

Las empresas mutualísticas y el Derecho mercantil en el Ordenamiento español

1. EL DIVORCIO ENTRE EL DERECHO MERCANTIL Y LAS EMPRESAS ASOCIATIVAS MUTUALISTICAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La tipología legal de las agrupaciones voluntarias de personas en nuestro ordenamiento parte de la dicotomía entre las «asociaciones de interés público» y las «asociaciones de interés particular». Estas se regulan por el régimen de las sociedades (arts. 35 y 36 del Código civil). Aquéllas por el régimen especial, contenido hoy principalmente en la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 o en el Decreto-ley de 21 de diciembre de 1974 (*BOE* del 23) sobre el estatuto jurídico del derecho de asociación política.

Las asociaciones, equiparadas por el artículo 36 del Código civil a las sociedades, tienen por objeto una actividad económica y aparecen definidas de manera restrictiva en los artículos 1.665 del Código civil y 116 del Código de Comercio en base a su causa y a su estructura, o sea, a la finalidad de obtener una ganancia o lucro repartible entre sus socios y a la puesta en común de aportaciones, tanto si se origina una personalidad jurídica nueva como si no.

Por el contrario, las asociaciones, en sentido estricto, a pesar de que la Ley de 1964 sólo exige expresamente que sus fines sean «lícitos y determinados», parece que han de seguir persiguiendo «fines públicos», o sea, no económicos, tales como culturales, deportivos, humanitarios, religiosos o políticos (en la medida permitida por el régimen político

español, y especialmente por el citado Decreto-ley de 21 de diciembre de 1974).

El sistema dualista es reflejo fiel de postulados políticos que se remontan a principios del siglo XIX: el principio de libre constitución de las sociedades—por ser «privadas»—y el sometimiento al control público de las asociaciones «públicas» o de fines no estrictamente económicos. En consecuencia, no son admisibles, a nuestro entender, ni la doctrina que ve en la Ley de 1964 un concepto amplio de asociación, omnicomprendivo de todas las agrupaciones voluntarias de personas, ni tampoco la doctrina orientada en sentido opuesto, que, siguiendo a la legislación y doctrina alemanas, formula también un «concepto amplio» de sociedad, equivalente a un negocio jurídico de unión o agrupación de personas (1).

Pero a pesar de este sistema dualista, entre ambos tipos aparecen

(1) Esta interpretación de la Ley de asociaciones de 1964 fue defendida por el Profesor DUQUE, J. F., «Société, association et entreprise en droit espagnol», en *Evolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales*, obra colectiva publicada bajo la dirección de P. VERRUCOLI, Milán, 1968, tomo I, pág. 72 (donde afirma que la Ley de asociaciones de 1964 «coordina y sistematiza toda esta materia»), págs. 75 y sigs.

En realidad, el artículo 2.º de esta Ley no sólo excluye de su aplicación a las sociedades, sino también a otras asociaciones dotadas de estatuto especial.

El concepto amplio de sociedad en nuestra doctrina ha sido defendido especialmente por el Profesor GIRÓN TENA, J., «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», *RDP.*, 1954, págs. 369 y sigs, y en sus *Estudios de Derecho mercantil*, Madrid, 1953, págs. 203 y sigs.; en «Los conceptos y tipos de sociedades de los Códigos Civil y de Comercio y sus relaciones», en *Estudios del Centenario de la Ley del Notariado*, tomo IV, Madrid, 1963, págs. 1 y sigs.

Este concepto amplio de sociedad no tiene aún apoyo legislativo en nuestro ordenamiento. Los artículos 1.665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio exigen la finalidad de obtener beneficios como nota diferenciadora entre la sociedad, entidad de interés «particular», y la asociación, entidad con fines «públicos». Tampoco las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada han derogado el requisito de la causa de la sociedad, limitándose a consagrar el principio de mercantilidad por la forma (sobre el tema, ver más adelante nota 28); y mucho menos la Ley de 28 de diciembre de 1963 sobre asociaciones y uniones de empresas que, al regular la sociedad anónima de empresas, no dice que ésta tenga que prescindir de realizar un beneficio social repartible. La Ley se limita a dejar este posible beneficio social desprovisto de exención tributaria (aunque sí se prevé para la distribución de dividendos la bonificación del 99 por 100), lo que sin duda fuerza en la práctica a que la SAE. funcione como mero órgano de unión de empresas. Con respecto a la Agrupación Temporal de Empresas, la parca regulación de la Ley tampoco permite sentar una afirmación en la materia (ver VICENT, *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, páginas 469 y sigs. y 455 y sigs.), aunque puede pensarse que esta forma de agrupación debe reconducirse a la Sociedad colectiva.

Por el contrario, en Derecho francés, el concepto estricto de sociedad ha sido expresamente modificado por algunas disposiciones especiales, como la Ley de 28 de junio de 1938 sobre sociedades de construcción de inmuebles en copropiedad, la Ley de 10 de septiembre de 1947 sobre las denominadas «sociedades cooperativas» y la Ordonnance de 25 de septiembre de 1967 sobre los «groupements d'intérêt économique» que, concebidos como órganos de unión de empresas, pueden constituirse sin necesidad de realizar un beneficio repartible.

agrupaciones voluntarias de personas que teniendo por objeto la explotación de una empresa común (prescindiendo ahora de otras agrupaciones en las que no hay empresa común), no responden a la definición positiva o legal de sociedad. En efecto, tanto las cooperativas como las mutuas de seguros—como puso de relieve el profesor ASCARELLI en Italia—presentan caracteres propios distintos a la sociedad. En primer lugar, en principio, no persiguen la obtención de un beneficio social repartible, sino sólo atender a las necesidades comunes de sus miembros sustituyendo al intermediario. De ahí que estén llamadas a integrar a miembros de un determinado grupo o categoría social (los trabajadores o empresarios de una determinada actividad, los consumidores, etc.) y que su régimen afecte vitalmente a la estructura sociopolítica del país, lo cual puede justificar un control público sobre ellas, que no existe para las sociedades.

Esta característica se recoge positivamente en el artículo 9 de la nueva Ley de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, que reconoce un derecho subjetivo a ingresar en la cooperativa a toda persona interesada en los servicios de aquélla, derecho que sólo puede quedar excluido por «causas objetivas» previstas en los Estatutos (y aprobadas al constituirse la cooperativa por el Ministerio de Trabajo).

La misma ley, después de un largo y no siempre fructífero debate en el seno de la Comisión de Trabajo de las Cortes, al que luego nos referiremos (apartado 2.2), define muy genéricamente la cooperativa como «aquella sociedad que... realiza *cualquier* actividad *economicosocial* lícita, para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros, al servicio de sus socios y *de la comunidad*».

Esta amplia definición, por sí misma, sitúa ya a la cooperativa a medio camino entre la sociedad, en sentido estricto, y la asociación, en sentido estricto. El Ministerio de Trabajo no ostenta, ciertamente, como en la legislación anterior, la facultad de disolver la cooperativa (al haberse suprimido por la Comisión de Trabajo de las Cortes esta facultad, prevista en el artículo 42, 1, *h*), del Proyecto). Pero puede decidir la «descalificación» de la cooperativa (art. 59), con lo cual, aun sin perder su personalidad jurídica, quedaría sometida al régimen de las sociedades civiles o mercantiles (caso indubitado de aplicación del art. 124 del Código de Comercio). De este modo volvemos ahora al mismo régimen de control administrativo de la pureza cooperativa establecido en la Ley de 1931 (Decreto-ley de 4 de julio de 1931 y su Reglamento, aprobado por Decreto de 2 de octubre del mismo año).

Por último, como veremos más extensamente, se reconoce que una parte del patrimonio de la cooperativa es irrepartible entre los socios e inembargable por terceros (ver art. 17 y sigs. de la ley).

Las peculiaridades de la cooperativa frente a las sociedades propiamente dichas aparecen también con carácter más o menos acentuado en la legislación comparada. Debemos advertir, sin embargo, que este trabajo está orientado fundamentalmente hacia nuestro Derecho positivo (2).

(2) La evolución legislativa en materia de cooperativas puede verse en VERRUCOLI, P., *La società cooperativa*, Milano, 1958, págs. 3 y sigs., y «Per una riforma della società cooperativa», *Riv. Dir. Com.*, núms. 1-2, 1974, págs. 1 y sigs.; la legislación italiana, en págs. 21 y sigs., y sobre el Derecho cooperativo en los países del M. C., UHLICH, H., *Die Genossenschaft in Gesellschaftsrecht der europäischen Gemeinschaft*, Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen (Z. g. Gen. W.), 1973, págs. 233 y sigs.

Sobre la legislación italiana, una breve exposición en NOCCHI, M., «L'evoluzione della legislazione italiana in materia cooperativa», en la revista *Cooperazione e società*, núm. 1/1971, págs. 10 y sigs., que inserta además otros trabajos sobre el tema candeante de la reforma legislativa.

Sobre las recientes reformas en Alemania, BOTTERI, E., «Modifiche alla legge sulle cooperative della Repubblica Federale Tedesca», *Riv. delle Società*, fasc. 1-2, 1974, págs. 309 y sigs., y SCHNORR VON CAROLSFELD, L., *Kritische Bemerkungen zum Genossenschaftsrecht am Hand der geplanten Novelle von 1971*, Z. g. Gen. W., 1973, 1, págs. 365 y sigs.

Sobre la reforma en Italia: BUONOCORE, V., «Prospettive di riforma della legislazione in tema di società cooperative», en *Dir. dell'Economia*, 2/1970, págs. 251 y siguientes; CAVAZZUTTI, F., «Legislazione speciale e cooperative: una tendenza che si rafforza», *Riv. delle società*, 1972, págs. 489 y sigs.; diversos trabajos en la revista *Cooperazione e società*, núm. 1, 1971, y VERRUCOLI, P., *Per una riforma*, cit. Respecto a las características de la cooperativa en Francia: SAINT-ALLARY, R., «Elements distinctifs de la société coopérative», en *Revue trim. dr. comm.*, 1952, págs. 485 y siguientes; RIPERT, G., *Traité élémentaire de droit commercial*, 6.ª ed. por R. Roblot, París, 1968, tomo I, págs. 806 y sigs., y LEMEUNIER, F., *Pourquoi et comment constituer une société coopérative*, París, 1969, sobre sus características, págs. A-1 y siguientes. En Holanda: «Cooperation et Association cooperative aux Pays-Bas», en *Quo vadis jus societatum?*, Liber amicorum Pieter Sanders, 1972, págs. 165 y siguientes. En Yugoslavia: SAUER-NORDENFORD, H., *Reform des Rechts der gewerblichen Genossenschaften in Jugoslawien*, Z. g. Gen. W., 1965, págs. 365 y sigs. En Argentina: CRACOGNA, D., «Nueva Ley argentina de cooperativas», *Rev. Coop. Int.*, volumen 7, núm. 1, 1973, págs. 21 y sigs. En Bélgica, ver FREDERIQ, L., *Traité de Droit Commercial Belge*, tomo IV, pág. 188, y V, págs. 945 y sigs., y VAN RYN y HEENEN, J., *Principes de Droit Commercial*, Bruxelles, tomo I, pág. 304. En Alemania ver, por todos, LANG-WEIDMUELLER, *Genossenschaftsgesetz*, 28.ª ed., Berlín, 1965. En Suecia: ROHDE, K., «La loi suédoise du 1.º juin 1951 sur les sociétés coopératives», *Rev. trim. Droit Com.*, 1953, págs. 535 y sigs.

Sobre la naturaleza jurídica de la cooperativa, ver en especial la abundante y polémica doctrina italiana; en especial, además de los Tratados y Manuales: ASCARELLI, T., «Cooperativa e società. Concettualismo giuridico e magia delle parole», *Riv. delle società*, 1957, I, págs. 397 y sigs.; «Transformazione di società in cooperativa e viceversa. Deliberazione a maggioranza e deliberazione all'unanimità nel sistema delle società», *Foro it.*, 1956, I, págs. 777 y sigs.

COLOMBO, G. E., «Osservazioni sulla natura giuridica delle cooperative», *Riv. Dir. Com.*, 1959, I, págs. 142 y sigs.

CUNCZ, E., «Sui principi essenziali della società cooperativa», *Riv. Dir. Com.*, 1939, I, págs. 285 y sigs.

FERRI, G., «Trasformabilità delle società cooperative», *Riv. Dir. Com.*, 1951, I, páginas 97 y sigs., y «La cooperativa come società», en *Riv. delle società*, 1957, I, páginas 249 y sigs., y en *Studi in onore di F. Messineo*, Milano, 1959, tomo II.

FRANCIA, A., «Ancora sul problema della trasformazione della società cooperativa in società ordinaria», *Riv. Dir. Com.*, 1967, págs. 323 y sigs.

Las peculiaridades de la mutua de seguros con respecto a la sociedad propiamente dicha aparecen también en su escasa regulación sustantiva contenida en la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 16 de diciembre de 1954 y en el Reglamento de 2 de febrero de 1912, de aplicación de la Ley de Seguros de 1908, aplicable supletoriamente en lo no derogado por aquélla, en virtud de la Disposición Transitoria 10 de dicha ley.

Estas peculiaridades son las siguientes: En primer lugar, según el artículo 12, apartado 3.º, es condición de la mutua «no ser la operación de seguro objeto de industria para dicha colectividad aseguradora». Esto quiere decir que la causa o fin de esta agrupación no es la obtención de un beneficio social repartible, sino la prestación de un servicio (la actividad aseguradora) en la forma más ventajosa posible. La *causa* o fin típico de la institución—al igual que en la cooperativa—coincide y se realiza con la simple explotación del *objeto*.

En segundo lugar, el artículo 12, apartado 5.º, de la misma ley establece que han de ser «únicamente *asegurados o contratantes* con dicha personalidad colectiva aseguradora las personas que mediante la *aceptación simultánea* de una *póliza* y de los *Estatutos y Reglamento* adquieren, a su vez, carácter de *aseguradoras*». O dicho de otro modo, que es indispensable la doble cualidad de socio y usuario (aquí asegurado), al igual que en la cooperativa, de modo que la prestación a que tiene derecho cada socio en caso de siniestro (indemnización), y que debe satisfacer

GRAZIANI, A., «Società cooperativa e scopo mutualistico», *Riv. Dir. Com.*, 1950, I, págs. 276 y sigs.

GRISOLI, A., «Un diritto del nuovo socio all'ingresso in una cooperativa?», *Riv. Dir. Com.*, 1958, I, págs. 293 y sigs.

GUERRA, P., «In tema di legittimità della fusione di cooperativa con società ordinaria (Nota a la Sent. Trib. Roma 20 ott. 1949)», *Foro it.*, 1950, I, págs. 258 y siguientes.

LEO, E. M., «La legge sulle casse rurali e artigiane e l'essenza della cooperativa», *Riv. delle società*, 1966, págs. 552 y sigs.

RAGUGNO, G., «Spunti critici sulla natura giuridica delle società cooperative alla luce dell'art. 26, let. c), del DL. CPS. 14 dicembre 1947, núm. 177», *Riv. delle società*, 1971, núms. 3-4, págs. 590 y sigs.

SIMONETTO, E., «Il lucro dell'impresa cooperativa: utile e risparmio di spesa», en *Riv. delle società*, 1970, págs. 237 y sigs.

«La cooperativa e lo scopo mutualistico», *Riv. delle società*, 1971, núm. 2, páginas 245 y sigs.

SCORDINO, F., *La società cooperativa*, Napoli, 1970, págs.

VERRUCOLI, P., *La società cooperativa*, cit., págs. 45 a 205; «Sulla trasformabilità della società cooperativa in società ordinaria», *Riv. Dir. Com.*, 1959, II, págs. 287 y sigs.; «La trasformabilità di società cooperative in società ordinarie: urgenza di una disciplina legislativa», *Riv. Dir. Com.*, 1963, I, págs. 383 y sigs., y sobre todo su reciente trabajo «Per una riforma della società cooperativa», *Riv. Dir. Com.*, cit., págs. 1 y sigs.

Y la importante monografía de síntesis de PAOLUCCI, L. F., *La mutualità nelle cooperative*, Milano, 1974, que agota el tratamiento del tema y recoge toda la bibliografía.

la mutua, en tanto que es persona jurídica, se garantiza con la responsabilidad de todos los socios. Responsabilidad que puede ser limitada a la cuota o contribución social o bien ilimitada. En este último caso, los patrimonios de los socios se garantizan recíprocamente hasta el límite de la suma asegurada (cfr. art. 13, apartado e). En este sentido no resulta disparatado decir, como hace la ley, que, en cualquier caso, limitada o ilimitadamente, los mutualistas asegurados son al propio tiempo, limitada o ilimitadamente, «aseguradores» de los demás socios. Nada tenemos, pues, que reprochar a la terminología esencialmente descriptiva o «económica» de la ley, que no estaba obligada a someterse al «dogma»—en ocasiones inútil o pernicioso en la práctica—de la personalidad jurídica. Estos preceptos recogen las notas características de la mutua en Derecho comparado (3).

(3) Respecto del Derecho y doctrina comparados en materia de mutuas de seguros, bástenos destacar:

En *Derecho italiano*, las empresas aseguradoras han de adoptar la forma de institución de Derecho público, de sociedad por acciones o de sociedad mutua (artículos 1.883 y 1.884 del Codice civile), aunque también existen algunas—escasas—cooperativas de seguros en la medida en que la cooperativa adopta la «forma» de sociedad por acciones según el mismo Código. Por su parte, la mutua de seguros queda sometida a las normas sobre cooperativas de responsabilidad limitada y sobre contrato de seguro, además de las específicas dictadas para las mutuas en el Codice civile y en leyes especiales (art. 2.547 del mismo).

En cuanto a la doctrina italiana debemos destacar: en relación con el Código de Comercio de 1882, COCITO, F., *Le assicurazioni terrestri. Danni e vita*, Torino, 1904, págs. 10 y sigs.; VIVANTE, C., *Trattato di diritto commerciale*, 5.ª ed., 1928, tomo II, págs. 408 y sigs.; RAMELLA, *Trattato delle assicurazioni private e sociali*, 1934, 2.º vol., págs. 26 y sigs.; PIPIA, U., *Trattato delle assicurazioni terrestri*, Roma, 1905, págs. 104 y sigs. Entre los estudios monográficos, especialmente ARCAN- GELI, A., «Natura giuridica del contratto di partecipazione ad una società di mutua assicurazione», en *Scritti di diritto commerciale ed agrario*, vol. II, pág. 327; VALERI, G., «Il fallimento di una mutua assicuratrice sulla vita e i diritti dei soci», en *Riv. Dir. Com.*, 1910, II, págs. 798 y sigs., y 1913, II, págs. 768 y sigs.; SOPRANO, E., «Natura giuridica dell'assicurazione mutua», en *Studi in onore di Cesare Vivante*, 1931, vol. II, págs. 547 y sigs.; VIVANTE, C., *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1885, vol. I, págs. 88 y sigs.

Tras la promulgación del Codice civile, ver, sobre todo, en Manuales: SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, 3.ª ed., Bologna, 1949, vol. I, págs. 435 y sigs.; VALERI, G., *Manuale di diritto commerciale*, Firenze, 1952, vol. I, pág. 241; FERRY, G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1952, págs. 270 y sigs.; FERRARA, F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962, págs. 500 y sigs.; GRAZIANI, G., *Diritto delle società*, Napoli, 1963, págs. 5000 y sigs., y GRAZIANI, G., y MINERVINI, G., *Manuale di diritto commerciale*, Napoli, 1972, págs. 155-156.

Entre las monografías, de extraordinario interés doctrinal en la materia de mutuas de seguros, podemos destacar: CASTELLANO, G., *Le assicurazioni private*, Torino, 1970, págs. 63 y sigs.; DONATI, A., *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1952, vol. I, págs. 199 y sigs., y *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1961, págs. 41 y sigs.; FANELLI, G., *L'assicurazione mutua nella nuova legislazione*, Roma, 1943, y en *Riv. Dir. Com.*, 1942, I, págs. 226 y sigs., y ahora en sus *Saggi di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1971, págs. 121 y sigs., y «Sui caratteri delle mutue a ripartizione», en la revista *Assicurazione*, 1948, II, páginas 149 y sigs., y ahora en *Saggi...*, cit., págs. 223 y sigs.; GASPERONI, N., voz

En definitiva, parece clara la existencia de unas entidades o instituciones jurídicas que constituyen un *tertium genus* en la clasificación de las agrupaciones de personas en nuestro ordenamiento. No se las puede calificar como sociedades ni como asociaciones. Por ello hemos optado

«Mutue assicuratrici», en *Enciclopedia Forense*, tomo IV, Milano, 1959, págs. 1175 y sigs., incluido también en sus *Assicurazioni private (scritti giuridici)*, Padova, 1970, págs. 13 5y sigs., y «Le assicurazioni», en *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, vol. V, fasc. 11.º, Milano, 1966, págs. 35 y sigs.; GENOVESE, A., «L'essenza dell'assicurazione mutua», en *Riv. delle società*, 1960, páginas 1067 y sigs., que es de sobresaliente interés en el tema tratado; SCALFI, «L'inadempimento del socio nella mutua assicuratrice», *Riv. delle società*, 1956, páginas 242 y sigs., y «Rassegna di giurisprudenza in tema di società mutue di assicurazione», en *Riv. delle società*, 1958, págs. 1270 y sigs.

En *Derecho francés* se distingue entre sociedades mutuas y sociedades con forma mutua. Las primeras integran a asegurados pertenecientes a una misma categoría o grupo social. En las segundas la colectividad de asociados es heterogénea y sólo coincide en sentir la misma necesidad de asegurarse. Ambas modalidades son entidades civiles, si bien la Ley de 13 de julio de 1967 extiende la quiebra y el «réglement judiciaire» a todas las personas jurídicas y, entre ellas, a las mutuas de seguros.

En doctrina sobre el Derecho anterior a la Ley de 30 de diciembre de 1938, vigente sustancialmente en la materia, junto a la de 8 de julio de 1971, es de destacar HÉMARD, J., *Théorie et pratique des assurances terrestres*, París, 1924, vol. II, páginas 16 y sigs.

Con posterioridad a la Ley de 1938, ver en especial PICARD, M., y BESSON, A., *Les assurances terrestres en droit français*, 3.ª ed., París, 1972, tomo II, págs. 35 y sigs.; SUMIEN, P., *Traité des assurances terrestres et des opérations à long terme*, 7.ª ed., París, 1957, págs. 248 y sigs., y MARGEAT, H., y FAVRE-ROCHEX, A., *Précis de la loi sur le contrat d'assurance et commentaire sur la réglementation de l'assurance automobile obligatoire*, París, 1971, en muy diversos lugares, en los que tratan las especialidades de las mutuas de seguros y sociedades de seguros en forma mutua respecto del régimen general. Así, en materia de competencia judicial (págs. 29-30) y póliza (pág. 81), etc., ver tabla de materiales en pág. 555 con todas las remisiones en este punto.

En *Derecho alemán* las grandes mutuas de seguros («größere Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit») se regulan en su constitución y funcionamiento, órganos, contabilidad, etc., según el modelo de la sociedad por acciones y están sometidas al estatuto del empresario mercantil (ver Ley de control de las empresas privadas de seguros, arts. 35 y sigs.). De ellas se distinguen las mutuas de seguros «pequeñas», no sometidas al estatuto de comerciante. Pero, a diferencia de las sociedades por acciones, rige el principio de doble cualidad, al que los Estatutos pueden hacer alguna excepción de asegurar a no socios, y el de igualdad de voto.

