

Por:

Angélica Díaz de la Rosa*

Resumen

Múltiples normas de carácter internacional y del ámbito interno -españolas y también peruanas- contienen un mandato dirigido al fomento de las sociedades cooperativas. Para dar debido cumplimiento a este mandato, hemos de tener en cuenta que este propósito no se alcanza con una multiplicación absurda de leyes de cooperativas autonómicas -como ha sucedido en el caso español-, que puede, incluso, afectar al principio de unidad de mercado. De lo que se trata es de promulgar normas jurídicas y aplicar políticas socioeconómicas que favorezcan el cooperativismo, y -además- que lo favorezcan frente a las demás fórmulas societarias. Si se establecen medidas de fomento que benefician por igual al sector cooperativo y a otras formas de organización, ese igualitarismo termina redundando en perjuicio de las cooperativas, al ser tratadas como iguales, cuando su condición es desigual.

Palabras clave: Sociedad Cooperativa, fomento cooperativo, legislación adecuada.

Abstract

Multiple international character rules and within Spain and also peruvian a force the increase of by cooperative societies. To be able to enforce this law we have to take into account that these purpose cannot be achieved with an absurd multiplication of regional cooperative laws –like has happened in the spanish case- that can even affect the principles of the market union. The case is we have to divulge the laws and apply socioeconomics politics that help favour this cooperation, and, also, that favour these enfornt of other social formulas. If these measure of promotion that benefit both the cooperative sector and other forms organization, these equality ends in redundancy and harms these cooperatives, being treated equally when their condition are different.

Key Words: Cooperative company, promotion of cooperatives, adequate legislation.

* Doctora en Derecho y Profesora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de La Coruña.

Sumario

I. MARCO ACTUAL EN EL QUE SE DESARROLLAN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS. II. APROXIMACIÓN AL ARTÍCULO 129.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. III. ALCANCE DE LA ESPECÍFICA REFERENCIA CONSTITUCIONAL A LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS Y A SU FOMENTO. IV. IMPULSO LEGAL DEL COOPERATIVISMO EN EL PERÚ. V. CONCLUSIÓN.

I. MARCO ACTUAL EN EL QUE SE DESARROLLAN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

Toda sociedad cooperativa se fundamenta en la idea de asociación voluntaria para la promoción colectiva de un fin común, con la particularidad de que en el desarrollo de la actividad promotora, los propios socios participan, ora como productores, ora como consumidores de los bienes y servicios proporcionados por la sociedad¹. La Sociedad Cooperativa constituye una asociación de personas que regulan de un modo determinado sus relaciones sociales, en orden a una mejor distribución de la riqueza y de formas más avanzadas de participación responsable y democrática², a la par que una forma especial de Empresa, en la que se identifican las figuras del empresario y del consumidor, o las del empresario y el trabajador, con resultados muy satisfactorios, desde la perspectiva económica y social³. Estamos ante una forma especial de organización empresarial que se manifiesta “*ad intra*”, y que no tiene reflejo “*ad extra*”, dado que cuando la cooperativa acude al mercado –aun cuando sólo sea para la realización de lo que el Tribunal Constitucional español⁴ define como “operaciones instrumentales” o “accesorias”– lo hace como cualquier otro operador económico⁵. Por este motivo, desde los inicios del fenómeno cooperativo, las normas que lo regulan han introducido declaraciones referentes a los “principios” sobre los que se basan la constitución, organización y funcionamiento de tales entidades⁶.

Como señalamos, lo que caracteriza a las sociedades cooperativas son sus principios y sus valores y éstos -básicamente- operan en el ámbito societario interno y que, a la hora de actuar en el mercado, lo hacen como cualquier otro operador económico, sometido a los mismos riesgos y a las mismas reglas; es decir, las peculiaridades propias de esta fórmula societaria se manifiestan “*ad intra*” pero no “*ad extra*”.

¹ DÍAZ DE LA ROSA, Angélica. *El naviero cooperativo*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 222 y ss.

² VERGÉZ SÁNCHEZ, Mercedes. *El derecho de las cooperativas y su reforma*, Civitas, Madrid, 1973, p. 18.

³ VERGÉZ SÁNCHEZ, Mercedes. 1973, p. 63.

⁴ STC 72/19883, de 29 de Julio (BOE de 18 de Agosto de 1983).

⁵ PANIAGUA ZURERA, Manuel. *Mutualidad y Lucro en la Sociedad Cooperativa*, MacGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 328 y ss. GIRÓN TENA, José. *Sociedades Colectivas y Comanditarias*, Madrid, 1976, pp. 97 y 106. SERRANO Y SOLDEVILLA, Alfonso Diego. *La cooperativa como sociedad abierta*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Sevilla, 1982, p. 23.

⁶ BORJABAD GONZALO, Primitivo. *Manual de Derecho Cooperativo general y catalán*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 24.

Las causas de la crisis económica (altos precios de las materias primas, crisis alimentaria mundial, elevada inflación, recesión económica, crisis hipotecaria y desconfianza en los mercados), afectan también a las distintas clases de cooperativas, y lo hacen -con mayor o menor intensidad- dependiendo de que el sector en el que desarrollen su actividad se haya visto más o menos impactado por las catastróficas consecuencias de esta crisis mundial. Un Informe realizado por la CICOPA (organización sectorial de la Alianza Cooperativa Internacional)⁷, pone de relieve que los sectores más afectados por la crisis son aquellos que se encuentran vinculados a la construcción y que afectan a todos los servicios relacionados con el mantenimiento de viviendas. Además, los países donde existe una presencia significativa del sector textil declaran, también, dificultades en dicho sector.

Las sociedades cooperativas -para la consecución de su objeto social- llevan a cabo una actividad económica constitutiva de empresa, y, por este motivo, les afectan, de forma directa, los altos precios de las materia primas, el bajo consumo que provoca la recesión económica y la desconfianza en el mercado, así como la crisis crediticia que paraliza la inyección de recursos financieros a las empresas. Estos problemas de solvencia crediticia y liquidez son entendidos por los economistas como un síntoma del estado en que se encuentra un sistema económico; el acceso al crédito es una cuestión nuclear para que las pequeñas empresas puedan continuar con su actividad, generando nuevos empleos y crecimiento.

Ahora bien, aunque las sociedades cooperativas no son ajenas a la crisis, lo cierto es que son la fórmula societaria, o por lo menos, una de las fórmulas societarias, que mejor aguanta los envites de la crisis ya que su flexibilidad les facilita la realización de aquellos ajustes económicos que resulten precisos. Han demostrado una importante capacidad de reacción mediante la adopción de medidas que, dejando a un lado la renuncia a la búsqueda de un beneficio a corto plazo, parten de los principios cooperativos como la solidaridad o la preocupación por el entorno. Algunas cooperativas, ante esta situación económica, han adoptado medidas como las siguientes: renuncia a la percepción de pagas extras, congelación de las retribuciones y capitalización de los intereses, manteniendo el empleo; recolocaciones de los trabajadores en otras cooperativas del grupo, aplicación de los fondos a otras cooperativas con mayores problemas, etc. Medidas, todas ellas, tendentes a la readaptación económica de la empresa; verdaderas “reestructuraciones empresariales” de “cirugía menor”, si se me permite expresarlo así; menos invasivas y traumáticas, pero tan efectivas como las reestructuraciones de mayor calado (transformación, fusión, escisión...). Como podemos comprobar, las sociedades cooperativas, no sólo resisten mejor a la crisis sino que, son más resilientes⁸, es decir, tienen una mayor capacidad de recuperación y redefinición identitaria.

