hace referencia ni a la Ley de Cooperativas ni a las leyes autonómicas de cooperativas. En realidad, lo que provocará la promulgación del Código Mercantil será el desplazamiento de ciertos aspectos de las leyes de cooperativas a favor del régimen general de las sociedades mercantiles que aquel contiene, pues las previsiones de las leyes de cooperativas que fueran contrarias a este deberán quedar sin efecto, al igual que las disposiciones de las escrituras o estatutos sociales que se opongan a lo establecido en el mismo, sin que puedan regular los actos que realicen a partir de la entrada en vigor del Código por ser ineficaces desde ese momento siendo independiente tal ineficacia de su constancia registral<sup>142</sup>. Al nuevo régimen habrán de adaptar sus estatutos todas las cooperativas existentes a la fecha de su promulgación; obligación legal que se traducirá en la forzosa modificación de los estatutos sociales en un plazo determinado y según las reglas previstas<sup>143</sup>. Recuérdese que según el TC, «la legislación sobre Cooperativas de la Comunidad Autónoma debe respetar la legislación mercantil del Estado en lo que resulte aplicable a estas sociedades» (FJ 3).

## 2. EL (OMITIDO) RÉGIMEN COMÚN DE LAS SOCIEDADES MUTUALISTAS

Mutuas, Cooperativas y Sociedades de Garantía Recíproca son las formas sociales de carácter mutuo que prevé nuestro Ordenamiento. No debería la Propuesta de Código Mercantil haber omitido la redacción de un conjunto de disposiciones comunes a todas ellas expresivas de las peculiaridades de esta categoría en lo que se refiere a la constitución, aportaciones sociales y órganos. Sin embargo, desde un punto de vista de oportunidad de técnica legislativa entendemos la solución, pues al margen de que el denominador común de las sociedades mutualistas sea, valga la redundancia, la mutualidad, pocas normas comunes cabría extraer del régimen que conocemos de las sociedades mutuas, de las de garantía recíproca y de las cooperativas para que viniera a completar las disposiciones específicas de las formas sociales mutualistas, como sucede en la Propuesta con respecto a las sociedades de personas y de capital. En el sector de las sociedades de carácter mutuo, las normas especiales se completan con las normas generales aplicables a todas las sociedades mercantiles, sin tramo intermedio.



### 3. RÉGIMEN PROPIO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL COOPERATIVA

#### A) *Disposiciones comunes*

El régimen propio de la sociedad cooperativa requiere, por una parte, *disposiciones comunes a todas las clases, tipos y subtipos de cooperativas*, en las que se habrían de incluir: *a)* las disposiciones generales atinentes al concepto legal de sociedad cooperativa y principios cooperativos; actividad cooperativizada; objeto social; ámbito de la actividad cooperativizada; responsabilidad de los socios, domicilio, denominación social; operaciones con terceros; régimen de las secciones y secciones de crédito. También serán precisas las reglas especiales en materia de: *b)* constitución de la entidad, con referencia a la escritura e inscripción en el Registro Mercantil (otorgamiento de la escritura, contenido, estatutos sociales, responsabilidad de los fundadores, inscripción) y al régimen jurídico externo de las sociedades cooperativas en formación (responsabilidad de quienes hubiesen actuado, de la sociedad en formación, de la sociedad inscrita). Merecen un tratamiento detenido: *c)* los socios —y, en su caso, asociados o cooperadores— debiendo definir las personas que pueden ser socios, las clases de estos, sus derechos y obligaciones así como la adquisición y pérdida de la condición de socio. En materia de: *d)* órganos sociales habrá que perfilar el régimen jurídico de asamblea general, consejo rector, interventores y, en su caso comité de recursos, abriendo paso también al arbitraje y la mediación. Habida cuenta su diferencia con respecto al del resto de sociedades mercantiles, el *e)* régimen económico-financiero y del capital social será objeto de minuciosa atención el capital social mínimo, el desembolso del capital, el régimen de las aportaciones, las otras posibles formas de financiación, los fondos sociales y lo relativo a los resultados del ejercicio y su imputación. Las especialidades en materia de *f)* disolución, liquidación y extinción cerrarían las previsiones contenidas en las disposiciones comunes.

#### B) *Otras disposiciones comunes*

Por otra parte, la profusión de clases de cooperativas demanda la concreción y detalle de las normas aplicables a cada una de ellas en atención a su especificidad. Y, habida cuenta los tipos especiales de cooperativas surgidos en los últimos años, estos también precisarán regulación. La cooperativa de segundo grado —como alternativa a la de primero— deberá tener previstas sus reglas de funcionamiento, al igual que los grupos cooperativos y las otras formas de integración y colaboración. La Sociedad Cooperativa Europea debería incluir su regulación en este marco general.

Como se observa, todos los aspectos revisados en A) y B) son puramente mercantiles, por lo que quedarían a la competencia exclusiva del Estado.



C) *Asociacionismo cooperativo y relaciones con la Administración Pública*

Es lugar común en la legislación cooperativa regular en la ley sustantiva las formas de *asociación* de las sociedades cooperativas facilitando la creación de estas agrupaciones a los efectos de incentivar el movimiento cooperativo, tanto a nivel estatal como autonómico. También es frecuente la previsión de un órgano asesor y consultivo de la Administración (General del Estado o de la Comunidad Autónoma) para las actividades de este relacionadas con las cooperativas, que suele actuar como un órgano de colaboración y coordinación del movimiento cooperativo y la correspondiente Administración pública. Finalmente, por lo que se refiere a las competencias de inspección y sancionadoras, corresponden tanto al Ministerio competente como a las Comunidades Autónomas en función del ámbito de actuación de la cooperativa.

4. QUÉ QUEDA A LA ARMONIZACIÓN

Habida cuenta el régimen expuesto, poco espacio queda para una ley de armonización en materia de cooperativas, pues aquella, por concepto, se ha de limitar a establecer principios o directrices que modulen u ordenen el ejercicio de sus competencias propias por parte de las Comunidades Autónomas<sup>144</sup>.

El régimen jurídico general de las sociedades mercantiles contenido en la Propuesta de Código Mercantil acota una materia que ya no precisaría de armonización pues, como se ha indicado *supra*, provoca el desplazamiento de las leyes de cooperativas (estatal y autonómicas) a favor de aquel, puesto que las previsiones de estas que fueran contrarias quedarían sin efecto, al igual que las disposiciones de las escrituras o estatutos sociales que se opongan a lo establecido en el mismo. Tampoco precisaría de la técnica armonizadora, aunque por razones diferentes, todo lo relacionado con el asociacionismo cooperativo y las relaciones con las Administraciones Públicas. Tanto la regulación estatal sobre estos extremos como la autonómica pueden coexistir sin fricción siendo el criterio territorial el imperante en ambos aspectos.

Quedaría para la pretendida ley de armonización el régimen propio de la sociedad mercantil cooperativa, tanto en las disposiciones generales como en las específicas para las clases y tipos de cooperativas, cooperativas de segundo grado, grupos cooperativos y, en general, integración cooperativa; sin olvidar la Sociedad Cooperativa Europea. Solo en este marco es en el que se mantendría la eficacia de las leyes de cooperativas (estatal y autonómicas) para el caso [más que probable, pero no deseable] de que la Disposición Derogatoria del Código Mercantil no las incluya en el elenco de disposiciones que quedan derogadas. Pero eso sería tanto como pretender dotar a la ley de armonización que se ocupe de la sociedad cooperativa de un contenido que reúna todos los aspectos que

precisa la regulación sustantiva de la entidad<sup>145</sup>, lo que es incompatible con su esencia. Disciplinar la sociedad mercantil cooperativa excede de la potencialidad de la ley de armonización, constreñida a dictar los principios o directrices que modulen la competencia autonómica. Para que la pretensión sea viable, el contenido de la norma habría de versar únicamente sobre los criterios orientadores para esas disposiciones generales y especiales de la sociedad cooperativa. La tarea, pese a su dificultad, es realizable desde un punto de vista jurídico; como tantas otras veces, todo dependerá de la voluntad política.

## VI. CONCLUSIONES

I. La sociedad cooperativa ha sido objeto de un intenso debate doctrinal en torno a su naturaleza jurídica, cuestionándose su condición de sociedad y, en el caso de ser esta admitida, su carácter civil o mercantil. La falta de un criterio unitario a este respecto determinó [indirectamente] la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de «cooperativas», ya que ni siquiera el Tribunal Constitucional, cuando ha tenido ocasión de hacerlo, se ha pronunciado sobre la consideración de la cooperativa como institución incluíble bajo la rúbrica «legislación mercantil» o «legislación civil», competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 y 8 CE). En la actualidad, la mayoría de la doctrina se resiste a admitir la exclusión de la sociedad cooperativa del catálogo de formas sociales de nuestro Ordenamiento, pues parece no haber razón suficiente para negar tal naturaleza o para defender su consideración como un *tertium genus* entre la sociedad y la asociación. Más aún, se propone la consideración de la cooperativa como una más entre las sociedades mercantiles y la utilización del criterio de la forma para atribuirle tal carácter.