En doctrina debemos destacar, entre los Manuales, MUELLER-ERZBACH, *Handelsrecht*, reimpression de la 3.ª edición de Tübingen de 1928, 1969, págs.

GIERKE, J., *Derecho comercial y de la navegación*, trad. espa., Buenos Aires, 1957, tomo II, págs. 17 y sigs.

Entre los estudios monográficos debemos destacar: EHRENZWEIG, A., *Versicherungsvertragsrecht*, Wien-Leipzig, 1935, tomo I, págs. 56 y sigs.; HERMANNSDORFER, F., *Seguros privados*, trad. esp. con notas, Ed. Labor, Madrid, 1933, págs. 30 y sigs.; EHRENBURG, *Versicherungsrecht*, Leipzig, 1893, tomo I, págs. 103 y sigs.; BRÜCK, *Das Privatversicherungsrecht*, Berlín, 1930, págs. 88 y sigs.; HAGEN, «Das Versicherungsrecht», en *Ehrenberg's Handbuch*, tomo VIII, vol. I, Leipzig, 1922, páginas 101 y sigs.; GIERKE, J., *Die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit*, Stuttgart, 1942, y *Die Versicherungsrecht*, Stuttgart, 1942, tomo II, págs. 21 y sigs.; KISCH, *Das Recht des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit*, Berlín, 1951;

por una terminología neutra, la de «empresas mutualísticas», que destaca debidamente sus características: a saber, ser una forma de organización de empresa colectiva y estar basada en el principio mutualístico o de doble cualidad de socio y usuario.

No obstante todas estas diferencias, las exigencias de organización de la empresa común han hecho que en ocasiones la doctrina y algunas legislaciones las califiquen y regulen como sociedades, y generalmente como sociedades mercantiles (3 bis).

1.1. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

En contra de sus antecedentes prelegislativos, el artículo 124 del Código de Comercio determinó la exclusión de las cooperativas y de las mutuas de seguros del campo del Derecho mercantil. El precepto dice así:

«Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez y de cualquier otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija.»

O sea, que sólo aquellas cooperativas y mutuas que desnaturalicen su función, prestando la actividad objeto de la ayuda mutua a los terceros (es decir, sólo las *falsas* cooperativas y mutuas), deberían quedar sometidas al Derecho mercantil.

El problema de la regulación de las asociaciones mutualistas había sido afrontado de manera realista por el Decreto sobre Bases para la redacción del Código de Comercio, de 20 de septiembre de 1869 (*Gaceta* del 24). Aun admitiendo que sus características las alejaban del «espí-

FREY, E., «Organisationsformen der Versicherungsunternehmen», en *Die Versicherung, Versicherungswirtschaftliche Studienwerk*, Wiesbaden, 1962-1964, tomo I, B-1, páginas 651 y sigs.

En *Derecho suizo* las mutuas de seguros se constituyen en forma de cooperativa, de modo que sólo existen dos formas de empresa de seguros: la sociedad por acciones y la cooperativa de seguros. Ver KOENIG, W., *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3.^a ed., Bern, 1967, págs. 47 y sigs., y AEBERHARD, R., *Notions générales en matière d'assurance*, trad. francesa, Lausanne, 1943, págs. 46-47.

Con respecto al *Derecho belga*, ver VANDEPUTTE, R., *Manuel des assurances et du droit des assurances*, trad. francesa, Anvers-Bruxelles, 1962, págs. 14-15.

(3 bis) La explicación de este fenómeno legislativo respecto de las cooperativas puede verse en nuestro trabajo «Análisis crítico del nuevo Reglamento de cooperación», *RDM.*, Madrid, 1972, págs. 452 y sigs., al que haremos frecuentes referencias.

ritu de nuestra legislación mercantil», el Decreto, en su parte dispositiva y obligatoria, Base quinta, establecía:

«En lo que se refiere a los contratos de comercio en general, a sus formas y efectos, habrán de ampliarse los de las compañías mercantiles no sólo a los ya conocidos y en práctica en Europa y que no se hallan en el Código, como Bancos de emisión y descuento..., cooperativas mixtas de socios contribuyentes por acto benéfico sin retribución y socios partícipes de resultados y beneficios, etc., sino que se establecerán en lo posible reglas generales que puedan comprender todas las demás no conocidas hoy.»

Siguiendo el mismo criterio, la Ley de 19 de octubre de 1869, sobre libertad de creación de Bancos y compañías mercantiles, disponía que «las cooperativas en las que ni el capital ni el número de socios es determinado y constante podrán adoptar la forma de una sociedad mercantil sometiéndose a su régimen legal».

El Código se apartó de aquella orientación por considerar que el Derecho mercantil era el propio de los actos de comercio o especulativos y que las asociaciones mutualísticas quedaban al margen de ellos. Así lo decía la Exposición de Motivos con las siguientes transparentes palabras:

«... comprende el Proyecto adjunto todas las sociedades que bien por su naturaleza, bien por la índole de sus operaciones, se consideran como mercantiles, no habiendo atribuido este carácter a las asociaciones mutuas porque falta en ellas el espíritu de especulación, que es incompatible con estas sociedades, ni las cooperativas, porque obedecen, ante todo, a la tendencia manifestada en las poblaciones fabriles de nuestro país, y principalmente en las de Alemania, Inglaterra y Francia, de asociarse los obreros con el único fin de mejorar la condición de cada uno, facilitándoles los medios de trabajar, de dar salida a sus productos o de obtener con baratura los artículos necesarios para su subsistencia. Y como no es el afán de lucro el que impulsa lo que se ha dado en llamar movimiento cooperativo, no pueden reputarse como mercantiles estas sociedades mientras no resulte claramente de sus Estatutos o del ejercicio habitual de algunos actos de comercio que merecen aquella denominación.

Por eso no se ha ocupado el Proyecto del ordenamiento de estas manifestaciones de la asociación, considerando que, en todo caso, quedarán amparadas por la legislación general sobre sociedades, la cual no puede ser más amplia, pues dentro de ella

caben y son posibles cuantas formas exija el progreso comercial de los tiempos modernos.»

El artículo 124, así explicado, es la prueba más evidente de que *para el legislador de 1885 el Derecho mercantil es el Derecho de los actos, actividades e instituciones especulativas o capitalistas* (4). De éste deben quedar alejadas las actividades artesanales y agrarias y la reventa para uso o consumo del comprador (todo ello en base al art. 326 del Código), pero también las asociaciones económicas de la clase obrera, o sea, de las «poblaciones fabriles» a que se refiere la Exposición de Motivos.

En definitiva, el Código de Comercio implícitamente consideraba materia mercantil (o «actos de comercio») *sólo la actividad industrial y comercial*. Y excluía lo que no fuera «industria» no sólo en el sentido de transformación mecánica, y no manual, de los bienes, sino también en el de «actividad especulativa». En la segunda acepción, como hemos visto, aparece aún prohibido que las mutuas de seguros hagan de su actividad una «industria», en el artículo 12 de la Ley de Seguro Privado de 16 de diciembre de 1954.

Esperar que el legislador de 1885 reflexionase sobre las razones históricas y económicas de por qué en otros Códigos de Comercio extranjeros se habían incluido y regulado ya estas asociaciones, hubiese sido poner en entredicho la identificación del Derecho mercantil con el lucro de la intermediación capitalista. Su concepción ideológica, como sabemos, estaba centrada en el paso de un Derecho mercantil exclusivo de los comerciantes a un Derecho mercantil aplicable a todos los sujetos que realicen actividades especulativas. Y respondía justamente al triunfo —muy tardío en España— de la ideología burguesa, la cual quería un Derecho de los negocios más racional y seguro y utilizable por todos los ciudadanos (que tuviesen, es claro, suficientes recursos para ello).

Aunque no fueran conscientes de ello, el resultado es que los redac-

(4) A esta afirmación no creemos que sea obstáculo el hecho destacado por nuestra mejor doctrina (RUBIO, J., *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969, págs. 37 y sigs.) de que en la regulación de algunos contratos mercantiles el Código no presume el carácter lucrativo o retribuido, sino que exija estipularlo así expresamente. Por ejemplo, en relación con el préstamo, en que el artículo 314 exige hacer constar el interés pactado por escrito; o en relación con la fianza mercantil, que según el artículo 441 será gratuita, salvo pacto en contrario. Estos ejemplos no constituyen más que extrañas excepciones de la presunción del carácter lucrativo que se establece en otros contratos (comisión, art. 277; depósito, artículo 304; transporte, art. 350-5.º; seguro, art. 380; contrato y letra de cambio, artículos 481-1.º, 526 y 527; fletamento, art. 652-8.º, etc.). Igualmente, el fin lucrativo se desprende de los conceptos de «industria» y «comercio» del artículo 1.º y está presente en la definición de la compraventa mercantil (arts. 325 y 326). Las excepciones del préstamo y la fianza se comprenden quizá dentro de la noción clásica de actos de comercio auxiliares o dependientes de otros principales, no requiriendo por sí mismos, necesariamente, una finalidad lucrativa.

tores del Código dejaban a las cooperativas desprovistas de unos mecanismos jurídicos que si innecesarios para la organización de una pequeña tienda o de un taller comunes, habían de ser indispensables para el desarrollo del cooperativismo y del mutualismo, en competencia con las empresas capitalistas. Más inconscientemente aún—y ahora empleamos la palabra con otro significado semántico—, los cooperativistas hasta hace poco—y aún hoy un importante sector, como veremos en los debates de las Cortes sobre la nueva ley—han rechazado la aplicación de la legislación mercantil a las cooperativas por su connotación capitalista. Con lo cual, en un ordenamiento como el nuestro, en que el Derecho privado se halla aún dividido en dos ramas, civil y mercantil, es tanto como dejar a las cooperativas desprovistas de la adecuada organización jurídica. Ello redundaría en perjuicio propio y de los terceros que forzosamente se han de relacionar con ellas, en un estadio histórico en que el sector cooperativo—al menos por ahora—no posee autonomía respecto del sector público y capitalista.

Un importante sector de la propia doctrina mercantil destacó los motivos de censura al artículo 124, en especial DÍAZ DOMÍNGUEZ, GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI, BENITO Y ENDARA y ESPEJO DE HINOJOSA (5). Por el

(5) Especialmente DÍAZ DOMÍNGUEZ, *Tratado elemental de Derecho mercantil*, II, Granada, 1908, pág. 371, quien después de ilustrarnos mínimamente sobre la legislación comparada, dice: «El nuestro de Comercio, silenciando toda doctrina sobre el particular, se limita a indicar en su artículo 124 que estas compañías en sus tres variedades (producción, crédito y consumo), así como las mutuas de seguros contra incendios y las tontinas de toda clase, sólo se considerarán mercantiles y quedarán sujetas a las disposiciones del mismo cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija, lo cual, además de constituir una desatención a materia tan importante por parte del legislador, implica un discurrir harto peregrino que no nos dejará bien parados en el extranjero.

GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI, J. M.^a, *Comentarios al Código de Comercio*, 2.^a ed., II, páginas 131 y sigs. y 210 y sigs., además de insistir en que la cooperativa como cualquier sociedad ha de obtener beneficio social, censura abiertamente el precepto porque entiende que la remisión a la legislación general sobre sociedades conduce a la aplicación del régimen de las asociaciones, poco adecuado, y porque, textualmente, «difícilmente se hallará hoy en España una cooperativa y aun muchas mutualidades que no estén comprendidas en esa locución «ejercicio habitual de actos de comercio». Las cooperativas que compran al por mayor y venden al por menor, con un margen de ganancia; las de crédito que a diario funcionan en operaciones de dicha clase, ¿qué otra cosa son sino ejercitantes habituales de actos de comercio?» (pág. 214).

Con mayor profundidad trató la materia el Profesor BENITO Y ENDARA, L., *Manual de Derecho mercantil*, 1.^a ed., tomo I, págs. 434-435, núm. 329, donde considera a las cooperativas y mutuas «sociedades mercantiles no ordinarias», y sobre todo págs. 455 y sigs., núms. 363 y sigs., donde afirma que «nuestro Código de Comercio ha debido incluirlas entre las sociedades que no han sido objeto de la atención del legislador español para otra cosa que para disponer que sus estatutos y escrituras de constitución se inserten gratis en los periódicos oficiales» (Orden de 26 de junio de 1870) (pág. 465), y en el tomo III, págs. 367 y sigs., donde dice

contrario, otros autores parecen aceptar el criterio del legislador, limitándose a hacer la exégesis del precepto (6).

De esta manera quedaba consumado el divorcio legal entre cooperativas y mutuas y Derecho mercantil en nuestro ordenamiento. Divorcio que se acentuaría más aún respecto de las cooperativas cuando la especialidad del fenómeno cooperativo justificase la creación y regulación de una forma especial de «sociedad cooperativa», separada de las sociedades mercantiles y de la regulación de la sociedad en el Código civil.

Las consecuencias prácticas de este divorcio han sido graves. Mucho más graves quizá para las cooperativas que para las mutuas, las cuales, además de realizar una actividad de mera previsión y no relacionarse con el público acudiendo al crédito de terceros, desde la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1954 están sometidas a un riguroso control administrativo en su gestión técnica, que hace menos indispensable un régimen sustantivo privado más perfecto.

El artículo 124 debe considerarse, pues, vigente (al menos, sin ninguna duda, hasta la promulgación de la nueva Ley de Cooperativas), tanto para las cooperativas como para las mutuas. La legislación especial de unas y otras no lo ha derogado, al menos plenamente, ni expresa ni tácitamente, sino que lo toman como punto sistemático de partida.

que «no es ciertamente recomendable por su desdichada redacción gramatical», y añade a pie de página: «Nuestro ilustre colega GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI... tiene razón sobrada al hacer resaltar la contradicción flagrante que hay entre las explicaciones de la E. de M. del Proyecto del Código y la realidad de lo que son las cooperativas. Semejante contradicción no existiría si... nuestro Código de Comercio las hubiera declarado mercantiles... La contradicción la salva el artículo 124 (cosa que no advirtió el autor de la citada E. de M.) diciendo que los actos de comercio han de ser extraños a la mutualidad, por ejemplo, cuando una cooperativa de consumo vende a los que no son socios» (pág. 368). Sobre la posición de ESPEJO DE HINOJOSA, ver nota siguiente.

(6) ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA SAN MARTÍN y MIÑANA Y VILLAGRASA, *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, tomo II, 1916, página 619, donde infieren del artículo 124 que «las compañías que no tienen fin comercial no son mercantiles»; ESTASEN, P., *Instituciones de Derecho mercantil*, tomo III, Madrid, 1892, pág. 50; ESPEJO DE HINOJOSA, R., *Tratado teórico y práctico de Derecho mercantil*, 4.ª ed., Valencia, 1922, págs. 227 y 228.

También ESPEJO DE HINOJOSA, R., en *Crítica y reformas que deben introducirse en el vigente Código de Comercio español de 22 de agosto de 1885*, Granada, s. a., páginas 43 y sigs., donde concluye diciendo: «somos de opinión se regule de un modo más detallado y preciso la vida de las sociedades cooperativas, señalando su constitución y funcionamiento como cualquier otra sociedad, para los casos en que haya de asignárseles el carácter de mercantiles», y GAY DE MONTELLÁ, R., *Código de Comercio español comentado*, Bosch, Barcelona, II, pág. 117, donde censura la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1904, que, al parecer (habría que leerla), admitió la mercantilidad de una cooperativa.

1.2. EL CÓDIGO DE COMERCIO Y LAS COOPERATIVAS

En relación con las cooperativas, en efecto, como puso de relieve el profesor ANTONIO POLO (7), la Ley republicana de 1931 hacía de la admisión de cooperativas mercantiles un verdadero imposible legal. Según dicha ley, si la cooperativa realizaba operaciones con terceros, saliéndose de los fines propios de la cooperación, el Ministerio de Trabajo debía decretar su descalificación, de modo que entre tanto tan sólo e indebidamente ostentaba el nombre de cooperativa. La Ley de 2 de enero de 1942 no previó la descalificación de la cooperativa entre las posibles sanciones ni tampoco el Reglamento de 11 de noviembre de 1943 y el más reciente de 13 de agosto de 1971.

Este último (que está vigente en lo no derogado por la Ley de 16 de diciembre de 1974) sigue considerando ilícita la violación del principio de mutualidad, que debe ser sancionada por el Ministerio de Trabajo (artículo 92, 1), aunque, dentro de una política de fomento del cooperativismo, establece taxativamente determinadas excepciones legales a la mutualidad (arts. 22, 3, y 50, 3), bien para todas las cooperativas o bien para las de consumo con respecto a sus «aspirantes», respectivamente (8). Tras su promulgación seguía, y sigue, pues, en nuestra opinión, siendo incorrecto desde un punto de vista jurídico plantearse si una cooperativa podía ser calificada como sociedad mercantil por el ejercicio habitual de actos de comercio con terceros no socios. Tan incorrecto como si nos preguntáramos si puede un sujeto adquirir la condición de comerciante mediante el ejercicio habitual del contrabando o la trata de blancas.

Era, pues, inadmisibles, *hasta la reciente Ley*, la calificación de las cooperativas o, como algunos pretendían, determinadas clases de ellas (las de crédito o las industriales) como sociedades mercantiles. En este sentido es de citar, como ejemplo ilustrativo, la peregrina construcción de BAYÓN MARINÉ y SERRANO ALTIMIRAS, quienes, en un libro de excelente edición, recurrían a la aplicación *por analogía* de las normas de la Ley de Sociedades Anónimas a las cooperativas y de los principios del Registro Mercantil al Registro Central de Cooperativas, que, como se sabe, *hasta ahora* era de naturaleza meramente administrativa (9).

(7) POLO Díez, A., *Misión y sentido de la nueva Ley de Cooperación*, Editorial RDP., Madrid, 1942, págs. 16-17.

(8) Ver *Análisis crítico del nuevo Reglamento de cooperación*, pág. 524.

(9) BAYÓN MARINÉ, I., y SERRANO ALTIMIRAS, R., *Régimen jurídico de las Cooperativas. Estudio especial de las Cooperativas de Crédito*, Ed. Anaya, 1970, página 88, nota 155, y pág. 70, donde afirman que la Junta Rectora tiene el mismo ámbito legal de representación típico e inderogable que ostenta el Consejo de Administración de la sociedad anónima.

Hace algún tiempo, los profesores OLIVENCIA RUIZ y SÁNCHEZ CALERO establecían un parangón entre el régimen de las cooperativas y el de las sociedades mercantiles, postulando *de lege ferenda* el sometimiento de aquéllas al estatuto del empresario mercantil (10).

Más recientemente, y ya desde una perspectiva *de lege lata*, el profesor SÁNCHEZ CALERO defendía la calificación mercantil de las cooperativas con una argumentación que por su interés transcribimos:

«Una interpretación progresiva de nuestro Derecho debería consentir la calificación de la sociedad cooperativa como empresario. Tal nos parece que sucede si la sociedad es inscrita en el Registro Mercantil. Estimamos que el Reglamento vigente no se opone al acceso de la cooperativa al Registro Mercantil si se constituye la sociedad de acuerdo con la propia Ley de Cooperación (ver párrafo 1.º del art. 84 del Reglamento, que habla de sociedades que se constituyen con arreglo a «formas del Código de Comercio o a leyes especiales...»). Esta posibilidad se admite expresamente en la Disposición Final de la Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas de 1963. Una manifestación de esta orientación hacia un régimen uniforme se produce en el caso de las cooperativas de crédito y de seguros (ver también número 5 del art. 16 del Código de Comercio)» (11).

En otros pasajes de su exposición el profesor SÁNCHEZ CALERO induce a pensar en una sumisión de las cooperativas al Derecho mercantil. Así, cuando dice que los títulos de cooperador «en la práctica alguna vez reciben la denominación de acciones», y cuando dice que «están sometidas—como las sociedades mercantiles—a la obligación de llevar una contabilidad», para luego destacar la sujeción a las normas del Código de Comercio de las cooperativas de crédito.

En nuestra opinión, la tesis del profesor SÁNCHEZ CALERO era infundada. El artículo 84 del Reglamento del Registro Mercantil sólo se puede referir a «leyes especiales» *mercantiles* y no puede derogar el artículo 124 del Código de Comercio. Por otro lado, el artículo 16, 5.º, del Código de Comercio, en su nueva redacción dada por la Ley de 21 de julio de 1973, no transforma en mercantiles a las entidades civiles que se inscriban en el Registro Mercantil para dar acceso a él a sus actos. Tal como ya

(10) SÁNCHEZ CALERO, F., y OLIVENCIA RUIZ, M., «Relaciones del régimen jurídico de las sociedades mercantiles y de las cooperativas», en *El cooperativismo en la coyuntura económica actual*, Centro de Estudios de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, Madrid, 1964, págs. 135 y sigs.

(11) SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, 4.ª ed., Valladolid, 1974, pág. 132.

ocurría antes con los agricultores y artesanos que formaban parte de sociedades de empresas (Ley de 28 de diciembre de 1963 sobre asociaciones y uniones de empresas) y con las personas jurídicas que emitían obligaciones en base a la Ley de 24 de diciembre de 1964, sin por ello quedar sometidos al estatuto de empresario mercantil o «comerciante».

Por último, la profesora MERCEDES VERGEZ (12) defendía también, en base a la anterior legalidad, la calificación mercantil de la cooperativa con argumentos poco consistentes, en especial el de que el Reglamento de 1971 había modificado el concepto de ánimo de lucro, limitándolo al que supone «un beneficio exclusivo de la intermediación». Cuando lo bien cierto es que esta precisión o definición del ánimo de lucro fue introducida ya en el artículo 1, 2.º inciso, del Reglamento de 11 de noviembre de 1943.

En segundo lugar, la imputación de que «la Exposición de Motivos del Código de Comercio (en relación con su art. 124) adolece de una serie de apreciaciones incorrectas» es infundada. Una vez más se atribuye «incorrección» a una determinada concepción legislativa, de la que es resultado el Código vigente. En tal sentido insistimos en que el ánimo especulativo o de lucro es noción central de nuestro Código de Comercio y que éste no ha querido regular el ejercicio de «toda actividad económica».

Tampoco resulta aceptable decir que la cooperativa cabe dentro de un concepto doctrinal amplio de sociedad (el propuesto por el profesor GIRÓN TENA) en el que no es elemento indispensable la finalidad lucrativa, pues este concepto no es el legal o positivo de los artículos 1.665 del Código civil y 116 del Código de Comercio. Y téngase en cuenta que la referencia a la doctrina italiana en la materia es peligrosa, pues el Código civil italiano admite la distribución entre los socios de beneficios sociales, aunque en los Estatutos de la cooperativa deberá figurar el porcentaje máximo de beneficios repartible (art. 2.518), o sea, que legislativamente tiende a «desnaturalizar» la esencia de la cooperación, incluyendo, en cierta medida, a la cooperativa «entre las instituciones de la economía capitalista», en contra, al parecer, de lo previsto en el artículo 45 de la propia actual Constitución italiana (13). En tanto que, al menos hasta la confusa Ley de Cooperativas de 1974, en este punto la legislación sustantiva española no admitía la «participación en beneficios» del socio, sino el «retorno».

(12) VERGEZ SÁNCHEZ, M., *El Derecho de las cooperativas y su reforma*, Madrid, 1973, págs. 73 y sigs.

