

MPRA

Munich Personal RePEc Archive

The reform of the accounting law and its repercussion in the regime of the own resources of the cooperative societies

Pastor Sempere, M^a del Carmen

2006

Online at <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/2674/>

MPRA Paper No. 2674, posted 11 Apr 2007 UTC

**LA REFORMA DEL DERECHO CONTABLE Y SU
REPERCUSIÓN EN EL RÉGIMEN DE LOS RECURSOS
PROPIOS DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS**

POR

M^aDEL CARMEN PASTOR SEMPERE*

RESUMEN

En la colaboración que a continuación se desarrolla se parte del papel central que el régimen económico desempeña en la sociedad cooperativa, para acto seguido efectuar su análisis individualizado a través de las NIC y su influencia.

Palabras Clave: Capital Social, NIC, sociedades cooperativas.

ABSTRACT

The following contribution focuses on the central role placed by economic regulations in cooperatives, analysing by NIC and its presence and influence.

Key Words: Social Capital, NIC, cooperatives societies.

**1. LA NIC 32 Y SU REPERCUSIÓN EN EL RÉGIMEN DE LOS RECURSOS
PROPIOS DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS**

Uno de los principios orientadores en el desarrollo de esta reforma internacional contable, y que será recogido en nuestro Código de comercio, es el de la prevalencia del fondo sobre la forma. Ello determina que la información contenida en los estados financieros se contabilizará y representará atendiendo a su fondo y realidad económica y no sólo a su forma legal. De esta

* Profesora de Derecho mercantil de la Universidad de Alicante. Investigador de la Escuela de Estudios Cooperativos.

forma, cuando la NIC 32 aborda la distinción entre un pasivo financiero y un instrumento de patrimonio, afirma que algunos instrumentos toman la forma legal de instrumentos de patrimonio pero, en el fondo, son pasivos financieros destacando el supuesto, entre los varios que ejemplifica la NIC 32 (párrafo 19) *“Algunas entidades cooperativas pueden conceder a sus propietarios o participantes el derecho a recibir el reembolso de sus aportaciones en cualquier momento, por un importe efectivo igual a su participación proporcional en el valor del activo del emisor”*.

Naturalmente las reacciones no se hicieron esperar y se solicitó un esclarecimiento a la aplicación de la NIC 32, resultado de todo ello se aprobó la Interpretación CINIIF 2, bajo el título *“aportaciones de socios de entidades cooperativas e instrumentos similares”* donde se señala (párrafo 2) *“las aportaciones de los socios serán consideradas patrimonio neto si la entidad tiene el derecho incondicional a rechazar el rescate de las mismas”* lo que se completa con lo señalado en el párrafo 8, donde concreta que se clasificarán como tales (instrumentos de patrimonio) si el rescate estuviera incondicionalmente prohibido por la ley local, por reglamento o por los estatutos de la entidad, concretando que esta prohibición puede ser parcial, es decir, que el rescate se limite a que el capital no caiga por debajo de un determinado importe, debiendo distinguirse entre las aportaciones de los socios que son patrimonio neto y cuyo importe no da derecho a rescate y un pasivo constituido por el importe que no da derecho a rescate, incluso cuando este quede sólo limitado por razones de liquidez de la cooperativa, no siendo ésta una condición necesaria y suficiente para la CINIIF 2, pasando a considerar en este supuesto concreto como un pasivo. Así se interpreta que la financiación de la empresa cooperativa está dividida en recursos exigibles y no exigibles, relegando el patrimonio neto a los instrumentos financieros que no cumplan la definición de pasivo exigible.