⁷ Informe elaborado por la Organización Internacional de las Cooperativas de Producción Industrial, Artesanal y de Servicios, sobre los efectos de la crisis en las cooperativas de trabajo y en las cooperativas sociales, fechado en Bruselas a Julio de 2009.

⁸ Resiliente, del latín *resilīre* (rebotar, saltar de nuevo o retornar de un salto).

Estas peculiaridades propias de las sociedades cooperativas son las que han llevado a adoptar normas de promoción del cooperativismo no sólo a nivel estatal sino de ámbito Internacional. En este sentido, la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas Nº 62/128 del 29-01-2008 sobre “*las cooperativas en el desarrollo social*” que llama a los Estados Miembros a crear un entorno propicio al desarrollo de las Cooperativas, al elaborar sus políticas públicas:

- a) Aprovechando y desarrollando plenamente las posibilidades que tienen las cooperativas de contribuir a la consecución de los objetivos de desarrollo social, en particular la erradicación de la pobreza, la generación de empleo productivo y una mayor integración social.
- b) Fomentando y facilitando el establecimiento y el desarrollo de las cooperativas, incluso adoptando medidas para que las personas que viven en la pobreza o pertenecen a grupos vulnerables, en particular las mujeres, los jóvenes, las personas con discapacidad, las personas de edad y las personas indígenas, puedan participar plenamente, de forma voluntaria, en las cooperativas y atender a sus necesidades de servicios sociales.

También hemos de recordar que la Resolución Nº 193-OIT-2002 Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, en su capítulo 2 “marco político y papel de los gobiernos” dice que:

Una sociedad equilibrada precisa la existencia de sectores públicos y privados fuertes y de un fuerte sector cooperativo, mutualista y otras organizaciones sociales y no gubernamentales. Dentro de este contexto, los gobiernos deberían establecer una política y un marco jurídico favorables a las cooperativas y compatibles con su naturaleza y función, e inspirados en los valores y principios cooperativos que se enuncian en el párrafo 3, con miras a:

- Alentar el desarrollo de las cooperativas como empresas autónomas y auto gestionadas, en especial en los ámbitos donde las cooperativas han de desempeñar un papel importante o donde ofrecen servicios que, de otra forma, no existirían.
- Las cooperativas deben beneficiarse de condiciones conformes con la legislación y la práctica nacionales que no sean menos favorables que las que se concedan a otras formas de empresa y de organización social. Los gobiernos deberían adoptar, cuando proceda, medidas apropiadas de apoyo a las actividades de las cooperativas que respondan a determinados objetivos de política social y pública, como la promoción del empleo o el desarrollo de actividades en beneficio de los grupos o regiones desfavorecidos. Estas medidas de apoyo podrían incluir, entre otras y en la medida de lo posible, ventajas fiscales, créditos, subvenciones, facilidades de acceso a programas de obras públicas y disposiciones especiales en materia de compras del sector público.

II. ACERCAMIENTO AL PRECEPTO 129.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

A lo largo de la Constitución Española se recogen una serie de ámbitos específicos de participación de los ciudadanos, como por ejemplo la “audiencia de los ciudadanos... en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten” (art. 105.a); las funciones de “asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas” en la elaboración por el Gobierno de los proyectos de planificación económica (art. 131.2); o incluso la participación en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado (art. 125) o de la juventud “en el desarrollo político, social, económico y cultural” (art. 48). Todos ellos constituyen expresiones concretas de la extensión que el sistema participativo (instrumento de integración) adquiere en el modelo de sociedad democrática diseñado por la Constitución. Otra de estas fórmulas participativas la podemos ver en el art. 129.2 cuando dice que:

“Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”.

El artículo 129 de la Constitución, consagra determinados principios socio-económicos que actúan como mandatos dirigidos a los poderes públicos, que por supuesto obligan a éstos, no sólo en el sentido de límite constitucional, esto es, en la adopción de medidas o normas que no los contravengan -ya que devendrían inconstitucionales-, sino con un mandato de promoción. Ahora bien, el precepto en sí no tiene aplicabilidad inmediata en orden a la adquisición de eventuales derechos subjetivos por los ciudadanos, sino que es preciso su desarrollo normativo por parte de los poderes públicos.

Hecha esta precisión, y a la luz del precepto anteriormente transcrito, la primera cuestión que hemos de plantearnos es ¿Qué alcance tiene este mandato constitucional? Para dar solución a esta interrogante debemos tener en cuenta la sistemática que sigue la propia Norma, esto es, el lugar que ocupa este artículo en sede constitucional. Pues bien, el art. 129.2 no se encuentra regulado, como –quizá– sería más recomendable, entre los “Principios Rectores de la Política Social y Económica”, que constituyen verdaderos principios generales del Derecho a los efectos del Código civil español, de 1889, que los considera fuentes del Ordenamiento jurídico-positivo, entrando en juego de dos modos, o en dos momentos o planos diferentes: en primer lugar, con carácter *subsidiario*, a falta de ley y de costumbre aplicable. Pero, en segundo término, de forma previa, como “informadores” del resto de las normas.

Mas, como ya anticipé, el art. 129 de la Constitución española no se encuentra entre los “Principios Rectores de la Política Social y Económica”, sino en una sede sistemática distinta y distante -el Título VII de la Constitución, bajo el epígrafe de “Economía y Hacienda”-, que sugiere que estamos ante una norma jurídica escrita, del

máximo rango, que impone deberes institucionales, a los Poderes públicos del Estado español.

Así las cosas, el análisis del art. 129 ha de realizarse desde la óptica de la Constitución Económica “*in toto*”, es decir: desde la perspectiva del conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica. Así, podemos apreciar que la Constitución aborda el fenómeno cooperativista como una manifestación económica, concibiendo las cooperativas como actividad empresarial –que se mencionen en el art. 129 no significa que no deban integrarse en el art. 38 (Libertad de Empresa)– pero sin olvidar su carácter social: el favorecimiento de grupos sociales precisados de una mayor protección pública (como son, por ejemplo, los trabajadores), en aras a la consecución de una mayor igualdad y tutela frente a los desequilibrios que provoca el funcionamiento de la economía de mercado. Hemos de llamar la atención sobre el hecho de que las sociedades cooperativas son las únicas sociedades de naturaleza mercantil⁹ que son expresamente mencionadas por nuestra Constitución, y lo hace, precisamente, para encomendar su promoción.

El artículo 129.2 comienza diciéndonos que “los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa”, sin precisar ni la forma de participación, ni los sujetos que pueden llegar a participar en la empresa. No menciona expresamente la participación de los trabajadores, sino que habla de participación en un modo genérico que permite incluir -¿Por qué no?- la participación de los consumidores o usuarios, como sería el caso de las cooperativas de consumo o de las cooperativas de servicios o, incluso, la participación de otros sectores interesados, otros “*bystanders*”, que