(13) Ver GALGANO, F., *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1974, páginas 168 y sigs., y antes en *La società per azioni, le altre società di capitali, le cooperative*, Bologna, 1973, págs. 253 y sigs.; y también VERRUCOLI, P., «Per una riforma della società cooperativa», *Riv. Dir. commerciale*, 1974, I, págs. 11 y sigs.

Por otro lado, en cuestiones de delimitación de normas aplicables no puede jugarse con la ambigüedad de las expresiones: así, cuando la profesora VERGEZ decía que «al desarrollar la sociedad cooperativa su actividad económica en el mercado de bienes y servicios *está haciéndose acreedora (sic)* al estatuto del comerciante, de tal forma que sólo una visión estrictamente capitalista del Derecho mercantil sería capaz de negárselo»; en definitiva, pues, nos debemos atener a la «visión» del legislador al promulgar el Código. Y cuando decía «*prevista* la calificación de la sociedad», lo que parecía indicar que no se afirmaba rotunda y claramente la tesis de la mercantilidad.

Por último, invocar, como hace esta autora, el criterio de mercantilidad por la forma, establecido en leyes especiales exclusivamente para las sociedades anónimas y limitadas, con el fin de calificar la cooperativa como sociedad mercantil, nos parece realmente sorprendente.

Ello no obstante, en algún caso se ha declarado por los Tribunales la suspensión de pagos o la quiebra de una cooperativa. Así ocurrió, por ejemplo, con la Cooperativa Comarcal Frutícola «San Isidro», de Calatorao (Zaragoza) (14). En nuestra opinión, ello constituye una aplicación incorrecta o patológica del Derecho o, si se prefiere, un empleo indirecto de las instituciones jurídicas para lograr fines insuficientemente atendidos por el ordenamiento jurídico.

En efecto, la cualidad de comerciante o empresario mercantil es un presupuesto material para la declaración de suspensión de pagos—o de la quiebra—, que debe investigar el Juez de oficio sin necesidad de que se plantee por las partes por vía de excepción. Naturalmente, si el Juez no toma esta iniciativa puede ocurrir que tanto a los acreedores como al deudor solicitante de la suspensión de pagos les interese la continuación del expediente, en lugar de acudir a los mecanismos civiles de «quita y espera» y «concurso de acreedores».

Ello constituye una buena advertencia al legislador, que, en efecto, parece haber sido atendida por la nueva Ley de Cooperativas, en su artículo 46, párrafo 6.º, que prevé la declaración de quiebra o suspensión de pagos de la cooperativa, «en su caso», y precisamente en el artículo dedicado al régimen de su liquidación. Pero ya veremos el posible significado de tal precepto en la segunda parte de este trabajo (apartado 2.4).

(14) Ver noticia de la Agencia «Logos» en el diario *Las Provincias*, de Valencia, del día 16 de enero de 1974.

1.3. CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO ENTRE LAS COOPERATIVAS Y EL DERECHO MERCANTIL

El divorcio legal entre las cooperativas y el Derecho mercantil ha perjudicado en gran medida a éstas y a todos los interesados relacionados con ellas (socios, terceros contratantes y la colectividad en general).

En primer lugar, originó cierta inseguridad en la calificación de las formas jurídicas concretas, delimitando entre las «verdaderas» y «falsas» cooperativas. El sistema del artículo 124 implicaba, en efecto, como decía DÍAZ DOMÍNGUEZ, «un discurrir harto peregrino». Según POLO, pronto «comenzaron a multiplicarse los casos de auténticas cooperativas con existencia real, que no eran admitidas en el Registro de Asociaciones por la duda de que tras los preceptos de sus Estatutos se encubriera alguna combinación lucrativa, ni conseguían tampoco su inscripción en el Registro Mercantil por la índole cooperativa que las caracterizaba» (15).

El Tribunal Supremo, en numerosas sentencias (que no dan, probablemente, más que una remota idea de la entidad del problema en la práctica) ha tenido que afrontar la calificación de las cooperativas, inclinándose en todos los casos vistos por excluir la mercantilidad basándose en la ausencia de ánimo de lucro (16).

En segundo lugar, el apartamiento de las cooperativas de la evolución general del régimen de las sociedades mercantiles (régimen éste no sólo legal, sino creado también doctrinal y jurisprudencialmente) ha desprovisto a aquéllas de la adecuada normativa para proteger los importantes intereses en presencia, como organización de personas (sociedad en masa) y organización de empresa. Esto se comprende teniendo en cuenta que el conjunto normativo que hoy denominamos Derecho mercantil es un acarreo histórico de respuestas normativas a las exigencias de la actividad empresarial y de la organización de la empresa, *aunque históricamente se hayan producido con ocasión de la realización de una actividad empresarial lucrativa o capitalista*.

Este es el significado propio del conjunto de derechos y obligaciones que se denomina estatuto de empresario mercantil, que comprende: un régimen especial para su contabilidad, un régimen especial de publicidad legal a través del Registro Mercantil, un régimen concursal distinto del civil integrado por las instituciones de la quiebra y la suspensión de pagos y ciertas especialidades en el régimen de la representación mercantil.

Otras instituciones que algunos autores señalan como integrantes del estatuto del empresario mercantil no lo son en realidad, pues protegen la

(15) POLO Díez, A., *ob. cit.*, pág. 14.

(16) Ver *Análisis crítico...*, pág. 432, nota 5.

actividad empresarial en general, sea mercantil o no, y tienen como destinatarios a todos los empresarios, cualquiera que sea su estatuto. Así ocurre con el régimen de defensa de la libertad de competencia, con la prohibición de la competencia desleal, con el régimen de la propiedad industrial y con otras instituciones (17).

También tiene el mismo significado, de normas dirigidas a la organización de una empresa en sus relaciones internas y, en parte, externas, el régimen especial de las sociedades mercantiles, sobre todo el recogido en las leyes especiales de sociedades anónimas (18).

Por ello no es de extrañar que los legisladores, al abordar la regulación de las cooperativas, hayan tomado como modelo el régimen de las sociedades mercantiles, y en especial de la sociedad anónima. Unos Estados, como Francia, permiten a las cooperativas adoptar cualquiera de los tipos de sociedad mercantil, salvo en relación con las Cooperativas Obreras de Producción, en que es preceptiva la forma de sociedad anónima. Otros, como Bélgica y Suiza, regulan la cooperativa como una sociedad mercantil más. Otros, como Italia, las someten al régimen de la sociedad anónima, salvo en algunos puntos, en que se establecen normas especiales. Por último, desde el siglo pasado Alemania y Austria poseen leyes especiales de cooperativas, que regulan una institución jurídica especial (*Genossenschaft*) frente a las sociedades propiamente dichas (*Gesellschaften*); leyes que durante casi un siglo han ido adaptándose a las nuevas exigencias de la empresa cooperativa, con un llamativo paralelismo respecto a la legislación sobre sociedades mercantiles por acciones (19).

Como sabemos (19 bis), la legislación cooperativa española sigue esta

(17) Esta concepción excesivamente amplia del estatuto del empresario mercantil aparece en BROSETA, *Manual*, 2.ª ed., 1974, pág. 84. De algún modo responde, sin embargo, a la consciente delimitación del contenido de un «concepto sustancial» del Derecho mercantil, en el que se prevén incluidos todos los empresarios de ciertas dimensiones.

(18) Seguimos en este sentido las tesis de PAILLUSSEAU, J., *La société anonyme. Technique, d'organisation de l'entreprise*, París, Sirey, 1963, tesis compartidas ya por un amplio sector doctrinal y que hemos defendido en anteriores trabajos.

(19) Ver *Análisis crítico...*, págs. 433-434 y notas 6 a 9.

(19 bis) *Análisis crítico...*, cit., págs. 464 y sigs. La construcción hecha allí sobre la base de la anterior legislación es aplicable a la nueva Ley de 19 de diciembre de 1974. En efecto, no creemos pueda afirmarse la naturaleza de sociedad teniendo en cuenta que en la cooperativa no se produce verdadero beneficio social repartible; que las participaciones sociales no determinan la intensidad del derecho a participar en la distribución del «excedente de ejercicio», ni del derecho de voto; que en la cooperativa existe un derecho reconocido a cualquier interesado en sus servicios o ingresar en la misma, derecho que sólo puede denegarse por razones objetivas (ver art. 9.º de la nueva Ley), y que una parte de su patrimonio es irrepartible (los Fondos legales de Reserva y de Educación y Obras Sociales) e inembargable (el citado Fondo de Educación y Obras Sociales, destinado a fines que trascienden a la empresa cooperativa).

última orientación, regulando una especial forma de organización jurídica, si bien con un considerable retraso histórico.

Las cooperativas quedaron sometidas durante mucho tiempo a la legislación de asociaciones, en cuanto a su constitución y control público, a partir de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887 y, con carácter especial para cada clase de cooperativas, de diversas disposiciones promulgadas a partir de la Ley sobre Sindicatos Agrícolas de 23 de enero de 1906, con pura finalidad de fomento a través de ventajas tributarias, crediticias y de otro tipo.

En el aspecto jurídico-privado, tal como indicaba la Exposición de Motivos del Código de Comercio, antes transcrita, las cooperativas se regulaban por las normas del Código civil en materia de contrato de sociedad. Pero la normativa del Código civil no satisface las exigencias de una sociedad, que más que un contrato constituye la forma de organización de una empresa.

Esta es la razón de que desde el primer momento la realidad jurídica española haya conocido extrañas cooperativas constituidas en forma de sociedad anónima, las cuales, estableciendo en sus Estatutos las normas protectoras de los principios cooperativos (igualdad de voto, doble cualidad de accionista y usuario de la actividad social, intransmisibilidad de las acciones, etc.), se revestían del carácter formal de sociedades anónimas para lograr una mejor organización. Verdaderos centauros jurídicos, con cabeza y alma de cooperativas y cuerpo o estructura de sociedades anónimas. Los problemas planteados por estas entidades habían de ser difíciles de resolver, como se demuestra por una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, que hemos estudiado en otro lugar y que ahora parece innecesario reproducir (20).

Sólo con la Ley republicana del Estado Central (Decreto-ley de 4 de julio de 1931 y Reglamento aprobado por Decreto de 2 de octubre), seguida por la Ley de Bases de Cataluña sobre cooperativas y mutuas de seguros de 1934 (21) y las cuatro leyes especiales que la desarrollaron (de Cooperativas, de Mutualidades de Seguros, de Sindicatos Agrícolas y de Cajas de Crédito y Cooperación), se llega en España al reconocimien-

(20) *Análisis crítico...*, pág. 434.

(21) Sobre la legislación de Cataluña en materia de cooperativas en la II República, ver PÉREZ BARÓ, A., *Cooperació i cooperativisme*, Barcelona, 1966; RAVEN-TÓS CARNER, M., *Historia del cooperativismo español*, Barcelona, 1960; BRICALL, J. M., *Política económica de la Generalitat (1936-1939)*, Barcelona, 1970, págs. 216 y sigs., y LLUIS y NAVAS, J., *Derecho de cooperativas*, Barcelona, 1972, tomo I, páginas 243 y sigs., donde muestra evidente hostilidad a la legislación de Cataluña y desconocimiento del propio idioma (así en pág. 244 traduce «Conselleria» por «Conserjería»).

to y regulación de una institución específica cooperativa: la denominada, más o menos fundadamente, «sociedad cooperativa» (22).

Esta institución o modelo legal de lo que debe ser la organización cooperativa real ha sufrido—y nunca mejor empleada la palabra—una accidentada evolución, a remolque de los sucesivos cambios que se han ido produciendo en el Estado.

Refiriéndose a los últimos años, a la Ley de 1942 (que dentro del modelo fascista de legislación cooperativa confió casi exclusivamente en los controles públicos administrativos y nacionalsindicalistas), el Reglamento de 13 de agosto de 1971 intentó incorporar una regulación más minuciosa—más institucionalizadora—del régimen jurídico privado, tratando al propio tiempo de modificar las normas de connotación más ideológicas del anterior Reglamento y de la propia Ley (23).

Por último, la Ley vigente de 19 de diciembre de 1974 (BOE del 21) constituye la consolidación de una legislación cooperativa, que responde a las siguientes características: 1) regula la cooperativa como una institución *sui generis* distinta de las sociedades propiamente dichas, aunque continúe denominándola «sociedad cooperativa»; 2) constituye una «gran ley» o código, que contiene la regulación básica pública y privada del cooperativismo, aunque se haya abandonado la denominación de «Ley de Cooperación», sustituyéndola por la más «yusprivatista» de «Ley de Cooperativas»; 3) incorpora ampliamente la regulación sustantiva consolidada históricamente en la sociedad anónima, como agrupación de personas y organización de empresa; 4) por último, y he aquí el tema central de este trabajo, parece que somete a la cooperativa al estatuto del empresario mercantil introduciendo, de la manera un tanto confusa y subrepticia que veremos (apartado 2.4), un cambio muy importante en la legislación española, que podría separar en este punto, desde hoy, a las cooperativas de las mutuas de seguros.

Como veremos, la conclusión de nuestro trabajo sobre este punto va a ser pesimista. En nuestra opinión, a pesar de algunas normas que podrían hacer pensar que la cooperativa, definitivamente, es una entidad

(22) Nuestra tesis, siguiendo a ASCARELLI (ver cita bibliográfica sobre el tema en la nota 2), de que la cooperativa no es una verdadera sociedad, en *Análisis crítico...*, págs. 445 y sigs. Y antes en *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, págs. 245 (fusión de sociedades) y 562 y sigs.

Ello no obstante, la nueva Ley de cooperativas deja al intérprete perplejo en cuanto a la calificación de la cooperativa, pues no resulta claro si los beneficios y las pérdidas son sociales, o si se producen directamente en el patrimonio de los socios (presupuesto dogmático del régimen de los «retornos cooperativos»). Sobre el tema, ver nuestro trabajo «El régimen económico de la cooperativa en la nueva Ley de cooperativas de 16 de diciembre de 1974», en la revista *Estudios Cooperativos*, número colectivo, dedicado a la Ley.

(23) *Análisis crítico...*, págs. 467 y sigs. y 500 y sigs.

mercantil, aunque sin espíritu capitalista, con la nueva ley, la cooperativa sigue siendo, en general, una persona jurídica civil. El artículo 124 del Código de Comercio sigue, pues, vigente e inalterado. Lo único que puede afirmarse, y con ciertas reservas, es la «extensión» del régimen concursal y de la publicidad jurídico-privada mercantil a las cooperativas.

1.3. EL DIVORCIO ENTRE EL DERECHO MERCANTIL Y LAS MUTUAS DE SEGUROS

Al igual que ocurre con las cooperativas, a falta de una norma con rango de ley que haya venido a derogar el artículo 124 del Código de Comercio, creemos que las asociaciones mutuas de seguros continúan excluidas del estatuto del empresario mercantil (24). Con ello nos apar-

(24) La exclusión del carácter mercantil de las mutuas se mantiene también en Derecho francés en la Ley de 8 de julio de 1971, que contrapone las sociedades de seguros de forma mutua y las sociedades mutuas de seguros a las no mercantiles, a las sociedades de seguros por acciones. Ver PICARD-BESSON, *ob. cit.*, páginas 43 y sigs., quienes advierten, sin embargo, la sumisión a la quiebra y «réglement judiciaire» en virtud de la Ley de 13 de julio de 1967, y ciertas «atenuaciones» al principio de su calificación civil, que ciertamente parecen poco convincentes. En especial en lo que se refiere al argumento de que si estipulan «actos de comercio» definidos objetivamente en el Código—como los seguros marítimos—se convertirán en mercantiles en base al artículo 1.º del Código de Comercio francés, que califica como comerciante a quien realiza habitualmente actos de comercio. Pero esta calificación no puede prosperar contra la expresa exclusión de la misma respecto de las mutuas. Más evidente es el tratamiento fiscal de las mutuas en Derecho francés, que grava un presunto «beneficio social» (impuesto de renta de sociedades) y su distribución como «dividendo» (impuesto sobre rentas del capital), y les exige el pago de «patente» o licencia industrial, como a las demás empresas aseguradoras.

Por el contrario, en Derecho italiano los Códigos de Comercio de 1865 y de 1882 ya calificaron como mercantiles («actos de comercio») los contratos de seguros mutuos de navegación y terrestres (Código de 1882, art. 3.º, párrafos 19 y 20). También en ambos Códigos las «asociaciones mutuas» se incluían en el mismo capítulo que las «asociaciones en participación», en base a que en ambas figuras no se producía una relación con terceros. Aunque el artículo 395 del Código de 1882 les reconoció personalidad jurídica, incurriendo en clara incoherencia con su colocación sistemática. Respecto de su régimen jurídico, su artículo 242 les aplicaba las normas de la sociedad por acciones sobre responsabilidad de los administradores, inscripción de la escritura de constitución y de sus estatutos, así como de las modificaciones de ambos, sobre balances y sus respectivas sanciones. El artículo 243 imponía a los socios responsabilidad limitada en el aspecto interno, a su respectiva contribución; pero frente a terceros (a diferencia del anterior Código) respondían hasta el valor de la cosa objeto del seguro, en una especie de responsabilidad suplementada. Ver VIDARI, E., *Il nuovo Codice di commercio*, 2.ª ed., 1884, páginas 8 y 209 y sigs., y bibliografía citada en nota 3 de nuestro trabajo.

En el Código civil italiano de 1942, hoy vigente, desaparece la contraposición entre formas sociales civiles y mercantiles, y los preceptos que regulan las mutuas se remiten en gran parte de su régimen al de las cooperativas de responsabilidad limitada (cooperativas por acciones). En efecto, los artículos 2.546-2.548 establecen las características esenciales de la mutua; el 2.547 remite a las disposiciones sobre

tamos de la interpretación que la doctrina mercantilista más reciente, de modo unánime, hace de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 16 de diciembre de 1954 en cuanto a la regulación de las mutuas.

1.3.1. *La legislación española sobre mutuas*

La legislación sobre mutuas de seguros ha seguido una evolución paralela a la de cooperativas. La disposición legal quizá más remota sobre ambas figuras, la Real¹ Orden de 26 de junio de 1870, les concedía la inserción gratuita de sus anuncios y documentos en la *Gaceta de Madrid* y *Boletines Oficiales*. Después, el artículo 124 del Código de Comercio excluye a ambas del Derecho mercantil. Posteriormente, la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887 somete a sus normas tanto a las cooperativas como a las mutuas (25).

Naturalmente, la Ley de Asociaciones no podía atender suficientemente a las exigencias de regulación de estas «empresas», pues se limitaba a reconocer el derecho de asociación y a establecer un sistema de control gubernativo para su ejercicio. Con respecto a su régimen jurídico, pues, las lagunas de esta ley tenían que cubrirse con los Estatutos de cada entidad.

Quizá se pudiera defender que aun careciendo del ánimo de obtener un beneficio social y distribuirlo entre los socios, elemento esencial para poderlas calificar como sociedades, pudiera aplicárseles el régimen de la

ejercicio de la actividad aseguradora y al régimen de la sociedad cooperativa de responsabilidad limitada «en cuanto compatibles con su naturaleza» al propio tiempo; el artículo 1.884 establece que se regulan por las normas del contrato de seguro «en cuanto compatibles con la especialidad de la relación». La actividad aseguradora, cualquiera que sea la entidad aseguradora, aparece mencionada en el artículo 2.195, apartado 4.º, como uno de los empresarios sometidos a inscripción registral.

En *Derecho alemán* (como indicamos en nota 3), las «größere Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit» son también empresarios mercantiles.

(25) En efecto, el artículo 1.º de la Ley de asociaciones de 30 de junio de 1887 establecía:

«Artículo 1.º El derecho de asociación que reconoce el artículo 13 de la Constitución podrá ejercitarse libremente, conforme a lo que preceptúa esta Ley. En su consecuencia, quedan sometidas a las disposiciones de la misma las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo o cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia.

Se regirán también por esta Ley los gremios, las sociedades de socorros mutuos, de previsión, de patronato y las cooperativas de producción de crédito o de consumo.»

La doctrina mercantilista consideró sometidas las mutuas de seguros a la Ley de asociaciones de 1887: BENITO Y ENDARA, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1.ª ed., 1929, tomo III, pág. 428, nota 1; BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO, L., *Tratado de seguros*, vol. 1.º, pág. 186; GAY DE MONTELLÁ, R., *Comentarios al Código de Comercio*, tomo II, pág. 124.

sociedad civil. Pero con ello tampoco se obtenía una solución perfecta, por lo que hemos dicho respecto de las cooperativas, porque el Código civil no contiene una regulación satisfactoria de la sociedad, en tanto que forma o técnica de organización de una empresa.

Partiendo de su verdadera naturaleza jurídica podía pensarse, como decía aún BENÍTEZ DE LUGO en 1955, que «la personalidad jurídica de las sociedades de seguros mutuos se forma por la cooperación y, por tanto, los preceptos que regulan las asociaciones cooperativas deben regir para aquellas sociedades». Añadiendo que, en efecto, «la historia de la legislación española sobre asociaciones corrobora esta opinión» (26). No estamos de acuerdo con la tesis de una aplicación directa de la legislación de cooperativas (que en 1955 sería la Ley de 1942). Pero, ciertamente, la doctrina de BENÍTEZ DE LUGO sobre las mutuas privadas de seguros («sociedades cooperativas o mutuas», como las llama él en el índice) continúa siendo hoy, en nuestra opinión, la más clásica y fundada. Por otro lado, nos parece evidente que el mutualismo en materia de seguros coincide totalmente con las aspiraciones del movimiento cooperativo y que, al igual que en la Ley de la Generalitat de Cataluña de 1934, ambas instituciones deberían regularse juntamente e integrarse en un único movimiento social o «sector cooperativo».

1.3.2. *Naturaleza y régimen jurídico de las mutuas*

Para comprender la naturaleza y régimen jurídico de las mutuas es necesario partir de los «dos fines» que BENÍTEZ DE LUGO predica del régimen jurídico de las mismas: «el relativo a su aspecto orgánico y el fin de previsión que constituye el objeto social» (27).

(26) BENÍTEZ DE LUGO, *ob. cit.*, pág. 186.

También SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones de Derecho mercantil*, 4.ª ed., Valladolid, 1974, págs. 259-260) destaca la similitud entre mutuas y cooperativas.

(27) BENÍTEZ DE LUGO, *ob. cit.*, pág. 190.

De las Mutuas de Seguros privadas hay que distinguir las Mutualidades, de marcado carácter público, que se manifiesta en el régimen de su constitución, en su control administrativo, en su financiación, al menos parcial, con fondos públicos, y en que la cotización del asociado no es susceptible de revisión ni mediante derramas pasivas ni mediante extornos.

Dentro de estas Mutualidades cabe distinguir: A) Las Mutualidades laborales gestoras de la Seguridad Social, que funcionan junto al Instituto Nacional de Previsión, de acuerdo con la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 (*B. O. E.*, 20 y 22 de julio), artículos 194 y sigs. Su competencia se establece en los Estatutos aprobados por el Ministerio de Trabajo y están sometidas a una rigurosa tutela anterior y posterior sobre sus actos, al control de su presupuesto, sus cuentas y sus gastos de administración (arts. 38 y sigs. de la LSS). B) Mutualidades laborales gestoras de los regímenes especiales de la Seguridad Social, por ejemplo, la Mutualidad Nacional Agraria. C) Mutuas Patronales gestoras de las prestaciones complementarias en accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Por decirlo de otro modo, para comprender el régimen jurídico positivo actual de las mutuas debemos distinguir entre la *causa* y el *objeto* de las mismas, el cual consiste en la explotación del seguro en régimen asociativo y no mediante contratos bilaterales (y especulativos) de seguro.

