



ABRIR VOLUMEN I - CAP III (INICIO)

actos realizados por el fiduciario en favor de terceros de buena fe a título oneroso. Es difícil construir una protección registral para el fiduciante o adjudicatario, idéntica al beneficio que ofrece el art. 2 de la LH respecto a la inscripción a favor del fiduciario, salvo la inscripción de los titulares de las viviendas propuesta en el art. 8.5º de esta misma Ley.

Como plantea la doctrina, la admisión de esta posibilidad implicaría la creación de un tipo especial de derecho real en el que la propiedad está dividida en formal y material; y se tiende a identificar el negocio fiduciario con un tipo específico de negocio jurídico, cuando en realidad es una anomalía del mismo⁷⁴.

Aunque el supuesto de hecho de relación jurídica entre la Cooperativa y el socio podría ser calificado como negocio fiduciario, o interpretado según éste, las desventajas del mismo nos hacen dudar de ello. Ello no implica que no pueda optarse por él, pero no creo que sea la hipótesis más deseable, especialmente porque su propia existencia y configuración en nuestro ordenamiento es dudosa.

2. REPRESENTACIÓN.

Como ya hemos advertido, la representación es la hipótesis generalmente admitida por la doctrina, aunque inicialmente se refiriese a ella como interposición gestora. En esta figura se intenta encajar la relación jurídica entre la Cooperativa de viviendas y el socio como una representación de los socios por la Cooperativa frente a terceros. Antes de entrar en el estudio de esta hipótesis, y su aplicabilidad al supuesto cooperativo, no debemos olvidar que nos encontramos analizando el supuesto cooperativo más común en

⁷⁴ DE CASTRO, F: *"El negocio jurídico"*... cit, pág. 409 y 422.

Recoge y desarrolla su consideración como negocio simulado relativamente, que no cumple los requisitos para ser admitido en nuestro ordenamiento, por falta de causa: ALBALADEJO GARCÍA, M: *"El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente"*. Actualidad Civil IV/1993, marginal 663 y ss.

la práctica, dejando de lado, por ahora, las posibilidades de gestión y construcción por la propia Cooperativa.

La representación es la legitimación del representante para actuar por cuenta del representado, dentro de la idea de cooperación en un interés ajeno, generalmente con base en una actividad de gestión o mandato. Es *“el confiar a una persona, representante, la facultad de actuar y decidir, dentro de ciertos límites, en interés y por cuenta de otra, representado”*⁷⁵.

Si se admite la existencia de una representación en el supuesto cooperativo citado, ésta se produciría mediante un negocio jurídico de apoderamiento de cada socio respecto a la Cooperativa, para que actúe por y para ellos en el ámbito de promoción y construcción de las viviendas. Sin embargo, antes de decidirnos en tal sentido, debemos plantearnos cual es la relación básica subyacente, un contrato de mandato celebrado entre la Cooperativa y los socios, o el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa, posibilidades que van a analizarse a continuación.

2.1. Representación con base en el contrato de mandato. Posibilidad de que exista un mandato entre la Cooperativa y el socio.

Partimos de admitir como elementos del mandato los ofrecidos por el CC en el artículo 1709, el carácter consensual y bilateral de la actuación por cuenta o encargo de una persona, cuyo objeto es prestar un servicio o hacer alguna cosa. Se trata de una actividad de cooperación, de derecho, que podría ser causa de la relación representativa entre la Cooperativa y el socio, la base contractual de ésta.

También se expresa en estos términos FUENTESECA, C: *“El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”*. Bosch, Barcelona 1999, entre otras en las pág. 195, 209.

⁷⁵ DE CASTRO, F: *“Temas de Derecho Civil”*... cit, pág. 108.

No está claro, a priori, si el supuesto cooperativo sería un mandato con representación directa o sin ella, puesto que no hemos analizado todavía ambas posibilidades. No obstante, como veremos en el apartado relativo a la representación, lo más probable es que se trate de una representación indirecta. La causa del mandato es el actuar por cuenta de otro quedando al margen del resultado⁷⁶, consentida por el que actúa y por la persona en nombre de la cual se actúa. Pueden ser objeto cualesquiera cosas y servicios, especialmente y exclusivamente los actos jurídicos, en una actuación por cuenta ajena que reúna los requisitos del art. 1271 y ss. del CC.

Aunque la relación entre la Cooperativa y el socio cumple algunas de las notas del mandato citadas, como la actuación de la Cooperativa por cuenta del socio sin obtener nada a cambio, con objeto de proporcionar a éste la vivienda deseada -realización de las actividades materiales y jurídicas necesarias-; no está claro que dicha relación tenga como base o apoyo el contrato de mandato, consensual, bilateral imperfecto, y sólo en contadas ocasiones recíproco⁷⁷.

Aunque el objeto, general dentro de un mandato especial respecto de un asunto determinado, actividades de promoción y construcción de las viviendas futuras encargadas hipotéticamente a la Cooperativa, y la forma, libertad, del supuesto mandato, no plantearían problemas, no ocurre lo mismo respecto de otras cuestiones esenciales o requisitos del contrato en general. La causa del contrato de mandato, que puede ser gratuito o no, es la liberalidad del que se obliga, o en los casos en que existiera una remuneración, el servicio que se remunera; y no puede admitirse que ninguna de estas

⁷⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L. "Elementos de Derecho Civil II". Vol. 2º. Redactado por LACRUZ, SANCIO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS. Bosch, Barcelona 1995, pág. 226. "*Se caracteriza, pues, esta actividad de cooperación en que quien la ejercita quedará al margen de su resultado, pues actúa por cuenta y encargo de otro. La ajenidad del interés gestionado es esencial e immanente al mandato, no eliminable y nota típica y diferenciadora de este contrato y de toda su disciplina jurídica.*"

causas exista en la relación entre la Cooperativa de viviendas y el socio, que es esencialmente gratuita⁷⁸-sin embargo, esta nota de ausencia o no de remuneración no es significativa como elemento del mandato-.

Como argumento definitivo puede aportarse la dificultad de clarificar cual sea el consentimiento o acuerdo de voluntades. En el supuesto cooperativo no hay consentimiento o acuerdo de voluntades, no se produce el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y causa que constituyen el contrato de mandato. Los socios que constituyen la Cooperativa unen sus voluntades, que expresan en el propio contrato de constitución de la misma. No hay un acuerdo de voluntades entre la nueva persona jurídica Cooperativa y los socios respecto de un hipotético mandato entre ambos, por lo cual si admitiéramos la existencia de dicho contrato, este carecería de consentimiento. Los mandatos, bilaterales, requieren una dualidad de partes opuestas, que consienten respecto del objeto del mismo, ocasionalmente en situación de reciprocidad entre sí. Ello no sucede en la relación entre la Cooperativa y el socio. No parece posible considerar la relación entre la Cooperativa y el socio como un contrato de mandato, y ello porque una relación contractual y bilateral entre ambos exigiría la existencia de dos sujetos absolutamente ajenos⁷⁹ entre sí, opuestos, frente a frente, con intereses distintos, que

⁷⁷ LEÓN ALONSO, J: "*Comentarios al Código Civil*"; art.1709 y ss, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1524.

⁷⁸ La relación entre la Cooperativa y el socio en ningún caso puede ser remunerada según la L.C, art. 89.6 – LGC, art. 129.6- (nota a pie 139), ausencia de remuneración que afecta a los órganos de la Cooperativa, mediante los cuales ésta actúa. Sin embargo, no queda claro que no deban ser remunerados, y ello porque se evitaría el fraude de una remuneración encubierta de los órganos cooperativos, que viene avalada por su posible y frecuente relación con la empresa gestora.

⁷⁹ LEÓN ALONSO, JR: "*Comentarios al Código Civil...*"... *cit.*, art. 1709 y ss, pág. 5. El autor define el mandato como una "*relación de gestión ajena típica y, por otro lado, una posible fuente de representación*". Ni el interés ajeno ni la actuación en nombre ajeno caracterizan el mandato, cuya especialidad es la actuación por cuenta de otro.

Oposición, intereses opuestos, frente a frente, como elementos que caracterizan a los negocios jurídicos bilaterales de los que no lo son: ALBALADEJO, M: "*Derecho Civil I*". Vol. 2"... *cit.*, pág. 158.

También se matiza que los contratos se encuentran dentro de los negocios jurídicos bilaterales, con la exigencia de dos partes o intereses, que sólo en los contratos bilaterales o unilaterales generarán o no obligaciones

puedan adoptar las posiciones jurídicas de mandante y mandatario respectivamente. La relación entre ambos podría ser suficiente para admitir una relación representativa basada en el contrato asociativo, plurilateral, de constitución de la Cooperativa, en que confluyen las voluntades de sus miembros, pero no para admitir un contrato bilateral entre la Cooperativa y el socio. Todas estas circunstancias, ausencia de consentimiento y causa, e inexistencia de partes enfrentadas, nos llevan a excluir la posibilidad de que dicha relación pueda ser un mandato, sin necesidad de entrar en un mayor análisis.

Hay que concluir que, admitida indiscutiblemente la distinción entre mandato y representación, la existencia de una actividad representativa de la Cooperativa respecto del socio no debe confundirnos. La representación del socio por la Cooperativa no se adhiere a un mandato previo, sino al propio negocio jurídico de constitución de la Cooperativa, cuyo objeto social y fin último hacen necesaria dicha actividad de representación⁸⁰.

A lo anterior se añade que tampoco suele haber una actividad de gestión sino más bien de representación⁸¹, teniendo en cuenta que, en el supuesto cooperativo que estamos analizando, generalmente la gestión es delegada o encargada a una empresa gestora. Incluso, aunque la Cooperativa gestione por sí misma, sin acudir a terceros, la gestión tiene su base en el propio contrato de constitución de la persona jurídica. El posible

correlativas: DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ, J.L: "Elementos de Derecho Civil I". Vol. 3º, pág. 232 y ss. En el supuesto cooperativo no existe un negocio jurídico bilateral, ni un contrato del tipo de mandato, debiendo admitirse la realidad de negocio jurídico plurilateral en su constitución. DIEZ PICAZO propone el carácter patrimonial como elemento de distinción entre los negocios jurídicos bilaterales y los contratos, y admite que el acto o convenio de constitución de las asociaciones es un negocio jurídico plurilateral: DIEZ PICAZO, L: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo I... *cit*, pág. 76 y ss.

⁸⁰ Idea que debe ponerse en relación con la función práctica de la representación como figura. Ver texto referido en notas a pie 84, 85 y 86.

⁸¹ LEÓN ALONSO, JR: "Comentarios al Código Civil...". *cit*, art. 1709 y ss, pág. 30. Matiza este autor la diferencia entre el mandato, como obligación de gestión y la representación como facultad y aptitud para actuar. La obligación de gestión exigible a la Cooperativa tiene su base en el propio contrato de constitución de la misma, unida a la facultad de actuar por cuenta del socio, y no en un mandato.

contrato de mandato, en los casos que se celebre, sería el que consienten la Cooperativa y la empresa gestora respecto de la administración y gestión de la Cooperativa con relación a la promoción y construcción de las viviendas –mandato, arrendamiento de servicios...-.

Aunque no admitamos la inserción del supuesto cooperativo dentro del contrato de mandato, sus normas son esencialmente importantes, puesto que es la única relación representativa regulada en el Código Civil⁸².

2.2. Representación basada en el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa.

Desechado el mandato como negocio jurídico causal subyacente de la relación representativa de la Cooperativa por el socio, hemos optado por considerar básico en dicha relación el negocio constitutivo de la Cooperativa⁸³.

La base del poder de representación, la relación originaria subyacente, sería el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa, que se celebra con la finalidad de

⁸² LEÓN ALONSO, JR: "Comentarios al Código Civil..."... cit, art. 1709 y ss, pág. 7: "es el esquema normativo, funcional y típico de cualquier supuesto de actuación por cuenta ajena". El contenido y efectos de la representación se basan en las normas del mandato.

⁸³ Otros ordenamientos como el francés también desechan que la relación entre la Cooperativa y el socio sea un mandato, y admiten la dualidad social y contractual para la obtención de viviendas. Aunque la dualidad no sea la misma que la que mantenemos nosotros para el supuesto español, es interesante observar que en otros países no hay prejuicios a la hora de plantear esta situación dual. La doctrina francesa mantiene, como en otros países (Italia, e incluso España –aunque en éstos la dualidad se plantea en orden a admitir que existe una transmisión o relación de cambio entre la Cooperativa y el socio, desarrollada en el capítulo segundo de la tesis-) la existencia de **una doble relación entre la Cooperativa y el socio**, una relación **social** junto con una relación **contractual** en la que la Cooperativa asume la función del empresario o intermediario para obtener los productos, evitando así que la remuneración de éste repercuta negativamente sobre el precio. Respecto a la relación entre la Cooperativa y los socios, la doctrina francesa actual huye de la consideración de mandato gratuito, entendido en sentido tradicional, puesto que la realidad económica demuestra que la Cooperativa es una verdadera empresa, y no puede encerrarse su actividad en los límites de un contrato clásico (esta idea es interesante respecto al análisis de la relación Cooperativa - socio): GOURLAY, PG: "Répertoire DALLOZ": Droit des sociétés, cooperatives, tomo II, Dalloz, Paris 1990, pág. 13.

En Francia, el considerar a la Cooperativa representante de los socios y aplicar las normas de esta figura no es posible, puesto que el legislador de este país opta por diferenciar la actuación del representante legal de la Cooperativa en los casos de Cooperativas de venta, que se remiten a la regulación del contrato de compraventa. En otros supuestos en los que se acude al contrato de promoción inmobiliaria, en realidad se está partiendo de la representación, cuando la representación y gestión se encargue a un tercero, o en las Cooperativas de atribución ya intervenga un tercero o el representante legal o estatutario de la Cooperativa. Pese a hacer referencia a la representación de la Cooperativa de atribución o de venta con intervención de un tercero, la norma se remite al

construcción y adquisición de viviendas actuando la Cooperativa en interés y por cuenta de los socios, como representante de éstos, por la legitimación unilateral otorgada. La unilateralidad es posible porque la Cooperativa está formada por los socios, y sólo actúa por ellos, siendo ésta su finalidad.

Aunque pueda parecer forzada esta interpretación, y ello porque el legislador en ningún momento se ha planteado este punto de vista, ni ningún otro respecto de las Cooperativas de viviendas, al no contemplarlas en profundidad, debemos decir que la doctrina se muestra favorable a la aplicación de la representación en aquellos supuestos en los que el tráfico la tenga en cuenta, al margen de que teóricamente no se encuentre todavía admitida por las reglas de derecho común, o las específicas de la figura en cuestión. La razón es que, *“la representación no es un quid definido por la ley, sino una construcción doctrinal en función de la utilidad que pueda reportar a la práctica y a la formación del sistema un concepto más amplio y general o más estricto y exigente⁸⁴”*, *“va unida a la evolución y el progreso de los ordenamientos jurídicos. La finalidad de esta figura es proporcionar respuesta a las necesidades de las personas de realizar diversas actividades.⁸⁵”* *“La representación aparece como una respuesta del orden jurídico al problema social típico de la cooperación en la gestión y cuidado de los bienes e intereses ajenos.⁸⁶”* En general, la doctrina parece conforme con el hecho de que una figura como la representación, sin una regulación legal específica en nuestro ordenamiento, pueda ser aplicada y admitida según las necesidades o exigencias del

contrato de promoción inmobiliaria, al considerar que el supuesto encaja en esta figura. Como puede observarse, el legislador francés ha ido más allá del nuestro .

⁸⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: “Elementos de Derecho Civil I”, Vol. 3º... *cit.*, pág. 271.

⁸⁵ SERNA MERONÓ, E: “Comentarios al Código Civil...”... *cit.*, art. 1259, pág. 475.

⁸⁶ LEÓN ALONSO, JR: “Comentarios al Código Civil...”... *cit.*, art. 1709 y ss, pág. 23. Cita literalmente a Díez Picazo, “La representación”... *cit.*, pág. 24.

tráfico, premisa de la cual nosotros partimos para considerar la relación entre la Cooperativa y el socio como un supuesto de representación.

La relación entre la Cooperativa y el socio se produce dentro de una representación voluntaria⁸⁷, concedida por el socio. Partiendo de que posiblemente nos encontramos ante una representación voluntaria, hay que matizar que la representación orgánica de la que se vale la Cooperativa para actuar, mediante las personas físicas que forman sus órganos, afecta e influye decisivamente en la relación entre la Cooperativa y los socios, aunque nunca deben confundirse ambas. A ello se añade, que la única relación representativa regulada por la LC, y en general por las normas de Cooperativas de las CCAA, es la de los órganos de la Cooperativa insertos en ella, su actuación, facultades, responsabilidades..., normas a las que acudiremos cuando sea posible y necesario para averiguar las especialidades de la relación entre la Cooperativa y el socio –sin perjuicio de sus repercusiones asociativas-.

Debe demostrarse la existencia de un negocio de apoderamiento o poder, o en su caso una ratificación posterior de lo actuado, en función del tipo de representación que se admita. También es importante aclarar si existe dependencia del poder respecto a la relación origen, cuestión sobre la que no hay unanimidad. En general parece admitirse que el poder tiene cierta relación con el negocio origen, excepto en los casos de

⁸⁷ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: “*Estudio sobre la representación legal en Derecho mercantil*” en Estudios jurídicos en homenaje a De Castro I. Tecnos Madrid 1976, pág. 299 y ss. Distingue el autor los tres tipos de representación en función del fundamento o causa en que tiene su origen, la Ley, la voluntad de los intervinientes ya sea en nombre propio o ajeno y la orgánica en los supuestos de personas jurídicas o colectividades organizadas.

La relación entre la Cooperativa y el socio no es una representación legal, porque la legislación cooperativa no prevé que la relación entre la Cooperativa y el socio sea necesariamente representativa, representación legal sin la cual el socio no podría acceder a una vivienda. Tampoco se trata de una representación orgánica, aunque la Cooperativa precisa actuar mediante órganos.

oponibilidad frente a terceros de buena fe⁸⁸. Al margen de que teóricamente no quede claro cual sea la opción correcta, debe resolverse caso por caso. En las Cooperativas de viviendas, la pertenencia a la Cooperativa va indisolublemente unida a la representación que a ésta se atribuye, razón por la que no habrá apenas ningún caso en que ambas no vayan unidas.

Puesto que se admite la representación del socio por la Cooperativa, legitimada unilateralmente para actuar por cuenta de éste, no se puede hablar de un deber u obligación de la Cooperativa por la mera representación en los asuntos relativos a la vivienda. Puede ocurrir que, en virtud de la relación jurídica subyacente⁸⁹ -negocio de constitución de la Cooperativa-, la Cooperativa esté obligada a realizar contratos representativos con terceros por cuenta del socio, lo que significaría que la actuación cooperativa en la promoción y construcción de viviendas es exigible como obligación inserta en sus Estatutos, norma primera y esencial de la relación cooperativa, que recoge los derechos y deberes de los socios y los correlativos de los órganos cooperativos, al margen de la relación de representación -al ser admitido e inscrito como socio en una

⁸⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: "Elementos de Derecho Civil I", Vol. 3º... *cit.*, pág. 288. (en páginas anteriores había declarado también la vinculación entre la relación representativa y la relación causal, ver nota a pie 89). Destaca que la relación representativa es creada por el poder, y es interna, entre representante y representado, coexistiendo junto a otra externa entre representante y tercero, también creada por el poder. Este autor se manifiesta, además, a favor de que el poder no tiene entidad en si mismo sino en virtud del negocio representativo o principal del que es accesorio.

⁸⁹ Así se manifiesta RIVERO HERNÁNDEZ respecto a la representación en general, en el análisis de la relación entre el representante y el representado y la influencia en ella del contrato causal. RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: "Elementos de Derecho Civil I", Vol. 3º... *cit.*, pág. 278 y ss: "*El poder sólo habilita (pero no obliga) al representante, para actuar. Le permite gestionar asuntos del poderdante (representado), y señala los límites de la actuación autorizada, pero nada más. Para que el representante quede obligado a actuar es preciso que ello le pueda ser exigido en virtud de otro tipo de relación, que genere obligaciones para él... Todo ello quiere decir que la relación representativa se halla delimitada por dos tipos de negocios: el de apoderamiento (del que surge el poder legitimador de la acción representativa), y el contrato causal subyacente o relación originante de la representación... Aunque en abstracto quepa imaginar una actuación representativa sin más apoyo que un poder del interesado, en realidad no se producen las cosas así, y el poder es otorgado precisamente porque hay una relación previa de confianza o de tipo contractual entre dominus y representante, de la que tal poder surge... la realidad es que la representación se integra en el negocio gestorio que le sirve de base y horizonte: mandato (las más veces), arrendamiento de servicios, sociedad, y tantos otros... Los derechos y deberes derivados de la relación representativa se hallan enmarcados por los dos negocios que delimitan el terreno: el poder (que faculta) y el negocio básico de gestión (que obliga)."*

Cooperativa de viviendas, la Cooperativa y el socio contraen una serie de derechos y obligaciones, relativos a la vivienda, contenidos en el negocio jurídico de constitución de la misma-. El inicio de la relación representativa generalmente coincidirá con la inscripción como socio. La Cooperativa asume las instrucciones y límites impuestos por el socio, quedando vinculada por la relación de representación. Si la Cooperativa no actúa respecto a la promoción y construcción de viviendas se le puede exigir que lo haga sobre la base de la relación subyacente; y una vez asumida la representación, la ausencia de actuación sólo sería admisible por imposibilidad o por una posible renuncia de la Cooperativa –sus órganos-. Es importante determinar a partir de que momento la representación vincula a la Cooperativa. Puede decirse que desde la inscripción del socio la Cooperativa queda limitada y sujeta a las instrucciones de la relación de representación -pactadas en la constitución o adhesión a la misma, y participación en la persona jurídica-, aunque no está obligada a actuar en base a la representación, salvo que comience a actuar en tal sentido, pero sí por la relación jurídica subyacente, el negocio de constitución de la Cooperativa, para el que prevé alguna consecuencia -disolución de la Cooperativa, art. 70 LC; art. 103 LGC- en caso de inactividad continuada en el tiempo.

La representación del socio se ejercitará, sobre todo, en la relación con los terceros que actúan en la construcción de las viviendas: propietario del solar, constructor, entidad financiera, arquitectos, empresa gestora... La razón básica de la representación por la Cooperativa, en esta diversidad y complejidad de relaciones, se encuentra en la imposibilidad de que cada socio intervenga en la construcción de su vivienda, materialmente o en su gestión, especialmente cuando ésta no es aislada sino que se integra en un edificio que se someterá al régimen de propiedad horizontal, junto con otros copropietarios. No olvidemos que la razón de ser de la existencia de la figura

cooperativa es el beneficio que se logra con la unión de los intereses de los socios, y la supresión de promotoras u otras entidades encargadas de la construcción de viviendas; a lo que se añade que la Cooperativa no construye ni vende las viviendas a los socios como entidad independiente de éstos, ni tampoco puede identificarse con ellos.

En materia de representación voluntaria se plantea también si es admisible, en la relación entre la Cooperativa y el socio, el carácter innato a la representación de que el representado, aunque haya designado un representante, pueda otorgar otra representación, o incluso actuar por sí ejerciendo las facultades cedidas al representante⁹⁰. El citado carácter se cumple respecto de la vivienda en abstracto, pudiendo el socio elegir la fórmula de adquisición que desee o incluso construirla materialmente él mismo, pero no es válido con relación a la vivienda concreta que va a lograr inscribiéndose en una Cooperativa determinada. Una vez inscrito en una Cooperativa el socio puede solicitar la baja en la misma, e incorporarse a otra si lo desea, pero el objeto de la representación no será el mismo. Sin embargo, puesto que el objeto de la representación al ingresar en la Cooperativa es genérico, una vivienda, concretándose más adelante, puede afirmarse que el socio representado puede construirse una vivienda por sí mismo o acudir a un tercero, incluso después de ingresar como socio en una Cooperativa, siempre que la vivienda no se encuentre todavía individualizada y reservada a su nombre. La lógica y práctica cooperativa tienden hacia la individualización o reserva de la vivienda en cualquier momento desde la inscripción hasta su adjudicación, preferentemente en el inicio, con lo que parece obviarse este problema. Sin embargo, aunque no se diga expresamente, la realidad es que el objeto de la representación no está completamente determinado a priori.

2.2.1. Clases de representación: directa e indirecta, actuación y eficacia. Tipo de representación existente entre la Cooperativa y el socio.

Excluidas la representación legal y orgánica⁹¹ como aplicables a la relación entre la Cooperativa y el socio, y admitiendo la visión doctrinal favorable a la superación de la teoría clásica⁹² de la representación, nos encontraríamos ante dos clases de representación voluntaria posibles, la directa y la indirecta⁹³, dentro de un concepto de representación referido a la legitimación para actuar por cuenta e interés ajeno, y considerando a la vez la independencia relativa del poder respecto de la relación jurídica subyacente, independencia que sólo se manifiesta en la actuación con terceros de buena fe que no pueden ser obligados a conocer dicha relación⁹⁴ -aunque no toda la doctrina está conforme con lo anterior, y algunos manifiestan que existe una dependencia de ambas relaciones-.

En relación con las clases de representación voluntaria, y en razón del tipo de actuación, debe estudiarse cual sería aquella en la que encajaría el supuesto de hecho de nuestra tesis, la relación entre la Cooperativa y el socio para la promoción y construcción y

⁹⁰ La razón es que “ *la representación no agota las facultades del representado*”. CASTÁN TOBEÑAS, J: “Derecho Civil Español, común y foral”. Tomo I, vol. 2º... *cit.*, pág. 861.

⁹¹ Partimos también de la existencia de una representación orgánica de la persona jurídica Cooperativa, única regulada en las normas cooperativas y fruto y base de la relación origen, que afecta a la que tiene lugar entre la Cooperativa y el socio, voluntaria, por lo que se analizarán algunas de sus normas.

⁹² Revisión de la teoría clásica mayoritariamente admitida, y liderada en la actualidad por DIEZ PICAZO: “*La representación en derecho privado*” ... *cit.* DIEZ PICAZO y GULLÓN: “Sistema de Derecho civil”. Vol. I... *cit.*, pág. 565.

⁹³ La doctrina mayoritariamente acepta la distinción entre ambas, y la calificación de la indirecta como tipo de representación: Iniciada por DE CASTRO, F: “*Temas de Derecho Civil*”... *cit.*, pág. 125. Admitida por GULLÓN BALLESTEROS, A: “*Mandatario que adquiere en nombre propio*... *cit.* Desarrollada por DIEZ PICAZO, L: “*La representación en derecho privado*”... *cit.*, pág. 248 y ss. Aceptada por: ALBALADEJO, M: “Derecho Civil I”. Vol. 2º... *cit.* DIEZ PICAZO y GULLÓN: “Sistema de Derecho civil”. Vol. I... *cit.* MONTÉS PENADÉS, VL: “Derecho Civil. Parte general”... *cit.*, pág. 571 y ss. O’ CALLAGHAN, X: “Compendio de Derecho Civil”. Tomo I... *cit.* PUIG BRUTAU, J: “Compendio de Derecho Civil”. Vol. I... *cit.* PUIG FERRIOL, L en PUIG BRUTAU, J: “Fundamentos de Derecho Civil”. Tomo I, vol. I... *cit.* PUIG I FERRIOL, L: “Manual de Derecho Civil II”... *cit.*, pág. 675 y ss. RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: “Elementos de Derecho Civil I”, Vol. 3º... *cit.*, pág. 272. RUIZ SERRAMALERA, R: “Derecho Civil”, El negocio jurídico. UCM, Madrid 1980. SERNA MEROÑO, E: “*Comentarios al Código Civil*...”... *cit.*, art. 1259.

No acepta que la representación indirecta sea verdadera representación: CASTÁN TOBEÑAS, J: “Derecho Civil Español, común y foral”. Tomo I, vol. 2º... *cit.*

⁹⁴ DIEZ PICAZO y GULLÓN: “Sistema de Derecho civil”. Vol. I... *cit.*, pág. 569 y ss.

posterior adjudicación de las viviendas. Puede señalarse como hecho admitido, en cualquier caso, que la Cooperativa actúa por cuenta e interés de cada uno de los socios. Sin embargo, podría decirse que lo hace en su propio nombre y no en el de éstos. Los terceros con los que la Cooperativa contrata -propietario del solar, empresa gestora, constructor, arquitectos, entidad bancaria...-, no conocen a los socios que la forman, ni les interesa quienes sean, por lo que contratan directamente con la Cooperativa, al margen de que sea representante de los intereses de los socios. La Cooperativa, aunque no es propietaria de la “masa de gestión económica” ni de las viviendas, es considerada dueña de la obra y parte afectada en las relaciones contractuales con terceros y las reclamaciones que con ellos se plantean. Por tanto, “a priori” podríamos decir que éste podría ser un caso de representación indirecta en el que no se exterioriza la condición de representante⁹⁵, excluyendo la representación directa como actuación en nombre ajeno. Aunque la conclusión anterior sea lógica, la consideración de la relación Cooperativa – socio como representación indirecta puede plantear problemas o desventajas, puesto que ésta es una creación doctrinal⁹⁶ con perfiles contradictorios. Sin embargo, y en favor de esta figura, no podemos olvidar que sus bases no son exclusivamente consideraciones doctrinales, y se rige por normas determinadas como las del mandato, aplicables a la representación directa e indirecta en lo que sea posible según la doctrina.

La opinión manifestada “a priori” favorable a la representación indirecta debe ser objeto de un estudio más profundo, porque la distinción, teóricamente fácil, entre la actividad representativa en nombre propio o ajeno, no es tan simple en la práctica. Tampoco es pacífica la opinión respecto de quien decide el tipo de actuación, en nombre propio o

⁹⁵ DE CASTRO, F: “*Temas de Derecho Civil*”... *cit.*, pág. 125.

⁹⁶ ALBALADEJO, M: “*Derecho Civil I*”. Vol. 2º... *cit.*, pág. 413 y 415. Cita el autor la otra visión doctrinal desfavorable a considerar la representación indirecta como representación, sobre la base de que es una representación en sentido económico, no jurídico. Tampoco la jurisprudencia es pacífica al respecto.

ajeno, sí el representante o el representado⁹⁷. En el caso de las Cooperativas de viviendas, la elección es de los socios, representados, al ingresar voluntariamente en la Cooperativa.

Ante la dificultad de distinguir la actividad representativa en nombre del representado o en nombre propio, la cuestión esencial parece ser la declaración de voluntad de destinar los efectos jurídicos a otro o no⁹⁸, aunque inicialmente no se diga quien es el representante, circunstancia identificativa que es comúnmente admitida en la actualidad. Analizando la existencia o no de los citados factores en las Cooperativas de viviendas, aunque en ellas los terceros son conscientes de que la Cooperativa es una persona jurídica, pueden no saber que actúa en representación de los socios. No se dice al tercero quien es el principal, y a éste no le interesa quien sea. Tampoco queda claro sobre quien recaen los efectos jurídicos de dicha actividad, nosotros sabemos que recaen en última instancia sobre el socio, pero los terceros no. Además, no es fácil determinar si en general frente a terceros, inicialmente, recaerían en la Cooperativa, que transmitiría su posesión al socio e incluso la propiedad, o directamente sobre éste, porque la declaración de voluntad al respecto no es clara ni tiene porqué serlo. Debemos recordar que la Cooperativa recibe los efectos de la relación con terceros, como dueña de la obra, al menos nominalmente. Todos estos datos nos llevarían a la admisión de una representación indirecta. También se plantea la duda de si la representación indirecta

⁹⁷ DIEZ PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho civil". Vol. I. Tecnos, Madrid 1995, pág. 593. Según DIEZ PICAZO y GULLÓN la elección de la actuación en nombre propio o ajeno es una facultad del representante, por la condición de tal. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: "Estudios de Derecho Civil"... *cit.*, pág. 67 y ss. Este autor estima que es el representado el que otorga la posibilidad de actuar en nombre suyo o del representante. Añade RIVERO que se requiere no sólo la conciencia del representante sino también el conocimiento del tercero: RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: "Elementos de Derecho Civil I", Vol. 3º... *cit.*, pág. 286.

⁹⁸ DIEZ PICAZO, I.: "La representación en derecho privado" ... *cit.*, pág. 241 y ss. Plantea como posibles factores, la declaración expresa del carácter representativo, la expresión de quien es el principal y la eficacia del acto sobre éste y no sobre el representante. De ellos, opta por la "concorde voluntad, expresa o implícita, de destinar los efectos jurídicos a otro y de excluir los efectos jurídicos para el agente (alieno nomine), o bien en la concorde voluntad expresa o implícita de limitar los efectos jurídicos del acto a los otorgantes."

exige o no la existencia de un poder previo de representación⁹⁹. La ausencia de poder no es cuestión difícil de resolver en el supuesto de Cooperativas de viviendas, ya que los socios, en el momento de ingreso en la Cooperativa, autorizan a ésta para actuar y suelen ratificar lo actuado por ella hasta ese momento.

No hay que confundir la distinción entre la actuación en nombre propio, o ajeno, con la eficacia directa o indirecta de la misma. La eficacia de la representación ejercida por la Cooperativa no es inmediata y automática sobre los socios, tratándose más bien de un caso de representante que posee, transmite posteriormente la posesión y reconoce la propiedad de la vivienda a favor de cada socio, lo que nos sitúa en el ámbito de la eficacia de la representación indirecta como la entiende, entre otros, la jurisprudencia del TS¹⁰⁰. Lo dicho nos llevaría a admitir que nos encontramos ante una representación indirecta con eficacia directa, eficacia que analizaremos más adelante. En mi opinión, es de mayor utilidad práctica averiguar los efectos jurídicos que se producen en la relación representativa entre la Cooperativa y el socio, que ocuparnos de discutir si la actuación

⁹⁹ Algún autor como RIVERO HERNÁNDEZ, plantea que sólo es posible la representación sin poder (negocio incompleto) y su posterior ratificación en los casos de representación directa, no así en la indirecta, que habría de referirse a la gestión de negocios ajenos: RIVERO HERNANDEZ, F en LACRUZ, J.L.: "Elementos de Derecho Civil I", Vol. 3^{er}... *cit*, pág. 300. Otros, como PUIG FERRIOL, afirman expresamente que existe poder de representación en la representación indirecta: PUIG FERRIOL, L en PUIG BRUFÀU, J: "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo I, vol. I... *cit*, pág. 967. Si admitimos que la representación indirecta no precisa poder, podríamos confundirnos con la gestión de negocios ajenos. En obras posteriores no se refiere a esta cuestión: PUIG I FERRIOL, L: "Manual de Derecho Civil II"... *cit*.