Igualmente es destacable, el hecho que según las interpretaciones contempladas, las rentas que proporcionen estas aportaciones se clasificarán atendiendo al carácter de la aportación, si es considerada pasivo las rentas serán gastos financieros, y, si se consideran patrimonio neto, se clasificarán dentro de la misma agrupación. Como indicábamos al inicio de nuestra exposición, fue necesaria una interpretación, la CINIIF 2 –aportaciones de socios de entidades cooperativas e instrumentos similares. Este documento, en su apartado de Cuestión introduce dos afirmaciones; por un lado, *“el derecho de voto y el de participación en dividendos”*

(párrafo 4), que otorga a la aportación del socio la característica de fondo propio, por otro, se destaca el derecho del tenedor a *“solicitar rescate en efectivo o mediante la entrega de otro instrumento financiero pudiendo incluir, o estar sujeto este rescate a determinadas limitaciones”* (párrafo 4), la doctrina ya ha puesto de manifiesto la contradicción de este doble enfoque que no parece apropiado para las sociedades cooperativas. Pero además, en el ejemplo primero de los expuestos en el documento se señala *“Cuando las acciones preferentes no sean rescatables, la clasificación apropiada para ellas se determinará en función de los demás derechos incorporados a las mismas. Dicha clasificación se basará en una valoración del fondo de los acuerdos contractuales, en relación con las definiciones de pasivo financiero y de instrumento de patrimonio”*. Es decir, en palabras de las profesoras FERNÁNDEZ-FEIJÓO SOUTO y CABAILEIRO CASAL, *“cuando las aportaciones no son rescatables, se valora el fondo económico, mientras que si lo son, no se toma en consideración”*¹. En definitiva somos de la opinión de que las NIC no han alcanzado a comprender la sociedad cooperativa llevando su lógica a producir distorsiones en el régimen de nuestras cooperativas.

Del planteamiento que acabamos de exponer se deducen desde el punto de vista de los recursos propios en la sociedad cooperativa dos problemas que podemos resumir de a siguiente manera; el primer problema que subyace a esta reforma internacional es la consideración del capital social de las cooperativas como un pasivo financiero, esto es, como una deuda para la cooperativa y como un crédito para los socios; o como un instrumento de patrimonio, como primera partida del pasivo exigible debido, principalmente, al reembolso que sigue de las aportaciones a capital social a que tiene derecho el socio en la cooperativa.

A ello deben unirse los viejos problemas, *la cooperativa es una de las fórmulas societarias de mayor exigencia legal de autofinanciación, configurándose como una autentica carga que soportan los socios*. En realidad no tienen ningún incentivo inmediato para ser inversores en su propia empresa (retribución de las aportaciones escasa, ninguna liquidez, detracción de importantes cantidades de los excedentes para dotar unas reservas obligatorias que ni están retribuidas ni son repartibles entre los socios). Incluso en ocasiones cuando los socios deciden invertir en la cooperativa, no utilizan la vía de suscripción de aportaciones voluntarias, sino

¹ En *XI Jornadas de Investigadores en Economía Social*, organizadas por CIRIEC y Celebradas en Santiago de Compostela, octubre de 2006.

que por el contrario las canalizan a través de préstamos a la sociedad, los cuales no están sujetos a la estricta normativa de las aportaciones a capital de las sociedades cooperativas. No debemos olvidar en este contexto de reforma que las aportaciones a capital en las cooperativas están dotadas de un régimen que las incapacita para ser objeto de un tráfico impersonal y consecuentemente funcionalmente imposibilitadas para su negociación en mercados organizados. Este régimen trae causa del concreto diseño tipológico cooperativo². Es más, incluso la creación de un «*título valor*» específico para las cooperativas que no reconociera derecho político alguno para su suscriptor, parecía por la simple denominación de «*título valor*» romper frontalmente con el diseño tradicional del sistema financiero de la cooperativa³.

El segundo problema subyacente a esta reforma internacional, que más bien es una consecuencia de los anteriores y que nació como respuesta a la fragilidad del capital social de la sociedad cooperativa es el hecho de que las sucesivas reformas del derecho cooperativo han encaminado sus esfuerzos en la búsqueda de un nuevo medio de financiación, que permita de una parte asegurar el control-gestión de la sociedad por los socios cooperativistas, pero que por otra parte cumpla la función de «*fondo propio*» para la sociedad, es decir, debía tratarse propiamente y desde un punto de vista jurídico de un elemento adscrito a los «fondos ajenos», pero que desde la perspectiva de su función económica cumpla el papel que ha venido desarrollando el capital social y las reservas⁴. Sin duda esta cuestión no sólo se ha planteado en las sociedades cooperativas, sino que también se ha tratado de solucionar por entidades cuya naturaleza jurídica ha impedido el recurso a las acciones como medio de financiación, nos estamos refiriendo a las Cajas de Ahorro⁵. Por todo ello los legisladores cooperativos han