⁹ La naturaleza jurídica de las sociedades cooperativas es, todavía hoy, una cuestión muy controvertida en sede doctrinal y jurisprudencial. La única vez que el articulado del C de Com. menciona las sociedades cooperativas lo hace para excluirlas del ámbito de lo mercantil, a no ser que cumplan dos condiciones alternativas que, equivocadamente se han interpretado, desde hace tiempo, como alusivas al ánimo de lucro: a) Realizar actos extraños a la mutualidad y b) Convertirse en sociedades a prima fija. En realidad tales exigencias deberían ponerse en conexión con la idea de empresa y, en este sentido cabe señalar, que aunque parezca otra cosa, el C. de Com. español responde al criterio de la empresa como forma de determinar la mercantilidad. Bastaría leer las reflexiones contenidas en la E de M sobre la mercantilidad, o no, de las ventas hechas por artesanos e industriales para darse cuenta de que bajo la errónea, pero comprensible, referencia al ánimo de lucro, subyace la presencia de la empresa. Pero la empresa es una realidad económica, que trasladada al ámbito jurídico, plantea ciertos problemas porque la empresa no es un sujeto de derecho y, por tanto, no puede ser parte en las relaciones jurídico-mercantiles. Sin embargo, al Derecho mercantil no le interesa tanto la empresa como sujeto, que no lo es, cuanto porque genera una serie de problemas socio-económicos vinculados a la solvencia, que sólo el Derecho Mercantil ha sabido afrontar. Cuando esto se traslada a las sociedades, que son ellas mismas organizaciones, pero personas jurídicas, la posibilidad de conectar empresa con sociedad se puede producir de dos maneras: O, bien, porque el objeto de la sociedad se lleva a cabo de forma racionalmente organizada para obtener una mejor satisfacción de los intereses de los socios; O bien, porque la propia estructura de la sociedad, con pluralidad de órganos especializados, división del trabajo entre ellos, llevanza de contabilidad, etc.; en sí misma es adecuada para la actividad empresarial, pudiéndose afirmar directamente que la propia sociedad es una forma jurídica de la empresa. Pues bien, la Cooperativa reúne ambas y, por eso, hemos de concluir que la sociedad cooperativa es una sociedad mercantil. Sobre esta cuestión, *vid in extenso*, DÍAZ DE LA ROSA, Angélica. *Sociedad cooperativa. Prestación de Trabajo y condición de socio*, CECOOP, 2008.

sin ser, propiamente, consumidores o trabajadores, se ven afectados por la actividad de la empresa; algo parecido a lo que sucede, por ejemplo, con las cajas de ahorros, en cuyos órganos rectores intervienen, no sólo los depositantes y los trabajadores, sino -también- las entidades administrativas locales del área donde dichas entidades operan.

Desde la perspectiva estrictamente laboral -y, por consiguiente, no consumerista-, el Estatuto de los Trabajadores¹⁰ se ocupa de la participación de los trabajadores en la empresa en la que prestan sus servicios, y -así- recoge diversos mecanismos de participación. El art. 4.1.g) proclama expresamente el derecho de los trabajadores a la participación en la empresa. Por su parte, los artículos 61 y ss. del E. T., como pretendido desarrollo de este derecho, contienen las diversas formas de participación de los trabajadores en la empresa a través de los órganos de representación (derecho de representación colectiva). No podemos olvidar, tampoco, las previsiones contenidas en otras normas, incluso de ámbito extralaboral como, por ejemplo, la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal otorga a los representantes de los trabajadores competencias para ser oídos respecto del cierre de instalaciones del concursado, en la propuesta de Convenio y en otras materias (artículos 44.4, 100.2, 149. 1.1 y 148.3)¹¹.

Sin embargo, este derecho de representación colectiva no supone una participación institucional en sentido propio, ya que no hay participación en los órganos de gobierno de la sociedad¹²; lo que hay es, simplemente, una “representación y defensa

¹⁰ Real Decreto legislativo 1/1995 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹¹ En este sentido han que mencionar la Ley 10/1997 de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria (inspirada a su vez en la Directiva 94/45, de 22 de septiembre, sobre Comités de Empresa Europeos) que fue modificada parcialmente por la Ley 44/1999 de 29 de noviembre y el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, derogó el Capítulo I de su Título III. En el ámbito de las Administraciones Públicas lo dicho más arriba sobre la participación en la empresa por medio de los órganos de representación, se recoge en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas que prevé los Delegados de Personal, las Juntas de Personal, Mesas Negociadoras y el Consejo Superior de la Función Pública, como órgano superior colegiado de participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. En el ámbito de las Cortes Generales los artículos 31 y siguientes del Estatuto del Personal de las Cortes Generales de 26 de junio de 1989, contemplan la participación del personal de las Cortes Generales en la determinación de sus condiciones de trabajo a través de la Junta de Personal y la Mesa Negociadora. Tampoco hay que olvidar lo dispuesto en la Ley orgánica 14/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (artículos 8 y siguientes) y en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (artículos 33 y siguientes), que prevé las obligaciones de consulta del empresario a los trabajadores para adoptar determinadas medidas en la empresa y la participación de los trabajadores en las cuestiones de prevención de riesgos en el trabajo.

¹² PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 537, quienes señalan como formas de participación de los trabajadores en la empresa la participación en beneficios, la participación en la propiedad (como por ejemplo sucedería en el caso de las Sociedades Laborales en las que la participación de los trabajadores se deriva de las acciones que se encuentran en su poder), o la participación en la gestión entre otras. Por su parte, RIVERO LAMAS, Juan. “Participación y representación de los trabajadores en la empresa”, *Revista Española de Derecho Trabajo*, núm. 84, Julio-Agosto 1997, pp.501 y ss., diferencia entre participación interna y participación externa. La primera hace referencia a la presencia de los

de los derechos de los trabajadores en los lugares de trabajo a través de los órganos adecuados a tal fin”¹³. Así las cosas, no podemos confundir el término “representación” con el término “participación” de los trabajadores en la empresa. En este mismo sentido, sí que procede afirmar -bien por el contrario- que la legislación cooperativa –a diferencia de lo que sucede en la legislación laboral¹⁴- efectivamente contiene auténticas vías para hacer efectiva la participación de los trabajadores en la gestión y en la economía de la empresa. Prueba de esta participación en la administración de la Cooperativa la encontramos en el artículo 33.3 de la Ley de Cooperativas 1., que posibilita la participación de uno de los trabajadores en el Consejo Rector que es el órgano de gobierno de la sociedad cooperativa. Aunque, en principio, pueda parecer ridícula la participación de un solo miembro en representación de los trabajadores, no podemos perder de vista que el art. 33.3 establece que el número de miembros del Consejo Rector ha de ser como mínimo de tres y como máximo de quince. De tal modo que en los casos en los que el número de miembros sea de tres, la participación no es nada desdeñable.

Y, por lo que hace a la participación económica, como señala RIVERO LAMAS, “la participación en los resultados económicos de la empresa también ha experimentado un nuevo impulso al compás de las demandas de mayor flexibilidad en la fijación de los salarios, arbitrándose para ello fórmulas que tienen un punto de arranque bien en la ley o en los convenios colectivos para vincular una parte de la retribución a los resultados de la empresa”¹⁵. Pues bien, esto es lo que sucede con la posibilidad del complemento salarial del art. 58.5, que, si bien no puede ser inferior al establecido en la norma laboral, posee un importe -superando el límite señalado- en función del resultado económico de la sociedad¹⁶.

trabajadores en un órgano de gobierno de la empresa constituida en forma social, ya sea en el propio consejo de administración o en un órgano de gestión diferente de carácter mixto. Por su parte, la participación externa hace referencia a los derechos de información, consulta o decisión y a las diversas formas de control que se atribuyen a un órgano colectivo que ostenta la representación del personal, o bien a las asociaciones sindicales. Este autor también realiza otras clasificaciones como la de participación con representación directa o indirecta, o la de participación según los distintos grados de intensidad funcional. Por lo que hace a las distintas clases de participación en el Derecho Cooperativo, vid VALDÉS DAL-RE, Fernando. *Las cooperativas de producción*, Montecorvo, Madrid, 1975, p. 229. FAJARDO GARCÍA, Isabel Gemma. “Participación de los trabajadores en el régimen socioeconómico de la Cooperativa”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 7, Julio-Septiembre, 1989, pp.146 y 147.

¹³ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. 2001, p.143.

¹⁴ A salvo el Acuerdo sobre participación sindical en la empresa pública suscrito entre responsables de la empresa pública y la UGT el 16 de Enero de 1986.