¹⁰⁰ DIEZ PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho civil". Vol. I, Tecnos, Madrid 1995, pág. 611. La eficacia directa se basa en que las consecuencias y los efectos jurídicos definitivos se producen en la esfera del representado o principal. La doctrina admite que actualmente en los supuestos de representación indirecta se produce una actuación en nombre propio pero con eficacia directa, respecto al representado, aunque sin equipararse esta situación a la representación directa. Hay distintas interpretaciones respecto de la eficacia directa de la representación indirecta, que se verán en el apartado relativo a los efectos jurídicos de la representación.

STS 23-I-1969 (Ar. 200) considerandos primero y segundo, 14-10-1989 (Ar. 6920) fundamento de derecho primero, que se añaden a las citadas por la mayoría de la doctrina: 27-12-1959, 22-5-1964, 22-11-1965, 26-11-1970... En la de 1989, el Tribunal afirma que "*aquella existente relación y esta expresa autorización por parte del "dominus negotii", legitiman su intervención en nombre propio, sin perjuicio de la ulterior relación de cierre del mandato entre mandatario y mandante prevista en el párrafo final del art. 1717 del Código civil... tiene lugar una actuación "propio nomine" del mandatario, que no desvanece la definitiva adquisición por el mandante; porque la gestión de aquél vendría a atribuirle si acaso una titularidad provisional en tránsito hacia el patrimonio de éste.*"

es en nombre propio o ajeno, cuestión difícil de distinguir en la práctica cooperativa, y ello aunque admitamos que, en general, es en nombre propio.

2.2.2. Duración de la representación.

El inicio de la relación de representación entre la Cooperativa y los socios comenzaría en el momento de constitución de la primera -escritura pública y redacción de Estatutos-, aunque respecto de cada socio éste será el de su ingreso. La relación finaliza con la adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio, aunque puede continuar con la administración de los inmuebles, e incluso sin realizar ninguna actividad. Generalmente, el ingreso como socio marca el inicio, y la entrega de la vivienda el fin, tanto de la relación básica cooperativa como de la representación del socio por la misma, y ello porque la representación se otorga en función de esta relación básica¹⁰¹, el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa. El comienzo y fin de la relación jurídica subyacente, constitución de la Cooperativa, afectan a la relación representativa o apoderamiento, por el carácter no independiente de ambas, de forma absoluta, excepto si los afectados son terceros de buena fe que desconocían la primera, lo que ocurre generalmente¹⁰². Este es el iter normal y lógico de la relación entre la Cooperativa y el socio, aunque pueden producirse circunstancias que la modifiquen.

Como circunstancias modificativas debemos referirnos a los supuestos de baja o expulsión de socios de la Cooperativa, que ocasionan cambios imprevistos en el representado, y podrían afectar a la relación con terceros. Ello no ocurre porque hasta el momento de entrega de la vivienda y pago total del precio es indiferente para el tercero

¹⁰¹ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2º... *cit*, pág. 395. PUIG I FERRIOL, L: "Manual de Derecho Civil II"... *cit*, pág. 673.

¹⁰² DIEZ PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho civil". Vol. I... *cit*, pág. 578 y ss. MONTÉS PENADÉS, VI: "Derecho Civil. Parte general"... *cit*, pág. 578 y ss. RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: "Elementos de Derecho Civil I", Vol. 3º... *cit*, pág. 292.

quien sea el representado, puesto que él contrató con la Cooperativa. Durante este período de tiempo comprendido entre la inscripción como socio y la adjudicación de la vivienda, el tercero no conoce, ni le interesa conocer, al representado o socio. El negocio representativo se celebra entre la Cooperativa y el tercero, en aplicación de la doctrina sobre la representación indirecta. Así se explica que hasta el momento de la adjudicación pueda sustituirse al socio representado por otro, como ocurre en los casos de baja o expulsión.

En estos supuestos, la LC –también lo había previsto la LGC, art. 80 y 129- prevé un régimen especial respecto de las cantidades aportadas por el socio¹⁰³, para garantizar el

¹⁰³ Este régimen se manifiesta en deducciones sobre las devoluciones, que pueden abonarse al socio durante un plazo de varios años, añadido a que, incluso después de dejar de pertenecer a la Cooperativa, continúe obligado por las cantidades aportadas para la adquisición de la vivienda, durante un plazo determinado. En el caso de viviendas, además, la devolución de lo pagado por éstas, en caso de baja, se produce en el momento en que el socio sea sustituido por otro socio en sus derechos y obligaciones, para evitar que puedan ocasionarse perjuicios a la Cooperativa, y a los otros socios representados. Aunque no se dice nada de los supuestos de expulsión, sino sólo de baja, se aplica a ambos el régimen general de deducciones en la devolución de dichas cantidades entregadas para vivienda, con algunos matices.

En la Ley actual de Cooperativas, según el art. 17, la baja puede ser voluntaria, justificada o no, y obligatoria (esta última incluida en el Senado). Se modifican los efectos económicos sobre la baja (art. 17), en el art. 51.3, que sólo da lugar a deducción (menor que la prevista en la LGC) –como sanción- cuando la baja no es justificada y viene producida con incumplimiento del periodo de permanencia en la Cooperativa (el art. 80.b de la LGC también había previsto estos efectos en caso de expulsión). Con relación a las deducciones, el legislador deja de lado la baja justificada, a la que sólo se refiere con la calificación de voluntaria –la baja obligatoria, por pérdida de los requisitos, que desapareció del Proyecto inicial y fue admitida en el texto aprobado por el Congreso-, y la expulsión, respecto de la que sólo afirma que tendrá lugar por falta muy grave, en el art. 18-5. El art. 17.1 párrafo segundo del Proyecto de Ley incluía la mención a la baja obligatoria: “*Cesará obligatoriamente en su condición de socio el que pierda los requisitos exigidos para pertenecer a la Cooperativa*”. En el texto definitivo aprobado por el Congreso se eliminó este párrafo, al admitirse la enmienda n° 295 del propio Grupo Popular que prescindía de ella, que la incorpora en la ponencia del Senado como art. 17.5, a partir de la enmienda 111 (art. 33 de la actual LGC). Las deducciones en caso de baja sólo se admiten en un caso determinado –no por expulsión, lo cual es inexplicable, y ello, aunque en el Senado, en varias enmiendas (7, 49, 62 y 107) se intenta incluir este tema. El art. 89.5 se remite al 51.3 en los casos de baja no justificada, para la deducción respecto de las cantidades aportadas para las viviendas, cuyo reembolso precisa la sustitución por otro socio: “*Los Estatutos podrán prever en qué casos la baja de un socio es justificada y para los restantes, la aplicación, en la devolución de las cantidades entregadas por el mismo para financiar el pago de las viviendas y locales, de las deducciones a que se refiere el apartado 3 del artículo 51, hasta un máximo del 50% de los porcentajes que en el mismo se establecen. Las cantidades a que se refiere el párrafo anterior, así como las aportaciones del socio al capital social, deberán reembolsarse a éste en el momento en que sea sustituido en sus derechos y obligaciones por otro socio.*”

Régimen económico cuya eficacia –en el momento de la baja o después de ésta- no afecta al momento en que se entiende producida la baja, cuando el socio declara su voluntad a favor de la misma, como estima el TS en la S. 16-3-1998 comentada por TRUJILLO DÍEZ, LJ: “*Comentario a la STS de 16-3-1998*”, en C.C.J.C núm. 48, pág. 999 y ss. El autor se muestra conforme con la opinión del TS, entendiéndolo que “*el escrito que comunica su separación a la Cooperativa es el modo como el socio ejercita, con efectos inmediatos, su derecho de baja voluntaria*”.

cumplimiento del representado y la protección de terceros. La existencia de los supuestos de baja y expulsión no afecta negativamente a la consideración de la relación entre la Cooperativa y los socios como una representación por cuenta ajena y en nombre propio. Podría pensarse que en los casos de baja y expulsión se produce una revocación del poder por el representado, aunque parece que podría haberse excluido la libre revocabilidad -bajas justificadas-, lo que significa que ésta no es una explicación posible. Además, hay que partir de la idea expresada por LEÓN ALONSO¹⁰⁴ respecto de la irrevocabilidad del mandato, en base a la opinión jurisprudencial que plantea la dependencia de aquel como contenido o ejecución del negocio jurídico bilateral o plurilateral básico o principal. De tal forma, extrapolando lo anterior a la situación de representación del socio por la Cooperativa, en ella el poder de representación, que puede haber sido pactado como irrevocable salvo determinadas causas, dependerá del negocio plurilateral constitutivo de la Cooperativa. Incluso aunque se admita una situación de poder revocable sometido a determinadas condiciones, se entenderá que es dependiente del negocio jurídico cooperativo, lo que puede ocasionar su irrevocabilidad natural, según este autor. La razón es que, *“permitir la libre revocación de aquél significaría, obviamente, tanto como admitir sin más la frustración de esa otra relación*

¹⁰⁴ LEÓN ALONSO, JR: “Comentarios al Código Civil...”... cit, art. 1709 y ss. pág. 520. En páginas siguientes, 526 y ss, cita un supuesto planteado ante el TS como caso de irrevocabilidad natural *“El carácter revocable del mandato le acompaña cuando éste constituye un negocio jurídico autónomo y se establece en interés exclusivo del mandante y no cuando mandante y mandatario se encuentran ligados por un contrato anterior en una de cuyas cláusulas se instituye el mandato, pues en este caso no cabe utilizar la facultad revocatoria si con ello se vulneran o contradicen los términos del convenio establecido por las partes... el principio general de la revocabilidad de los poderes, que antes se reputaba esencial, sufre ahora, según la doctrina científica, algunas mitigaciones en ciertos casos; y así tenía que suceder, porque cuando los poderes no se otorgan como negocio jurídico autónomo derivado de la mutua confianza, sino que obedecen a causa distinta, como sucede cuando se confieren en cumplimiento o como complemento de un contrato principal concluido en interés del representante, o se estipula subordinando su duración a cierto plazo o a determinado evento futuro, entonces con irrevocabilidad paccionada en el contrato principal, tiene que durar todo el tiempo convenido o hasta que sobrevenga el evento, porque de lo contrario se conculcarán los principios fundamentales de la contratación... como ejemplos se citan, la unión de mandato y arrendamiento de obra”* PUIG BRUTAU, J: “Fundamentos de Derecho Civil”. Tomo II, Vol II... cit, pág. 425. CASTÁN TOBEÑAS, J: “Derecho Civil Español, común y foral”. Tomo IV... cit, pág. 561. Sobre este tema también DE LA CÁMARA ALVAREZ, M: *“La revocación del mandato y el poder”*. AAMN. Madrid 1948, pág. 555 y ss. En este tema, podría entenderse que los supuestos de

básica por la sola voluntad unilateral del mandante". También podría tratarse de una renuncia del representante, aunque ésta sólo explica los supuestos de expulsión y no los de baja. En mi opinión, la razón esencial es que la relación básica cooperativa y la representación se encuentran esencialmente unidas, siendo la primera básica y fundamento de la segunda, por lo que la duración de aquélla afecta a ésta, incluso en los supuestos excepcionales de baja o expulsión. Además, incluso aunque nos refiramos a estos casos como supuestos de extinción de la representación, por revocación en caso de baja y renuncia en caso de expulsión, o por cese de la relación jurídica principal conexas – con la que forma un todo indivisible¹⁰⁵ –, el tercero que se sitúa en la posición del socio saliente asume también la representación de la Cooperativa y todas sus funciones, puesto que se subroga en lugar del anterior -los efectos prácticos de aquélla quedan salvados-.

En otros ordenamientos la relación cooperativa afecta también a la representativa y a la transmisión de la vivienda, aunque la intermediación de la Cooperativa difiere de la visión de la representación en nuestro ordenamiento. En Italia, en general, la duración de las relaciones entre la Cooperativa y los socios se extiende durante los periodos o fases en los que se desarrolla la actividad cooperativa, la construcción de la vivienda, pudiendo finalizar antes, de forma total o parcialmente respecto de algún socio concreto, o continuar después de la adquisición de la propiedad de las viviendas -no podemos olvidar que la doctrina italiana hace hincapié en la relación de la transmisión de la vivienda con la transferencia de la participación social¹⁰⁶-. Es en "*las Cooperativas de construcción,*

baja en la Cooperativa corresponden a una revocabilidad llamada obligacional, en que la revocación del mandante provoca la obligación de indemnizar, revocabilidad planteada por el autor en la pág. 601 y ss.

¹⁰⁵ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: "*La revocación del mandato y el poder*". AAMN, Madrid 1948, pág. 613 y ss. En la pág. 636 y ss se refiere a la dependencia de la relación básica a efectos de revocación del poder.

¹⁰⁶ La transmisión de la vivienda, como relación mutualística en curso, se estudia desde otro punto de vista, en relación con la transferencia de la participación social y las consecuencias de ésta. BASSI, A: "*Commentario al Codice Civile*" diretto da Piero Schlesinger, Arts. 2511 a 2548. Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici. Giuffrè editore, Milano 1988, pág. 568 y ss. En este sentido BASSI destaca, además, varios problemas: 1. la relación con el derecho de prelación legal que tiene el aspirante a socio sobre la vivienda,

donde esta transferencia de la participación social representa el medio más frecuentemente usado, junto a la baja a través del cual los socios transfieren sus derechos adquiridos sobre el inmueble en construcción haciendo entrar a un tercero en la posición de reservatario, asignatario o propietario definitivo del bien.” La transferencia de la relación mutualística, de naturaleza contractual, se configura como un cesión de contrato posterior y distinta respecto a la cesión de la cuota social; y a falta de normas estatutarias que regulen tal cesión se aplicarían las reglas de la cesión de contratos.

También se admite la posibilidad de que el socio cause baja o sea expulsado como un caso de extinción de la relación entre la Cooperativa y el socio con consecuencias respecto a la vivienda¹⁰⁷ - que provoca la entrada de un nuevo socio, al ser sustituido por el aspirante que se encuentre en primer lugar-. Asimismo se extingue la relación de socio, que es sustituido por otro¹⁰⁸, si aquél pierde los requisitos para serlo en el momento de reserva o de asignación (art. 95 del TU), o los requisitos de asignación, por falta de pago (art. 103 del TU, no es automático el cese respecto de la vivienda), o si no procede a la

admitido en Cooperativas subvencionadas. 2. La existencia frecuente de maniobras especulativas (evasión fiscal) en este tipo de transmisiones, con venta real a precios de mercado aunque oficialmente lo sea por un valor nominal. 3. Los administradores que autorizan la cesión, con lo que implícitamente reconocen que el tercero cumple los requisitos para ser socio. 4. Parece admitirse que la cesión de la participación social no implica necesaria y automáticamente la cesión de la relación contractual para el goce de los beneficios mutualísticos, pudiendo quedar el cedente como un tercero relacionado con la sociedad en razón de su participación social (en la medida en que sea posible dicha relación). Esto último me parece discutible en las Cooperativas de viviendas, en las que el contenido de la relación social corresponde casi exclusivamente a la relación mutualística de obtención de la vivienda prevista; no creo que la transmisión de la vivienda y la de la participación social puedan ser independientes. Además, en general, pienso que es difícil mantener esta hipótesis, que podría chocar con el derecho de aspirantes y del resto de socios.

¹⁰⁷ GROSSO analiza los supuestos de baja y expulsión del socio (artículo 103 del TU de 1938). No analiza esta autora el supuesto de Cooperativas de construcción y si las de producción y trabajo, puesto que afirma que estos últimos casos son más graves (relacionados con el trabajo como medio de vida) que los de la simple pérdida de la vivienda, en caso de expulsión de una Cooperativa de construcción. GROSSO, P: *“I controlli interni nelle cooperative”*. Quaderni di Giurisprudenza commerciale AG Giuffrè editore, Milano 1990 pág. 75 y ss. En el caso de expulsión, cita algunas conductas o perfiles concretos de la regulación cooperativa que provocan la expulsión y son asimismo sanciones. Entre otros se encuentra la obligación de colaborar con la sociedad, cuya ausencia puede sancionarse como incumplimiento contractual o como contrario al principio de buena fe en ejecución del contrato. La omisión de esta actuación provoca la expulsión del socio, que a su vez tiene como consecuencia el cese de las relaciones entre la Cooperativa y el socio relativas a las actividades de ésta.

ocupación de la vivienda en plazo (art. 98), y también si la asignación es impugnada por vicios, anulándose, y en los de muerte del socio. Como observamos, el legislador italiano se ocupa de regular la posibilidad de transmisión de la vivienda, o de los derechos sobre ésta, teniendo en cuentas las diversas fases del procedimiento de adquisición de la propiedad, que serán objeto de análisis en el capítulo siguiente¹⁰⁹. Es interesante el planteamiento italiano de distinguir la transmisión en la participación mutualística -la actividad cooperativa- de la transmisión de la participación social. Sin embargo, ello no parece aplicable a nuestras Cooperativas, excepto en los casos en que un socio se convierta simplemente en asociado que participa exclusivamente en el capital social, o al contrario, y ello porque en nuestro ordenamiento todos los socios “*usuarios*” están obligados a participar en la actividad cooperativa. En este sentido hay que destacar lo afirmado por algunos autores¹¹⁰ en orden a la doble condición de socio y usuario. Esta dualidad expresa de forma clara la diversidad de situaciones que integran la Cooperativa: en la condición de socio, además de los derechos y deberes derivados de dicha condición, son esenciales y consustanciales a ella el derecho y deber de participar en la Cooperativa de viviendas como usuario¹¹¹.

En Francia la actividad de la cooperativa es la promoción y construcción de inmuebles para su distribución, junto con la gestión y mantenimiento de los inmuebles hasta la

¹⁰⁸ PERINI, M: “*Editizia economica e popolare*”. Novissimo Digesto italiano, vol. VI. UTET 1968, pág. 396 y ss

¹⁰⁹ Son especialmente novedosas las posibilidades de cese de la condición de socio, teniendo en cuenta la fase en que se encuentra respecto de la actividad cooperativa, que serán analizadas en el siguiente capítulo, en que se intentarán adaptar éstas a nuestro ordenamiento.

¹¹⁰ FAJARDO GARCÍA, G: “La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios” ... cit. pág. 75. Afirma que “Esta doble condición de socio y usuario, elemento clave del denominado principio mutualista, ha sido considerado tradicionalmente por la doctrina más autorizada, como la esencia de la institución cooperativa, sin la cual es difícil concebir el cooperativismo.” En tal sentido cita a LLOBREGAT HURTADO LLOBREGAT HURTADO, M^o. I: “Mutualidad y empresas cooperativas”. Bosch, Barcelona 1990, pág. 34. LLUIS Y NAVAS, J: “Derecho de Cooperativas”. Tomo I. Bosch, Barcelona 1972, pág. 30. SERRANO Y SOLDEVILLA, AD: “*La Cooperativa como sociedad abierta*”. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Sevilla 1982, pág. 73. Es una cuestión por todos conocida en la actualidad, sobre la que no se plantea ninguna duda.

puesta en funcionamiento de una organización distinta¹¹², art. L-213-1 del Code de la construction. Se prevé la desaparición de la Cooperativa al finalizar la construcción, que es sustituida por otra organización diferente, la propiedad horizontal posterior iniciada con la primera atribución o venta. No se permite la cesión voluntaria "inter vivos" a título oneroso de la posición cooperativa durante la construcción, según expresa el art. L. 213-11, y ello para evitar la especulación; y tampoco se permite dicha cesión respecto de las partes o lotes, ni respecto del contrato de venta del tipo que sea (en estado de acabado futuro o a término). Sin embargo, no se hace referencia a la prohibición de cesiones gratuitas y por causa de muerte. Antes o después de la construcción la cesión de derechos sociales o de los derechos sobre el inmueble es libre (aunque, para evitar especulaciones, puede someterse a que el precio sea el mismo pagado para su construcción)¹¹³. Podría plantearse una regulación similar para nuestras Cooperativas de viviendas, de libertad en la cesión de derechos si no ha comenzado la construcción, aunque quizá sometida a la sustitución por otro socio.

¹¹¹ FAJARDO GARCÍA, G: "La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios" ... cit. pág. 80.

¹¹² SAINT-ALARY, G: "Répertoire DALLOZ": Droit des sociétés, coopératives d'habitation, tomo II. Dalloz, Paris 1989, pág. 3. Este autor manifiesta que la razón de esta limitación es la voluntad del legislador a poner un término a la actividad de su cooperativa después que ésta realice su objeto principal.

Opina WALLET, P: "Répertoire DALLOZ": Droit des sociétés, coopératives de construction, tomo II. Dalloz, Paris 1994, pág. 6, que "la sociedad cooperativa es un cuadro jurídico de realización de una operación de construcción que debe desaparecer después de la realización de las ventas o atribuciones a los asociados. Son sociedades en las que la duración es en principio relativamente corta, a excepción de las sociedades cooperativas que se benefician de una financiación HLM y practican las ventas a término, en las que la transferencia de la propiedad se produce con el pago integral del precio, eventualmente 25 años después de que finalicen los actos de la venta a término.

La sociedad cooperativa de construcción - atribución asegura la gestión y administración hasta la primera atribución resultante de la división en propiedad implicando la aparición de la copropiedad o de otra organización o asociación sindical. En las sociedades de construcción - venta, la copropiedad aparece desde el acabado del inmueble si ha habido al menos una venta en estado de acabado futuro o una venta de inmueble acabado."

¹¹³ WALLET, P: "Répertoire DALLOZ": Droit des sociétés, coopératives de construction, tomo II. Dalloz, Paris 1994, pág. 15. Tampoco puede olvidarse, como afirma este autor, que en el caso de las Cooperativas de construcción - atribución la cesión será de la parte o lote del socio, no de una vivienda concreta.

Como supuestos de cese de la relación social se regulan especialmente la dimisión del socio, subordinada a la autorización de la Asamblea General y permitiendo al que dimite presentar un nuevo socio, y la exclusión por motivos serios y legítimos. Respecto a ambas (art. L.213-10 a 12) se hace una referencia especial a sus efectos¹¹⁴ si se producen antes del acabado de las viviendas. Se prevén las consecuencias que tiene la pérdida de la cualidad de socio sobre los derechos inmobiliarios, pero no la situación contraria, venta de vivienda y efectos sobre la cualidad de socio, quizá porque no es posible que se produzca¹¹⁵ al igual que ocurre en nuestro país. WALET estima que, *“mientras en las sociedades cooperativas de construcción - atribución, la unión entre derechos sociales y derechos inmobiliarios es perfecta, no es igual en las sociedades cooperativas de construcción - venta”*. Este autor plantea que no se regula la dimisión (o expulsión añadido yo) antes o después del período de construcción¹¹⁶. En este tema, el legislador portugués

¹¹⁴ Estos efectos son : la asunción de las obligaciones por los otros socios (hasta que sea reemplazado por otro), el derecho de reembolso de las sumas aportadas por él (cuando el nuevo asociado pague las sumas correspondientes al anterior, y como máximo en los seis meses siguientes), la resolución de pleno derecho del contrato de venta de vivienda, si éste se produjo.

¹¹⁵ WALET, P : *“Répertoire DALLOZ”* : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II. Dalloz, Paris 1994, pág. 14.

¹¹⁶ WALET, P : *“Répertoire DALLOZ”* : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II. Dalloz, Paris 1994, pág. 14.

Sobre el tema, también SAINT-ALARY, G : *“Répertoire DALLOZ”* : Droit des sociétés, cooperatives d'habitation, tomo II. Dalloz, Paris 1989, pág. 19 afirma que, respecto de las Cooperativas de construcción - atribución, en general, la duración dependerá de la consecución del objeto social o de la extinción previa de la Cooperativa por otras circunstancias. La disolución de la Cooperativa se producirá según las normas de la sociedad cuya forma ha adoptado. Todo asociado puede retirarse de la Cooperativa y obtener la atribución en propiedad de su lote, si constata el fin de la construcción ; pudiendo también demandar al Juez que constate el acabado de los inmuebles y se actúe en consecuencia(art. L. 213-12). También puede retirarse después de la disolución, acelerándose ésta. La disolución de la sociedad cooperativa de construcción - venta no afecta a la transmisión de propiedad de las viviendas, y puede producirse por la llegada del término previsto o por decisión de los asociados en la Asamblea general, una vez que se constate, respecto del programa no de las series, el acabado de la obra y la aprobación de las cuentas definitivas.

Si el asociado no cumple con sus obligaciones, la Cooperativa puede proceder a la venta forzosa de sus derechos sociales, art. L. 213-10. Si la Cooperativa no cumple sus obligaciones, se repartirá el activo entre sus asociados según las normas de derecho común aplicables al tipo de sociedad elegida según la forma

prevé también la posibilidad de cesar en la relación cooperativa por baja o expulsión, con efectos sobre las viviendas¹¹⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico la relación de representación, con una duración generalmente determinada, no se ve afectada por supuestos de cese –baja, expulsión, muerte- anteriores a la entrega de las viviendas, teniendo en cuenta que los terceros contratan con el representante, la Cooperativa, y que el representado es necesariamente sustituido por otro. Podría proponerse la inclusión de las precisiones del legislador italiano, y alguna del francés, ya referidas en el desarrollo anterior de su regulación, y poner en duda la existencia de sanciones elevadas en los casos de baja o expulsión, que afectan tanto al capital social como a la actividad cooperativa, y además son abonados al socio en un plazo de tiempo demasiado prolongado.

2.2.3. Relaciones jurídicas que existen en la representación, y sujetos que intervienen en ellas.

Una vez planteados como tipos de representación las formas de actuación en nombre propio o ajeno, y admitiendo que la relación entre la Cooperativa y el socio es un supuesto de actuación de la Cooperativa en nombre propio, por cuenta e interés del socio, vamos a estudiar otras cuestiones de interés en orden a su aplicación al supuesto cooperativo y la fijación de su contenido.

¹¹⁷ Portugal regula las cuestiones de ingreso, baja y exclusión y la disolución de la Cooperativa en el Código Cooperativo, DL 454/80 de 9-10. Así, las diversas situaciones de ingreso, baja y exclusión por infracción de los derechos y deberes sociales, en los artículos 29, 34 y 35 (entre estos últimos se encuentran el deber de participar en las actividades cooperativas). En materia específica de viviendas, el DL 218/82, recoge la transmisión de las viviendas. los socios pueden transmitir la vivienda después del pago total del precio, pero la cooperativa tiene un derecho preferente durante 30 años en los casos de financiación pública, como así afirma el artículo 23: "*Artículo 23. Derecho preferente. 1. Los cooperativistas podrán transmitir las viviendas de su propiedad después del pago total de su precio. 2. En el caso de transmisión inter vivos de viviendas construidas o adquiridas con financiación pública, la cooperativa tendrá un derecho preferente durante treinta años, contados a partir de la fecha de la primera entrega de la vivienda, que podrá ejercitar por el valor resultante con base en el artículo 15 de esta norma, corregido en función de un coeficiente a determinar anualmente por orden del Ministro de Vivienda, Obras Públicas y Transportes. 3. Los Estatutos podrán prever que la cooperativa también tenga derecho preferente en caso de transmisión de viviendas para cuya construcción o adquisición no haya mediado financiación pública.*" MONTOLIÓ, JM: "Legislación cooperativa en la Comunidad europea". INFES, Madrid 1993, pág. 1069.

Para admitir la calificación de representación debe analizarse en primer lugar si las características de ésta se cumplen en el supuesto cooperativo, y si pueden distinguirse la relación origen, la relación representativa y el negocio representativo, y los sujetos que participan en ella¹¹⁸.

En el caso que se analiza, las Cooperativas de viviendas, la relación representativa es la que se produce entre la Cooperativa y los socios, actuando la primera como representante de éstos; y es la relación jurídica que analizamos, teniendo en cuenta su especial conexión con la relación origen. La relación origen es el negocio de constitución de la cooperativa, una vez excluidas otras posibilidades como la gestión de negocios ajenos sin mandato, o el mandato. Los negocios representativos que se celebran con terceros son múltiples y diversos. Los principales son: la compraventa, cesión o permuta del solar, el contrato de obra con la empresa constructora, el arrendamiento de los servicios de arquitectos y aparejadores, el préstamo hipotecario contratado con el Banco, el mandato o arrendamiento de servicios celebrado con la empresa gestora...; pero pueden celebrarse otros según las necesidades del momento y los casos concretos; y variar también en otros supuestos, a los que nos referiremos en otro momento, en los que existe una construcción por la propia Cooperativa -compra materiales- o una gestión de la construcción por sí misma -contratando servicios concretos con los profesionales que puedan realizarlos-, así como una gestión general del objeto de la Cooperativa -por los órganos cooperativos-, sin acudir a empresas gestoras ajenas.

¹¹⁸ DIEZ. PICAZO, L. "*La representación en derecho privado*" ... *cit.*, pág. 65 y ss: La relación origen puede ser un contrato de mandato, trabajo, sociedad, gestión de negocios sin mandato, una situación de cotitularidad, o una relación familiar. La relación representativa es el conjunto de derechos y deberes que surgen cuando una persona actúa como representante de otra. A esta última se aplican en general las normas del mandato por ser el único supuesto de contrato con relación representativa regulado en el Código Civil. El negocio representativo es aquel que se celebra entre el representante, por cuenta del representado, y el o los terceros.

Los sujetos entre los que se produce la relación representativa son tres, aunque la relación en sí tiene lugar entre el representante y el representado. De una parte la Cooperativa, como representante¹¹⁹, y cada uno de los socios representados o principales¹²⁰, y de otra los terceros con los que se contrata, que pueden ser muchos y variados, vendedor del solar, arquitecto, constructor, gestora... En la relación representativa entre la Cooperativa y los socios debemos referirnos especialmente a la figura del socio usuario¹²¹. La Cooperativa actúa a través de sus órganos, cuyas especialidades serán planteadas en el capítulo quinto, especialmente destinado a la gestión. Los efectos de la posible gestión representativa de la Cooperativa recaen, en última instancia, sobre los socios, puesto que ésta actúa por cuenta de ellos, aunque lo haga en nombre propio.

La relación origen, el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa, relativamente independiente aunque conexo con la representativa, no precisa un estudio a fondo por su

¹¹⁹ DIEZ PICAZO, L: "*La representación en derecho privado*" ... *cit*, pág. 78-79. Respecto de la posibilidad de que una persona jurídica sea representante de otra persona, DIEZ PICAZO afirma que, aunque puede ser difícil de plantear, y ello porque la persona jurídica actúa a su vez mediante representantes orgánicos, no puede negarse su admisión. En tal caso, continúa este autor, de su actuación respondería el patrimonio de la persona jurídica. Nos encontramos, en tal supuesto de representación por persona jurídica, al afirmar la relación representativa entre la Cooperativa y el socio. Hemos resuelto la aparente dificultad que supone que la Cooperativa esté representada a su vez por sus órganos, dificultad que no es tal, de acuerdo con las notas de la representación orgánica (teoría monista) puesto que la actuación de los órganos y las personas físicas que los encarnan se entiende realizada por la persona jurídica que representan, y que actúa por ellos.

¹²⁰ DIEZ PICAZO, L: "*La representación en derecho privado*" ... *cit*, pág. 141. Debemos averiguar si puede tratarse de un caso de pluralidad de poderdantes, que, en opinión de DIEZ PICAZO, es posible y tiene lugar cuando varias personas (consocios) apoderan a una para que las represente conjunta o separadamente. En el supuesto de Cooperativas de viviendas no se produce una representación plural sino singular, de cada socio respecto de la Cooperativa, lo que no obsta para que su ejercicio se realice según los momentos a favor de cada socio o de todos ellos. Sobre esta cuestión volveremos al final del apartado relativo a la representación, puesto que puede tener consecuencias importantes.

¹²¹ Sujeto que ha sufrido algunas modificaciones respecto de la LGC. Según el art. 12 de la LC pueden ser: personas físicas o jurídicas, públicas o privadas y, novedosamente, "*las comunidades de bienes*". BOCG de 30-3-1999. Congreso de los diputados. Serie A, n° 125-12 y Dictamen de la Comisión en BOCG de 24-5-1999. Senado. Serie A, n° 136-e. El texto inicial de este artículo no sufre ninguna alteración en su tramitación en el Congreso y Senado. En las Cooperativas de viviendas, el art. 89 – en la línea del actual 129.1- se refiere a las personas físicas, y antes públicos o entidades sin ánimo de lucro que precisen alojamiento para personas físicas o locales para sí. Se suprime la admisión expresa de Cooperativas como socios –pueden entenderse incluidas en la expresión "entidades sin ánimo de lucro" – y se evita la referencia al mercantil. Se incorpora novedosamente la necesidad de alojamiento para las personas físicas dependientes de las personas jurídicas, que precisen residencia por razón del trabajo impuesta por razones de movilidad geográfica laboral y que la LGC de 1987 no tenía en cuenta.

carácter instrumental respecto de la adquisición de la vivienda por el socio, así como por su regulación exhaustiva en las normas cooperativas. Sin embargo, puesto que es la única regulada en la LC y en las normas autonómicas, se aludirá a ella en algunos aspectos que son útiles a los efectos de la representación, teniendo en cuenta que la representación es ejecutada por los órganos cooperativos, cuyo régimen, facultades y deberes son los únicos regulados en la Ley.

Respecto a los negocios representativos que se celebran con terceros, propietario del solar, constructor, gestora..., nos referiremos a ellos en el último capítulo de la tesis, especialmente el de gestión, específico y singular en las Cooperativas de viviendas, aunque esbozaremos los problemas prácticos más acuciantes de todos ellos.