² Como señala DIVAR, *La metamorfosis del capital*, Bilbao, 1983, pág. 87, «La única objeción sería desde el miramiento económico que podría hacerse al cooperativismo es la de no fomentar la inversión de capitales, en cuanto que prohíbe por principio toda participación meramente dineraria o patrimonialista. Sin embargo, éste no es reparo difícilmente superable. Sin forzar en ningún modo los principios cooperativos pueden admitirse efluvios capitalistas de ahorradores u otras fuentes, sin ceder soberanía jurídico-societaria, mediante la emisión de obligaciones o bonos que, para mayor aseguramiento y control de emisión, pueden librarse por consorcios de cooperativas al efecto (o utilizando las cooperativas de crédito)».

³ CELAYA, *Capital y sociedad cooperativa*, Barcelona, 1992, pág. 209.

⁴ La búsqueda de estas nuevas vías de financiación se ha realizado, como seguidamente comprobaremos, a través de nuevos instrumentos de financiación definidos como de «*tipo neutro*». La idea de base sobre la que se asientan estos instrumentos se mueve sobre el concepto de capital propio basado «*Più sulla sostanza economica che sulla forma giuridica del negozio di finanziamento*». Vid, CAMPOBASSO, «Mutualità delle casse rurali di artigiane e strumenti di formazione del capitale», en, AA. VV. *Mutualità e formazione del patrimonio nelle casse rurali*, Dirigido por ABBADESSA/FUSCONI, Milan 1985, pág. 373.

⁵ Sobre esta problemática vid. SÁNCHEZ CALERO. F. «Identidad de las Cajas de ahorro: pasado presente, futuro», en *RDBB*. n° 43, 1991, especialmente, págs 573 a 578.

optado por configurar los nuevos instrumentos financieros, o bien con un régimen jurídico muy flexible, que permite establecer amplios márgenes temporales para su reembolso, como es el caso de los *títulos participativos*, viniendo de hecho a funcionar como si de «*fondos propios*» se tratara, o por un reconocimiento abiertamente de este carácter a determinados tipos de deuda subordinada como son las «*participaciones especiales*».

Pero estos esfuerzos desarrollados por el legislador para la calificación de esta financiación subordinada como recursos propios tropiezan ahora, al igual que el capital social, con serias objeciones planteadas con ocasión de la reforma Internacional contable.

2. EL CAPITAL EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

2.1 El capital en la sociedad cooperativa como cuestión tipológica

Hemos de partir señalando que uno de los elementos básicos del contrato de sociedad es según el art. 116 del C de Co «la puesta en común de bienes». La puesta en común de los bienes constituye el cauce fundamental a través del cual los socios colaboran al fin social. De esta forma, la aportación social se configura, como la prestación a que se comprometen los socios en la promoción, por su parte, del fin social y como elemento esencial del contrato y presupuesto necesario de la adquisición de la condición de socio⁶.

El patrimonio visto desde la perspectiva del fin común, no difiere de una sociedad a otra; se constituye como fondo común de productividad. La colaboración al fin común consistirá en el deber de aportar todo aquello que estimen los socios necesarios para la explotación del objeto social. De esta forma, en tanto el fin de la sociedad sea económico, no debería existir diferencias, en cuanto que entidades pueden conformarlo.

Las diferencias, pues, son debidas a la consideración de la sociedad como una entidad que actúa en el tráfico y que como tal ha de quedar sujeta a responsabilidades frente a terceros, por lo que este patrimonio ha de ser capaz de garantizar el pago de las deudas sociales. De ahí que

⁶ Para mayores referencias doctrinales, puede verse nuestro trabajo, PASTOR SEMPERE, *Los recursos propios en las sociedades cooperativas*, Madrid, 2002.

dependiendo de la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios, se exija por el ordenamiento una determinada configuración en orden al índice de garantía que éste deba desempeñar.

