

EL PAPEL ESENCIAL DEL DERECHO COOPERATIVO¹

Antonio Fici

Profesor de Derecho Privado
Universidad de Molise

RESUMEN

La idea de que el Derecho cooperativo es esencial para el desarrollo de las cooperativas no es nueva, aunque solo recientemente está difundándose rápidamente por los ambientes cooperativos e instando a las entidades representativas del movimiento cooperativo a tomar acciones concretas. También a la luz de este interés renovado hacia la teoría del Derecho cooperativo, este artículo buscará demostrar que el reconocimiento y la protección de una identidad propia basada en un fin específico constituyen la función esencial del Derecho cooperativo. El artículo discutirá posteriormente, del mismo modo, desde una perspectiva de Derecho comparado, la naturaleza y la esencia de la finalidad de las cooperativas y algunas cuestiones relacionadas con su regulación.

PALABRAS CLAVE: Derecho comparado de las cooperativas, Derecho de las organizaciones, Fin de mutualidad, Identidad cooperativa, Función social.

1. En la revisión de la traducción al castellano del artículo han colaborado Cristina Cano Ortega, de la Universidad de Almería, y Antonio José Sarmiento Reyes, de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

THE ESSENTIAL ROLE OF COOPERATIVE LAW

ABSTRACT

The idea that cooperative law is essential for the development of cooperatives is not new, but only lately is it spreading rapidly within cooperative circles and urging representative entities of the cooperative movement to take concrete actions. Also in light of this renewed interest towards the cooperative legal theory, this article will seek to demonstrate that recognizing and protecting a distinct identity based on a specific purpose constitute the essential role of cooperative law. The article will subsequently discuss, also from a comparative legal perspective, the nature and essence of the cooperative purpose and some related regulation issues.

KEY WORDS: Comparative cooperative law, Organizational law, Mutual purpose, Cooperative identity, Social function.

CLAVES ECONLIT / ECONLIT DESCRIPTORS: K22, K33, K12.

SUMARIO

1. Introducción. 2. El papel esencial del Derecho cooperativo. 3. El fin de las cooperativas. 4. Las transacciones cooperativas y su regulación. 5. La actividad cooperativa con no socios. 6. La función social de las cooperativas y las cooperativas de interés general. 7. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

La idea de que el Derecho cooperativo es esencial para el desarrollo de las cooperativas no es nueva, aunque solo recientemente está difundándose rápidamente por los ambientes cooperativos, instando a las entidades representativas del movimiento cooperativo a tomar acciones concretas, tal como muchas circunstancias recientes lo demuestran claramente.²

El “Plan para una Década Cooperativa” de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) de enero 2013 incluye una declaración general, según la cual un marco legal “desempeña un papel crítico en la viabilidad y existencia de las cooperativas” y además, un capítulo entero dedicado al marco jurídico de las cooperativas, donde se establece el objetivo de “garantizar marcos jurídicos que apoyen el crecimiento cooperativo”.³

En el mismo documento, se hace referencia al Grupo de Estudio del Derecho Cooperativo Europeo (SGECOL) y su proyecto para formular los Principios del Derecho Cooperativo Europeo (PECOL) como iniciativas que pueden ayudar a cumplir ese objetivo, a través de un análisis comparativo de cómo las leyes se aplican a las cooperativas en varios ordenamientos jurídicos.⁴

2. Sobre la importancia de un adecuado marco jurídico para el desarrollo de las cooperativas véase ya la Resolución A/RES/56/114 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Cooperativas en el desarrollo social”, del 19 de diciembre de 2001, y las Directrices de la ONU de 2001 encaminadas a crear un entorno propicio para el desarrollo de las cooperativas (cf., sobre este particular, el punto 9 de este documento). Véase también la comunicación de la Comisión Europea COM(2004)18 del 23 de febrero de 2004, acerca de la promoción de las sociedades cooperativas en Europa.

3. Cf. Alianza Cooperativa Internacional, *Plan para una Década Cooperativa*, Enero 2013, p. 4 y capítulo 4, p. 25 y ss.

4. *Ibidem*, p. 30.

Posteriormente, en noviembre de 2013, la ACI estableció un nuevo comité temático dentro de su estructura, que es la Comisión de Derecho Cooperativo, con el objetivo de dar asesoramiento independiente a la ACI sobre el Derecho cooperativo, desarrollando propuestas para traducir los principios jurídicos a la legislación cooperativa a fin de garantizar la identidad cooperativa, y evaluar, asesorar, proponer y vigilar los cambios en las políticas cooperativas a nivel nacional, regional, internacional y global, en la medida en que afectan el Derecho cooperativo⁵.

En consecuencia, el Derecho cooperativo es un tema cada vez más debatido en las conferencias y cumbres cooperativas. Los más importantes han sido los siguientes: en 2012, que fue un año especial para las cooperativas⁶, dentro de la conferencia de la ACI en Manchester se organizó una pequeña sección acerca del Derecho cooperativo⁷; en 2013 en Brasil se llevó a cabo un congreso continental de Derecho cooperativo dentro de la conferencia regional de la ACI para la región de las Américas⁸; en 2014 en Colombia dentro de la tercera Cumbre Cooperativa de las Américas⁹ se realizó un foro de actualización del Derecho continental cooperativo.

5. La ComisiónEl Comité está integrado integrada por un presidente y dos expertos legales para cada región de la ACI (África, Asia Pacífico, Europa, América). El autor de este artículo ha sido designado para la región Europea.

6. En efecto, las Naciones Unidas proclamaron el año 2012 como el Año Internacional de las Cooperativas: cf. la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/64/136, 18 de diciembre de 2009. También, en la Resolución mencionada, hay una referencia al Derecho cooperativo. De hecho, la Asamblea General “Alienta a los gobiernos a que sigan examinando, según proceda, las disposiciones jurídicas y administrativas que rigen las actividades de las cooperativas a fin de promover su crecimiento y sostenibilidad en un entorno socioeconómico que evoluciona con rapidez, entre otras cosas, estableciendo para las cooperativas condiciones equiparables a las de otras empresas comerciales y sociales, incluidos incentivos fiscales apropiados y el acceso a los servicios y mercados financieros.”

7. El evento “Co-operativas Unidas” tuvo lugar en Manchester, 29 octubre-2 noviembre de 2012. La sección sobre el Derecho cooperativo fue organizada por el profesor Ian Snaith, un miembro del mencionado SGEOL.

8. El presidente de este congreso fue el profesor Dante Cracogna, y las actas se han publicado recientemente: cf. *Congreso Continental de Derecho Cooperativo* (Guarujá, San Pablo, Brasil, 8, 9 y 10 de octubre de 2013), Buenos Aires, Intercoop, 2014.

9. Esta cumbre se celebró desde el 2 hasta el 7 de noviembre en Cartagena de Indias, Colombia.

A su vez, las instituciones cooperativas están apoyando cada vez más proyectos de investigación en Derecho cooperativo, incluyendo el Derecho comparado de las cooperativas. El ya mencionado SGEVOL representa un ejemplo prominente de esto, puesto que fue creado gracias a los esfuerzos de una fundación italiana financiada por cooperativas italianas, y sus iniciativas, en particular el proyecto PECOL, están llamando la atención de grupos similares de juristas de otros continentes.¹⁰

También a la luz de este interés renovado hacia la teoría del Derecho cooperativo, este artículo tratará de demostrar que el reconocimiento y la protección de una identidad distinta, basada (predominantemente) en un fin específico, constituyen la función esencial del Derecho (sustantivo) de las sociedades cooperativas.¹¹ Posteriormente el artículo discutirá, también desde una perspectiva jurídica comparada, la naturaleza y la esencia del fin cooperativo y algunas cuestiones relacionadas con la regulación. Las conclusiones incluyen algunas implicaciones de política que surgen del análisis llevado a cabo en el artículo.

2. El papel esencial del Derecho cooperativo

El Derecho cooperativo pertenece al Derecho de sociedades, compartiendo así, en principio, sus objetivos generales¹². Por lo tanto, la cuestión es si el

10. Para obtener más información, cf. Fajardo *et al* (2012).

11. Estrictamente hablando, el Derecho cooperativo es el Derecho sustantivo de las entidades cooperativas – las cuales, dependiendo del ordenamiento jurídico, son denominadas “sociedades cooperativas”, “asociaciones cooperativas”, “compañías cooperativas”, “corporaciones cooperativas” o simplemente “cooperativas” (que son denominaciones alternativas que no necesariamente tienen implicaciones jurídicas). Así, consiste en reglas sobre la definición, formación, estructura organizativa y financiera, asignación de excedentes, operaciones, relaciones entre los componentes y entre las cooperativas, disolución, fusión, escisión y transformación, diversamente distribuidas a lo largo de un texto (o, algunas veces, de más de un texto) de ley. En un sentido más amplio, el Derecho cooperativo también comprende las normas especialmente dedicadas a las cooperativas que pueden estar por fuera del Derecho sustantivo, como en el Derecho laboral, tributario, de la competencia, concursal e incluso procesal civil, de la propiedad y de los contratos.

12. En general, estos objetivos pueden ser aplicados bien sea por normas imperativas, normas supletorias o por una combinación de ambos tipos de normas, lo que también depende de la naturaleza y tipo del objetivo que debe alcanzarse. Las “normas imperativas” son disposiciones (que prohíben o requieren algo) que necesariamente deben ser observadas en la formación y gestión de una cooperativa (*ius cogens*). Las

Derecho cooperativo realiza alguna función específica en comparación con el Derecho de sociedades en general o el Derecho sustantivo de otras entidades, en particular el Derecho de las sociedades capitalistas.

En un artículo muy inspirador, los profesores Hansmann y Kraakman asignan al Derecho de sociedades el papel esencial de proporcionar una “separación de activos” que no se podría realizar prácticamente de otra manera¹³. La separación de activos comprende tanto la responsabilidad limitada de los propietarios u otros beneficiarios de la entidad (que es el tipo más fuerte de la categoría que los autores llaman “separación defensiva de activos”) como sobre todo “la protección del patrimonio de la entidad contra las demandas de los acreedores de los propietarios o de los administradores de la entidad”, que es lo contrario de la responsabilidad limitada y se denomina “separación afirmativa de activos”.¹⁴ Así como existen varios tipos de separaciones defensivas de activos, de las cuales la responsabilidad limitada es la más fuerte, hay varios tipos de separaciones afirmativas de activos: “prioridad con protección de liquidación”, un tipo más débil denominado “prioridad sin protección de liquidación”, y “derecho exclusivo sobre el patrimonio de la entidad”, que es el tipo más fuerte de separación afirmativa de activos.¹⁵

De acuerdo con los profesores Hansmann y Kraakman, los tipos de separaciones de activos que generalmente se encuentran en una cooperativa son la prioridad con protección de liquidación y la responsabilidad limitada de los socios,

“normas supletorias” son disposiciones que se aplican a la formación y gestión de una cooperativa solo en la medida que sus estatutos no regulan o regulan parcialmente un cierto asunto, de esta manera siendo modificables en contraste con las normas imperativas, las cuales no pueden ser derogadas (*ius dispositivum*). El debate acerca de la razón de ambos tipos de reglas (por ejemplo, la reducción de los costos de transacción ocasionados por las reglas supletorias), sobre la cantidad óptima/eficiente de uno o de otro tipo de disposiciones en la regulación de un determinado tipo de sociedades y el consecuente grado de libertad que debe ser otorgado a los estatutos, sobre la elección entre normas supletorias “mayoritarias” y normas supletorias “sancionatorias”, no sería distinto para las cooperativas de lo que ocurre para las sociedades mercantiles o anónimas (cf. Kraakman *et al* (2009), p. 20 y ss., también para las referencias a la literatura existente sobre este interesante tema).