II. En nuestro particular criterio, la clave para reconocer el carácter mercantil de la cooperativa se encuentra en la referencia a la realización de actos de comercio extraños a la mutualidad que exige el artículo 124 del Código de Comercio a esos efectos. Dichos actos no han de ser otros que los propios del objeto social de la sociedad cooperativa, tal y como este se concibe en el resto de las formas sociales. La actuación del objeto social por parte de la cooperativa se realiza hacia el exterior, pertenece al ámbito de las relaciones externas de la entidad y queda, por tanto, fuera de la mutualidad. El objeto social sirve de forma instrumental a la actividad cooperativizada que resulte propia a cada cooperativa según su clase. Esta última, por el contrario, queda inmersa en la mutualidad, en el ámbito de las relaciones internas de la cooperativa con sus socios. Ni siquiera en el supuesto de que la actividad cooperativizada se realice con terceros se puede hablar de actividad extraña a la mutualidad: esa actuación tan solo implica extensión de la mutualidad hacia quienes no son socios. Por ello, consideramos que el criterio para atribuir a la sociedad cooperativa carácter

civil o mercantil ha de ser el del objeto, lo que nos sitúa, aunque por un camino distinto, al lado de las formas sociales personalistas a estos efectos (arts. 116 CCom. y 1670 CC). Así, puesto que el Código no regula las cooperativas pero admite que puedan ser mercantiles si realizan actos de comercio, y dado que la legislación especial no se ha atrevido a instituir su mercantilidad por la forma, no cabe duda de que en las cooperativas rige el criterio sustantivo propio del Derecho común centrado, como es sabido, en la actividad en que consista su objeto social. En la medida en que este se corresponda con una actividad comercial la cooperativa deberá ser calificada como sociedad mercantil.

III. Con esta solución habrá que afrontar, caso por caso, el problema de calificar la actividad constitutiva del objeto social de la cooperativa para, si es mercantil, atribuirle la condición de comerciante, lo que resta seguridad jurídica y se ignora el hecho de que la cooperativa desarrolla una actividad dirigida al mercado según el modelo de organización empresarial. Se explica así que un sector de nuestra doctrina haya propuesto una interpretación que generalice a las cooperativas el carácter de comerciante por razón de la forma, mientras que otro considera que este criterio, aplicable a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, se ha extendido ya sustancialmente a las sociedades cooperativas.

IV. Con ocasión de las primeras leyes autonómicas de cooperativas, el TC dejó pasar la oportunidad de explicitar la inclusión del régimen jurídico de la sociedad cooperativa en el término «legislación mercantil» del artículo 149.1.6.º CE y adoptó una posición —presuntamente— conciliadora de los intereses autonómicos y estatales, sin advertir las ulteriores consecuencias (negativas) de esta solución. Como resultado, la competencia en materia de cooperativas se asumió por las Comunidades Autónomas «conforme a la legislación general en materia mercantil». Según el TC, «no puede calificarse a la materia cooperativa como mercantil de manera que el mandato del artículo 149.1.6.º de la Constitución, que atribuye al Estado la legislación mercantil, viniera a vaciar de contenido las competencias atribuidas en el Estatuto, sin perjuicio de que la legislación sobre Cooperativas de la Comunidad Autónoma debe respetar la legislación mercantil del Estado en lo que resulte aplicable a estas sociedades». En realidad, el problema no era ese, sino determinar si la materia cooperativa era o no competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas; la consecuencia no hubiera sido «vaciar de contenido las competencias atribuidas en el Estatuto» sino extraer del mismo las competencias que nunca debió asumir, pues entendemos que, bien subsumida en la expresión «legislación mercantil» o bien fuera de dicho adjetivo, la regulación de la sociedad cooperativa debió atribuirse al Estado. Como también afirma el TC en otras sentencias, es al Estado a quien compete la regulación jurídico-privada de las relaciones surgidas en el tráfico comercial y solo justifica la potestad legislativa autonómica en materias con clara incidencia del «interés público».

V. La Propuesta de Código Mercantil hace expresa atribución de mercantilidad a las sociedades cooperativas, a las mutuas de seguros y a las sociedades de garantía recíproca (art. 211-1,1), pasando a ser sujetos inscribibles en el Registro Mercantil bajo el principio de obligatoriedad de inscripción (art. 140-2.c). Este reconocimiento pone en entredicho la cuestión competencial en materia de cooperativas (y también de mutuas no integradas en el sistema de seguridad social) y hace que se tambalee el (inconsistente) Bloque de constitucionalidad vigente en esta materia, máximo cuando en los aspectos competenciales la Propuesta se presenta «temerosa» al no incorporar la regulación de estas formas sociales al texto del Código, «habida cuenta de que, tanto la especialidad tipológica, como otras consideraciones de índole competencial, no aconsejaban su inclusión en él». A nuestro juicio, la alusión a las cuestiones competenciales no ofrece seguridad jurídica ni asegura la unidad de mercado.

VI. Atribuir carácter mercantil a la cooperativa es otorgarle la condición de empresario, y a este, «como figura central, le es plenamente aplicable el estatuto mercantil; en consecuencia, la sociedad cooperativa pasaría a integrar la materia sexta del artículo 149.1 CE. La balanza se inclinará hacia la inconstitucionalidad de las leyes autonómicas de cooperativas pues, al ser materia mercantil, la regulación del régimen sustantivo de esta forma social correspondería en exclusiva al Estado y no se habría podido asumir por los Estatutos de Autonomía competencia exclusiva en la materia. Apuntaba el propio TC en 1983 que «si la regulación de las cooperativas hubiera de calificarse de mercantil (...) hubiera de sostenerse la conclusión de que la Comunidad no tiene competencia legislativa en la materia».

VII. Ahora bien, de quedar declarado por el Código Mercantil el carácter mercantil de la cooperativa y, por tanto, siendo irrelevantes las posiciones doctrinales al respecto, e i) interpretando de forma sistemática los preceptos de la Constitución y del Estatuto en el marco constitucional del nuevo contexto del ordenamiento, y ii) sin vaciar de contenido la competencia legislativa de las comunidades autónomas en la materia, resultaría que pueden coexistir la competencia estatal y autonómica en materia de cooperativas. Y ello, a nuestro juicio, por los siguientes motivos: a) por una parte, la forma genérica en que se enuncia en los Estatutos la concreta materia competencial que se asume (v.gr., «cooperativas, pósitos y mutuas no integradas en el sistema de la Seguridad Social, respetando la legislación mercantil»), permite reservar al Estado los aspectos [en el caso que nos ocupa] de Derecho societario reguladores de la sociedad mercantil cooperativa y a las Comunidades Autónomas, por ejemplo, las «actividades de policía administrativa o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario», como señala con carácter general la STC 37/1997, de 27 de febrero. b) Y también el artículo 129.2 CE podría ofrecer facultades al alcance competencial autonómico en lo que se refiere a la legislación de fomento de las cooperativas, si bien en este caso compartido

con el Estado y los Entes Locales (v.gr., ayudas económicas, incentivos, apoyo al movimiento cooperativo, etc.). Ciertamente, la STC 72/1983, de 29 de julio, ofrece interesantes consideraciones que, al ser leídas treinta años después, bien pudieran servir para reinterpretar la distribución competencial en materia de sociedades cooperativas y adaptar la situación que se provocará con la atribución (por el Código Mercantil propuesto) de mercantilidad a estas entidades.

VIII. La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado pretende, según su preámbulo, evitar o minimizar las distorsiones que puedan derivarse de la organización administrativa territorial. De entre las posibles actuaciones hay dos que conviene tener en cuenta en la materia que nos ocupa. Se trata, por una parte, las conferencias sectoriales; por otra, del control de las actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación. Cabe pensar en una conferencia sectorial que analice la situación de la sociedad cooperativa como sujeto de la libertad de establecimiento en nuestras fronteras y, desde esa óptica, estudie la viabilidad de nuestro panorama legislativo. Siendo honestos, la conclusión a la que se debería llegar es a la necesidad de dotar de un régimen jurídico unitario a esta sociedad mercantil debiéndose impulsar la reforma necesaria para ello. En cuanto a la libertad de establecimiento, la entrada en vigor de la Ley obliga a reformular muchas actuaciones de las Comunidades Autónomas de promoción de las cooperativas, afectando, incluso, al mandato de fomento de las sociedades cooperativas del artículo 129.2 CE.

IX. De prosperar la afirmación del carácter mercantil de la cooperativa, y pese a que lo que se impone es derogar las leyes autonómicas de cooperativas en su contenido mercantil por ser competencia exclusiva estatal, se podría estudiar la posibilidad de una solución menos drástica que vendría dada por la vía de la ley de armonización. Solo en ese supuesto y por razones de interés general el Estado podría tratar de incidir en el (cuestionable) ámbito competencial de las Comunidades Autónomas a través de la técnica armonizadora. El TC tiene declarado que «si bien normalmente la armonización afectará a competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, no es contrario a la Constitución que las leyes de armonización sean utilizadas cuando en el caso de competencias compartidas se aprecie que el sistema de distribución de competencias es insuficiente para evitar que la diversidad de disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas produzca una desarmonía contraria al interés general de la nación».

X. Sin embargo, queda poco espacio para una ley de armonización en materia de cooperativas pues, por concepto, se ha de limitar a establecer principios o directrices que modulen el ejercicio de competencias propias de las Comunidades Autónomas. Con independencia de ello, el régimen jurídico general de las sociedades mercantiles contenido en la Propuesta de Código Mercantil acota una materia que ya no precisaría de armonización pues, provoca el desplazamiento de las leyes de cooperativas (estatal y autonómicas) a favor de aquel.

Tampoco precisaría de la técnica armonizadora, aunque por razones diferentes, todo lo relacionado con el asociacionismo cooperativo y las relaciones con las Administraciones Públicas. Tanto la regulación estatal sobre estos extremos como la autonómica pueden coexistir sin fricción siendo el criterio territorial el imperante en ambos aspectos.

XI. Quedaría para la pretendida ley de armonización el régimen propio de la sociedad mercantil cooperativa, tanto en las disposiciones generales como en las específicas para las clases y tipos de cooperativas, cooperativas de segundo grado, grupos cooperativos y, en general, integración cooperativa; sin olvidar la Sociedad Cooperativa Europea. Pero eso sería tanto como pretender dotar a la ley de armonización que se ocupe de la sociedad cooperativa de un contenido que reúna todos los aspectos que precisa la regulación sustantiva de la entidad, lo que es incompatible con su esencia. Para que la pretensión sea viable el contenido de la norma habría de versar únicamente sobre los criterios orientadores para esas disposiciones generales y especiales de la sociedad cooperativa.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### 1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 39/1981, de 16 de noviembre.
- STC 72/1983, de 29 de julio.
- STC 76/1983, de 5 de agosto.
- STC 14/1986, de 31 de enero.
- STC 88/1986, de 1 de julio.
- STC 37/1997, de 27 de febrero.
- STC 291/2005, de 10 de noviembre.
- STC 13/2007, de 18 de enero.
- STC 247/2007, de 12 de diciembre.
- STC 31/2010, de 28 de junio.
- STC 137/2010, de 16 de diciembre.