Por su causa, la mutua no es una sociedad, ya que no se constituye con aportaciones de los socios que integren un fondo común, sobre el cual posean aquéllos «participaciones sociales», y no persigue la obtención de un beneficio social especulando en la intermediación del seguro, sino que se propone más bien gestionar la actividad aseguradora al servicio de los socios. Por lo que puede decirse que *en ella la causa no es la obtención de un lucro repartible, como en la sociedad, sino la misma explotación del objeto* (de forma, si se quiere, «económica» o racionalizada) (28).

D) Mutualidades o Montepíos voluntarios y libres reguladas por Ley de 6 de diciembre de 1941 y Reglamento de 26 de mayo de 1943 en el ámbito no cubierto por la Seguridad Social. En esencia, éstas son las constituidas por los diversos grupos de funcionarios antes que se cree la anunciada Mutualidad General que integrará a todos ellos. Sobre su régimen fiscal, ver nota 51 bis.

Con independencia de ellas hay que tener en cuenta que las empresas pueden realizar prestaciones voluntarias complementarias en virtud de Convenio laboral en favor de sus trabajadores, bien directamente, bien constituyendo una Fundación o bien, posiblemente, una Mutua privada de seguros.

Sobre el tema ver: ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, 1973, pág. 203, quien advierte que «las entidades gestoras (de la Seguridad Social) no cumplen fines propios, sino fines del Estado», y que las define como «verdaderas entidades de derecho público, de creación estatal y con personalidad jurídico-pública», con una naturaleza híbrida de fundación y corporación (pág. 222). Como es sabido, nuestro Código civil al clasificar las personas jurídicas distingue entre corporaciones, fundaciones y asociaciones (éstas son las agrupaciones voluntarias de personas). La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 11 de marzo de 1970, precisó las diferencias entre las Mutualidades gestoras de la Seguridad Social y las Mutualidades o Montepíos libres.

(28) Partimos de la tesis, mantenida por el Tribunal Supremo en diversas Sentencias con carácter general para todas las sociedades (ver *Análisis crítico...*, cit., pág. 450, nota 33, SS. de 3 de diciembre de 1959, 8 de febrero de 1960 y la de 27 de junio de 1960, entre otras) y por la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 2 de febrero de 1966 con respecto a una sociedad anónima, de que la causa del contrato de sociedad es la obtención de ganancias repartibles y, en consecuencia, como tal causa es elemento esencial del contrato.

En este sentido nos separamos de la doctrina mercantilista hoy casi unánime, según la cual el artículo 3.º de las Leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada permite la constitución de estas sociedades sin fin lucrativo.

Defensores de esta doctrina son:

GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, págs. 70-71; SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anónima*, Roma-Madrid, 1955, págs. 135-136, y *Curso de Derecho del Seguro Privado*, Bilbao, 1961, vol. I, pág. 66; ALVAREZ QUELQUEJEU, L. C., *La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de la concentración de empresas*, Universidad de Valladolid, 1958, pág. 121; RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 2.ª ed., Madrid, 1967, págs. 42-43; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1973, pág. 33; DEL CAÑO ESCUDERO, *Derecho español de seguros*, 2.ª ed., Madrid, 1974, págs. 74-75.

Por el objeto, sin embargo, la mutua desarrolla una actividad de gestión: la gestión de la mutualidad económica en que consiste el seguro, como recíproca cobertura de múltiples economías amenazadas por el

Como luego veremos, SÁNCHEZ CALERO, GARRIGUES y DEL CAÑO invocan el artículo 3.º de las Leyes de anónimas y limitadas para justificar la calificación de las mutuas de seguros como sociedades y como empresarios mercantiles.

Recientemente, la tesis ha sido defendida con nuevos argumentos por el Profesor RAFAEL ILLESCAS (*El derecho del socio al dividendo*, Sevilla, 1973, págs. 19 y sigs.), analizando (en nota 24) el significado de la *Sentencia del T. S. de 27 de febrero de 1954* (Col. *Legisl. Jurispr. Civil*, núm. 98, págs. 985 y sigs.), que según el autor «supone un fallo favorable a la existencia de la anónima no lucrativa, y ello incluso bajo la vigencia del derecho codificado...», y sometiendo a crítica la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 2 de febrero de 1966 (verla en *Anuario DGRN*, 1966, págs. 9 y sigs.).

La Sentencia de 1954 es ciertamente muy interesante, pero en ella los hechos resultan poco claros para deducir una doctrina. Con independencia de otros aspectos del litigio, que aquí no nos interesan, en los motivos 1.º y 2.º del recurso se alegaba: 1.º Que el acuerdo social de 1917 (en que la Sociedad «Hidroeléctrica de Solsona, S. A.», se había obligado con el Ayuntamiento a ceder sus beneficios por encima de un rendimiento del 5 por 100 para sus acciones y a transmitir sus activos a cambio de la asunción del pasivo incluido el valor de las acciones para que la sociedad «rescatara» éstas de los socios [aunque se habla, incorrectamente, de «amortización»] para entregarlas al Ayuntamiento cuando éste decidiera municipalizar la empresa hidroeléctrica) se había adoptado sin el quórum estatutario para la constitución de la necesaria Junta extraordinaria para adoptar tal acuerdo por la sociedad; 2.º Que en los Estatutos no figuraba ninguna cláusula según la cual la sociedad se hubiera constituido sin ánimo de lucro, sino para ofrecer un servicio al Municipio, tal como se afirmaba en la escritura estipulada entre los representantes de la sociedad y el Ayuntamiento en 1917, por lo que los sucesivos accionistas no estaban obligados a pasar por aquel pacto y de ahí su nulidad.

El T. S. opone, en esencia, al primer motivo que en el recurso no se aporta certificado del acta de la Junta extraordinaria de 1917 y, en consecuencia, la sociedad no prueba, como estaba obligada hacerlo, la nulidad del acuerdo por falta de quórum; y al segundo motivo opone que «en la proposición hecha a la Junta de accionistas se expresa cuál fue la intención de la compañía al constituirse, consistente en que una vez reintegrado el capital y el abono de intereses, a razón del 5 por 100 anual como máximo, pasara la sociedad a ser propiedad del Municipio de Solsona, quedando, por tanto, el servicio municipalizado; y que el único propósito de los fundadores fue el de prestar un importante servicio a la población, sin pretender en manera alguna el menor lucro personal, y, por último, que esta proposición, después de bien estudiada y discutida, hallándose contestes (dice «contextos») todos los presentes en que el objeto de la compañía ha sido y es llevar a efecto la municipalización de luz y fuerza eléctrica, la Junta general, unánimemente, acuerda aceptar la propuesta».

Ante esta Sentencia nos podemos hacer las siguientes preguntas: 1.ª ¿Contenían, en efecto, los Estatutos la finalidad no lucrativa de la entidad constituida en 1917 y su consecuencia la limitación del «beneficio» de los socios a un «interés» máximo del 5 por 100, o no?; 2.ª Si el T. S. no afirma taxativamente que aquel extremo figuraba en los Estatutos, sino en la «proposición» a la Junta extraordinaria hecha por los administradores, en realidad, ¿no estará presuponiendo que, a falta de prueba en contrario, el consentimiento fue «unánime de los presentes» y presuntamente de todos los accionistas? En todo caso habría que preguntarse si en tal caso la renuncia a los derechos de socio podría ser oponible frente a sucesivos adquirentes de las acciones. 3.ª Si la finalidad no lucrativa figuraba en los Estatutos, ¿se trataría realmente de una sociedad o de uno de esos entes extraños de carácter cooperativo o fundacional que por razones que hemos expuesto

mismo riesgo (29). En este aspecto, el régimen legal de las mutuas plantea las mismas exigencias técnicas en favor de los socios-asegurados, que la actividad de las sociedades lucrativas de seguros.

reiteradamente adoptaron la «forma» de «sociedad anónima»? (Si bien, de acuerdo con el artículo 1.670, quizá deberían ser calificadas entonces como sociedades anónimas de naturaleza civil.) 4.ª Por último, ¿no se tratará realmente de una Sentencia doctrinalmente incorrecta, sin perjuicio de que en el caso concreto aportara una solución justa?

Por otro lado, la crítica del Profesor ILLESCAS a la Resolución de la DGRN de 1966 nos parece infundada, en especial cuando le reprocha haber olvidado el artículo 3.º. En nuestra opinión, el artículo 3.º (como ya expusimos en el *Análisis crítico...*, pág. 455, nota 46) no tiene nada que ver con el tema de la causa, pues se limita a declarar el principio de la mercantilidad de la SA. y de la SRL. por la forma, volviendo al criterio que probablemente siguió ya el Código de Comercio (sobre el último tema, ver GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M., «Los criterios del Derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles y sus consecuencias prácticas», *RDM*, núm. 59, 1956, págs. 51 y sigs., en especial págs. 67 y siguientes). La Resolución, especialmente en su 4.º considerando, sienta una clara doctrina al someter el objeto social y los Estatutos al fin de lucro de la sociedad, lo que hace que sólo mediante acuerdo unánime de todos los socios pueda admitirse la ratificación de una donación hecha por el Consejo de Administración (considerando 9.º).

La distinción entre el objeto y la causa se halla en la misma Ley de sociedades anónimas, cuyo artículo 150-1.º prevé la disolución de la sociedad «por la conclusión de la empresa que constituye su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social». Lo que supone, evidentemente, dos posibilidades o causas de disolución distintas: disolución por conclusión del objeto social y disolución por imposibilidad de lograr la causa o fin de la sociedad. Esta «frustración» del fin o la causa puede deberse tanto a la imposibilidad técnica o económica de desarrollar la actividad empresarial que constituye su objeto como a la imposibilidad de obtener ganancias con dicha actividad, aunque ningún obstáculo se oponga a su continuación.

Lógicamente, por el contrario, la nueva Ley de cooperativas en su artículo 44-b, al transcribir las causas de disolución del artículo 150 LSA, no distingue ya entre «objeto» y «fin social», sino que se refiere sólo a «la conclusión del objeto social o imposibilidad sobrevenida para alcanzarlo», *precisamente porque en la cooperativa el fin se identifica o confunde con el objeto*. La cooperativa no tiene por qué disolverse, aunque le resulte imposible lograr un beneficio, porque en todo caso el desarrollo de su actividad, siempre que sea posible, evitará mayores pérdidas o gastos a sus socios. Causa y objeto en la cooperativa coinciden, como puso de relieve muy acertadamente ASCARELLI, «Società, associazione, consorzi, cooperative o trasformazione», *RDC*, 1949, II, págs. 425 y sigs., y «Cooperativa e società: Concettualismo giuridico e magia delle parole», *Riv. delle società*, 1957, I, págs. 397 y sigs.

En nuestra opinión, la doctrina correcta es la defendida por el Profesor URÍA (*Derecho mercantil*, 10.ª ed., 1975), donde afirma que la sociedad ha de perseguir necesariamente un lucro repartible (pág. 122), e interpreta el artículo 3.º de la LSA como hacemos nosotros (pág. 183); y por el Profesor BROSETA, en la 2.ª edición de su *Manual*, cit., 1974, pág. 193, con importantes precisiones. El Profesor GARRIGUES, por su parte, no insiste ya en la criticada tesis en su «Teoría general de las sociedades mercantiles» (continuación), *RDM*, núms. 132-133, 1974, pág. 225, al referirse a la causa del contrato de sociedad que, como él dice, es «la obtención de una ganancia y su posterior reparto». Nos congratulamos, pues, de que el eminente profesor no dé entrada a esta tesis en la reedición de su *Tratado*, que es, sin duda, la obra científica más importante del Derecho mercantil español.

(29) Ver GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1973, pág. 36, que reproduce la teoría del seguro expuesta por MANES, A., *Tratado de seguros. Teoría*

En nuestra opinión, la Ley de Seguro Privado de 1954 atiende con bastante claridad a este doble aspecto del régimen jurídico de la mutua. En el primer aspecto destaca los requisitos que la diferencian de las sociedades capitalistas, lucrativas o intermediarias. En el segundo aspecto somete a las mutuas y a las sociedades a idéntico régimen jurídico, sin que por ello quede afectada su naturaleza. O para decirlo en otros términos, la ley obliga a las mutuas de seguros privadas a operar con *tarifas fijas o predeterminadas* (de acuerdo con los cálculos actuariales de previsión de riesgos y volumen de indemnizaciones), *pero no las obliga a operar a prima fija* (que sería tanto como convertirlas en sociedades, en entidades con fin u objetivo lucrativo). Consecuencia de nuestra tesis, pero sólo una de las consecuencias, es que, como las mutuas no operan a prima fija, no desnaturalizan su esencia, y por ello ni son sociedades ni son mercantiles.

Otra consecuencia no menos importante es la afirmación de su naturaleza unitaria defendida por la doctrina comparada casi unánime, que califica la mutua como un contrato o institución asociativa con fines asegurativos y rechaza su calificación como contrato mixto de sociedad y de seguro, o una relación jurídica innominada reconducible, de todos modos, a las dos contratos citados. En este sentido, la doctrina italiana afronta el arduo problema de la remisión que hace el artículo 2.547 de su Código civil a las normas sobre sociedades cooperativas y sobre el contrato de seguro (30).

general del seguro, trad. de la 4.ª ed. alemana por F. Soto, Madrid, 1930, pág. 2, donde dice éste que el seguro «puede definirse como aquel recurso por medio del cual un gran número de existencias (*sic*) económicas amenazadas por peligros análogos se organizan para atender mutuamente a posibles necesidades tasables y fortuitas de dinero». Y afirma el Profesor GARRIGUES que nota esencial del seguro es la mutualidad, citando una frase de STEIN, según la cual «el seguro es mutualidad o no es seguro» (nota 2).

El Profesor GARRIGUES (*loc. cit.*, nota 36) recoge la opinión crítica al requisito de mutualidad expresada por HAX y su reciente reafirmación por MOELLER.

En el mismo sentido, la doctrina italiana. Ver DONATI, A. (*Trattato il Diritto delle assicurazioni private*, vol. 2.º, Milano, 1952, pág. 206), quien dice: «En el estado de la evolución y de la técnica, para la economía no hay diferencia sustancial entre seguro mutuo y seguro a prima: uno y otro producen la transmisión del riesgo de un sujeto a una colectividad de sujetos sometidos a riesgos de igual naturaleza, es decir, una mutua cobertura o eliminación del riesgo, de modo que la colectividad de los aseguradores siempre es aseguradora de sí misma.» Aunque luego precisa que en términos jurídicos asegurador es sólo la mutua. GENOVESE, *L'essenza dell'assicurazione mutua*, cit., pág. 1079, afirma que «el seguro mutuo realiza la comunidad de riesgos de la manera más ambiciosa, y se puede decir que realiza el seguro «tout court», mientras que el contrato de cambio llega a realizarlo sólo de forma más compleja y «espuria». Este último permite, en efecto, la obtención de otro fin, esto es, el beneficio del asegurador, el cual no participa en la comunidad de los riesgos ni siquiera en sentido económico».

(30) En Italia, la doctrina mayoritaria considera el acto constitutivo de la mutua como un negocio asociativo unitario. Respecto del Código de Comercio

En nuestro Derecho, la calificación unitaria de las mutuas obligaría a contemplar el artículo 380, que excluye la mercantilidad del seguro mutuo, no tanto como una exclusión de su carácter mercantil (o especulativo), sino más aún de su carácter bilateral de verdadero y propio «contrato de seguro».

Por su parte, el artículo 1.792 del Código civil parece contraponer el «contrato (que) tiene el nombre de seguros mutuos», asociativo, al «contrato de seguro», definido en el artículo 1.791 como contrato de cambio. O sea, que parece reconocer la autonomía causal de un contrato típico o nominado de seguro mutuo, distinto al seguro lucrativo.

La distinción, que se hace incluso en la Ley de Seguro Privado, entre «póliza» y «Estatutos y Reglamento», y la existente entre «contrato» de seguro mutuo y el mercantil, implícita en el artículo 380 del Código de Comercio, parecen responder a una calificación de contrato mixto; pero

de 1882, ver VIVANTE, *Trattato*, cit., II, núm. 716, y *Contratto di assicurazione*; DE GREGORIO, *Società...*, cit., núm. 602; SOPRANO, *Società...*, cit., tomo II, número 792; ARCANGELI, *ob. cit.*, pág. 339; VALERI, *ob. cit.* en *Riv. Dir. Com.*, 1910, II, págs. 799 y 1913, II, pág. 771.

Respecto del nuevo Codice civile sostienen esta doctrina DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., págs. 216 y sigs.; FANELLI, *L'assicurazione mutua*, cit., pág. 23; DE GREGORIO y FANELLI, *Le assicurazioni*, págs. 212 y sigs.; FIORENTINO, *L'assicurazioni contro i danni*, Napoli, 1949, pág. 27; BIGIAMI, W., *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, págs. 60 y sigs.; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962, págs. 601 y sigs.; CASTELLANO, *Le assicurazioni private*, cit., págs. 63-64; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, páginas 500 y sigs., y GRAZIANI-MINERVINI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., página 150; SCALFI, «Inadempimento del socio nella mutua assicuratrice», *Riv. delle società*, 1956, págs. 242 y sigs., y «Rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di società mutue di assicurazione», *Riv. delle società*, 1958, págs. 1270 y sigs.; SANTI, *Il contratto di assicurazione*, pág. 53; GASPERONI, voce «Mutue assicuratrici», en *Enciclopedia Forense*, IV, Milano, 1959, págs. 1175, inserto también en sus *Assicurazioni private. Scritti giuridici*, Padova, 1972, págs. 137 y sigs., y *Le assicurazioni*, cit., págs. 36 y sigs.; y muy especialmente GENOVESE, «L'essenza dell'assicurazione mutua», cit., *Riv. delle società*, 1960, págs. 1077 y sigs., que contrapone la mutua como contrato asociativo de seguro sin finalidad de lucro al contrato sinalagmático de seguro o seguro especulativo. De igual modo hay que incluir en esta doctrina la posición de ASCARELLI, expresada en diversos trabajos (ver nota 28), de que la mutua, como la cooperativa, es una «asociación».

El tema se plantea con evidente trascendencia práctica en Italia, pues la remisión al régimen de la cooperativa de responsabilidad limitada y del contrato de seguro no aclaran las normas aplicables en caso de incumplimiento por parte del asociado (¿exclusión del socio o resolución del contrato?).

De la doctrina unitaria se separan ARCANGELI, que defiende la existencia de dos contratos distintos en uno solo o en dos distintos documentos (*ob. cit.*, página 341); SOPRANO, en *Studi in onore di Cesare Vivante*, cit., pág. 547; SALANDRA, *Manuale*, cit., que defiende la calificación de contrato mixto, y FERRI, que insiste en la consideración de contratos distintos, aunque coligados («Mutua assicuratrice», en *Novissimo Dig. Italiano*, vol. X, Torino, 1964, pág. 1044, y *Manuale*, cit., páginas 271-272).

También prevalece la consideración unitaria en la doctrina francesa y alemana (ver DONATI, *ob. cit.*, pág. 216, nota 74, y GENOVESE, *ob. cit.*, nota 1).

debemos convenir en que la causa de la mutualidad absorbe la del contrato de seguro, cuyo régimen positivo debe interpretarse y aplicarse a la luz de esta «absorción» o preeminencia de la finalidad asociativa. En este sentido, parece que el mecanismo de la exclusión del socio que incumple debe prevalecer sobre la resolución del pretendido contrato de seguro en orden a requisitos de denuncia, plazo de prescripción de la acción y consecuencias o sanciones del incumplimiento del socio.

Por otro lado, tal como ha destacado especialmente GENOVESE, el principio de igualdad de trato de todos los asociados debe prevalecer sobre el de ejecución aislada o de relatividad de cada uno de los pretendidos «contratos de seguro». Y de igual modo destaca el principio de solidaridad diciendo: «Cada socio participa de algún modo en la suerte de los seguros estipulados por los otros socios, y de esta manera viene superado el aleas inherente a cada seguro aislado», afirmando que «la comunidad jurídica de los riesgos es... el elemento que distingue el seguro mutuo del contrato de seguro» (30 bis).

Esta doctrina es fácil de comprender por su claridad y por responder perfectamente a la legislación vigente y a la realidad social de las mutuas. Es, por supuesto, una doctrina más clara que la contraria, la que defiende la calificación mercantil de las mutuas, por pretender que hoy, en observancia de la Ley de 1954, todas las mutuas trabajan «a prima fija». O sea, que han dejado de ser mutuas para convertirse—permítasenos la licencia—en un monstruo jurídico difícil de definir y comprender.

Ello se comprueba reproduciendo simplemente los textos legales, antes de «embarullarlos» con ningún género de interpretación, ni con la que proponemos ni con la contraria. Vamos a hacerlo transcribiendo los artículos 12 y 13 de la Ley de Seguro Privado de 1954:

Artículo 12.—A los efectos de esta ley serán consideradas como asociaciones mutuas de seguros las que reúnan las siguientes condiciones:

- 1.^a Que para su constitución cuenten con un mínimo de veintiocho asociados.
- 2.^a Que la personalidad colectiva y mancomunada de todos los asociados sea la entidad aseguradora.
- 3.^a *No ser la operación de seguro objeto de industria para dicha colectividad aseguradora.*

(30 bis) GENOVESE, *ob. cit.*, págs. 1073 y 1077. A pesar de la remisión que hace el artículo 2.547 al contrato de seguro, estima este autor, coincidiendo con GRAZIANI (*Diritto delle società*, cit., págs. 498 y sigs.), que las normas del contrato de seguro no se extienden al seguro mutuo cuando presuponen el carácter sinalagmático del contrato (GENOVESE, pág. 1081).

4.^a Igualdad de derechos y obligaciones de todos los asociados, sin privilegios ni excepciones en favor de personas determinadas.

5.^a Ser únicamente asegurados o contratantes con dicha personalidad colectiva aseguradora las personas que mediante la *aceptación simultánea de una póliza y de los Estatutos y Reglamento* adquieran, a su vez, carácter de aseguradoras.

6.^a Que las funciones sociales sean ejercidas por un organismo representativo y amovible emanado de la voluntad colectiva de los mutualistas.

Artículo 13.—Las mutualidades tendrán plena capacidad jurídica para adquirir y poseer bienes de todas clases, celebrar actos y contratos relacionados con su fin social y comparecer ante los Tribunales. Sus Estatutos deberán contener los requisitos siguientes:

a) La denominación, objeto, duración y domicilio de la mutualidad.

b) La sumisión de la misma a los preceptos de esta ley.

c) Que se precise el tiempo, forma y modo en que los asociados puedan ejercer su derecho al voto y la manera de constituir el órgano representativo de la asociación, con las atribuciones y límites del mandato.

d) Se establecerá el régimen de mayorías para tomar acuerdos, y una vez adoptados serán obligatorios para todos los asociados, aunque no hubieran votado.

e) Que se determine si la responsabilidad de los socios es limitada o ilimitada en proporción al capital asegurado.

f) Causas y condiciones de disolución de la mutualidad, procedimiento para llevarla a efecto y destino que haya de darse al patrimonio social.

g) Los demás pactos lícitos que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en esta ley.