El legislador no se ha preocupado de constituir en las sociedades de personas un fondo de bienes idóneo que sirva de garantía a los acreedores. Ello obedece justamente a la existencia de un mecanismo de responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones sociales que ofrece de por sí garantía suficiente, la responsabilidad subsidiaria de los socios que responden personalmente de las deudas sociales.

Es decir, en tanto en cuanto sea mayor y más perfecta la separación entre el patrimonio de los socios y el de la sociedad, mayor grado de exigencia se observa en cuanto su composición, por cuanto repercute en su idoneidad como garantía para los terceros.

El mecanismo que separa estos patrimonios, es el capital social, que como cifra matemática abstracta, representa el valor en dinero de las aportaciones que resultan de la valoración conjunta en el acto constitutivo de la sociedad, el cual permanece invariable. El capital indica, pues, no sólo las aportaciones de los socios, sino que también indica el valor de la actividad patrimonial que los socios están obligados a no detraer de la empresa y que no puede ser libremente repartidos durante la duración de la sociedad, ya que éstos sólo podrán repartir la parte del patrimonio neto que supere la cifra del capital.

La sociedad cooperativa, es un tipo de sociedad marcadamente personalista, en las que las condiciones personales de los socios imposibilitan la libre transmisión de las participaciones, se prohíbe el organicismo de terceros, el voto de los socios es por cabeza. Pero a diferencia del resto de sociedades personalistas, es una sociedad abierta⁷, en el sentido de que si bien las circunstancias personales son tomadas en cuenta para la adquisición de la condición de socio, éstas solo pueden contemplarse en la medida de su idoneidad con el objeto social.

⁷ La sociedad cooperativa, posee una estructura abierta al acceso de nuevos socios, que es una característica peculiar de este tipo, «en ella el aspirante a socio no debe, como en las sociedades de capital fijo, atender a la emisión de nuevas acciones o cuotas o a la venta de esa parte por un socio, pero debe presentar su solicitud a la deliberación de los administradores: el pago de la cuota, y de cuanto se establezca es posterior a la aceptación de la solicitud», GROSSO, *I controlli interni nelle società cooperative*, Milán, 1990, pág. 34.

La sociedad cooperativa, de esta forma se configura como una sociedad personalista de amplia base social⁸, en la que se establece un número mínimo de socios que en nuestras leyes se fija en un número no inferior a cinco, o a tres según la Ley de cooperativas a la que nos refiramos.

Este carácter abierto de la cooperativa determinó que, pese a su carácter personalista, se manifestara la inadecuación de la cooperativa con las sociedades colectivas o comanditarias de las que se hizo uso en un primer momento, en el que la cooperativa no disponía de un tipo social.

Consecuencia de ello, el legislador en orden a la configuración del nuevo tipo «sociedad cooperativa» adoptó un esquema organizativo con elementos estructurales de carácter capitalista, que contribuyeron a eliminar los inconvenientes derivados de la disciplina legal de las sociedades de personas y potenciarán la dimensión funcional de esta figura haciendo de ella instrumento jurídico apto para el crecimiento de las bases sociales de estas sociedades.

La cooperativa aparece de este modo como sociedad de base corporativa sometida al régimen de mayorías, y con un capital social. Naturalmente la adopción de estos elementos estructurales no tiene el mismo significado que en las sociedades de capitales. La sociedad cooperativa sigue manteniendo como punto central de su régimen la persona del socio, así el voto es por cabeza y el capital no cumple con su función organizativa, Pero lo que parece indudable es una mayor aproximación, en cuanto a órgano de administración con un estatuto muy similar al de los administradores de las sociedades de capitales y la configuración del capital social no solo como capital productivo, sino que se va perfeccionando su función de garantía, asegurando su aptitud a través de una cifra mínima, como ya tuvimos ocasión de analizar en trabajos previos. Es decir, la inclusión en la sociedad cooperativa del régimen de