### 2. TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 22-1-1904.
- STS de 21-6-1996.
- STS de 24-1-1990.

### 3. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 13-12-1985.
- RDGRN de 20-3-1986.
- RDGRN de 29-2-1990.
- RDGRN de 18-2-1991.
- RDGRN de 25-7-1992.
- RDGRN de 15-11-1993.
- RDGRN de 1-4-1997.
- RDGRN de 30-4-1997.
- RDGRN de 11-12-1997.
- RDGRN de 14-10-1999.
- RDGRN de 20-4-2010.

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1997): «Ámbito subjetivo de la transformación en la legislación cooperativa. Algunos aspectos críticos», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 87, págs. 178-193.
- (1999): «La reforma de la legislación estatal sobre sociedades cooperativas: su incidencia en las Comunidades Autónomas sin ley reguladora», en *La Ley*, núm. 4750, de 9-3-1999, págs. 1-6.
- (2000a): *La integración cooperativa y sus formas de realización: la cooperativa de segundo grado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2000b): «Aspectos básicos de la nueva regulación de la Sociedad Cooperativa (Ley 27/1999, de 16 de julio)», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 31, págs. 161-199.
- (2002a): «La cooperativa de segundo grado como tipo legal de sociedad cooperativa», en AA.VV.: *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, Madrid, McGraw-Hill, págs. 4573-4604.
- (2002b): *Transformación de la sociedad cooperativa*. Madrid, Edersa.
- (2006a): «La sociedad cooperativa europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo», en *Noticias de la Unión Europea*, enero, págs. 19-34.
- (2006b): «El desarrollo normativo de la sociedad cooperativa europea: propuestas de implantación», en AA.VV.: *La implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea*. Boletín de la Academia Vasca de Derecho, núm. 2, extraordinario. Bilbao. Ed. AVD-Diputación Foral de Vizcaya, págs. 11-52.
- (2009): «La legislación española sobre cooperativas y sociedades laborales. ¿Una respuesta adecuada a las necesidades del sector?», en *CIRIEC. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 20, págs. 9-41.
- (2010): «Respuesta del Ordenamiento jurídico español ante la realidad de la Sociedad Cooperativa Europea», en *CIRIEC. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 21, págs. 1-30.

- ALONSO ESPINOSA, F. J. (1997): *Esquemas de Derecho Mercantil*. Murcia, FJAE.
- ARROYO, I. (1989): «Prólogo», en *Primera edición de la Legislación sobre cooperativas*, Madrid, Tecnos, págs. 11-18.
- BALLESTERO, E. (1983): *Teoría económica de las cooperativas*, Madrid, Alianza.
- (1990): *Economía Social y empresas cooperativas*, Madrid, Alianza Universidad.
- BARBERENA, I. (1992): *Sociedades Cooperativas, anónimas laborales y agrarias de transformación. Régimen fiscal*. Pamplona, Aranzadi.
- BERCOVITZ, A. (1998): «Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada», en BERCOVITZ (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, Pamplona, Aranzadi, págs. 73-100.
- BERCOVITZ, A./BROSETA, M. (1986): «Mutuas de seguros, prima fija y carácter no mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 179-180, págs. 7-59.
- BLANCO CAMPAÑA, J. (1980): *Régimen Jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Madrid, Instituto de Ciencias Jurídicas.
- BROSETA PONT, M. (1986): «Ponencia sobre el estado actual y perspectivas del Derecho Mercantil», en AA.VV., MOTOS/BLANCO (coord.): *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, Madrid, págs. 434-435.
- (1994): *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid, Tecnos, 10.<sup>a</sup> ed.
- BUENDÍA, I. (1999): *La integración comercial de las sociedades cooperativas*, Madrid, Consejo Económico y Social.
- CAPILLA RONCERO, F. (1991): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXI, vol. 1.º, *Artículos 1665 a 1708*. Madrid, Edersa (art. 1665).
- CARRERAS ROIG, L. (2011): «Consideraciones en torno al posible carácter mercantil de las sociedades cooperativas y acerca de las limitaciones a la realización de operaciones con terceros no socios de estas entidades», en *Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 106, págs. 55-73.
- CASAS BAAMONDE, E. (1986): «Regulación jurídica de las cooperativas: distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en *Primeros Encuentros Cooperativos de la Universidad del País Vasco*, Vitoria, PPV, págs. 7-33.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2001): *Manual de Derecho Administrativo, I*, Madrid, Civitas, 12.<sup>a</sup> ed.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1983): «¿Reserva de Constitución? (Comentario al Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, págs. 185-208.
- DE LA CÁMARA, M. (1972): *Estudios de Derecho Mercantil, I*, vol. 2.º, Madrid, Centro de Estudios Tributarios.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. (2004): «¿Es el Estatuto de Autonomía una norma capaz de modular el alcance de la legislación básica del Estado?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, págs. 135-162.
- DÍAZ MORENO, A. (1994): «La disciplina de la transformación en el proyecto de ley de sociedades de responsabilidad limitada», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 13, págs. 151-196.
- (1996): «El Derecho Mercantil en el marco del sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, I. Madrid, Civitas, págs. 227-272.



- DIVAR, J. (1984): *Lecciones de Derecho Mercantil*, Bilbao, Universidad de Deusto, 3.ª ed.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. (1988): «Mutuas y cooperativas en la nueva legislación ordenadora del seguro privado», en VERDERA (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, T. I, Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, págs. 308-422.
- EIZAGUIRRE, J. M. (1997): «La transformación de la sociedad de responsabilidad limitada», en PAZ-ARES (coord.), AA.VV.: *Tratando de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, págs. 861-883.
- EMBIÓ IRUJO, J. M. (1998): «Problemas actuales de la integración cooperativa», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 227, págs. 7-36.
- (2013): «La sociedad cooperativa y el derecho de sociedades» [en línea] disponible en [http://commenda.es/actualidad\\_interior/144/la-sociedad-cooperativa-y-el-derecho-de-sociedades.html](http://commenda.es/actualidad_interior/144/la-sociedad-cooperativa-y-el-derecho-de-sociedades.html), consultado el 19-8-2013.
- FAUCEGLIA, G. (1982): «Oggetto sociale e prestazione mutualistica nelle società cooperative», en *Giurisprudenza Commerciale*, II, págs. 233-246.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (1999): *Fundamentos de Derecho Mercantil, I, Introducción y empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J. L. (1991): *Fundamentos de Derecho Mercantil*. Madrid, Edersa.
- FONT GALÁN, J. I. (1997): «Prólogo», en PANIAGUA ZURERA, M. (1997): *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, Madrid, McGraw-Hill.
- GADEA SOLER, E. (1994): «Análisis histórico-legislativo en torno a la sociedad cooperativa», en *Anuario de Estudios Cooperativos*, págs. 101-198.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1991): «La competencia exclusiva del estado sobre la “legislación mercantil”», en *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 199-200, págs. 7-38.
- GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C. (1998): «La necesidad de la consideración de la sociedad cooperativa como entidad mercantil para la adecuada regulación», en *Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 66, págs. 207-234.
- GASCÓN HERNÁNDEZ, J. (1957): «Las cooperativas desde el punto de vista del Derecho Mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 65, págs. 97-102.
- GIRÓN TENA, J. (1976): *Derecho de sociedades*, I, Madrid, G.T.
- GÓMEZ CALERO, J. (1975): «Sobre la mercantilidad de las cooperativas», en *Revista de Derecho Mercantil*, págs. 301-348.
- GONDRA ROMERO, J. M.ª (1992): *Derecho Mercantil, I, Introducción*. Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho (UCM).
- GONZÁLEZ PÉREZ, J./GONZÁLEZ NAVARRO, F. (2003): *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, T. I. Madrid, Civitas.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Voz: Ley de Armonización», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, págs. 4001-4003.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros (1998): *Elementos de Derecho Civil, I, Parte general*, vol. 2.º (Personas) —ed. revisada por DELGADO—. Madrid, Dykinson.
- LEÓN SANZ, F. J. (1998): «Modificaciones estructurales de sociedades cooperativas. Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil, Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. I. Valladolid, Universidad de Valladolid, págs. 465-488.
- LÓPEZ GUERRA, L. y otros (2003): *Derecho Constitucional 2. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 6.ª ed.