2.2.4. Relación representativa. Objeto y contenido. Efectos jurídicos.

La relación representativa debe tener como objeto¹²² la actuación del representante, consistente en una prestación de hacer respecto de los asuntos del representado. La Cooperativa queda obligada, entre otras cuestiones, a representar al socio en todo lo relativo a la promoción y construcción de las viviendas dentro su objeto social como persona jurídica –art. 89 LC, 129 LGC-, ocupándose de la recepción de las cantidades aportadas por los socios para las viviendas y posteriormente de la adjudicación y entrega de la vivienda al socio, y actuando frente a terceros, si es que se acude a ellos.

Se plantea la duda de si el objeto de la relación representativa, el asunto del que se ocupa la cooperativa, es absolutamente ajeno a ella misma, condición que parece exigirse en la representación¹²³, teniendo en cuenta que, aunque tiene personalidad jurídica independiente, está constituida por los socios representados. Parece que es ajeno, aunque

¹²² DIEZ PICAZO, I: “La representación en derecho privado” ... cit, pág. 81.

¹²³ La ajenezidad es un requisito objetivo de la representación, como afirma DIEZ PICAZO, I: “La representación en derecho privado” ... cit, pág. 98.

no de forma absoluta como hemos visto con relación al contrato de mandato. Sin embargo, a efectos de la representación, estimamos que podría bastar la ajenedad relativa que existe entre Cooperativa y socios.

En orden al contenido de la relación representativa deben analizarse los derechos y deberes de Cooperativa y socios.

El estudio de los deberes, y derechos recíprocos, se va a plantear, respecto de la teoría de la representación en general, para posteriormente relacionarlos con el supuesto analizado de Cooperativas de viviendas y las normas de la LC que puedan aplicarse -algún aspecto es diferente de la anterior LGC, pero la esencia es la misma-, generales y específicas -no se analizan las normas de las CCAA, que son similares a las de la Ley general, por razones de necesaria delimitación del objeto de estudio-. Así lograremos averiguar los derechos y deberes exigibles a la Cooperativa de viviendas y a los socios, según la regulación cooperativa específica, y añadir a ellos los establecidos en materia de representación por el CC, derecho común y supletorio. Como veremos, la aplicación de este esquema al supuesto cooperativo, ofrece grandes ventajas para el correcto funcionamiento de la Cooperativa, y la protección de los socios que la integran.

1. Deberes del representante.

1.1. Representación en general.

Según la teoría general de la representación -extraídas sus normas, en parte, del contrato de mandato- puede afirmarse la exigencia de ciertos deberes¹²⁴ del representante, una vez asumida y ejercida la representación por el representado. Resumiendo la visión de DIEZ PICAZO, bajo la idea de "intuitus personae" y de confianza, los deberes del representante son los siguientes: fidelidad, realización de la gestión, comunicación,

¹²⁴ DIEZ PICAZO, L: "*La representación en derecho privado*" ... cit, pág. 100 y ss. También desarrollados por LEÓN ALONSO, JR: "*Comentarios al Código Civil...*" ... cit, art. 1709 y ss, pág. 203 y ss.

custodia de bienes y efectos del representado y lealtad. La fidelidad implica un comportamiento según la confianza prevista, y la preferencia del interés gestionado sobre los intereses del gestor. La realización de lo encargado (art. 1718 CC, 252 C de c) supone una obligación de actividad y de medios, no de resultado, y debe ser efectuada por el representante, o por sus dependientes o auxiliares materiales (art. 261 C de c). Antes del cumplimiento, la responsabilidad se produciría por omisión. Las directrices del desarrollo de la gestión son la legalidad (art. 259 C de c), las instrucciones del principal (art. 1719 CC, 254 C de c) y la conducta normal y usos generales del tráfico (art. 1719 CC, 1255 C de c). Los deberes de comunicación comprenden la información (art. 1720 CC, 260 C de c), consulta (art. 255 y 258 C de c) y la rendición de cuentas a los socios.

Es especialmente importante la rendición de cuentas al representado, inserta dentro de los deberes de comunicación. El contenido de esta obligación es¹²⁵ rendir cuentas -por medio de documentos justificados-, entregar el saldo favorable al representado y liquidar las sumas debidas entre representante y representado -sumas y medios puestos a disposición para el ejercicio de la representación, gastos de lo actuado y de la propia rendición-. La obligación de rendición de cuentas debe entenderse en sentido amplio¹²⁶, no sólo económico, comprendiendo también el deber de información sobre la marcha de los negocios, desde el inicio hasta el fin de la representación, unida a la administración del objeto social de la Cooperativa, y debe fundarse en la realidad y no en hipótesis. En caso de incumplimiento de las obligaciones, doloso o con culpa, puede exigirse responsabilidad al representante, con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios.

¹²⁵ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2º... *cit.*, pág. 410.

También se exige la custodia y conservación de los bienes y efectos del representado, del representado para el tercero o del tercero para el representado (art. 265, 266, 257 C de c, y 1183 CC). El deber de lealtad, que se apoya en el principio de buena fe (art. 1258 CC), presenta múltiples aspectos, entre los cuales se citan: cumplir con la finalidad exigida (art. 1724 CC), no ocultar al representado los intereses del representante, prohibición de competencia (art. 288 C de c), retribución del representante que no incluya las ventajas económicas del tercero al representado, exclusividad si se pacta, deber de secreto, prohibición de la autocontratación, prohibición de la compra de bienes del representado...

Puesto que admitimos la función representativa de la Cooperativa respecto del socio, deberemos analizar si la propia regulación cooperativa, de viviendas y general, exige alguno de los deberes citados a la Cooperativa como representante del socio, en defecto de la cual se aplicarán los citados deberes correspondientes a la representación en general.

1.2. Ley de Cooperativas de 1999.

La regulación actual de las Cooperativas no se ocupa de la relación representativa, ni siquiera de forma genérica, porque no la tiene en cuenta; y mucho menos de los derechos y deberes de los sujetos que intervienen en ella, limitándose a regular la relación originaria de constitución de la Cooperativa y su contenido en general, derechos y deberes de los socios, y, de forma dispersa, los deberes de representación de los órganos de la Cooperativa (Consejo Rector, Interventores). Estos deberes de representación de los órganos, básicos en la estructura de la Cooperativa constituida y en su funcionamiento como persona jurídica, pueden aplicarse a la relación representativa de la

¹²⁹ LEÓN ALONSO, JR: "Comentarios al Código Civil..." cit, art. 1709 y ss, pág. 235 y ss. HERNÁNDEZ MORENO, A: "Comentarios al Código Civil..." art.1716, 1717 y 1725, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid

Cooperativa respecto de los socios. Son normas generales de organización interna para todas las clases de cooperativas, incluidas las de viviendas, aunque para cada tipo de Cooperativas la propia LC prevé algunas normas específicas. Al igual que ocurre en la regulación general, los escasos artículos referentes a Cooperativas de viviendas no se ocupan de la función de representación en la construcción y transmisión de la vivienda, por lo que serán aplicables a las mismas las normas generales de organización cooperativa, así como, a efectos interpretativos de las anteriores y supletoriamente, las generales del CC sobre representación.

A. Normas específicas de Cooperativas de viviendas.

Dentro de las normas específicas de Cooperativas de viviendas, artículos 89 a 92 de la LC –similares a los art. 129 a 132 de la LGC-, y con relación a la actuación de los órganos de la Cooperativa, pueden destacarse los siguientes aspectos, poniéndolos siempre en relación con los deberes generales de todo representante.

- I. En materia del cumplimiento de la gestión o de lo encargado, dentro de la legalidad, instrucciones del principal y usos generales del tráfico, puede citarse, aunque sea excesivamente genérico, la concreción del objeto social de la Cooperativa, consistente en *“asociar a personas que precisen alojamiento y/o locales... edificaciones e instalaciones complementarias”*, para cuyo cumplimiento desarrollarán las actividades y trabajos necesarios (artículo 89.1º y 2º -el art. 129.1 de la LGC se refería a *“procurar a sus socios viviendas y/o locales...”*). Este objeto social puede servir como límite interno en la relación representativa entre la Cooperativa y los socios, que en caso de ser violentado conlleva la responsabilidad de los órganos cooperativos que actuaron. Según las normas generales de la

representación civil, y las específicas de las cooperativas, art. 32.1 LC -art. 53 LGC- relativas al Consejo Rector, que serán analizadas más adelante, así como la opinión doctrinal y jurisprudencial actual, la concreción y límites estatutarios del objeto social no tienen efectos frente a terceros, lo que no afectará a límites legales imperativos, o frente a terceros que actúen probadamente de mala fe.

La obligación de realización de lo encargado, exigible a la Cooperativa por el contrato de constitución de la misma, es de actividad, no de resultado¹²⁷, lo que no impide que su incumplimiento tenga consecuencias, no reguladas totalmente en la LC, pero aplicables según la teoría general de obligaciones. El incumplimiento de la Cooperativa respecto del socio puede ser de varios tipos, previo o inicial, posterior durante la vida cooperativa, defectuoso y moratorio.

La Ley de Cooperativas prevé que el incumplimiento continuado durante más de dos años, incumplimiento definitivo y moratorio que deviene incumplimiento absoluto es, desde el punto de vista de la organización cooperativa, causa de disolución de la Cooperativa (art. 70¹²⁸ LC, 103 LGC). En este caso, la propia Ley opta por la resolución o extinción del contrato cooperativo y de toda relación entre la Cooperativa y el socio y, aunque no se refiera a ello, sería exigible a la Cooperativa -a sus órganos o a la empresa gestora contratada- una indemnización por los daños y perjuicios causados en caso de negligencia o dolo, en base a la teoría general de obligaciones.

¹²⁷ Debe recordarse, como afirma DIEZ PICAZO, que según las reglas del CC, art. 1718, 1726 y 1729, el mandatario obligado a realizar una actividad de gestión y no de resultado, responde según la diligencia exigible, por dolo y culpa, que podrán moderar los tribunales. DIEZ PICAZO, L: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo II. Civitas, Madrid 1996, pág. 583.

¹²⁸ "Art. 70. Causas de la disolución. 1. La sociedad Cooperativa se disolverá: C. Por la paralización o inactividad de los órganos sociales durante dos años, sin causa justificada, de tal modo que imposibilite su funcionamiento..." Se incluye expresamente el cumplimiento imposible en el punto E del mismo artículo: "3. Por la imposibilidad de su cumplimiento."

El incumplimiento de la actividad de gestión previo al desarrollo de dicha actividad - socios inscritos, aportan capital social y esperan la construcción que nunca comienza - debe tener unas consecuencias menores que el incumplimiento que tiene lugar durante la vida cooperativa -construcción paralizada sine die-, aunque en ambos casos sería exigible la resolución del contrato, ya que no es posible obligar al cumplimiento de lo pactado, con devolución de lo aportado por cualquier concepto, capital social y aportación para viviendas, así como intereses, si ha habido culpa o dolo, en concepto de indemnización por daños y perjuicios. Además, como manifiesta LEÓN ALONSO¹²⁹, en los casos de cumplimiento parcial, éste obliga a los representados, socios, en la cuantía y condiciones actuadas, circunstancia que se une a la responsabilidad de la gestión cooperativa defectuosa de los órganos o empresa gestora, por los resultados lesivos causados en los socios, que también responden en los casos de desistimiento justificado que ocasione una desventaja a los socios, y en los casos de incumplimiento.

Si el cumplimiento es defectuoso, siempre que no sea de tal entidad que se equipare al incumplimiento e implique la resolución, podrá exigirse el cumplimiento debido, y la indemnización por daños y perjuicios si ha habido dolo o negligencia.

En caso de mora, podrá pretenderse el cumplimiento y la indemnización por daños y perjuicios. En el supuesto cooperativo, según la regulación general, debemos distinguir la mora que tiene lugar durante un plazo máximo de 2 años, de la que supera éste que, como ya hemos visto, se equipara al incumplimiento definitivo.

Todos los supuestos citados conllevan la exigencia de responsabilidad a los órganos de la Cooperativa, como responsables de la gestión, salvo que ésta se haya encargado a una

¹²⁹ LEÓN ALONSO, JR: "*Comentarios al Código Civil...*",... *cit.*, art. 1709 y ss, pág. 207 y ss. Este autor hace referencia al cumplimiento parcial, desistimiento justificado y al incumplimiento del contrato de mandato, cuyos

empresa gestora, en cuyo caso ésta responderá del cumplimiento de la gestión en los términos expresados. La función representativa de la Cooperativa sólo la obliga a actuar una vez admitida e iniciada la actividad representativa, no antes, lo que excluye el deber de cumplimiento previo basado en la representación -aunque es exigible por la relación cooperativa origen-. Durante la vida cooperativa el resto de incumplimientos producen los efectos citados, optándose por la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios si el cumplimiento no es posible.

En cualquier caso en la representación en sí, al tratarse de una obligación de actividad, es más frecuente el cumplimiento defectuoso o moratorio que el incumplimiento total, que además sería difícil de probar al exigirse la inactividad al margen de los resultados.

Además de los supuestos de incumplimiento que generan la responsabilidad de los que actúan por la Cooperativa, hay otros supuestos en que también surge una responsabilidad externa. Nos referimos a la responsabilidad de la Cooperativa, y de los socios representados, respecto de los contratos celebrados con terceros para la consecución del objeto social, de las viviendas. En cada negocio jurídico que tenga lugar con terceros, contratos de obra, arrendamiento de servicios, compraventa..., deberá analizarse el cumplimiento de la Cooperativa y terceros, y de los socios representados. No es equiparable el incumplimiento de la Cooperativa, sus órganos, que no cumple con los terceros, del de los socios que no pagan el coste de su vivienda. La responsabilidad por incumplimiento de la Cooperativa se exige externamente por terceros a ésta, o de forma interna por los socios a los órganos de gestión defectuosa. La responsabilidad por incumplimiento del socio corresponde a la Cooperativa en todo caso, y a los terceros si aquél ha recibido el objeto del contrato celebrado con éste, o si la Cooperativa se ha

critérios son aplicables, junto a los del derecho de obligaciones, a la relación representativa basada en el contrato

disuelto. En algún caso puede exigirse responsabilidad de gestión a la empresa encargada de la misma.

2. Al hilo del deber de comunicación, debe prestarse especial atención a la rendición de cuentas, mediante una auditoría, en algunos supuestos que la Ley contempla en el artículo 91¹³⁰ LC –art. 131 LGC-, y que afectan en la práctica a la mayor parte de casos de Cooperativas de viviendas. Con la intervención de auditores, sujetos externos, se logra un examen más imparcial de las cuentas, que influye positivamente en la actuación de la Cooperativa respecto de los socios. Entre estos supuestos se recoge uno interesante que puede aplicarse a la contratación de una empresa gestora, si la Cooperativa ha otorgado poderes sobre la gestión empresarial a personas físicas o jurídicas, distintas de los miembros del Consejo Rector –se suprime en la nueva Ley la referencia al Director-. En materia de representación civil en general se prevé la rendición de cuentas a los representados –socios- no a sujetos externos –auditores-, pero respecto de las Cooperativas la rendición de cuentas ofrece ambas posibilidades, con una regulación más amplia del deber de comunicación; así se impone una información general a los socios (derechos de información, consulta y rendición de cuentas), la rendición de cuentas a los interventores y a agentes externos en algunos casos (auditoría). Este deber de comunicación afecta a los órganos que conforman la estructura cooperativa, y es exigible tanto por ser órgano de la persona jurídica, como por la relación representativa entre la Cooperativa y los socios que

de constitución de la Cooperativa.

¹³⁰ “Art. 91.1. Las Cooperativas de viviendas, antes presentar las cuentas anuales, para su aprobación a la Asamblea General, deberán someterlas a auditoría, en los ejercicios económicos en que se produzca alguno de los siguientes supuestos: A) Que la Cooperativa tenga en promoción, entre viviendas y locales un número superior a 50. B) Cualquiera que sea el número de viviendas y locales en promoción, cuando correspondan a distintas fases, o cuando se construyan en distintos bloques que constituyan, a efectos económicos, promociones diferentes. C) Que la Cooperativa haya otorgado poderes relativos a la gestión empresarial a personas físicas o jurídicas, distintas de los miembros del Consejo Rector –la LGC se refería también al Director-. D) Cuando lo prevean los Estatutos o lo acuerde la Asamblea General.”

implica un deber de comunicación en general. Su análisis debe completarse con lo que digamos respecto de las normas generales de la LC.

El cumplimiento del deber de someter las cuentas de la Cooperativa de viviendas, antes de su aprobación, a una auditoría se rige por la norma general del art. 62¹³¹ LC –art. 69 LGC-, a consecuencia de la remisión del 91.2¹³² –art. 131.2-. En esta materia se elimina la referencia del apartado sexto del citado artículo 69¹³³ en que se habían previsto varias soluciones al incumplimiento del deber, ya que si las cuentas eran aprobadas por acuerdo de la Asamblea sin previo informe de los auditores o revisores de cuentas, el acuerdo era impugnabile por los cauces previstos en el artículo 52. En caso de que los auditores no sean nombrados, o no acepten o renuncien, se acudirá al Registro de Cooperativas – no al juez como en la LGC- que puede designar a la persona que la realizará por cuenta de la Cooperativa. Se plantea la duda de que ocurrirá en caso de cuentas escandalosas que provoquen el rechazo de los auditores a otorgar dicha calificación, cuestiones que la LC no resuelve, salvo mediante el recurso general de los socios de impugnación de los acuerdos de la Asamblea por lesión de sus derechos (o por ser contrarios a la Ley o Estatutos, causas que no son viables en este caso). La LC elimina la prohibición de que ocupen funciones de auditoría personas que hayan desempeñado -durante los últimos

¹³¹ “Art. 62. 1. Las Sociedades Cooperativas vendrán obligadas a auditar sus cuentas anuales y el informe de gestión en la forma y en los supuestos previsto en la Ley de Auditoría... o por cualquier otra norma legal..., así como cuando lo establezcan sus Estatutos o lo acuerde la Asamblea General. 2. Si la Cooperativa no está obligada a auditar sus cuentas anuales, el cinco por ciento de los socios podrá solicitar del Registro de Cooperativas que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor... 3. La designación de los Auditores corresponde a la Asamblea. 3. Cuando no hubiera nombrado... podrán pedir al Registro de Cooperativas que nombre a un auditor.”

¹³² “Art. 91.2.No obstante lo establecido en el apartado anterior, será de aplicación, en cualquier caso, a este precepto lo recogido en la presente Ley sobre esta materia”. Se elimina la referencia expresa al artículo que regula los temas de auditoría, como hacía la LGC.

¹³³ “Art. 69. Auditoría externa. 1. Cuando lo establezcan la Ley (art. 131 LGC) o los Estatutos o lo acuerde la Asamblea General, las cuentas anuales deberán ser verificadas por personas físicas o jurídicas ajenas a la Cooperativa... 6. Cuando la Cooperativa, de acuerdo con lo establecido en el número 1 de este artículo, esté obligada a someter las cuentas anuales a auditoría externa, la aprobación de las mismas por la Asamblea General sin el previo informe de los revisores será impugnabile por los cauces procesales previstos en el artículo

cuatro años- labores de administración, confianza o asesoramiento respecto de la Cooperativa –incluidas en el art. 69.2 LGC¹³⁴-.

Dentro del deber de lealtad se exige, en el artículo 89.6 LC¹³⁵ -art. 129.6 LGC-, la necesidad de exclusividad de los miembros del Consejo respecto de otras Cooperativas. Esta solución es positiva, aunque debiera estar acompañada de una regulación paralela del deber de competencia con la actividad de la Cooperativa, con relación al supuesto frecuente de miembros del Consejo que trabajan para la empresa gestora que administra la Cooperativa –el deber de no competir se regula en general respecto de los socios de la Cooperativa en el art. 15.2.f LC (en la LGC también se incorporaba a la condición de socio del art. 29 y como obligación general del 34 LGC). No debiera admitirse que se produzca esta dualidad de cargos, que puede provocar una colisión entre los intereses de la Cooperativa y los de la gestora. Tampoco se hace referencia en tal sentido, en materia de viviendas, a la prohibición de autocontratación de los miembros de órganos cooperativos consigo mismos -como socios y como órganos-, ni a la exigencia de no ocultar los intereses del representante, aunque ambos deberes les serán exigibles como socios cooperativos -así se recoge en las normas generales de la LC-. Al igual que en otras cuestiones el deber de exclusividad afecta a la actuación de los órganos cooperativos y, consecuentemente, a la relación de la Cooperativa con el socio. El incumplimiento de la exclusividad de los órganos cooperativos llevaría consigo la destitución de la persona en cuestión. Lo actuado por él será válido en la mayoría de los

52, sin perjuicio de poder solicitarla del Juez de Distrito, que ordenará la realización de la auditoria externa y, en su caso, designará la persona que haya de efectuarla, por cuenta de la Cooperativa.”

¹³⁴ “Art. 69.2. En ningún caso podrá ser realizada la verificación de las cuentas por persona, que desempeñe o haya desempeñado en los últimos cuatro años puestos de administración o funciones de asesoramiento o de confianza en la Cooperativa. Tampoco podrá ser realizado por quien forme o haya formado parte del personal de la misma en el mismo período de tiempo ni por las personas que estén incurso en alguna de las prohibiciones que la presente Ley establece para los interventores.”

¹³⁵ “Art. 89.6. Ninguna persona podrá desempeñar simultáneamente el cargo de miembro del Consejo Rector en más de una Cooperativa de viviendas.”

casos, excepto que se pruebe que incumplió otros deberes legales o estatutarios, según dispone el art. 37.1¹³⁶ LC –se suprime la referencia a que el acuerdo en que participó lesionaba, en su beneficio, los intereses de la Cooperativa, en cuyo caso su actuación podía impugnarse para lograr su anulación, según estaba previsto en el art. 66 LGC¹³⁷-. En materia de representación en general se entiende que, en el supuesto de un abuso de poder, por no actuar en defensa del interés que se debe proteger, se pueden producir como consecuencias¹³⁸: la exigencia de responsabilidad al representante, la revocación del poder y la impugnabilidad del negocio representativo celebrado con tercero que no actúa de buena fe. Estas consecuencias pueden asumirse perfectamente en el supuesto cooperativo, lo que amplía lo previsto en la LC; aunque la que plantea más dificultades es la última, relativa a la impugnabilidad de los negocios celebrados con terceros que conocían la ilicitud de la actuación, conocimiento que deberá probarse necesariamente.

3. También se regula, en las Cooperativas de viviendas, una norma específica, restrictiva, sobre la ausencia de remuneración de los consejeros¹³⁹. Esta opción no es excesivamente favorable para la buena marcha de la Cooperativa, puesto que puede provocar que los consejeros se beneficien indirecta e indebidamente de las ventajas que recaen sobre la Cooperativa. No puede eludirse que la ocupación y conocimientos que exige la representación de la Cooperativa, al margen de la gestión

¹³⁶ "Art. 37. 1. Podrán ser impugnados los acuerdos del Consejo Rector que se consideren nulos o anulables en el plazo de dos meses o un mes, respectivamente, desde su adopción."

¹³⁷ "Art. 66. Impugnación de los acuerdos del Consejo Rector. 1. Podrán ser impugnados según las normas y dentro de los plazos establecidos en este artículo los acuerdos del Consejo Rector que sean contrarios a la Ley, que se opongan a los Estatutos, o lesionen, en beneficio de uno o varios socios o asociados, los intereses de la Cooperativa". En el caso citado, el acuerdo adoptado por el Consejo con intervención de un miembro que no cumple el deber de exclusividad podrá ser anulado por lesionar los intereses cooperativos, y no por oponerse a los Estatutos o ser contrario a la Ley, puesto que estas son causas distintas.

¹³⁸ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2º... cit, pág. 402.

¹³⁹ "Art. 89.6. ... Los miembros del Consejo Rector en ningún caso podrán percibir remuneraciones o compensaciones por el desempeño del cargo, sin perjuicio de su derecho a ser resarcido de los gastos que el desempeño del cargo les origine."

de la misma, puede requerir que alguno de los consejeros, o el Presidente, sean personas profesionalmente dedicadas a ello, siempre que quede clara la obligatoriedad del deber de fidelidad y de la primacía de los intereses del representado para el representante. Esta profesionalidad podría chocar con el deber de exclusividad citado, por lo que surge la duda de cual de ellas debe prevalecer. Ante este problema existen dos opciones. Si se admite la exclusividad se favorecerá la existencia de órganos cooperativos sin dedicación a ello -cuyo cargo se limita sólo a la Cooperativa a la que pertenecen- y sin retribución, lo que facilita la contratación de empresas gestoras encargadas de la gestión cooperativa. Esta solución será positiva siempre que se controle la gestión externa. Si se opta por la retribución y profesionalización de la gestión hay que olvidarse de la exclusividad entendida como no competencia y como forma de evitar conflictos de intereses, aunque podría mantenerse la exclusividad de los órganos de la Cooperativa no retribuidos, junto a la profesionalización y retribución de la empresa gestora encargada de la administración. Esta última opción no evita conflictos de intereses respecto de la empresa gestora dedicada a gestión de cooperativas y promoción propia. Parece preferible mantener la ausencia de remuneración de los órganos cooperativos y su exclusividad, y el recurso a empresas gestoras ajenas, y ello porque así es más fácil delimitar los intereses de cada uno y evitar conflictos.

Si los consejeros han percibido retribución o remuneración por su cargo, incumpléndose la prohibición de la misma, es incierto lo que deba hacer la Cooperativa porque la Ley no lo prevé; por supuesto cesaría la retribución, e incluso podrían quedar obligados a la restitución, total o parcial, de lo cobrado indebidamente, en concepto de daños y perjuicios causados a los socios, si se demuestra que conocían esta prohibición o que no

podían desconocerla empleando la diligencia mínima exigible por su cargo, es decir, si actuaron sin diligencia o con mala fe. En este caso la responsabilidad se regirá por lo dispuesto para los administradores de las SA como dispone el art. 43 LC –según la LGC, art. 64 y 65, podían cesar en sus cargos, ser destituidos por acuerdo de la Asamblea General-. Dejamos constancia de nuestro desacuerdo con la remisión a las normas de la SA y el “olvido” de normas cooperativas específicas.

No existe ninguna norma en materia de Cooperativas de viviendas que se refiera a otros deberes inherentes a la representación, como la fidelidad (confianza), lealtad (principio de buena fe) e información en general. Por ello debe estudiarse la normativa cooperativa general aunque incluso, en defecto de ésta, los citados deberes serían exigibles en base a la teoría general de la representación.

B. Normas generales sobre Cooperativas.

Una vez expuestas las normas que la LC ofrece en materia de viviendas con relación a la actividad y deberes de los órganos de la Cooperativa, aplicables a la relación entre la Cooperativa y los socios, vamos a analizar de las normas generales sobre Cooperativas que también se refieren a dichas cuestiones, pero de forma más amplia, contemplando alguno de los deberes no incluidos en materia de viviendas.

Con relación a los órganos encargados de la representación de la Cooperativa, debe prestarse especial atención al Consejo Rector y sus miembros, por ser el órgano de representación por excelencia, así denominado en el art. 32.1 de la LC: “*órgano colegiado de gobierno, al que corresponde, al menos, la alta gestión, la supervisión de directivos y la representación de la Cooperativa, con sujeción a la Ley, a los Estatutos*

y a la política general fijada por la Asamblea General” –similar al artículo 53.1¹⁴⁰ LGC-. El citado artículo es esencial porque establece también la extensión de la representación y las facultades y limitaciones del Consejo Rector, que pueden encuadrarse dentro del deber de cumplimiento de lo encargado, y serán analizados más adelante. La representación legal de la Cooperativa corresponde al Presidente o Vicepresidente del Consejo Rector, que lo será también de la Cooperativa, según dispone el artículo 32.2 LC –el artículo 54.1 de la LGC sólo se refería al Presidente-.

La LC permite la inclusión de directivos y de Director o gerente, con facultades de representación. Sin embargo, la LC actual, a diferencia de la anterior¹⁴¹, sólo se refiere, en el art. 32.3¹⁴², a su nombramiento por el Consejo, su función de representación, y la inscripción en el Registro de Cooperativas si se trata de un poder permanente (la figura del Director se incorpora al art. 32.3 del texto final –referencia omitida en el Proyecto

¹⁴⁰ “órgano de gobierno, gestión y representación de la Cooperativa, con sujeción a la Ley, a los Estatutos y a la política general fijada por la Asamblea General”.

¹⁴¹ No se regula el ámbito de dicha representación como hacía la LGC, al prever que no podía exceder del tráfico empresarial ordinario, estableciéndose una prohibición específica respecto a determinadas cuestiones. Según la LGC, esta figura, prevista en los Estatutos, y acordada por la Asamblea, era realmente un representante del Consejo Rector, incompatible con el cargo de consejero, al que se aplicaban las incapacidades, incompatibilidades y conflictos de intereses de los miembros del Consejo.

LGC: “Art. 60: 1. Si los Estatutos lo prevén, la Asamblea General podrá acordar la existencia en la Cooperativa de un Director, con las facultades que le hubieran sido conferidas en la escritura de poder. 2. Corresponde al Consejo Rector la designación, contratación y destitución del Director que podrá ser cesado en cualquier momento por acuerdo adoptado por más de la mitad de los votos del Consejo. El nombramiento y cese del Director deberá inscribirse en el Registro de Cooperativas que, a la vista de la correspondiente escritura pública, transcribirá las facultades conferidas. 3. La existencia de Director en la Cooperativa no modifica ni disminuye las competencias y facultades del Consejo Rector, ni excluye la responsabilidad de sus miembros frente a la Cooperativa, frente a los socios y asociados y frente a los terceros. Las facultades conferidas al Director sólo podrán alcanzar al tráfico empresarial ordinario y en ningún caso podrán otorgarse las de: a) Fijar las directrices generales de actuación en la gestión de la Cooperativa, con sujeción a la política general establecida en la Asamblea General. B) El control permanente y directo de la gestión empresarial. C) Presentar a la Asamblea General la rendición de cuentas, la propuesta de imputación y asignación de resultados y la Memoria explicativa de la gestión del ejercicio económico. D) Solicitar la suspensión de pagos o la quiebra. 4. El Director, que deberá realizar sus funciones con la diligencia de un ordenado gestor...” Se había previsto en el apartado 4º de este artículo, que su actuación se realizaría “con la diligencia de un ordenado gestor y un leal representante, responderá frente a la Cooperativa de cualquier perjuicio que cause a los intereses de la misma por haber procedido con dolo, negligencia, exceso en sus facultades o infracción de las órdenes e instrucciones que hubiera recibido del Consejo Rector. También responderá el Director personalmente, frente a los socios y frente a terceros, por los actos que lesionen directamente intereses de éstos”.

¹⁴² “Art. 32.3. ... y en especial nombrar y revocar al gerente o director que representará a la Cooperativa. El otorgamiento, modificación o revocación de los poderes de gestión o dirección con carácter permanente se inscribirá en el Registro de Sociedades Cooperativas.”

inicial de 1998 a la que nos referiremos en el capítulo quinto-, cuya actuación no se regula de forma detallada como ofrecía la LGC). El Consejo Rector puede también apoderar a cualquier persona, tercero, en cuyo caso las facultades de ésta serán las que se establezcan en el poder, según dispone el art. 32.3¹⁴³ de la LC -art. 54.2 LGC-.

Centrándonos en los deberes del representante, la Cooperativa, referidos a estos órganos con facultades de representación y a las personas físicas que actúan por ellos, y aplicándolos a la relación Cooperativa – socio, podemos realizar las siguientes afirmaciones:

1. No se prevé la observancia del deber de fidelidad reflejado en el comportamiento según la confianza prevista y la primacía del interés de los socios representados sobre el interés de la Cooperativa, representada por sus órganos. En base a la teoría general de la representación se aplica este deber respecto del interés de los socios en general, contrapuesto al interés de la Cooperativa.

De la Ley actual de Cooperativas pueden deducirse implícitamente, al igual que ocurría con la LGC de 1987, los deberes de fidelidad respecto de los socios en general, en el art. 15.2.f (sin modificaciones desde el Proyecto inicial) –art. 34.e LGC-. Además, en la nueva LC, el deber de fidelidad se encuentra implícito en las incompatibilidades y conflictos de intereses de los órganos cooperativos en los art. 41 y 42 LC¹⁴⁴ (que se analizarán con relación al deber de lealtad); eliminándose, en el art. 43 LC, la exigencia

¹⁴³ “Art. 32.3. El Consejo Rector podrá conferir apoderamientos, así como proceder a su revocación, a cualquier persona, cuyas facultades representativas de gestión o dirección se establecerán en la escritura de poder...”

¹⁴⁴ También ostenta dicho deber el Consejo –supuestos de incompatibilidades, conflictos de intereses y comportamiento diligente y leal de algunos órganos cooperativos y sus consecuencias en los art. 62, 63, 64 LGC- e Interventores, pero no el Director (art. 60.4 LGC).

expresa de un comportamiento diligente y leal de los consejeros, que es sustituida por la remisión a lo dispuesto para los administradores de las SA¹⁴⁵-

Es especialmente importante que se admita y cumpla la primacía del interés de los socios -objeto y fin de la Cooperativa, art. 89.1º- respecto del interés del gestor, órganos de la Cooperativa y empresas ajenas, como expresión del deber de fidelidad, principio no expresado respecto de las Cooperativas, pero aplicable en base a la teoría de la representación. El deber de fidelidad y sus expresiones, implícitas en la regulación cooperativa, es exigible tanto a la Cooperativa que representa y gestiona los intereses de sus socios, como a aquella que ostenta simplemente la representación, siendo gestionada por una empresa ajena. En tal sentido, y aplicando las reglas generales sobre fidelidad, con relación a la utilización por el gestor para usos propios de las cantidades aportadas por los socios, con violación de los deberes de fidelidad y confianza, resulta la obligación de indemnizar a éstos para compensar la ventaja que él obtiene y ellos no, así como indemnizar el posible daño probado por el perjudicado, según dispone el art. 1724 del CC¹⁴⁶. En este caso, puede llegarse incluso a la responsabilidad penal del gestor, por apropiación indebida, alzamiento de bienes o falsedad¹⁴⁷.