⁸ Esta caracterización de la sociedad cooperativa es común a todas los ordenamientos, incluso en los englobados en el modelo económico de la cooperación como es el caso de las cooperativas alemanas, las cuales son definidas por el art. 1 de su Ley como «*Die Genossenschaft wird durch die nichtgeschlossene Mitgliederzahl als Personalverein mit wirtschaftlichem Zweck*», Vid. PAULICK *Das Recht der eingetragenen Genossenschaft*, op cit. págs. 50, 64, WESTERMANN «*Das rechtliche Wesen der Erwerbs-und Wirtschafsgenossenschaften*», en, *Von Wesen der Genossenschaften und ihre steuerliche Behandlung*, Neuwied, 1951, págs. 78. NITSCHKE. *Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft*, Bielefeld, 1970, pág. 37, GROSSFELD. *Genossenschaft und Eigentum*, Tübingen, 1975, pág. 8.

responsabilidad limitada de sus socios y del capital social no debe llevarnos a la consideración de este tipo como sociedad de capital, sino más bien a una simple técnica de organización.

La variabilidad del capital constituye sin duda, el rasgo diferenciador de las cooperativas en relación con las sociedades de capitales. Esta singularidad es consecuencia del principio de «puerta abierta» o de libre entrada y salida de los socios, al que hemos tenido ya ocasión de referirnos. En efecto, la razón fundamental de la variabilidad del capital obedece a la posibilidad de un constante flujo de entrada y salida de los socios. Bien es verdad que esta posibilidad ha sido objeto de algunas limitaciones legales con el fin de garantizar la estabilidad y continuidad de la actividad empresarial de la cooperativa y los lazos de solidaridad entre los socios de la entidad⁹. Especialmente hemos de hacer referencia a dos medidas; el capital social mínimo y a las «nuevas» clases de socios cooperativos no usuarios. Esta última medida tiene importantes implicaciones en cuanto a la configuración del tradicional capital social de la sociedad cooperativa. La materialización de las aportaciones de estos nuevos socios en aportaciones a capital social puede afectar a la tradicional configuración variable del capital social cooperativo¹⁰. Tal es así, que como ha apuntado algún sector de la doctrina, la estructura

⁹ Para LLOBREGAT HURTADO, *mutualidad y empresa cooperativas*, Barcelona 1990, pág. 233. "Se trata empero de restricciones que no afectan a la vigencia del principio ni al carácter ordenador y cuasi constitucional que le venía reconocido". Buena parte de la doctrina que ha estudiado este tipo societario ha incluido en su definición y caracterización el rasgo de la «variabilidad». Así entre otros, PONSA GIL, *Las sociedades civiles, mercantiles, cooperativas, y de seguros*, Barcelona, 1923, tomo II, pág. 89, entendía que «el capital no permanece fijo... La disminución del capital social no está sujeta a las condiciones de publicidad y de cuantía que se prescriben en las sociedades comerciales». DUQUE DOMÍNGUEZ, «libre adhesión y el principio de puerta abierta en las sociedades cooperativas», *Primeros encuentros Cooperativos de la Universidad del País vasco*, Vitoria-Gazteiz, 1986, pág. 190. VICENT CHULIÁ, en *Compendio crítico de Derecho mercantil*, cuando considera que la función del capital social de las cooperativas, debe entenderse «con carácter relativo», ya que el capital es variable, como consecuencia del principio de puerta abierta, tanto al alza como a la baja, «sí bien esto último caso hasta llegar al "capital social mínimo" fijado en los estatutos"». GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades* Madrid 1976; FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Madrid 1997, págs. 25 y ss. BORJABAD GONZALO, *Manual de Derecho Cooperativo, General y catalán*, Barcelona, 1993, pág. 132 y 143. VERGEZ SÁNCHEZ, *Derecho de cooperativas y su reforma*, cit. pág. 33 y ss. Por último y sin ánimo de agotar la extensa bibliografía que existe sobre el tema, destacar el detallado estudio realizado por SERRANO Y SOLDEVILLA, en *La cooperativa como sociedad abierta*, Sevilla, 1982. Donde este autor afirma, pág. 86, «que el carácter estructuralmente abierto de la sociedad cooperativa no sea un dato o elemento esencial e informativo del instituto cooperativo, ya que aquél viene determinado tanto por la variabilidad del capital social como del número de socios. En caso contrario concebir la cooperativa como una entidad cerrada sería como llegar a estructurar una cooperativa con su capital fijo y previamente determinado».