13. Hansmann y Kraakman (2000), p. 386 y ss. Tal como los autores explican, “esencial” quiere decir que para todos los aspectos del derecho de sociedades diferentes de la separación de activos, podrían encontrarse viables sustitutos en otras partes del Derecho (*ivi*, p. 437).

14. Hansmann y Kraakman (2000), p. 393 y ss.

15. Hansmann y Kraakman (2000), p. 394 y ss.

que del mismo modo caracterizan a una sociedad de capital.¹⁶ En efecto, esto corresponde a lo que prevén la mayoría de leyes cooperativas.¹⁷ Esto significa también que el Derecho cooperativo no opera diferente que el Derecho de las sociedades capitalistas en este aspecto.¹⁸ De ahí, si debe encontrarse un papel específico y esencial del Derecho cooperativo, este debe buscarse en otra parte.

En el mismo artículo, los profesores Hansmann y Kraakman abordan el asunto acerca de si la “separación formal de los derechos de control de los derechos a la distribución, por la cual se les prohíbe a aquellos que controlan la empresa apropiarse de las ganancias netas de la empresa”, que es un rasgo definitorio de las entidades sin fines de lucro, es un atributo que estas entidades pueden gozar sin el beneficio de un Derecho societario especialmente diseñado para ellas. Ellos concluyen que esto no sería factible, y que, por lo tanto, prever la restricción de no distribución constituye una función esencial del Derecho de las entidades sin fines de lucro.¹⁹

Por supuesto, el argumento anterior se refiere a entidades sin fines de lucro y no a cooperativas, que además no pueden ser consideradas entidades sin fines de lucro, tal como será señalado más adelante en este artículo.²⁰ Sin embargo, el

16. Hansmann y Kraakman (2000), p. 397 y ss.

17. Por ejemplo, el Derecho cooperativo italiano les otorga personalidad jurídica a las cooperativas registradas (artículos 2523 y 2331 del Código Civil Italiano) y explícitamente estipula que “solo la cooperativa con su patrimonio es responsable por sus obligaciones” (art. 2518 del Código Civil Italiano) y que “los acreedores personales de los socios no pueden imponer ejecución sobre su participación o acciones mientras la sociedad exista” (art. 2537 del Código Civil Italiano). Las cooperativas italianas por ende son “entidades legales de forma fuerte” de acuerdo con la taxonomía de Hansmann y Kraakman.

18. Ciertamente, los autores agregan que “la protección de liquidación contra los mismos propietarios” (que involucra el derecho a causar baja) es un tercer elemento de la separación de activos que generalmente caracteriza a aquellas entidades en las cuales la separación de activos comprende los elementos de la prioridad de los derechos y de la protección de liquidación contra los acreedores de los propietarios de la entidad (“entidades legales de forma fuerte”): cf. Hansmann y Kraakman (2000), p. 435. En efecto, por lo que se refiere a las cooperativas, el Derecho cooperativo es más liberal con respecto al derecho de los socios a causar baja, puesto que en muchos ordenamientos jurídicos puede ser hallada una interpretación amplia del principio de “puertas abiertas”, que también incluye el derecho de los socios de la cooperativa a retirarse. Sin embargo, esto no altera la conclusión en el texto, concretamente, que prevé que (un tipo fuerte de) separación de activos no debería considerarse la función esencial del Derecho cooperativo.

19. Hansmann y Kraakman (2000), p. 435 y ss. y *ivi* nota a pie n. 77 para la explicación.

20. Es verdad que una conclusión diferente podría referirse a las cooperativas sociales o de interés general si se comparte una cierta visión de ellas, tal como será señalado más adelante en el texto. Obviamente, si

argumento es relevante para el Derecho cooperativo, en la medida en que las cooperativas, así como las entidades sin fines de lucro, se caracterizan por tener un propósito específico, que el Derecho cooperativo – como el Derecho de las entidades sin fines de lucro – debe reconocer y proteger.

En otras palabras, cuando una entidad jurídica, o una categoría de entidades jurídicas, tiene un rasgo distintivo que se refiere a la finalidad perseguida – bien sea negativo (la restricción de no distribución que califica a las entidades sin fines de lucro) o positivo (el fin de mutualidad que califica a las cooperativas) – el Derecho organizativo de esa entidad, o de esa categoría de entidades, juega un papel esencial en definir su identidad concreta a la luz del objetivo perseguido.

Esto se aplica aún en mayor medida a las cooperativas, puesto que su identidad es compleja y consta de varios aspectos a veces interrelacionados, que no tienen que ver solamente con su propósito²¹.

Lo anterior puede ser confirmado a través de una comparación entre una ley cooperativa y una ley de sociedad capitalista, ya que la primera puede contener disposiciones sobre el objetivo de la organización, la manera de cumplir con él y otros aspectos relacionados, que pueden no aparecer en la otra. Por ejemplo, mientras que en la regulación de la Sociedad Anónima Europea (*Societas Europaea* (SE)) – el equivalente en el Derecho de la Unión Europea a una sociedad anónima establecida bajo el Derecho nacional – no hay nada dicho acerca del propósito de la SE,²² en la regulación de la Sociedad Cooperativa Europea (*Societas Cooperativa Europaea* (SCE)) – el equivalente en el Derecho de la Unión Europea a una cooperativa establecida bajo el Derecho nacional – el objetivo de una SCE está estipulado, y a su vez hay reglas específicas acerca de la asignación de los beneficios.²³

las cooperativas sociales están pensadas para pertenecer a la categoría de las entidades sin fines de lucro, una función esencial del Derecho de las cooperativas sociales sería entonces prever la prohibición de distribuir beneficios (o al menos, una forma más débil de ésta).

21. Un análisis acerca de los aspectos de la identidad cooperativa diferentes del fin de mutualidad quedaría fuera del alcance de este artículo; no obstante, cf. Fici (2013a) y Fici (2013b).

22. Cf. Reglamento del Consejo (CE) n. 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

23. Cf. art. 1, par. 3, y art. 65 y ss., Reglamento del Consejo (CE) n. 1435/2003, de 22 de julio de 2003, relativo al estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE).

En otras palabras, mientras existen entidades jurídicas que pueden ser “neutrales” en cuanto a la finalidad perseguida, como es el caso de las sociedades capitalistas, hay otras entidades jurídicas, incluidas las cooperativas (y, como ya se ha observado, las entidades sin fines de lucro), que no son “neutrales” en este aspecto.²⁴

Por consiguiente, los estudiosos del Derecho de las sociedades (no cooperativas) identifican, desde y con miras a un análisis comparativo, cinco características legales básicas de la sociedad anónima, que son: personalidad jurídica, responsabilidad limitada, acciones transferibles, gestión delegada bajo una estructura de órganos y propiedad de los inversionistas, y argumentan que el Derecho de las sociedades anónimas debe en todas partes, y por necesidad, proveer para ellos.²⁵

Como se puede observar, no se incluyen entre estas características la búsqueda de un objetivo particular, y menos aún, de distribución de utilidades a los accionistas.

Por el contrario, las páginas siguientes de este artículo mostrarán la importancia del objetivo de la entidad para el Derecho cooperativo.

Estipular la identidad cooperativa y preservar sus características distintivas debe ser por tanto considerado el objetivo principal del Derecho cooperativo. En un nivel más general, esta es una condición previa para que exista una pluralidad de formas jurídicas dentro de un ordenamiento jurídico, en beneficio de los intereses atendidos por un mercado pluralista²⁶ y, más concretamente, de los intereses de los mismos fundadores y socios de una cooperativa.

De hecho, la rigidez de la forma cooperativa, que resulta del ser su identidad (más o menos) cuidadosamente definida por la ley, refuerza – dentro de un orde-

24. En este respecto, tomo prestado el uso del término “neutral” de Santini (1973), p. 151 y ss.

25. En este sentido Kraakman *et al.* (2009), p. 1.

26. En relación con los beneficios macroeconómicos de un mercado pluralista donde entidades con fines de lucro, cooperativas y entidades sin fines de lucro, también como las entidades públicas, operan simultáneamente, véase Stiglitz (2009), p. 345; Bichall (2011), p. 13: “la diversidad es importante porque afecta la capacidad de una sociedad de responder ante la incertidumbre de cambios futuros”. Véase también, par. 6, Recomendación ILO n. 193/2002, cit.: “una sociedad equilibrada necesita de la existencia de sectores públicos y privados fuertes, así como también de fuertes sectores cooperativos, mutuales, sociales y no gubernamentales”, y COM (2004) 18 final, cit.: “hoy la Comisión reconoce que la rica variedad de formas de empresa en la UE es un elemento importante de la economía de la UE”.

namiento jurídico que reconoce una opción entre varios tipos de entidades jurídicas – la “capacidad de un fundador o un socio de indicar, mediante su elección de la forma, los términos que la empresa ofrece a las otras partes contratantes, y de hacer creíble [su] compromiso de no cambiar esas formas”.²⁷ Si es verdad que, como algunos economistas sostienen, la forma cooperativa, en presencia de ciertas circunstancias y a consecuencia de sus rasgos distintivos, tiene una ventaja comparativa sobre las entidades con ánimo de lucro y de propiedad de los inversionistas, especialmente en momentos de crisis;²⁸ si es verdad que, tal como otros argumentan, el retrato más común del *homo economicus* egoísta no siempre está acorde con la realidad, lo que requiere una forma de empresa adecuada para un diferente modelo de individuo, cuyo comportamiento es (de igual forma) motivado por preferencias sociales (altruismo, reciprocidad, justicia o equidad);²⁹ si uno está de acuerdo con el argumento anterior, prescribiendo una precisa identidad cooperativa, el Derecho cooperativo no desempeña una función prescriptiva sino una función habilitadora.³⁰

Esto parece evidente también con respecto a la relación entre Derecho societario de las cooperativas y otras ramas del Derecho que se ocupan de cooperativas, en particular el Derecho tributario y el Derecho de la competencia. En efecto, si el Derecho sustantivo define cuidadosamente la identidad jurídica de las cooperativas, es posible justificar un tratamiento particular de las mismas bajo el Derecho tributario. De hecho, este tratamiento no sería preferencial sino simplemente específico al sujeto que regula y por consiguiente perfectamente compatible con el Derecho de la competencia.³¹

27. En estos términos, Kraakman *et al.* (2009), p. 22.

28. Cf., entre otros, Sanchez Bajo y Roelants (2011), p. 101 y ss.

29. Cf., también para referencias, Zamagni (2005) p. 31 y ss.; Borzaga, Depedri y Tortia (2009).

30. Acerca de la posible función realizada por las normas imperativas, de una manera similar a las normas predeterminadas (“*default rules*”) y en un contexto de pluralidad de formas jurídicas y de libertad de elección entre estas formas, véase Kraakman *et al.* (2009), p. 22.