¹⁴⁵Esta referencia fue modificada en el Congreso, mediante enmienda transaccional en lo relativo al ejercicio de la acción de responsabilidad, modificación que no afectó a la novedosa remisión a la LSA para determinar la responsabilidad de Consejeros e interventores (la 113 de IU, 231 de G. Vasco y 387 de G. Socialista pretendían mantener la regulación de la LGC para evitar remisiones a la LSA; La 177 y 178 de C.Canaria pretendía distinguir los cargos retribuidos, con remisión a las SA, de los gratuitos, con un sistema similar a la actual LGC, y que la acción de responsabilidad determinara la destitución). En el Senado se presentó la enmienda 5 proponiendo un contenido similar al de la LGC y evitando la remisión a la LSA, sin que haya prosperado.

¹⁴⁶ Así lo interpreta LEÓN ALONSO, JR: "*Comentarios al Código Civil...*"... cit, art. 1709 y ss, pág. 315.

¹⁴⁷ En la mayoría de los supuestos en que se plantea la responsabilidad penal de los órganos gestores de la Cooperativa, generalmente el Presidente, la razón es la apropiación indebida, alzamiento de bienes o falsedad. Algunos no prosperan por falta de pruebas, tratándose en algún caso de defectos en la contabilidad: STS 27-11-1991 (Ar. 8569), 25-4-1991 (Ar. 2953), 22-11-1990 (Ar. 9079), 23-2-1988 (Ar. 1241), o por que se trata de uso ilícito civil sin existir una apropiación indebida de fondos cooperativos por no haberlos destinados los gestores a uso propio, aunque sí a uso indebido, por mala gestión: STS 3-10-1990 (Ar. 7644), 21-10-1988 (Ar. 8377), 30-5-1997 (Ar. 4297), 2-7-1993 (Ar. 5691). En este último caso, el TS precisa, en el fundamento de derecho cuarto, que el control y seguimiento de la actuación de los órganos cooperativos debe realizarse por los órganos encargados al efecto, y la gestión en este caso cumple con el fin social de la Cooperativa.

2. Los deberes de comunicación del representante se manifiestan ampliamente en las normas generales de Cooperativas, que contemplan tanto el deber de información¹⁴⁸ como el de consulta y el de rendición de cuentas.

El deber de comunicación, cuya expresión es la información, consulta y rendición de cuentas, es objeto de desarrollo en la Ley actual. El deber de información del socio se incluye en el art. 16.3 y 4¹⁴⁹ de la LC, en términos similares al art. 36¹⁵⁰ LGC (referido como derecho en el art. 35 LGC), incluyéndose el derecho a copia de Estatutos, acceso a

En otros supuestos sí se produce una apropiación indebida, por el Presidente. Así, en el supuesto de la STS 23-2-1991 (Ar. 1405), fundamentos de derecho primero, sexto y séptimo. En este caso, el Presidente, incurriendo en falsedad en documento mercantil y apropiación indebida, gira letras de cambio ilícitamente, no auténticas ni autorizadas por la Junta Rectora de la Cooperativa, falsificando las firmas, letras que suponían un beneficio patrimonial a su favor y al del constructor. También se estimó apropiación indebida en el caso de la STS 21-2-1991 (Ar. 1336), fundamento de derecho único. Aquí, el Presidente, autorizado para inscribir la Cooperativa, dispone del dinero aportado por los socios para comprar el solar, para una compra personal. También en STS 19-6-1997 (Ar. 4849).

Con relación a la responsabilidad penal de las personas físicas que encarnan los órganos cooperativos y la civil subsidiaria de la Cooperativa, en ocasiones se admite ésta. Se ha planteado ante el TS un caso de socio fundador e interventor de cuentas de la cooperativa, empleado también de la empresa gestora encargada de la administración, al que se exige responsabilidad penal por estafa y apropiación indebida de fondos de la Cooperativa aportados por los socios para sus viviendas, y falsedad al iniliar la firma del Presidente de la Cooperativa. El Tribunal mantiene la responsabilidad civil directa que se exige al cónyuge del interventor, que utilizó el dinero, y la civil subsidiaria de la Cooperativa puesto que *"el aquí condenado como responsable penal, se encontraba en una situación de servicio en la que aquél, se hallaba potencialmente sometido a la posible intervención del responsable civil subsidiario, de quien recibía o debía recibir órdenes e instrucciones"*: STS 21-1-1993 (Ar. 1484), fundamentos de derecho primero, segundo y tercero.

¹⁴⁸ Según VICENT CHULIÀ, F: *"El derecho de información del socio en la Cooperativa"*. Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 181, el derecho de información afecta a todas las formas de agrupaciones voluntarias de personas, como es el caso cooperativo que opta por su regulación en la propia LGC.

¹⁴⁹ El Proyecto inicial de 1998 se refería a este derecho del socio de forma general y escueta, limitado a la copia de los acuerdos de Asamblea y del Consejo que le afecten individualmente, y a la presentación de las cuentas del ejercicio antes de la aprobación en Asamblea.

Los grupos parlamentarios ponen en duda esta redacción que limita el derecho de información. Ya en las enmiendas a la totalidad discutidas en el Pleno (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno Sesión núm. 196. n° 202, 10-12-1998, pág. 10876 y ss), lo plantea el G. Socialista –en pág. 10902–, lo que es rebatido por el G. Popular, que se refiere a su enmienda sobre la cuestión ampliando este derecho –en pág. 10905–. Las enmiendas parciales ampliando el contenido de este derecho son admitidas: 148 de C. Canaria, 376 del G. Socialista, 294 del G. Popular y 100 de IU. En el Senado se presentan las enmiendas 38 y 39 relativas al derecho de información, admitiéndose ambas por la Ponencia y por el Dictamen de la Comisión en BOCG de 24-5-1999. Senado. Serie A, n° 136-e.

¹⁵⁰ Como expresión del derecho de información y consulta se pueden citar los apartados siguientes del art. 36 LGC: 1. Referido al derecho de información según la Ley, Estatutos o Asamblea; 2. Responsabiliza al Consejo Rector de que cada socio reciba copia de Estatutos y Reglamento interno de la Cooperativa; 3. Afirma el libre acceso de los socios a los Libros, de los cuales pueden solicitar copia; 4, 6 y 7. Propone la solicitud de aclaración de la situación económica de cada socio con la Cooperativa, así como aclaraciones sobre cualquier aspecto de la marcha de la Cooperativa. Con relación al derecho de rendición de cuentas, el punto 5 prevé la posibilidad de examen de las cuentas del ejercicio económico que vayan a ser aprobadas en Asamblea.

libros y acuerdos de Asamblea y Consejo, examen de documentos que se sometan a Asamblea, ampliación de información sobre orden del día, la marcha de la Cooperativa, o cualquier otra información necesaria¹⁵¹. La rendición de cuentas prevista a favor de la Asamblea se regula en el art. 21.2 de la LC, que mantiene la línea general del art. 42.3 LGC, aunque la deliberación y acuerdo de estos asuntos no se califica expresamente de preceptivo, bajo pena de nulidad como hacía la LGC, sino que el 21.3¹⁵² contempla, en general, el carácter indelegable de los asuntos en que el acuerdo de la Asamblea es preceptivo. También se presta atención a la rendición de cuentas a los interventores, en los artículos 38 y 39 de la LC, a los que se informa sobre la marcha económica de la Cooperativa para su fiscalización –art. 67 y 68 LGC- y a la auditoría de cuentas en el 62, estos dos últimos –intervención y auditoría- en términos más escuetos que la LGC¹⁵³ -en esta materia la Ley establece una norma específica para las Cooperativas de viviendas, el artículo 91 ya citado-.

¹⁵¹ Según la LC, el derecho de información puede ejercitarse conforme a lo previsto en la Ley, Estatutos o incluso en Asamblea, según el art. 16.3. El derecho de información comprende una obligación de resultado del Consejo Rector respecto del socio, que debe facilitarle los Estatutos y Reglamentos de régimen interno (16.3.a). El socio tiene libertad de acceso a determinados libros de la Cooperativa, así como la posibilidad de pedir copia de los acuerdos que le afecten, art. 16.3.b y c. En orden a otra posible información, que puede ser solicitada por el socio al Consejo Rector, se encuentra la aclaración de su posición económica dentro de la Cooperativa, art. 16.3.f. Como vías de información amplia se encuentran las de los apartados 16.3.d y e, que admiten que se preste la información solicitada, por todo socio, sobre la marcha de la Cooperativa, asuntos del orden del día, mediante las aclaraciones necesarias: la información que consideren necesaria un determinado número de socios.

¹⁵² El apartado 3 del art. 21 no existía en el texto inicial de 1998, y ha sido fruto de una enmienda transaccional en el Congreso a la enmienda parcial 105 de IU, que planteaba dotar a la Asamblea de mayor control como órgano soberano. Ningún grupo parlamentario reclama la calificación de las cuestiones del apartado segundo como preceptivas de la Asamblea, bajo pena de nulidad.

¹⁵³ La redacción de ambos controles es más escueta y menos efectiva que la LGC de 1987.

Se permite que un tercio de los interventores sean expertos independientes, en el art. 38.3 –incluido por enmienda transaccional a la 174 de C. Canaria y 301 del G. Popular-. La actuación de censura de los interventores, si no es tenida en cuenta, no da lugar a la impugnabilidad del acuerdo de aprobación de cuentas. Según el art. 39.2 del Proyecto la censura es previa a la convocatoria de Asamblea para aprobar las cuentas, convocatoria que depende de la emisión del informe o del transcurso del plazo para realizarlo –por lo que no es exactamente obligatorio-. El art. 39.1. prevé la ausencia de censura por los interventores en los casos de auditoría de cuentas del art. 62 del Proyecto. Con relación a la auditoría de cuentas no se contemplan los supuestos específicos de incompatibilidad del actual 69.2 LGC, ni las menciones al contenido de su actuación. En tema de auditoría nos remitimos a lo dicho en las notas 130 y 131.

Como se deduce de todo lo anterior, el deber de comunicación de la Cooperativa respecto de los socios, desarrollado con relación a los órganos cooperativos, es uno de los más ampliamente regulados en la LC, con tres “frentes de acción”, la información de los socios y la rendición de cuentas directa, a éstos, en Asamblea General ordinaria, la rendición de cuentas ante los Interventores y la verificación de las mismas por un servicio de auditoría en los casos en que así se establezca. De éstos, el que afecta directamente a la relación representativa entre el socio y la Cooperativa es el primero, el derecho de información, aunque los demás contribuyen a él y a un correcto funcionamiento de la Cooperativa. El órgano obligado a proporcionar a los socios el citado derecho es el Consejo Rector, órgano de representación y administración de la Cooperativa, y su obligación se mantiene al margen de que administre este órgano o contrate a una empresa gestora. El incumplimiento del deber de información provoca, como consecuencia, la posibilidad de impugnación de acuerdos nulos y anulables, prevista en la LC en el art. 31 por remisión del 16.4.

Según PAZ CANALEJO el derecho de información contemplado en el art. 35.1 c) LGC –su estudio es anterior a la entrada en vigor de la LC, pero puede aplicarse a ésta– es en sí mismo una obligación de resultado¹⁵⁴, puesto que el socio debe recibir esta información; y la información que los órganos están obligados a proporcionarle es la necesaria respecto de los derechos y obligaciones de los socios. Dicha necesidad, según el autor, viene determinada por la Ley, el Estatuto o la Asamblea, e incluso en algún caso por los socios (art. 36 5, 6 y 7), pudiendo el Consejo negarse porque peligran los legítimos intereses de la Cooperativa. Opina PAZ CANALEJO¹⁵⁵ que el derecho de

¹⁵⁴ PAZ CANALEJO en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F: “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”: Tomo XX, vol. 2º... cit, pág. 146.

¹⁵⁵ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F: “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”: Tomo XX, vol. 2º... cit, pág. 173 y 194 y ss.

información del socio cooperativo respecto del Consejo Rector, regulado en la LGC, tiene los siguientes caracteres: función básica y autónoma de otros derechos, información económica y de todo tipo, con plazos y garantías jurídicas determinadas, y los siguientes límites: la necesidad de éste respecto de los derechos y deberes del socio, la constitución de falta grave por interferencia en la administración de la Cooperativa y la obligación de secreto, deducidos todos ellos de la LGC, así como la buena fe y la prohibición del abuso de derecho, ambos previstos en el art. 7 del CC –puede admitirse la extensión de estos límites a la LC-.

3. Con relación al deber de realización de lo encargado, son los órganos cooperativos, en concreto el Consejo Rector, los que quedan obligados a ello. Cuando la administración y representación coincidan será difícil separar los derechos y deberes de cada una, pero cuando el Consejo sólo ostente la representación, por delegación de la gestión en un tercero, el deber correspondiente será el de realización de la actividad de representación. La representación abarcará “*todos los actos concernientes a la misma*”, por lo que será una representación más bien general, que recae sobre un objeto determinado, las actividades para la obtención de vivienda.

Con relación al deber de realización de lo encargado –obligación de actividad por la representación y de resultado sobre la base del negocio jurídico de constitución de la Cooperativa- la Ley actual prevé la vis atractiva del Consejo Rector en el art. 32.1 en relación con el 21.1¹⁵⁶ –salvo las legales preceptivas e indelegables de la Asamblea según lo dispuesto en el art. 21.3-, y la representación “*con sujeción a la Ley, a los Estatutos y*

¹⁵⁶ Ya prevista de la misma forma en el texto inicial del Proyecto, en 1998.

“Art. 32.1: ... Corresponde al Consejo Rector cuantas facultades no estén reservadas por Ley o por los Estatutos a otros órganos sociales y, en su caso, acordar la modificación de Estatutos cuando consista en cambio de domicilio dentro del término municipal.” “Art. 21.1: La Asamblea General fijará la política general de la Cooperativa y podrá debatir sobre cualquier otro asunto de interés para la misma, siempre que conste en el

a la política general fijada por la Asamblea General¹⁵⁷” -términos idénticos a la LGC, art. 53.1¹⁵⁸-, que abarca “*todos los actos relacionados con las actividades que integren el objeto social de la Cooperativa, sin que surtan efectos frente a terceros las limitaciones que en cuanto a ellos pudieran contener los Estatutos*¹⁵⁹” -según la LGC: todos los asuntos-. La LC, en el art. 43, no se refiere a la diligencia prevista en la realización del encargo –exigida en el art. 64 LGC- sino a la que corresponda a los administradores de las SA. Las limitaciones impuestas a los órganos no afectan a terceros, como dispone el art. 32.1, excepto las legales a las cuales no se refiere. Según dispone el art. 32.2 de la LC, también se ve afectado por este deber de realización de lo encargado el Presidente del Consejo, y en su caso el vicepresidente (inclusión novedosa¹⁶⁰), que ostentan la representación legal de la Cooperativa dentro de “*las facultades que les atribuyan los Estatutos y las concretas que para su ejecución resulten de los acuerdos de la Asamblea General o del Consejo Rector*” –en el art. 54 LGC se sometía su actuación, únicamente, a los acuerdos de la Asamblea y el Consejo-. El exceso en las facultades atribuidas no puede alegarse tampoco frente a terceros de

orden del día, pero únicamente podrá tomar acuerdos obligatorios en materias que esta Ley no considere competencia exclusiva de otro órgano social.”

¹⁵⁷ Ya previsto de la misma forma en el texto inicial del Proyecto, en 1998.

¹⁵⁸ En el artículo 53.1 se establecía la vis atractiva del Consejo, que actúa con todas las facultades no reservadas por la Ley o los Estatutos a otros órganos -salvo lo establecido en el artículo 43.1º respecto a que todos los asuntos propios de la Cooperativa, aunque sean de la competencia de los otros órganos sociales, podrán ser objeto de debate y acuerdo de la Asamblea General-. El mismo artículo 53 imponía al Consejo el deber de cumplimiento de la gestión según lo encargado y cumpliendo con la legalidad, la representación de la Cooperativa “*con sujeción a la Ley, los Estatutos y la política general fijada por la Asamblea*”, como directrices de desarrollo. El Presidente del Consejo, representante legal de la Cooperativa, debía ajustarse en su actuación representativa a los acuerdos de la Asamblea y del Consejo Rector, artículo 54.1. Se imponía al Consejo Rector la obligación de desempeñar el cargo “*con la diligencia de un ordenado gestor y un representante leal*” (art. 64), lo que implica una conducta normal en la realización de lo encargado, según los usos generales del tráfico. Respecto a la posibilidad de que resultasen afectados los terceros que actúan con la Cooperativa, las limitaciones impuestas a las facultades representativas no son válidas frente a terceros, excepto que sean materias de competencia legal de la Asamblea según previsión del art. 43.2º, en la línea sobre límites e instrucciones de la doctrina general de la representación. En este sentido debe decirse que sólo la Ley es directriz con efectos internos y externos, mientras que los Estatutos y la política general tienen relevancia interna.

¹⁵⁹ Redacción idéntica a la del texto inicial del Proyecto, en 1998.

¹⁶⁰ Ya incluido en el Proyecto de 1998 en los mismos términos.

buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad interna frente a la Cooperativa. En este sentido debe distinguirse la representación legal lícita del Presidente en orden a decisiones o acuerdos del Consejo Rector, o al cumplimiento de los acuerdos de la Asamblea, en los casos en que éste sea necesario, de la actuación excesiva e ilícita del Presidente, o del Consejo Rector en supuestos que no les es permitido, por requerirse acuerdo expreso de la Asamblea, o acuerdo del Consejo inexistente. A estos efectos, la actuación del Presidente contradiciendo dichos acuerdos no afecta a los terceros, excepto que se pruebe que actuaron de mala fe, o en aquellos casos en que contradiga una norma legal. Incluso en este último caso el TS¹⁶¹ ha llegado a no admitir efectos sobre terceros de buena fe.

No se hace referencia a la obligación de actividad, no de resultado, del representante, la Cooperativa, inserta dentro del deber de realización de lo encargado. Aquí hay que distinguir la relación representativa que obligaría a dicha actividad, de la relación origen de constitución de la Cooperativa, en la que la consecución de la vivienda, objeto social de la misma, podría entenderse como una obligación de resultado¹⁶². En base al negocio jurídico cooperativo el derecho a la participación en la actividad cooperativa surge desde el instante en que el socio ingresa en la Cooperativa, existiendo, en ese momento también, un deber recíproco exigible de la Cooperativa como persona jurídica, y los órganos que actúan por ella. El incumplimiento de este deber por la Cooperativa podría ser exigible, y no sólo acarrear la posible disolución o descalificación de ésta sino

¹⁶¹ Con relación a locales comerciales de la Cooperativa: STS 30-12-1993 (Ar. 9912), fundamentos de derecho primero a octavo. Respecto de préstamo hipotecario: STS 27-9-1995 (Ar. 6453). En ambos casos, lo actuado con terceros por el Consejo Rector y el Presidente, es válido por tratarse de terceros de buena fe. Referencia más amplia en nota a pie 233.

¹⁶² Se puede afirmar lo anterior, no sólo por su consideración como objeto social en el art. 89.1, o por ser un derecho y deber del socio, sino porque si no se consigue este resultado, se disolverá la Cooperativa, según lo previsto en el art. 70. Las consecuencias del incumplimiento de los deberes citados han sido analizadas con relación a las Cooperativas de viviendas, nota 128.

también la responsabilidad interna de los órganos o gestores encargados, y la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios causados a los socios. Si el que incumple sus deberes es el socio, podrá ser sancionado o incluso expulsado o causar baja obligatoria en la Cooperativa, aunque no queda exento de cumplir con las obligaciones económicas con la Cooperativa hasta ese momento; de igual modo, también la Cooperativa, sus órganos, podrá ser sancionada por incumplimiento. Respecto de estas consecuencias, ya hemos dicho que la suerte del negocio jurídico cooperativo origen tiene consecuencias sobre la función representativa de la Cooperativa respecto del socio.

4. No se observa ninguna norma cooperativa que haga referencia al deber de custodia y conservación de los efectos entregados por el principal, aunque la mera consideración de la situación como un caso de representación hace posible su exigencia, por aplicación de las normas generales. En materia de viviendas protegidas, el Real Decreto 2028/1995 de 22 de diciembre, por el que se establecen las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los planes estatales de vivienda, ha desarrollado el deber de custodia como una obligación de los órganos cooperativos o de la empresa que gestione la cooperativa. Así, el artículo 1.1d)¹⁶³ prevé la garantía de las cantidades entregadas por los socios a cuenta del coste de las viviendas. Esta norma, especialmente sensible a algunos casos cooperativos fraudulentos, se refiere a las

¹⁶³ "Art. 1.1. Las Cooperativas de viviendas promotoras de viviendas de protección oficial destinadas a uso propio para obtener financiación cualificada estatal al amparo de los Planes Estatales de vivienda, deberán cumplir, además de los requisitos aplicables establecidos en las normas aprobatorias de dichos planes, las siguientes condiciones: ... d) Cuando la cooperativa perciba de los socios, a partir de la calificación provisional de viviendas de protección oficial, durante la construcción, cantidades anticipadas a cuenta del coste de la vivienda deberá garantizar las citadas cantidades."

La Ley 4/1999 de 30-3 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid recoge esta garantía, entre otras, dentro de las garantías estatutarias del art. 117.

VPO, aunque sus normas deberían ser aplicadas a cualquier tipo de Cooperativas de viviendas, de protección oficial o en régimen de vivienda libre, como pretende en parte el Proyecto de Ley de ordenación de la edificación de 15-3-1999¹⁶⁴. El citado RD será analizado más detenidamente en relación con la actividad de la empresa gestora en el capítulo quinto.

5. Son muchas las expresiones del deber de lealtad del representante, entre las cuales podrían citarse las siguientes.

La Ley de Cooperativas actual incluye la prohibición de competencia de todos los socios en el art. 16.f –aunque se elimina la prohibición de todo socio de actuar como empresario o similar, prevista en el art. 29 LGC¹⁶⁵-. El posible conflicto de intereses del socio con la Cooperativa, que da lugar a la privación del derecho de voto de éste, se mantiene en la Ley en el art. 26¹⁶⁶ -ya previsto en el art. 47.4¹⁶⁷ LGC-. También se regulan las normas del conflicto de intereses de consejeros, interventores y parientes de éstos en el art. 42¹⁶⁸ de la Ley, que establece la calificación de anulables y no nulos -como la LGC- los actos realizados sin la autorización de la Asamblea; se elimina la referencia al Director, y a los

¹⁶⁴ BOCG. Congreso de los diputados. VI legislatura. serie A. núm. 163-I: Disposición adicional segunda. *“La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968 de 27-7, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones: a) la expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa...”*

¹⁶⁵ Art. 29 citado en nota 29. Eliminado en el Proyecto inicial de 1998, no es objeto de enmiendas en su tramitación en el Congreso y Senado.

¹⁶⁶ Se trata del artículo 26, apartados 7 y 8, que deja en manos de los Estatutos los supuestos en que el socio debe abstenerse de votar por conflicto de intereses, aunque obliga a aquéllos a incluir en todo caso los previstos en la LSRL (remisión a la LSRL admitida por la aceptación de las enmiendas 158 y 159 de C.Canaria). Su contenido queda limitado al 26.8, por aceptación de enmienda en el Senado: Dictamen de la Comisión en BOCG de 24-5-1999. Senado. Serie A. nº 136-e.

¹⁶⁷ Los supuestos en los que se produce dicha situación son, según PAZ CANALEJO, aquellos en que exista incompatibilidad de intereses, no dualidad, en los que se trate de la responsabilidad del socio como tal o como miembro del Consejo, o cuando el socio celebre contratos distintos de su actividad cooperativa con la entidad, además de los supuestos de conflicto de intereses contemplados en el art. 63; PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULLÁ, F: *“Comentarios a la Ley General de Cooperativas”*: Tomo XX, vol. 2º... *cit.*, pág. 447 y ss.

¹⁶⁸ Artículo 42 cuya redacción corresponde a la del Proyecto inicial ya que no se ve sometido a ninguna enmienda.

asuntos que ocasionan el conflicto: deudas, asunción de éstas, prestación de fianzas, garantías, avales, préstamos y otras análogas, que se regulaban en el art. 63 de la LGC¹⁶⁹ (estos problemas no deberían existir en la relación entre la Cooperativa y los socios, para cuyos intereses se constituye la persona jurídica). En el art. 41¹⁷⁰ de la Ley también se observan los casos de incompatibilidades respecto del Consejo, Interventores y parientes¹⁷¹ -recogiendo el contenido del art. 62 LGC- aunque referidos exclusivamente a miembros del Consejo e Interventores (y sus parientes). Estas incompatibilidades impiden la elección como consejero, y provocan la destitución del socio que lo sea ya, e incluso permiten la exigencia de responsabilidad por conducta “desleal”, según dispone el art. 41.4 LC. Se establece también la incompatibilidad de los cargos de miembro del Consejo, miembro del comité de recursos e interventor entre sí, y de cualquiera de ellos en más de tres Cooperativas -en este tema, respecto de las Cooperativas de viviendas, se

¹⁶⁹ “Art. 63: 1. Será preciso la previa autorización de la Asamblea General, cuando la Cooperativa hubiera de obligarse con cualquier miembro del Consejo Rector e Interventores o con el Director o con uno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. También será necesaria dicha autorización de la Asamblea para que, con cargo a la Cooperativa y a favor de las personas antes señaladas, se realicen operaciones de asunción de deudas, prestación de fianzas, garantías, avales, préstamos y cualesquiera otras de análoga finalidad. Esta autorización no será necesaria cuando se trate de las relaciones con la Cooperativa, propias de la condición de socio o de trabajador de la misma, si se tratase de miembro vocal del Consejo Rector en representación de los trabajadores. Las personas en las que concurra la situación de conflicto de intereses con la Cooperativa, no tomarán parte en la votación correspondiente en la Asamblea General. 2. Los actos, contratos y operaciones a que se refiere el número anterior, realizados sin la mencionada autorización de la Asamblea, son nulos de pleno derecho, aunque quedarán a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe y dará lugar a la remoción automática del Consejero o Director, que responderá personalmente de los daños y perjuicios que se deriven para la Cooperativa.”

¹⁷⁰ El art. 41 del Proyecto inicial de 1998 sólo planteaba la prohibición de ser consejeros o interventores cuando se establece por disposición legal o judicial o por causa de la competencia con la Cooperativa, salvo que la Asamblea autorice el nombramiento. Si ya nombrado se incurre en dichas causas, se procederá a su destitución. Esta redacción es completada en la tramitación parlamentaria, resultando un texto similar al de la LGC, con origen en una enmienda transaccional que reúne las enmiendas 112 de IU y 323 de G. Catalán -que plantean la incompatibilidad entre cargos sociales-, 302 del G. Popular -prohibición de desempeñar funciones en más de 3 cooperativas- y 386 del G. Socialista -propone una redacción similar a la LGC actual, concretando las causas de incompatibilidad y las consecuencias-

¹⁷¹ La competencia puede venir por cargo en la Administración, excepto que representen a ésta, o por trabajo por cuenta propia o ajena, salvo que hayan sido autorizados por la Asamblea General, y también en casos de incapacitación. “Art. 41 L. No podrán ser miembros del Consejo Rector ni Directores: a) los altos cargos y las demás personas al servicio de las Administraciones públicas con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades de la Cooperativa. B) los que desempeñen o ejerzan por cuenta propia o ajena actividades competitivas o complementarias a las de la Cooperativa, salvo autorizado por al Asamblea General. C) los incapaces... d) los quebrados y concursados no rehabilitados, quienes se hallen impedidos para el ejercicio de empleo o cargo público y aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer actividades económicas lucrativas.”

aplicará el artículo 89.6º, más restrictivo, que sólo lo admite en una Cooperativa-. El deber de secreto del Consejo Rector -citado expresamente en el art. 64¹⁷² de la LGC- no se incluye en la Ley, que se remite a las reglas de los administradores de las SA en su artículo 43, que lo incorporan en el 127.2 del TRLSA (aunque si es contemplado como deber de los socios en el art. 15.2.c¹⁷³ -art. 34.2.d¹⁷⁴ de la LGC).

Tanto por aplicación directa de las normas generales de Cooperativas y específicas de Cooperativas de viviendas, relativas al funcionamiento de éstas y sus órganos, como la supletoria de las normas civiles generales sobre representación, deben estimarse aplicables a la Cooperativa los deberes citados al inicio de este apartado, fidelidad, obligación de actividad respecto de lo encargado, comunicación, custodia y conservación de bienes y lealtad... Mientras en materia de viviendas se presta especial atención a la comunicación interna y externa, a la lealtad y exclusividad de los consejeros y a la ausencia de remuneración, en las normas generales se desarrollan ampliamente los deberes de comunicación e información, el cumplimiento de la gestión y el deber de lealtad -incompatibilidades, y deber de secreto-.

II. Deberes del representado.

1. Representación en general.

A juicio de DIEZ PICAZO¹⁷⁵ los deberes recíprocos del representado, sobre la base de la teoría general de la representación, se concretan en: facilitar los medios necesarios para el cumplimiento de la gestión -mediante la provisión de fondos, art. 1728 CC, y la

¹⁷² Al Consejo Rector se le impone la obligación de "guardar secreto sobre los datos que tengan carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones".

¹⁷³ "Guardar secreto sobre aquellos asuntos y datos de la Cooperativa cuya divulgación pueda perjudicar a los intereses sociales lícitos."

¹⁷⁴ Como afirma PAZ CANALEJO, al interpretar este artículo, la Ley no exige un secreto general, sino sólo el que afecte al perjuicio de los "intereses sociales". El incumplimiento de este deber será difícil de sancionar, puesto que deberá demostrarse el perjuicio causado y el sujeto que lo provocó: PAZ CANALEJO, N. VICENT CHUILLÁ, F: "Comentarios a la Ley General de Cooperativas". Tomo XX, vol. 2º... cit, pág. 125.

entrega de los documentos, bienes y efectos necesarios-, retribuir la gestión -con interpretación amplia del art. 1711 CC para favorecer la aplicación de la regla de la remuneración- y dejar indemne al gestor -pagando los anticipos o gastos que ha suplido, y los daños y perjuicios que se le han ocasionado al margen del resultado obtenido, así como asumir las obligaciones aceptadas por el representante-.

2. Ley de Cooperativas de 1999.

A. Normas específicas de Cooperativas de viviendas.

En la regulación actual de las Cooperativas de viviendas se concretan algunos de estos deberes, cuyo contenido no ha sufrido ninguna enmienda ni modificación en la tramitación de la LC. Con relación a los deberes del representado, el art. 89.6¹⁷⁶ de la Ley actual se refiere a la ausencia de retribución de los miembros del Consejo y la compensación de gastos en las Cooperativas de viviendas –redacción idéntica al art. 129.6 de la LGC-. Esta norma específica excluye la aplicación del artículo 40 de la LC, general y referido a consejeros e interventores –cuyo contenido es similar al art. 59 LGC-. Este deber del socio respecto de la Cooperativa representante surge a favor de sus órganos. La ausencia de remuneración puede ser peligrosa para la efectiva defensa de los intereses de los socios, salvo que la gestión se encargue a una empresa ajena en cuyo caso la remuneración se realizará a favor de la misma. Existen problemas respecto de la admisión o no de la remuneración, ya tratados en el apartado anterior, con relación a los deberes del representante.

En otros países, como Francia¹⁷⁷, actualmente se pone en duda la ausencia de remuneración de los órganos cooperativos o del tercero encargado de la gestión, aunque

¹⁷⁵ DIEZ PICAZO, I.: “*La representación en derecho privado*” ... cit, pág. 122 y ss.

¹⁷⁶ Ver nota a pie 139.

¹⁷⁷ GOURLAY, PG: “*Répertoire DALLOZ*”: Droit des sociétés, coopératives, tomo II, Dalloz, Paris 1990, pág. 8 y 9; con relación a la remuneración de los administradores de la Cooperativa, hay que decir que pese a haberse

históricamente no se contemplara la remuneración. No dice nada la LC en materia de viviendas respecto de la facilitación de los medios para la representación.

B. Normas generales sobre Cooperativas.

Centrándonos en las normas generales de la LC debe destacarse lo siguiente. Con relación a la retribución, hemos planteado la remuneración del Consejo según prevean los Estatutos o por decisión de la Asamblea en el art. 40¹⁷⁸ –art. 59 LGC¹⁷⁹- norma que no se aplica a las Cooperativas de viviendas por la especialidad del artículo 89.6º, que mantiene que en ningún caso podrá preverse la remuneración en éstas, aunque sí el resarcimiento de los daños causados-.

En las normas generales de la LC no se contempla expresamente ningún deber relativo a la relación representativa entre ambos, y la retribución de la gestión y el pago de los gastos de ésta no son incluibles en las aportaciones al capital social, que sí se contemplan como deber del socio. Como aspecto del deber de facilitar los medios al representante para el cumplimiento de la gestión se contempla en la Ley actual, art. 15.2.b¹⁸⁰, el deber general de participación en las actividades cooperativas –art. 34.c LGC-; cuestión que ya ha sido analizada en el capítulo segundo con relación a la actividad cooperativa, y en el art. 15.2.e. el cumplimiento de las obligaciones económicas que le correspondan. Al respecto algún autor afirma que no es precisa una determinación absoluta de los medios,

excluido el coste del intermediario, la doctrina duda que la actuación de los primeros deba ser o no remunerada. Tradicionalmente se consideraba que no debía ser remunerada, aunque posteriormente se ha planteado la duda al respecto, en base a que la "gestión cooperativa, cada vez mas especializada exige competencia y tiempo".

¹⁷⁸ "Art. 40. Los Estatutos podrán prever que los consejeros y los interventores no socios perciban retribuciones, en cuyo caso deberán establecer el sistema y los criterios para fijarlas por la Asamblea, debiendo figurar todo ello en la memoria anual. En cualquier caso, los consejeros y los interventores serán compensados de los gastos que les origine su función."

¹⁷⁹ "Art. 59. Los Estatutos o, en su defecto, la Asamblea General, podrán asignar remuneraciones a los miembros del Consejo Rector que realicen tareas de gestión directa, que no podrán fijarse en función de los resultados económicos del ejercicio social. En cualquier caso serán compensados de los gastos que les origine su función."