¹⁰ Pero éstas no son las únicas. Las anteriores leyes de cooperativas ya adoptaron en sus respectivos articulados medidas para evitar, o mejor dicho matizar el efecto descapitalizador que se seguía de la variabilidad del capital social. En este sentido, GÓMEZ URQUIJO/RIOS AÑÓN, «Respuestas a las dificultades de captación de capital en las cooperativas: el caso Eroski», en *Anuario de Estudios Cooperativos*, Bilbao, año 1997, págs. 217 a 219.; MORALES GUTIERREZ, en «La especificidad del Capital social en las Cooperativas de trabajo asociado», *REVESCO*, N° 58, año 1990, págs. 28-29, enumera las siguientes: 1) obligación de fijar en los estatutos un capital social mínimo; 2) limitación de la baja voluntaria durante un periodo de tiempo preestablecido en los estatutos; 3)

del capital social de la cooperativa podría estar compuesta por una parte fija, que es la que correspondería a las aportaciones de los socios capitalistas, llamada «capital comanditario», y otra parte variable formada por las aportaciones de los socios usuarios. Se institucionaliza la contraposición de dos categorías de socios, que operan bajo un esquema híbrido de organización, en el marco de una relación jurídico-societaria unitaria. Incluso se plantea la existencia de esta doble categoría de socios como elemento diferenciador, de esta especie de «cooperativa en comandita», frente al tipo sociedad cooperativa, para el supuesto de la llamada “cooperativa mixta”.

Ahora bien, en cuanto a la primera medida, el capital social mínimo, si bien es cierto que la introducción de una cifra legalmente determinada de capital social mínimo elimina alguno de los grandes problemas que ha venido sufriendo el capital social de la cooperativa¹¹; no es menos cierto que deja abiertos nuevos problemas. Tal vez el más grave de ellos sea introducir una nueva institución en el sistema cooperativo y no haber realizado un adecuado reajuste, en una sociedad como es la cooperativa donde para la mayoría de la doctrina, incluso desde el punto de vista del análisis económico del derecho, es una sociedad de «alto costo»¹².

responsabilidad por parte del socio que ha causado baja, durante un cierto tiempo, y en la cantidad que le corresponda, de las obligaciones contraídas por la empresa cooperativa con anterioridad a la pérdida de su condición de socio; 4) posibilidad de retrasar las devoluciones para que en el periodo comprendido entre la baja y el momento de reintegro de su aportación. 5) se determina un límite máximo de participación de cada socio en el capital social, a fin de que la baja de uno no suponga una grave descapitalización. Pero como señala este mismo autor estas medidas no son suficientes.

¹¹ Principalmente se consigue evitar el riesgo de descapitalización de la empresa cooperativa garantizando con ello su continuidad y solvencia patrimonial. Estos riesgos residían principalmente como señaló VICENT CHULIÁ, «Régimen económico de la cooperativa»cit. 161, «*en que podría darse el caso que en una determinada cooperativa que la baja repentina de todos sus socios acarree la desaparición de todo el capital social, ya que a pesar de que los socios pudieran responder frente a los acreedores de las deudas sociales, siempre existiría el peligro de que una vez restituidas las cuotas a los socios éstos resultarían ser insolventes, con lo cual los acreedores se verían defraudados.*» Pero no es necesario que se den de baja todos los socios basta con que la cooperativa atravesase una situación un tanto difícil para que pueda iniciarse una cierta tendencia a abandonar la cooperativa, así unas primeras bajas pueden arrastrar a otras, produciéndose un «efecto domino» que puede comprometer la existencia de la cooperativa. De esta forma lo expone BALLESTERO, *Economía social y cooperativas*. cit. pág. 70. al señalar que «*Desgraciadamente, estas primeras fugas de socios tienen unas consecuencias especiales, que no se dan en las sociedades anónimas. La cooperativa no solo se descapitaliza ligeramente (puede aplazar, como sabemos, los reembolsos durante algunos años), sino que se reduce su actividad, ya que los socios abandonistas dejan de nutrir la actividad cooperativizada. En otras palabras, la cooperativa pierde unas veces clientes, otras proveedores y otras, en fin, trabajadores. Pero además si hay menos actividad se subutilizará la capacidad de la empresa y aumentarán los costos unitarios. Esto provoca más pérdidas, y por consiguiente, más miedo de los socios, más abandonos, menos actividad y unas pérdidas progresivamente mayores.*»