Los Reglamentos o condiciones de las pólizas en cada ramo no podrán contener precepto alguno que desvirtúe lo establecido en los Estatutos de la mutualidad.

1.2.3. Analogías y diferencias entre las cooperativas y las mutuas de seguros

Las analogías y diferencias entre las cooperativas y las mutuas en nuestro Derecho positivo serían, pues, las siguientes (31):

Como analogías destacan los principios de doble cualidad de asociado y asegurado, de libre adhesión y salida de la entidad, de igualdad democrática, de reparto del posible excedente en proporción de las cuotas satisfechas por cada mutualista (técnica de los «retornos» o «extornos»), así como de las posibles «pérdidas» («derramas pasivas» se dice en la práctica de las mutuas), bien hasta el límite establecido en los Estatutos o bien de forma ilimitada, según que la mutua sea de responsabilidad limitada o ilimitada (32).

Las diferencias entre las cooperativas y las mutuas son también muy visibles. En la cooperativa, la doble cualidad de socio y usuario de la actividad cooperativa es meramente hipotética; para producirse precisa la estipulación de un contrato o convención entre socio y cooperativa. Aunque en la nueva Ley de 1974 se admite que el derecho a usar de los servicios de la cooperativa puede convertirse en una verdadera obligación a hacerlo, y en tal caso sí que se daría la simultánea superposición entre las dos cualidades de socio y usuario (como proveedor o adquirente), que es característica esencial de las mutuas. En efecto, en las mutuas,

(31) Las diferencias entre las cooperativas y las mutuas han sido insistentemente destacadas sobre todo por la doctrina italiana. SOPRANO, «Natura giuridica...», *Studi Vivante*, cit., págs. 547 y sigs.; DONATI, A., *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, cit., vol. I, págs. 201 y sigs.; GENOVESE, *ob. cit.*, págs. 1070 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones*, 4.ª ed., cit., pág. 259) destaca las analogías entre mutuas y cooperativas señalando tan sólo la diferencia de que en estas últimas la mutualidad o doble cualidad de socio y usuario no se produce de forma simultánea. Las diferencias entre ellas, sin embargo, más aún en nuestro Derecho positivo, son más numerosas.

(32) Sobre el punto de la responsabilidad de los socios en la mutua, el artículo 13 de la Ley de Seguro Privado sigue el mismo sistema que en las cooperativas: los Estatutos fijan la clase de responsabilidad.

La doctrina mercantilista ha comprendido mal este punto. SÁNCHEZ CALERO (*Curso de Derecho del seguro privado*, Bilbao, 1961, vol. I, pág. 69) censura a la Ley de seguro privado de 1954 diciendo que «las aportaciones han de ser siempre limitadas, aunque otra cosa diga el texto legal». Probablemente, su desaprobación a un precepto legal tan claro nace de la obsesiva convicción de que la Ley impone a las mutuas el funcionamiento a prima fija.

GARRIGUES (*Contrato de seguro terrestre*, cit., pág. 34, nota 34) contrapone el artículo 13 LSP al artículo 2.546 del Código civil italiano, que prevé el pago de «contribuciones fijas o variables dentro del límite máximo determinado en el acto fundacional». De esta contraposición, sin embargo, sólo queda claro que el Código civil italiano admite exclusivamente las mutuas con responsabilidad limitada de sus socios. Pero no vemos que derive ninguna crítica para nuestra legislación, y menos aún ninguna confusión conceptual.

la cuota pagada sirve, a la vez, como cuota social y contraprestación por la cobertura del riesgo, de modo que no hay propiamente «prima» o «precio» del seguro. En la cooperativa, el socio «responde» de las deudas de la misma, limitada o ilimitadamente. En la mutua, hasta el límite de esta responsabilidad, bien puede afirmarse que cada socio no sólo es él mismo asegurado, sino, además, asegurador de los demás socios. Esta afirmación, que aparece hecha por la propia ley, no satisface a la doctrina mercantilista, en la medida en que verdadero asegurador es sólo la mutua, en tanto que ostenta personalidad jurídica propia. Pero, sin duda, corresponde bastante fielmente a la realidad jurídica, puesto que la responsabilidad subsidiaria del socio mutualista no modifica el objeto de la prestación de la mutua (la indemnización) y nace en la práctica estatutaria sin necesidad de previa excusión del patrimonio social.

En la cooperativa se realizan aportaciones sociales, que integran un capital social y atribuyen a los aportantes participaciones o cuotas en una parte, al menos, del patrimonio social, que deben serles restituidas en caso de separación o liquidación de la cooperativa. En la mutua no hay propiamente aportaciones, ni capital social—se habla de «fondo social» o «de garantía»—, ni, por tanto, participaciones en él. En la mutua, a diferencia de las mutualidades públicas, no se reconoce legalmente, con el derecho subjetivo al ingreso (formalmente consagrado y protegido por el art. 9 de la nueva Ley de Cooperativas), la existencia de una comunidad más amplia que la de los asociados, a la que la mutua aspire a integrar.

Por último, es claro que, de acuerdo con nuestra Ley de Seguro Privado, sólo las mutuas pueden desarrollar actividad aseguradora, a diferencia, por ejemplo, del ordenamiento italiano, que admite la cooperativa de seguros en la medida en que, según su Código civil, adopta forma de sociedad por acciones.

1.3.4. *El carácter civil de las mutuas de seguros*

1.3.4.1. Exposición crítica de la tesis doctrinal sobre el carácter mercantil de las mutuas

El carácter civil de las mutuas de seguros aparecía admitido unánimemente por la doctrina mercantilista anterior a 1962, como puede observarse en las obras de los profesores BENITO Y ENDARA, TRAVIESAS, GAY DE MONTELLÁ, BENÍTEZ DE LUGO, LANGLE, URÍA Y GARRIGUES (33).

(33) BENITO Y ENDARA, L., *Manual de Derecho mercantil*. Madrid, 1929, tomo III, págs. 367 y sigs., que conceptúa las mutuas como «sociedades civiles que

Parece que la «tesis mercantilista» sobre la calificación de la mutua de seguros es introducida por primera vez por el profesor SÁNCHEZ CALERO (34). Como se ha hecho en otras materias (35), el ilustre profesor empieza destacando «la deficiencia y falta de claridad y sistema de los textos de nuestro Derecho positivo en la materia..., en especial los artículos 12 y 13 de la Ley de Seguro Privado de 1954...». Destaca luego la identidad de obligaciones impuestas a las mutuas y a las sociedades anónimas de seguros en cuanto a presentación de bases técnicas y tari-

pueden convertirse en mercantiles si realizan actos contrarios a la mutualidad»; TRAVIESAS, M. M., *Sobre contrato de seguro terrestre*, Madrid, Ed. RDP, s. a., páginas 62-63, que considera claramente el concepto de prima fija como seguro lucrativo, contrapuesto al seguro mutuo.

GAY DE MONTELLÁ, R., *Comentario al Código de Comercio*, Barcelona, tomo III, página 124, que las califica como asociaciones civiles. BENÍTEZ DE LUGO, *Tratado de Seguros*, cit., vol. I, pág. 185, y vol. IV, págs. 182 y sigs., con referencia a la Ley de 1954. LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil español*, tomo III, Barcelona, 1959, págs. 521-522, donde, sin embargo, imputa al Código el haber confundido prima variable y seguros mutuos, porque entiende que «puede el seguro no ser mutuo y la prima variable, así como ser mutuo y la prima fija», por lo que «ese solo requisito de la clase de prima no es suficiente para calificar de mercantil el seguro». De esta, en principio, irreprochable interpretación del eminente profesor, según la cual las mutuas, sin dejar de serlo, pueden trabajar a prima fija, y no serán mercantiles siempre que no aseguren a terceros no socios, surge probablemente la confusión posterior de que las mutuas, según la LSP de 1954, trabajan a prima fija y, por tanto, son mercantiles.

URÍA, R., *Derecho mercantil*, 10.ª ed., Madrid, 1975, pág. 558, mantiene el mismo texto que en su primera edición: «El seguro es mercantil si se estipula a prima fija; no lo es si se trata de seguro mutuo «puro». No sabemos hasta qué punto podría interpretarse este texto en el sentido de admitir que las mutuas hoy no practican el seguro mutuo puro como mutuas de reparto. Creemos, sin embargo, que el Profesor URÍA, con este texto, califica las verdaderas mutuas y seguros mutuos como civiles.

GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, vol. 1.º, Madrid, 1940, página 365: «Nuestro Código excluye del ámbito del Derecho mercantil el seguro mutuo (véanse arts. 124 y 380). Con ello, y por virtud también del Decreto-ley de 5 de enero de 1929 y de la R. Orden de 27 de junio de 1931, la figura jurídica del asegurador mercantil queda reducida a la forma de sociedad anónima.»

En la 3.ª ed., 1958, pág. 319, continúa manteniendo la exclusión de la mercantilidad de las mutuas, incorporando la normativa de la Ley de 1954; tesis que, como veremos, abandona en su *Contrato de seguro terrestre* (ver nota 36).

Por último, en la 6.ª ed., revisada por el Profesor SÁNCHEZ CALERO, pág. 261, se elude todo planteamiento sobre la naturaleza de las mutuas, limitándose a decir que se consideran tales «las que reúnan las condiciones del artículo 12 LSP». Silencio que nos induce a todo género de conjeturas, pero que creemos interpretar como una «crisis» de la «tesis mercantilista» en sus más cualificados defensores.

(34) SÁNCHEZ CALERO, F., *Curso de Derecho de Seguro Privado*, Bilbao, 1961, volumen I, págs. 63 y sigs.

(35) En especial queremos citar a título de ejemplo la regulación legal de los artículos 1.º y 4.º sobre capacidad legal para ser comerciante; 325 y 326, sobre el concepto de compraventa mercantil, y los artículos 586, 595 y otros, sobre el concepto legal de naviero, entre los que la doctrina ha hecho objeto de esta acusación de oscuridad y confusión, lo que de paso ha permitido construir las más diversas y a veces arbitrarias interpretaciones.

fas (art. 4, párrafo 3.º), que excluyen la posibilidad de mutuas de reparto. Y concluye que las mutuas son mercantiles no sólo porque operan a prima fija, sino también por su organización y actividad.

El profesor GARRIGUES, que en las ediciones de su *Curso de Derecho mercantil* anteriores a 1962 continuaba excluyendo la mercantilidad de las mutuas, se incorporará más recientemente a la «tesis mercantilista» (36). En lo que parece ser mero planteamiento teórico, afirma que «la doctrina niega a la asociación de seguros mutuos el carácter de comerciante pensando en que la finalidad de lucro, que es característica del comerciante, falta en las mutualidades. Se proponen tan sólo ofrecer un servicio... La Ley española de 1954 exige que la operación de seguro no sea objeto de industria para la colectividad aseguradora...» (37).

Pero cuando comenta el Derecho positivo parece rechazar aquel planteamiento. Empieza diciendo también que las «características de estas asociaciones... están bastante desdibujadas... porque la ley... pretendió mejorar, sin conseguirlo, las confusas disposiciones del Reglamento de 1912» (38). Al enumerar el autor las notas características de las mutuas parece incurrir en lo que, en nuestra opinión, dentro del sistema de delimitación de la mercantilidad de nuestro Código de Comercio, es una contradicción, cuando afirma su carácter mercantil y, al propio tiempo, que sus operaciones no pueden ser objeto de industria (características 3.^a y 4.^a). Y concluye diciendo que «el carácter mercantil de estas asociaciones se deriva del hecho de que funcionan en régimen de primas fijas y no de reparto, ni anterior ni posterior a la realización del siniestro... Por otro lado, sabemos que el elemento de lucro ha dejado de ser característico de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada... Lo que ocurre es que el objeto social de la entidad no consiste en la obtención de lucro...» (39).

También el profesor BROSETA mantiene la tesis (a nuestro entender, contradictoria) de que la Ley de 1954 impone a las mutuas el funcionamiento a prima fija y excluye de ellas, sin embargo, la finalidad lucrativa. Por lo que afirma que son «verdaderas sociedades y empresarios mercan-

(36) GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., págs. 27 y sigs. Sin embargo, como ya hemos advertido en nota 32 *in fine*, en la sexta y última edición de su *Curso*, revisada por SÁNCHEZ CALERO, suprime el planteamiento del problema de la naturaleza jurídica civil o mercantil de las mutuas (ver. pág. 261). ¿Puede pensarse que se halla, al menos, en crisis la tesis mercantilista en los autores que con más ardor la han defendido? Creemos legítimo deducir una contestación afirmativa a esta inquietante pregunta.

(37) *Contrato de seguro terrestre*, cit., págs. 30-31.

(38) *Ob. cit.*, pág. 32.

(39) *Ob. cit.*, pág. 33.

tiles (art. 124)..., cuyos contratos de seguros son igualmente de naturaleza mercantil y no civil (art. 380 del Código civil)» (40).

DEL CAÑO ESCUDERO (41) recuerda la obligación de todas las entidades aseguradoras de presentar «las bases técnicas, tarifas, pólizas y contratos que se propongan utilizar en sus operaciones» (art. 4 de la ley), y «que si se comprueba que las tarifas, tablas de mortalidad y demás bases de cálculo carecen de garantía suficiente para el cumplimiento de las obligaciones contraídas», se denegará la autorización (art. 10, apartado 4.º). «Todo esto viene a demostrar—concluye—que las mutualidades han de operar a prima fija (si se produjesen excedentes a fin de ejercicio *podrán devolverlos a los mutualistas*) y, por tanto, que son sociedades mercantiles...»

La doctrina de este autor se hace aún más insostenible, en nuestra opinión, cuando afirma que «el problema de la responsabilidad es distinto al de la forma en que los mutualistas han de realizar sus aportaciones. La mutua puede ser a prima fija, y la responsabilidad de los mutualistas ser superior a la prima. En estos casos, la prima es fija, su cuantía se deriva de lo convenido en el contrato de seguro y se paga por adelantado; el hecho de que se pueda pedir una derrama pasiva no altera la prima del contrato de seguro, que permanece invariable; en cambio, la derrama se deriva del contrato de sociedad y es consecuencia del resultado del ejercicio» (42).

Esta construcción es verdaderamente artificiosa, al intentar escamotear la realidad jurídica con la distinción entre un contrato de seguro a prima fija y un contrato de sociedad con fines lucrativos que no se apoya en ninguna disposición legal, y que es rechazada por la doctrina italiana, a pesar de la remisión legal al contrato de seguro. Afirmamos, por el contrario, que el mutualista es asociado y asegurado en virtud de un único negocio jurídico y de una sola prestación (la cuota), que es necesariamente variable, aunque según las normas legales debe ser, al menos, suficiente para cubrir los riesgos. Que la mutua no es una sociedad y, por tanto, no hay en ella beneficio social, sino solamente «excedente» de ejercicio, que debe ser restituido al final del mismo a los mutualistas para evitar los problemas de su distribución (que estudia a continuación DEL CAÑO), puesto que, en definitiva, tal excedente es debido a «excesos de percepción» cobrados por adelantado a los mutualistas.

Queremos destacar que para estos autores «primas fijas» no es un

(40) BROSETA PONT, M., *Manual*, 2.ª ed., cit., págs. 328-329.

(41) DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho español de seguros*, 2.ª ed., Madrid, 1974, págs. 54 y sigs.

(42) *Ob. cit.*, págs. 79-80.

concepto idéntico a «tarifas fijas, técnicas o predeterminadas», sino que equivale a «precio» inmodificable, especulativo, contraprestación sinallagmática de un contrato bilateral de seguro. Con lo que se admite que a pesar de no perseguir una finalidad de lucro (como se reconoce en la frase del primer párrafo transcrito de DEL CAÑO intercalada entre paréntesis), la mera explotación técnica del seguro convierte a las mutuas en sociedades y, además, precisamente en sociedades mercantiles. En nuestra opinión, aquí se produce una tergiversación del artículo 124 del Código, cuando se refiere a operar con «primas fijas» en el sentido de explotación lucrativa o especulativa del seguro (43).

Más recientemente, el profesor ILLESCAS se une a la tesis mercantilista al relativizar la contraposición en cuanto a calificación jurídica entre seguro mutuo (que sólo «inicialmente» fue civil) y el seguro de

(43) La expresión «prima fija» había sido correctamente interpretada hasta que LANGLE pretende que no es correcta diciendo que algunos autores entienden que el precepto se refiere a «primas predeterminadas». Sin que veamos con claridad la diferencia conceptual entre ambas expresiones. Prima fija—o predeterminada o inmodificable—es la prestación que recibe el asegurador en el seguro lucrativo. Prima variable (con cuotas o tarifas a cuenta fijas) es la propia del seguro mutuo, sin que pueda admitirse la distinción entre mutualismo puro e «impuro» (o de gestión técnica) por conducir a conclusiones erróneas sobre su pretendida distinta naturaleza jurídica.

El concepto de prima fija es correctamente entendido por BENÍTEZ DE LUGO (*ob. cit.*, v. IV, pág. 184) cuando dice: «Es lo cierto que en la actualidad existen múltiples mutuas que conciertan sus seguros «a prima fija» por medio de póliza, lo que, lógicamente y en normal desarrollo de su cartera, les produce beneficios. Además estos asegurados se limitan a firmar la póliza y contraen las obligaciones que les impone la misma, si bien suponemos que conforme a los Estatutos sociales asumen el carácter de aseguradores frente al resto de los mutualistas. ¿Podrán subsistir estas operaciones a la vista de la Ley de 1954? Nos inclinamos por la afirmativa, si bien estimamos debe irse a una revisión por la Dirección General de Seguros y Ahorro de los Estatutos sociales y de las pólizas hoy vigentes. Decimos esto último porque el artículo 33 del Reglamento de 1912 nos aclara exactamente qué es lo que quiere decir el legislador al exigir que no sea la operación de seguro objeto de industria para la colectividad aseguradora, al afirmar que solamente debe cobrar lo necesario para constituir las reservas precisas y para los gastos generales de administración...» Y concluye confiando en que «el futuro Reglamento (aún no promulgado) aclare la cuestión, regulando los requisitos que han de cumplir las mutualidades que operen a prima fija...» Por último, observemos que si el Código civil italiano admite el funcionamiento de las mutuas con cuotas («contributti») fijas o variables (art. 2.546) dentro del límite máximo de responsabilidad determinado en la escritura de constitución, es precisamente porque, como ha puesto de relieve importante doctrina (ver notas 3 y 13), el legislador italiano ha «desnaturalizado» en parte a las mutuas, como las cooperativas, admitiendo la obtención, siquiera sea limitada, de beneficios sociales repartibles (arts. 2.548, que admite la presencia de «socios» no asegurados—«soci sovventori»—, y art. 2.518, apartado 9, que exige mencionar en los estatutos el porcentaje máximo de beneficios repartibles y el destino a dar al resto).

Sobre el concepto de prima fija ver, en especial, la doctrina francesa citada en nota 3.

grupo, que es mercantil, en base al artículo 2, y a consistir en una «actividad externa» (o especulativa, podríamos añadir) del empresario de seguros (44).

1.3.4.2. Razones para la calificación civil de las mutuas de seguros

No compartimos, en suma, esta interpretación o tesis mercantilista. El funcionamiento *financiero, técnico y contable* de las mutuas establecido en la Ley de Seguro Privado (tarifas fijas, depósito, reservas, etc.) no supone forzosamente la imposición de primas fijas. La entidad debe someter a aprobación previa las tarifas, al igual que las sociedades anónimas, con el fin de asegurar—si se nos permite el retruécano—una gestión «segura» de la actividad aseguradora, de acuerdo con los cálculos actuariales. Mas ello no impide que el posible excedente que resulte de cada ejercicio, una vez cubiertas las indemnizaciones por siniestros ocurridos en el mismo y las asignaciones a reservas obligatorias, pueda ser retornado o «extornado» a los mutualistas, bien directamente, al final de cada ejercicio, o bien indirectamente, mediante la reducción de las tarifas presentadas a aprobación administrativa en sucesivos ejercicios. A este reparto anual no se opone la necesidad de capitalización de la mutua, que queda suficientemente atendida con las tarifas pagadas anticipadamente para cada ejercicio, con las reservas de previsión de riesgos futuros y con las reservas matemáticas en el seguro de vida, que, como es sabido, no constituye una reserva o fondo social, sino una reserva o cuenta de cada asegurado o, en las mutuas, de cada mutualista.

Esta es la práctica de todas las mutuas de seguros, práctica que hay que reconocer como legal, pues de lo contrario la inspección de seguros la sancionaría e impediría. Por otro lado, la propia legislación, en los casos en que establece tarifas generales obligatorias para todas las entidades aseguradoras, se preocupa de hacer la oportuna aclaración en cuanto a su significado para las mutuas de seguros. Así, en el caso del Seguro Obligatorio de Automóviles, el artículo 8 del Reglamento, aprobado por Decreto 3787/1965, de 19 de noviembre, en relación con el Decreto 1199/1965, de 6 de mayo, en la letra *ch*), que lo modifica, hace la siguiente aclaración:

«La tarifa será única en cuanto a la prima de riesgo y obligatoria para todos los aseguradores, sin perjuicio del margen de competencia que se establezca y de las derramas y extornos que puedan acordarse en el seno de las sociedades mutuas.»

(44) ILLESCAS ORTIZ, R., *El seguro colectivo o de grupo*, Sevilla, 1975, páginas 28-29.

1.3.5. *Implicaciones de la crítica a la «tesis mercantilista» sobre las mutuas*

El tema de la naturaleza jurídica de las mutuas tiene evidente interés desde un doble punto de vista.

Desde el punto de vista técnico-jurídico es claro que hemos de afirmar que *las mutuas de seguros, para ser verdaderas mutuas, no pueden operar a prima fija, en el sentido al que se refieren los artículos 124 y 380 del Código de Comercio*. O sea, ejerciendo su actividad como una «industria»—según dice el artículo 12 de la Ley de Seguro Privado—, asumiendo un riesgo de pérdidas, pero realizando un beneficio en la intermediación de la actividad aseguradora. No se ve de qué forma podría distribuirse o asignarse este posible beneficio si no es mediante el reparto de «extornos» o, con expresión más próxima a las cooperativas, «retornos» de los «excesos de percepción» cobrados a los asociados. En conclusión, las mutuas, que, como decimos, *necesariamente trabajan a prima variable*, es claro que en ningún caso *de lege lata* pueden ser calificadas como mercantiles. La conclusión no nos agrada, como tampoco hemos aprobado nunca la exclusión de las cooperativas del Derecho mercantil. Pero es evidente que para cambiar esta situación ha de intervenir el legislador derogando el artículo 124.

Tan sólo en materia de contabilidad, el artículo 18 de la Ley de Seguro Privado somete a las mutuas a la obligación de llevar los libros exigidos por el Código de Comercio. Pero esta obligación no creemos que baste a transformar la mutua en empresario mercantil, sometiéndola, por ejemplo, en caso de incumplimiento del deber de contabilidad, al régimen de la quiebra fraudulenta (45). Al igual que opinábamos antes de la Ley de Cooperativas de 1974 respecto de la misma obligación impuesta a las cooperativas de crédito por las Ordenes del Ministerio de Hacienda de 27 de diciembre de 1967 y 14 de junio de 1968 (46).

(45) El argumento es invocado por SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, 4.ª edición, cit., pág. 132.