31. Para este tipo de eficacia del Derecho cooperativo sustantivo, véase con respecto a la regulación de la Sociedad Cooperativa Europea la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 8 de septiembre de 2011 (C-78/08 C-80/08). Para un análisis minucioso de esta decisión, véase Fici (2013c).

3. El fin de las cooperativas

El fin es el principal, aunque no el único, elemento de identificación de un tipo de entidad y de clasificación de los diferentes tipos previstos por la ley en un determinado ordenamiento jurídico.

Existen tres tipos de finalidades generales que una entidad jurídica puede asumir como propio objetivo principal: el fin de lucro, el fin no lucrativo, y el fin de mutualidad.

El fin de lucro – el cual en muchos ordenamientos jurídicos es el objetivo explícitamente asignado a las sociedades mercantiles³² – implica la realización de una actividad de empresa con el fin de generar ganancias para después distribuir las entre los accionistas/propietarios de la entidad jurídica. Por lo tanto, las entidades con ánimo de lucro tienen un objetivo que, en términos jurídicos, tiene al mismo tiempo naturaleza “económica” e “interna”, puesto que ellas están orientadas hacia el incremento o la maximización de las riquezas de sus socios.

En contraste, el fin no lucrativo – el cual en muchos ordenamientos jurídicos es el objetivo expresamente asignado a asociaciones y fundaciones – implica la realización de una actividad sin el propósito de generar ganancias para ser distribuidas entre los miembros de la entidad jurídica (y/o fundadores, directores, trabajadores, etc.). Este fin es por consiguiente identificado en términos negativos y simplemente en contra del fin de lucro. Sin embargo, es más amplio que el fin de lucro. En efecto, a diferencia de este último, el fin no lucrativo es en principio compatible con la conducción por parte de una entidad jurídica tanto de una actividad económica como de una actividad no económica, lo que quiere decir que la naturaleza de la actividad, ya sea empresarial o no, no es relevante para la

32. Si bien es cierto que en general las sociedades (no cooperativas) son un tipo jurídico de entidad conformado y proporcionado por el legislador al público para conseguir un fin de lucro (aunque excepciones se pueden encontrar alrededor del mundo, como por ejemplo en Perú, donde la nueva ley de sociedades no liga a una sociedad al lucro, sino simplemente a la realización de una actividad de empresa cf. Torres Morales (2013)), los legisladores están promulgando cada vez más leyes especiales de sociedad que prevén la posibilidad de constituir sociedades sin ánimo de lucro, incluidas sociedades que persiguen el interés general de la comunidad. En los ejemplos se pueden incluir, entre otros, la sociedad “empresa social” que puede ser establecida de acuerdo con la Ley italiana n. 155/2006 sobre las empresas sociales (acerca de la cual, para un análisis comparado, véase Fici (2009), p. 77 y ss.), en el Reino Unido la sociedad de interés de la comunidad (CIC), y en los Estados Unidos la sociedad de responsabilidad limitada y lucro limitado (L3C), la *benefit corporation* y otras estructuras similares (véase Brakman Reiser (2011)).

conceptualización de las entidades sin ánimo de lucro.³³ Lo que es esencial para la configuración del fin no lucrativo es solamente que las ganancias derivadas de la actividad económica, si las hay, no son (y no podrán ser) distribuidas entre los miembros de la entidad (y/o fundadores, directores, trabajadores, etc.).³⁴ En cambio, la manera en que se utilizan estas ganancias podrá determinar la calificación adicional y más específica de una entidad sin ánimo de lucro como entidad de utilidad privada o de utilidad pública, dependiendo de si las ganancias son usadas en el interés de los miembros de la entidad o en el interés de beneficiarios que no son miembros, incluso en el interés general de la comunidad. Por lo tanto, el objetivo de las entidades sin fines de lucro puede tener naturaleza “interna” o “altruista”, dependiendo si estas entidades buscan beneficiar a sus miembros o a los no miembros.³⁵

33. Esto no excluye que en algunos ordenamientos jurídicos a las entidades sin fines de lucro se les pueda prohibir explícitamente operar una empresa, mientras que en otros ordenamientos jurídicos, las leyes de las entidades sin fines de lucro pueden guardar silencio acerca de la actividad que una entidad sin fines de lucro pueda ejercer, lo que se puede interpretar de varias maneras, como que todo tipo de actividades están permitidas o solamente las actividades que no están referidas a las entidades con fines de lucro.

34. Por lo tanto, lo que califica a las entidades sin fines de lucro es la “restricción de no distribución” y no el hecho de que están excluidas de obtener ganancias, como es señalado correctamente por Hansmann (1996), p. 17 y ss., según el cual, por consiguiente, los miembros de una entidad sin fines de lucro no pueden considerarse “propietarios” ya que carecen del derecho de apropiarse de las ganancias residuales de la empresa, que, junto con el derecho de controlar la empresa, constituye un elemento esencial del concepto de propiedad de una empresa.

35. Esto vale en principio, ya que en teoría la búsqueda del interés general también puede ser compatible con el hecho de que una entidad sin fines de lucro opere, aunque no exclusivamente, con y para sus miembros, en la medida en que estos miembros pertenezcan a la categoría de beneficiarios al satisfacer las necesidades de quienes se entiende que la entidad sin ánimo de lucro persiga su finalidad altruista o de interés general. La calificación del fin como “altruista” no implica necesariamente una evaluación positiva de este fin en términos de bienestar social o general. “Altruista” aquí está solamente opuesto a “interno”. Un propósito altruista bien puede tener o no un impacto positivo en la sociedad y la comunidad, lo que depende de muchos factores, en particular la naturaleza de los beneficiarios y de los intereses atendidos por la entidad sin fines de lucro. Por lo tanto, las entidades sin fines de lucro no deben necesariamente considerarse “sociales” o de “interés general”, ya que el fin no lucrativo es un concepto puramente negativo, que guarda silencio en cuanto a la orientación final de la entidad. Por otro lado, una (parcial) orientación “social” o de “interés general” se puede encontrar (incluso) en las cooperativas (totalmente mutualistas), como resultado de su régimen total, que como veremos más adelante, incluye el interés por la comunidad en su propósito global.

El fin de mutualidad es el que caracteriza a las cooperativas y constituye el foco del siguiente análisis.³⁶ Como podremos ver, este debe ser diferenciado tanto del fin de lucro como del fin no lucrativo, aunque desde un punto de vista teórico, este comparte algunas características de ambos. En consecuencia, las cooperativas son entidades jurídicas privadas que en principio deben ser diferenciadas tanto de las entidades con fines de lucro como de las entidades sin fines de lucro.

La ‘Rochdale Society of Equitable Pioneers’ – que fue constituida el 24 de octubre de 1844 y que abrió su primera tienda el 21 de diciembre de ese mismo año en Rochdale, cerca de Manchester en el Reino Unido – es casi universalmente considerada como la primera manifestación estructurada de este tipo de organización empresarial cuyo título y sustancia de cooperativa han sido referencia hasta hoy.³⁷

La cooperativa de Rochdale comenzó sus operaciones a través de la venta de productos alimenticios básicos a y en el interés de sus socios. En la declaración de sus objetivos, se afirmaba que la cooperativa operaba “por el beneficio pecuniario, y la mejor condición social y doméstica de sus socios” mediante la realización de varias actividades económicas, comenzando con “el establecimiento de una tienda para vender provisiones”, e incluyendo la fabricación de artículos para el empleo de los socios desempleados o subempleados, así como la compra o alquiler de tierras para ser cultivadas por sus socios.³⁸

Los objetivos de la cooperativa de Rochdale coinciden sustancialmente con los objetivos atribuidos por el Derecho cooperativo vigente a las cooperativas.

36. Lo que ha sido enunciado en el texto no excluye la posibilidad de que existan otras entidades jurídicas, no cooperativas, que persigan un fin de mutualidad.

37. Aunque es ampliamente aceptado que antes de la sociedad de Rochdale, y no solo en el Reino Unido, entidades similares a cooperativas ya existían, Rochdale se convirtió en el hogar del cooperativismo moderno debido a la adopción y formalización por la Sociedad de reglas específicas de conducta, las cuales definitivamente contribuyeron a su éxito y luego inspiraron al movimiento cooperativo y a la ACI a la hora de formular los valores y principios cooperativos. Las referencias bibliográficas son innumerables: puede ser suficiente mencionar aquí a Gide (1921), p. 13 y ss.; Fauquet (1951), p. 57 y ss.; Digby (1948), p. 9 y ss.; y más recientemente, entre otros, Birchall (2011), p. 6, y Sanchez Bajo y Roelants (2011), p. 115.

38. Los “objetivos” de la Sociedad pueden ser encontrados en www.rochdalepioneermuseum.coop/about-us/1844-rule-book.

En efecto, si bien pueden encontrarse diferencias de diversa extensión y naturaleza en todos los ordenamientos jurídicos³⁹, se puede afirmar que las cooperativas son concebidas por la ley como entidades que llevan a cabo una actividad empresarial en el interés de sus socios en calidad de consumidores, proveedores o trabajadores de esta empresa. Este objetivo organizativo puede denominarse “fin de mutualidad”, aunque debe quedar claro que solamente en algunos países el legislador y/o la doctrina jurídica emplean tal fórmula para identificar el objetivo de las cooperativas y distinguirlo del objetivo de otras entidades jurídicas.⁴⁰

Más precisamente, el objetivo de las cooperativas (o “fin de mutualidad”) consta de dos elementos: el fin último de beneficiar a los socios y la realización de una actividad concreta para cumplir con este propósito, es decir, una empresa con los socios en calidad de consumidores de los bienes o servicios proporcionados por la empresa cooperativa, de proveedores de los bienes o servicios utilizados por la cooperativa para el funcionamiento de la empresa o de trabajadores de la empresa cooperativa (esto determina la “doble calidad” de los socios de una cooperativa, como se señalará después en el texto).⁴¹

Dado que el objetivo final de beneficiar a los socios se puede encontrar en otras entidades jurídicas, esto es, en todas aquellas entidades que persiguen un fin “interno”, la naturaleza específica del fin de mutualidad (y de las cooperativas que lo persiguen) depende de la actividad concreta que es esencial tanto para la cooperativa, para lograr su objetivo principal, como para sus socios para satisfacer los intereses individuales detrás de la creación de la cooperativa.⁴²

39. Cf. Cracogna, Fici y Henry (2013), en el cual este aspecto está tratado en la sección tercera de los varios capítulos de la parte III. Véase también Fici (2013c), p. 56 y ss.