¹² Hay que destacar en este punto, el interesante trabajo realizado por TULLIO ROSEMBUJ, «La organización jurídica de la cooperativa y sus consecuencias económicas», en, *Revista de la Economía social y de la Empresa*», nº16, 1993, págs 21-22. El autor, en términos de análisis económico del derecho, sostiene que la cooperativa es un contrato cuyo alto coste de transacción-el coste de usar el mercado- la convierte en resultantemente ineficiente. En

Con estas medidas se pretendía «amortiguar» el grave problema de formación del capital en la sociedad cooperativa¹³. La variabilidad del capital no solo es entendida como característica tipológica sino más bien como riesgo empresarial al carecer la entidad de un capital estable¹⁴. Esta variabilidad determina a su vez que el capital no represente un elemento constante de financiación¹⁵, lo cual es perjudicial tanto para la inversión¹⁶ a largo plazo como para la solvencia. De lo que se trata es en realidad de evitar que se constituyan sociedades cooperativas con capitales sociales irrisorios y de garantizar unos recursos patrimoniales mínimos para las actividades que la sociedad vaya a emprender, dotando a la cooperativa de una «imagen» y «garantía» más adecuada de cara a terceros¹⁷.

En realidad, la función de garantía del capital social en las sociedades cooperativas nunca ha sido realmente cumplida, al menos de una forma general, ya que su característica variabilidad hacia de este una cifra impredecible para los hipotéticos acreedores de la sociedad. Recientemente, nuestras nuevas Leyes de cooperativas han querido reservar esta función al capital social mínimo, dándole una nueva configuración para evitar las disfunciones creadas por su indeterminación, rodeándolo de medidas que contribuyen a su estabilidad. De esta forma los principios ordenadores y las medidas concretas que la doctrina ha extraído del derecho positivo en orden a la correcta interpretación de esta función de garantía en las sociedades de capital, son en su gran mayoría aplicables al capital social mínimo de la sociedad cooperativa, ya que implica el “*cambio de la estructura del capital social de la cooperativa*”; el capital

su opinión la cooperativa se sitúa en clara desventaja respecto al resto de las empresas con las que debe competir, el motivo principal de esta situación es la propia organización jurídica de la entidad; así la Ley obliga a que el contrato cooperativo no solo satisfaga la utilidad de los contratantes en las mejores condiciones de eficiencia económica, sino que además, se le impone la promoción del cooperativismo, la educación cooperativa, y, en general, una inclinación que deba satisfacer innumerables intereses, distintos y separados de los de los socios que desbordan el propio marco contractual.

¹³ WESTERMANN, «Die Anpassung der Rechtsgrundlagen der Genossenschaft», *ZfgG*, 1970, págs. 126, 127.

¹⁴ Como observó el Profesor GIRÓN, en *Derecho de Sociedades*, op. cit. pág 102, «*La actividad empresarial a la que concurre la Cooperativa le exige un mínimo de estabilidad y fortaleza económico-financiera que, si se otorgan en su defensa, exigen matizaciones a la pureza idealista de los principios cooperativos (puerta abierta, democracia....)*».

¹⁵ TRAUTMANN, *Finanzierung genossenschaftlichen Eigenkapitals vor dem Hintergrund der Eigenkapitalregelungen des Gesellschaftsrechts*, Darmstadt, 1975, pág. 80.