¹⁵ RIVERO LAMAS, Juan. 1997, p. 508.

¹⁶ Si bien, ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2000, p. 349, entienden que cuando se da la garantía de un salario mínimo convencional o legal no hay tal participación en beneficios sino simplemente un módulo de fijación. Estos beneficios pueden actuar como un incentivo o prima. MONTROYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*, 20ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, p. 382: “La participación del trabajador en beneficios es, pues, salario tanto si constituye una parte o la totalidad de la retribución del trabajador... el trabajador que participa en beneficios no se convierte sin más en socio...”.

Todo lo expuesto anteriormente debe entenderse sin perjuicio de la participación a través de la información¹⁷, y demás derechos que les correspondan a los asalariados como consecuencia de la existencia de los Comités de empresa, en aquellas cooperativas en las que haya 50 o más trabajadores y se constituya el mismo.

Por su parte, la Constitución peruana de 1993, también contiene una previsión similar en el art. 29, en el que se establece que: “El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación”. Cuando este precepto habla de promover otras formas de participación, entendemos que se refiere a otras formas de participación de los trabajadores en la empresa y, por lo tanto, se podría aplicar aquí lo antes señalado para el caso español. Me refiero a que la cooperativa, o mejor dicho, la cooperativa de trabajo asociado, constituye una auténtica fórmula de participación de los trabajadores en la empresa; se trata de una participación intensa que permite que los propios socios trabajadores lleven directamente la gestión de la empresa cooperativa. Y, como auténtica forma de participación, debe ser promovida por el Estado peruano.

Continuando con la aproximación al art. 129.2, vemos que en el último inciso de este precepto se establece lo siguiente:

“También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”.

Este acceso a la propiedad de los medios de producción ha de enmarcarse constitucionalmente con el respeto a los principios de “libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (art. 38) y al “el derecho a la propiedad privada y a la herencia” a que se refiere el artículo 33.1; es decir, nuestro modelo constitucional se ha construido sobre los pilares de la propiedad privada de los medios de producción¹⁸. Así pues, los mecanismos posibilitadores del acceso a los medios de la producción, han de desarrollarse dentro de este marco constitucional. En este sentido, las instituciones de economía social (cooperativas, sociedades laborales, etc.) constituyen auténticos mecanismos colectivizados de acceso a los medios de producción, respetuosos con el sistema socio-económico consagrado en nuestra constitución, que proporcionan ese acceso sin violentar las instituciones fundamentales del Derecho privado patrimonial: la Propiedad -el derecho al patrimonio- y la Libre Iniciativa económica. Es decir: que convierten a los trabajadores -modificando su condición original de trabajadores, o directamente, sin pasar por esa primera situación- en socios de la misma sociedad, a la que podrían prestar sus servicios asalariados.

¹⁷ RIVERO LAMAS, Juan. 1997, p. 504, nos dice que la participación institucional puede examinarse desde una perspectiva institucional, atendiendo al grado o intensidad de la participación. Así habla de funciones de información, de consulta y de codecisión -esta última como grado máximo-. Este derecho de información lo concibe como un grado elemental y débil de democratización de la empresa que trata de hacer más transparente la actividad empresarial y su gestión.

¹⁸ Sin perjuicio de otras fórmulas de titularidad pública (art. 128.2).

Dicho esto, queda una advertencia: no podemos olvidar la personalidad jurídica de las fórmulas societarias, esto es, no nos podemos olvidar que una vez que la cooperativa —o cualquier otro tipo societario de economía social— está válidamente constituida, adquiere personalidad jurídica diferente de la de sus socios y que la titular de los medios de producción es la cooperativa y no los socios individualmente considerados, los medios de producción, son propiedad de la cooperativa.

III. ALCANCE DE LA REFERENCIA CONSTITUCIONAL A LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS Y A SU FOMENTO

El artículo 129.2, además de los mandatos de promoción de las diversas formas de participación en la empresa y de establecimiento de los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, contiene una referencia expresa a las sociedades cooperativas y no al resto de las instituciones de economía social.

Al marcado carácter social que tienen las sociedades cooperativas, que las hace, por sí mismas, merecedoras de protección constitucional, hay que añadir la posibilidad que nos ofrecen las cooperativas para dar efectividad a un gran número de derechos y principios constitucionales, que los poderes públicos difícilmente pueden garantizar en toda su extensión y plenitud. Sirvan de ejemplo, el derecho a una vivienda digna y adecuada (Art. 47 CE), mediante la creación de cooperativas de viviendas (Arts. 89 a 92 de la Ley General de Cooperativas -LGC- y 133 a 139 de la Ley de Sociedades Cooperativas de Andalucía -LSCA-); la defensa de los consumidores y usuarios (Art. 51 CE) a través de las cooperativas de consumidores y usuarios (Art. 88 LGC); facilitar la materialización y generalización del derecho a la educación (Art. 27 CE) mediante las cooperativas de enseñanza (Art. 103 LGC); el acceso de los trabajadores a los medios de producción (Art. 129 CE), así como facilitar el ejercicio del derecho al trabajo (Art. 35 CE) y la consecución del pleno empleo (Art. 40,1 CE), a través de las cooperativas de trabajo asociado (Arts. 80 a 87 LGC y 120 a 130 LSCA).

Ahora bien, esta mención especial a las cooperativas se hace para encargarle a los poderes públicos su fomento, pero no cualquier tipo de fomento, sino —precisa y adicionalmente (porque no excluye la protección deparada como forma de participación en la empresa)— mediante una legislación adecuada, textualmente: “Los poderes públicos (...) fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas”. La cuestión es, pues, establecer el alcance de la expresión “fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas”. Más concretamente, trataremos de entender a qué se refiere la Constitución Española al hablarnos de “mediante una legislación adecuada”.

En una primera aproximación al panorama legislativo español, en materia de cooperativas, pudiera parecer que ese mandato constitucional se plasma en el hecho de que todos los territorios autonómicos —integrantes del Estado español— han de

dotarse de sus propias normas de cooperativas, de modo tal que, nuestra legislación cooperativa aparece integrada por una ley estatal de cooperativas, y por las distintas leyes de cooperativas autonómicas vigentes en este momento. Viendo esta situación, un observador externo podría pensar que las Comunidades Autónomas presentan fuertes peculiaridades, o una idiosincrasia propia, que justificaría la preocupación constitucional por una regulación autonómica diferenciada de la regulación estatal. Pero, nada más lejos de la verdad: la regulación de la materia cooperativa por parte de las Comunidades Autónomas, plantea una cuestión previa y de especial relevancia que ha de ser abordada antes de entrar en otras consideraciones. Si partimos, como señalamos al comienzo de esta exposición, de la consideración de las sociedades cooperativas como fórmulas societaria de naturaleza mercantil, el paso siguiente ha de ser negar a las Comunidades autónomas la posibilidad de entrar a regular esta materia. El art. 149.1 establece que: el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 6ª.-Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

El silogismo será:

Premisa mayor: Si la materia mercantil es competencia exclusiva del Estado.

Premisa menor: Si las sociedades cooperativas son sociedades mercantiles.

Conclusión: las sociedades cooperativas son competencia exclusiva del Estado.

Es más, la regulación de la cuestión cooperativa, por parte de las Comunidades Autónomas, no sólo deviene inconstitucional por infringir el precepto que acabamos de transcribir, sino que puede, incluso, afectar al principio constitucional de unidad de mercado al establecer soluciones jurídicas distintas par los mismos supuestos de hecho ¿Cómo hemos llegado a esta situación?, son razones de oportunidad política las que siguen justificando este panorama legislativo difícilmente solucionable en la actualidad y que, en su día, se generó por una intensa presión política, por parte de los poderes públicos, tendente a incrementar al máximo el número de competencias autonómicas.