- LÓPEZ NIETO, F. (1992): *Manual de Asociaciones*. Madrid: Tecnos, 3.ª ed.
- LLOBREGAT HURTADO, M.ª L. (1990): *Mutualidad y empresas cooperativas*, Barcelona, Bosch.
- LLOBREGAT, M. L. (1999): «Régimen económico de las sociedades cooperativas en el marco de la nueva Ley General de Cooperativas, de 16 de julio de 1999», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 13, págs. 190-228.
- MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (2002): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 3.ª ed.
- MARTÍNEZ CHARTERINA, A. (1990): *Análisis de la integración cooperativa*, Bilbao, Universidad de Deusto.
- MENÉNDEZ, A. (1982): *Constitución, sistema económico y Derecho Mercantil*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid.
- (1990): «El Derecho Mercantil en el siglo XXI», en *La Ley*, vol. 4, págs. 1197-1203.
- MONTILLA MARTOS, J. A. (2006): «La legislación básica tras las reformas estatutarias», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, págs. 105-150.
- MONZÓN CAMPOS, J. L. (1994): «Principios cooperativos y realidad cooperativa en España», en MONZÓN/ZEVI (dirs.): *Cooperativas, mercado, principios cooperativos*, Valencia, Ciriace-España.
- MORILLAS, M. J./FELIÚ, M. I. (2002): *Curso de Cooperativas*, Madrid, Tecnos, 2.ª ed.
- PANIAGUA ZURERA, M. (1997): *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, Madrid, McGraw-Hill.
- PANTALEÓN, F. (1993): «Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)», en *Anuario de Derecho Civil*, T. XLVI, núm. 1, págs. 5-56.
- PARDO LÓPEZ, M. M. (2008): En ESCUÍN IBÁÑEZ, I./PARDO LÓPEZ, M. M. (2008): «Sistema de fuentes de la Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España. Importancia de los estatutos sociales», en ALFONSO (dir.): AA.VV.: *La Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España*, Pamplona, Thomson Aranzadi, págs. 97-140.
- PAREJO ALFONSO, L. (1983): «Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional, de 5 de agosto de 1983, relativa al Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, págs. 147-184.
- PAZ-ARES, C. (1991a): «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)», en AA.VV.: *Derecho Mercantil de la Comunidad Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, págs. 729-753.
- (1991b): *Comentario del Código Civil (arts. 1665 y sigs.)*, Madrid, Ministerio de Justicia, págs. 1299-1523.
- (1992a): «Comentario al artículo 2.2», en PAU PEDRÓN (coord.), AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid, Tecnos, págs. 36-46.
- (1992b): «La sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades», en URÍA/MENÉNDEZ (dirs.): *Curso de Derecho Mercantil, I*, Madrid, Civitas, págs. 491-525.
- PAZ CANALEJO, N./VICENT CHULIÁ, F. (1989): *Ley General de Cooperativas (Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial)*, T. XX, vol. 1.º, Madrid, Edersa.
- (1994): *Ley General de Cooperativas (Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial)*, T. XX, vol. 3.º, Madrid, Edersa.

- QUINTANA, I. (1985): «La materia mercantil en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en RETORTILLO (coord.), *De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza, CSIC, págs. 537-538.
- RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A. (1992): *Manual de Derecho Mercantil*, Bilbao, Deusto.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (1976): «Los conceptos de sociedad y empresa en la ley de cooperativas», en AA.VV.: *Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. III, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, págs. 493-524.
- (1999): *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid: McGraw-Hill, 22.<sup>a</sup> ed.
- SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (1964): «Relaciones del régimen jurídico de las sociedades mercantiles y de las sociedades cooperativas», en AA.VV., *El cooperativismo en la coyuntura española actual*, Madrid, CESCVC, págs. 135-176.
- SANTOS, V. (1980): «Las secciones de cooperativas en el Derecho español», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, págs. 957-1010.
- (1982): «Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución Española de 1978», en AA.VV.: *El desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Zaragoza, Pórtico, págs. 359 y sigs.
- SERRA RODRÍGUEZ, A.: *II. Personas jurídicas: Cooperativas* [en línea] disponible en <http://www.uv.es/sgecc/10.pdf>, págs. 1-38.
- TORNOS MÁS, J. (1994): «Las conferencias sectoriales», en *Documentación Administrativa*, núm. 240, págs. 71-91.
- URÍA, R. (1997): *Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 24.<sup>a</sup> ed.
- URÍA, R./MENÉNDEZ, A./VERGEZ, M. (1999): «Sociedades cooperativas», en URÍA/MENÉNDEZ (dirs.): *Curso de Derecho Mercantil, I*, Madrid, Civitas, págs. 1279-1302.
- VERGEZ SÁNCHEZ, M. (1973): *El Derecho de las cooperativas y su reforma*, Madrid, Civitas.
- VERRUCOLI, P. (1962): «Voz: Cooperative (imprese)», en CALASO (dir.), *Enciclopedia del Diritto*, vol. X. Varese, Giuffrè, págs. 552-574.
- VICENT CHULIÁ, F. (1971): *Concentración y Unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, Confederación Española de Cajas de Ahorro.
- (1976): «Las empresas mutualísticas y el Derecho Mercantil en el Ordenamiento español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 512, págs. 69-135.
- (1978): «Los órganos sociales de la cooperativa», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, págs. 65-118.
- (1981): «El accidentado desarrollo de nuestra legislación cooperativa», en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, págs. 1209-1256.
- (1985): «La legislación cooperativa autonómica», en *Revista Jurídica de Cataluña*, págs. 369-406.
- (1992): «Nota a la Resolución de la DGRN, de 25 de julio de 1992, caso JAJIEL, S. L.», en *Revista General de Derecho*, págs. 10279-10284.
- (1993): «Problemas candentes de la sociedad anónima», en *Revista General de Derecho*, núm. 591, págs. 11909-11942.
- (1998): «Mercado, principios cooperativos y reforma de la legislación cooperativa», en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 29, págs. 7-33.
- (1999): «La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas Estatal», en *Revista General de Derecho*, núm. 663, págs. 14561-14583.

## NOTAS

<sup>1</sup> Puede verse en ALFONSO SÁNCHEZ (2000a, págs. 357-375).

<sup>2</sup> Críticamente sobre la calificación societaria, VICENT CHULIÁ (1976, págs. 69-135); VICENT CHULIÁ (PAZ CANALEJO/VICENT CHULIÁ, 1994, pág. 349), quien la considera un *tertium genus* respecto a la sociedad y a la asociación. GASCÓN HERNÁNDEZ (1957, pág. 102) las calificaba como instituciones incardinadas en el ámbito del Derecho económico-social. Por su parte, CAPILLA RONCERO (1991, pág. 23) y LÓPEZ NIETO (1992, pág. 33), la consideran asociación de interés particular. También en contra de la calificación de la cooperativa como sociedad, en la consideración de que el ánimo de lucro es elemento esencial del concepto, del que carece la cooperativa, DÍAZ MORENO (1994, pág. 164 y sigs.) y PAZ CANALEJO (en PAZ CANALEJO/VICENT CHULIÁ, 1989, pág. 18 y sigs.).

<sup>3</sup> Básicamente la Ley de Cooperación de 2-1-1942 y su Reglamento de 11-11-1943.

<sup>4</sup> GÓMEZ CALERO (1975, págs. 301-348) sintetiza el estado de la cuestión en tres etapas: hasta el Código de Comercio de 1885, hasta el Decreto-ley de Cooperativas de 4-7-1931 y hasta la Ley General de Cooperativas de 19-12-1974.

<sup>5</sup> Concepto amplio de sociedad formulado por GIRÓN TENA y seguido por la mayoría de nuestra doctrina mercantilista.

<sup>6</sup> Con respecto a la noción de lucro como *ventaja patrimonial o económica*: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1972, págs. 158-173); URÍA (1997, pág. 166); y LLOBREGAT HURTADO (1990, págs. 33-38); sobre la consideración del *ahorro en el gasto* como finalidad también lucrativa: SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (1964, págs. 135-176, 144-147); MARTÍNEZ CHARTERINA (1990, pág. 71); ARROYO (1995, págs. 13-15); BERCOVITZ (1998, pág. 77); BERCOVITZ/BROSETA (1986, págs. 7-59); PANIAGUA ZURERA (1997, pág. 398); PANTALEÓN (1993, págs. 5-56); PAZ-ARES (1991a, pág. 731 y sigs.); PAZ-ARES (1991b, págs. 1299-1523).

<sup>7</sup> Para VICENT CHULIÁ no es suficiente un ahorro o economía; es preciso el fin o causa contractual de obtener una ganancia o lucro repartible entre los socios [ánimo de lucro como elemento esencial tipológico de la sociedad en nuestro Derecho]. A título de ejemplo, VICENT CHULIÁ (1992, págs. 10279-10284); VICENT CHULIÁ, 1993, pág. 11911 (en especial, debate doctrinal contenido en nota 19).

<sup>8</sup> Con base en la noción amplia de sociedad reconocen la naturaleza societaria de la cooperativa GIRÓN TENA (1976, pág. 111); SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (1964, págs. 138-143); LLOBREGAT HURTADO (1990, págs. 156-180) y LEÓN SANZ (1998, pág. 468). Con base en la noción amplia de lucro societario califican de sociedad a la cooperativa BERCOVITZ (1998, pág. 77); BERCOVITZ/BROSETA (1986, págs. 36-3); URÍA (1997, pág. 166-577); DE LA CÁMARA (1972, págs. 171-177); LACRUZ BERDEJO y otros (1998, pág. 261). Por último, cabe citar la RDGRN de 29-2-1990 (sobre registro de sucursal de sociedad extranjera), que defiende también un concepto amplio de sociedad mercantil, y toma como orientación «el concepto de sociedad establecido en el artículo 58 del Tratado de Roma, precepto que afirma que por sociedades se entienden las sociedades de Derecho Civil o Mercantil, incluso las sociedades cooperativas (...)».

<sup>9</sup> Lo que ya contaba con cierto respaldo positivo desde que el artículo 1 del Reglamento de cooperativas (RD 2396/1971, de 13 de agosto) sustituyera la idea de «lucro mercantil» por la de «lucro derivado de la intermediación». De esta manera, el lucro excluido de la sociedad cooperativa es el especulativo.

<sup>10</sup> Sobre el particular, VERGEZ SÁNCHEZ (1973, págs. 73, 77-78); ARROYO (1989, págs. 13-14); PANIAGUA ZURERA (1997, pág. 377).

<sup>11</sup> Sobre el reconocimiento del carácter societario de la cooperativa en los artículos 87.3 y 90.2 LSRL, así como en la sistemática de dicho texto legal, vid. EIZAGUIRRE (1997, pág. 869).

<sup>12</sup> Así puede verse en SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (1964, pág. 139).