40. El derecho italiano, por ejemplo, refiere explícitamente un “fin de mutualidad” a las cooperativas (véase art. 2511, Código Civil italiano). A pesar de que la ley cooperativa estatal española no emplee la expresión “mutualidad”, esta última es común en la doctrina jurídica española: véase, por ejemplo, a pesar de no obstante la crítica (ya que mantienen la crisis del principio de mutualidad), Gadea, Sacristán y Vargas Vasserot (2009), pp. 37, 417 y ss.

41. Sobre la necesidad de identificar el fin de las cooperativas al referirse no solo a su objetivo final, sino también a la manera en que las cooperativas persiguen este objetivo, cf. Digby (1948), p.7: “hay [...] algo más preciso que distingue las cooperativas de otras actividades empresariales, algo que pertenece en parte a su finalidad y en parte a los medios”.

42. A pesar de que actúan en interés de sus socios, las cooperativas, sin embargo, no están del todo orientadas “hacia su interior”. Más radicalmente, las cooperativas que no actúan (principalmente) en el interés de sus socios, sino en el interés general se encuentran también en la legislación cooperativa (véase sec. 6).

El desarrollo de esta concreta actividad con los socios – que puede denominarse “empresa cooperativa”⁴³ – es una característica de las cooperativas que, cuando se entiende correctamente, contribuye de manera significativa a su distinción de las sociedades mercantiles. En las sociedades mercantiles, al igual que en cualquier otra entidad con fines de lucro, la actividad económica no es más que un instrumento para la consecución de los objetivos finales de la entidad, y es irrelevante si esta actividad se lleva a cabo con los socios. Por el contrario, las cooperativas se forman y existen para gestionar una empresa que pueda satisfacer directamente los intereses de sus socios consumidores, proveedores o trabajadores (quienes, juntos, pueden denominarse “socios usuarios”, ya que, de hecho, son los directos destinatarios de un servicio proporcionado por la empresa cooperativa).⁴⁴

Dependiendo de la naturaleza de los socios, de sus intereses y de sus relaciones con la cooperativa, se pueden identificar tres tipos generales de cooperativas: las cooperativas de consumo, las cooperativas de producción y las cooperativas de trabajo.

Esta tripartición no solo es capaz de abarcar todas las posibles formas de manifestación del fenómeno cooperativo, sino también es muy útil para analizarlo desde un punto de vista jurídico.⁴⁵

Las cooperativas de consumo están formadas por personas (físicas o jurídicas) interesadas en la obtención de determinados bienes o servicios y por lo tanto están dirigidas a proporcionar a sus socios esos bienes o servicios a través de su compra o fabricación previa. En las cooperativas de consumo, la actividad cooperativa en sentido estricto (la “empresa cooperativa”, como antes fue denominada antes) consiste en la transferencia de bienes o servicios a los socios, quienes son, por tanto, socios consumidores, mientras que todas las otras actividades (por ejemplo, la compra de esos bienes, la organización de esos servicios o la contratación de personas para hacer eso) son meramente medios para que esto sea posible. Los ejemplos incluyen las cooperativas de comestibles y las cooperativas de vivienda, también los bancos cooperativos, entre otros.

43. O “negocio cooperativo”: véase Fauquet (1951), p. 95.

44. Esto también puede ser expresado por la distinción entre una “empresa de beneficios” y una “empresa de servicios”, como la conceptualiza Fauquet (1951), p. 88 y ss.

45. En la literatura no jurídica, se emplea esta tripartición, entre otros, por Birchall (2011), p. 3 y ss.

Las cooperativas de producción están formadas por personas (físicas o jurídicas) interesadas en el suministro de determinados bienes o servicios y, por consiguiente, están dirigidas a adquirir de sus socios dichos productos o servicios con el fin de transformarlos, procesarlos, comercializarlos o venderlos después. En las cooperativas de producción, la actividad cooperativa en sentido estricto consiste en la adquisición de bienes o servicios de los socios, que, por ende, son socios proveedores, mientras que todas las otras actividades (por ejemplo, la transformación y comercialización de los bienes o el empleo de personas para hacer eso) son meramente medios para hacerlo posible. Los ejemplos incluyen las cooperativas agrícolas que transforman la leche suministrada por sus socios en queso o las cooperativas que embotellan y comercializan el vino proporcionado por sus socios.

Las cooperativas de trabajo están formadas por individuos interesados en trabajar y por consiguiente están dirigidas a emplear a estos individuos para llevar a cabo una empresa de cualquier tipo posible.⁴⁶ En las cooperativas de trabajo, la actividad cooperativa en sentido estricto consiste en el empleo de los socios, que en consecuencia son socios-trabajadores, mientras que todas las demás actividades son meramente medios para que la actividad cooperativa sea posible. Las cooperativas de trabajadores pueden establecerse y encontrarse en cualquier sector de la economía, incluyendo el transporte, la construcción, los servicios profesionales, etc.⁴⁷

46. De hecho, las cooperativas de trabajo podrían considerarse correctamente un subtipo de cooperativas de producción, donde la mano de obra es el factor de producción suministrado por los socios de la cooperativa, y en algunos países, de hecho, se utiliza la fórmula “cooperativas de producción” para referirse a las cooperativas formadas por trabajadores y destinadas a crear puestos de trabajo para ellos. La opción a considerarlas por separado se debe a los problemas especiales de regulación que las cooperativas de trabajo tienen por el factor particular de producción proporcionado por los socios, es decir, su mano de obra. Por otra parte, las cooperativas de producción también podrían considerarse un tipo de cooperativas de consumo, en la medida en que la adquisición de bienes o servicios de los socios es considerándose considere el servicio que la cooperativa ofrece a sus socios.

47. En principio, nada se opone a una cooperativa formada por más de una categoría de socios-usuarios y por lo tanto que esté dirigida a satisfacer las necesidades de más de una clase de partes interesadas, como los consumidores y los trabajadores. Esto corresponde a una práctica cooperativa y es, además, una posibilidad prevista por algunas leyes cooperativas: véase, por ejemplo, art. 4, apartado 2, del Código cooperativo portugués; art. 105 de la Ley cooperativa española n. 27/1999; y el art. 2513, apartado 2, del Código Civil italiano.

En contraste, una cooperativa que se componga únicamente de socios que proporcionen el capital y cuya actividad característica consista (principalmente o exclusivamente) en el empleo de este capital para el funcionamiento de una empresa rentable que permita su remuneración no sería concebible.⁴⁸ El Derecho cooperativo es claro al excluir esta posibilidad, lo que parece obvio, ya que corresponde a lo que las sociedades mercantiles hacen en la consecución de su fin lucrativo. Las cooperativas, a diferencia de las sociedades mercantiles, no son medios para la remuneración y la acumulación de capital, sino que son medios para satisfacer necesidades de naturaleza diferente.

Sin embargo, desde un punto de vista teórico, lo anterior plantea la pregunta si las sociedades mercantiles pueden considerarse un tipo particular de cooperativa de producción, es decir, “cooperativas de capital”. Respondiendo afirmativamente, de hecho, sería borrar la distinción entre las cooperativas y las sociedades mercantiles, así como entre el fin de mutualidad y el fin de lucro.

La naturaleza del fin cooperativo afecta, entre otras cosas, la naturaleza de la membresía cooperativa.⁴⁹

En principio, los socios de una cooperativa solo podrán ser aquellos que están interesados en y pueden hacer uso del servicio particular proporcionado por la cooperativa, es decir, los consumidores, proveedores o trabajadores de la empresa cooperativa.⁵⁰

48. Sin embargo, esto no excluye que los socios de la cooperativa puedan/deban también aportar capital y por lo tanto mantener “acciones” o “cuotas” del capital cooperativo: véase Fici (2013b), p. 35 y ss.

49. El Derecho cooperativo normalmente requiere un número mínimo de personas para constituir una cooperativa. Una tendencia se puede observar en el Derecho cooperativo a reducir este número al mínimo posible, que en Europa, por ejemplo, es actualmente de tres socios de promedio. Sorprendentemente, en algunos ordenamientos jurídicos, se permite una cooperativa con un socio único (como ocurre en Finlandia en virtud de la nueva Ley de cooperativas n. 421/2013; véase Henry (2013); véase también van der Sangen (2013), que señala que en virtud de la legislación holandesa, una cooperativa puede sobrevivir con un solo socio), lo que parece una contradicción puesto que las cooperativas, a diferencia de las sociedades mercantiles, no pueden ser vistas como meros instrumentos para separar un patrimonio y, además, no podrán, por definición, ser controladas por una sola persona, a menos que nos imaginemos una cooperativa controlada por una cooperativa con el fin de crear un grupo cooperativo homogéneo (véase Fici (2014), p. 145). Por otra parte, no hay razón por qué una cooperativa deba tener un número mínimo más alto de socios que una sociedad mercantil, al menos bajo la regulación general de cooperativas, porque leyes especiales sobre tipos particulares de cooperativas podrían oportunamente prever un número mínimo más alto (por ejemplo, en los bancos cooperativos).

50. Las cooperativas están, por lo tanto, formadas por socios-usuarios. Para proteger este perfil, el Derecho cooperativo por lo general permite que los estatutos cooperativos provean requisitos para la obtención y

Como resultado, en la teoría cooperativa, se afirma que los socios de una cooperativa tienen una “doble calidad”, siendo al mismo tiempo, tanto miembros de la entidad cooperativa como usuarios de la empresa cooperativa; o en otros términos, un “principio de identidad” es invocado con el fin de señalar que, en una cooperativa, los miembros (de la organización) y los usuarios (de la empresa realizada por la organización) son idénticos, lo que no es necesariamente el caso en otras organizaciones empresariales.⁵¹

Este aspecto parece que es por sí solo suficiente para oponerse exitosamente a la teoría según la cual – al menos por lo que se refiere a la propiedad – las cooperativas no son diferentes de las sociedades mercantiles o, más bien, que las sociedades mercantiles son un tipo particular de cooperativa de producción, esto es, “cooperativas de prestamistas” o “cooperativas de capital”.