(46) El artículo 10 de la Orden de 7 de diciembre de 1967 establece: «la contabilidad de las Cooperativas de Crédito se llevará a cabo con sujeción a las prescripciones del Código de Comercio, y se acomodará, en su estructura, a las normas o instrucciones que en cada caso se establezcan». El mismo artículo de la Orden de 14 de junio de 1968 sobre Cajas Rurales hacía la precisión de que «... se llevará con sujeción a lo dispuesto en la Ley de Cooperación y a las prescripciones del Código de Comercio».

Al publicarse estas Ordenes se podía preguntar si esta remisión al Código de Comercio comportaba la aplicación de todo el régimen jurídico privado de la contabilidad mercantil, o sea, las normas relativas a la especialidad de la prueba (antiguo art. 48) o al sometimiento a la quiebra y quiebra fraudulenta. La res-

El mismo alcance atribuimos a la inscripción prevista en el artículo 16, apartado 5.º, del Código de Comercio, modificado por Ley de 21 de julio de 1973. Esta inscripción ya estaba prevista en disposiciones legales anteriores para personas físicas y jurídicas que no eran comerciantes, y—a diferencia del Derecho alemán—por sí misma no puede transformar el estatuto jurídico de la entidad inscrita. Así ocurría cuando una persona jurídica cualquiera emitía obligaciones de acuerdo con la Ley de 24 de diciembre de 1964, o cuando formaba parte de una sociedad de empresas, en base a la Ley de 28 de diciembre de 1963, un agricultor o un artesano.

El estatuto jurídico de empresario mercantil, según nuestro Código de Comercio, no se adquiere por la inscripción (a diferencia de lo que ocurre en algunos casos en Derecho alemán), sino que nace en virtud de hechos exteriores al Registro reconocidos en la ley: actividad profesional, industrial o comercial realizada por personas físicas con la capacidad de obrar del artículo 4 del Código de Comercio (y salvo la problemática excepción del art. 5 del mismo) y por sociedades personalistas, y forma o tipo social adoptado en el caso de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada (47).

La inscripción de quienes no son empresarios mercantiles no atribuye, pues, ni el estatuto de comerciante ni los efectos de publicidad material, legitimación, etc., sino sólo una mera publicidad formal.

La infracción de la obligación de inscripción, en tal caso, como en el caso anterior de la obligación de llevanza de libros de comercio, sólo sería, en principio, la imposibilidad de inscribir los actos jurídicos admitidos excepcionalmente a inscripción en el Registro Mercantil por leyes especiales (por ejemplo, la emisión de obligaciones, regida por la Ley de 24 de diciembre de 1964) y posibles sanciones administrativas.

Otra consecuencia necesaria de nuestra tesis de que la mutua no es sociedad mercantil se refiere al régimen de su nacimiento como persona jurídica. Ciertamente, como apunta DEL CAÑO, la mutua existe o debe

puesta entonces debía ser negativa, dado el rango normativo de estas disposiciones.

Ahora, tras la reforma del régimen de la contabilidad mercantil por Ley de 21 de julio de 1973, el sometimiento al mismo debemos verlo con mayor amplitud, sobre todo por lo que se refiere a los principios de la contabilidad: claridad, exactitud, veracidad, y su corolario, la responsabilidad. Con la extensión de la quiebra a las cooperativas producida en la Ley de cooperativas de 1974 (apartado 2.4), cabe concluir que la inobservancia de la obligación de contabilidad de acuerdo con el Código podrá determinar la calificación de quiebra culpable o fraudulenta, según los casos.

(47) El argumento de la posible inscripción de la mutua en el Registro mercantil es defendido por el Profesor SÁNCHEZ CALERO en relación con las cooperativas (*Instituciones*, 4.ª ed., pág. 132). Analizamos críticamente este argumento en el siguiente epígrafe del trabajo.

existir como persona jurídica *antes* de solicitar autorización del Ministerio de Hacienda para iniciar su actividad aseguradora (48). Pero si la mutua no es una sociedad mercantil, es inadecuado afirmar, como hacen los autores citados, que para su constitución es necesario el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil (49). El Reglamento del Registro Mercantil (que, por otro lado, en tantas ocasiones ha intentado dar una especie de «interpretación auténtica» del Código de Comercio guiado por prejuicios o tesis doctrinales), en su artículo 84, 3.º, prevé la inscripción en el Registro de las mutuas «cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se conviertan en sociedades a prima fija». Pero, como hemos dicho, tales mutuas no existen más que como un fenómeno jurídico patológico. O sea, que el artículo 84, 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil constituye estricta aplicación del artículo 124 del Código de Comercio.

Para la constitución de las mutuas no es necesaria, pues, la inscripción en el Registro Mercantil. ¿Será necesaria su inscripción en el Registro de Asociaciones del correspondiente Gobierno civil? En nuestra opinión, correctamente interpretada la Ley de Asociaciones de 1964, sólo tiene como destinatarias a las asociaciones de interés público cuyos fines sean culturales, religiosos, recreativos, científicos o ideológicos. Las mutuas de seguros, en nuestra opinión, son «asociaciones de interés particular» y, de acuerdo con el artículo 36 del Código civil, se rigen por las normas de las sociedades. Como ya hemos visto que no son sociedades mercantiles, habremos de acudir a las normas de la sociedad civil. Pues bien, según el Código civil, la personalidad jurídica nace en todas las sociedades civiles con tal que se manifiesten como tales a los terceros (cfr. a. c. s. el art. 1.669) y sin ningún requisito, ni siquiera el de escritura pública, a no ser que se aporten bienes inmuebles (art. 1.667). Cuestión distinta es que a los efectos de solicitud de autorización para el ejercicio de su actividad deba acreditar fehacientemente su constitución, para lo cual o bien se constituirá en escritura pública o bien se

(48) DEL CAÑO, *ob. cit.*, pág. 76.

(49) CARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, cit., pág. 33, donde dice: «las mutualidades gozan de personalidad jurídica una vez inscrita en el Registro mercantil su escritura de constitución (art. 116 del Código de Comercio, art. 5.º de la Ley de 17 de julio de 1951 y art. 5.º de la Ley de 17 de julio de 1953)». No se comprende, en realidad, la invocación de estos textos legales en relación con las mutuas.

SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones*, cit., pág. 260): «Ha de otorgarse escritura o inscribirse en el Registro mercantil. Pero para poder actuar lícitamente ha de obtener la autorización administrativa pertinente e inscribirse también en el Registro especial de los empresarios de seguros del Ministerio de Hacienda» (ver artículos 85 del RRM y arts. 4 y 16 de la LSP). Ver también BROSETA, *Manual*, citado, pág. 329, y DEL CAÑO, *ob. cit.*, pág. 76.

protocolizará el contrato o documento privado de su constitución, así como sus Estatutos.

Otra consecuencia necesaria de la tesis que defendemos es la de que los contratos estipulados por las mutuas de seguros con sus socios—sin entrar ahora en si puede o no distinguirse un doble contrato, asociativo y de seguro—no son mercantiles, sino civiles. En efecto, el artículo 380 del Código de Comercio establece:

«Será mercantil el contrato de seguro si fuere comerciante el asegurador y el contrato a prima fija, o sea, cuando el asegurado satisfaga una cuota única o constante como precio o retribución del seguro.»

Tal como hemos demostrado, las mutuas no son empresarios mercantiles precisamente porque tampoco operan a prima fija. Las «derramas pasivas» y «extornos de excedentes» hacen que las «tarifas» que aplican sean mera «cuota a cuenta». Las imprecisiones del Reglamento de 1912 no pueden desvirtuar este rasgo esencial de las mutuas. Por tanto, en la medida en que sus contratos no pueden ser especulativos, no son mercantiles (50).

(50) La Sentencia del Tribunal Económico Administrativo de 10 de octubre de 1951 (que, citada por el Profesor GARRIGUES en su *Contrato de seguro terrestre*, cit., pág. 52, no hemos encontrado recogida en el *Rep. Aranzadi*) entiende que el artículo 380 del Código se refiere a prima fija en el sentido de «cuota única o constante». La Sentencia del T. S., Sala 4.ª, de 20 de septiembre de 1963 (artículo 3.968) aparece invocada también por GARRIGUES para destacar como característica de la mutua la «exclusión del ánimo de lucro, no incompatible con la aplicación de las reglas técnicas actuariales».

Pero, en realidad, como advierte el eminente Profesor, la Sentencia se refiere a una Mutualidad o Montepío libre, que no hay que confundir con las mutuas de seguros de naturaleza privada. En efecto, en esta Sentencia se resolvió el siguiente asunto: La Dirección General de Previsión del Ministerio de Trabajo aprobó los Estatutos de la Mutua Nacional de Previsión del Riesgo Marítimo por Resolución de 20 de mayo de 1944, y por nueva Resolución de 17 de enero de 1960 aprobó determinadas reformas en aquellos. El Sindicato de Seguro impugna esta segunda resolución por entender que desnaturaliza el carácter benéfico-social que debe revestir la Mutualidad.

En el segundo considerando el T. S. estima que «al analizar la raíz común de los ataques a los diversos artículos estatutarios, objeto de la presente impugnación, aparece el rechazo del carácter mutualista de las operaciones que regulan; y para ponderar la diferencia existente entre los contratos de seguro civil y mercantil, objeto, el primero, del artículo 1.791 y concordantes del Código civil y el segundo del artículo 380 del Código de Comercio, en relación con la Ley de 16 de diciembre de 1954, de una parte, y de otra, con las actividades mutualistas protegidas por la Ley de 6 de diciembre de 1941 y su Reglamento (es decir, no las mutuas privadas reguladas en la LSP), son de aceptar para éstas los rasgos señalados por el recurrente de vinculación limitativa y mutualista, tipificada en alguna característica de los asociados y de exclusión del ánimo de lucro, no incompatible con la aplicación de las reglas técnicas empresariales (¡he ahí la frase destacada por la doctrina!); pero sin rechazar el prin-

Desde *un segundo punto de vista, el ideológico*, el tema nos preocupa mucho más. El objetivo social de las mutuas, como es obvio, es suprimir al intermediario en la mutualidad económica en que consiste el seguro, adecuando el Derecho a las verdaderas realidades de la vida. O sea, las mutuas aspiran a hacer una competencia «ruinosa» a las compañías de seguros (51), y en este sentido debe afirmarse su íntima pertenencia al movimiento o al «sector» cooperativo. Pues bien, si «doctrinalmente» se extiende la convicción de que las mutuas tienen que trabajar a prima fija, ello quiere decir tanto como que en caso de obtenerse excedentes no pueden o, si se prefiere, no están obligadas a redistribuirlos y, en consecuencia, no pueden ofrecer a sus socios ninguna ventaja con res-

cipio de una prudente limitación de las prestaciones, ha de ligarse aquélla al respeto de la finalidad mutualista y no a la fijación numérica del importe pecuniario de las prestaciones, imposible de determinar de un modo rígido, apriorístico e indefinido...» Por lo cual no prospera el recurso en cuanto al artículo 34 de los Estatutos.

Por el contrario, el considerando cuarto admite la impugnación del nuevo artículo 9.º de los Estatutos en cuanto que «amplía sin base legal alguna el preciso ámbito de acción de la Mutua en punto a las embarcaciones asegurables que según la Ley de 18 de octubre de 1941 son sólo las de las listas tercera y cuarta de la inscripción marítima y no las de la lista quinta, que se refiere a las «embarcaciones de recreo» *ajenas por su finalidad y característica al profesionalismo naval que cualifica el nexo mutualista para el que se creó la Mutua*».

También se admitía la impugnación de los artículos que preveían el reaseguro de los riesgos asumidos por las Mutuas Locales a cargo de la Mutua Nacional, por infringir el artículo 43 del Reglamento de Mutualidades de 1943 que reserva a las Federaciones de Montepíos y Mutualidades el reaseguro de los riesgos asumidos por las entidades federadas.

Como vemos, la Sentencia analizada no tiene ninguna aplicación al tema de la mercantilidad del seguro mutuo. En ella se contraponen el seguro privado, civil o mercantil, a la seguridad social o «benéfica» en la que participa el Estado con su aportación financiera, que justifica su mayor control sobre ellas. De ella sólo puede desprenderse que la técnica de gestión asegurativa empresarial, con reglas técnicas actuariales, *no prejuzga para nada la naturaleza jurídica de la relación surgida entre asegurador y asegurado*, que es precisamente lo que venimos afirmando insistentemente.

(51) Probablemente el Profesor GARRIGUES sobrevalora la aproximación por él destacada entre las dos formas de explotación del seguro, mutua y lucrativa, por el hecho de que las mutuas trabajan a prima fija y las sociedades de seguros a veces (muy pocas) dan participación en los beneficios a sus asegurados (ver *Contrato de seguro terrestre*, cit., págs. 29-30). En igual sentido, también DONATI, *ob. cit.*, págs. 205 y 206. En nuestra opinión, la relativa postergación de las mutuas se debe a muy diversas causas, entre las que destacan la expansión de la seguridad social y la política estatal que tiende a favorecer a las compañías de seguros. Ver, como botón de muestra, la política fiscal, nota 51 bis. Sólo así se explica que no se haya cumplido el vaticinio de VIVANTE de que las mutuas sustituirán a las sociedades lucrativas (*Trattato*, cit., pág. 411).

Sobre los antecedentes del movimiento mutualista, como asociación de consumidores o asegurados, ver MANES, *ob. cit.*, págs. 173 y sigs; DONATI, *ob. cit.*, páginas 55 y sigs. y 205, que sitúa la aparición de las verdaderas mutuas de seguros, a diferencia de las primitivas, en oposición a la sociedad anónima de seguros.

pecto a los aseguradores capitalistas. Tanto da, en definitiva, asegurarse en una mutua como en una compañía. El significado anticapitalista de las mutuas queda diluido.

Si la doctrina mercantilista condujera a estas consecuencias prácticas—extremo que nos resistimos a creer—es evidente que no podría calificarse, aquí como en otros puntos, como una doctrina socialmente progresista. Por el contrario, la esencia de la mutua como institución anticapitalista debe ser puesta de relieve, a pesar de que una parte importante de los riesgos que en siglos anteriores fueron objeto de su actividad asegurativa hayan pasado a estar cubiertos por la seguridad social o pública. Pero es evidente que los actuales anhelos de un mayor bienestar han ampliado los deseos de seguridad y han hecho aparecer en el «mercado» del seguro privado una serie de riesgos que son el campo natural de expansión de las mutuas (seguro de vida, seguro de automóviles, seguro de riesgos del hogar, seguro de vacaciones, seguro de estudios, etc.).

Es obvio, por lo demás, que si queremos propiciar una alternativa democrática y socialista frente al neocapitalismo, debemos dinamizar las instituciones privadas anticapitalistas, que sustituyan, en un proceso inverso al que ha caracterizado al capitalismo, las relaciones o contratos de cambio por relaciones asociativas, y que colaboren en un frente común con las instituciones públicas en una transformación pacífica del sistema. Esta era la idea, formulada por FAUQUET, de un «sector cooperativo», que apoyándose mutuamente en el «sector público» podría hacer frente al «sector capitalista» (51 bis).

No ocultamos que la tesis que defendemos en el campo del Derecho privado está llena de consecuencias o implicaciones políticas—o, si se prefiere, de política legislativa—. Si las mutuas no operan a prima fija (sino con tarifas fijas o técnicas) es que no son sociedades, no obtienen un beneficio social de ejercicio repartible y no distribuyen dividendos con cargo a tales beneficios. Consecuencia de ello también es que, como hemos demostrado, de acuerdo con nuestro Derecho positivo, no son sociedades mercantiles.

Por último, si es cierto que no realizan un beneficio social, es técnicamente incorrecto someterlas al Impuesto sobre la Renta de Sociedades y otras Personas Jurídicas. Máxime si para ello se incurre en el absurdo procedimiento de tomar como base imponible no la presunta «renta», sino el conjunto de «primas» recaudadas, o sea, lo que serían los «ingre-

(51 bis). FAUQUET, G., «Le secteur coopératif» y «Regards sur le mouvement coopératif», en *Oeuvres*, Ed. de l'Institut d'Etudes Coopératives, París, 1965, páginas 33 y sigs.

sos brutos» de una sociedad normal. En efecto, el artículo 52 del Texto Refundido de este Impuesto establece (51 ter):

«Los tipos de exacción sobre las primas de los seguros efectuados en España por las entidades mutuas de seguros, cualquiera que fuere su beneficio, serán los siguientes:

- a) 1,30 por 100 en los ramos de vida, accidentes, marítimos y transportes.
- b) 4,10 por 100 en el ramo de incendios y en los demás cuyo fin sea la reparación e indemnización de daños y perjuicios en las cosas o propiedades.»

Es evidente que esta norma tributaria está en clara contradicción con la naturaleza del Impuesto, ya que, según el artículo 4 del mismo Texto Refundido, «constituye el hecho imponible la existencia de *rentas o beneficios netos* obtenidos durante el período de imposición...», y va en contra del artículo 25 de la Ley General Tributaria, que en su párrafo 1.º

(51 ter) Los tratadistas de Derecho fiscal reproducen el artículo 52 del TR. del Impuesto de Sociedades sin oponerle ninguna crítica. Así, ALBIÑANA, C., *El sistema fiscal en España*, Madrid, 1974, pág. 470; SOTO GUINDA, J., *Tributación de las sociedades en España*, Madrid, 1.ª ed., 1970, pág. 274.

YABAR STERLING, M.ª T., y GATOÓ DE ECHARRI, J., «Impuesto de sociedades sobre primas de seguros», *Crónica Tributaria*, núm. 7/1974, págs. 189 y sigs., someten a crítica la Sentencia del T. S. de 16 de junio de 1973 por calificar el seguro obligatorio de automóviles como seguro de personas; y estiman que lo correcto según la Ley era someter las mutuas dedicadas a este seguro al tipo del 4,10 por 100 sobre el volumen de primas. Pero no apuntan ninguna crítica al contenido y estructura jurídica del precepto, ni les preocupa la trascendencia económico-social de su—correcta—aplicación. No en balde los autores son diplomados de Impuestos.

Tampoco, al estudiar el tema de la exención de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo (su diferenciación de las mutuas privadas en nota 27), se hace la menor crítica a la tributación normal (no exenta) de las mutuas. Ver ANDRÉS MOMBIEDRO, R., «La tributación de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo por el Impuesto de Sociedades», *Crónica Tributaria*, núm. 13/1975, páginas 231 y sigs.: El T. S., Sala 3.ª, en Sentencia de 15 de febrero de 1971 declaró exigible el impuesto a estas «Mutuas» gestoras de la Seguridad Social al no venir reconocida su exención en el artículo 10 del Texto Refundido del Impuesto. Pero el T. R. de la Ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 (*Boletín Oficial del Estado* de 20 de julio) declara subsistente la exención, lo que confirman las SS. del T. S. de 15 y 16 de abril de 1975. Naturalmente, la «exención» es debida a los fines públicos propios de la Seguridad Social y presupone el sometimiento al impuesto, o sea, el hecho imponible.

Por último, FERNÁNDEZ JUNQUERA, M., *La tributación del seguro privado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1975, págs. 61-63, critica el régimen de aplicación del Impuesto sobre Renta de Sociedades por su «falta de sistemática» y por quebrantar los principios de generalidad tributaria y de capacidad contributiva, tanto en la diferencia de trato con las compañías de seguros como en la que se observa entre las dos categorías de mutuas, pero estima que la determinación de cuál de los dos sistemas es más favorable resultará de la comparación

dice que «el Impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible». Por otro lado, bajo la apariencia de una aplicación del principio de igualdad de las empresas de seguros ante la Ley Tributaria, en realidad lo que hace es gravar el coste del seguro mutuo, haciéndolo inicialmente más «caro» que el seguro ofrecido por las compañías capitalistas. Es, en suma, un freno que el Estado capitalista—en España, como en otros países—opone a la expansión del seguro mutuo en beneficio del seguro lucrativo, que se añade a las repetidamente denunciadas deficiencias de la gestión de las mutuas por parte de los juristas próximos a las compañías aseguradoras.

Así se comprende, en el fondo, que la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a) de 16 de junio de 1973 fuerce la naturaleza del Seguro Obligatorio de Automóviles, afirmando, con evidente incorrección, que se trata de un seguro de personas, de abstracta cobertura de necesidad, como el de vida, con el fin de someter a la Mutualidad de Autotransporte al tipo del 1,30 por 100 (art. 52, apartado *a*), del Texto Refundido), y no del 4,10 por 100 (art. 52, apartado *b*), del Texto Refundido), sobre el volumen de primas recaudadas, pues lo cierto es que de aplicarse este segundo tipo, con un mayor respeto a la norma tributaria, se habría infligido un fuerte golpe a las mutuas dedicadas a la previsión de estos riesgos.

Por otro lado, si no se descarta que la mutua de seguros sea una sociedad que puede obtener «beneficio», parece que la Hacienda Pública podrá someter al Impuesto sobre Rentas del Capital los «extornos» que se acuerde devolver a los socios, en caso de producirse excedentes entre el volumen de «primas» y el de indemnizaciones. Ver Texto Refundido de este Impuesto, artículo 3, apartado A), que se refiere a «dividendos y participaciones de sociedades, de asociaciones que obtengan lucro...», en relación con el artículo 13, 1.º, teniendo en cuenta que no existe prevista ninguna exención (no le es aplicable la concedida para las cooperativas fiscalmente protegidas y «entidades equiparadas a las mismas», artículo 6, 5.º).

Una inmediata supresión de este injusto y absurdo régimen tributario, junto a una política de fomento al seguro mutuo, parece que deben formar parte de un programa político progresista, que aspire a suprimir en lo posible las fuentes de producción de plusvalía y de más intolerable explotación de los consumidores. Junto a ello, el futuro régimen legal de las mutuas debe respetar la naturaleza de éstas y los intereses de los asegurados.

de la relación primas-beneficio. Y postula que deban someterse al mismo gravamen las sociedades anónimas y las mutuas, *puesto que ambas obtienen beneficios*.

2. LA CALIFICACION DE LA COOPERATIVA SEGUN LA NUEVA LEY DE COOPERATIVAS DE 19 DE DICIEMBRE DE 1974

2.1. DESATENCIÓN DEL LEGISLADOR A ESTE IMPORTANTE TEMA

Teniendo en cuenta la polémica doctrinal en torno a la calificación de la cooperativa, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*, podía esperarse del legislador de 1974 una solución clara y tajante al problema, decidiéndose por su sometimiento o exclusión del estatuto de empresario mercantil. Como veremos, ello no ha sido así. El tema puede tratarse en relación con tres pasajes de la ley: en la definición del concepto de cooperativa, en la inscripción de la cooperativa en el Registro Mercantil y en su sometimiento a la quiebra y suspensión de pagos (arts. 1, 41 y 46, párrafo 6.º, respectivamente, de la ley).

2.2. EL CONCEPTO LEGAL DE COOPERATIVA

El artículo 1 de la nueva Ley de Cooperativas dice:

«Es cooperativa aquella sociedad que sometiéndose a los principios y disposiciones de esta ley realiza, en régimen de empresa común, cualquier actividad economicosocial lícita para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros y al servicio de éstos y de la comunidad.»