Nos movemos en una cuestión de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas; esto es: en el marco constitucional del Tít. VIII “de la organización territorial del Estado”. Dentro de este título se encuentra el art. 149.3, que es uno de los que ha provocado mayores discordias y que presenta el riesgo congénito de ser objeto de abusos, por parte de movimientos nacionalistas que pervierten el Estado Autonómico, que es un modelo de concentración con descentralización, y no un modelo confederal. El mencionado artículo establece que las Competencias que:

“Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los

Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

Sobre la base de este artículo se construyó, en gran medida, la argumentación que favoreció la regulación de las sociedades cooperativas por parte de las Comunidades Autónomas. De este modo, se expuso que, como -formalmente- la regulación de la materia cooperativa no era una competencia que hubiera sido expresamente atribuida al Estado, en exclusiva, la misma podría ser asumida por las Comunidades Autónomas, para su ejercicio exclusivo y -además- originario, y no de mero desarrollo. El Tribunal Constitucional se pronunció sobre la cuestión reconociendo la competencia de las Comunidades Autónomas señalando que “La Constitución no reserva de modo directo y expreso competencia alguna al Estado en materia de cooperativas y en consecuencia, de acuerdo con el art. 149.3 de la propia Norma, la Comunidad tiene las competencias que haya asumido en su Estatuto, correspondiendo al estado las no asumidas”¹⁹.

El argumento resulta absolutamente falaz y rechazable: sería tanto como decir que las Comunidades Autónomas tienen competencia para regular las sociedades anónimas, limitadas, colectivas o comanditarias... porque la Constitución tampoco las atribuye expresamente al Estado. Claro que, como el art. 149, nº 1. 6º, atribuye al Estado, en exclusiva, la “legislación mercantil”, las citadas sociedades quedarían amparadas bajo esta rúbrica. Y, en buena lógica, también deberían estarlo las cooperativas... ¿O no? A partir de este punto, el problema se desplaza a la mercantilidad o no de las cooperativas.

Así; para culminar esta argumentación, se hizo preciso extirpar la materia cooperativa del ámbito de la legislación mercantil, porque ésta última aparece expresamente atribuida al Estado como competencia exclusiva. Mas, a este respecto, el Tribunal Constitucional español no se compromete en lo científico -aunque sí en lo político-, y eludiendo todo tipo de pronunciamiento sobre la naturaleza de las sociedades cooperativas, directamente reconoce a las Comunidades Autónomas la competencia normativa sobre esta materia.

En mi opinión, el Tribunal Constitucional elude la cuestión porque le resulta políticamente incómoda, ya que entrar en ella sólo nos puede conducir a dos caminos y ambos llegan al mismo lugar, a saber: un camino será reconocer -como no puede ser de otra forma, si se realiza un análisis exhaustivo de la naturaleza jurídica de las sociedades cooperativas- que las cooperativas son Sociedades y que, en la medida en que llevan a cabo una actividad constitutiva de empresa, son mercantiles; el otro camino será negarles la mercantilidad, lo que supone, necesariamente, reconocerles su civilidad

¹⁹ Fundamento Jurídico I de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1983. En esta misma sentencia el Tribunal Constitucional, en el párrafo final, antes del fallo hace una puntualización “Problema distinto, que no es el aquí planteado, es el de que si en algún supuesto, por aplicación de la legislación general de carácter mercantil, debiera calificarse de sociedad mercantil algún tipo de cooperativa. En este caso sería de aplicación la legislación mercantil, que es competencia exclusiva del Estado, de acuerdo con el art. 149.1.6,...”.

(o es una sociedad mercantil o, si no, ha de ser una sociedad civil). Pero, lejos de servir esto para extraerlas de la competencia del Estado sobre la materia, antes bien reafirma esa competencia originaria, ya que -en cualquier caso- los dos senderos conducen al mismo lugar: la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil (art. 149.1.6^a) y sobre la legislación civil (art. 149.1.8^a) y la exclusión de la competencia autonómica en estas materias.

En esta tesitura, hubiera sido preferible que existiese una norma básica de carácter estatal que recogiese las instituciones y principios básicos del cooperativismo, y que las Comunidades Autónomas sólo desarrollaran aquellas cuestiones que fuesen verdaderamente peculiares y que, sin afectar a la unidad de mercado, justificaran un desarrollo independiente. De esta manera se evitaría, no sólo la situación de confrontación con la Constitución, sino también la absurda duplicación, triplicación... de leyes autonómicas cooperativas, con contenidos -sustancial y, a veces, hasta formalmente- idénticos o muy parecidos.

Expuesto lo anterior, lo que queda claro es que fomentar mediante una legislación adecuada no es sinónimo de proliferación injustificada de normas autonómicas y que, por lo tanto, hemos de buscar otro significado para esta expresión.

De lo que se trata, cuando hablamos de fomentar mediante una legislación adecuada, es de promulgar normas jurídicas y aplicar políticas socioeconómicas que favorezcan el cooperativismo²⁰. En este sentido, el Gobierno español -reconociendo la contribución de las instituciones de economía social en aras al desarrollo socio-económico, a la creación de empleo y a la recuperación de la confianza en los mercados- ha anunciado la aprobación de una Ley de Economía Social antes de que finalice el año 2010. La nueva Ley definirá un marco legal para la economía social, atendiendo a sus rasgos más característicos y acogiendo su diversidad. Así mismo, se fija como uno de los objetivos de la futura Ley la reducción de las trabas burocráticas de estas empresas.

Pero esto no es suficiente, resulta necesario que se promulguen normas y que se apliquen políticas que favorezcan específicamente el cooperativismo, y cuando digo "específicamente" quiero decir que se favorezcan frente a las demás fórmulas societarias. En este sentido quisiera hacer una reflexión, en clave de principios generales del Ordenamiento jurídico español: resulta que la Legislación laboral está inspirada por el principio "*pro operario*", y existe todo un Derecho del Consumo que, a su vez, existe porque se reconoce el principio "*pro utenti*", entonces: ¿Por qué no inducir, a partir de semejante base, un principio "*pro societate cooperativa*" o "*pro cooperatione*", o bien "*pro operario ac pro utenti in cooperatione*"? Esto es algo que no se da en los otros tipos societarios mercantiles o civiles, por la sencilla razón de que no son tipos societarios de estructura mutualística; porque son tipos societarios en los que no existe -siquiera constitutivamente- coincidencia entre la condición de socio y de productor o de consumidor. Es algo que es privativo de sociedades como las cooperativas, las mutuas de

²⁰ Sobre las medidas adoptadas por el Gobierno de España. *Vid.* en la página Web del Ministerio de Trabajo e Inmigración el Balance del programa de fomento de la economía social, mayo 2008-noviembre 2009.

seguros y mutualidades de previsión, las sociedades laborales y, acaso, alguna otra forma societaria mutualizante.

Y, como estamos ante un principio exclusivo del cooperativismo, un principio que exige su promoción, y que no se da en otros sectores, entonces creo que cabe extraer dos conclusiones importantísimas y estrechamente interrelacionadas: en primer lugar, que es obvio que solamente las sociedades cooperativas y entidades similares podrían -y deberían- beneficiarse de las consecuencias de la aplicación de ese principio “pro cooperativa”, no las otras formas societarias.