En su destacado libro sobre la propiedad de la empresa, el profesor Henry Hansmann – pasa de asumir que los propietarios de una empresa “son las personas que comparten dos derechos formales: el derecho de controlar la empresa y el derecho de apropiarse de las ganancias de la empresa, o de sus ganancias residuales”; que los clientes (“*patrons*”) de una empresa son “todas las personas que realizan transacciones con una empresa, ya sea como compradores de productos de la empresa o como vendedores a la empresa de materias primas, mano de obra u otros factores de producción”; y que “casi todas las grandes empresas que tienen

el mantenimiento de la condición de socio. En consecuencia, la circulación de la condición de socio de cooperativa no es libre como la circulación de acciones de una sociedad anónima que por lo general lo es. Las cooperativas, a diferencia de las sociedades anónimas, por lo tanto, se caracterizan normalmente por el *intuitus personae*. Por otro lado, la admisibilidad en una cooperativa de socios que no son usuarios, incluidos los socios inversionistas, es un tema controvertido, y resuelto de manera diferente por los Derechos cooperativos nacionales: véase Fici (2013b), p. 47 y ss.

51. Véase Munkner (1974), p. 31 y ss.; Munkner (1982), p. 52; y Munkner y Vernaz (2005), p.140. Esto también debe explicar la calificación de las cooperativas como organizaciones “de ayuda mutua” (véase Declaración de la ACI bajo “valores”), dado que son constituidas por los miembros para satisfacer sus necesidades comunes. Sin embargo, esta fórmula parece demasiado genérica, ya que todas las organizaciones, incluidas las sociedades capitalistas, se crean para satisfacer las necesidades de sus miembros (en el caso de las sociedades capitalistas, a invertir su capital), aunque, por supuesto, la naturaleza de las necesidades de los socios en una sociedad mercantil y en una cooperativa es diferente, lo que, entre otras cosas (el control conjunto por parte de los socios, la democracia, la orientación “hacia afuera” como consecuencia de la asignación “externa” de recursos propios, etc.), contribuye a determinar la “función social” de las cooperativas en comparación con las sociedades mercantiles, como vamos a señalar también más adelante en el texto.

propietarios pertenecen a personas que también son clientes”⁵² – llega a la conclusión de que “la empresa convencional perteneciente a inversionistas no es más que un tipo especial de cooperativa de producción – una cooperativa de prestamistas o cooperativa de capital”.⁵³ De hecho – como en una típica cooperativa de producción, por ejemplo, una cooperativa de queso propiedad de los granjeros que abastecen a la fábrica con leche cruda – en una cooperativa de capital, los propietarios son las personas que suministran un determinado factor de la producción, es decir, el capital. En palabras de Hansmann, “los miembros de la cooperativa de capital cada uno presta a la empresa una suma determinada de dinero, que la empresa utiliza para la compra de los equipos y otros activos que necesita para operar”.⁵⁴

En efecto, si se tiene en cuenta solo la estructura de propiedad de la empresa y se adoptan los conceptos generales de propietarios y clientes de la empresa, se puede concluir correctamente que las sociedades de propiedad de los inversionistas no pueden distinguirse de las cooperativas, que la cooperativa es la categoría conceptual general de las empresas de propiedad de los clientes y que conceptualmente las sociedades mercantiles pertenecen a la categoría de las cooperativas, de las cuales representan, más precisamente, una especie particular.⁵⁵

Esto, sin embargo, no tiene tendría en cuenta lo anteriormente descrito acerca de la doble calidad de los socios de la cooperativa, que los socios de una sociedad capitalista no poseen.

De hecho, los socios de una sociedad capitalista, como tal, no hacen uso de la actividad empresarial de la sociedad y no se benefician directamente de ella. La relación de estos socios con la sociedad solo tiene lugar al nivel organizativo y no involucra una transacción paralela para el intercambio de bienes o servicios o la ejecución de trabajo. En otras palabras, los socios de sociedades capitalistas

52. Hansmann (1996), p. 11 y ss.

53. Hansmann (1996), p. 11.

54. Hansmann (1996), p. 14 y ss. Esta interpretación es compartida por Kraakman *et al.* (2009), p. 15.

55. Al respecto, en una conferencia llevada a cabo en Venecia en marzo de 2012, Henry Hansmann hizo una presentación con el evocador título de “Casi todas las empresas son cooperativas”, donde el incluyó a todos los tipos de empresas en el concepto de cooperativa, con la única excepción de las entidades sin fin de lucro, las cuales no tienen propietarios. Véase ahora Hansmann (2013).

son solo propietarios de la sociedad y no también usuarios de su empresa.⁵⁶ El aporte de capital es el “precio” que pagan por convertirse en propietarios y no el objeto de una transacción adicional con su sociedad.⁵⁷

Por el contrario, los socios de una cooperativa – o “cooperadores”, ya tal como son llamados a veces – son usuarios directos y beneficiarios de la empresa cooperativa. La empresa cooperativa sirve directamente a sus necesidades y no solo de manera indirecta (a través de la remuneración de su capital y/o la apreciación de sus acciones o cuotas) como sucede en las sociedades capitalistas con respecto a sus miembros.⁵⁸

Los socios de una cooperativa tienen dos tipos de relaciones con la cooperativa⁵⁹: la relación organizativa que se deriva de su condición de socios (normalmente como contribuyentes de capital también) y la relación transaccional que se deriva del hecho de ser ellos proveedores, consumidores o trabajadores de la

56. Obviamente, esto no significa que una sociedad capitalista y sus socios no realicen ni puedan realizar transacciones entre sí, sino solo que estas transacciones quedarían fuera del propósito institucional de una sociedad capitalista y en consecuencia serían relevantes para el derecho de las sociedades mercantiles únicamente en la medida en que puedan dar lugar a un conflicto de intereses (entre las partes de la transacción, es decir, la sociedad y los socios), que podría ser perjudicial para la consecución del objetivo de la sociedad y requerir por lo tanto normas específicas de derecho de sociedades para tratar con él.

57. A modo de contraste, Hansmann (1996), p. 14, sostiene que el aporte de capital por parte de los socios es, en efecto, un préstamo, si bien el hecho de que el tipo de interés fijo pagado sobre este préstamo de los socios es fijado normalmente en cero, oculta este hecho.

58. El papel de la empresa, por lo tanto, es diferente en las cooperativas y en las sociedades mercantiles. Como Charles Gide dice: “es solo en una asociación cooperativa que la producción está organizada exclusivamente hacia la satisfacción de necesidades” (Gide (1921), p. 12), mientras que en las sociedades mercantiles, la producción es un medio para la obtención de beneficios. En su famoso artículo donde concluye la ausencia de cualquier diferencia entre las cooperativas y las sociedades mercantiles desde un punto de vista económico, incluso Pantaleoni (1898), p. 208, admite que “a lo sumo, la diferencia que existe entre una cooperativa y un tipo diferente de empresa es la misma que existe entre una persona que produce directamente lo que él necesita, y una persona que produce indirectamente para sí mismo, mediante el intercambio de un producto el cual se especializa en fabricar” [traducción del autor]; aunque es verdad que en este artículo esta conclusión se refiere solamente a las cooperativas de consumo y se niega explícitamente con respecto a las cooperativas de producción: “Ellas tienen que vender sus productos al público. Y esto desprende más discusión” [traducción del autor] (*ibidem*). Véase también Birchall (2011), p. 2, dando el mismo énfasis que en el texto el hecho que las cooperativas son propiedad de quienes se benefician directamente de sus actividades, y Fauquet (1951), p. 88 y ss.

59. O, si se quiere adoptar un punto de vista ligeramente diferente, compartido por algunos ordenamientos jurídicos, se debe indicar de manera parcialmente diferente que la relación entre la cooperativa y sus socios comprende tanto una relación organizativa como una relación de intercambio.

empresa cooperativa. Las dos relaciones están conectadas; en muchos ordenamientos jurídicos pueden incluso estar sujetas al mismo cuerpo legal (i.e. el Derecho cooperativo sustantivo) y ser difícilmente distinguible una de la otra, pero nunca se superponen por completo.

En cualquier caso, incluso si uno no quiere hacer hincapié en esta doble relación entre la cooperativa y sus socios o sostiene que no es sustancialmente diferente de la relación que existe entre una sociedad mercantil y sus socios, quedaría la posibilidad de dibujar fronteras claras entre las cooperativas y las sociedades mercantiles – o, si se prefiere, entre las cooperativas y las “cooperativas de capital”.

De hecho, como ya se mencionó, la identidad jurídica de las cooperativas no se limita al aspecto funcional y la respectiva estructura de propiedad, sino incluye la gobernanza y los aspectos financieros que son típicos de las cooperativas y no se pueden encontrar en otras organizaciones empresariales. El principio democrático “un socio, un voto”, que garantiza el control democrático de la organización por parte de sus socios (y excluye el control por parte de un solo socio o por una minoría de socios) y, además, impide el control externo de una cooperativa; la orientación parcial “hacia afuera”, lo que hace que la satisfacción de las necesidades de los socios sea la principal, aunque no la exclusiva misión de una cooperativa; la variabilidad del capital y el principio de “puertas abiertas”, que permite a terceros compartir la utilidad que una cooperativa es capaz de producir; todo esto sin lugar a dudas permite diferenciar a las cooperativas de las sociedades mercantiles y determinar, como vamos a observar, su singular “función social”, en comparación a otras organizaciones empresariales, en particular las sociedades anónimas con fines de lucro.

4. Las transacciones cooperativas y su regulación

La aplicación del fin de mutualidad implica, como se ha expuesto, la realización de transacciones entre la cooperativa y sus socios para el intercambio de bienes o servicios o para la ejecución de trabajo, en función del tipo de cooperativa: de consumo, de producción o de trabajo.

Estas transacciones desempeñan un papel distinto entre todas las transacciones que son necesarias para que una cooperativa actúe como una empresa en el mercado. Son las propias transacciones a través de las cuales las cooperativas cumplen con su propósito típico y sus socios satisfacen sus intereses individuales: la *raison d'être* de una cooperativa para quienes deciden establecerla.

Esta es la razón por la cual en la teoría jurídica cooperativa, estas transacciones deben ser separadas de todas las demás que una cooperativa debe llevar a cabo para poder funcionar, empezando por darles un nombre distinto, como algunas leyes cooperativas oportunamente hacen, utilizando fórmulas tales como “actos cooperativos”, “actividad cooperativizada” o “relaciones mutualistas”.⁶⁰ En lo sucesivo, este artículo se referirá a ellas como “transacciones cooperativas”, lo cual es consistente con la denominación anterior de “empresa cooperativa” dada a la actividad económica con y en el interés de los socios, que constituye el elemento principal del objetivo de la cooperativa.

Debido a su función particular dentro de una cooperativa, las transacciones cooperativas requieren una regulación específica.