Esta definición, a la que se llegó tras un largo debate en la Comisión de Trabajo de las Cortes, nos da un concepto de la cooperativa bastante oscuro, que no ha alterado sustancialmente la definición del Proyecto, cuyo artículo 1 decía así:

«Es cooperativa aquella sociedad de personas naturales o jurídicas que se somete a los principios y disposiciones de esta ley para realizar, en régimen de empresa en común, al servicio de sus miembros y de la comunidad nacional, cualquier actividad económica lícita.»

Pero en realidad la ponencia había suprimido algunas expresiones, muchas de las cuales fueron reincorporadas al texto ante las reiteradas intervenciones de algunos Procuradores miembros de la Comisión de Trabajo. Por ejemplo, la expresión «de personas naturales y jurídicas», que

había sido suprimida; la de «al servicio de sus miembros», y la de que la «actividad económica» ha de ser sustituida por «economicosocial» y será «lícita» (52).

De nuevo, como ocurría en la Ley de 1942, la sumisión a los «principios y disposiciones de esta ley» expresa la impotencia del legislador para extraer de su regulación positiva las notas esenciales del concepto. Es más, la desaparición en el Proyecto del Gobierno de la expresión «sin ánimo de lucro», que figuraba en la Ley de 1942 (en el sentido del lucro propio de la intermediación, como precisaba el Reglamento de 1943), no creemos que haya sido un acierto. Porque esta expresión, al menos, suponía cierta precisión jurídica, que, sin embargo, la doctrina jurídica se había negado a utilizar en la construcción del concepto doctrinal de la cooperativa. En nuestra opinión, dicha expresión comportaba en sí misma el reconocimiento de que la cooperativa no era sociedad, pues no se constituía para obtener un lucro o beneficio social repartible entre sus socios, sino sólo para desarrollar una actividad al servicio de éstos. Sin perjuicio de la ausencia de ánimo de lucro de la cooperativa, en los socios sí que existía un ánimo de lucro (o de ahorro), que es lo que diferenciaba a las cooperativas, como a las mutuas, de las asociaciones de interés público (las reguladas por la Ley de 24 de diciembre de 1964). Las intervenciones de diversos miembros de la Comisión de Trabajo no bastaron para lograr la suficiente mayoría y ni siquiera se llegó a someter a votación la inclusión de la expresión «sin ánimo de lucro» o «sin ánimo de especulación», como en la segunda sesión de intervenciones preferían algunos Procuradores (53).

Así, la señorita doña MÓNICA PLAZA advertía, en relación con la definición, que «algunos de los caracteres que señala el artículo 2 creo que si estuviera aquí cualquier Presidente de Consejo de Administración de Banco diría que también eso lo llevan ellos a cabo. Creo que hacemos un favor al pueblo, que es el que más va a contribuir y beneficiarse de las cooperativas, si establecemos claramente alguna referencia a este lucro, a este no perseguir el lucro» (54).

A continuación, el señor SÁNCHEZ MORENO insistió en la idea, afirmando que si «a las cooperativas les quitamos el concepto 'sin ánimo de lucro', en realidad las estamos dejando igual que una empresa capitalista» (55). Más adelante, el señor MOMBIEDRO DE LA TORRE destacaba, con

(52) Ver *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, «Diario de Sesiones de las Comisiones de Cortes», Comisión de Trabajo, 1974, *Boletín* núm. 358, págs. 25 y sigs.

(53) Ver «Diario de Sesiones» núm. 360, pág. 6.

(54) Ver «Diario de Sesiones» núm. 358, pág. 27.

(55) «Diario de Sesiones» núm. 358, pág. 29.

gran precisión, que «la sociedad mercantil busca un lucro para ella y, en cambio, la sociedad cooperativa busca el beneficio para el socio» (56), y fue secundado por don DOMINGO SOLÍS, quien afirmaba que la cooperativa «no puede reflejar un beneficio en su contabilidad», afirmando, sin duda equivocadamente, que «no tenemos obligación de contribuir (fiscalmente) porque no hay beneficios» (57).

En la misma idea insistieron otros Procuradores. El señor SÁNCHEZ MORENO afirmaba que «las sociedades con ánimo de lucro son las sociedades capitalistas, son las sociedades mercantiles, son las sociedades del Código de Comercio. Si admitiéramos que las sociedades cooperativas tienen ánimo de lucro, irremisiblemente teníamos que llevarlas al Código de Comercio. No serían objeto de una ley especial, sino que tendríamos que llevarlas al Código de Comercio concretamente y hacerlas sociedades mercantiles, sociedades capitalistas, que especulan para ganar. Como en realidad una cooperativa se distingue de una sociedad mercantil, de una sociedad capitalista, en que no pretende el ánimo de lucro, sino beneficiar a los socios y a la comunidad, raramente podemos admitir que en las cooperativas haya ánimo de lucro» (58).

Otros Procuradores, sin embargo, insistieron en que las cooperativas persiguen un lucro o beneficio lícito u honesto para sus socios y advirtieron que en este punto mantener lo contrario es un tanto ingenuo (59).

(56) «Diario de Sesiones» núm. 358, pág. 34.

(57) «Diario de Sesiones» núm. 358, págs. 36 y 37. En realidad, el Estatuto fiscal del cooperativismo, aprobado por Decreto 888/1969, de 9 de mayo, reputa la existencia de un beneficio o renta en las cooperativas, sometido a Impuesto sobre la renta de sociedades y otras entidades jurídicas. Las únicas especialidades que reconoce es que, en relación con las cooperativas no protegidas fiscalmente, se califican como gastos deducibles de los ingresos brutos las cantidades pagadas a los socios por sus cosechas o trabajo (incluyendo anticipos más retornos) hasta el «valor corriente», o sea, su valor a precio de mercado, y las asignaciones a los Fondos de Reserva y de Obras Sociales (art. 14). En relación con las cooperativas fiscalmente protegidas se concede una exención durante diez años y después una bonificación del 50 por 100 de la cuota tributaria.

En definitiva, el legislador fiscal entiende que, en la parte de ingresos que superen la cantidad correspondiente a los «precios de mercado» (parece que quiere decir los «precios» que pagan los comerciantes, por ejemplo, a los agricultores), o sea, lo que ganaría como beneficio comercial de intermediación un comerciante, no es un ingreso directo de los socios, sino un ingreso social y en cuanto tal sometido al impuesto. No creemos que este régimen fiscal corresponda a la naturaleza de la cooperativa y atienda debidamente al fomento del cooperativismo.

Ver sobre el tema: DEL ARCO ALVAREZ, J. L., *Régimen fiscal del cooperativismo*, Obra Sindical de Cooperación, Madrid, 1969, págs. 140 y sigs., donde defiende la existencia de beneficio social en las cooperativas y, con ello, el régimen tributario del Estatuto de 1969. VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, págs. 579 y sigs.

(58) «Diario» núm. 358, pág. 38, e insistiendo en su segunda intervención, número 360, pág. 4.

(59) Así, lo señalan MARCO TABAR, núm. 358, pág. 33; TORO ORTÍ y ESCUDERO RUEDA.

La ponencia (señor MERINO GARCÍA) al contestar no estimó conveniente añadir la expresión «sin ánimo de lucro», porque podría hacer dudar si realizando «el beneficio lógico que se ha de producir alguien viniera a decir que se está fuera de la ley, y que no es admisible que la cooperativa tenga el beneficio del trabajo de sus socios o bien que evitar la intermediación les suponga perder un beneficio al que tienen derecho» (60). Y en su segunda intervención añade que «la inclusión de la frase 'sin ánimo de lucro, sin ánimo especulativo', casi podríamos sustituirla por 'sin ánimo de ganancia ilícita', que vendría a originar una serie de posibilidades de presiones sobre las cooperativas que iban a dificultar su funcionamiento. Era darles ocasión a los enemigos de las cooperativas para unas continuas denuncias...». Y citaba el ejemplo de la venta de un solar social que produce plusvalías (¿serían éstas lícitas?) y la dificultad que ha tenido el Tribunal Supremo para aplicar la norma legal de la exclusión del ánimo de lucro (parece referirse al art. 124 del Código de Comercio), advirtiendo que debe bastar la prohibición de que el socio especule a través de la cooperativa, prevista en el artículo 11, 3.º, d), del Proyecto (61).

Como vemos, la discusión no aportó lo que necesitaba el concepto legal de cooperativa, precisando la noción de la ausencia de ánimo de lucro o beneficio social, que la doctrina y jurisprudencia anteriores se habían esforzado en definir.

Hoy nos encontramos con que el artículo 1 sigue manteniendo la expresión «sociedad», sin ningún otro concepto que desvirtúe o modalice esta calificación.

El mantenimiento de la denominación de sociedad no fue pacífico. El señor GUTIÉRREZ RUBIO destacó que debía decirse «sociedad y empresa», tal como rezaba—y reza—la rúbrica del título I (62). El señor IBARRA LANDETE proponía sustituir «sociedad» por «empresa comunitaria», siguiendo la terminología del III Plan de Desarrollo (63); el señor ANDÚJAR RODRÍGUEZ proponía la expresión «empresa asociativa» (64); el señor ALCAÍNA CABALLERO la de «sociedad de carácter personalista y no especulativo» (65), y el señor GÓMEZ ESCOLAR, la de «asociación» (66).

La ponencia rechazó estas propuestas de modificación del término «sociedad». Desechó el término «asociación» porque en ésta hay una

(60) «Diario de Sesiones» núm. 358, pág. 40.

(61) «Diario de Sesiones» núm. 360, pág. 14.

(62) «Diario de Sesiones» núm. 358, pág. 26.

(63) «Diario de Sesiones» núm. 360, pág. 7.

(64) «Diario de Sesiones» núm. 358, pág. 39.

(65) «Diario de Sesiones» núm. 360, pág. 2.

(66) «Diario de Sesiones» núm. 360, pág. 5.

unión voluntaria para fines no lucrativos. Preciso que la «sociedad cooperativa» es «previa a la empresa» y que algunas cooperativas (por ejemplo, las de viviendas) no son empresas, pues tienen como única finalidad recoger el dinero de sus socios, invocando la tesis de la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Anónimas, donde se distingue entre «sociedad» y «empresa» (67).

Como se ve, tampoco el debate de la Comisión en torno a este punto afronta de lleno el tema de si la cooperativa es una sociedad en sentido técnico-jurídico (definida en los arts. 1.665 del Código civil y 116 del Código de Comercio), o sea, realiza un beneficio social y puede sufrir pérdidas sociales al obtener ingresos inferiores a lo pagado a los socios en concepto de «anticipos».

La falta de ideas claras en la definición se proyectará luego en el régimen económico de la cooperativa. Tal como exponemos en otro lugar (68), del régimen legal no se desprende con claridad si los «beneficios» o «pérdidas» son sociales o los obtiene o sufre directamente el patrimonio de los socios.

A favor de la primera interpretación está el hecho de que el artículo 19 de la ley permite enjugar «pérdidas de ejercicio» con cargo a reservas sociales (o, alternativamente, repercutiéndolas en los socios en proporción a sus entregas, que es tanto como permitir transformar las pérdidas de «sociales» en «individuales» de cada socio). Incluso podría aducirse el régimen fiscal, que considera la existencia de un beneficio o renta social en la cooperativa (ver nota 57).

A favor de la segunda interpretación está el concepto de «anticipo a cuenta» de la retribución final, que se considera como gasto deducible (artículo 17, 4.º), pero que parece que puede ser repetido del socio si la cooperativa se encuentra con un déficit de ejercicio (cfr. arts. 19 y 48, 5.º, en punto a «anticipos laborales»).

Ello no obstante, el análisis del régimen legal nos descubre peculiaridades que demuestran que no nos hallamos ante una verdadera sociedad: así, el principio de libre adhesión (art. 2, 1.º, apartado *a*), que se instrumenta en el artículo 9, reconociendo un verdadero derecho subjetivo a ingresar en la cooperativa, siempre que no existan causas objetivas, previstas en los Estatutos, que lo impidan. La limitación del interés que el socio puede percibir por sus aportaciones [art. 2, 1.º, apartado *d*)] y la participación del socio en los excedentes que se repartan en concepto

(67) «Diario de Sesiones» núm. 360, págs. 15-16.

(68) Ver «El régimen económico de la cooperativa en la nueva Ley de cooperativas de 16 de diciembre de 1974», que se publicará en el próximo número de la revista *Estudios Cooperativos*, editada por la AECOOP, número colectivo dedicado al estudio de la nueva Ley.

de retorno [apartado e)], que demuestra que no se produce un verdadero beneficio social, repartible entre los socios en proporción a sus aportaciones al capital social.

El concepto se completa diciendo que la cooperativa realiza una actividad economicosocial, en régimen de empresa común, para la ayuda mutua entre sus miembros y al servicio de éstos y de la comunidad. Nociones éstas extraídas del concepto de cooperativa del artículo 8 de los Estatutos de la Alianza Cooperativa Internacional, que no ayudan a perfilar mejor su naturaleza jurídica. Sabido es que los propios Estatutos de la ACI califican así a la cooperativa «cualquiera que sea su forma», es decir, reconociendo que en muchas legislaciones se la considera sociedad, en otras asociación, en algunas sociedad mercantil, etc.

La definición legal tiene la virtud, sin embargo, de destacar algunas nociones esenciales. En primer lugar, que la cooperativa no tiene por objeto (y, al propio tiempo, fin o causa) la realización de una actividad meramente económica, sino de una actividad «economicosocial». De este modo, la cooperativa puede cubrir fines asignados antes exclusivamente a las asociaciones (69).

En segundo lugar, alude al carácter mutualista cuando se refiere al «régimen de empresa en común para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros» y «al servicio de sus miembros».

Por último, es de extraordinario interés destacar que la cooperativa no es una empresa lucrativa, que tenga como fin obtener una ganancia ilimitada (tal como definió el concepto de empresa WIELAND, fijándose, sin duda, exclusivamente en la empresa capitalista). Por el contrario, la cooperativa tiene por fin o causa organizar una «economía de servicio» en el sentido que expuso FAUQUET (70). En este sentido no aspira a obtener una ganancia ilimitada, aunque sea al servicio exclusivo de sus socios, es decir, retornándoles todo el excedente obtenido en su gestión, sino que también debe desarrollar su actividad al servicio «de la comunidad».

(69) El señor NAVARRO LÓPEZ, a quien se debió esta enmienda, la explica diciendo que de este modo «se comprende cualquier cooperativa con fines culturales, recreativos o de cualquier otra clase» («Diario de Sesiones» núm. 360, página 28).

(70) La definición de FAUQUET, primer Director del Servicio de Cooperación de la OIT (citada por VIENNEY, Cl., *L'economie du secteur coopératif français*, París, 1968, pág. 2), es: «Las sociedades cooperativas son asociaciones de personas cuyos miembros persiguen la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o profesiones por medio de una empresa común gestionada por ellos mismos, por su cuenta y riesgo sobre la base de la igualdad de derechos y obligaciones.» En esta definición intentaba incluir todas las manifestaciones del Cooperativismo (de trabajadores y de pequeños empresarios), tal como teorizara en su importante libro *Le secteur coopératif*, publicado en 1935 (ver hoy, junto con otras de sus obras, publicado por el Institut d'Etudes Coopératives, París, 1965).

Con esta expresión, la ponencia sustituyó la más ambiciosa de «al servicio de la comunidad nacional» del proyecto, con el asentimiento casi unánime de los miembros de la Comisión de Trabajo de las Cortes.

O sea, que, de acuerdo con su propia definición legal, la cooperativa en ningún caso podrá imponer precios y otras condiciones onerosas a los no socios o desatender las necesidades objetivas de la comunidad, so pretexto de defender al máximo el interés egoísta de sus socios. Para evitarlo está, por un lado, el sistema de autocontrol del movimiento cooperativo, organizado, en parte, de forma autónoma y democrática en la nueva ley, y, por otro, el control administrativo exterior del Ministerio de Trabajo, el cual tiene, en el extremo, la facultad de «descalificar» a la cooperativa (art. 59 de la ley). O sea, declarar que «no es cooperativa». Será entonces ya mera sociedad, civil o mercantil, según los casos.

A partir de estos requisitos contenidos en la definición legal es forzoso llegar a la conclusión de que la cooperativa ni es una sociedad ni, mucho menos, es una sociedad mercantil. Esta conclusión se confirma cuando, apoyándonos en la remisión del artículo 1 a los «principios y disposiciones» de la ley, a los que queda sometida la cooperativa desde el momento de su constitución, desarrollamos en toda su integridad las notas o características de la cooperativa, que la alejan claramente de la sociedad, y en especial de las sociedades mercantiles.

En forma muy esquemática, tales principios y disposiciones peculiares de la Ley de Cooperativas son:

1.º *El principio de puerta abierta*, por el que cualquier interesado en los servicios de la cooperativa tiene derecho a ingresar en ella, y cualquier socio tiene derecho a salir de ella o causar baja, en las condiciones y con los requisitos establecidos, respectivamente, en los artículos 9 y 11 de la ley.

2.º *El principio mutualista*, en virtud del cual sólo pueden formar parte de la cooperativa como socios quienes participen en los servicios o actividad de aquélla (cfr. arts. 1; 2, 1.º, *d*) y *e*); 6, 4.º, etc.).

3.º *El principio democrático*, que, sin embargo, ha modificado su estricta formulación de «un hombre, un voto», permitiendo hasta un máximo de tres votos por socio, en proporción a la participación en la actividad social o a la antigüedad, pero nunca en proporción a la participación del socio en el capital social (art. 25, 1.º, de la ley).

4.º *El principio colectivista o de devolución del remanente líquido a la colectividad*, que en la nueva ley se traduce en la constitución de un Fondo de Educación y Obras Sociales inembargable por terceros e irre-

partible entre los socios, ni siquiera en la disolución de la cooperativa. Y un Fondo de Reserva afecto a la explotación y riesgo de la empresa y sólo parcialmente repartible entre los socios existentes en el momento de la disolución, hasta el 50 por 100 de su remanente tras la liquidación, y para satisfacer intereses de las aportaciones a capital que aquéllos hubieren podido percibir y que no percibieron. Supuesto que parece reducirse a las cooperativas cuyos Estatutos no prevean el pago de intereses a tales aportaciones (ver arts. 17 a 20 de la ley).

5.º *El principio de retribución limitada del capital*, que se traduce en el límite a los intereses que los Estatutos pueden fijar a los socios y a los asociados (arts. 2, 1.º, *d*); 13, 6.º, y 15, 4.º, de la ley).

Por último, no debemos silenciar una importante deficiencia de la definición legal, que es la de no haber precisado los requisitos de los miembros en cuanto a su condición económica. Con ello se elude distinguir entre cooperativas y consorcios de grandes empresarios. Al señor MARTÍNEZ DE SALINAS, que presentó una enmienda a la totalidad, se le replicó por la ponencia que el cooperativismo hoy debe integrar también a los pequeños empresarios, pero la ley no impide que también los grandes se acojan a ella.

2.3. EL ACCESO DE LA COOPERATIVA AL REGISTRO MERCANTIL

Podemos decir que el problema de las relaciones de la cooperativa y el Derecho mercantil sólo entra en el debate de la Comisión de Trabajo de las Cortes al dictaminar el artículo 39 del Proyecto (actual art. 41 de la ley), relativo a la fundación. El artículo 39 decía:

«Constitución: La cooperativa quedará constituida y tendrá personalidad jurídica desde el momento en que se inscriba la correspondiente escritura pública en el Registro General de Cooperativas del Ministerio de Trabajo.»

Junto al requisito de escritura pública y su inscripción en el Registro General, los Procuradores señores POVEDA MURCIA, ESCRIVÁ DE ROMANÍ, RIVAS GUADILLA, MOLA PINTO, MEILÁN GIL y otros defendieron que la cooperativa fuera inscrita, además, en el Registro Mercantil (71). Incluso el señor ESPERABÉ DE ARTEAGA defendió la sustitución pura y simple del Registro Administrativo del Ministerio de Trabajo por el Registro Mercantil (72).

(71) Ver «Diario de Sesiones» núm. 390, págs. 2 y sigs.

(72) «Diario de Sesiones» núm. 390, págs. 7-8.

Los argumentos esgrimidos fueron varios, pero destacan dos de ellos: 1.º La diversa naturaleza de las dos calificaciones, pues la del Ministerio de Trabajo se limitaría a calificar y clasificar la cooperativa. 2.º La de que el artículo 16, 5.º, del Código de Comercio ha admitido la inscripción de «cualesquiera personas o entidades, naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio», convirtiendo el Registro mercantil en un Registro general para la publicidad jurídico-privada de todos los sujetos que realizan actividades económicas (73).

A estas propuestas, el señor SANCHO ROF añadió que la norma no debía ser de carácter general, sino que habría de matizarse según clases de cooperativas, consiguiendo así que se añadiera la frase «con los requisitos y salvedades que se establezcan reglamentariamente» (73).

Hubo varias protestas ante la enmienda defendida por los señores POVEDA MURCIA y ESCRIVÁ DE ROMANÍ, extrañándose algunos Procuradores de que la conveniencia (o necesidad) de inscribir a las cooperativas en el Registro Mercantil no se hubiese planteado antes e incluso exigiendo, con evidente intención, que en tal caso la inscripción estuviese «exenta de tributación» (queriendo decir, sin duda, exenta de aranceles), lo que planteaba un problema de competencia de la Comisión (74).

Una objeción muy fundada fue la del señor SÁNCHEZ MORENO, quien afirmó: «Si las cooperativas están definidas como entidades o empresas que sirven a sus miembros y a la comunidad (art. 1), no cabe duda de que están exentas del ánimo de lucro. Lo hayamos dicho o no en la ley, son sociedades no mercantiles.» En segundo lugar, entendía que si el artículo 39 se refería a la constitución y ésta se producía con la inscripción en el Registro del Ministerio de Trabajo, «está de sobra todo lo que se ha dicho respecto del artículo 16, apartado 5.º (del Código de Comercio)», pues dicho precepto había sido invocado como si obligase a las cooperativas a inscribirse en el Registro Mercantil (75).

Llegados a este punto, el señor HERNÁNDEZ GIL, por la ponencia, advirtió a la Comisión que «la mayoría de Procuradores defendían la necesidad de hacer mención a la inscripción en el Registro Mercantil» y de que la ponencia también estaba persuadida de ello, pues «se han dado dos argumentos de gran peso para nosotros, que son el artículo 16 del Código de Comercio y el artículo 17 del Reglamento del Registro

(73) «Diario de Sesiones» núm. 390, pág. 4 (intervención del señor ESCRIVÁ DE ROMANÍ), pág. 10 (señor SANCHO ROF), pág. 12 (señor POVEDA MURCIA), etc.

(74) Página 11.

(75) Por ejemplo, por parte de la señorita MÓNICA PLAZA, núm. 390, pág. 15, y del señor ALCAINA CABALLERO, pág. 16.

Mercantil» (*sic*, con evidente error, pues ambos artículos son del Código de Comercio) (76).

De este modo se propuso por la ponencia y fue aprobado por amplia mayoría el texto definitivo del actual artículo 41, que dice:

«Constitución: La cooperativa quedará constituida y tendrá personalidad jurídica desde el momento en que se inscriba la correspondiente escritura pública en el Registro General de Cooperativas del Ministerio de Trabajo, con su toma de razón en el Registro Mercantil y con las salvedades y en los términos que reglamentariamente se establezcan.»

A pesar de ser el resultado de una larga discusión, el texto del precepto nos plantea una serie de incógnitas difíciles de resolver y que no sabemos hasta qué punto podrán ser resueltas por el Reglamento o Reglamentos.