Y, en segundo, que ese principio pro-cooperativo debería ser entendido, necesariamente, como algo así como un principio de “empresa más favorecida”, de forma que cualesquiera que fuesen las ayudas o medidas de fomento aplicables a las demás formas organizativas empresariales... las cooperativas siempre deberían ser objeto de un tratamiento más favorable. A decir verdad, esto es algo que podría latir en el mismísimo Título preliminar de la Constitución española, cuyo art. 9.2 dice que “[c]orresponde a los poderes públicos... remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Y este principio no se respeta si se establecen medidas de fomento que benefician por igual al sector cooperativo y a otras formas de organización, toda vez que ese “igualitarismo” termina redundando en perjuicio de las cooperativas, que –al ser tratadas como iguales, cuando su condición es desigual– pierden la ventaja que institucional y constitucionalmente les depara el Ordenamiento jurídico.

IV. IMPULSO LEGAL DEL COOPERATIVISMO EN EL PERÚ

En la Constitución del Perú no encontramos precepto alguno que contenga un mandato de las mismas características que el art. 129.2 de la Constitución española. Quizá en el momento de aprobación de la Norma Fundamental peruana²¹, todavía pesaba en exceso la desafortunada experiencia cooperativa, sufrida por el país con el régimen del Presidente Velasco Alvarado y su reforma agraria.

Durante el período comprendido entre Junio de 1969 y Junio de 1979 -alegando como fundamento y justificación un objetivo de pretendida justicia redistributiva- se expropiaron 15.826 fundos, que representaban unas 9 millones de hectáreas, y se entregaron a 370.000 familias beneficiarias, que representaban alrededor del 27% de la población rural, habiéndose organizado en forma de cooperativas agrarias de producción (CAP) y en sociedades agrícolas de interés social (SAIS)²². Estas nuevas formas organizativas de explotación comunitaria de la tierra resultaron ser un auténtico fracaso, en primer lugar, porque no se observó el primero de los postulados cooperativos: me refiero a la voluntariedad de la agrupación. Muy

²¹ Constitución Política de 1993.

²² EGUREN, Fernando. *Reforma agraria y desarrollo rural en el Perú*, www.cepes.org.pe/debate/num-ante.htm.

por el contrario, fue una voluntad política -y no individual- la que condujo a la constitución de este tipo de sociedades. Y, en segundo lugar, el experimento cooperativista fracasó, también, por la falta de formación empresarial y cooperativa de las personas a quienes se entregaron las tierras para su explotación comunitaria. Esta catastrófica reforma agraria fue una de las principales causas que llevo al Perú a sumirse en una profunda crisis económica desde 1975 hasta 1990, y cuyos coletazos todavía pueden sentirse hoy en día.

Pero la crisis económica no fue la única consecuencia: hubo otras. Y una de ellas tiene que ver con el ámbito de la sociología jurídica o de la política legislativa: se generó una enorme desconfianza frente a la institución de la Sociedad Cooperativa, en sí.

Mas a pesar de no haber una referencia constitucional expresa al fomento cooperativo, lo cierto es que a lo largo de toda la Norma Constitucional peruana sí que cabe detectar múltiples referencias que pueden llegar a justificar constitucionalmente un tratamiento preferencial de las sociedades cooperativas. El Título III, “del régimen económico”, concretamente dentro de su Capítulo I, “principios generales”, dedica el art. 58, a establecer que el sistema económico del Perú será una economía social de mercado, y el art. 59 establece el reconocimiento de la libertad de empresa, lo cual supone la posibilidad de crear una empresa y que ésta adopte cualquiera de las formas admitidas en Derecho, sin excluir, por tanto, la posibilidad de que revista la forma jurídica de sociedad cooperativa. Así, parece reconocerlo también el art. 60, cuando nos dice que: “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa”. Dentro de esas diversas formas de propiedad y de empresa cabe, sin lugar a ninguna duda, la posibilidad de crear una sociedad cooperativa.

Pero, quizá, uno de los artículos constitucionales que puede resultar más relevante, en materia de fomento cooperativo, sea el Art. 29 según el que “El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación”. Promover otras formas de participación, supone -¿por qué no?- promover el cooperativismo y promoverlo aprobando normas y adoptando políticas que favorezcan a las sociedades cooperativas en atención a su labor de integración y desarrollo social y económico que llevan a cabo este tipo de sociedades.

Fuera ya del ámbito constitucional, la propia Ley General de Cooperativas peruana (Decreto Supremo 074/90-TR), haciéndose eco de la idiosincrasia propia de las sociedades cooperativas, en su art. 1, contiene una declaración formal de promoción del movimiento cooperativo, concibiendo esta fórmula asociativa como: “necesidad nacional y utilidad pública”, en la medida en que dicha organización contribuye al desarrollo económico, al fortalecimiento de la democracia y a la realización de la justicia social.

El movimiento cooperativo se asienta en una serie de principios y valores cooperativos que hacen de este tipo de organización una forma societaria particular y

la diferencian de otros tipos de sociedades. Los valores cooperativos –que se mueven en el ámbito ético y moral– son:

- Ayuda mutua
- Responsabilidad
- Equidad
- Democracia
- Igualdad
- Y, solidaridad.

Estos valores tienen aplicación práctica a través de los denominados principios cooperativos que han sido reformulados por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) en 1995 y son los siguientes:

- Adhesión voluntaria
- Control democrático de los asociados
- Participación económica de los asociados
- Autonomía e independencia
- Educación, formación e información
- Cooperación entre cooperativas
- y compromiso con la comunidad.

Pues bien, algunos de estos principios son recogidos por la Ley de Cooperativas del Perú, si bien hemos de tener en cuenta que ésta es anterior a la nueva reformulación de tales principios por la ACI, a la que nos acabamos de referir. El art. 3 de la Ley de Cooperativas nos dice que las cooperativas han de respetar los siguientes términos:

“Toda organización cooperativa debe constituirse sin propósito de lucro, y procurará, mediante esfuerzo propio y la ayuda mutua de sus miembros, el servicio inmediato de éstos y el mediato de la comunidad”.

Con esta formulación legal se está dando entrada a los valores de ayuda mutua y democracia, que han de imperar en toda cooperativa y, además, alude al principio de interés por la comunidad y cooperación entre los socios. Pero, quizá, la cuestión que resulta más relevante al objeto de nuestro estudio es la proclamación negativa que efectúa este artículo: “debe constituirse sin propósito de lucro” ¿Quiere esto decir que la cooperativa no es una Sociedad por no concurrir en ella una finalidad lucrativa?

El antiguo art. 124 Código de Comercio de 1902, fuertemente influenciado por el Código de Comercio español de 1885, establecía lo siguiente:

“El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común, bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”.

Se planteaba aquí la misma problemática que en el caso español, me refiero a que, habría que establecer cuál es el criterio que nos permite calificar a una sociedad como civil o como mercantil. Ahora bien, esta dialéctica entre sociedad civil o mercantil no puede ser estudiada sin llevar a cabo un análisis que nos permita confrontar los propios conceptos legales relativos a estas sociedades –civil y mercantil– para poder establecer cuáles son las notas que nos permitan cualificar una u otra sociedad.

El artículo 1686 del Código Civil de 1936 definía el Contrato de Sociedad en los siguientes términos:

“Por la sociedad dos o más personas convienen en poner en común algún bien o industria, con el fin de dividirse entre sí las utilidades”.

El contenido de los artículos reproducidos es prácticamente idéntico, con lo que estaríamos ante un fenómeno jurídico unitario que es objeto de regulación por partida doble. Así, ambos conciben la sociedad como el compromiso de dos o más personas de poner en común bienes o industria para promover un fin común. Así, el art. 1686 del C. Civ. consagraría el lucro en sentido subjetivo, entendido como “fin de dividirse entre sí las utilidades”, mientras que -por su parte- el art. 124 del C. de Com. hablaría de ánimo de lucro, pero a diferencia del art. 1686 del C. Civ lo haría en sentido objetivo-finalista: no es ya que la sociedad reparta los beneficios sino que, directamente, los persigue (“El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil”).