Un asunto que requiere una cuidadosa consideración es, por ejemplo, si y en qué medida, una cooperativa y sus socios están (o deben estar) obligados a realizar transacciones entre sí. Es evidente, en efecto, que una cooperativa que no realice transacciones con sus socios no cumpliría su fin institucional y no satisfaría los intereses de sus socios. Por la misma razón, un socio que no participe en las transacciones cooperativas no estaría permitiendo que la cooperativa cumpla con su fin (e indirectamente, a los demás socios satisfacer sus intereses). Por lo tanto, la libertad de negociar es incompatible con el concepto de cooperativa, especialmente si tal libertad se otorga a la cooperativa. Por otra parte, la ley difícilmente puede indicar el alcance exacto de la obligación de negociar, lo que implica que, en principio, una solución coherente a este problema sería dejar a los estatutos de la cooperativa la libertad de regular la materia, haciendo, sin embargo, obligatorio para ellos determinar el alcance mínimo al que los socios de las cooperativas están obligados a realizar transacciones con la cooperativa o al menos la

60. “Acto cooperativo” es una locución y un concepto difundidos en el entorno jurídico latinoamericano, aunque también se puede encontrar en el ordenamiento jurídico español, donde sin embargo se hace referencia, más precisamente, a la “actividad cooperativizada” (véase Vargas Vasserot (2006); Fajardo (2013)). Estas operaciones se denominan “relaciones mutualistas” (“*rapporti mutualistici*”) en el sistema jurídico italiano. En la doctrina jurídica alemana, se les conoce como “negocios de propósito” (“*Zweckgeschäfte*”) en comparación con los “contra-negocios” (“*Gegengeschäfte*”), esto es, “transacciones necesarias para hacer posibles las transacciones de propósito, por ejemplo, en el caso de las cooperativas de consumo, la compra de bienes de mayoristas o productores con el fin de venderlos a los socios, y en el caso de las cooperativas de comercialización, la venta de los productos de los socios a mayoristas. Tales contra-negocios son, por su naturaleza por lo general transacciones con no socios en un sentido más amplio, y no son relevantes en la discusión si los negocios con los no socios están permitidos o no”: en estos términos, Munkner (2013).

manera en la que se va a determinar. Esto corresponde aproximadamente a la práctica cooperativa, especialmente en las cooperativas agrícolas donde el problema de los socios inactivos probablemente se percibe más que en otros tipos de cooperativas (por ejemplo, las grandes cooperativas de consumo, como los bancos cooperativos), y la solución adoptada por algunas leyes cooperativas.⁶¹ Este problema también puede ser tratado mediante la concesión a las cooperativas del derecho de expulsar a los socios inactivos y a los socios el derecho a causar baja si la cooperativa se niega a negociar con ellos sin motivos razonables.

La obligación de la cooperativa de tratar a los socios por igual en la celebración y ejecución de las transacciones cooperativas, tal como se establece, por ejemplo, en el Derecho cooperativo italiano,⁶² es una disposición importante no solo en términos generales, sino también en que trata específicamente el tema anterior. En efecto, esta obligación indirectamente protege el derecho de un socio de realizar transacciones con su cooperativa, ya que la cooperativa no podría ser excusada por no realizar transacciones con ese miembro, si la imposibilidad de realizar transacciones se debe a una cantidad excesiva, y por lo tanto desigual, de transacciones con otros socios (o, lo que sería aún peor, con terceros no socios).

Otra cuestión jurídica fundamental planteada por las transacciones cooperativas es la posible aplicación a ellas de normas de ley que regulan las transacciones de mercado a las que se parecen, normas a las cuales, sin duda, estas transacciones serían sometidas si se llevaran a cabo fuera de una cooperativa. ¿Es el derecho contractual (en particular, el derecho contractual de los consumidores) aplicable al intercambio de bienes y servicios entre una cooperativa de consumo o de producción y sus socios? Y ¿es la legislación laboral aplicable a la relación entre una cooperativa de trabajo y sus socios trabajadores? O ¿es el derecho cooperativo sustantivo el que exclusivamente las regula? Obviamente, la cuestión es aún más delicada cuando se consideran las normas imperativas del Derecho contractual

61. Véase, por ejemplo, el art. 15, apartado 2, b), de la Ley española n. 27/1999, que establece la obligación de los socios de realizar transacciones con la cooperativa en la medida mínima prevista en los estatutos sociales de la cooperativa. Sin embargo, como Gide (1921), p. 63, advierte, “la lealtad de los socios es una cuestión de educación, no de coerción”. Acuerdos obligatorios y uniformes entre una cooperativa de agricultores y sus socios, que otorgan a la cooperativa el poder de definir la cantidad, calidad y demás términos de las relaciones de intercambio, son uno de los atributos del modelo cooperativo llamado “modelo cooperativo de nueva generación” (véanse Chaddad & Cook (2004), p. 355; más recientemente, Chaddad (2012), p. 456).

62. Véase art. 2516 del Código Civil Italiano.

o laboral, como aquellas que protegen a los consumidores contra los productos defectuosos o que conceden a los trabajadores el derecho de huelga.

Si por un lado, el someter las transacciones cooperativas al derecho común de los contratos o al derecho laboral implicaría ignorar su especificidad con respecto a las transacciones de mercado, por otro lado puede haber derechos de los socios de la cooperativa que merecen protección en cualquier caso.

El asunto es complejo y manejado por los ordenamientos jurídicos y los investigadores de manera distinta. Las soluciones se deben esperar que estén en línea con el concepto de transacciones cooperativas al que se adhiera.⁶³ En principio, al Derecho cooperativo y a los estatutos cooperativos se les deberían dar prioridad sobre otras posibles fuentes en la regulación de las transacciones cooperativas, que, por tanto, solo deberían aplicarse de manera residual y adicional para llenar las lagunas del Derecho y de los estatutos cooperativos. En cualquier caso, no hay que olvidar que la autonomía privada (es decir, el poder de autorregulación por parte de los estatutos) y el Derecho cooperativo seguirán sujetos a las fuentes de una graduación más alta en la jerarquía de las fuentes del Derecho, lo que significa que, por ejemplo, la regulación de las transacciones cooperativas no puede ser tal que viole los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones nacionales o los tratados y las convenciones internacionales.

5. La actividad cooperativa con no socios

Una vez que conceptos precisos de “empresa cooperativa” y de “transacciones cooperativas” se hayan adoptado y se empleen para distinguir las cooperativas de otras organizaciones empresariales, la cuestión se plantea en torno a si una cooperativa puede realizar transacciones con no socios para el suministro de bienes, servicios o puestos de trabajo de la misma naturaleza que las realizadas con sus socios.

63. En el sentido que, en los ordenamientos jurídicos en que esas transacciones son vistas como “actos cooperativos”, no podrían estar sujetas al derecho común de los contratos o al derecho común laboral, debe excluirse, dado que estos actos cooperativos no son “contratos” o “relaciones laborales”, sino “actos cooperativos”. Por otro lado, en los ordenamientos jurídicos que enfatizan la doble calidad de los socios de la cooperativa, como miembros de la organización y como usuarios de la empresa cooperativa, es más probable que las transacciones cooperativas se consideren sujetas al derecho común de los contratos y laboral, al menos de manera residual y adicional.

Debe quedar claro que este problema existe solamente con referencia a las “transacciones cooperativas” como anteriormente delineadas y no a todas las demás operaciones necesarias para una que cooperativa haga las transacciones cooperativas posible y opere en el mercado como una cualquier empresa, que por su propia naturaleza son transacciones con no socios (aunque impliquen accidentalmente personas que son socias de la cooperativa). Por lo tanto, la cuestión es si una cooperativa de consumo puede vender bienes o servicios a no socios (de la misma naturaleza que los proporcionados a los socios), si una cooperativa de producción puede comprar bienes y servicios de no socios (del mismo tipo que los suministrados a la cooperativa por parte de los socios) o si una cooperativa de trabajo puede emplear no socios.

En principio, esta actividad cooperativa con no socios (o estas transacciones cooperativas con no socios) contradice la esencia de una cooperativa, está en contra de su naturaleza y finalidad y se enfrenta contra la imagen de la cooperativa como una organización de propiedad de usuarios y no como una organización de propiedad de inversionistas. Como Charles Gide, uno de los pioneros de la teoría de las cooperativas de consumo, dice: “no hay duda que la venta al público está por fuera de la esfera de la cooperación. Incluso se podría decir que está fuera de su propia definición, porque cuando una sociedad vende al público ya no puede decir que su objeto es ‘proveer para las necesidades de sus miembros’”.⁶⁴

Sin embargo, en la práctica, las cooperativas han estado actuando de esta manera. Como recuerda Charles Gide, incluso la cooperativa de Rochdale vendía al público en general.⁶⁵ Y es que en teoría, prohibir todas las transacciones con terceros que no son socios obstaculizaría la expansión de la empresa cooperativa, la capacidad de la cooperativa de hacer frente a contracciones repentinas de la demanda o de la oferta de bienes, servicios o trabajo por parte de los socios, y su potencial voluntad de permitir a más personas disfrutar de los beneficios (no solamente de naturaleza económica) que es capaz de producir, es decir, de atraer nuevos socios.

64. Gide (1921), p. 49 y ss., que continúa mencionando la ley alemana en vigor en ese momento que lo prohibía bajo penalidades severas.

65. Gide (1921), p. 50, que sin embargo explica que la Sociedad adoptó, como una regla ingeniosa, el método de ofrecer a los no socios un bonus o dividendo equivalente a la mitad del retorno a sus socios, destinando los excedentes al fondo de reserva.

Esta es probablemente la razón por la que las leyes cooperativas generalmente no prohíben la actividad cooperativa con no socios, sino la someten a límites y condiciones particulares, con el fin de evitar que una cooperativa actúe como cualquier organización empresarial en el mercado, que “explota” al público en general al generar ganancias a través de ellos.⁶⁶ Como resultado, por lo general las cooperativas no están obligadas por la ley a ser “totalmente mutualistas”, sino solo “predominantemente mutualistas”, lo que quiere decir, a operar predominantemente con sus socios.⁶⁷ Además, en algunas leyes cooperativas, se toman medidas para asegurarse de que los socios de las cooperativas no se beneficien, al menos directamente, de la actividad cooperativa con los no socios, que es lo que los socios de una sociedad mercantil hacen (o, al menos, ¡intentan hacer!).

Tales medidas incluyen la asignación obligatoria de las ganancias resultantes de las transacciones cooperativas con los no socios a reservas indivisibles,⁶⁸ la obligación de tratar a los no socios en igualdad de condiciones que a los socios⁶⁹ y la obligación de admitir como socios a los no socios que realicen transacciones cooperativas (siempre que ellos cumplan con los requisitos establecidos por los estatutos de la cooperativa), que, por ejemplo, era una regla general en el derecho cooperativo francés.⁷⁰ Por el contrario, las leyes cooperativas que simplemente

66. Cf. Cracogna, Fici y Henry (2013), donde este aspecto es desarrollado en la tercera o cuarta sección de los distintos capítulos de la parte III.