<sup>13</sup> Según LLOBREGAT HURTADO (1990, págs. 171-172), la cooperativa es una sociedad al tener su origen en un contrato surgido de la promoción de un fin común entre los socios, con un patrimonio afectado a un fin social, sometida a unos requisitos de publicidad, que

desarrolla una actividad social con pretensión de permanencia, y con una finalidad lucrativa entendida como cualquier ventaja patrimonial o económica.

<sup>14</sup> Vid. BALLESTERO (1983); BALLESTERO (1990), LEÓN SANZ (1998, pág. 469).

<sup>15</sup> Con respecto a este tema, vid. SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (1964, págs. 153-154). Por su parte, DUQUE DOMÍNGUEZ (1988, págs. 351-352) niega la condición de empresario de la cooperativa por entender que empresarios lo son el conjunto de cooperativistas. Opinión de la que discrepamos, pues la calificación de empresario atribuida a los socios haría recaer sobre ellos su estatuto jurídico, lo que en ningún caso está previsto en las leyes de cooperativas.

<sup>16</sup> En este punto, el artículo 124 del Código de Comercio habría de ser reinterpretado, pues las clases de cooperativas que en él se citan son las conocidas en la época del Código, apareciendo el resto posteriormente. Por ejemplo, en la legislación de casas baratas (Ley de 10-12-1921 y su Reglamento de 8-7-1922) se encuentra el origen de las cooperativas de viviendas, al considerar cooperativas a las asociaciones que se dedicaran a construir casas solamente para sus socios. La omisión más relevante del artículo 124 del Código de Comercio es la relativa a las cooperativas agrarias, pero puede encontrarse cierta justificación a la misma en la medida que el Código de Comercio (art. 326.2) no considera comercio algunas actividades de carácter extractivo (agrícola, ganadera, pesquera).

<sup>17</sup> Puesto de manifiesto por LLOBREGAT HURTADO (1990, págs. 119-122).

<sup>18</sup> Pues al operar únicamente con sus socios no obtendrían un verdadero beneficio que distribuir.

<sup>19</sup> De forma que las cooperativas serían mutualistas o mercantiles. Distinción que no compartimos por entender que lo mutualista no se contrapone a lo mercantil, sino tan solo a lo capitalista. Seguimos así la opinión de FONT GALÁN (1997, XXXII), para quien «lo mercantil abarca tanto lo capitalista como lo mutualista. A su vez, lo mutualista abraza tanto lo no lucrativo como lo lucrativo. No hay, pues, contradicción entre mutualidad y lucro». Para el autor, la sociedad mercantil cooperativa se diferencia de las demás sociedades mercantiles ordinarias (capitalistas y personalistas) en el modo de actuar o explotar la actividad empresarial, pues hay un modo o estilo mutualista y otro capitalista.

<sup>20</sup> Así lo entendió la STS de 22-1-1904 (CJC, T. 97, 1904, S. núm. 28) al manifestar que «ningún artículo del Código de Comercio se opone a que las sociedades cooperativas puedan ser mercantiles». En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (págs. 964, 169) señalan que «el legislador admite que las cooperativas puedan tener por objeto propio actos considerados en el Código como de comercio».

<sup>21</sup> PANIAGUA ZURERA (1997, pág. 137, nota 140).

<sup>22</sup> Exposición de Motivos del Código de Comercio de 18 de marzo de 1882.

<sup>23</sup> PAZ-ARES (1991a, pág. 752), afirma que la causa de la sociedad no puede identificarse ya con el criterio material del ánimo de lucro sino en el formal del fin común, y propone una concepción de la causa societaria plural y fungible, apta para encuadrar los mas distintos fines (lucrativos, consorciales, mutualistas, ideales, etc.), con independencia de que se persigan por motivos egoístas o altruistas.

<sup>24</sup> Para LLOBREGAT HURTADO (1999, págs. 190-228) el artículo 58.3 de la Ley de Cooperativas ha introducido en la cooperativa el «ánimo de lucro» que caracteriza a las sociedades mercantiles al permitir el reparto de una parte de los beneficios extracooperativos disponibles.

<sup>25</sup> «Lo verdaderamente significativo es que haya actividad empresarial; es decir, organización orientada a obtener resultados económicos. La rentabilidad económica, bien porque se obtienen beneficios, ya porque se abaratan costes, son los parámetros de la mercantilidad. La ecuación mercantil-lucro ha dado paso al binomio mercantil-econOMICIDAD» (ARROYO, 1989, pág. 13).

<sup>26</sup> Como se ha señalado, «finalidad mutualista pero no actividad exclusivamente mutualista» (MONZÓN CAMPOS, 1994, pág. 118). La posibilidad de realizar operaciones con terceros fue señalada por GIRÓN como rasgo coadyuvante a la subsistencia de la cooperativa como tipo societario independiente de la cooperación (GIRÓN TENA, 1976, pág. 101). La realización de actividades y servicios cooperativizados con terceros no socios tiene lugar, para cada clase de

cooperativa, si la Ley lo ha previsto y en las condiciones y con las limitaciones establecidas (cfr. art. 4.1 LCoop.).

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, la LGC excluía las operaciones con terceros (salvo autorización administrativa o habilitación legal), en cooperativas de transportistas (art. 142), de seguros a prima fija (art. 143.1.b), sanitarias de seguros a prima fija (art. 144.2) y educacionales (art. 146).

<sup>28</sup> PAZ-ARES (1992b, pág. 502). Por ejemplo, FONT GALÁN (1997, XXX) considera que el artículo 124 del Código de Comercio «más bien quiso decir “actos u operaciones con terceros”; pero habló de “actos extraños a la mutualidad”, con lo que cometió el error histórico (que es casi un «pecado contra el espíritu» [mutualista], el más grave de todos los pecados) de tecnificar jurídicamente el concepto normativo y axiológico de mutualidad cooperativa para un asunto de reconocimiento de mercantilidad, cuestión estrictamente técnico-jurídica». Por contra, un significativo sector de nuestra doctrina no admite que la simple extensión a no socios de la actividad cooperativizada determine la calificación mercantil de la cooperativa. Así, VICENT CHULIÀ (1971, pág. 575) y PAZ CANALEJO (PAZ CANALEJO/VICENT CHULIÀ, 1989, págs. 7-8, 17-18, 22-23).

<sup>29</sup> Las leyes de cooperativas contemplan esta triple posibilidad de actuación estableciendo consecuencias diferentes para cada una de ellas, en particular respecto al destino de los resultados derivados de su realización.

<sup>30</sup> A través del principio de puerta abierta se fomenta la incorporación en calidad de socio de quien tenga la necesidad socio-económica para la cual se constituye la cooperativa. Esto se constata, por ejemplo, en la LRFC, que sanciona con la pérdida de la protección fiscal a las cooperativas que infrinjan los límites legales para la operatoria con terceros (art. 13.10 LRFC); de manera que en vez de admitir la participación de terceros o de ampliar el porcentaje de su participación en la actividad cooperativizada, si es que esta demanda más partícipes, que se incorporen como socios.

<sup>31</sup> Así, VERRUCOLI (1962, págs. 556-558) considera que, si bien el carácter mutualista exige que la sociedad opere solo con socios, las relaciones cooperativas con no socios no siempre suponen la pérdida del carácter cooperativo; o incluso puede que este sea el que justifique las relaciones con no socios para extender así los servicios al mayor número de personas pertenecientes al grupo o categoría sociológica del que la cooperativa emana. Por el contrario, para PAZ-ARES (1992.a, pág. 37), las figuras mutualistas se caracterizan por la exclusividad de las operaciones que realizan con sus socios y si operan con terceros, aunque sea parcialmente, no se estará ante una sociedad mutualista sino ante una sociedad ordinaria que opera prevalentemente con sus socios. Aunque el autor reconoce que la LGC era una excepción al permitir que la cooperativa efectuara, bajo ciertas condiciones, operaciones con terceros.

<sup>32</sup> En cuyo marco es posible realizar cualquier actividad económica [lícita]; vid. artículo 1.2 de la Ley de Cooperativas.

<sup>33</sup> En este sentido indican SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (1964, pág. 146) que el objeto social es desarrollado por la cooperativa con el deseo de obtener un beneficio —un incremento del valor de su patrimonio— para así poder retribuir al máximo a los socios.

<sup>34</sup> Así, FAUCEGLIA (1982, pág. 246), distingue entre «objeto de la prestación mutualística y objeto de la sociedad cooperativa»; el primero se tutela con los instrumentos contractuales tradicionales; el segundo, con el sistema de impugnación de acuerdos sociales.

<sup>35</sup> V.gr., el objeto social de una cooperativa de trabajo asociado será cualquier actividad de producción de bienes y servicios para terceros. El de una cooperativa de viviendas adquirir, parcelar y urbanizar terrenos. El de una cooperativa de seguros, la actividad aseguradora. En una cooperativa sanitaria, la atención sanitaria. En una cooperativa de enseñanza, la actividad docente, etc. Como ha señalado el TC (STC 72/1983, de 29 de julio, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/1982, de 11 de febrero, de Cooperativas del País Vasco) «una cooperativa de consumo habrá de comprar los productos que vende a sus socios y en determinados supuestos a terceros, y una cooperativa de producción habrá de vender lo producido. Es una actividad inherente a determinadas cooperativas el poder establecer relaciones como las señaladas, actividad que realiza exactamente igual que otra persona jurídica» (FJ 4). Vid. también STS de 21-6-1996 (R.Ar. 5322).



<sup>36</sup> Algunos autores sostienen la mercantilidad de las cooperativas argumentando que desarrolla actividades empresariales, que puede prestar sus servicios cooperativizados a no socios y que está sujeta a los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra. Así, DÍVAR (1984, págs. 172-174); URÍA (1997, pág. 500); FERNÁNDEZ RUIZ (1991, pág. 399); RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE (1992, pág. 351).

<sup>37</sup> Por todos, GIRÓN TENA (1976, pág. 203). RDGRN de 25-7-1992 (BOE 14-10-1992).