De los preceptos citados, parece inferirse que el criterio para distinguir las sociedades civiles de las mercantiles ha de buscarse fuera de la esencia del Contrato de Sociedad²³.

El ánimo de lucro al que se refiere el art 1686 C. Civ. no es elemento necesario del concepto de sociedad y, por lo tanto, no es elemento del que dependa la aplicación de la disciplina societaria. La causa del contrato de sociedad es el fin común, lo que

²³ En relación con esta misma problemática en el caso español, GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, Joaquín. *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I, Vol. I, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1947, p. 381, afirma lo siguiente: “La doctrina española, sin darse cabal cuenta de su razón, destaca la imposibilidad de distinguir en cuanto al fondo en una sociedad civil de una mercantil, y olvida que esta misma imposibilidad ocurre si se intenta distinguir cualquier contrato mercantil de su correlativo civil, atendiendo al contenido de las obligaciones. Las obligaciones contractuales son idénticas en la venta civil y en la mercantil y lo mismo pasa en el depósito y en el préstamo y en el mandato y en la sociedad. La especialidad del contrato mercantil no afecta nunca a la esencia del acto, sino a ciertos elementos adyacentes de naturaleza subjetiva, objetiva, real o formal”.

importa es que el fin sea común a todos los socios, y no la finalidad lucrativa. Así, como ha señalado un sector doctrinal, la “*causa societatis*”, como la de algunos otros negocios instrumentales (cesión de crédito, delegación, letra de cambio), es una causa plural y fungible, apta para encuadrar los más distintos fines (lucrativos, consorciales, mutualistas, ideales, etc.) con independencia de que se persigan por fines egoístas o altruistas... El fin común es, en efecto, el nervio causal que endereza cualquier fenómeno societario²⁴.

Por tanto, el ánimo de lucro no es nota esencial de las sociedades; no puede ser considerado como el dato relevante para determinar el carácter “societario” de las agrupaciones humanas finalistas de carácter voluntario²⁵. Y, de este mismo modo, el que las sociedades cooperativas, en el Perú, no puedan tener ánimo de lucro -por imperativo legal²⁶-, no tendría por qué impedir su aptitud para ser calificadas como sociedades, en sentido propio, ya que –insisto– el ánimo de lucro no es un elemento esencial de este concepto. Siguiendo esta argumentación, el criterio diferenciador, hemos de buscarlo fuera del núcleo del contrato de sociedad.

En una primera aproximación, pareciera que pudiera ser un criterio formal el que nos ofreciese la solución; esto es, como señala el art. 124 del C. de Com., serían mercantiles aquellas sociedades que se constituyan con arreglo al C. de Com. Habrá, pues, que determinar qué se entiende por “constitución con arreglo a las disposiciones de este Código”. En opinión de algunos autores²⁷, esta afirmación debe entenderse como cumplimiento de los requisitos exigidos para adquirir la personalidad jurídica²⁸. Pero la posesión o no de personalidad jurídica no constituye un criterio eficaz de diferenciación, ya que, faltando las solemnidades del artículo citado, la constitución de la sociedad será irregular, no tendrá capacidad de obrar comercialmente, pero habrá “contrato de compañía” y será mercantil²⁹.

Por otra parte, la posesión o no de personalidad jurídica no constituye un criterio eficaz de diferenciación, ya que si una sociedad adquiere personalidad, este hecho sólo nos garantiza que tengamos ante nosotros un “sujeto”, pero nada nos asegura que –por ese sólo hecho– dicho sujeto sea, además y precisamente, un “comerciante”.

²⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido. “Ánimo de lucro y Concepto de Sociedad (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)”, en: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje al Profesor Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, p. 752.

²⁵ En sentido contrario, TRUJILLO DIEZ, Iván Jesús. *Cooperativas de Consumo y Cooperativas de Producción*, Aranzadi, 2000, p. 155 y PANIAGUA ZURERA, Manuel. 1997, p. 391.

²⁶ El art. 3 de la Ley de Cooperativas peruana establece que: “ Toda organización cooperativa debe constituirse sin propósito de lucro, y procurará, mediante el esfuerzo propio y la ayuda mutua de sus miembros, el servicio inmediato de éstos y el mediato de la comunidad”.

²⁷ LANGLE Y RUBIO, Emilio. *Manual de Derecho Mercantil Español*, T. I., Bosch, Barcelona, 1950, pp. 353 y ss.: “¿Qué significa que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este código? ... 1º que no alude a un precepto único (ni el 122, ni el 119, por sí solos), sino al conjunto de disposiciones del C. de Com., 2º que dicho art. 116 no da pura y simplemente el concepto de la compañía mercantil, sino de la mercantilidad regular”.

²⁸ Los requisitos a los que se refiere el art. 119 del C. de Com. español son el de constitución en escritura pública y el de inscripción en el Registro Mercantil.

²⁹ LANGLE Y RUBIO, Emilio. 1950, p. 354.

No creemos, pues, que hubiese sido un criterio formal, el que nos hubiese permitido establecer cuál era la verdadera naturaleza jurídica de una sociedad, máxime si tenemos en cuenta el principio de atipicidad, que rige en el derecho societario, que permite la invención de nuevos tipos³⁰.

Así las cosas, consideramos que el criterio más adecuado para establecer la mercantilidad de las sociedades sería un criterio objetivo³¹; es decir, la sociedad es mercantil porque la actividad constitutiva de su objeto social es mercantil³². Sin embargo, esta última afirmación ha de ser matizada, ya que -en la mayor parte de los casos- las actividades no son, “*per se*”, ni civiles ni mercantiles; una u otra condición la adquieren por la forma en que dichas actividades se desarrollan, por el sujeto agente [en este caso, una sociedad]. Así, una actividad será mercantil -y por lo tanto, transmitirá esta mercantilidad a la sociedad- cuando se desarrolle en términos tales de organización, racionalización, división de trabajo, etc., que sea constitutiva de empresa³³. Será, pues, el concepto “empresa” -como fue señalado por GIRÓN TENA- el factor determinante de la mercantilidad del objeto social.

Una vez determinado que el criterio que resultaba más adecuado para calificar a una sociedad como mercantil es el criterio objetivo de la empresa, debemos señalar que en el caso de las Sociedades Cooperativas³⁴ el objeto social está constituido por “actividades empresariales” -además, llevan a cabo actividades externas en el mercado

³⁰ SÁNCHEZ CALERO, Francisco. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I., Madrid, 2003, p. 222, si bien, esta afirmación ha de hacerse con cautela, ya que la creación de sociedades que no se ajusten a ninguno de los tipos legales previstos por las leyes, no puede quedar al arbitrio de la voluntad de las partes, ya que atenta contra las normas imperativas del Derecho de Sociedades en general y contra la seguridad del tráfico y de terceros. Lo que sí sería posible es la formación de subespecies sociales mediante la combinación o deformación de los tipos sociales existentes que tratan de atender las necesidades del tráfico económico. GIRÓN TENA, José. 1976, p. 90. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. *La atipicidad en derecho de sociedades*, Pórtico, Madrid, 1977, pp. 78 y ss.

³¹ LANGLE Y RUBIO, Emilio. 1950, p. 354 que afirma que “Hallamos en conclusión que la tesis correcta, dentro de nuestro Derecho Positivo, es realista, según la cual la comercialidad de las sociedades dimana de su objeto, consistente en el ejercicio del comercio”.

³² BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 174, que afirma lo siguiente: “Finalmente ¿Cuál es el criterio del que depende la mercantilidad de las sociedades colectiva y comanditaria? Sin duda, la naturaleza mercantil o industrial de la actividad para cuya explotación la sociedad se constituye”.