¹⁸⁰ "Art. 15.2.b Los socios están obligados a cumplir los deberes legales y estatutarios: e) participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la Cooperativa para el cumplimiento de su fin social, en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus Estatutos..."

bastando que sea relativa o determinable "*de forma clara e inequívoca*¹⁸¹". Así ocurre en las Cooperativas de viviendas, en que la participación de cada socio no viene determinada en los Estatutos, siendo determinable posteriormente según el tipo de vivienda adjudicada a cada uno, circunstancia que se concreta de forma absoluta en el momento de adjudicación y entrega de la misma.

A diferencia de los deberes de la Cooperativa como representante, incompletos en la regulación cooperativa por lo que se aplica la teoría general de la representación, los deberes de los socios representados pueden extraerse de la propia LC, sin necesidad de acudir a las normas generales de la representación.

III. Forma de la representación.

La representación requiere una simple declaración de voluntad del representado dirigida al representante. En este caso podría aplicarse la regla general sobre la forma en el mandato, la libertad, llegando a ser expreso o tácito -art. 1710 del CC-. Sin embargo cuando se apodera para cuestiones relativas a la construcción y transmisión de un inmueble, las partes podrían exigirse o compelerse a otorgar el poder en escritura pública, según el art. 1280.5º del CC. En el caso de Cooperativas de viviendas, la solución que parece más válida sería admitir como forma el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa o contrato social, manifestado en la escritura pública de constitución¹⁸² de la misma en la que se insertan sus Estatutos. Este negocio es el origen de la persona jurídica -relación cooperativa subyacente-, y de la representación del socio por la Cooperativa¹⁸³. De tal forma, se produce la representación respecto de la

¹⁸¹ PAZ CANALEJO en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*"; Tomo XX, vol. 2"... *cit.*, pág. 123.

¹⁸² El art. 10 LC regula el contenido de la escritura pública de constitución -Art. 14 LGC-.

¹⁸³ PUIG I FERRIOL, L: "*Manual de Derecho Civil II*"... *cit.*, pág. 673. Se refiere el autor a "*los estatutos de una persona jurídica (argumento art. 37 CC)*" como origen del poder de representación.

promoción y construcción de las viviendas de los socios con base en la admisión de “*las actividades empresariales a desarrollar por la Cooperativa*”¹⁸⁴, insertas en los Estatutos. La fórmula citada encuentra su lógica en que, aunque nosotros distingamos en teoría la representación de la relación origen, en la práctica éstas se dan unidas pudiendo servirse ambas relaciones de la misma forma, el negocio asociativo. En la práctica es difícil mantener un momento único de emisión de las declaraciones de voluntad puesto que, en muchos casos, el momento de inscripción como socio, en que éste se adhiere a la Cooperativa y todo lo que ella conlleva, es posterior a la constitución de la Cooperativa, aunque en este caso su declaración de voluntad sería una ratificación de lo realizado.

Debe determinarse si el poder concedido a la Cooperativa es especial o general, según se trate de un asunto o un conjunto de éstos –art. 1712 CC-, y si es expreso o tácito, teniendo en cuenta que si se apodera respecto de actos de riguroso dominio, de disposición, se requiere un poder expreso, según el artículo 1713 del CC (norma imperativa). El supuesto cooperativo que se analiza responde a la idea de un poder especial, para un asunto determinado, apoderamiento respecto de varios actos en relación con un único objeto o asunto del socio, la vivienda¹⁸⁵. Al ser especial, las facultades que comprende son más amplias por la claridad y precisión de la especialidad¹⁸⁶. El poder es expreso por contemplar actos de dominio en relación con la actividad empresarial de la Cooperativa para el logro del fin social. Dicho fin social

¹⁸⁴ Art. 11.1.e LC -Art. 12.4 LGC-.

¹⁸⁵ Circunstancias que definen el poder especial según DIEZ PICAZO, I.: “*La representación en derecho privado*” ... *cit.*, pág. 174.

¹⁸⁶ LEÓN ALONSO, JR: “*Comentarios al Código Civil...*” ... *cit.*, art. 1709 y ss, pág. 103. Según este autor, así se experimenta en la realidad social, y especialmente si las facultades otorgadas lo son ampliamente. Según el autor, “*la atribución de la gestión de uno o varios negocios, como literalmente establece el artículo 1712, puede llegar a convertir un mandato inicialmente especial, o al menos así concebido, en otro tan general como el que más, a no ser que la extremada diligencia del mandante le hubiera llevado a precisar con tal detalle y minuciosa exhaustividad, casi de forma nominatim se diría, la naturaleza y el número exacto de actos comprensivos del mandato especial que estaba confiriendo, lo que, obviamente, en la práctica roza los límites de lo insólito.*”

legalmente previsto respecto a las Cooperativas de viviendas, en el art. 89. 1 y 2, precisa que éstas se dedican a “...*procurar a sus socios vivienda y o locales...* 2. *Las Cooperativas de viviendas podrán adquirir, parcelar y urbanizar terrenos y, en general, desarrollar cuantas actividades y trabajos sean necesarios para el cumplimiento de su objeto social*” –redacción similar al art. 129. 1 y 2 LGC-. Admitiendo la opinión de LEÓN ALONSO¹⁸⁷, en interpretación de los artículos 1712 y 1713 del CC, podría entenderse que el poder que el socio otorga a la Cooperativa es especial por referirse a un solo asunto, su vivienda, general en sus términos comprendiendo actos de administración; todo lo necesario para el cumplimiento del objeto social, aunque expreso respecto de ciertas facultades de disposición, que se concretan en la norma que regula la materia -adquisición de terrenos, enajenación de locales a terceros...-. En esta línea, pienso que aunque en general no sea preciso una enumeración de las facultades de disposición permitidas, bastando una autorización general, la concesión de poder expreso respecto de algunos supuestos de disposición –adquisición de terrenos, adjudicación de las viviendas a los socios- no implica la extensión de éste a otros actos o facultades dispositivas -transacciones, hipotecas¹⁸⁸, renuncia a derechos, pago de préstamos,

¹⁸⁷ LEÓN ALONSO, JR: “*Comentarios al Código Civil...*”... *cit*, art. 1709 y ss, pág. 106 y ss: Mandato general, especial, en términos generales o expreso. El autor estima que el mandato especial es aquél que comprende uno o varios negocios frente al general que se refiere a todos los del mandante, mientras que el expreso requiere una especial cualificación por estar ligado a actos de disposición frente al establecido en términos generales que se refiere a actos de administración. Todos ellos deben interpretarse restrictivamente, según la voluntad del mandante manifestada a priori o por los hechos posteriores, pág. 116 y ss: actos de disposición y actos de administración, respecto a los que afirma que los actos de disposición, todos aquellos que modifiquen grave y sustancialmente la entidad patrimonial del mandante, no precisan una enumeración exhaustiva, sino que basta con que se prevea la facultad de disposición. Ideas extraídas de LEÓN ALONSO, J: “*Comentarios al Código Civil*”; art.1709 y ss, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1534 y ss.

¹⁸⁸ Ver STS 27-9-1995 (Ar. 6453), en nota a pie 233, en que se afirma que la hipoteca sobre la finca requiere autorización de la Asamblea. En otro supuesto, la actuación del Presidente de la Cooperativa que vende los terrenos de la Cooperativa, autorizado mediante poder general de compra y venta de bienes por acuerdo del Consejo y no de la Asamblea General, se estima válida por ser representante legal de la Cooperativa según la Ley. Su actuación también lo es por haber sido ratificada por la Cooperativa, al margen de que no hubiese autorización previa para ello: STS 17-4-1996 (Ar. 2962), fundamentos de derecho primero y segundo.

aceptación de letras de cambio¹⁸⁹ - que precisarían un nuevo poder expreso, susceptible de concesión por la Asamblea General de la Cooperativa, órgano de expresión y formación de la voluntad de los socios durante el período de funcionamiento de ésta. La propia LC así lo entiende, en el art. 21, estableciendo materias que son competencia exclusiva de la Asamblea con carácter indelegable –y no bajo pena de nulidad como disponía el art. 43 LGC-.

IV. Extensión del poder y límites.

En general, el contenido del poder puede estar predeterminado legalmente¹⁹⁰. En el supuesto cooperativo no pueden confundirse dos aspectos de aquél. De una parte, el contenido, con relación a los asuntos que comprende, en éste caso la representación del socio por la Cooperativa en la adquisición de la vivienda, determinado por la propia persona jurídica y su objeto social, y que se configura, como hemos visto, como poder especial, general en sus términos y expreso respecto de algunas facultades de disposición. Y, de otra, el contenido o extensión de la representación en sí, ejercitada frente a terceros, que parcialmente se recoge en las normas relativas a la representación orgánica de la Cooperativa, el Consejo Rector, órgano de representación de ésta -del que se afirma que abarca todos los asuntos concernientes a la misma (art. 32.1 LC), y cuyo representante legal es el Presidente o el Vicepresidente –la referencia a este último es novedosa respecto del art. 53.2 LGC-.

La extensión del poder se recoge en la LC, en las normas sobre la actuación y funciones de los órganos de la Cooperativa, así como en los Estatutos de cada Cooperativa, pero

¹⁸⁹ STS 3-12-1984 (Ar. 6022), considerando segundo. Se condena a la Cooperativa por el impago de letras de cambio aceptadas por su Presidente. Planteado recurso ante el TS, éste estima existente un litisconsorcio pasivo necesario, puesto que debían haber sido demandados los Presidentes que actuaron excediéndose de sus facultades. No entra en el fondo del asunto por la excepción citada. La aceptación de letras de cambio precisa autorización especial para que sea válida, y vincule a la Cooperativa.

debe interpretarse a la luz de la teoría de la representación. La teoría general de la representación entiende, en materia de extensión del poder, que ni las limitaciones ni las instrucciones¹⁹¹ impuestas al representante pueden alegarse ante terceros de buena fe - que las desconocían, aunque no actuaran de forma diligente-, salvo que se trate de límites legales. En relación a las personas jurídicas se admite el principio de capacidad general o *ultra vires*¹⁹². Aplicando estos principios a la representación de la Cooperativa, la extralimitación de sus representantes orgánicos en su actuación -Presidente que actúa sin existir acuerdo del Consejo o de la Asamblea en asuntos que lo precisaban, o en base a acuerdos del Consejo que son competencia legal imperativa de la Asamblea-, no son oponibles a terceros, excepto que se pruebe la mala fe de éstos, que los conocían.

No podrán oponerse a terceros de buena fe las **instrucciones** que los socios impongan a la Cooperativa, aunque la actuación fuera de las mismas genere responsabilidad de ésta frente a los socios.

Además de la aplicación de este principio general, la LC prevé, en el art. 32.1 en relación con el 21.2 y 3, que los **límites** estatutarios impuestos a la actuación de los órganos no afecten a terceros -la LGC se refería a ello en el art. 53.2, y en materias de competencia legal de la Asamblea General, sujetas a nulidad en el art. 43 2º LGC-. En la actuación del órgano de representación, el Consejo frente a terceros -por sí o por medio del Presidente o Vicepresidente-, se produce la repercusión de lo actuado sobre el socio, aunque exceda de los límites impuestos, excepto límites legales. La previsión de la LC es similar a los

¹⁹⁰ DIEZ PICAZO, I: "La representación en derecho privado" ... cit, pág. 171 y ss, y 189 y ss sobre límites del poder e instrucciones del principal.

¹⁹¹ LEÓN ALONSO mantiene que las instrucciones se destinan al representante, mientras que los límites son para terceros. LEÓN ALONSO, J: "Comentarios al Código Civil": art.1709 y ss, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1537.

¹⁹² O' CALLAGHAN, X: "La persona jurídica no lucrativa tipo asociación. Conceptos generales". Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 19.

límites admitidos por la doctrina con relación a la representación. En esta materia es preciso aclarar que, aunque las normas de la representación civil contemplan un ámbito y extensión de poder susceptible de limitaciones con efectos frente a terceros (en algunos casos se admite que si el representante no cumple las limitaciones previstas en el poder o actúa sin poder, puede quedar obligado él y no el representado, salvo que ratifique lo actuado¹⁹³), la influencia de la doctrina mercantil y la tendencia de protección a los terceros de buena fe y de la seguridad jurídica, lleva a aceptar sus criterios, que el Tribunal Supremo proclama, respecto de la inoponibilidad frente a terceros de ninguna limitación, ni tan siquiera inscrita en el Registro, excepto en los casos de límites legales o de que se pruebe que el tercero actuó de mala fe porque conocía, o debía conocer, las limitaciones. Únicamente son límites legales a la actuación de los representantes de la Cooperativa la necesidad de acuerdo de la Asamblea General en algunas cuestiones¹⁹⁴, aunque incluso en algunos casos concretos de límites legales se restringen los efectos sobre terceros afectados sólo si se prueba su mala fe, y ello para la protección de la seguridad jurídica

¹⁹³ LEÓN ALONSO, JR: “*Comentarios al Código Civil...*”,... cit, art. 1709 y ss, pag. 142 y ss: Sólo se admiten como límites los técnicos, comunicados al mandatario y a terceros. Cualquier otro límite interno o instrucciones no afecta a terceros. La actuación excediéndose de los límites admitidos no afecta a terceros, ni vincula al mandatario, si supuso un cumplimiento más ventajoso para el mandante. Si el cumplimiento no fue más ventajoso, responde el mandatario frente al tercero.

¹⁹⁴ El art. 21.2 afirma que “*La Asamblea deliberará y tomará acuerdos sobre los siguientes asuntos: ...*”, mientras que el 21.3 completa que “*La competencia de la Asamblea General sobre los actos en que su acuerdo es preceptivo en virtud de norma legal o estatutaria tiene carácter indelegable, salvo aquellas competencias que puedan ser delegadas en el Grupo Cooperativo regulado en el Artículo 78 de esta Ley.*”

Se refería el art. 53.2 LGC a los límites legales oponibles a terceros (los del art. 43.2): “*Art. 43. Competencia. 2. En todo caso, será preceptivo el acuerdo de la Asamblea General, bajo pena de nulidad, para los siguientes actos: a) nombramiento y revocación de los miembros del Consejo Rector y del Comité de Recursos y de los Interventores y Liquidadores. B) Examen de la gestión social, aprobación de las cuentas anuales y de la distribución de excedentes o imputación de pérdidas. C) Establecimiento de nuevas aportaciones obligatorias y actualización de las aportaciones. D) Emisión de obligaciones. E) Modificación de los Estatutos sociales. F) Fusión, escisión y disolución de la Sociedad. G) Enajenación o cesión de la Empresa por cualquier título, o de alguna parte de ella que suponga modificación sustancial en la estructura económica, organizativa o funcional de la Cooperativa. H) Creación de una Cooperativa de segundo o ulterior grado o de un consorcio, o adhesión a los mismos. I) Aprobación o modificación del Reglamento Interno de la Cooperativa. 3. También será preceptivo el acuerdo de la Asamblea General para establecer la política general de la Cooperativa, así como para todos los actos en que así lo establezca una norma legal o estatutaria.*”

Una cuestión dudosa respecto a la representación del socio por la Cooperativa es que no obstante la existencia de poder desde su constitución, en algunos casos se produce una ratificación de lo actuado por cada socio en el momento de inscripción como tal, que puede ser bastante posterior. La admisión y producción de efectos jurídicos de las relaciones previas se producen, respecto del socio inscrito, por la admisión e inclusión de éste dentro de la persona jurídica, unida a un apoderamiento de la Cooperativa para el futuro, junto a la ratificación tácita¹⁹⁵ de los negocios representativos ya celebrados por ésta a través de sus órganos cooperativos -como serían la compra de solar, tratos o contratos celebrados con constructora, arquitectos, gestora...-, ratificación que tiene efectos retroactivos. Se observa, en el supuesto cooperativo más frecuente en la actualidad, que la representación, generalmente indirecta, es admitida por los socios que así lo manifiestan en el momento en que se inscriben como tales en la Cooperativa, ratificando también lo actuado hasta entonces. Esta circunstancia rara vez se pondrá en conocimiento del tercero¹⁹⁶, y ello porque se presume que la inscripción de los socios otorgando poder a la Cooperativa implica necesariamente una ratificación de los actos previos ya que quieren ingresar en ella (y generalmente es así, y en caso contrario ya no se trataría de una ratificación); y porque la actuación posterior de la Cooperativa demuestra tácitamente este hecho. Los negocios representativos previos a la inscripción se entienden celebrados por representante y representado con efectos para el último¹⁹⁷, y precisan su ratificación, aunque sea tácita. Al ser una ratificación que concierne a múltiples sujetos, podría exigirse que la realicen todos los socios para que produzca sus

¹⁹⁵ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2º... *cit*, pág. 405. Así admite la doctrina la ratificación tácita y la retroactividad de sus efectos.

¹⁹⁶En opinión de DIEZ PICAZO, el conocimiento del tercero provoca la producción de plenos efectos de la ratificación. DIEZ PICAZO, I: "*La representación en derecho privado*"... *cit*, pág. 235.

¹⁹⁷ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2º... *cit*, pág. 408.

efectos, como así manifiesta DIEZ PICAZO¹⁹⁸, aunque en el supuesto cooperativo, dicha ratificación múltiple es sucesiva, y no se exige que haya sido realizada por todos. No olvidemos que la regulación cooperativa presume dicha ratificación tácita en el propio ingreso como socio –si no está de acuerdo con lo actuado, nadie le obliga a ingresar en la Cooperativa-. No se dice nada en la LC respecto de la ratificación del socio, incorporado tardíamente a la Cooperativa, aunque aquella va implícita en la inscripción como socio y asunción de los derechos y obligaciones correspondientes.

Otro tipo de ratificación es la prevista en el artículo 9 de la LC –art. 10 LGC-, que regula el período de Cooperativa en constitución, aunque éste se refiere a la ratificación por la Cooperativa de lo actuado por sus órganos previamente a su inscripción en el Registro. La ratificación se producirá tanto de forma expresa como tácita, por actos de la Cooperativa que impliquen aceptación -así se ve en algunos supuestos que se plantean en la jurisprudencia, el simple hecho de aprobar en Asamblea General el pago del solar, o los honorarios de arquitectos conlleva la ratificación de lo actuado con ellos¹⁹⁹-. Antes de la ratificación de lo actuado por la Cooperativa, la regla que rige es la responsabilidad solidaria de los participantes. Sin embargo, desde que los socios ratifican, los actos ratificados son asumidos por la Cooperativa, que queda obligada a cumplirlos.

La doctrina mercantilista²⁰⁰ se muestra a favor de considerar esta situación de ratificación de actos por la Cooperativa como una aceptación de una gestión de negocios y no una representación. En cualquier caso, ya se admita la interpretación de las sociedades

¹⁹⁸ DIEZ PICAZO, L: “*La representación en derecho privado*” ... *cit*, pág. 236.

¹⁹⁹ STS 5-6-1989 (Ar. 4261), STS 23-4-1991 (Ar. 3023).

²⁰⁰ DIEZ PICAZO, L: “*La representación en derecho privado*” ... *cit*, pág. 228 y ss. Este autor cita a la doctrina mercantilista, entre otros Garrigues que se ha ocupado mucho de calificar estos contratos, y estima que la regulación es distinta porque resuelve supuestos distintos. GARRIGUES, J: “*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*”: art. 7, tomo I, Instituto de Estudios políticos, Madrid 1952, pág. 173 y ss. Edición 1976, revisada, corregida y puesta al día por MENTÉNDEZ, A y OLIVENCIA, M, pág. 186 y ss.

mercantiles, en las que directamente se inspira la regulación cooperativa, ya se trate de una ratificación en materia de representación, los efectos son similares, por lo que esta cuestión no debería ser objeto de mayor discusión, especialmente cuando está regulada en la LC, con el contenido que veremos en el capítulo quinto.

V. Responsabilidad del representante.

CHULIÁ²⁰¹ mantiene que, en las operaciones de la Cooperativa con terceros, la responsabilidad es de la propia Cooperativa (con su patrimonio, responsabilidad contractual, y la extracontractual del art. 1911 del CC). Dentro de los tres tipos de responsabilidad, limitada, ilimitada o suplementada de los socios, la LC, en su art. 15.3²⁰² -art. 71 LGC- opta por la responsabilidad limitada de los socios -lo aportado al capital social-. La LGC establecía además la posibilidad de disposición en contra de los Estatutos. Se produce la separación patrimonial, respondiendo la persona jurídica Cooperativa con su patrimonio -y por tanto responsabilidad de los socios en la cuantía de lo aportado-.

Además de la responsabilidad de la Cooperativa, este autor distingue respecto de los socios dos tipos de responsabilidad, la interna y la externa. La responsabilidad en las relaciones internas de la Cooperativa con los socios se produce en el ámbito de las obligaciones como socio o de los compromisos derivados de la actividad cooperativa. En el caso de las obligaciones sociales el socio responde de las pérdidas de forma personal e ilimitada, en proporción a la participación en el capital, mancomunadamente con los demás socios. Sólo se ven afectados los socios si uno de ellos no cumple, y la deuda a

²⁰¹ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": Tomo XX, vol. 3º... *cit.*, pág. 192 a 202.

²⁰² "La responsabilidad del socio por las deudas sociales estará limitada a las aportaciones al capital social que hubiera suscrito, estén o no desembolsadas en su totalidad." La redacción de este artículo no ha sufrido ninguna modificación, ni enmienda en la tramitación parlamentaria en el Congreso.

cargo del patrimonio social, como pérdida, repercute sobre todos los demás, siempre dentro del principio de responsabilidad limitada a las aportaciones prometidas. La responsabilidad del socio por las obligaciones derivadas de la actividad cooperativa es directa, personal e ilimitada, y mancomunada con los demás. Las deudas de los socios sólo recaen sobre la Cooperativa, sobre su patrimonio, en los supuestos de insolvencia, pasando a ser pérdidas de la Cooperativa, y por ello de los socios. En este caso, de responsabilidad del socio por la actividad cooperativa, yo pienso que no es fácil mantener un único criterio. Así, en las Cooperativas de viviendas, antes de que se conozca a los socios, la responsabilidad frente a terceros es de la Cooperativa. Desde que se da a conocer al representado la responsabilidad es de éste, directa, personal e ilimitada. Debe distinguirse, por tanto, la responsabilidad del representante, la Cooperativa, frente al representado, en la relación interna entre ambos, de la responsabilidad económica de la Cooperativa frente a terceros, y la repercusión que ello tenga en los socios representados, sobre los que recae en último término la obligación. Esta cuestión se verá en el siguiente apartado, al analizar la eficacia de la representación.

En la relación representativa de la Cooperativa y el socio, que es la analizada, la responsabilidad de estos sujetos se establece en función de sus respectivos deberes. La responsabilidad del representante²⁰³ es exigible en los siguientes casos, ya analizados según las normas cooperativas y las generales de la representación: por incumplimiento total -según el art. 1718 CC conlleva la indemnización de daños y perjuicios-, y por cumplimiento defectuoso o faltas a los deberes accesorios o de conducta. En ambos casos, incumplimiento o cumplimiento defectuoso, la responsabilidad será efectiva si el representante ha actuado de forma dolosa o con culpa -art. 1726 CC, responsabilidad

²⁰³ DIEZ, PICAZO, I.: *“La representación en derecho privado” ... cit.*, pág. 121. Responsabilidad que surge, según el autor, por ausencia o defectos en la actividad encomendada al representante.

por dolo en todo caso, y por culpa moderada por los tribunales según cada caso-. En opinión de LEÓN ALONSO²⁰⁴ la responsabilidad se produce por la probada existencia y realidad de unos daños o perjuicios, y no exclusivamente por el incumplimiento. Previamente al cumplimiento de lo encargado, y con base en su carácter de obligación de medios, la responsabilidad exigible es por omisión.

Tal como hemos planteado, aunque la LC no regula la responsabilidad en la relación representativa entre la Cooperativa y el socio hace referencia a la responsabilidad por daños causados por los órganos de la Cooperativa, mediante los cuales ésta actúa. Plantea la LC la responsabilidad de los Consejeros e Interventores que, según el art. 43, se rige por lo dispuesto en la LSA para los administradores (art. 133 del TRLSA, en que se trata la responsabilidad por negligencia, ilícitos legal o estatutariamente) –se eliminan las reglas específicas de responsabilidad de Presidente, Consejeros y Director que la LGC²⁰⁵ planteaba en los artículos 54, 60 y 64, más específicas y de efectos más restringidos-.

Según la teoría general de la representación, los órganos responden en todo caso por dolo o culpa, aunque algún autor proponga la existencia de daños y perjuicios.

La aplicación de las normas de la representación al caso cooperativo es interesante, especialmente en materia de responsabilidad, porque contemplan una amplitud mayor de las causas de responsabilidad. Además de la responsabilidad exigible en el supuesto de incumplimiento de la Cooperativa, inactividad que la LC considera como causa de disolución, podría añadirse la responsabilidad por cumplimiento defectuoso, y en ambos

²⁰⁴ LEÓN ALONSO, J: "Comentarios al Código Civil": art.1709 y ss, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1546.

²⁰⁵ Según la LGC: El Presidente es responsable en su actuación, si no se ajusta a los acuerdos de la Asamblea General y del Consejo -artículo 54.1-. Los miembros del Consejo responden en los supuestos de dolo, abuso de

casos, si se prueba la existencia de dolo o culpa, exigirse una indemnización de daños y perjuicios que, en caso de culpa, es moderada por los tribunales. Otra mejora esencial que se lograría aplicando las normas de la representación sería la posibilidad de actuar ante los cumplimientos defectuosos, expresión amplia que permite incluir cualquier defecto o circunstancia que no se ajuste a lo pactado, o ante retrasos moratorios que no impliquen incumplimiento (inactividad durante dos años). La responsabilidad sería exigible a los órganos de la Cooperativa, y en caso de gestión encargada a una empresa gestora, también a ésta.

VI. Efectos jurídicos de la representación.

VI.1. Eficacia de la representación directa e indirecta.

Al analizar las clases de representación voluntaria ya mencionamos la existencia de dos posibles tipos de actuación por cuenta ajena, como representación directa, en nombre ajeno, e indirecta, en nombre propio, y respecto de éstas nos decantamos por la representación indirecta de la Cooperativa en su actuación con los terceros. La mayoría de la doctrina distingue la forma de actuar, directa o indirecta, de la eficacia de lo actuado, que puede ser directa o indirecta a su vez. La representación indirecta, en pura teoría, puede tener una eficacia directa o bien indirecta, y no implica necesariamente la eficacia indirecta²⁰⁶ -producción de efectos entre representante y tercero-. El contenido de la eficacia indirecta cada vez se encuentra más matizado, a lo que se unen las dificultades prácticas que plantea su aplicación. Una vez admitida la actuación de la Cooperativa en nombre propio y por cuenta ajena, se plantea la duda de si su actuación conlleva eficacia directa o indirecta, teniendo en cuenta que, según algunos, la elección

facultades o negligencia grave, de forma solidaria entre ellos –art. 64-. También responde el Director por perjuicios causados a la Cooperativa o por lesionar los intereses de los socios –art. 60.4-.

²⁰⁶ DIEZ, PICAZO, L: “La representación en derecho privado” ... cit, pág. 244 y ss.

de una u otra corresponde al representante, la Cooperativa, aunque otros autores consideren que la opción la tiene el representado.

En orden a admitir una u otra opción, deben analizarse sus efectos. La eficacia directa²⁰⁷ es la más común, se caracteriza por la producción inmediata de efectos en la esfera jurídica del representado, en base al poder suficiente o a la ratificación de éste, y la ausencia de efectos para el representante. La eficacia indirecta supone la ausencia de relación jurídica entre el representado y el tercero, quedando el representante vinculado con el tercero; supuesto que de forma pura y extrema apenas se plantea en la práctica. En nuestro ordenamiento, la opinión mayoritaria²⁰⁸, doctrinal y jurisprudencial, es favorable a admitir en la representación indirecta una eficacia directa, similar a la representación directa pero con un plus. Del tal forma, se producen efectos jurídicos en la esfera del mandante o representado -derechos y obligaciones, obligaciones que inicialmente recaen sobre el representante-, y la obligación del mandatario o representante de transmitir la posesión de los objetos o derechos y otorgar el reconocimiento del derecho sobre los efectos a favor del mandante. En la actuación del mandatario quedan protegidos los terceros de buena fe con los que éste actúe. Todo lo

²⁰⁷ DIEZ PICAZO, I: "La representación en derecho privado" ... cit, pág. 265.

²⁰⁸ DIEZ PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho civil". Vol. I... cit, pág. 611. GULLÓN BALLESTEROS, A: "Mandatario que adquiere en nombre propio" ... cit, pág. 761 y ss: "cuando el mandatario adquiere por cuenta del mandante sin necesidad de ninguna transmisión dominical de aquél en su favor, pero adquiere, observese bien, exclusivamente en relación con el mandante... Frente al mandante, el mandatario no es propietario; frente a terceros, sí lo es... El mandante adquiere una propiedad que llamaremos sustancial, mientras que el mandatario, y frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores del mismo, una propiedad formal. En suma, algo idéntico a lo que ocurre en el negocio fiduciario, entre fiduciante y fiduciario... Del conjunto de sentencias examinadas se extraen las siguientes conclusiones...: 1. La propiedad de lo adquirido es directamente del mandante. 2. Como la propiedad es del mandante ab initio... la obligación del mandatario... es no sólo transmitir la posesión de la cosa que detenta, sino otorgar la escritura pública de reconocimiento de la propiedad del mandante... 4. El éxito de la acción del mandante contra el mandatario para que declare su derecho de propiedad lleva aparejada la rectificación del Registro de la Propiedad, si el inmueble está inscrito a nombre del mandatario, por lo dispuesto en el art. 38.2º de la Ley Hipotecaria... 7. En las relaciones entre mandante y mandatario se produce el mismo efecto que en la representación directa, si bien con un plus: la necesidad de poner en consonancia la realidad de la adquisición del mandante con su exteriorización, que aparece como del mandatario incluso en el Registro de la Propiedad. " . DE CASTRO, F: "Temas de Derecho Civil"... cit, pág. 128.

La opinión jurisprudencial ha sido planteada en nota a pie 100.

anterior es consecuencia de la eficacia directa de dicha representación, que no se identifica con la representación directa. La eficacia indirecta²⁰⁹ es complicada de establecer porque de forma pura no se admite -efectos sobre el representante-, matizándose, e incluyendo como excepción a esta eficacia indirecta pura el que se trate de cosas propias del mandante.

Superada la doctrina inicial que entiende que la representación indirecta produce efectos entre representante y tercero, al margen del representado, ya en 1976, DE CASTRO²¹⁰ afirma que el artículo 1717 del CC, relativo a la representación indirecta, se refiere a las acciones entre mandatario y tercero, quedando excluido el mandante, aunque contempla una excepción, que se trate de “cosas propias del mandante”, en cuyo caso queda abierta la acción directa del tercero contra el mandante y viceversa -lo que no ocurre en general en la representación indirecta- (al margen de que el mandatario pueda llamar al mandante ante reclamación del tercero). Además, en materia de adquisición y transmisión de derechos, considera que “*el representante no adquiere los bienes que se le han confiado para su venta, ni tampoco los créditos resultantes de ventas hechas por cuenta del representado*”. Según DE CASTRO²¹¹, una vez conocidos mandante y mandatario, también el mandante puede dirigirse directamente contra el tercero, respecto de los derechos y acciones que ha hecho suyos por medio del mandatario, siempre que se trate de acciones o excepciones que pudiera ejercitar el mandatario. En este sentido planteado por De Castro la eficacia directa de la representación indirecta podría ser aplicable al supuesto cooperativo, en que la actuación de la Cooperativa por cuenta de los socios frente a terceros conlleva la adquisición de bienes y derechos entre terceros y socios,

²⁰⁹ DIEZ PICAZO, I: “*La representación en derecho privado*” ... cit, pág. 266.

²¹⁰ DE CASTRO, F: “*Temas de Derecho Civil*” ... cit, pág. 128.

²¹¹ DE CASTRO, F: “*Temas de Derecho Civil*” ... cit, pág. 130.

aunque la acción directa y la exigibilidad de las obligaciones se produzcan inicialmente entre la Cooperativa y los terceros. Una vez conocidos los socios, por tratarse de un asunto de ellos, pueden ejercitar acciones y exigir obligaciones a los terceros, al igual que éstos respecto de aquellos. Las acciones o excepciones que no pudiera ejercitar u oponer la Cooperativa, tampoco podrán realizarse por los socios.

GULLÓN BALLESTEROS²¹², también en 1976, comenta la eficacia indirecta al analizar el artículo 1717 del CC, del que afirma que representante y terceros están facultados para accionar entre sí, siendo el representante el obligado a cumplir respecto del tercero. Sólo se admite la acción entre representado y tercero cuando se trate de cosas propias del mandante, acción que no deriva de la relación entre contratante y tercero, sino de otras circunstancias -como hemos visto, De Castro estima que las posibilidades de acción y excepción son las mismas que tiene el representante frente al tercero-. En la representación indirecta los derechos se transmiten del representado al tercero y viceversa, con reconocimiento por el representante, lo que conlleva una eficacia directa.

En 1979, DIEZ PICAZO²¹³ asume la visión de ambos autores y expresamente se manifiesta a favor de la de GULLÓN. La eficacia indirecta se caracteriza por la ausencia de acción y obligación entre mandante y tercero, excepto en el caso de que se trate de cosas propias del mandante, en que sí hay acción y obligación entre ambos. La eficacia indirecta quiebra en materia de transmisión o adquisición de derechos, que se produce entre el mandante y el tercero, con reconocimiento por el mandatario. También admite que el mandante puede ser demandado y quedar obligado respecto del tercero, si el

²¹² GULLÓN BALLESTEROS, A: "*Mandatario que adquiere en nombre propio*" ... cit, pág. 761 y ss.