<sup>38</sup> Una distinción similar aborda PAZ-ARES (1992a, págs. 37-38) respecto de la actividad de la AIE: *operaciones mediante las cuales* se desarrolla el objeto social (operaciones internas que integran la actividad auxiliar para la que se constituyó la AIE y que solo se pueden realizar con los socios) y *operaciones instrumentales* para el desarrollo del objeto social (operaciones externas respecto de las cuales la AIE opera en el mercado como cualquier otra persona jurídica).

<sup>39</sup> V.gr., SA, SRL., S.Com.p.A., SGR, AIE, las cuales son comerciantes *ex lege*, con independencia del carácter comercial o no de su objeto social; vid. PAZ-ARES (1992b, pág. 497).

<sup>40</sup> Así, por ejemplo, VERRUCOLI (1962, pág. 569) entiende que las consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de las operaciones realizadas entre la cooperativa y sus socios no afectan a la posible calificación de la cooperativa como sociedad mercantil. A este particular, en nuestra doctrina, VERGEZ SÁNCHEZ (1973, págs. 81-82).

<sup>41</sup> En este punto coinciden el artículo 124 y la Exposición de Motivos del Código de Comercio, al exigir el primero la realización de *actos de comercio extraños a la mutualidad* y la segunda el *ejercicio habitual de algunos actos de comercio que merezcan aquella denominación*.

<sup>42</sup> En Alemania el criterio de comerciante por razón de la forma para atribuir la condición jurídica de empresario surge históricamente en la ley de Cooperativas de 1868 (parágrafo 17.7 GenG) y se aplica poco después a la sociedad anónima (AktG de 1870) y a la sociedad limitada (GmbHG de 1892). Sobre estos extremos, LEÓN SANZ (1998, pág. 469).

<sup>43</sup> La cooperativa tiene carácter neutro en cuanto que su estructura es apta para obtener —igual que le sucede a la sociedad anónima o a la sociedad de responsabilidad limitada— varios fines en abstracto, necesitando la ulterior concreción de los mismos en función del objeto en concreto. Lo que diferencia ese carácter neutral de la cooperativa del que se observa en las formas sociales respecto de las que se predica, es la mercantilidad por la forma atribuida por sus leyes especiales.

<sup>44</sup> En general, sobre la mercantilidad de las sociedades por el objeto, véanse las RDGRN de 13-12-1985, 20-3-1986, 1-4-1997, 30-4-1997, 11-12-1997 y 20-4-2010. Según esta última, «y ello no solo desde el punto de vista económico (interposición en el tráfico, habitualidad, ánimo especulativo) sino, también, desde el estrictamente jurídico, toda vez que se pretende la realización de forma permanente, a través de una organización estable y adecuada al efecto y con ánimo lucrativo, de genuinas actividades empresariales».

<sup>45</sup> BARBERENA (1992, pág. 65); FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1999, pág. 132); GIRÓN TENA (1976, págs. 113-114); GONDRA ROMERO (1992, págs. 141-142); LEÓN SANZ (1998, pág. 469).

<sup>46</sup> En este sentido, PAZ-ARES (1991b, pág. 1381); GADEA SOLER (1994, pág. 198).

<sup>47</sup> Y a nuestro juicio, cuando tal tarea se aborda por las Comunidades Autónomas, en una clara invasión de la esfera competencial del Estado. Vid. también GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1998, págs. 207-234).

<sup>48</sup> Puede verse en ALFONSO SÁNCHEZ (2000a, págs. 376-390).

<sup>49</sup> Como señala DÍAZ MORENO (1996, pág. 266) si las cooperativas son empresarios desde un punto de vista económico e intervienen en el mercado, su regulación debería ser uniforme en todo el territorio nacional.

<sup>50</sup> SSTC, núms. 72/1983, de 29 de julio; 44/1984, de 27 de marzo; 165/1985, de 5 de diciembre, sobre legislación cooperativa en general y sobre cooperativas de crédito en particular, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

<sup>51</sup> El TC señala que «prescinde de cualquier posición doctrinal acerca de si las cooperativas han de considerarse o no como sociedades mercantiles» (FJ 3, STC 72/1983, de 29 de julio).

No obstante, DÍAZ MORENO (1996, pág. 267) considera que «de sus afirmaciones se evidencia que para formar su opinión ha tenido en cuenta consideraciones extraídas de ámbitos ajenos al propio marco constitucional.

<sup>52</sup> STC 72/1983, de 29 de julio.

<sup>53</sup> Para DÍAZ MORENO (1996, pág. 267), no solo es el título competencial «legislación mercantil» el que queda afectado por la doctrina del TC en materia de cooperativas, pues los registros de cooperativas, verdaderos registros de seguridad jurídica (no meramente administrativos) y con claros efectos en las relaciones *inter-privatos*, deberían ser competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.8.º CE. Vid. VICENT CHULIÁ [en PAZ CANALEJO/VICENT CHULIÁ (1989), págs. 370, 395-399].

<sup>54</sup> Se pretende evitar que la distribución competencial «desintegre» la unidad (aunque no uniformidad) del mercado (STC 72/1983, de 29 de julio).

<sup>55</sup> El propio TC así parecía entenderlo al indicar que tanto en el «escrito por el que se promueve el recurso como en los escritos de alegaciones (...), se plantea como punto de partida el tema del carácter mercantil o autónomo del derecho cooperativo en cuanto esta calificación tiene transcendencia para determinar el ámbito de la competencia asumida por la Comunidad Autónoma del País Vasco en su Estatuto que es, en definitiva, el punto central que debemos examinar (STC 72/1983, de 29 de julio, FJ 1).

<sup>56</sup> «(...) 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 (...) no era correcta» (FJ 3, STC 72/1983, de 29 de julio).

<sup>57</sup> Dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno central contra determinados preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 12/1983, de 22 de junio, [sobre los principios ordenadores de la Hacienda del País Vasco]. El conflicto derivaba de la creación en dicha Ley de una sociedad mercantil especial, diferenciada de la sociedad anónima, y por la regulación de su régimen jurídico básico. Esta sentencia retoma la doctrina de la STC 39/1981, de 16 de noviembre, sobre Centros de Contratación de Cargas en Transporte Terrestre de Mercancías [vid. comentario en GARCÍA DE ENTERRÍA (1991, pág. 31)].

<sup>58</sup> Así GARCÍA DE ENTERRÍA (1991, pág. 31).

<sup>59</sup> DÍAZ MORENO (1996, pág. 252, nota 56).

<sup>60</sup> SSTC 39/1981, de 16 de noviembre, 14/1986, de 31 de enero, y 88/1986, de 1 de julio. Sobre ellas, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA (1991, pág. 30 y sigs.).

<sup>61</sup> VICENT CHULIÁ (1981, págs. 1246-1247).

<sup>62</sup> Vid. BROSETA PONT (1994, págs. 396-397). No así ALONSO ESPINOSA (1997, pág. 23) quien considera a las cooperativas «operadores económicos organizados cuyo estatuto jurídico se especializa respecto del general del comerciante, al tiempo que, en ciertos aspectos, quedan asimilados, pero sin que pueda llegar a afirmarse que son comerciantes (...) dado que su actividad la realizan principalmente con sus socios y no con terceros indeterminados (...)».

<sup>63</sup> SÁNCHEZ CALERO (1999, pág. 224) incluye a las cooperativas dentro del ámbito de estudio de las sociedades mercantiles por entender que al «ejercitar una actividad empresarial se transforman en empresarios sociales (así expresamente STS de 24-1-1990, R.Ar. 22)», aún con un régimen especial. Sobre la evolución de la relación entre la cooperativa y el régimen de las sociedades mercantiles, vid. SÁNCHEZ CALERO (1976, págs. 493-524). Para PANIAGUA ZURERA (1997, pág. 141) «la solución preferible acerca de la mercantilidad de la sociedad cooperativa pasa por el reconocimiento del carácter mercantil de este tipo social, en razón al ejercicio organizado de una actividad empresarial en y para el mercado».

<sup>64</sup> URÍA/MENÉNDEZ/VERGEZ (1999, pág. 1283) estiman que la calificación de la cooperativa como sociedad mercantil no solo se desprende de que se le someta a las normas que configuran el estatuto jurídico del empresario, sino de todo el fundamento de su regulación. MORILLAS/FELIÚ (2002) consideran que la cooperativa es una sociedad mercantil especial, y también CARRERAS ROIG (2011, pág. 59). BUENDÍA (1999) se pronuncia a favor del carácter mercantil de la cooperativa, al igual que LLOBREGAT HURTADO (1999, págs. 190-228).



<sup>65</sup> SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (1964, pág. 157). En este sentido, la STS de 24-1-1990 (R.Ar. 22) señala que: «(...) 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 al dictar las normas reguladoras de las cooperativas y su similitud con las de las sociedades anónimas aún cuando 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 un fin lucrativo, alcanzándole, ciertamente, muchas disposiciones mercantiles, que han de ser respetadas por el legislador autonómico, según mandato constitucional (art. 149 CE)».

<sup>66</sup> Como pone de manifiesto MENÉNDEZ (1999, pág. 1198): «las cooperativas, nacidas para suprimir la función intermediadora del empresario, se acomodan en su disciplina, de modo progresivo, a las normas propias de este status». En el mismo sentido, BLANCO CAMPAÑA (1980, pág. 164).

<sup>67</sup> O como se ha dicho, «tomar a préstamo técnicas de la legislación mercantil a través del expediente de incorporar a su seno preceptos materialmente mercantiles» (CASAS BAAMONDE, 1986, págs. 7-33).

<sup>68</sup> Cfr., artículo 4, Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca.

<sup>69</sup> Advierte EMBID IRUJO (2013, en línea) que tal afirmación «se hubiera tenido por herética en otras épocas» y reclama la necesidad de «poner de manifiesto, con mayor intensidad, su carácter de verdaderos empresarios y obrar, desde el punto de vista legislativo, de manera consecuente».