³³ GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. “Reflexiones sobre el concepto de Sociedad y el Derecho de Sociedades”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 33, Dic. 2000, p. 213.

³⁴ LLUIS Y NAVAS, Jaime. *Derecho de Cooperativas*, T. I, Bosch, Barcelona, 1972, p. 43, según el cual, “La cooperativa es una sociedad económica. Por tanto, en sí misma no es una empresa, pero de la organización que establece y de sus actividades resulta una empresa y especialmente vinculada a la sociedad, dado que esta opera con los propios socios”. ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio. Prólogo a *la Legislación sobre Cooperativas*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 11 y ss. “La Sociedad Cooperativa pertenece al Derecho Mercantil. La afirmación se hace desde la preocupación científica, no desde la oportunidad política, lamentando por lo demás que con frecuencia la primera vaya a remolque de la segunda”. GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Carlos. “La necesidad de la consideración de la sociedad cooperativa como entidad mercantil para la adecuada regulación”, *Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 6, 1998, p. 208, quien manifiesta de modo categórico que “A estas alturas del tiempo no hay discusión, ni en la práctica ni en la teoría, acerca de que la sociedad cooperativa es una empresa: una organización -por supuesto de personas como cualquier otra- que produce y distribuye bienes y servicios en el mercado”

en concurrencia con otras empresas-, por lo tanto, esta organización empresarial de las actividades comunica a la propia sociedad cooperativa su carácter mercantil³⁵.

El panorama cambia radicalmente con la aprobación de la vigente Ley General de Sociedades³⁶, en la que se define a las sociedades en los siguientes términos “Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas”. A la luz de este artículo, vemos que lo que tipifica a la sociedad es, simplemente, la promoción colectiva de un fin común a través del desarrollo de actividades de carácter económico. El concepto de sociedad ha variado, se ha optado por un concepto amplio -quizá no amplísimo, pero desde luego no restringido- de sociedad, que se polariza en torno a la idea de la promoción colectiva de un fin común a todos los socios, prescindiéndose del ánimo de lucro, como elemento esencial del contrato de sociedad³⁷, y de la propia organización societaria resultante.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley General de Sociedades señala que: “Toda sociedad debe adoptar alguna de las formas previstas en esta ley. Las sociedades sujetas a un régimen legal especial son reguladas supletoriamente por las disposiciones de la presente ley”. De lo que se infiere que las sociedades cooperativas, que son un forma societaria y que tienen su propia Ley especial -el Decreto supremo 074/90-TR, se regularán, de forma supletoria, por las disposiciones contenidas en le Ley General de Sociedades, en especial, las contenidas en Libro Primero que recoge las reglas aplicables a todas las sociedades –sin diferenciación del tipo–.

Pero estamos ante una sociedad civil o mercantil ¿Cuál es el criterio que las diferencia? Si, como parece, existe, en Derecho peruano, un concepto general de sociedad; un concepto que es, en sí mismo, genérico –Así, la Sociedad sería el género; un concepto genérico, en sí–, entonces sucede que la Sociedad Civil se configurará como un tipo más de sociedad, igual que la sociedad anónima, la limitada o la colectiva. Así las cosas, habremos de concluir que la Sociedad Cooperativa peruana no podría ser una sociedad civil, porque ella misma es un –otro– tipo específico, dentro de la categoría general delimitada por el concepto amplio de sociedad, -una especie más dentro del

³⁵ GÓMEZ CALERO, Juan. “Sobre la mercantilidad de las cooperativas”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 135-136, Enero-Junio, 1975, pp. 344 y ss., quien establece que: “... las cooperativas pueden desarrollar habitualmente tales actividades mercantiles sin que ello acarree su disolución a su descalificación, la conclusión a que llegamos es esta: cualquier cooperativa que se dedique a actos extraños a la mutualidad, puede adquirir la condición de sociedad mercantil conforme al artículo 124 del Código de Comercio; en cuyo supuesto –y dado que la cooperativa tiene personalidad jurídica como ente colectivo- asumirá también la cualidad de “empresario mercantil” conforma al artículo 1.2 del propio Código”. Este mismo autor, acertadamente, nos recuerda que a la cooperativa se le aplica el estatuto del empresario con independencia de que lleve a cabo, o no, actos de comercio extraños a la mutualidad, y en la medida en que se considera que la consecuencia de la consideración mercantil es precisamente la aplicación del estatuto del empresario, pierde importancia la calificación ya que la aplicación de tal estatuto se produce por ministerio de la ley sin ser precisa la declaración de mercantilidad.

³⁶ Ley General de Sociedades N° 26887 de 9 de Diciembre de 1997.

³⁷ Uno de los principales defensores de esta corriente es el Prof. SÁNCHEZ CALERO, del cual tomamos la siguiente definición de Sociedad: “Es una asociación de personas que quiere conseguir una finalidad común a ellos, mediante la constitución de un tipo o clase de organización previsto por la ley”.

género sociedad- al igual que lo es la anónima, la limitada o la civil, y, por tanto, no podrá ser una sociedad civil porque es sociedad cooperativa.

Entonces, ¿cómo configura el Derecho peruano la figura de las sociedades “civiles”? ¿Cuál es el que podríamos describir como el “criterio de civilidad”? De conformidad con el art. 295 de la Ley General de Sociedades:

“La Sociedad Civil se constituye para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales por alguno, algunos o todos los socios”.

El precepto, en principio, merece un juicio laudatorio, aunque quizá con alguna reserva. Y la “*laudatio*” tiene que ver con el hecho de que, en cierta medida, la postura adoptada por el Legislador societario peruano se ajusta al criterio de mercantilidad por razón de la empresarialidad, que hemos defendido anteriormente. Y es que cuando el objeto social consiste en el “ejercicio personal” de una “profesión, oficio, pericia, práctica”, o cuando versa sobre “actividades personales de socios”, parece que lo que se está sugiriendo es que el nivel de organización económica de la actividad es tan escaso –se actúa personalmente–, que no es posible hablar de una actividad desarrollada en términos de “empresa”. La sociedad es “civil”, porque su objeto no es empresarial. Y no por razones cualitativas, sino cuantitativas; no por la índole del objeto de la actividad, sino porque la forma en que se lleva a cabo no incluye la organización racional de los medios de producción.

V. CONCLUSIÓN

En cualquier caso, estamos, o nos aproximamos a un momento propicio para poder dar un verdadero “empujón” a las Sociedades cooperativas y situarlas en el lugar que –por méritos propios– le corresponde y es que el año 2012 ha sido declarado, por los Estados miembros de la ONU³⁸, “Año de las Cooperativas”; con objeto de promover, aún más, la causa cooperativa en todo el mundo, toda vez que se ha reconocido, por la ONU, al modelo cooperativo como un factor importante del desarrollo económico y social, que promueve la mayor participación posible en el desarrollo económico y social de las personas en los países desarrollados y en desarrollo, y que, en particular, contribuye a la erradicación de la pobreza. La resolución insta a todos los gobiernos a crear un entorno más favorable para el desarrollo cooperativo, especialmente cuando se trata de proteger las finanzas de la creación de capacidad. Es, pues, el momento adecuado para empezar a poner en práctica el principio propuesto: el principio “*pro societate cooperativa*”, que permita adoptar medidas políticas y legislativas tendentes a conseguir una posición preponderante de las sociedades cooperativas sobre las demás fórmulas societarias y dando sentido al carácter de instituciones de “necesidad nacional” y “utilidad pública” proclamado en el art. 1 de la Ley de Cooperativas del Perú.

³⁸ Mediante resolución adoptada durante la 64ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York.