En primer lugar, debemos analizar los argumentos esgrimidos para la justificación del acceso de la cooperativa al Registro Mercantil.

La invocación del Derecho comparado, hecha por el señor SANCHO ROF en un momento avanzado de la discusión (77), no profundiza bastante en el hecho de que las cooperativas en otras legislaciones se inscriben en el Registro Mercantil precisamente porque son empresarios mercantiles. En realidad, las ventajas reconocidas a la publicidad registral deberían haber conducido al replanteamiento de si la cooperativa debía ser sometida al estatuto de las sociedades mercantiles, aunque su fin o causa no fuera el lucro repartible. Pero la discusión no aclaró temas tan interesantes como los efectos jurídico-privados derivados de la «toma de razón», el alcance y ámbito de la calificación del Registrador mercantil y otros. La inseguridad o falta de claridad de las ideas se manifiesta luego al establecer que las cooperativas ya constituidas o en trámite de constitución se «inmatricularán» automáticamente en el Registro Mercantil (art. 44, 6.º).

Más endeble es la invocación de los artículos 16, 5.º, y 17 del Código de Comercio según la nueva redacción dada por la Ley de 21 de julio de 1973. Conviene transcribirlos para mayor claridad:

Art. 16, 5.º: «(El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de) cualesquiera personas o entidades naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio, cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las leyes o reglamentos.»

(76) Páginas 11 y 12.

(77) Página 16.

Art. 17: «Será obligatoria (la inscripción) de las personas o entidades comprendidas en el número 5.º del artículo 16.»

En efecto, en nuestra opinión, la inscripción de estas personas o entidades, públicas o privadas, es obligatoria tan sólo cuando hayan de inscribir actos o cosas sometidas obligatoriamente a inscripción por leyes o reglamentos. Por ejemplo, cuando la cooperativa haya de inscribir una emisión de obligaciones, de acuerdo con la Ley de 24 de diciembre de 1964, o cuando haya de inscribir un buque o aeronave, de acuerdo con los artículos 16 del Código de Comercio y 145, 177 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En efecto, antes que se promulgara la Ley de 21 de julio de 1973, por ejemplo, ya era necesaria la inscripción del propietario del buque: artículo 145, 3.º, que exige hacer constar los «cambios de propiedad del buque»; artículo 147, que impone la obligación de solicitar la inscripción de los títulos en que se contengan sus derechos a los propietarios de buques de matrícula y bandera española, y artículo 149, que dice que «la primera inscripción de los buques será la de propiedad de los mismos».

En nuestra opinión, pues, los artículos 16 y 17 del Código de Comercio se han limitado a generalizar estas disposiciones. Queda en pie un grave problema, que es el siguiente: Al solicitar la inscripción de una entidad no mercantil en el Registro para proceder a inscribir tales actos o casos, ¿el Registrador mercantil podrá extender la calificación a los requisitos de constitución de aquéllas? Evidentemente, parece que no, pues tales entidades ya están constituidas de acuerdo con su legislación. El Registrador se habrá de limitar a calificar la capacidad de la entidad para otorgar el acto en cuestión según sus Estatutos.

Otra cuestión es que a la inscripción de estas entidades no mercantiles no deben serles de aplicación todos los principios registrales (publicidad material, legalidad y legitimación), sino tan sólo parcialmente, a los aspectos calificados por el Registrador, y el de publicidad formal. Los demás principios sólo son aplicables a la otra inscripción, a la de los actos y cosas que la entidad en cuestión está obligada a inscribir.

Por ello nos parece correcta la expresión, desconocida en la práctica anterior, de «toma de razón», que emplea el artículo 41 de la nueva Ley de Cooperativas. Su significado parece claro: Para la constitución de la cooperativa basta la inscripción en el Registro General del Ministerio de Trabajo, que en la actualidad no es meramente administrativo, pues su publicidad, según el artículo 43, 1.º, de la ley, se organiza en base a los «principios de publicidad formal y material, legalidad y legitimación».

La expresión «toma de razón» ha eliminado también los problemas

de la doble calificación, defendida por los Procuradores que propugnaron la enmienda. En nuestra opinión, ahora no puede plantearse la situación de una cooperativa aprobada como tal (calificada) por el Ministerio de Trabajo, pero no calificada como entidad privada para su inscripción por el Registrador mercantil. La cooperativa será calificada en todos sus aspectos al ser inscrita en el Registro del Ministerio de Trabajo, que habrá de ser dotado del personal adecuado. La «toma de razón» en el Registro Mercantil es, pues, automática; es una mera transcripción del contenido del Registro General. No es una verdadera «inscripción», pues el Registrador mercantil no puede oponerse a ella. Parece, pues, que la «toma de razón» tiene por finalidad potenciar la publicidad formal del Registro General de Cooperativas a nivel provincial, haciendo inútiles los Registros Provinciales del Ministerio de Trabajo, que acertadamente fueron suprimidos del Proyecto a petición de los Procuradores señores MORRONDO GARCÍA, ESCRIVÁ DE ROMANÍ, PLAZA DE PRADO, GÓMEZ-ESCOLAR, DE LA MATA GOROSTIZAGA y otros (78). Si bien esta supresión no fue puesta en relación con el papel asignado en el futuro a los Registros Mercantiles en relación con las cooperativas.

El sistema puede funcionar perfectamente si del contenido de las inscripciones del Registro General de Cooperativas (de efectos públicos y privados) se da inmediato reflejo en los Registros Mercantiles. Lo cual requiere una cuidadosa reglamentación decidiendo en cuántos Registros debe darse este reflejo, según el ámbito de actuación de la cooperativa, para evitar al máximo a los interesados tener que acudir al Registro General. Para la futura reglamentación pueden servir de antecedente, en la armonización de estos dos Registros, las Leyes de Montes y de Navegación Aérea (invocadas por un Procurador en la Comisión) y el Decreto de 20 de junio de 1968 sobre abanderamiento, matriculación de buques y Registro Marítimo, el cual, mediante algunos preceptos, intenta coordinar el Registro Marítimo de Buques con el Registro Mercantil. Pero habrá que tener en cuenta una importante diferencia, y es la de que el Registro General de Cooperativas no es ya un Registro meramente administrativo, sino que viene a desempeñar—y, en cierto modo, a reemplazar en los modelos señalados—la función de publicidad jurídico-privada del Registro Mercantil en materia de cooperativas. No se da, pues, una doble calificación, administrativa y mercantil, y más aún, el Registro Mercantil no funciona plenamente como tal Registro más que como complemento del Registro General a los efectos de la publicidad formal.

La conclusión a la que llegamos es bien clara: La toma de razón de la (previa) constitución o modificación de la cooperativa operada me-

(78) «Diario», cit., págs. 39 y sigs.

diante la inscripción en el Registro General es un mero reflejo de la vida registral que se produce íntegramente en este último, y esta toma de razón de la constitución de la cooperativa y de otras circunstancias de su vida en el Registro Mercantil, por sí misma, *no permiten afirmar que la cooperativa sea una entidad mercantil.*

2.4. EL SOMETIMIENTO DE LA COOPERATIVA A LA QUIEBRA Y SUSPENSIÓN DE PAGOS

El tercer punto en que la Ley de Cooperativas puede fundar la calificación mercantil de la cooperativa es el artículo 46, dedicado a la «liquidación de la sociedad cooperativa». En él, después de regular el nombramiento, funciones y facultades de los liquidadores, se dispone en el párrafo 6.º:

«A las cooperativas les será aplicable, en su caso, la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras.»

El precepto, leído aisladamente y sin la necesaria reflexión crítica, podría resolverse definitivamente el problema de la mercantilidad de la cooperativa. El legislador—podríamos decir—somete las cooperativas al Derecho concursal mercantil, luego es claro que las considera entidades mercantiles. Pero esta conclusión nos parece apresurada, sobre todo porque resulta, así interpretada, incoherente con el resto de la ley. El precepto debe interpretarse a la luz del origen de su redacción, que figuraba ya en el Proyecto del Gobierno; de su colocación sistemática en la ley, en sede de liquidación de la cooperativa, y dando el necesario relieve a la sibilina expresión «en su caso», que cuanto menos significa «no en todo caso», y que, en nuestra opinión, es la clave que resuelve el enigma del significado del precepto.

Con respecto a su redacción debe advertirse, aunque pueda resultar sorprendente, que figuraba ya en el artículo 45, 6.º, del Proyecto y fue aprobado por la Comisión de Trabajo de las Cortes sin ocasionar ningún debate. O sea, el precepto figuraba en el Proyecto de ley antes de haberse incluido la «toma de razón» en el Registro Mercantil de las cooperativas. Al artículo 47 del dictamen, los señores FERNÁNDEZ CALVIÑO y PÉREZ PUGA advirtieron la necesidad de añadir al texto primitivo que a la inscripción de cancelación de la cooperativa en el Registro General (donde quedan depositados los libros de contabilidad y documentos relativos al tráfico de la cooperativa, como ocurre con las sociedades y empresarios mercantiles en el Registro Mercantil) se hacía necesario incluir su cancelación en este Registro. A esta propuesta se debe el último inciso

del artículo 47: «Notificándolo al Registro Mercantil a los efectos oportunos.» A pesar de ello, a nadie le llamó la atención el texto del artículo 46, párrafo 6.º, que podrían haber puesto en relación fácilmente con la reciente discusión sobre la toma de razón de la cooperativa en el Registro Mercantil (79).

De este modo nos enfrentamos con dicho precepto sin ningún dato conocido que apoye una interpretación «subjetiva», o sea, del significado que quiso dar al precepto quien materialmente lo redactó o, en su caso, el propio Gobierno, que aprobó el Proyecto a propuesta del Ministerio de Trabajo y de la Organización Sindical. Forzoso e ineludible es, pues, aportar una interpretación «objetiva» de la ley, que, como anticipábamos, hemos de apoyar en la expresión «en su caso», la cual, repetimos, es lo mismo que decir «no en todo caso». Esta expresión puede interpretarse en los siguientes sentidos:

1.º El legislador con ella prevé que en algunos casos la cooperativa puede ser calificada como sociedad mercantil y, por tanto, que debe ser declarada en quiebra o en suspensión de pagos y no en concurso de acreedores (o, en su caso, el procedimiento de «quita y espera» del Código civil). Puede pensarse que, en este sentido, acoge la doctrina que piensa que las cooperativas de crédito, por ejemplo, son mercantiles (tesis, en la doctrina, de BAYÓN CHACÓN-SERRANO ALTIMIRAS y del profesor SÁNCHEZ CALERO), en tanto que otras cooperativas no son mercantiles, y de ahí la cautela del precepto.

Pero creemos que esta interpretación ha de descartarse, pues lo lógico es que el precepto hubiese distinguido entre la posible aplicación de la quiebra o suspensión de pagos o, alternativamente, del concurso de acreedores.

2.º También podría pensarse que la ley se refiere a aquellas cooperativas, contempladas en el artículo 124 del Código de Comercio, que por realizar actos extraños a la mutualidad (comprando y revendiendo, por ejemplo, cosechas de terceros no socios) han desvirtuado su naturaleza convirtiéndose en verdaderas sociedades, y sociedades mercantiles. Pero creemos, al igual que en la interpretación anterior, que el precepto hubiera sido más explícito.

3.º Otra posible interpretación sería que las cooperativas podrán ser sometidas a quiebra o suspensión de pagos cuando, como consecuencia de la descalificación de las mismas por el Ministerio de Trabajo (artículo 59 de la ley), dejen de ser cooperativas—y con ello entidades civiles—para transformarse en sociedades mercantiles. Sería una aplicación

(79) Página 16.

de la interpretación anterior e igualmente suscita la duda de que el legislador no haya sido más explícito.

4.º La misma interpretación podría hacerse si se entendiera en el sentido de que la ley está previendo—nada menos—una futura situación legislativa en que se extienda la quiebra y suspensión de pagos (como hace el art. 1 de la Ley francesa de 13 de julio de 1967) a todas las personas jurídicas, sean civiles o mercantiles, o que unifique pura y llanamente el Derecho concursal, cualquiera que sea el sujeto deudor, como se preveía en el Anteproyecto español de Ley de Concurso de 1959. Sería, evidentemente, una interpretación rebuscada.

5.º En nuestra opinión, la expresión «en su caso» tiene un significado mucho más sencillo, que se cohonestaría con el resto del articulado de la ley, que configura a la cooperativa como una sociedad o entidad civil.

El legislador, acertadamente, ha previsto la conveniencia o necesidad de que las reglas de la liquidación normal sean sustituidas por las de la liquidación concursal, «en su caso», es decir, cuando los liquidadores descubran que el balance de la cooperativa arroja un déficit, un pasivo exigible superior al activo. Porque en esas circunstancias, el peligro de que los liquidadores, aun actuando de buena fe, dejen sin cobrar a los acreedores menos avisados o inteligentes aconseja someter la cooperativa a una liquidación o ejecución universal y judicial, es decir, regida por los principios de comunidad de pérdidas entre los acreedores (*par conditio creditorum*) y por el control o supervisión del Juez. Sería, pues, una norma paralela a la del artículo 170 de la Ley de Sociedades Anónimas, aunque más imperfecta, porque no impone expresamente a los liquidadores la obligación de solicitar la declaración de quiebra o suspensión de pagos. Y recogería normas de la legislación comparada, que sólo prevén esta conversión del régimen de liquidación en el caso de liquidación por resolución administrativa (así, el art. 194 y sigs. de la *Legge fallimentare* italiana, Real Decreto de 16 de marzo de 1942).

El precepto recoge, en fin, una sugerencia que ya hacíamos en nuestro comentario al Reglamento de Cooperación de 1971, al decir: «El defecto más grave en la regulación de la disolución forzosa lo hallamos en que el régimen de liquidación, a falta de previsión expresa, será el general previsto en el artículo 57 del Reglamento. Pero la ley debería establecer un régimen especial de liquidación en situaciones de anormalidad, en las que será frecuente el estado de insolvencia de la cooperativa. Lo más acertado sería someter a la cooperativa disuelta forzosamente a la liquidación concursal, tal como ocurre en el Derecho italiano» (80).

Quizá la expresión «en su caso» ha querido eludir toda concreción

(80) Ver *Análisis crítico...*, cit., pág. 481.

en cuanto a los supuestos en que debe solicitarse el sometimiento a liquidación concursal y sobre quién deberá hacerlo. En este sentido lo creemos muy acertado. Esta liquidación concursal puede ser tan conveniente en un supuesto de disolución por acuerdo de los socios, como por fin del objeto social. Teniendo en cuenta que la disolución forzosa administrativa ha sido suprimida en la ley. Y la obligación de solicitar la declaración judicial de quiebra o suspensión de pagos puede imponerse tanto a los liquidadores como a las autoridades que lleguen al conocimiento de la situación de insolvencia de la cooperativa.

En suma, está claro que el precepto contrapone «liquidación concursal» a «liquidación normal», y no trata de contraponer una liquidación concursal mercantil a la civil. Fue probablemente un *lapsus* que se hablara de «quiebra o suspensión de pagos» y no de «concurso de acreedores». Es posible que el redactor del precepto haya sido «captado» por el texto del artículo 170 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Hasta aquí una posible interpretación, que a muchos podrá parecer caprichosa. En efecto, podría argüirse: aunque la voluntad del legislador en el precepto que comentamos no esté muy clara, es lo cierto que nos encontramos ante una norma de rango legal que permite extender el Derecho concursal mercantil a una clase de personas jurídicas—las cooperativas—para las que es especialmente idóneo. La expresión «en su caso» puede entenderse en el sentido de que se recurrirá a la quiebra o suspensión de pagos (más favorable ésta para la cooperativa) cuando se descubra insolvencia, como en el artículo 170 de la Ley de Sociedades Anónimas. Por último, la norma podría tener plena efectividad, aunque se continuara manteniendo que la cooperativa, según se desprende de los artículos 1 y 2, que definen su concepto, y de algunas remisiones al Código civil (como la del art. 35, 4.º, en cuanto al plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra los miembros del Consejo Rector y el Director), es una entidad civil.

En este sentido, la norma sería un supuesto más de generalización o extensión de preceptos y principios mercantiles a la cooperativa, sin dejar de ser ésta una sociedad civil. Sería la misma situación que se da ahora en Francia en relación con las cooperativas que no adoptan forma de sociedad mercantil, así como también con las sociedades de construcción, que el legislador francés no ha querido declarar empresarios mercantiles, respetando de esta manera viejos esquemas, pero que en virtud de la Ley de 13 de julio de 1967 ha sometido a la quiebra y al arreglo judicial preventivo de liquidación.

Esta segunda interpretación nos parece perfectamente admisible y coherente dentro de la Ley de Cooperativas, siempre que no se deduzca de ella el carácter mercantil de la cooperativa. De este modo, por lo demás,

la cooperativa se beneficiaría de la posibilidad de someterse a la suspensión de pagos (que, como vimos, ha sido declarada en alguna ocasión sin suficiente fundamento legal), y, tanto en régimen de suspensión como en el de quiebra, los acreedores se verían beneficiados con el régimen de retroacción de la quiebra (que, aunque excesivamente riguroso en el régimen de la quiebra del Código de Comercio, es muy satisfactorio en la suspensión de pagos, cuya ley, en su art. 21, sólo remite a las acciones de impugnación). Por otro lado, el régimen represivo penal para los administradores de la cooperativa, si se aplican las instituciones concursales mercantiles, es más severo que si se utiliza el concurso de acreedores.

2.5. CONCLUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA Y RÉGIMEN DE LA COOPERATIVA EN LA NUEVA LEY

Con esta interpretación, en suma, se ampliaría en un aspecto más la incorporación de normas y principios mercantiles a la Ley de Cooperativas, como observamos en el régimen de constitución de la cooperativa; escritura e inscripción en un Registro organizado sobre la pauta del Registro Mercantil; similar régimen legal para la situación de sociedad en constitución (cfr. arts. 41 y 42 de la ley); una publicidad registral idéntica a la del Registro Mercantil y quizá más racionalizada, tal como hemos interpretado la ley en el epígrafe anterior, y también en el régimen de impugnación de los acuerdos sociales, tomado y perfeccionado del artículo 68 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, con remisión al procedimiento del artículo 70 de ésta (cfr. art. 27 de la ley). En el reconocimiento de un ámbito de representación legal o típico para el Director de la Cooperativa, en «los asuntos pertenecientes al giro o tráfico normal de la empresa cooperativa», con las limitaciones expresadas en el artículo 28 de la ley (cfr. art. 32), régimen de representación que, por cierto, la ley ha olvidado establecer para el Consejo Rector o su Presidente en el artículo 28, 1.º

Al llegar aquí *podemos más bien preguntarnos qué normas del estatuto del empresario mercantil no se aplican a las cooperativas*, teniendo en cuenta que el nuevo régimen de la contabilidad, establecido por Ley de 21 de julio de 1973, para los empresarios mercantiles apenas si establece diferencias de régimen respecto a la contabilidad de los no comerciantes. Quizá en este aspecto debería haberse regulado mejor el régimen formal y material de la contabilidad de la cooperativa, brevemente esquemático en el artículo 40 de la ley, o haber procedido a otra remisión al régimen mercantil.

Por esta vía, pues, hemos de relativizar la conclusión de que la nueva

Ley de Cooperativas sigue calificando a éstas como sociedades no mercantiles. Poco a poco, la división o compartimentación de nuestro ordenamiento privado en dos grandes bloques va abriendo paso, como vemos, a un Derecho que atiende a las exigencias de organización de la empresa, superando paulatinamente nociones y prejuicios muy arraigados.

La nueva Ley de Cooperativas constituye un buen ejemplo de la extensión de las normas del estatuto del comerciante, a pesar, como hemos podido ver, del esfuerzo del legislador en mantenerla separada del Derecho mercantil, como «Derecho de la especulación» y «del capitalismo».

Ello no obstante, hubiera sido de desear una mayor claridad de ideas en los redactores de la ley, quienes estaban obligados a enfocar, con los necesarios asesoramientos doctrinales, uno de los aspectos esenciales de nuestra legislación cooperativa: las razones, fundamentos y consecuencias del divorcio entre las cooperativas—y las mutuas—y el Derecho mercantil. Porque, tal como se ha promulgado la ley, el tema queda lo suficientemente confuso para que, según el Juez que entienda en el asunto, se declare la quiebra o suspensión de pagos o se rechace la demanda, por interpretar, por ejemplo, que la previsión de sometimiento de la cooperativa a la quiebra o suspensión de pagos tan sólo se prevé en la ley en caso de disolución. El Derecho es así, y si la ley no está clara es posible que las materias que son objeto de nuestro trabajo den lugar a una «tópica» tan variada, y a una inseguridad tan incómoda, como la que en su día originó la noción—tan denostada por un sector de la Comisión de Trabajo—de la «ausencia de ánimo de lucro».

3. CONCLUSIONES GENERALES

Primera.—Del estudio de la legislación y jurisprudencia se desprende que en nuestro ordenamiento, en virtud del artículo 124 del Código de Comercio, que continúa vigente, las cooperativas y mutuas de seguros no son sociedades mercantiles, siempre que no desvirtúen su naturaleza violando el principio mutualista o de doble cualidad.

Este divorcio entre las cooperativas y mutuas y el Derecho mercantil ha tenido graves consecuencias para el régimen jurídico de aquéllas y su desarrollo económico.

Segunda.—La doctrina mercantilista actual, que defiende la calificación mercantil de las mutuas de seguros y de los contratos que éstas estipulan con sus socios, parte de una interpretación errónea del significado que la expresión «prima fija» tenía en el Código de Comercio,

como equivalente a precio de un contrato de seguro lucrativo, especulativo o de cambio.

Tercera.—Por consiguiente, creemos que las mutuas de seguros no son sociedades mercantiles y, en consecuencia, el régimen jurídico de su constitución y funcionamiento, supletorio de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 16 de diciembre de 1954, su Reglamento de 2 de febrero de 1912 y sus Estatutos, no es el del Código de Comercio, sino el del Código civil, en virtud de lo que establece el artículo 36 de este último, es decir, de la sumisión de las «asociaciones de interés particular» a las reglas de las sociedades (bien civiles o bien mercantiles, según la naturaleza de la «asociación»).

Cuarta.—La Ley de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974 no ha calificado a las cooperativas como sociedades mercantiles, según se desprende de su definición en el artículo 1 y de otros preceptos de la ley.

Ello no obstante, gran parte de su régimen jurídico revela la extensión a las cooperativas de normas surgidas históricamente en el Derecho de sociedades mercantiles. Así lo comprobamos en el régimen de constitución de la cooperativa; en el de sus órganos, en especial en el ámbito de la representación de la Dirección; en el Registro General de Cooperativas, organizado según el modelo del Registro Mercantil para lograr una publicidad legal jurídico-privada; en el régimen de impugnación de los acuerdos sociales; en las causas de disolución de la cooperativa, y en otros aspectos.

Quinta.—En especial es de destacar el artículo 46, 6.º, de la Ley de Cooperativas, que al prever el sometimiento de la cooperativa, «en su caso», a la quiebra y suspensión de pagos, permite entender que extiende a ellas el régimen concursal mercantil, aun sin modificar su naturaleza de entidad no mercantil, tal como ocurre en el artículo 1 de la Ley francesa de 13 de julio de 1967.

FRANCISCO VICENT CHULIÁ

Profesor Agregado de Derecho Mercantil
de la Facultad de Derecho de Valencia