<sup>70</sup> Estas entidades se regulan por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP) y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre (ROSSP).

<sup>71</sup> STC 72/1983, de 29 de julio, FJ 8.

<sup>72</sup> Así, ALFONSO SÁNCHEZ, BLANCO CAMPAÑA, EMBID IRUJO, LLOBREGAT HURTADO, MENÉNDEZ, OLIVENCIA RUIZ, PANIAGUA ZURERA, SÁNCHEZ CALERO, URÍA, VERGEZ, entre otros.

<sup>73</sup> SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (1964, pág. 176).

<sup>74</sup> Para hacer más ágil la exposición, las referencias que se realicen a las sociedades cooperativas pueden entenderse también referidas a las mutuas no integradas en el sistema de Seguridad Social, siempre que lo sean a prima variable.

<sup>75</sup> Esto es, el formado por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes de reparto competencial, según indica el artículo 59 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Como anécdota conviene reflejar la declaración del carácter mercantil de las cooperativas que se contiene en la Exposición de Motivos de la LSCEExtremadura, justo en el párrafo siguiente a aquel en el que se pretende justificar la competencia exclusiva de la Comunidad de Extremadura en materia de cooperativas.

<sup>76</sup> Sobre nuestra opinión contraria a la distribución competencial en materia de cooperativas, con indicaciones bibliográficas, véase, ALFONSO SÁNCHEZ (1997, págs. 178-193); (1999, págs. 1-6); (2000b, págs. 161-199); (2002a, págs. 4573-4604); (2002b); (2009, págs. 9-41).

<sup>77</sup> Así, LLOBREGAT HURTADO (1999, págs. 190-228), lo que en su opinión se había producido al incorporar la Ley de Cooperativas el ánimo de lucro.

<sup>78</sup> Orden de 7 de noviembre de 2006, por la que se encarga a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil.

<sup>79</sup> A saber, las sociedades de garantía recíproca y las mutuas a prima fija.

<sup>80</sup> EMBID IRUJO (2013, en línea).

<sup>81</sup> Falta en este ámbito, pues, no ya la unidad de régimen jurídico que impera para el resto de las formas sociales previstas en nuestro Ordenamiento, sino, incluso, la más mínima armonización legislativa, existente, por el contrario, en el ámbito del Derecho Comunitario de sociedades de capital.

<sup>82</sup> Así, FJ 3, STC 72/1983, de 29 de julio.

<sup>83</sup> Por lo que, señala el TC, habría de afirmarse simultáneamente que la inclusión de la competencia en el artículo 10 (que se refiere a las competencias legislativas y de ejecución) del Estatuto no era correcta, ya que correspondería a las incluidas en el 11 (de desarrollo legislativo y ejecución) o 12 (tan solo de ejecución) —FJ 3—. Y solo si la competencia asumida comprende la función legislativa puede la Comunidad dictar una Ley sobre cooperativas (FJ 2).

<sup>84</sup> La STC 37/1997, de 27 de febrero, recapitula la doctrina del TC sobre delimitación del alcance de la legislación contractual civil y mercantil (competencia estatal) en relación con otras materias como el comercio interior, defensa de los consumidores y usuarios, centros de contratación de mercancías y cooperativas, asumidas por las Comunidades Autónomas: «El punto de partida argumental de todas las resoluciones ha sido (...) la distinción cuidadosa entre, de un lado, lo que es regulación de las relaciones inter privados y, de otro lado, la regulación de la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales —mediante, por ejemplo, actividades de policía administrativa o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario—. El primer tipo de regulaciones se ha encuadrado en la materia legislación civil o mercantil —afirmando que «solo las reglas de derecho privado quedarán comprendidas en la reserva al Estado de la legislación mercantil», e incluyendo en ellas el establecimiento de las condiciones generales de la contratación, las modalidades de los contratos, la delimitación de su contenido típico, de los derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas, la forma en que nacen y se extinguen los derechos y las obligaciones de los empresarios o las condiciones de validez de los contratos privados—, en tanto que las actividades públicas del segundo grupo se han incluido en las materias de comercio, defensa de los consumidores, seguros o cooperativas» (la cursiva es nuestra).

<sup>85</sup> La proliferación de leyes de cooperativas constituye un grave problema desde la perspectiva de algunos de los principios constitucionales, como el de unidad de mercado, no discriminación por razón del territorio (art. 139.1 CE), libertad de circulación y establecimiento de las personas en todo el territorio nacional (art. 139.2 CE). Sobre estos extremos, véase ALFONSO SÁNCHEZ (1999, pág. 3).

<sup>86</sup> VICENT CHULIÁ (1999, pág. 14566).

<sup>87</sup> ARROYO (1989, pág. 16) defendía la competencia estatal exclusiva en materia de cooperativas, bien por el cauce de la ley de bases, bien por el del texto articulado, dejando a las Comunidades Autónomas el desarrollo o la potestad reglamentaria, según los casos.

<sup>88</sup> Así, ALFONSO SÁNCHEZ (2006b, págs. 11-52); EMBID IRUJO (1998, pág. 35); LEÓN SANZ (1998, pág. 475).

<sup>89</sup> VICENT CHULIÁ (1999, pág. 14566).

<sup>90</sup> Así, EMBID IRUJO (2013, en línea).

<sup>91</sup> En cualquier caso, valga la advertencia de que lo que se va a realizar es una «relectura guiada» de los criterios del TC.

<sup>92</sup> Esta es la dicción de la generalidad de los Estatutos de Autonomía no reformados (esto es, todos menos los de Cataluña, Andalucía, Aragón y Castilla y León, reformados entre 2006 y 2007).

<sup>93</sup> Esta sentencia recoge la doctrina que el TC ha consolidado en la delimitación del alcance de la legislación contractual, civil y mercantil (de competencia estatal) en relación con otras materias competenciales como el comercio interior, la defensa de los consumidores y usuarios, los centros de contratación de mercancías y las cooperativas, que pueden ser asumidas por las comunidades autónomas. SERRA RODRÍGUEZ (en línea, 8).

<sup>94</sup> «Los poderes públicos (...) fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas (...)), actividad de fomento que incorporan los Estatutos de Autonomía y que, los Estatutos reformados, por su parte, la incorporan como competencia exclusiva, lo que se verá *infra*. Se advirtió ya en su momento que en ningún caso puede el artículo 129.2 CE suponer para las Comunidades Autónomas un «cheque en blanco» para legislar en materias de Derecho Privado (DÍAZ MORENO, 1996, pág. 266). También sobre la solución de distinguir entre la regulación sustantiva y la político-administrativa de las cooperativas para encomendar

la primera al Estado, VICENT CHULIÁ (1981, págs. 1237-1240); VICENT CHULIÁ (1978, págs. 81-82) y SANTOS (1980, págs. 1008-1009).

<sup>95</sup> Esta es la opinión de DÍAZ MORENO (1996, pág. 267), que compartimos. Para SERRA RODRÍGUEZ (en línea, 3), la salvedad «conforme a la legislación general en materia mercantil» pretende obviar la posible extralimitación competencial al diseñar, dictando sus propias leyes, el régimen jurídico de aquellas.

<sup>96</sup> «Y en consecuencia la constitución habría de efectuarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, según preceptúa el artículo 119 del Código de Comercio» (FJ 8).

<sup>97</sup> Para la distinción entre forma, tipo y clase de cooperativas, ALFONSO SÁNCHEZ (2002a, págs. 4585-4595).

<sup>98</sup> Para VICENT CHULIÁ (1985, pág. 378), esta digresión se ha de entender referida al artículo 124 del Código de Comercio.

<sup>99</sup> Dictada en el recurso de inconstitucionalidad 1829-2000 promovido por la Junta de Andalucía respecto del artículo 54 de la Ley 55/1999, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se da nueva redacción al artículo 104 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas.

<sup>100</sup> Aunque en la práctica las leyes autonómicas suelen coincidir en su regulación, salvo excepciones, sirviendo las cinco originarias —y sus modificaciones— así como la Ley de Cooperativas de referencia o modelo.

<sup>101</sup> Lo que se conoce como «efecto Delaware» y que, precisamente, se pretende evitar, en el ámbito supranacional, desde el Tratado de Roma.

<sup>102</sup> Respecto a la exigencia de un escenario económico único, vid. SANTOS (1982, pág. 389); MENÉNDEZ (1982, pág. 74); QUINTANA (1985, págs. 537-538); DÍAZ MORENO (1996, págs. 241-244).

<sup>103</sup> Que establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: regulación de condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, así como sobre la legislación mercantil y procesal, las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y la legislación básica sobre contratos administrativos.

<sup>104</sup> Redactado por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Sobre esta posibilidad ya nos pronunciamos en ALFONSO SÁNCHEZ (2006b, pág. 33).

<sup>105</sup> GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO (2003, pág. 517); TORNOS MÁS (1994, págs. 71-91). Véase STC 76/1983, de 5 de agosto.

<sup>106</sup> Redactado por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

<sup>107</sup> Como con carácter general señalaba BROSETA PONT (1986, pág. 433) con relación a las materias económicas sometidas a la ley mercantil, «es imposible concebir la compatibilidad de distintas leyes operando con distintos contenidos en varios territorios de la nación. Puede afirmarse que el principio de unidad de mercado puede quebrar si coexisten distintos regímenes sustantivos de Derecho Privado sobre las mismas instituciones mercantiles, si su contenido fuera y distinto y cambiante al pasar de una a otra Comunidad Autónoma». En el mismo sentido, DÍAZ MORENO (1996, pág. 244). En particular, sobre el problema de la legislación cooperativa autonómica, PANIAGUA ZURERA (1997, pág. 166, nota 259).