67. En algunos ordenamientos jurídicos, esta es una obligación sólo bajo el derecho tributario, lo que significa que bajo el derecho sustantivo, las cooperativas pueden operar libremente con los no socios, lo que en principio no es una solución razonable, si se consideran los argumentos expuestos en el texto. En otros ordenamientos jurídicos, donde se requiere un mínimo de mutualidad para todas las cooperativas, el diverso grado de mutualidad sólo afecta el tratamiento fiscal de las cooperativas. En la ley japonesa de cooperativas se puede encontrar una identificación muy meticulosa de los límites dentro de los cuales se permite la actividad cooperativa con los no socios: véase Kurimoto (2013).

68. Lo que, sin embargo, es una solución que tiene sentido sólo si estas reservas son indivisibles en caso de disolución, porque de lo contrario, los socios igualmente se beneficiarían de las transacciones de la cooperativa con los no socios, aunque en un momento posterior, es decir, a la hora de la disolución de la cooperativa.

69. Lo que, sin embargo, es una solución que no transmite adecuados incentivos a los no socios a devenir socios, a menos que, por supuesto, estén específicamente interesados en tener derechos de gobierno de la cooperativa.

70. Antes que el art. 3 de la Ley n. 47/1775 fuera modificado por el art. 24 de la Ley n. 2014/856 sobre la economía social y solidaria. Véase también el art. 23 de la ley general de cooperativas mexicana de 1994 y Gide 1921, p. 52.

permiten que los estatutos cooperativos admitan la actividad con los no socios sin poner límites a este poder, no protegen este aspecto particular de la identidad cooperativa.

6. La función social de las cooperativas y las cooperativas de interés general

Las cooperativas persiguen una finalidad que, en nuestra clasificación es “interna”, dado que los socios se benefician de la actividad de la cooperativa y de sus resultados. En este aspecto específico, por lo tanto, las cooperativas no son diferentes de las sociedades con fines de lucro. ¿Cómo se explica, entonces, la función social que algunas Constituciones (en todo el mundo y de diferentes maneras) atribuyen a las cooperativas?⁷¹ ¿Por qué existen disposiciones constitucionales que obligan a los legisladores y los poderes públicos a promover las cooperativas?⁷² ¿Cómo puede ser que las cooperativas sean ampliamente consideradas como un medio de promover los derechos humanos y el desarrollo sostenible?⁷³ ¿Por qué y cómo deberían contribuir a un mundo mejor?⁷⁴

De hecho, además de las declaraciones generales que se pueden encontrar en los principios de la ACI, en particular en el quinto, sexto y séptimo principio,⁷⁵ la función social de las cooperativas se deriva de una serie de elementos.⁷⁶

71. Explícitamente, en este sentido, el art. 45 de la Constitución italiana.

72. La Constitución portuguesa constituye un ejemplo destacado, ya que contiene un número considerable de disposiciones sobre las cooperativas y su promoción por parte del Estado. Las referencias a las cooperativas y a la obligación del Estado de promoverlas son muy comunes en las Constituciones de los países latinoamericanos. Véase también la reciente enmienda número 97 a la Constitución de la India, que convierte la constitución de cooperativas en un derecho fundamental de los ciudadanos.

73. Véase Henry (2012).

74. Véase la nota a pie n. 5. También cabe señalar que la ley de la República de Corea obliga al gobierno central a designar un día y una semana de las cooperativas cada año: véase Jang (2013).

75. El quinto principio de la ACI es relevante en este sentido, porque incluye a los no socios entre los potenciales beneficiarios de la educación y formación cooperativa y de las campañas de información para el público en general, el sexto principio de la ACI también en la medida en que prevé una especie de solidaridad entre las cooperativas y el séptimo principio de la ACI porque contempla explícitamente el uso de recursos de la cooperativa a favor de la comunidad.

76. Este artículo, por supuesto, no puede dar cuenta de todas las leyes de cooperativas existentes alrededor del mundo y la variedad que les connota. Hay ordenamientos jurídicos donde las cooperativas no

En primer lugar, hay que recordar que las cooperativas no son entidades con fines de lucro y de propiedad de inversionistas, sino organizaciones cuyo objetivo es satisfacer necesidades de sus socios diferentes de la remuneración y apreciación del capital (aunque las necesidades de los cooperadores pueden tener un carácter económico). Por otra parte, estas necesidades pueden ser necesidades fundamentales relacionadas con la personalidad humana y su desarrollo, tales como las de trabajo y de vivienda, que no son atendidas por el mercado y las entidades con fines de lucro que operan en el mismo.

En segundo lugar, el intrínseco carácter social de las cooperativas se deriva de su estructura de gobierno, donde, entre otras cosas, las personas cuentan más que el capital y todas cuentan lo mismo, teniendo en cuenta el principio democrático “un socio, un voto”, que hace imposible el control de una cooperativa por parte de un solo socio o de una minoría de socios, y asegura así que todos los socios puedan controlar la cooperativa, estimulando de este modo la participación real de los socios en la gestión de la cooperativa y por consiguiente en la vida económica de un país.⁷⁷

Además, el principio de “puertas abiertas”, si se aplica realmente, es un instrumento muy importante de socialización de los resultados económicos de la empresa.⁷⁸

En tercer lugar, las cooperativas tienen una función social, porque su regulación – siguiendo los principios de la ACI – por lo general prevé ciertos destinos

están reguladas por la ley para darles una “función social” y donde las cooperativas se consideran predominantemente instrumentos puros de actividad económica, entre otros. Hay ordenamientos jurídicos donde “un socio, un voto” es una regla no imperativa; donde las cooperativas no están obligadas a contribuir a otras cooperativas y al movimiento cooperativo; donde el interés de terceros por devenir socios de una cooperativa no está protegido por la ley; etc., como hemos señalado en otros trabajos (véase Fici 2013a). Por lo tanto, lo que se indica en el texto principal no es para borrar las diferencias que se pueden encontrar entre las leyes cooperativas y las cooperativas alrededor del mundo, que son a su vez el resultado de los distintos niveles de aplicación de los principios de la ACI y de una visión diferente de las cooperativas y su papel en la economía y la sociedad.

77. En algunas leyes cooperativas, los estatutos de las cooperativas tienen facultad de otorgar más de un voto a los socios. El voto plural puede considerarse aún compatible con la identidad cooperativa siempre y cuando esta práctica no conlleve que un solo socio o una minoría de ellos tenga el control de la cooperativa, y que este modo de votación no se base en su la contribución de capital, sino en otros criterios, como el volumen de transacciones cooperativas de un socio con la cooperativa (para una discusión de este punto, véase Fici (2013b), p. 50 y ss.).

78. Acerca de este principio y su impacto “social”, véase Fici (2013b), p. 55 y ss.

“externos” de sus propios recursos a favor de no socios (o futuros socios), otras cooperativas y el movimiento cooperativo y la comunidad en general.⁷⁹

Esto por sí atenúa la naturaleza “interna” de la finalidad, que las cooperativas tienen en común con las sociedades mercantiles.

Solo en la medida en que el Derecho cooperativo prevea estos elementos y los proteja – es decir, que establezca y preserve una identidad cooperativa distinta – es posible concluir que las cooperativas tienen una función social, en comparación con otras organizaciones empresariales, en particular, las entidades con fines de lucro y de propiedad de inversionistas. De lo contrario, en relación a este específico aspecto, la diversidad cooperativa casi se disolvería⁸⁰ y la promoción estatal de las cooperativas sería difícilmente justificable.

No obstante lo anterior, las cooperativas siguen siendo entidades orientadas hacia sus socios, cuyos intereses aspiran (principalmente) a satisfacer. Los socios de la cooperativa son “propietarios” en el sentido de Hansmann, ya que tienen tanto el derecho a controlar la empresa como el derecho de apropiarse de los beneficios de la empresa.⁸¹ Por lo tanto, las cooperativas no pueden ser consideradas entidades sin ánimo de lucro, ya que los beneficiarios de la entidad son las mismas personas que la controlan.⁸² Las cooperativas tienen una función social, pero no son organizaciones (principalmente) altruistas o solidarias. Son distintas de las empresas sin fines de lucro y en particular de las “empresas sociales” como recientemente han sido previstas en algunos ordenamientos jurídicos.⁸³

Esta conclusión, sin embargo, es válida solo para el tipo tradicional de cooperativa, el que corresponde con el estándar de la cooperativa de Rochdale y el modelo contemplado por los principios de la ACI y que ha ocupado estas páginas

79. Con respecto a estas “asignaciones externas”, que contribuyen a la función social de las cooperativas, véase Fici (2013b), p. 45 y ss.

80. En cuyo caso, los que (como Pantaleoni (1898)) niegan la diversidad cooperativa – especialmente sobre la base del hecho que las cooperativas, tal como las sociedades mercantiles, promueven los intereses económicos de los socios, su “egoísmo” – no estarían equivocados.

81. En una cooperativa, sin embargo, los beneficios de la empresa son apropiados por los socios de una manera particular, es decir, como “retornos cooperativos”: sobre este concepto, que presupone el de “excedente cooperativo”, véase Fici (2013b) p. 39 y ss.

82. Véase, en este sentido, Hansmann (1996), p. 17.

83. Véanse para referencias las notas a pie de página 30 y 81.

hasta ahora. Por el contrario, una conclusión diferente se aplicadebe aplicarse a un nuevo (y adicional) tipo general de cooperativa, un tipo que los legisladores en todo el mundo – comenzando, al menos por el conocimiento del autor, en Italia con la ley n. 381/1991 sobre las cooperativas sociales⁸⁴ – cada vez más introducen en sus ordenamientos jurídicos.

Las cooperativas sociales italianas – como las cooperativas de interés colectivo francesas, las cooperativas de iniciativa social españolas, y las cooperativas de solidaridad social portuguesas, por mencionar solo algunas – “persiguen el interés general de la comunidad” (como se indica expresamente en la ley italiana antes mencionada) y no el interés de sus socios. No son cooperativas mutualistas sino cooperativas de interés general.⁸⁵

La tendencia a separar las cooperativas de la búsqueda de un fin interno puro también se puede encontrar en la legislación sobre la “empresa social”, donde se admite generalmente que (también) las cooperativas puedan asumir la calificación legal de empresas sociales, siempre que tengan un objetivo de interés general y cumplan con otros requisitos generales.⁸⁶

Las cooperativas, por lo tanto, ya no están necesariamente vinculadas a un fin de mutualidad, y la ley admite cada vez más que ellas persigan (es decir, sean constituidas para perseguir) el interés general. La teoría jurídica cooperativa tiene que reconocer este hecho y empezar también a tratar las cooperativas de interés

84. Hay que reconocer que la “*community benefit society*” (BenCom) del Reino Unido tiene una historia más larga que la cooperativa social italiana de 1991. Sin embargo, la BenCom no es una cooperativa en el sentido estricto, debido a que la ley no requiere que tenga una estructura cooperativa y, además, la concibe como una alternativa a la cooperativa de buena fe (una sociedad puede registrarse o como cooperativa de buena fe o como BenCom). De hecho, se trata de un tema controvertido si la BenCom debe operar bajo el principio “un socio, un voto”. El autor agradece a Michael Cook de la “Federal Conduct Authority” (FCA) y a Ian Snaith por haberle provisto con más detalles sobre este punto, que sin embargo no es posible presentar y discutir en este artículo.