²¹³ DIEZ PICAZO, L: "*La representación en derecho privado*" ... cit, pág. 265 y ss, y pág. 273. Este autor, al referirse a los efectos jurídicos de la gestión en nombre propio, pág. 282, incluye dentro de la eficacia directa, los supuestos de compraventa del representante (por cuenta del representado) al tercero o de arrendamiento del representante (por cuenta del representado) a un tercero arrendatario.

mandatario demandado lo trae a juicio. En la actualidad DIEZ PICAZO y GULLÓN²¹⁴ siguen manifestándose a favor de que tercero y mandante no tienen acción entre sí, y la tienen mandatario y tercero.

También analiza la eficacia de la representación indirecta y los derechos y obligaciones de la misma ALBALADEJO²¹⁵, y mantiene una situación básica que puede variar según lo que las partes quieran, como ocurre en el caso cooperativo, en que las reglas generales deben adaptarse a la realidad.

LEÓN ALONSO²¹⁶, en su estudio sobre el mandato extensible a la representación, se adhiere a la posición expuesta, manifestándose a favor de los autores señalados -De

²¹⁴ DIEZ PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho civil". Vol. I... *cit.* pág. 593 y ss. Se exceptúa el caso de "cosas propias del mandante" en las que, según DE CASTRO, se abre la posibilidad de acción directa respecto del representado. Se produce una disociación entre titularidad formal, del representante y titularidad material, del representado. El mandatario o representante queda obligado a entregar y reconocer la propiedad del mandante.

²¹⁵ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2... *cit.* pág. 413 y ss. Afirma que se produce una posesión del representante que entrega al representado, adquiriendo éste la propiedad del tercero. También concreta los efectos, distinguiendo claramente la transmisión de derechos de la asunción de obligaciones. Respecto a la transmisión de los derechos, mientras el representado los conserva en su poder siguen siendo suyos; y cuando los entrega al representante, lo hace para que éste los posea y los traspase al tercero, pero el representado sigue siendo dueño de ellos, transmitiéndolos él al tercero. Los derechos que el representante recibe del tercero, los adquiere para el representado, aunque temporalmente sea el quien los posea. La asunción de las obligaciones tiene lugar entre el representante y el tercero -a excepción de las cosas propias del representado-. Por ello, posteriormente, cuando se descubre la representación, el representante suele quedar eliminado de la representación, dejando su lugar al representado. Esta situación puede variar en función de lo que las partes pretendan. Así, el supuesto cooperativo no refleja este último punto relativo al cambio que el conocimiento del representado produce en las obligaciones, puesto que cuando las viviendas son entregadas a los socios propietarios, las posibilidades de obligación y acciones y excepciones se amplían a éstos, conjuntamente con la Cooperativa, que continúa obligada y legitimada para ello como representante de los intereses de los socios y contratante con los terceros. Y ello, pese a que en algún momento pueda pensarse que quedaría desvinculada como representante, y que se aluda a ella de forma confusa, como dueña de la obra.

Tesis admitida por O' CALLAGHAN, X: "Compendio de Derecho Civil". Tomo I... *cit.* pág. 526, que matiza que en la excepción de "cosas propias del mandante" la representación funciona como representación directa.

²¹⁶ LEÓN ALONSO, JR: "Comentarios al Código Civil..." *cit.* art. 1709 y ss, pág. 173 y ss. Ello se deduce según él del artículo 1717 del CC y de los artículos 908 y 909 del C de c. Se manifiesta a favor de considerar esencial la eficacia de lo actuado, y no la voluntad de las partes. De tal forma, el artículo 1717 prevé dos normas generales. En primer lugar, cuando el mandatario actúa en nombre propio se convierte en titular de las relaciones jurídicas con mandante y tercero, negándose la acción entre estos dos, circunstancia que puede ser alegada en defensa por cada uno de ellos, y no apreciada de oficio por el Juez. El mandatario está legitimado por el encargo de actuar por cuenta ajena aunque no exista poder. Además, el mandatario queda obligado con el tercero como si el asunto fuera personal suyo -para el cumplimiento específico de la gestión es el único directamente obligado o facultado frente a terceros-, con la salvedad de que es el mandante quien responde del objeto último de la gestión, según disponen los artículos 1727 y 1720. En segundo término, en relación con la adquisición del objeto de la gestión, el mandatario es el obligado principal y titular aparente de los derechos frente a terceros y "*la adquisición definitiva no la consumará como propia sino antes bien como ajena*". En la esfera interna el mandante es el único y legítimo titular. Se basa este autor en la aplicación de la teoría del negocio fiduciario, distinguiendo titularidad formal o aparente y material o real. La excepción "cosas propias del mandante", no se

Castro, Díez Picazo, Gullón, Albaladejo- y distinguiendo los efectos obligacionales de los reales, al entender que los primeros surgen para el mandatario, y los segundos respecto del mandante.

PUIG BRUTAU se muestra a favor de la independencia general de las relaciones entre representante y representado y representante y tercero, excepto que se trate de cosas del representado, en cuyo caso la propiedad la adquiere el representado²¹⁷. RIVERO HERNÁNDEZ²¹⁸ manifiesta que la regla general del artículo 1717 es la ausencia de acción, obligación ni vínculo entre el representado y el tercero, a excepción de las cosas del mandante. Aunque no hay acuerdo en la doctrina al respecto, pienso que la razón para optar por la desvinculación del representante o no la encontramos en cada supuesto práctico, según los intereses del representado y la solución que los sujetos intervinientes hayan adoptado. En general, creo que el representante debe quedar vinculado con el

refiere a los asuntos de éste en general, sino a los asuntos inherentes o personales a éste conocidos posteriormente a la celebración del negocio por los terceros -si el conocimiento es anterior, sería el mandante quien adquiriría directamente los efectos del negocio-. En este caso, desde el momento en que se da a conocer la representación, las obligaciones y responsabilidades se producirán y exigirán entre el mandante y el tercero.

En comentarios posteriores matiza este autor que la representación indirecta dentro de las cosas propias del mandante, "*intereses relativos a cosas propiedad del mandante*", provoca la expansión de la relación entre mandatario y tercero, a otros sujetos no intervinientes como el mandante, por lo cual se trata de "*corregir una irregular actuación del gestor, sumando a su propia responsabilidad la del mandante*", "*los efectos de tal representación pasan por el instituto de la representación, que puede ser considerada "indirecta" en cuanto al modo, pero plena y directa en cuanto al resultado, pues se obliga el mandante (además del mandatario)*". LEÓN ALONSO, J: "*Comentarios al Código Civil*"; art. 1709 y ss, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1543 y ss.

²¹⁷ "En virtud de un constituto posesorio, es decir, convirtiéndose el adquirente o representante en poseedor por cuenta del representado. Aunque en teoría se trate de dos transmisiones, ambas se producirán en el mismo instante." No creo que realmente existan dos transmisiones, aunque en algún caso puedan producirse, pero ello no puede admitirse en el supuesto cooperativo: PUIG BRUTAU, J: "*Compendio de Derecho Civil*". Vol. I... *cit.*, pág. 360.

²¹⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: "*Elementos de Derecho Civil I*", Vol. 3º. Bosch, Barcelona 1990, pág. 340 y ss. En el caso de cosas propias del mandante, derechos que proceden de fondos de éste, se produce una excepción, como ocurre en el mandato para adquirir, obteniendo el representante una propiedad formal que debe entregar y otorgar escritura pública de reconocimiento, y el representado una propiedad material. Una vez conocido el representado, puede ejercitar las acciones del representante y cumplir las obligaciones respecto del tercero sobre la base del artículo 1727. En este caso el representante puede quedar o no excluido de la relación con el tercero.

En la edición de 1998 se manifiesta a favor de la adquisición de derechos por el mandante y la posibilidad de traslado de acciones y obligaciones del mandatario a éste.

tercero, excepto que el representado y el tercero acuerden dejarlo fuera desde el momento en que el representado se da a conocer.

Con relación a la cuestión citada, SERNA MERONÑO²¹⁹ admite que la representación indirecta pueda producir efectos entre el representado y el tercero, pudiendo prescindir incluso del representante, y ello por las necesidades del tráfico jurídico que deben marcar el fenómeno representativo, sin que sea admisible que la existencia de trabas dogmáticas o teóricas lo impidan. Como plantea esta autora es interesante recordar que la eficacia de los supuestos representativos la marcan éstos, la realidad de los mismos, por lo que al igual que puede llegar a prescindirse del representante, en algún caso, como el cooperativo, puede interesar al representado acudir a él en materia de acciones y excepciones, al margen de la posibilidad de hacerlo por sí mismo.

PUIG I FERRIOL²²⁰ estudia la estructura de las relaciones en la representación indirecta, que produce efectos entre representado y tercero, aunque no automáticos. Entre representante y tercero tienen lugar una relación contractual, actuando ambos en nombre e interés propio. Entre el representado y el tercero se produce una relatividad del contrato, puesto que el tercero ignora la representación, relatividad que no continúa cuando el tercero conoce la representación. Cuando esto ocurre, el tercero sigue legitimado para accionar frente al representante, pero puede actuar también frente al

²¹⁹ SERNA MERONÑO, E: *“Comentarios al Código Civil”...* cit, art. 1259, pág. 543.

²²⁰ PUIG I FERRIOL, I. en PUIG BRUTAU, J. *“Fundamentos de Derecho Civil”*. Tomo I, vol. I... cit, pág. 966. Esta actuación frente al representado puede basarse en dos tendencias, la primera que estima que se trata de cosas propias del representado y como tales se dan los efectos de la representación directa, lo que no convence. La segunda orientación, desarrollada por el autor, considera que el conocimiento del tercero provoca el cese de la relatividad, y la posibilidad de acciones y excepciones entre representado y tercero, no indiscriminadas, sino sólo aquellas que correspondían al tercero respecto del representante en el negocio representativo, y no las personales del representado y representante. Quedan siempre protegidos los terceros de buena fe que no conocían la representación. Entre el representado y el representante hay conciencia de que es el representado quien adquiere directamente del tercero. El representante goza de una apariencia de titularidad, como manifestación de los contratos o negocios fiduciarios, distinguiéndose la propiedad formal del representante y la material del representado. Los terceros de buena fe que actúan con el representante no pueden verse perjudicados por la apariencia de titularidad.

representado. En obras más recientes, además de poner de relieve el carácter discutido de este tipo de representación, la fundamenta en que la actuación jurídica de la misma afecta al representado, al que pertenece el negocio, que incluso puede accionar contra el *tercero*²²¹.

DE LA CÁMARA²²² no admite la identificación, aunque sí la aproximación entre los efectos de la representación directa y la indirecta (considerada interposición real de persona, no representación). Se basa el autor en la incomunicación relativa con el principal o representado.

Según la anterior exposición acerca de las opiniones doctrinales sobre la representación indirecta y sus efectos, puede concluirse que la eficacia directa de la representación indirecta difiere según los casos, según se trate de derechos u obligaciones, y según nos encontremos en uno u otro momento de la evolución de la actuación representativa. *Admitida la actuación de la Cooperativa como representante indirecto del socio, deben analizarse los efectos que ello produce, y como puede extrapolarse la especial eficacia de la representación indirecta a este caso.*

VI.2. Eficacia de la representación en el caso cooperativo, en general y en la práctica.

Expuesta la visión de la doctrina acerca de los efectos jurídicos de la representación, debe analizarse la eficacia de la representación en el supuesto cooperativo, eficacia que podrá tener en cuenta o no las posibilidades vistas, en función de cual sea la realidad del

²²¹ PUIG I FERRIOL, L.: "Manual de Derecho Civil II"... *cit.*, pág. 675 y ss.

²²² DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: "*Estudios de Derecho Civil*"... *cit.*, pág. 79, 96 a 137: Los efectos reales de la representación indirecta son parecidos a los de la directa -efectos inmediatos sobre el representado-, aunque se requiere que el representante reconozca y rectifique en el Registro el derecho del representado. Los efectos obligacionales son diferentes, puesto que la regla general de la representación indirecta es la ausencia de acción entre el representado y el tercero. Sin embargo hay supuestos de excepción, por tratarse de cosas propias del mandante, en los que el autor se muestra a favor de la acción entre el representado y el tercero, aunque el mandatario siga siendo obligado, pero ahora no es el único. En este sentido se ha entendido la relación entre la Cooperativa y el socio como interposición gestora, variedad que se deja fuera del concepto de representación, que queda limitado a la representación directa.

supuesto. Como la mayoría de autores ha puesto de manifiesto, partimos de que de la representación es una figura no regulada, por lo que su admisión no lleva a un único planteamiento; el estudio de la misma difiere en función de cada caso, y cada autor tiene su punto de vista particular. La representación se entiende como posibilidad abierta al estudio de la misma, dentro de las máximas lógicas, admitidas y resueltas mayoritariamente por la doctrina. Partiendo de estas bases, vamos a analizar la representación del socio por la Cooperativa, según los momentos o fases de la vida cooperativa y la producción de efectos en cada uno de ellos.

La regulación cooperativa poco aporta a esta cuestión, puesto que se ocupa principalmente de las cuestiones formales de constitución, funcionamiento y extinción de la entidad. La condición de la Cooperativa como agrupación de los intereses comunes de los socios, expresada en el art. 1 de la LC, refleja su realidad de entidad colectiva constituida con objeto y fin de lograr las pretensiones de los cooperativistas, socios beneficiarios, que quedan obligados a contribuir a la actividad cooperativa, para lo cual se llega a constituir una masa económica distinta del capital social y patrimonio de la Cooperativa -art. 15, 16 y 52 LC-. La LC se refiere indirectamente -en el artículo 89.1º y 2º- a los efectos jurídicos de la representación de las Cooperativas de viviendas al concretar el objeto de la Cooperativa, proporcionar vivienda y/o locales a los socios, para lo que se desarrollarán por ésta las actividades o trabajos necesarios, y adjudicar o ceder la propiedad de las viviendas a los socios mediante cualquier título admitido en Derecho -artículo 89.3º-. Estas normas o remisiones teóricas, generales, no son exactas ni suficientes para definir la relación entre la Cooperativa y el socio y sus efectos, por lo cual debe analizarse la situación exhaustivamente desde el punto de vista práctico sin

olvidar las normas cooperativas, que pueden ser útiles en algún caso, y siempre refiriéndonos primero al supuesto admitido como principal.

Optamos por un estudio que tiene en cuenta las fases que se producen en la práctica cooperativa, que la condicionan y determinan, y ello porque la práctica representativa es la que determina cuáles son sus efectos, al margen de que en otros supuestos la solución sea distinta. No podemos evitar plantear “a priori” la existencia de distintas fases en la vida cooperativa, aunque éstas serán objeto de análisis en el siguiente capítulo. Por ahora nos interesa diferenciar la llamada reserva de plaza y la situación de aspirante a socio, de la inscripción como tal. En los momentos iniciales de reserva de plaza y de socio expectante o aspirante, previas a la inserción como socio en la Cooperativa, no hay relación asociativa ni representativa entre éstos, por lo que quedan excluidas del estudio de la misma. Nos limitamos al estudio de la eficacia de la representación en la fase principal en las Cooperativas de viviendas, desde la inscripción del socio hasta la adquisición de la propiedad de la vivienda.

La relación representativa entre la Cooperativa y el socio tiene su raíz en el negocio de constitución de la Cooperativa que la tiene en cuenta, aunque respecto de cada socio el momento de inicio de dicha relación es el de inscripción como tal o adhesión al contrato de constitución de la Cooperativa, en que el socio pasa a ostentar dos posiciones jurídicas respecto de la Cooperativa, socio y representado. La Cooperativa actúa en interés de los socios tanto a nivel puramente asociativo u organizativo, relación entre socios y formación de voluntad común, como a nivel representativo de los mismos frente a terceros, con relación a la consecución del objeto y fin de la Cooperativa, aunque ambas circunstancias, asociativa y representativa, no son fáciles de distinguir ni en la teoría ni en la práctica. En la práctica, en algún caso, se plantean problemas aislados de

cada una de ellas, aunque generalmente van unidas y es difícil distinguirlas. Además, las cuestiones asociativas -núcleo básico- afectan a la relación representativa con terceros.

El conocimiento de la práctica cooperativa efectiva, libre y correcta es fundamental en el análisis de sus efectos –como así hemos apreciado en nuestro acercamiento al mundo cooperativo-, aunque hay que decir que también se encuentran referencias interesantes en el estudio de los supuestos que plantean problemas y son objeto de litigio ante los Tribunales de justicia –éstos van a resumirse a continuación, puesto que las especiales connotaciones que presentan son necesarias para determinar la eficacia de la representación en el caso cooperativo-. Ello no significa que la eficacia venga determinada por los supuestos problemáticos, sino que del estudio de éstos pueden extraerse las reglas generales que permitirán interpretar aquélla. En el ámbito interno la Cooperativa goza de un sistema de organización y administración de los intereses de los socios, y asociados. Este aspecto organizativo sólo lo tenemos en cuenta en aquellos casos en que afecta a las cuestiones relativas a la promoción, construcción y entrega de las viviendas a los socios. En primer lugar, de los supuestos que se plantean ante los Tribunales –referidos a normas anteriores a la actual por razones lógicas, aunque admisibles en el marco de la nueva Ley- pueden deducirse las siguientes cuestiones. La jurisprudencia del TS admite que la Cooperativa se encuentra **legitimada**, tanto activa como pasivamente²²³, en las cuestiones internas²²⁴ cooperativas relativas a la

²²³ En muchos supuestos se plantea previamente al fondo, la cuestión de la legitimación activa o pasiva de la Cooperativa. Tanto en primera instancia, como en apelación y casación, se llega a la conclusión de que en el incumplimiento del contrato de obra por el constructor, el supuesto que más se plantea, la Cooperativa se encuentra legitimada activamente para exigir su cumplimiento o los vicios por ruina, al igual que los copropietarios, y no pasivamente por dicho incumplimiento: STS 21-6-1986 (Ar. 4769), 29-1-1991 (Ar. 345), 8-5-1995 (Ar. 3942). Algunos supuestos en los que en primera instancia se absuelve a la Cooperativa, que no puede ser demandada, son: STS 5-2-1993 (Ar. 829), fundamento de derecho primero, siendo demandantes la comunidad de propietarios y los copropietarios; STS 28-4-1993 (Ar. 2953), fundamento de derecho segundo, actuando como demandante la comunidad de propietarios. En apelación se resuelve en idéntico sentido en las STS 22-9-1994 (Ar. 6982), fundamento de derecho primero, en la STS 8-6-1992 (Ar. 5168), fundamento segundo (en ésta se pone en duda la legitimación activa de la Cooperativa, y la necesidad de que sea demandada). También en casación se plantean dudas respecto a la legitimación activa y pasiva, que son resueltas por el

organización o a la relación con socios, y en las externas²²⁵, con terceros que intervienen o colaboran en el proceso de construcción de las viviendas. La legitimación²²⁶ frente a

Tribunal a favor de la legitimación activa de la cooperativa, sin que pueda ser demandada, por no ser promotor constructor o vendedor, sino mediador: STS 14-4-1983 (Ar. 2112), considerando quinto, STS 6-3-1990 (Ar. 1672), fundamento de derecho primero.

Si el que reclama el cumplimiento es el constructor, la Cooperativa se encuentra legitimada pasivamente, junto con los socios en el caso de que las viviendas hayan sido adjudicadas: STS 18-6-1991 (Ar. 4522), fundamentos de derecho segundo y tercero; 29-11-1991 (Ar. 8575), fundamentos de derecho segundo a cuarto; 25-2-1994 (Ar. 1521), fundamentos de derecho primero a tercero; 10-10-1994 (Ar. 7471), fundamentos de derecho cuarto a séptimo.

Todo lo anterior es válido no sólo en la relación respecto del constructor de las viviendas, sino también frente a otros terceros, vendedor de solar, entidad financiera, empresa gestora, arquitectos, con los que la Cooperativa contrata en nombre de los socios, y por ello se encuentra legitimada tanto activa como pasivamente.

En los últimos años esta cuestión sobre la legitimación de la Cooperativa no se ha planteado con tanta frecuencia, porque la postura del TS ha quedado bastante clara, legitimada como representante de los socios y contratante con terceros.

²²⁴ La legitimación en las cuestiones internas tiene su base principal en que se trata de una persona jurídica con capacidad para actuar, capacidad que la Ley le concede.

En algún caso el Tribunal distingue la actuación con terceros de la actuación interna con los socios. Así, en un supuesto de baja voluntaria por incremento en el coste de la vivienda, ante la pretensión del socio de que se declare la inexistencia de personalidad jurídica y de capacidad de la Cooperativa, no lo admite y estima que *"la capacidad jurídica sería indispensable para las relaciones de la Cooperativa con terceros, pero no para las relaciones societarias internas de sus socios"*: STS 3-2-1996 (Ar. 411), fundamentos de derecho primero.

La capacidad de la Cooperativa para actuar en el ámbito interno se plantea también con relación al retracto por la venta de la vivienda de un socio a un extraño. Así, en la STS 1-7-1991 (Ar. 5311), fundamento de derecho segundo, el Tribunal, ante el planteamiento de que la Cooperativa no tiene capacidad para adquirir bienes que no entren en el cumplimiento de sus fines sociales, como es el caso, no lo admite y afirma que *"las Cooperativas, como personas jurídicas que son, tienen capacidad para adquirir y poseer bienes de todas clases..."*

²²⁵ La legitimación de la Cooperativa frente a terceros se produce por su condición de representante de los socios. Así en la STS 8-7-1982 (Juris. Civ. 326), en sus segundo y tercer considerandos, el Tribunal afirma que la cuestión de la cesión de los derechos de socio a un tercero extraño a la cooperativa no sólo afecta al cedente sino también a la propia Cooperativa *"tanto como entidad colectiva cuanto a su carácter representativo de los socios que la integran y de los derechos que éstos puedan representar en relación con la cesión pretendida... produce la situación de litisconsorcio pasivo necesario."*

Se plantean supuestos en los que la cuestión esencial, que resuelve el recurso, es la legitimación o no de la Cooperativa para actuar frente a terceros, aunque las viviendas hayan sido transmitidas a sus propietarios. La ausencia de legitimación planteada por el constructor reclamado por defectos constitutivos de incumplimiento del contrato de obra, no es admitida por el Tribunal, al considerar que la Cooperativa, como promotor - arrendador y dueña de la obra, se encuentra legitimada para *"exigir al arrendatario - constructor las responsabilidades derivadas del contrato básico... simplemente se ha tenido en cuenta la doctrina general de la contratación, plasmada en el art. 1257 del CC, y sancionada, para estos casos concretos, entre otras muchas en las sentencias de fecha 16-9-1988 (R. 6692) y 9-6-1989 (R. 4417)"*: STS 17-7-1990 (Ar. 5890), fundamento de derecho segundo. Con relación a esta sentencia CABANILLAS SÁNCHEZ, A: *"Comentario a la STS de 17-7-1990"*, en C.C.J.C. núm. 24, pág. 931 y ss., comenta que, también estarían legitimados los sucesivos adquirentes de la vivienda, en base al art. 1591 del C. *"por ser los auténticos perjudicados por la ruina y los que, por tanto, puede probar el daño, presupuesto básico de la responsabilidad civil"*. Afirma que el TS admite la legitimación de la Cooperativa, porque parte de la base de que los dueños van a reclamar a ésta los vicios de su vivienda, pero duda de esta legitimación de la Cooperativa porque *"A nuestro juicio, no es correcto sostener que la Cooperativa es garante de la buena construcción de las viviendas para hacerla responsable de los vicios o defectos de construcción, como si se tratase de un promotor - vendedor, al que si considero garante, en los términos apuntados por las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1985 y 29 de junio de 1987, y, por tanto, asume una auténtica obligación de resultado consistente en la entrega de pisos y locales de acuerdo con los contratos celebrados y lo anunciado en la propaganda publicitaria (Sentencia del TS de 27-1-1977 - comentada por LASARTE en RDP, 1980, pág. 50 y sigs.), construidos según la lex artis y exentos de vicios o defectos de"*

terceros se basa en su condición de representante indirecto, por lo que desde el momento de conocimiento de los socios representados, dueños de las viviendas, éstos quedan también legitimados y obligados frente a terceros (ver nota a pie 225). En la relación que la Cooperativa mantiene con los socios surgen problemas, cuestiones cooperativas internas, situándose aquéllos, respectivamente, en la posición de demandante y demandado. Pueden citarse los casos referidos a la expulsión y baja del socio,

construcción (CABANILLAS: La configuración jurisprudencial del promotor como garante, ADC 1990, pág. 227 y sigs.). Si no es pertinente confundir al promotor - vendedor con la Cooperativa de viviendas, que contrata a un constructor, a fin de atribuir las viviendas a los socios y familiares, es preciso considerar todavía más discutible que, con carácter anticipado, para eludir posibles responsabilidades, la Cooperativa demande al constructor, respecto a viviendas que ya han sido adjudicadas a los socios. En este sentido son diversos los casos de las S de 16-9-1988, 9-6-1989 y el de la sentencia que comento, aunque en los tres es extraordinariamente discutible la legitimación por anticipado del promotor - vendedor o de la Cooperativa para ejercitar la acción de responsabilidad decenal, habiéndose transmitido ya las viviendas, por venta o por adjudicación, a los compradores o los socios."

Se olvida el autor que la Cooperativa está formada por los socios y actúa como representante de éstos.

Ante un supuesto similar, en el que el constructor estima que la Cooperativa debería haber sido demandada como promotor, y no está legitimada activamente, porque ha transmitido las viviendas, ni tampoco los copropietarios que demandan por no hacerlo todos ellos, el Tribunal estima la legitimación activa de la Cooperativa, como representante de los intereses, y contratante con terceros "la Promotora contratante o Cooperativa de viviendas ostenta una situación o asume una posición de defensa de intereses de sus miembros o cooperativistas que le capacita para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses concertados con los miembros a quien representa... esta sala ha aceptado la legitimación de la promotora dueña de la obra para exigir las responsabilidades surgidas del art. 1591 frente a los técnicos y constructores con quienes contrató... la jurisprudencia fue reconociendo que frente a los constructores y técnicos, además de las personas que con ellos contrataron están legitimados por subrogación los sucesivos compradores de los pisos, quienes al adquirirlos adquirieron también la cobertura que el art. 1591 CC proporcionó al originario dueño de las obras. Los sucesivos adquirentes, pues, pueden ejercitar acciones derivadas de un contrato en el que no fueron parte... Pero de toda la línea jurisprudencial no se deriva la consecuencia de que el círculo de los legitimados activamente se reduzca a los propietarios, ni que éstos se vean necesariamente obligados a litigar contra todo el círculo de posibles obligados solidarios. Su legitimación adquirida por subrogación junto con el piso, no borra la legitimación de los promotores que contrataron con los constructores y técnicos y conservan acción para exigir el correcto cumplimiento del contrato con base en el vínculo nacido precisamente del mismo... ante cualquier infracción de este tipo, tanto por la vía del art. 1591 como la del incumplimiento contractual de los arts. 1101 y ss del CC, ambas acciones ejercitadas en la demanda, está perfectamente legitimada para el ejercicio de la pretensión... sin perjuicio de la transmisión de los derechos patrimoniales en los contratos sobre la venta de las viviendas construidas, no por ello desaparece su posición de la eventual responsabilidad frente a esos adquirentes, por lo que la Promotora puede anticipar su defensa ejercitando las acciones correspondientes frente a los causantes de los actos determinantes de dicha responsabilidad". STS 8-6-1992 (Ar. 5168), fundamento de derecho segundo.

En algún caso se plantea la legitimación de la Cooperativa como insuficiente para afectar a los socios, ya propietarios de las viviendas, en casos de tercería de dominio. "La única demandada en el pleito principal es la Cooperativa, y que, en este sentido, al ser los socios que tienen personalidad propia terceros al pleito y no haber sido demandados, mal puede ventilarse una tercería": STS 15-7-1992 (Juris. Civ 752) fundamento de derecho cuarto. STS 15-7-1992 (Ar. 6078), fundamento de derecho cuarto.

^{22b} Legitimación como relación del autor de un acto con el objeto de éste, que es diferente de la capacidad del sujeto para disponer y del poder de disposición de éste. Legitimación que corresponde a la Cooperativa como representante, fundamentada en el poder de representación, para el ejercicio de derechos ajenos, cuyo titular goza de facultad de disposición. Así lo entiende en general CUIJENA CASAS, M: "Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales". Bosch. Barcelona 1996, pág. 495 y ss.

adjudicación de viviendas o garaje y pago de lo estipulado, así como defectos formales de la Asamblea (convocatoria, acuerdos...) y aspectos relativos a la actuación de los órganos cooperativos. La expulsión²²⁷ de los socios puede tener su causa tanto en incumplimientos o infracciones cometidas en el funcionamiento de la Cooperativa como persona jurídica, que producen efectos sobre los derechos relativos a la vivienda, como en el incumplimiento de los deberes económicos respecto de la actividad cooperativa. La baja²²⁸ del socio, voluntaria justificada o no, u obligatoria, se ve impugnada generalmente

²²⁷ Como ejemplos de supuestos de **expulsión** pueden citarse las siguientes STS, en las que mayoritariamente se ven afectados los derechos sobre las viviendas, pudiendo tener su causa en cuestiones relativas a la vivienda y el incumplimiento del socio: expulsión no admitida por ausencia de causa en supuesto de transmisión de participación de socio y de vivienda: 19-10-1979 (Ar. 3395), considerando segundo; expulsión nula por no haber sido notificada al socio y no haber existido expediente contradictorio: 14-10-1981 (Ar. 3739), considerando tercero; expulsión por mora en las aportaciones económicas recurrida por el socio extemporáneamente: 21-1-1983 (Juris. Civ 24), considerando segundo; expulsión admitida por falta muy grave, acusando de la comisión de un delito a un miembro de la Junta Rectora, actitud que es perjudicial para la cooperativa: 19-12-1985 (Juris. Civ 795), fundamentos de derecho tercero y cuarto; expulsión admitida por falta de pago de aportaciones económicas a la vivienda, sin que se pruebe el pago por el socio: 16-12-1986 (Juris. Civ 762), fundamentos de derecho segundo tercero y cuarto; expulsión no admitida por expresiones acaloradas en Asamblea que no constituyen falta grave: 31-1-1992 (Ar. 536), fundamento de derecho segundo; expulsión por falta de pago, no admitida por no haberse realizado una liquidación definitiva: 22-5-1992 (Juris. Civ 514), fundamentos quinto, sexto y séptimo; nulidad de expulsión por problemas de prescripción de la infracción: STS 4-12-1992 (Ar. 10001) fundamento de derecho segundo; expulsión por fraude de documentos, nula por haberla impuesto la Asamblea y no el Consejo: STS 2-3-1994 (Ar. 1641), fundamento tercero.

²²⁸ La **baja** voluntaria del socio no produce efectos económicos hasta que no exista un sustituto. Si no existe en el momento de adjudicación de la vivienda, el socio que pretendió causar baja debe cumplir con las obligaciones económicas que le correspondan, circunstancia que le es aplicable por venir impuesta en la Ley: STS 12-2-1987 (Juris. Civ 63), fundamento de derecho quinto. La baja voluntaria no justificada provoca una deducción del 20% en la aportación, y no puede calificarse de expulsión tácita si no ha existido expediente sancionador. En este caso, el socio reclama el reembolso por la Cooperativa, que tiene cinco años para cumplir con su obligación, y no puede, pasado este plazo, excepcionar la compensación de deudas del socio frente a la Cooperativa (tenía un plazo de prescripción de cinco años, durante el cual el socio es responsable de las obligaciones asumidas antes de la pérdida de su condición). El TS admite la reclamación de cantidad del socio, reclamación que no ha prescrito (no ha transcurrido el plazo de 15 años del art. 1964 CC): STS 12-4-1994 (Ar. 2792), fundamentos de derecho primero y segundo. Puede citarse el supuesto de la STS de 3-3-1998 (Ar. 1128), fundamento cuarto, en la que, ante una baja producida hace más de cinco años, que implicaría el fin de los derechos y obligaciones de los socios, el Tribunal admite que, como adquirentes de viviendas, se ven afectados por la quiebra de la Cooperativa que perjudica a terceros de buena fe –comentada por TRUJILLO DÍEZ, ver nota a pie 12-.

La baja voluntaria justificada da lugar al reembolso de aportaciones y cantidades abonadas por el socio, exigidas por éste a la Cooperativa, que se ven sometidas a un interés determinado por los Estatutos hasta la primera sentencia, y al interés legal incrementado en dos puntos desde esta sentencia hasta el pago total. No ha lugar a la devolución de la parte correspondiente en subvenciones oficiales: STS 24-12-1994 (Ar. 10383), fundamentos de derecho cuarto, quinto, sexto y octavo.

En un supuesto peculiar, de adquisición del patrimonio de una Cooperativa por otra, y posterior baja voluntaria del socio, se entiende en segunda instancia como un supuesto de liquidación de Cooperativa con aplicación del art. 393 del CC, y las consiguientes cuotas iguales para los socios. El TS no admite que exista comunidad de bienes, ni que se aplique dicha norma, sino las de liquidación de cooperativas. En este supuesto, el local litigioso había pasado a ser propiedad de la primera cooperativa, por lo que es cierto que no es de los socios, en régimen de comunidad: STS 30-9-1993 (Ar. 6667), fundamento de derecho séptimo.

por problemas en la devolución de las cantidades aportadas y el plazo admitido para que sea efectiva (hasta un máximo de cinco años), así como por la cuantía de las deducciones. La adjudicación²²⁹ de las viviendas es realizada por la Cooperativa respecto de los socios, como reconocimiento público de la propiedad que se materializa coetáneamente a la entrega. Los problemas que suelen plantearse respecto de la adjudicación tienen como base las cuestiones del criterio de adjudicación empleado y la

²²⁹ Como sistemas de **adjudicación de las viviendas** se emplea, tanto la antigüedad como el sorteo. En ocasiones el respecto al principio de igualdad en la adjudicación de viviendas, realizada por sorteo, sistema objetivo, quiebra con el incremento del precio de algunas viviendas en base, no al metro cuadrado, proporcional, sino a otras condiciones nuevas, distintas a las establecidas en la constitución de la Cooperativa: STS 21-10-1982 (Juris. Civ 420), considerando segundo. También en la STS de 20-3-1986 se estima vulnerado el principio de igualdad por la adjudicación realizada inicialmente mediante el criterio de antigüedad y posteriormente según la participación económica en la Cooperativa (aportación realizada sospechosamente por los socios más antiguos), aunque en este caso el criterio que vulnera el principio de igualdad es el empleado en la adjudicación de las viviendas a los socios. Parece que debería haberse empleado un criterio objetivo, como por ejemplo, el sorteo, o uno subjetivo como la antigüedad que hubiese sido admitido expresamente por todos los socios al concertar su ingreso en la Cooperativa y las pretensiones respecto a la vivienda y al socio.