<sup>108</sup> El legislador estatal no puede incidir en el ejercicio de las competencias que, de acuerdo con el esquema constitucional de distribución de las mismas, hayan asumido las Comunidades Autónomas. De aquí que las conferencias sectoriales no puedan sustituir a los órganos propios de las Comunidades ni sus decisiones puedan anular las facultades decisorias de los mismos; las conferencias sectoriales han de ser órganos de encuentro para el examen de problemas comunes y para la discusión de las oportunas líneas de acción (STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA, FJ 5).

<sup>109</sup> Sin obviar las modificaciones estructurales, el cambio del domicilio social al extranjero, ni la sociedad cooperativa europea, entre otras cuestiones.

<sup>110</sup> Así lo propone EMBID IRUJO (2013, en línea).

<sup>111</sup> Vid. JIMÉNEZ CAMPO (págs. 4001-4003).

<sup>112</sup> Casi inédita, según LÓPEZ GUERRA y otros (2003, pág. 379). Sobre la viabilidad de la ley de armonización, COSCULLUELA MONTANER (2001, pág. 144). No obstante, en ediciones posteriores no menciona esa posibilidad.

<sup>113</sup> Tan solo la STC 76/1983, de 5 de agosto, recaída en el recurso previo de inconstitucionalidad sobre la LOAPA. Para CRUZ VILLALÓN (1983, pág. 186) el conflicto planteado era básicamente político, aunque fue sometido a formulación y resolución jurídica.

<sup>114</sup> PAREJO ALFONSO (1983, págs. 149-150).

<sup>115</sup> Sobre las cuestiones apuntadas en el texto, PARDO LÓPEZ (2008, págs. 133-135).

<sup>116</sup> La STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 3), se pronunció sobre el interés general y su decisiva repercusión en la caracterización de una ley como armonizadora, afirmando que la armonización es una pieza más dentro del complejo mecanismo de la distribución constitucional de competencias y que el interés general no es un elemento privativo de las leyes de armonización. La CE, en su elaboración y redacción, ya ha sopesado y tenido en cuenta ese interés general. De hecho, es el criterio que ha inspirado la reserva de competencias a favor del Estado realizada, especialmente, en el artículo 149.1 CE y, en general, el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas.

<sup>117</sup> Vid., STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 3.

<sup>118</sup> PARDO LÓPEZ (2008, pág. 135).

<sup>119</sup> PARDO LÓPEZ (2008, pág. 135).

<sup>120</sup> Sobre las dificultades que el panorama legislativo español provoca para el establecimiento de sociedades cooperativas europeas dentro de nuestras fronteras, ALFONSO SÁNCHEZ (2006a, págs. 19-34); (2010, págs. 1-30); PARDO LÓPEZ (2008, págs. 97-140, 117-134). Para el régimen de fuentes, ALFONSO SÁNCHEZ (2010, págs. 1-30).

<sup>121</sup> Realmente no cabría recurrir a la ley de armonización, pues el Estado, en virtud de su título competencial exclusivo «legislación mercantil», sería la única fuente productora del régimen jurídico de la sociedad cooperativa (bien manteniendo el contenido en la LCoop., reformando esta, dictando una nueva regulación).

<sup>122</sup> Desde la perspectiva comunitaria, y como argumento a favor de una ley de armonización, la doctrina alude al hecho de que existan discriminaciones graves en el patrimonio jurídico de los particulares, algo que, entendemos, también produce el actual panorama legislativo (y tanto *ad intra* como *ad extra*). Al respecto, MANGAS MARTÍN/LIÑÁN NOGUERAS (2002, pág. 531); si bien en la medida en que la aplicación de un reglamento comunitario por parte de las Comunidades Autónomas pudiera llevar a resultados dispares en cuanto al régimen de derechos y obligaciones dimanantes del mismo.

<sup>123</sup> STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 3.

<sup>124</sup> Carecería de sentido que el Estado dictara una ley para armonizar una materia de su competencia, pues no va a armonizarse a sí mismo; lo que deberá hacer es regular la materia por ley ordinaria.

<sup>125</sup> STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 3.

<sup>126</sup> STC 37/1997, de 27 de febrero.

<sup>127</sup> Por lo que, aplicando el criterio consolidado del TC, cabría entender que la regulación de las relaciones *inter privados* de la cooperativa se encuadra en la materia legislación civil o mercantil —«solo las reglas de Derecho Privado quedarán comprendidas en la reserva al Estado de la legislación mercantil», incluyendo en ellas el establecimiento de las condiciones generales de la contratación, las modalidades de los contratos, la delimitación de su contenido típico, de los derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas, la forma en que nacen y se extinguen los derechos y las obligaciones de los empresarios o las condiciones de validez de los contratos privados—. Solo quedaría a las Comunidades Autónomas la regulación de la *intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales* de la cooperativa —mediante, por ejemplo, actividades de policía administrativa o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario—. Vid. STC 37/1997, de 27 de febrero.

<sup>128</sup> STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 3. Cuestionable interpretación sobre una ley de cierre del sistema que vendría a evidenciar el fallo del mismo, achacable quizá a la inexperiencia de un joven TC que se pronunciaba (en una época difícil) sobre una categoría que no ha podido volver a enjuiciar.

<sup>129</sup> STC 137/2010, de 16 de diciembre, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la que se resolvía la impugnación entre otros, del artículo 124, apartado 2 (inciso «los cuales, a su vez, incluyen en todo caso» y las letras subsiguientes), y apartado 3, íntegro.

<sup>130</sup> Vid., artículo 124 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Como se observa, el fomento de las cooperativas se incorpora a la competencia exclusiva, en clara vulneración del artículo 129.2 CE, como entendió el Defensor del Pueblo en el recurso de inconstitucionalidad sobre la reforma del Estatuto de Cataluña (STC 137/2010, de 16 de diciembre). Por lo que se refiere al artículo 124, en la medida que el Defensor del Pueblo (recurrente) no argumenta sobre la posible inconstitucionalidad de cada precepto impugnado (entre ellos el 124) sino que se limita a hacer mención, al hilo de su impugnación, de la predeterminación que los preceptos impugnados hacen del alcance del artículo 149.1 CE (bien a través de la utilización del verbo «incluir» o la expresión «en todo caso» —y la subsiguiente enumeración de submaterias— del capítulo II del título IV EAC, o de fórmulas equiparables de descripción de contenidos), el TC rechaza el motivo sin juicio individualizado sobre cada disposición.

<sup>131</sup> Vid., artículo 58.1.4.º de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. El mandato de fomentar las sociedades cooperativas y otras formas jurídicas de economía social, mediante la legislación adecuada se incluye en un precepto diverso, por lo que no se integra en la competencia exclusiva (art. 163).

<sup>132</sup> Vid., artículo 71.31.º de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. También incorpora en el marco competencial exclusivo el fomento de las cooperativas, contraviniendo el artículo 129.2 CE.

<sup>133</sup> Vid., artículo 70.28.º de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Además, en el artículo 16, relativo a los principios rectores de las políticas públicas, se marca el objetivo de fomento del cooperativismo y su promoción.

<sup>134</sup> Cuya finalidad —explica— es la de delimitar, por exclusión, la presencia del Estado en Cataluña, al determinar cuál será el ámbito de extensión material de los diversos tipos de competencias atribuidas a la Generalitat [capítulo I del título IV (arts. 110 al 115)]. Para el Defensor del Pueblo el nuevo criterio afecta de un modo decisivo al sistema, pues el nuevo Estatuto no solo procede a atribuir competencias a la Comunidad, sino a definir, mediante un elenco exhaustivo de los ámbitos materiales respectivos, el concreto contenido material de las competencias atribuidas. STC 137/2010, de 16 de diciembre.

<sup>135</sup> Al igual que la definición de las potestades, facultades y funciones que integran el contenido funcional de las competencias, que el recurrente llama blindaje por definición (STC 31/2010, de 28 de junio, en el recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, FFJJ 58 y 64)

<sup>136</sup> El TC remite a su razonamiento en la STC 31/2010 y en la STC 247/2007, ambas del FJ 6.

<sup>137</sup> Todo ello en la STC 137/2010, de 16 de diciembre, FJ 10.

<sup>138</sup> Sin perjuicio de los supuestos excepcionales en los que se ha admitido —mediando la oportuna cobertura constitucional o un específico anclaje estatutario conforme con la Constitución (STC 109/1998, de 21 de mayo)— la aplicación de determinadas bases a ciertas partes del territorio nacional y no a su conjunto. Vid. STC 31/2010, de 28 de junio.

<sup>139</sup> STC 137/2010, de 16 de diciembre, FJ 10, con alusión a la STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 1; y sentencias las allí citadas.

<sup>140</sup> Atendiendo, a su vez, claro está, a los principios cooperativos, único referente básico en cualquier ordenación legal o convencional de la sociedad cooperativa. A este respecto, ALFONSO SÁNCHEZ (2002a, págs. 4579-4580).

<sup>141</sup> EMBID IRUJO (2013, en línea).

<sup>142</sup> Sobre adaptación de estatutos, vid. RDGRN de 18-2-1991, 15-11-1993 y 14-10-1999.

<sup>143</sup> La experiencia demuestra que la sanción para caso de incumplimiento suele ser la disolución de la entidad, la apertura del proceso liquidatorio y el cierre registral.

<sup>144</sup> Según LÓPEZ GUERRA y otros (2003, pág. 379). Para PAREJO ALFONSO (1983, págs. 163-164), sin embargo, la ley de armonización puede regular una materia en la que al Estado le correspondan las bases. Para el debate sobre «bases» y «desarrollo, vid., DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2004, págs. 135-162); MONTILLA MARTOS (2006, págs. 105-150).

<sup>145</sup> En su momento, VICENT CHULIÁ (1998, págs. 7-23); (1999, págs. 10, 17) reclamó una ley de armonización que cumpliera la función que debió cumplir (al amparo del art. 129.2 CE) una ley marco.

*(Trabajo recibido el 5-9-2013 y aceptado  
para su publicación el 16-9-2013)*