85. Sin embargo, esta es una conclusión que en parte puede variar dependiendo del ordenamiento jurídico en cuestión. En particular, mientras que en algunos ordenamientos jurídicos, es evidente que las cooperativas sociales, o similares, deben perseguir exclusivamente el interés general, en otros ordenamientos jurídicos, las cooperativas sociales, o similares, se conciben con mayor precisión como cooperativas que operan principalmente (aunque no exclusivamente) en el interés general, lo que significa que pueden beneficiar a sus socios, si bien esto no debe ser su objetivo principal.

86. Los ejemplos incluyen la Ley finlandesa n. 1351/2003, la ya mencionada Ley italiana n. 155/2006 y la regulación del Reino Unido sobre la CIC.

general, que en relación con las cooperativas mutualistas presentan diferentes problemas de regulación, debido a su diverso objetivo.⁸⁷

7. Conclusiones

Este artículo se ha centrado en la función específica, “esencial” del Derecho cooperativo (sustantivo), que es la de reconocer y preservar la distinta identidad de las cooperativas en relación con las sociedades mercantiles (con fines de lucro). Esta función del Derecho cooperativo (sustantivo) es “esencial” porque no se pueden encontrar sustitutos viables de esa en otras partes del Derecho, y es ‘específica’ en comparación con la función esencial que en general desempeña el Derecho de sociedades.

Este es el papel esencial que justifica el interés renovado del movimiento cooperativo hacia el Derecho cooperativo y la investigación jurídica cooperativa y su teoría. De hecho, una identidad jurídica definida, distinta de las cooperativas es cada vez más considerada por los exponentes del movimiento cooperativo como una condición previa para la defensa y el crecimiento de la cooperación, también a la luz del hecho de que una identidad jurídica particular puede justificar una política específica para las cooperativas, especialmente bajo el Derecho tributario.

Una vez que los rasgos distintivos de las cooperativas sean reconocidos a través de la ley, se hace más fácil para los defensores de las cooperativas invocar medidas de fomento de las cooperativas y para el Estado justificar estas medidas a la luz del principio de igualdad de trato. El tratamiento específico de las cooperativas, de hecho, no podría considerarse preferencial si el legislador considera las cooperativas como organizaciones empresariales de un tipo particular.

Obviamente, las preguntas permanecen abiertas, entre otras, de cuales elementos conformen la identidad cooperativa, del papel que los principios de la ACI puedan tener al respecto y si una mayor uniformidad en la regulación de las cooperativas y en la identificación de su esencia entre los ordenamientos jurí-

87. Por ejemplo, la estructura de gobierno de una cooperativa de interés general debería ser diseñada por la ley en coherencia con su finalidad, que es de carácter externo, por ejemplo, dando voz a los beneficiarios que no son socios o, más en general, a los representantes de la comunidad en la que la cooperativa opera.

dicos sería necesaria. Este artículo ha resaltado el papel del “fin de mutualidad” en la configuración de la identidad cooperativa y ha explorado algunas cuestiones relacionadas con la aplicación de este concreto objetivo institucional. También ha hecho hincapié en una nueva tendencia legislativa, es decir, a separar las cooperativas de la prosecución de un fin de mutualidad y a prever cooperativas que persiguen el interés general de la comunidad. Esta tendencia no es sorprendente si se considera la “función social” que ya connota las cooperativas mutualistas.

Bibliografía

- Birchall J. (2011), *People-Centred Businesses. Co-operatives, Mutuals and the Idea of Membership*, London, Palgrave MacMillan, 2011.
- Borzaga C., Depedri S. & Tortia E. (2009), “The Role of Cooperative and Social Enterprises: A Multifaceted Approach for an Economic Pluralism”, Euricse Working Papers, n. 00/09, 2009.
- Brakman Reiser D. (2011), “Benefit Corporations—A Sustainable Form of Organization?”, en 46 *Wake Forest Law Review*, 2011, p. 591 y ss.
- Chaddad F. (2012), “Advancing the Theory of the Cooperative Organization: The Cooperative as a True Hybrid”, en 83 *Annals of Public and Cooperative Economy* 4, 2012, p. 445 y ss.
- Chaddad F. y Cook M. (2004), “Understanding New Cooperative Models: An Ownership-Control Rights Typology”, en 26 *Review of Agricultural Economics* 3, 2004, p. 348 y ss.
- Congreso Continental de Derecho Cooperativo* (Guarujá, San Pablo, Brasil, 8, 9 y 10 de octubre de 2013), Buenos Aires, Intercoop, 2014
- Cracogna D., Fici A. y Henry H. (eds.) (2013), *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013.
- Digby M. (1948), *The World Co-operative Movement*, London, Hutchinson's University Library, 1948.
- Fajardo G., Fici A., Henry H., Hiez D., Münkner H.-H. y Snaith I. (2012), “New Study Group on European Cooperative Law: ‘Principles’ Project”, Euricse Working Paper Series, n. 24/12, 2012.
- Fauquet G. (1951), *The Co-operative Sector* [a translation of the fourth French edition published in 1942], Manchester, Co-operative Union Limited, 1951.
- Fici A. (2009), “Cooperatives and Social Enterprises: Comparative and Legal Profile”, en B. Roelants (ed.), *Cooperatives and Social Enterprises. Governance and Normative Frameworks*, Brussels, CECOP, 2009, p. 77 y ss.
- Fici A. (2013a), “Cooperative Identity and the Law”, en 24 *European Business Law Review* 1, 2013, p. 37 y ss.
- Fici A. (2013b), “An Introduction to Cooperative Law”, en D. Cracogna, A. Fici y H. Henry (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 3 y ss.

- Fici A. (2013c), "The European Cooperative Society Regulation", en D. Cracogna, A. Fici y H. Henrÿ (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 115 y ss.
- Fici A. (2014), "La cooperación entre cooperativas en el Derecho italiano y comparado", en 48 *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 2014, p. 103 y ss.
- Gadea E., Sacristán F. y Vargas Vasserot C. (2009), *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2009.
- Gide C. (1921), *Consumers' Co-operative Societies* [a translation of the third French edition published in 1917], Co-operative Union Limited, Manchester, 1921.
- Hansmann H. (1996), *The Ownership of Enterprise*, Cambridge, Belknap, HUP, 1996.
- Hansmann H. (2013), "All firms are cooperatives-and so are governments", en 2 *Journal of Entrepreneurial and Organizational Diversity* 2, 2013, p. 1 y ss.
- Hansmann H. y Kraakman R. (2000), "The Essential Role of Organizational Law", en 110 *Yale Law Journal*, 2000, p. 386 y ss.
- Hansmann H. y Kraakman R. (2000-2001), "The End of History for Corporate Law", en 89 *Georgetown Law Journal*, 2000-2001, p. 439 y ss.
- Henrÿ H. (2012), "Sustainable Development and Cooperative Law: Corporate Social Responsibility or Cooperative Social Responsibility?", University of Oslo Faculty of Law Research Paper n. 2012-23, 2012.
- Henrÿ H. (2013), "Finland", en D. Cracogna, A. Fici y H. Henrÿ (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 373 y ss.
- Jang (2013), "Republic of Korea", en D. Cracogna, A. Fici y H. Henrÿ (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 653 y ss.
- Kraakman R., Armour J., Davies P., Enriques L., Hansmann H., Hertig G., Hopt K., Kanda H. y Rock E. (2009), *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, 2ª ed., New York, OUP, 2009.
- Kurimoto A. (2013), "Japan", en D. Cracogna, A. Fici y H. Henrÿ (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 503 y ss.
- Münkner H.-H. (1974), *Co-operative Principles and Co-operative Law*, Bonn, Friedrich-Ebert-Stiftung 1974.

- Münkner H.-H. (1982), *Ten Lectures on Co-operative Law*, Bonn, Friedrich-Ebert-Stiftung, 1982.
- Münkner H.-H. (2013), “Germany”, en D. Cracogna, A. Fici y H. Henry (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 413 y ss.
- Münkner H.-H. y Vernaz C. (2005), *Annotated Co-operative Glossary*, Marburg, Marburg Consult for Self-Help Promotion, 2005.
- Pantaleoni M. (1898), “Esame critico dei principi teorici della cooperazione”, en *Giornale degli economisti*, 1898, pp. 202 y ss., 307 y ss.
- Sanchez Bajo C. y Roelants B. (2011), *Capital and the Debt Trap. Learning from Cooperatives in the Global Crisis*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2011.
- Santini G. (1973), “Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali”, en *Rivista di diritto civile* 1973, I, p. 151 y ss.
- Snaith I. (2013), “United Kingdom”, en D. Cracogna, A. Fici y H. Henry (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 735 y ss.
- Stiglitz J. (2009), “Moving beyond Market Fundamentalism to a More Balanced Economy”, en *80 Annals of Public and Cooperative Economy* 3, 2009, p. 45 y ss.
- Taisch F. y Jungmeister A. (2014), “Der Beitrag der genossenschaftlichen DNA als Basis für Wachstum und Differenzierungsstrategien”, en J. Laurinkari, R. Schediwy y T. Todev (eds.), *Genossenschaftswissenschaft zwischen Theorie und Geschichte: Festschrift für Prof. Dr. Johann Brazda zum 60. Geburtstag*, Bremen, EHV Academicpress, 2014, p. 381 y ss.
- Torres Morales C. (2013), “Peru”, en D. Cracogna, A. Fici y H. Henry (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 585 y ss.
- van der Sangen G.J.H. (2013), “Netherlands”, en D. Cracogna, A. Fici y H. Henry (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 541 y ss.
- Vargas Vasserot C. (2006), *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros*, Thomson Aranzadi, 2006.
- Vargas Vasserot C., Gadea Soler E. y Sacristán Bergia F. (2014), *Derecho de las sociedades cooperativas*, Wolters Kluwer, 2014.
- Zamagni S. (2005), “Per una teoria economico-civile dell’impresa cooperativa”, en *Rivista della cooperazione*, 2005, p. 31 y ss.