En ocasiones la Cooperativa se niega a adjudicar la vivienda alegando la ausencia de pago del precio. El Tribunal afirma que la Cooperativa queda obligada a otorgar escritura, sin admitir el aumento de precio planteado, que sería una alteración de elemento esencial del contrato sin consentimiento de la otra parte, el socio: STS 7-1-1992 (Ar. 151), fundamento de derecho cuarto. En un caso similar al anterior, se obliga al socio a aceptar y pagar el costo real de lo construido, determinado en calificación definitiva, compensado con lo que la Cooperativa le debe, así como a la Cooperativa otorgar la escritura pública de adjudicación: 22-5-1992 (Juris. Civ 514), fundamentos quinto, sexto y séptimo (también este caso reúne las cuestiones de expulsión del socio y el problema de pago entre la Cooperativa y el socio. La adjudicación y otorgamiento de escritura no suele producirse hasta que los socios paguen las viviendas: 4-6-1992 (Juris. Civ 558), fundamentos de derecho primero y segundo. Se condena a la adjudicación de las viviendas en escritura pública en la STS 19-5-1998 (Ar. 3383), fundamentos primero a tercero.

La adjudicación y posterior transmisión de la propiedad precisa de un título traslativo de dominio, no bastando cualquier tipo de balance financiero que se refiere a la expectativa de una futura adjudicación: STS 31-5-1993 (Ar. 4059), fundamento segundo.

También se deniega al socio el derecho a que se le adjudique la vivienda. El Tribunal matiza que debe distinguirse el derecho a la adjudicación del derecho a ser declarado adjudicatario, que debían haberse pedido alternativamente. Con relación al caso concreto afirma que el socio se contradice al pedir el derecho a la adjudicación y afirmar que la vivienda le fue adjudicada y la cedió en pago de deudas: STS 22-11-1993 (Ar. 9178).

En una sentencia reciente, de 25-5-1998 (Ar. 4066), fundamentos cuarto y quinto, el TS, ante reclamación de cantidad de los socios a la Cooperativa, por contrato de permuta y préstamo hipotecario asumidos por ella sobre las viviendas, condena a aquéllos a pagar el préstamo asumido por subrogación en el negocio jurídico de adjudicación independiente: "... especialmente al tratar de las teorías acerca del pago, como "acto" o como "negocio jurídico"... independientemente de que esta adjudicación de los pisos pudiera ser el cumplimiento normal de lo estipulado y querido por las partes, lo cierto es que este negocio no ha sido impugnado por las partes en ningún momento, por lo cual es perfectamente válido y a él hemos de estar y pasar, por lo cual la cuestión se centra punto clave de este proceso- en el valor de dicho negocio jurídico de adjudicación... cuando hablan de la interpretación de la escritura pública de adjudicación y dicen que si bien constituye un negocio jurídico con naturaleza jurídica propia, responde a posibilitar el cumplimiento de la contraprestación... el negocio jurídico de adjudicación documentado en escrituras públicas con la adjudicación de las viviendas y con subrogación en la cuota parte específica del préstamo hipotecario, fue aceptado libre y espontáneamente por los actores, los cuales no hicieron ninguna objeción y tuvieron pleno conocimiento de la subrogación del préstamo

necesidad de cumplimiento por el socio de las obligaciones económicas pactadas, así como la obligación de adjudicación exigible a la Cooperativa y la naturaleza jurídica de la misma. En materia de adjudicación de la vivienda también son problemáticos los criterios de determinación de la cantidad²³⁰ que se paga por ella. Con relación a las plazas de garaje también surgen problemas por el criterio de adjudicación²³¹. Es interesante observar que en ocasiones ha llegado ante los tribunales la distinción²³² entre las aportaciones para vivienda y las aportaciones al capital social. En orden a la actuación de los órganos cooperativos surgen algunas dudas respecto a sus facultades, actuación

hipotecario que asumieron plenamente y que han venido pagando, por lo cual se ha producido una novación de las condiciones principales."

²³⁰ En algunos supuestos, la modificación del **criterio de determinación del precio**, no el metro cuadrado sino otros nuevos (duplicando algunos conceptos del precio, a determinadas viviendas, por algunas cuestiones antes irrelevantes) se estima nula por vulnerar el principio de igualdad: STS 21-10-1982 (Juris. Civ 420), considerando segundo. No se admite la determinación el precio, basada en condiciones de capacidad, situación y orientación de al vivienda, realizada posteriormente a la adjudicación de las viviendas, porque infringe el principio de igualdad: STS 11-4-1987 (Juris. Civ 229), fundamento de derecho quinto con relación al antecedente de hecho tercero. En ocasiones se vulnera el principio de igualdad en la fijación del precio por aplicar a situaciones desiguales criterios iguales. Así, la determinación de igualdad de precio por la Cooperativa a bloques de viviendas, tengan o no locales comerciales o bajos comunes, conlleva desigualdad. La desigualdad inicial provoca una desigualdad en el precio de las viviendas, según el Tribunal en STS 13-6-1987 (Juris. Civ 382), fundamento de derecho sexto.

En los supuestos de VPO, el Tribunal diferencia los **supuestos de precio de venta superior al legal, de aquellos de coste superior al legal**. En los primeros, el Tribunal admite la nulidad parcial de la cláusula, no del contrato, que determina el precio por ser éste superior al autorizado en la legislación: STS 20-6-1985 (Ar. 6023), considerandos primero y segundo; STS 24-6-1991 (Ar. 4577). Sin embargo, en los casos de incremento de precio superior al establecido para VPO, admite su validez por tratarse de una distribución del coste de la vivienda entre los socios *"las limitaciones puestas por la normativa no lo son para limitar el costo de la construcción sino, como constantemente se dice, los precios de venta y renta de las viviendas de protección oficial; refiriéndose la reclamación de cantidad objeto del juicio de que el presente recurso dimana no al precio de venta de alguna unidad de lo edificado, sino a la desprendida por la distribución o derrama de su costo entre los socios cooperativos, operación diferenciable a todas luces de la idea de venta a persona ajena a la propia constructora, ya que lo ha sido la misma cooperativa."* STS 3-12-1986 (Juris. Civ 53), fundamento de derecho quinto. También en este sentido la STS de 28-1-1991 (Juris. Civ 52), fundamento de derecho segundo.

En algún caso, la Cooperativa reclama a los socios cantidades que estos le adeudan establecidas en Asamblea General, acumulándose las acciones en un mismo proceso. Los socios pretenden la nulidad de los acuerdos de la Junta, por no haber sido convocados, lo que no es cierto, siendo condenados a pagar: STS 30-3-1993 (Ar. 2539), fundamento de derecho segundo y quinto.

²³¹ En una supuesta **adjudicación legal de plazas de garajes** en Cooperativa, en que éstas son insuficientes para todos los socios, se emplea en primer lugar la adjudicación por sorteo, entre los socios más antiguos, lo que según el Tribunal vulnera el principio de igualdad, por no haberse realizado el sorteo entre todos los socios: STS 26-1-1983 (Juris. Civ 34), considerando segundo. En el mismo caso, posteriormente, la Cooperativa adjudica las plazas sustituyendo el criterio de antigüedad por el de participación económica en las plazas, participación realizada por los más antiguos, que no está acreditada y no ha sido recabada al resto de socios, lo que vulnera el principio de igualdad: STS 20-3-1986 (Juris. Civ 183), antecedente de hecho primero y fundamentos de derecho primero y segundo. Esta sentencia ha sido objeto de comentario, estimando que no debe admitirse la antigüedad como criterio, no de adjudicación, sino de exclusión de la adjudicación: VERGÉZ SÁNCHEZ, M: *"Comentario a la STS de 26-1-1983"*, en C.C.J.C núm. 1, pág. 81 y ss.

extralimitada, responsabilidad, el destino dado a las aportaciones cooperativas...²³³ La actuación de los órganos cooperativos implica la responsabilidad de la persona jurídica frente a terceros en cualquier caso, por razones de seguridad jurídica, excepto ante la

²³² STS 27-1-1986 (Juris. Civ 31), fundamentos de derecho octavo, noveno y décimo.

²³³ En la **actuación de los órganos cooperativos** representando a la persona jurídica se plantean cuestiones diversas. Su consideración es importante puesto que la Cooperativa actúa a través de ellos. Así, ante la realización de actos que puedan implicar un **destino distinto del previsto** para los fondos destinados a las viviendas, como es una hipoteca, el Tribunal afirma que *"aquello que propiamente se prohíbe en ellos es que las aportaciones efectuadas para la construcción se empleen en otros fines cooperativos, pero sin excluirlas de la disponibilidad a través de los órganos cooperativos siempre que la voluntad de éstos aparezca formada correctamente... los actos de disposición cuestionados obedecen justamente a la necesidad de pagar a la constructora el precio de la obra ejecutada para cuya efectividad se comprometieron y realizaron las aportaciones los socios disidentes, que han recurrido"*: STS 27-1-1986 (Juris. Civ 31, fundamento de derecho octavo). Como puede observarse, este supuesto afecta, no sólo a Cooperativa y socio sino también a terceros con los que se contrata, en este caso el constructor que admite la hipoteca sobre las viviendas.

Si hay duda respecto a si la actuación de los órganos cooperativos ha sido realizada con las **suficientes facultades** para ello, debe demandarse tanto a la Cooperativa como a la persona física que actúa, en este caso el Presidente, por si acaso le es exigible alguna responsabilidad: STS 3-12-1984 (Ar. 6022), considerando segundo. En este supuesto, también se ven afectados los terceros, puesto que son ellos quienes reclaman a la Cooperativa el pago de las letras de cambio, y les afecta que se declare que existe un litisconsorcio pasivo necesario, debiendo demandar también al presidente de la Cooperativa.

En la STS 30-4-1988 (Ar. 3332), considerando cuarto, se afirma por el TS que si se reconoció al vicepresidente la facultad de adquirir, también se admite que pudiera subrogar a otro en su lugar.

Si la actuación de las personas físicas que encarnan los órganos cooperativos excede de sus poderes de representación en la relación con terceros de buena fe, adquirentes de locales comerciales, la Cooperativa responderá, al margen de que pueda exigir responsabilidad a aquellos (miembros del Consejo Rector), al menos así lo ha entendido el TS en S de 30-12-1993 (Ar. 9912), fundamentos de derecho primero a octavo.

La actuación del Presidente de la Cooperativa sin facultades para ello, por faltar el acuerdo de la Junta que debía autorizarle para actuar, podría llevar a la nulidad de lo actuado. Sin embargo, en la STS 27-9-1995 (Ar. 6453), fundamentos de derecho primero y segundo, el Tribunal mantiene la validez del préstamo hipotecario, contratado por el Presidente sin facultad expresa para ello, por razones de seguridad jurídica, puesto que el tercero no actuó de mala fe y debe verse protegido. Al TS le es indiferente el argumento de la ratificación por la mayoría de los socios de lo actuado, basta con argumentar la protección de terceros, cuya buena fe no ha sido cuestionada.

La actuación del Presidente, otorgando escrituras públicas a algunos socios y a otros no (por falta de pago), es alegada por los socios afectados que demandan a la Cooperativa por ausencia de escritura, actuación ilegal del presidente y violación de la igualdad de derechos entre los socios. El Tribunal no admite la actuación ilegal del Presidente, que responde a un acuerdo de la Asamblea que no ha sido impugnado: 4-6-1992 (Juris. Civ 558), fundamentos de derecho primero y segundo.

En algún caso, sin hacer referencia exacta a si se trata del Director de la Cooperativa o de un miembro del Consejo Rector, se plantea la nulidad de lo actuado por éste en orden a la venta de un local de negocio a su cónyuge, sin solicitar la autorización a la Asamblea General, nulidad que es admitida por el TS, con restitución de las prestaciones recíprocas entre la Cooperativa y el tercero (cónyuge). En este caso, la sentencia versa sobre la diferencia entre la venta de local a tercero y la adjudicación de vivienda a socio. No se plantea la posible responsabilidad del sujeto que, en nombre de la Cooperativa, celebró el contrato nulo: STS 24-2-1992 (Ar. 1513), fundamentos de derecho segundo y tercero.

En la actuación del Presidente de la Cooperativa, celebrando un contrato de permuta sobre el solar, a cambio de viviendas, se alega por la Cooperativa, demandada por el tercero, que el Presidente se ha extralimitado en sus funciones. El Tribunal estima que, incluso en caso de extralimitación, puesto que la Cooperativa se ha beneficiado del solar, y ha construido una primera y una segunda fase sobre éste, queda obligada por estos actos posteriores, y por la repercusión económica que ha tenido sobre ella, beneficiada, que ha construido sobre este solar: STS 31-12-1994 (Ar. 10490), fundamento de derecho tercero. Como supuesto de extralimitación de las funciones puede citarse la STS 10-3-1989 (Ar. 2032), fundamento cuarto.

mala fe del tercero, así como la de las personas físicas que actúan por ella (Presidente, Consejo Rector...), pudiendo exigirse incluso, responsabilidad penal de éstos²³⁴. Como se observará estas cuestiones internas, de organización o relación entre la Cooperativa y los socios, afectan también a la relación con terceros, sobre los que recae en último caso el incumplimiento de la obligación de pago por los socios, el cese en la condición de tales, y a los que atañe la actuación de los órganos cooperativos excediéndose en sus facultades.

Los problemas que se plantean en la **relación con terceros** suelen referirse a la actuación de la Cooperativa, representante, frente a constructores, arquitectos, empresa gestora, compañías de seguros, entidades financieras... o incluso a la venta de locales comerciales, y en este campo debe analizarse la eficacia de la representación. En la relación representativa entre la Cooperativa y el socio pueden distinguirse, en función del conocimiento del socio por el tercero, dos fases, anterior y posterior a éste. La fase inicial comprende desde la constitución de la Cooperativa y posterior inscripción de los socios hasta el conocimiento de éstos; desde el momento en que se conocen los representados, los efectos jurídicos varían.

En el primer periodo, la representación se caracteriza por la producción de efectos jurídicos entre el representante y el tercero. La Cooperativa agrupa los intereses de los socios y actúa por cuenta de ellos frente a terceros (el dueño del solar adquirido, el constructor de la obra, el Banco o entidad que financia la construcción, los arquitectos del proyecto), y en esta etapa, o incluso antes si existen tratos preliminares previos a la constitución, se inician la mayor parte de relaciones con terceros, básicas para la construcción de las viviendas. Así tiene lugar la contratación relativa al solar y su

²³⁴ Ver nota a pie 147.

adquisición, la financiación de la construcción, la redacción de anteproyectos y proyectos sobre el edificio, así como el encargo de la gestión a una empresa dedicada a ello. El negocio representativo básico o principal es el que surge con el constructor, el contrato de obra²³⁵, sin olvidar la adquisición de la propiedad del solar, por el que nace, en

²³⁵ También en Italia, en las Cooperativas de construcción de viviendas en régimen de propiedad individual, es común la **construcción por un tercero** (mediante "appalto" o contrato de obra), lo que no excluye que pueda encargarse la cooperativa de la construcción de las viviendas. En el primer caso la Cooperativa actuaría de forma similar a un representante, mandatario o gestor de los socios. Este es el supuesto nuclear o central de la presente tesis. Hemos planteado, en otros apartados, que nos centraríamos en los casos en que la construcción se encarga a un tercero constructor. Esta situación es admitida por la doctrina y justicia italiana, aunque no por sus normas. Con relación al contrato de obra "appalto" celebrado entre el constructor y la Cooperativa (se supone posterior a la inscripción de los socios), la justicia italiana entiende que la obligación de pago es exclusiva de la Cooperativa (el pago indebido recae sobre su patrimonio social), que no puede ser sustituida por el asignatario, porque no existe relación entre el contrato (compraventa) celebrado entre la Cooperativa y el constructor y el préstamo entre el asignatario y los prestamistas. Posteriormente, mediante un perito, se procederá al reparto del costo de la construcción entre los asignatarios, sobre la base de criterios técnicos discrecionales. RINAUDO, A: "*Le società cooperative*". AG, Giuffrè editore, Milano 1982, pág. 863 y ss.

Aunque en algún aspecto el supuesto italiano no sea similar al nuestro, hay cuestiones paralelas, que no se le escapan al lector, el contrato de obra, la obligación de la Cooperativa respecto del constructor, el reparto del costo... Además, también en Italia son la doctrina y la jurisprudencia quienes analizan esta situación por su importancia práctica, aunque el legislador no la tenga en cuenta todavía.

En Francia se observa la diversificación de actividades, aunque la asignación de tareas se realice de forma diferente del supuesto cooperativo español. Así, se hace referencia a la representación, gestión, construcción, financiación, que en los casos en que sean asumidos por un tercero o incluso por el representante legal de la Cooperativa, dan lugar a un supuesto de promoción inmobiliaria. HUET, J: "Traité de Droit civil". Les principaux contrats spéciaux. I.G.J.J, Paris 1996, pág. 1322: "Se distinguen muchas funciones dentro de la operación económica de construcción. Antes de todo, la realización misma del inmueble, es decir la construcción en sentido estricto del término, que va de la ejecución de los trabajos a su coordinación... En fin, existen tareas de gestión de la operación de construcción que comprenden la conclusión de contratos con los diversos cuerpos de trabajo y el cumplimiento de formalidades diversas, especialmente administrativa, y pueden ir hasta la concepción de un plan de conjunto tratándose de la realización de un programa de promoción inmobiliaria: para ello, frecuentemente, un mandato es dado por el cliente al profesional constructor. La voluntad de asegurar mejor esas diferentes funciones y, a veces, de concentrarlas en una sola mano como en la promoción inmobiliaria ha contribuido a provocar transformaciones jurídicas, en la concepción de los contratos. Hay otros factores que han determinado esta evolución del derecho. Uno de ellos reside, sin duda, en la complejidad creciente de las formalidades de todo orden, que mueven a las personas deseosas de construir a dirigirse a profesionales especializados: el dueño de la obra en sentido tradicional del término, el que tiene relaciones directas con los arquitectos o empresarios que dirige, no existe ya. Pero la mayor importancia la tiene la necesidad de financiación de la construcción: se ha subrayado, "aun respaldados por los bancos, los promotores no tienen en general los medios financieros necesarios suficientes para soportar solos la operación de construcción", de donde "la idea de hacer participar a la financiación... a los que acceden a la propiedad de los locales a construir". Y las fórmulas contractuales nuevas tienden a permitirlo. Se podría, cierto, satisfacer estas diversas necesidades utilizando los modelos clásicos del Código Civil, especialmente la venta de cosa futura o el arrendamiento de obra tradicional, eventualmente con un mandato añadido, y demandando al cliente que proceda a realizar avances de fondos. Pero en esta situación, se podría temer que el adquirente potencial esté expuesto a riesgos importantes, en particular aquellos de no ver sus pagos culminar, finalmente, sobre una construcción acabada y conforme a las promesas hechas. Además, se sentía la necesidad de una protección del que accede a la propiedad, y es aquella que constituye la esencia del derecho especial de la construcción." Así se afirma en el art. L. 111-14 del Code de la construction: "Se considera constructor de la obra: 1º todo arquitecto, empresario, técnico u otra persona unida al dueño de la obra por un contrato de arrendamiento de obra; 2º toda persona que vende después de acabada una obra que ha construido o ha hecho construir (estaría incluida toda sociedad cooperativa de construcción que construye por sí misma sin acudir a un tercero, utilizando el contrato de venta, art. 213-8, o que encarga construcción a un tercero); 3º toda persona que, aunque en calidad de mandatario del dueño de la obra, cumple una misión asimilable a un arrendatario de obra. (promotor - sea un tercero ajeno o el representante legal o estatutario de la

ocasiones, la comunidad sobre la “masa de gestión económica” –sino no existe ya por las aportaciones en común de los socios-. Refiriéndonos al primero, aunque lo afirmado puede extrapolarse a cualquier relación con tercero, la Cooperativa contrata con el constructor como dueña de la obra -término reiterado por la jurisprudencia²³⁶, que la distingue del promotor y del contratista de obra-. El tercero desconoce la existencia de los socios y su identidad, e incluso el conocimiento de su existencia en algunos casos no afectaría a las relaciones jurídicas entre los sujetos, y ello porque quien actúa con él es la Cooperativa, que ostenta personalidad jurídica que le permite actuar independientemente y en nombre propio. La manifestación y causa del contrato de obra es la recepción de la obra parcial y sucesivamente por la Cooperativa, junto con el pago del precio de la Cooperativa al constructor, total o mediante cantidades a cuenta. Aparentemente la Cooperativa adquiere los derechos sobre la obra y transmite la contraprestación pactada, apariencia “formal” puesto que los derechos recaen realmente sobre los socios. A diferencia de lo expresado respecto de los derechos, las obligaciones de lo contratado afectan a la Cooperativa, que goza de la posibilidad de accionar y excepcionar frente al constructor por el incumplimiento de dicho contrato. El constructor adquiere, recíprocamente, derechos y obligaciones respecto de la Cooperativa, con base en el

Cooperativa de atribución, sea una entidad prestataria de servicios como las SA de producción de IILM). No considera responsables respecto al dueño de obra a los subcontratados no unidos al primero por arrendamiento de obra.

²³⁶ Como así vimos en el apartado 2.3.4. del capítulo segundo, dentro de la interposición gestora, con relación a la opinión del TS acerca de la teoría de la representación indirecta y su aplicación a los supuestos cooperativos, especialmente con relación a las reclamaciones por incumplimiento de los contratos celebrados con terceros. Por su tratamiento más completo nos remitimos a dicho apartado, y a lo que diremos en el capítulo quinto respecto de las relaciones con terceros.

La Cooperativa es considerada dueña de la obra, reclamando el cumplimiento al constructor, entre otras, en las siguientes sentencias: STS de 14-4-1983 (Ar. 2112), STS 20-2-1989 (Ar. 1212), STS 17-2-1990 (Ar. 693), STS de 29-1-1991 (Ar. 345), STS 1-10-1991 (Ar. 7254), STS 8-6-1992 (Ar. 5168), STS de 22-9-1994 (Ar. 6982), STS 25-10-1994 (Ar. 7682), STS 30-7-1996 (Ar. 6413)...

También hay supuestos en los que quien reclama el cumplimiento del contrato es el constructor a la Cooperativa, dueña de la obra, como los de: STS 9-6-1989 (Ar. 4414), STS 18-6-1991 (Ar. 4522), STS 5-6-1990 (Ar. 4732), STS 29-11-1991 (Ar. 8575), STS 25-11-1991 (Juris. Civ 851), STS 4-6-1992 (Juris. Civ 558), STS 25-2-1994 (Ar. 1521), STS 10-10-1994 (Ar. 7471)...

citado contrato de obra. La obligación de pago es exigible por el constructor a la Cooperativa, que recibe la obra en representación de los socios. El socio representado no interviene en dicha relación y se beneficia de la representación indirecta de la Cooperativa; de tal forma, adquiere sustancialmente los derechos sobre la obra en conjunto, y las obligaciones cooperativas de contribuir económicamente, pero no queda directamente obligado, ni puede accionar frente al constructor. Ni la obra en conjunto, ni las viviendas, son de la Cooperativa –representante-, ni el precio que paga por ellas –pagos parciales, a cuenta, o totales-, que es aportado por los socios. Dicha obligación de aportación es exigible por la Cooperativa, como obligación del socio adquirida en el momento de ingreso en la persona jurídica, y recogida tanto en los Estatutos como en las Leyes.

En este período, en orden a los negocios representativos básicos celebrados, contratos de obra, adquisición del solar, financiación..., los efectos jurídicos de la representación se producen entre el representante, la Cooperativa, y los terceros. Es ajena al tercero la relación interna entre la Cooperativa y el socio, que vienen obligados entre sí por la relación jurídica originaria o subyacente de constitución de la Cooperativa, y por la representación. La situación de la Cooperativa respecto de la adquisición de los derechos, especialmente la propiedad de la obra, podría considerarse una posesión inmediata frente al poseedor mediato o socio, o una titularidad formal distinta de la material, del socio, pero es preferible afirmar simplemente que es propietaria de la obra y de la contraprestación de ésta de forma “aparente”, por su condición de representante. Este período finaliza con la recepción de la obra por la Cooperativa y posterior adjudicación y entrega de las viviendas. La Cooperativa como dueña de la obra la recibe y paga lo que reste al constructor, en cumplimiento del contrato celebrado entre ellos -

generalmente el pago tiene lugar durante la construcción, sucesivamente, en función de distintos criterios, entregas de obra, hitos determinados...-, y se dispone a culminar los trámites que resten para que los socios adquieran la propiedad de las viviendas, quizá ya adjudicadas nominal y previamente.

El segundo período coincide con la identificación del representado, circunstancia que tiene lugar cuando se adjudican y entregan a las viviendas a los socios, aunque los efectos erga omnes de su propiedad se produzcan con la inscripción de la escritura pública de adquisición de aquéllas en el Registro de la Propiedad. El conocimiento de la existencia de los socios representados modifica los efectos de la representación frente a los terceros. En ese momento, aunque la Cooperativa continúa vinculada con el tercero respecto de las obligaciones del contrato de obra cumplidas o no por ambos, y de posibles acciones, los efectos fundamentales se producen en la relación entre el tercero y el socio. La Cooperativa, hasta entonces aparentemente dueña de la obra, deja paso al socio, propietario de la vivienda, frente al constructor y otros terceros, y se limita a reconocer e instrumentar esta propiedad, entregando las viviendas y otorgando escritura pública de su adquisición. Lo anterior implica que los derechos y obligaciones del negocio representativo de obra celebrado con el tercero producen efectos sobre el representado, el socio. El socio adquiere en ese momento el derecho a accionar o reclamar al constructor, por las circunstancias derivadas del contrato de obra celebrado, o por vicios en la vivienda, y derecho a excepcionar todo aquello relativo a esta relación, nunca las excepciones personales que él tuviese en su relación con la Cooperativa, lo que no excluye, como ocurre en muchos casos, que aún entregadas las viviendas, sea la Cooperativa quien reclame el incumplimiento del contrato de obra²³⁷. El tercero²³⁸ puede

²³⁷ Como dijimos en el capítulo segundo, la Cooperativa puede reclamar el incumplimiento del contrato de obra por defectos en la construcción. Así en la STS de 14-4-1983 (Ar. 2112) actúa como dueña de la obra frente

a arquitectos, constructora y compañía de seguros, sobre la base del cumplimiento de las obligaciones (art. 1091 y 1258 CC). El TS, considerandos quinto a octavo, sólo estima exigible la responsabilidad a la empresa constructora, por defectos previsible y evitables.

En otros supuestos similares, la reclamación de la Cooperativa, dueña de la obra, se basa en el art. 1258 en relación con el 1591 del CC. La Cooperativa demanda a arquitectos, constructora y compañía de seguros por ruina del edificio. El TS admite la legitimación de la promotora – dueña-, y clarifica la condición de la Cooperativa, que no es promotor – constructor sino dueño de la obra, al margen de la responsabilidad en la construcción de la misma. Se condena a la constructora por los defectos que *“que configuran un incumplimiento contractual que hacen inútil lo construido para el cumplimiento de su destino conforme a su naturaleza, defectos que, en el presente caso, tienen su origen en una incorrecta realización de las obras materiales de ejecución de la obra proyectada por inobservancia de las reglas del arte de la construcción, imputables, única y exclusivamente, al constructor a tenor del art. 1591 del Código Civil.”*: STS 20-2-1989 (Ar. 1212), fundamentos de derecho segundo y tercero. En la STS de 29-1-1991 (Ar. 345) fundamento de derecho segundo, se admite la reclamación de la Cooperativa basada en defectos que provocan la ruina de las viviendas, en relación con el contrato de obra por el que fueron construidas. En el fundamento tercero el Tribunal hace referencia a las tres posibles vías de exigencia de reparación de defectos no ruinosos: como vicios ocultos, como cumplimiento defectuoso de una obligación (STS de 14-4-1984), como recepción anulable de la obra por error en la sustancia; mientras que en el caso de ruina la vía es la del art. 1591 del CC. Otro caso de ruina unida al exceso en la obra ejecutada, es el de la STS 1-10-1991 (Ar. 7254), que en el fundamento de derecho segundo impone al constructor, entre otros, la responsabilidad del art. 1591 del CC por vicios ruinosos en lo realmente construido, sin tener en cuenta lo realmente contratado.

Generalmente se insta tanto la responsabilidad por ruina del art. 1591 CC, como la responsabilidad por incumplimiento contractual de los art. 1101 y ss del CC, responsabilidad exigida al constructor por la Cooperativa y por los **copropietarios**. En este caso, el Tribunal manifiesta que probada la existencia de los defectos y la imputabilidad de los mismos a constructores y arquitectos, es indiferente demostrar que existe o no ruina, porque siempre hay incumplimiento contractual: STS 8-6-1992 (Ar. 5168) fundamento de derecho segundo. En la STS de 22-9-1994 (Ar. 6982), fundamentos de derecho segundo, tercero, séptimo y noveno, por demanda de la Cooperativa y de la comunidad de propietarios frente a constructor, arquitectos y aparejadores, éstos son condenados solidariamente por vicios y defectos en las viviendas. Recurren arquitectos y aparejadores ante el TS, que estima la condena solidaria de todos los demandados, por incumplimiento del contrato de obra (art. 1544, 1101, 1091, 1258 y 1278), independientemente de que exista o no ruina, y de la participación de cada uno de ellos, difícil de definir.

También puede producirse una reclamación de la Cooperativa al constructor con reconvenición de éste. Nos referimos al caso en que la Cooperativa reclama las cantidades indebidamente cobradas por el constructor sobre la base de una revisión de precios, mientras que el constructor solicita la devolución de la fianza prestada a la Cooperativa hasta la recepción de la obra. El TS admite ambas deudas, y procede a la compensación de éstas: STS 17-2-1990 (Ar. 693), fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto.

Los **propietarios de viviendas defectuosas** pueden reclamar por vicios, a la Cooperativa, al constructor, y arquitectos, así como al promotor-vendedor, sobre la base del art. 1258 y 1591 del CC. En el supuesto de la STS 25-10-1994 (Ar. 7682), fundamentos de derecho primero y segundo, resultan condenados todos en primera instancia, y exonerados en parte los arquitectos en la apelación. Interpuesto recurso de casación por el promotor-vendedor, es desestimado por el Tribunal, que admite la responsabilidad solidaria de los demandados por incumplimiento contractual. No se hace referencia a la responsabilidad de la Cooperativa.

²³⁸ También hay supuestos, a algunos de ellos nos referimos también en el capítulo anterior, en los que **quien reclama el cumplimiento del contrato es el constructor** a la Cooperativa por falta de pago del costo de la obra realmente ejecutada. El TS está conforme con esta obligación que evita un enriquecimiento injusto de la Cooperativa, al margen de lo dispuesto en el art. 1593 del CC, que debe ser convenientemente interpretado: STS 9-6-1989 (Ar. 4414), fundamento de derecho quinto. En un caso similar, reclamado el incumplimiento de la Cooperativa por el constructor y planteada reconvenición por la primera sobre incumplimiento del constructor, el Tribunal concluye que es la primera la que incumplió el contrato de obra, al pretender un incremento de precio indebido y en consecuencia resolver y contratar con otro: STS 25-2-1994 (Ar. 1521), fundamentos segundo y tercero. También en el supuesto de la STS 10-10-1994 (Ar. 7471), fundamentos de derecho cuarto, quinto, sexto y séptimo, ante la reclamación del constructor del incumplimiento de la Cooperativa, y sendos recursos de ambos sujetos, el Tribunal mantiene únicamente la condena de cumplimiento a la Cooperativa para evitar el enriquecimiento de ésta, que ha recibido la obra, lo que equivale a autorización tácita y aceptación del precio, incluidas las mejoras (art. 1593 CC).

En ocasiones el constructor reclama el pago de la obra aceptada y entregada por la Cooperativa, y ésta alega vicios ruinosos, y el consiguiente incumplimiento contractual. En este caso, puesto que la Cooperativa firmó el

reclamar a la Cooperativa y también al socio por incumplimiento del contrato -falta de pago-, en este último caso con base en la adquisición de la vivienda concreta cuyo coste no ha sido pagado²³⁹. Generalmente, siempre que puede, el constructor demanda primero

convenio de aceptación y liquidación de la obra, no puede posteriormente sostener dichos defectos, que ni son ruinosos, ni ocultos, y pueden simplemente responder a partes de la obra contratada inicialmente no ejecutadas: STS 29-11-1991 (Ar. 8575), fundamentos de derecho tercero, cuarto y quinto. Aunque sea el constructor quien reclame el pago de la obra, no siempre lo reclamado responde a la realidad, como en el supuesto de la STS 25-11-1991 (Juris. Civ 851), fundamento de derecho segundo, en la que el verdadero incumplimiento probado y condenado en las tres instancias es el del constructor, planteado mediante reconvencción de la Cooperativa. Ante embargo de algunas viviendas por el constructor, al que no se le satisface el crédito que ostenta frente a la Cooperativa instrumentado en letras de cambio, los socios solicitan el levantamiento del embargo y la devolución de las letras. El Tribunal no lo admite, porque el crédito no se ha pagado: 4-6-1992 (Juris. Civ 558), fundamentos de derecho primero y segundo. También se ven afectada la Cooperativa por terceros, aparentemente ajenos, en otros supuestos como los que se refieren a los suministradores.

También ocurre que el constructor reclama el pago del costo de la obra ejecutada (incrementada por revisiones e impuestos modificados a lo largo de ésta), primero a la Cooperativa. Ante la pasividad de ésta, demanda el cumplimiento del contrato a la Cooperativa y a los socios, va adjudicatarios y propietarios de las viviendas. El Tribunal en este caso, estima deudores mancomunados a los propietarios de las viviendas de la promoción afectada por el incremento de coste, puesto que no han cumplido con su obligación de costear los gastos constructivos. Afirma también que deben distinguirse la responsabilidad limitada de los socios por deudas sociales (limitada a la aportación de cada uno), de las deudas de construcción de la vivienda que obtienen: STS 18-6-1991 (Ar. 4522), fundamentos de derecho segundo y tercero.

El constructor que ejecuta reclama el pago de la obra a la coordinadora general de la misma, empresa admitida como mandatario y mediador de la Cooperativa, encargada de prestar el servicio de coordinación y pago de las obras. El coordinador excepciona la falta de litis consorcio pasivo necesario, por no haber sido demandada la Cooperativa de viviendas. El Tribunal estima que el mandato confiere al mandatario encargado del pago frente al constructor la condición de sujeto pasivo frente a éste, al margen de las consecuencias jurídicas derivadas de las relaciones entre el mandatario y la Cooperativa: STS 5-6-1990 (Ar. 4732), fundamentos de derecho segundo y tercero. Pienso que en este supuesto, el Tribunal Supremo admitiría la reclamación de pago a la Cooperativa si el mandatario no cumple en ningún caso, o no puede cumplir, o si el constructor decide demandar al mandante directamente, por ser éste el obligado en último caso.

²³⁹ En otros ordenamientos también se prevé el pago de la vivienda según el coste de la misma. En Italia, ROEHRSSEN, G. "Edilizia popolare de economica". Enciclopedia del Diritto vol. XIV. AG. Giuffrè editore, 1965, pag. 347, afirma en relación a la retribución de los socios para obtener la vivienda (il corrispettivo), la necesidad de distinguir los supuestos de transmisión de propiedad de los de cesión de uso, lo que no impide la manifestación de "un criterio general que inspira todas las disposiciones, que es aquel de **cubrir, con las retribuciones debidas de los asignatarios, el costo de construcción de la vivienda y los gastos generales que debe sostener el sujeto que lo gestiona**". El pago del precio puede producirse de una sola vez o a plazos. La regla es que la propiedad se transfiere al asignatario sólo al término del pago del precio, y para ello se prevén garantías en los pocos casos en los que la propiedad se transmite inmediatamente. Respecto a la naturaleza de la retribución, ésta se encuentra en íntima relación con la naturaleza del acto de asignación.

En Francia, algún autor considera que, pese a toda la discusión respecto del carácter asociativo o societario, las Cooperativas no son verdaderas sociedades porque "se proponen, no un beneficio, sino simplemente procurar ciertos productos a sus miembros a un mejor precio." La venta a mejor precio conlleva un posterior reparto, "que no se trata de verdaderos beneficios, sino de restitución de sumas obtenidas de más". Así opinan COLIN, A y CAPITANT, H: "Cours élémentaire de Droit Civil Français". Tomo II. Dalloz, Paris 1953, pág. 768-9. Mantienen esta visión, aunque partan de la consideración de beneficio, no sólo como ganancia económica sino como realización de un beneficio, cualquiera que sea su naturaleza, suma de dinero o ventaja de otra especie.

En los dos tipos cooperativos de construcción el socio paga el coste real de la vivienda. En las Cooperativas de atribución, porque paga según el valor de su lote en la división que se realiza al finalizar la construcción de las viviendas. En las Cooperativas de venta, porque el precio de venta es provisional, lo que es lógico puesto que la cooperativa vende a precio de coste. No conoce el coste definitivo hasta después del acabado de las viviendas: MALINVAUD, P y JESTAZ, P: "Droit de la promotion immobilière". Dalloz, Paris 1995, pág. 374.

a la Cooperativa –con la que contrató- antes que a los socios, lo cual es lógico por la personalidad jurídica de ésta, y su eficacia representativa frente a terceros²⁴⁰. Durante este período, la modificación de los efectos jurídicos respecto del primero se produce al tratarse de cosas propias del representado, cuyo conocimiento por el tercero afecta a la eficacia del negocio. No se excluye la posibilidad de acciones entre el constructor y la Cooperativa, basadas en el contrato de obra. También se plantea en alguna ocasión la posibilidad de que la comunidad de propietarios resultante del edificio construido en régimen de Cooperativa demande al constructor por defectos ruinosos (art. 1591 CC)²⁴¹,

En Portugal la preocupación por el coste de la vivienda llega a la legislación específica de viviendas, el DL 218/82 de 2-6. Se regula y concreta el coste de las viviendas, en el artículo 12, que debe contener la suma de determinados valores o costes: terreno e infraestructuras, estudios y proyectos, construcción y equipamientos complementarios, trámites administrativos y financieros para la ejecución de la obra, importe de las licencias y tasas hasta la entrega de la vivienda en condiciones de ser habitada, reserva para construcción. Lógicamente no hace referencia el legislador al coste de la dirección o administración de la Cooperativa, aunque no está de más advertirlo. Hay que resaltar la preocupación del legislador portugués por el coste o precio de la vivienda, en el que se incluyen exclusivamente los gastos necesarios para su construcción y habitabilidad. Ya hemos planteado la preocupación del legislador por el precio de las viviendas, que no puede ser excesivo, distinguiendo, en el artículo 22, las de financiación pública de las que no lo sean: "*Artículo 22. Precio. 1. El precio de las viviendas construidas o adquiridas mediante financiación pública no podrá exceder del coste respectivo, determinado conforme a los términos del artículo 12 de la presente norma, incrementado en las cargas derivadas de la financiación. 2. El precio de las viviendas construidas o adquiridas sin financiación pública no podrá exceder del coste medio de las viviendas del mismo tipo, categoría y situación construidas o adquiridas en la misma fecha.*" MONTOLIÓ, JM: "*Legislación cooperativa en la Comunidad europea*". INFES, Madrid 1993, pág. 1068.

Esta distinción que plantean la mayoría de países de nuestro entorno no es acogida por nuestro legislador. Podría ser un buen sistema aplicable a nuestro ordenamiento.

²⁴⁰ También demandan a la Cooperativa otros terceros, afectados indirectamente, como sería el suministrador de material de la empresa constructora de viviendas, y en este caso la responsabilidad es de la Cooperativa y puede llegar a repercutir en los socios.

En algún caso, inicialmente el suministrador de material demanda a la Cooperativa, y logra el embargo de algunas viviendas ya entregadas a los socios. Posteriormente, en sucesivas instancias, los socios despojados de su propiedad, logran levantar el embargo. Demandada la Cooperativa por el constructor, el Tribunal llega a la conclusión de que deberían haber sido demandados los socios, para verse perjudicados por la exigencia del suministrador, por lo que desestima el recurso interpuesto por él: STS 15-7-1992 (Juris. Civ 752) fundamento de derecho cuarto. Otro supuesto en que también están implicados los suministradores es el de la STS 19-5-1993 (Ar. 3803), referido al incumplimiento de la Cooperativa, disuelta ya, y la consiguiente responsabilidad solidaria de los socios adjudicatarios por enriquecimiento sin causa. Así, en el fundamento de derecho tercero "*Admitiendo que la Cooperativa una vez construidos los pisos los adjudicara, es evidente que antes debió afrontar todos los pagos, que al no hacerlo así eludió sus obligaciones y que los cooperativistas tuvieron que hacer nuevas aportaciones. Y que, por todo ello, cuando reciben los pisos sin haber pagado todo su costo se produce un enriquecimiento sin causa o una falta de empobrecimiento no justificado, es también evidente... tal entrega de los pisos no legitima el impago de los materiales con el que se han enriquecido los cooperativistas.*"

²⁴¹ Inicialmente puede pensarse que no está legitimada para ello, porque no fue quien contrató con el constructor, salvo que se le atribuya la condición de entidad que reúne o representa los intereses de los propietarios de las viviendas. En el supuesto de la STS 6-3-1990 (Ar. 1672), ante la demanda de la comunidad frente al constructor por ruina, el Tribunal estima que no es preciso demandar a la Cooperativa promotora (litis consorcio pasivo

ya que puede hacerlo al estar formada por los propietarios de las viviendas, representados, que conjunta o individualmente pueden reclamar frente al constructor.

Frente a otros terceros la eficacia de la representación cooperativa es la misma. Así ocurre en los casos de entidades financieras²⁴², propietarios del solar²⁴³, terceros que

necesario alegado por el constructor) porque no es un promotor-constructor, y afirma que el constructor responde por ruina sobre la base del art. 1591 (no hay prescripción de la acción por aplicación del art. 1964 – 15 años –, art. Que se aplica tanto al supuesto de ruina como de incumplimiento contractual).

En otro supuesto iniciado por la comunidad de propietarios, el Tribunal condena solidariamente a la constructora, la promotora inmobiliaria y los arquitectos responsables por defectos en las viviendas incluíbles en el art. 1591 CC. En este caso, la especialidad estriba en que la constructora es la propia Cooperativa, que en este caso sí resulta condenada: STS 8-10-1990 (Ar. 7585), fundamentos de derecho primero a cuarto.

En un caso en que se cuestiona la legitimación activa de los copropietarios, comuneros, como adquirentes, puesto que no todos actúan, el Tribunal recuerda que los actos provechosos realizados por un miembro de la comunidad benefician a todos al margen de quien los inste: STS 8-6-1992 (Ar. 5168), fundamento de derecho segundo.

En la STS de 5-2-1993 (Ar. 829), fundamentos de derecho primero y segundo, la comunidad de propietarios, y los copropietarios, ejercitan reclamación por ruina sobre la base del artículo 1591 del CC, frente a constructora, arquitectos, aparejadores, e incluso frente a la Cooperativa. Se aprecia la falta de legitimación pasiva de la Cooperativa, y son condenados arquitectos y aparejadores solidariamente y la constructora individualmente. Un supuesto similar es el de la STS de 28-4-1993 (Ar. 2953), fundamentos de derecho primero del recurso del arquitecto y segundo del recurso de los aparejadores. En este caso, la comunidad ejercita la reclamación por la vía del art. 1591 del CC frente a constructora, arquitectos y aparejadores y Cooperativa. La Cooperativa es absuelta. El resto son condenados solidariamente, recurriendo arquitecto y aparejadores. El TS desestima sus recursos por tratarse de vicios de construcción tan graves que no pueden pasar por alto para la dirección y ejecución de la obra.

En la STS de 22-9-1994 (Ar. 6982), fundamento de derecho primero, ante reclamación de la Cooperativa frente a constructor, arquitectos y aparejadores por vicios en la construcción, la comunidad de propietarios se adhiere al recurso del demandado en segunda instancia, contra los sujetos citados y la Cooperativa (que es absuelta en apelación).

También demanda la comunidad a la Cooperativa y constructores... al margen de que no se admita lo alegado, por ruina y defectos: en las STS 18-11-1988 (Ar. 8610), 6-9-1993 (Ar. 6637), 29-5-1997 (Ar. 4117), 22-11-1997 (Ar. 8097), o por reparto no equitativo de gastos entre los propietarios: STS 26-9-1995 (Ar. 170).

²⁴²Entre otros temas se plantean los siguientes:

Las entidades financieras con derecho de crédito frente a la Cooperativa, una vez entregadas las viviendas y locales, pueden **demandar tanto a la Cooperativa como a los propietarios** de éstas. En el supuesto que se planteó ante el TS, STS 17-4-1990 (Ar. 2720) fundamentos de derecho segundo y tercero, la Cooperativa adjudicó indebidamente a los socios la propiedad de locales comerciales en los edificios, sin antes saldar las deudas sociales pendientes. Planteado juicio ejecutivo por la entidad de crédito, logra el embargo sobre los locales comerciales. Ante la tercería de dominio que ejercitan los socios propietarios de los locales, el Tribunal mantiene que *“se han ejecutado los bienes de la Cooperativa, no los de sus socios; que ésta ni liquidó y adjudicó el haber social, ni podía hacerlo, sin antes saldar las deudas sociales pendientes; y que no se puede confundir el momento de la adjudicación de las viviendas constituidas en régimen cooperativo, con el de la liquidación y distribución del haber social, en caso de disolución de la sociedad.”*

Concedido crédito hipotecario a la Cooperativa, algunos socios solicitan el retraso del cobro de las mensualidades de la hipoteca, por no haber sido otorgada escritura de adjudicación de las viviendas por la Cooperativas (no realizada por falta de pago). El Tribunal no admite este retraso, entre otras cuestiones ya citadas relativas al constructor, adjudicación...: 4-6-1992 (Juris. Civ 558), fundamentos de derecho primero y segundo.

La hipoteca sobre las viviendas contratada por el Presidente de la Cooperativa, carente de facultades para ello (acuerdo de la Asamblea), debe ser considerada válida, puesto que la entidad financiera actuó de buena fe, y no debe verse perjudicada: STS 27-9-1995 (Ar. 6453).

adquieren locales comerciales²⁴⁴, arquitectos²⁴⁵ ...; a ellos aludiremos brevemente en el quinto y último capítulo de la tesis, en el que nos referiremos a la relación de la Cooperativa con terceros.

Ante embargo de la cuenta abierta por la Cooperativa en una entidad bancaria, el TS admite que un tercero acreedor de la Cooperativa haga suya las cantidades de la misma mediante embargo, puesto que presentó certificación de obra: STS 10-2-1993 (Ar. 1453). También se admiten hipotecas realizadas por la Cooperativa sobre locales ante entidades de crédito de buena fe, al margen de que dichos locales hubieran sido objeto de un contrato de aportación de solar a cambio de los mismos, puesto que pertenecen a la Cooperativa hasta que esta los transmite: STS 17-5-1995 (Ar. 3293). La relación entre Cooperativa de viviendas y entidad de crédito es objeto de litigio por hipoteca sobre el solar en la STS 25-10-1994 (Ar. 8291).

²⁴³ La propiedad del solar sobre el que se construye el edificio puede ser adquirida por la Cooperativa a entidades públicas o sujetos privados. Los contratos por los que la adquisición se produce suelen ser de compraventa o permuta a cambio de viviendas, locales o dinero.

En un supuesto de permuta del solar a cambio de pisos, planteado ante el TS en S. 23-4-1991 (Ar. 3023), demandada por incumplimiento la Cooperativa que ratificó los actos de los gestores provisionales antes de la inscripción en el Registro y los socios adquirentes de la propiedad de los bienes que debían ser permutados, el Tribunal estima que debe cumplirse lo pactado, fundamentos de derecho segundo y tercero, sin que pueda alegarse la alteración sobrevenida de las circunstancias, y ello por que el contrato es de tracto único, no sucesivo, aunque la entrega de los locales no puede hacerse hasta su terminación. En otro supuesto de cesión de solar a cambio de pisos, se plantea el incumplimiento de la Cooperativa, que es condenada a cumplir en especie y en dinero (cuatro pisos y uno más en dinero). El cumplimiento en especie se realiza respecto de la segunda fase de la Cooperativa, también beneficiada por la compraventa y permuta del solar, puesto que no pueden cederse pisos de la primera, ya entregada a los socios: STS 31-12-1994 (Ar. 10490), fundamentos primero y segundo.

Además, como ya planteamos en el capítulo segundo, en el apartado relativo al estudio de la jurisprudencia del TS respecto de la representación indirecta de la Cooperativa, pueden resumirse como principales problemas respecto de los propietarios y vendedores de solar, el incumplimiento de la Cooperativa en casos de permuta, absoluto o parcial –no paga, no transmite los pisos o locales...– y la resolución del contrato por imposibilidad de construcción.

²⁴⁴ Entre otros, los supuestos que llegan ante el TS se ocupan de los siguientes temas –los planteamos como expresión de la relación de la Cooperativa con terceros, por cuenta de los socios, pero no podemos entrar con detenimiento en el análisis de dicha relación, puesto que no es el objeto de la tesis:

Interpretación de la extensión de lo adquirido por el tercero a la Cooperativa, local y sótanos bajo éste, o de mayor extensión por variaciones en la cimentación del edificio en la STS 14-6-1991 (Ar. 4457), fundamentos de derecho segundo y tercero; venta de local a tercero por la Cooperativa para instalación de farmacia única en el polígono de viviendas (comprometiéndose la Cooperativa a esta exclusividad), y venta posterior de otro local a otro tercero para el mismo negocio en la STS 27-1-1992 (Ar. 269), fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto; venta de locales comerciales propiedad de la Cooperativa a terceros que se admite como válida puesto que había acuerdo de los socios: STS 14-11-1991 (Ar. 8241). En ocasiones se demanda el cumplimiento del contrato de compraventa de local por el tercero, que no es admitido por el Tribunal, puesto que no se pagó el precio totalmente: STS 1-7-1992 (Ar. 6498). También la Cooperativa es condenada a indemnizar por no entregar los locales: STS 14-5-1997 (Ar. 3845).

Sobre la diferencia entre venta de local a tercero y adjudicación de vivienda: STS 24-2-1992 (Ar. 1513), fundamentos de derecho segundo y tercero.

También se plantean problemas relacionados con la compraventa de locales comerciales por terceros de buena fe, compraventa realizada por órganos cooperativos excediéndose de sus facultades. El Tribunal Supremo mantiene la responsabilidad de la Cooperativa, sin perjuicio de que se dirija contra los miembros del Consejo que actuaron: STS 30-12-1993 (Ar. 9912), fundamentos de derecho primero a octavo.

El Tribunal Supremo admite la venta de locales comerciales de la Cooperativa a sus propios socios, actuación que generalmente se realiza con terceros, siempre que se trate de un supuesto admitido por la propia Cooperativa (en Asamblea General), en que no exista contradicción de intereses ni perjuicios a la Cooperativa, y que no se conculque la legislación cooperativa a aplicar. Por tanto, para la validez de este tipo de contrato, el socio debe ser considerado como un tercero. La Cooperativa argumenta la invalidez e ineficacia del supuesto, por ser un

Sentadas las bases anteriores se logra resolver parcialmente el tema central de la tesis, la doble relación asociativa -utilizando cauces cooperativos- y representativa entre la Cooperativa y los socios, que adquieren la propiedad de las viviendas construidas por un tercero, el constructor, sobre un solar de su propiedad. En materia de adquisición de la propiedad de las viviendas la Cooperativa es un mero representante del socio, que se limita a reconocer su propiedad mediante la llamada adjudicación, reconocimiento que la Cooperativa realiza respecto del socio como propietario de las viviendas -privado y mediante escritura pública a su favor-. Pese a la adjudicación de las viviendas la Cooperativa puede continuar actuando después de la adjudicación - circunstancia que ha sido admitida por el legislador en el art. 89.1º de la LC, conservación y administración de las viviendas o locales²⁴⁶-, o entrar en la fase de liquidación, pues ha cumplido su objeto

autocontrato en el que se produce una colisión de intereses, y el Tribunal afirma que *“la figura de la autocontratación que se argumenta lo es en razón de que la Cooperativa, como persona jurídica, transmitió por vía onerosa bienes que integraban su patrimonio al recurrido, quien reunía la condición de socio cooperativista, lo que no prohíbe la Ley de Cooperativas aplicable de 19-12-1974.”* Se trata de un supuesto en que el socio demanda el otorgamiento de la escritura del solar, y la Cooperativa protesta formalmente el pago de las cantidades pendientes, por lo cual no cabe la resolución del contrato, sino el cumplimiento por ambos del pago y otorgamiento de escritura respectivamente: STS 24-9-1994 (Ar. 6988), fundamentos de derecho segundo y cuarto.

La venta de locales comerciales propiedad de la Cooperativa debe beneficiar a todos los socios, sin exclusión, excepto que hayan sido expulsados de la Cooperativa, lo que no ocurre en el supuesto de la STS de 20-1-1997 (Ar. 115), fundamentos de derecho segundo y cuarto, declarándose la nulidad del acuerdo de la Asamblea distribuyendo el beneficio obtenido por la venta, y excluyendo a algunos socios.

²⁴⁵ La gran mayoría de los casos de Cooperativas de viviendas que han llegado ante el Tribunal Supremo plantean la responsabilidad única, y principalmente solidaria, de los arquitectos superiores y técnicos junto con la empresa constructora, responsabilidad que es admitida si los defectos de construcción o incluso la ruina del edificio y/o las viviendas se deben a su actuación profesional. Casi todos ellos son demandados en casos de ruina, y sólo en algún supuesto en base al contrato de servicios. No podemos entrar en ellas, aunque disponemos de la información, por razones de delimitación del objeto de estudio.

²⁴⁶ La Cooperativa puede continuar con dicha función, siempre que le haya sido atribuida por la comunidad de propietarios. Así lo expresa el TS en la sentencia de 9-4-1996 (Ar. 2911) que estima que la demanda interpuesta la comunidad de propietarios representada por el Presidente de la Cooperativa, por defectos, amparados en el art. 1591, contra la constructora, arquitectos y aparejadores, no puede resolverse por falta de legitimación activa y de representación del Presidente de la Cooperativa, fundamento de derecho segundo, *“no aparece justificada, ni la condición de Presidente de la comunidad de propietarios demandante que dice ostentar el Sr. Otero, ni la autorización de esta comunidad para ejercitar las acciones que postulan a su nombre, ni incluso posiblemente la constitución legal de la misma, pues esta confusión entre el objeto, naturaleza y competencia de la comunidad de propietarios y de la Cooperativa, promotora de las edificaciones, hace suponer que se han venido ejercitando las funciones de la primera a través de las actividades de la segunda... No es posible confundir, ni mucho menos identificar, a la comunidad de propietarios y a la Cooperativa que construyó el edificio, pues su naturaleza y funciones son radicalmente distintas; y la jurisprudencia es tajante cuando afirma que el acuerdo para actuar en juicio en defensa de los intereses de la comunidad, es un requisito indispensable atribuido a la Junta de propietarios por el artículo 13.5. de la LPH.”*

social, lo que no impide que siga siendo representante del socio hasta su extinción como persona jurídica -ejerciendo funciones correspondientes a la organización de la comunidad de propietarios-

Lo anterior logra clarificar el sujeto sobre quien se producen los efectos jurídicos del negocio representativo celebrado con el tercero, el socio; y el iter o camino que siguen tanto la vivienda como el precio que por ella se paga, desde la constitución de la Cooperativa hasta la adquisición de la propiedad por el socio. La Cooperativa, como representante, goza de la propiedad aparente de la obra, de las viviendas en construcción, actúa en nombre propio con el tercero que las construye, obligándose al reconocimiento de la propiedad a favor del socio.

La visión expuesta es casi perfecta si no fuera porque el contrato de obra, apto título para la adquisición de la propiedad del edificio construido por un tercero, no es suficiente para que cada socio adquiera la propiedad de su vivienda. La representación es positiva y admisible en lo referente a la relación entre la Cooperativa y el socio, pero es incompleta respecto a la adquisición de la propiedad de las viviendas. El constructor transmite una obra, pero no las viviendas individuales en que ésta se divide. Queda planteada esta duda, que se intentará resolver en el capítulo cuarto, y que no afecta sustancialmente a la eficacia de la representación por la Cooperativa en los términos vistos, sino que complementa a ésta. Partimos de que se trata de una representación indirecta y es otorgada por cada socio, al margen de que durante la ejecución de la misma el representado siga siendo un sujeto individual o deba considerarse conjuntamente con el

Con relación a lo anterior, es interesante el comentario de GÓNZALEZ CARRASCO, MT: "*Comentario a la STS de 9-4-1996*", en C.C.J.C núm. 42, pág. 979 y ss. fundamentalmente en lo referente a la posible función de la Cooperativa como administrador de la comunidad de propietarios, siempre que ésta la acepte, y la representación por el Presidente de la Cooperativa si la Junta de propietarios le admite. Sin embargo, no estamos de acuerdo con la autora en que hubiese sido preferible que el TS mantuviera la línea de la S de 17-7-1990 (comentada por

resto de socios. Podríamos avanzar que, al margen de que la representación venga otorgada individualmente por cada socio, con relación a la adquisición de una vivienda concreta puede ser necesario y casi obligatorio considerar al socio no como persona individual, sino conjuntamente con los demás, como cotitulares de la comunidad temporal sobre la “masa de gestión económica” existente durante el desarrollo de la actividad representativa, especialmente durante el primer período de ésta. En este caso difieren, desde el punto de vista del representado, la concesión de la representación por el socio, persona individual, del afectado por el ejercicio de dicha actividad de representación, los socios, temporalmente sujeto colectivo, y posteriormente de nuevo persona individual.

2. CONCLUSIONES.

Por el arraigo de esta doctrina, aceptada en general por los escasos estudiosos de las Cooperativas de viviendas en España, se ha partido de la admisión de la representación del socio por la Cooperativa en la relación con los terceros que intervienen en la construcción de las viviendas, teoría inicialmente denominada interposición gestora, dejando a un lado las del acto debido y acto cooperativo, ya analizadas en el capítulo anterior, y que se refieren tan sólo al significado de la adjudicación. La representación es la hipótesis más deseable para explicar la compleja relación entre la Cooperativa y el socio, excluidos los supuestos cercanos con los que presenta ciertas similitudes, de nuncio o intermediario, la gestión de negocios ajenos, el mandato, el negocio a favor de tercero y para persona a designar.

Recordando, de forma breve, el rechazo de las figuras similares; la Cooperativa no se limita a declarar su voluntad, sino que interviene en la formación de ésta, por lo cual no

CABANILLAS SANCHEZ. -ver nota a pie 225) en la que se estimaba que la Cooperativa también era responsable por los vicios de la construcción.

se trata de un nuncio; sólo podría admitirse la condición de “intermediario” entre los socios y terceros, diferenciando ésta de la función propia y esencial de la Cooperativa como persona jurídica que asocia y coordina los intereses de los primeros. Tampoco podemos hablar de una gestión de negocios ajenos porque el socio busca, conoce y acepta la situación de la Cooperativa. El mandato como contrato base, unido a la facultad de representación en su caso, no puede admitirse, porque ésta última se encuentra ligada con los socios por el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa. No existe una relación contractual bilateral y recíproca entre la Cooperativa y el socio, sino plurilateral entre los socios, que da lugar a la persona jurídica. La consideración de los contratos celebrados entre la Cooperativa y los terceros como contratos a favor de tercero, en los que el tercero no es parte del contrato, no puede admitirse en el supuesto cooperativo en que sobre el socio repercuten los derechos y obligaciones principales, contraídos con terceros directa o indirectamente, no pudiendo afirmarse que sea un tercero ajeno al contrato pero favorecido por éste, lo que unido a la ausencia de regulación de la figura, nos lleva a excluirlo como supuesto general. En íntima relación con la representación se encuentra el contrato para persona a designar. Dicha hipótesis podría parecer admisible puesto que permite, de forma alternativa, la intervención en el contrato del sujeto que designa, la Cooperativa, o en su caso del designado, el socio. Sin embargo, según sus reglas, la designación del socio provocaría la desvinculación de la Cooperativa –o no-, y el socio designado adoptaría la posición de parte directamente contrapuesta a los terceros, circunstancias que no son deseables ni asumibles en la relación entre la Cooperativa y el socio, y dificultades a la que se añade la ausencia de regulación y la consiguiente remisión a algunas de las normas de la representación.

Excluidas las figuras citadas como visión general de la relación entre la Cooperativa y el socio –lo que no impide que determinados supuestos prácticos puedan entenderse y aplicarse alguna de ellas-, y admitida la representación, basada en el negocio de constitución de la Cooperativa y no en un contrato de mandato o similar, vamos a resumir las cuestiones que resuelve esta teoría y los problemas que quedan sin solución, en relación con lo avanzado en el capítulo segundo de la tesis, en que se presentaban las teorías doctrinales surgidas respecto de la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio.

A favor de su aplicación puede alegarse lo siguiente:

Nos encontramos ante una diversidad de relaciones unidas, la “asociativa” del negocio jurídico de constitución de la cooperativa –que da lugar a la condición de socio- y la representativa del socio por la Cooperativa para la obtención de la actividad cooperativa, la vivienda, frente a terceros. La relación entre la condición de socio y la facultad de representación otorgada a la Cooperativa no son absolutamente independientes, excepto que afecten a terceros de buena fe que desconocen el negocio causal o básico; la dependencia entre ambas explica la repercusión del ingreso y cese en la Cooperativa, los casos de baja o expulsión, sobre el derecho a la vivienda, tanto en el ámbito interno cooperativo, como en la relación con terceros afectados.

La Cooperativa goza, respecto del socio, de facultades de representación frente a terceros, y también es la encargada de la gestión interna del organismo cooperativo. La Cooperativa queda obligada a la consecución del objeto social por el negocio de constitución de la misma, y respecto de cada socio lo estará desde su inscripción como tal. Dentro de este negocio origen o básico la Cooperativa se ocupa de la representación frente a terceros y de la gestión interna propia, formación de voluntad, ejecución de lo

pactado... En algún caso, los más en la actualidad, la gestión e incluso la representación de la Cooperativa puede encargarse a una empresa gestora contratada al efecto, mediante un mandato o contrato de servicios con objeto de gestionar la construcción de las viviendas, e incluso la relación con los terceros que intervienen en ella.

La representación puede explicar, sin excesivos problemas, la actividad de obtención de viviendas desarrollada por la Cooperativa, en nombre propio y por cuenta del socio, y su relación con terceros que intervienen en el proceso de construcción de las mismas, el propietario del solar, constructor, arquitectos, entidades financieras e incluso con la empresa gestora. Hemos optado por la visión actual de la representación indirecta para adaptarla al supuesto cooperativo, distinguiendo sus efectos jurídicos en función de que se trate de adquisición de derechos, obligaciones o acciones entre los sujetos; y según el momento en que nos encontremos y el tercero conozca o no al representado. Así, durante el período de desconocimiento inicial de socios o representados, la representación indirecta producirá efectos entre la Cooperativa y el tercero, en materia de obligaciones y acciones, no así sobre los derechos que recaen siempre en el socio o representado. El conocimiento posterior de los socios por el tercero afecta no sólo a los derechos, reconocidos a favor del representado, sino principalmente a las obligaciones y acciones, sumándose e incluso sustituyendo en algún caso el socio representado a la Cooperativa representante, en la relación con el tercero.

La representación, tal y como se ha planteado, implica la adquisición de la propiedad del solar y el edificio en construcción por los socios, aunque se inscriben temporalmente a favor de la Cooperativa como representante de aquellos. El socio, que aporta el dinero como pago del precio de la vivienda, recibe una vivienda concreta, adquirida originariamente por él. La vivienda, objeto y fin de la Cooperativa, tiene consecuencias

económicas importantes sobre socios y Cooperativa, que se traducen en los pagos para su obtención y la posible existencia de excedentes -derecho de retorno a favor del socio- o pérdidas –también asumidas por ellos.

Partiendo de la actuación de la Cooperativa como representante de los socios se han analizado las conductas de los sujetos intervinientes, sus derechos y deberes, además de otras circunstancias sobre la duración, forma, extensión y eficacia de la representación, aplicando en primer término, las normas cooperativas específicas de viviendas y las generales de la LC (Leyes de Cooperativas de las CCAA en su caso) y, en su defecto, las generales de la teoría de la representación.

Pese a que admitamos esta teoría, y con ella las conclusiones planteadas, algunos **problemas fundamentales** continúan sin resolver:

Así, con relación a algunas cuestiones relativas a la vivienda, se llega a prescindir casi totalmente de la personalidad jurídica cooperativa, considerándola como colectivo de socios –esencia asociativa-, mientras que en otras se lleva la personalidad jurídica a los últimos extremos, como ocurre respecto de la teoría de la representación. En este último sentido también puede discutirse la admisión de la representación, puesto que los socios serían representados y representantes a la vez, al formar parte de la Cooperativa.

En orden a la relación entre la Cooperativa y el socio, tema nuclear de este capítulo y de la tesis, y respecto de la obtención de vivienda por éste, se intenta averiguar el título, forma y sujetos que intervienen en la adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio; cuestiones respecto de las que la Ley sólo se refiere a la adjudicación mediante cualquier título admitido en derecho, sobre la que se plantea una duda o problema esencial, averiguar quien es el sujeto transmitente de la propiedad de las viviendas al socio, el tipo de adquisición de esta propiedad declarada, reconocida o adjudicada por la

Cooperativa, y el título o fundamento jurídico en que se basa puesto que la Cooperativa no transmite las viviendas, simplemente las adjudica a los socios, declarando que ellos son los propietarios. La representación puede mantenerse como teoría válida respecto de la actuación con terceros, pero no es útil para explicar de forma completa la adquisición de la propiedad de las viviendas, puesto que ninguno de los terceros citados puede ser considerado transmitente de la propiedad de las mismas. La obra en conjunto, el edificio, es transmitida por el constructor al dueño del solar, sobre la base del contrato de obra celebrado, pero, ¿podría transmitir el contrato de obra la propiedad de las viviendas a cada uno de los socios? Parece que por sí sólo no, aunque en algunos supuestos extremos podría admitirse, pero no de forma genérica, la transmisión a título oneroso de la empresa gestora al socio, como promotor inmobiliario en “toda regla” -al igual que hacen otros ordenamientos jurídicos como el francés-, lo que nos llevaría a un caso de intermediación de la Cooperativa o de simulación, según conozcan o no esta situación los sujetos, Cooperativa, socios y gestora. Pese a que en algún supuesto pueda llegarse a la conclusión anterior, no creo que sobre dicha hipótesis pueda elaborarse una teoría con pretensiones o efectos generales.

Por ello, en el capítulo siguiente intentaremos descifrar las cuestiones relativas a la adquisición de la propiedad del edificio, y de las viviendas, y la realidad de copropiedad temporal de los cooperativistas, y sus repercusiones sustanciales. Así, deberá completarse todo lo dicho respecto a la representación del socio por la Cooperativa con el estudio de la situación paralela de comunidad o copropiedad temporal de los socios. Todo lo anterior se deduce, por supuesto, del sustrato real y práctico de las Cooperativas de viviendas en nuestro ordenamiento jurídico, y no se ve modificado por el hecho de

que la LGC de 1987 haya sido derogada y sustituida por la nueva Ley de Cooperativas de 1999.

ABRIR VOLUMEN II