¹⁶ SCHULTZ, *Kreditwürdigkeit und Unternehmungsform*, Wiesbaden, 1967, pág. 119.

¹⁷ Como han señalado algunos autores, el capital social mínimo establece un «umbral de seriedad» (Seriositätsschwelle) Vid. LUTTER, «Vom formellen Mindeskapital zu materiellen Finanzierungsregeln im Recht der Kapitalgesellschaften», *Festschrift für St. Riesenfeld*, Heidelberg, 1983, pág. 168. NICCOLINI, *El capitale sociale mínimo*, Milán, 1981, pág. 23 donde destaca como principal función la de constituir un «*fondo de garantía*», DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social. Noção, princípios e funções*, en, *Studia iuridica*, n° 33, Coimbra 1998, pág.146, este autor lo denomina “*Limiar de seriedade*”.

social sólo será variable hasta el límite señalado como capital social mínimo establecido en los estatutos, que en cualquier caso-según la ley autonómica frente a la que estemos- será superior a la cifra mínima señalada por la ley-. La publicidad de la cifra de capital quedará recogida en los estatutos que serán depositados en un registro público, como es el registro de cooperativas que depende del ministerio de trabajo. Ello no significa, por otro lado, la imposibilidad de reducir el capital por debajo de la cifra mínima establecida, pero si la necesidad de recurrir a aun serie de garantías formales de forma muy similar a las sociedades de capital (vid. Art. 45.8 de la LCE “ (...)la reducción será obligada, cuando por consecuencia de pérdidas su patrimonio contable haya disminuido por debajo de la cifra de capital social mínimo que se establezca en sus Estatutos y hubiese transcurrido un año sin haber recuperado el equilibrio (...)”). Estas mismas garantías o cautelas del legislador podemos observar, asimismo, en la similitud de regimenes en regulación que nuestras leyes de cooperativas establecen en cuanto a realidad y valoración de las aportaciones *in natura*.

No obstante lo señalado, si estas medidas se introdujeron como paliativo a un variable y débil capital social cooperativo y como único vehículo de acumulación de capital a largo plazo, dado su carácter de «no exigible»¹⁸, una vez que se introduce un capital social mínimo cercano al de una SRL y rodeado de las mismas garantías en cuanto a liquidación y disolución, en algunas de nuestras leyes autonómicas¹⁹, deberíamos preguntarnos por qué se sigue exigiendo a la sociedad cooperativa un mayor índice de calidad y número en sus recursos propios que a una sociedad Limitada.

En definitiva, las deficiencias que afectan a la captación de capital, en absoluto pueden considerarse como algo inherente a los valores o principios que una cooperativa debe respetar, y es que, si bien la variabilidad de los socios es esencial al sistema cooperativo, no puede

¹⁸ VERGEZ SÁNCHEZ, *El Derecho de las cooperativas y su reforma*, cit, pág. 39. FERNANDO ELENA DÍAZ, «El Fondo de Reserva obligatorio en la nueva Ley General de cooperativas», en, *REVESCO*, nº 56-57, año 1988-89, pág. 61, donde explica, «dado que los socios que son baja en una cooperativa pueden conseguir la devolución de sus aportaciones a capital, reduciendo con ello las garantías de quien la prestó dinero o le vendió a crédito bienes o servicios, el fondo de reserva, irrepartible entre los socios se constituye en el principal patrimonio para que dichos terceros acreedores puedan fiarse de las cooperativas».

¹⁹ Vid. Sobre este tema, así como su lectura tras la nueva Ley Concursal, nuestra Ponencia “La responsabilidad de los administradores en la sociedad cooperativa y su necesaria incardinación en el moderno Derecho de sociedades” en *XI Jornadas de Investigadores en Economía Social*, organizadas por CIRIEC y Celebradas en Santiago de Compostela, octubre de 2006.

hacerse la misma consideración respecto a la variabilidad del capital social²⁰. De todo ello podemos concluir que el capital en la sociedad cooperativa es un elemento tipológico que no implica *per se* su necesaria variabilidad²¹.

2.2 Posibles soluciones al dilema planteado por la NIC 32.

a) Planteamiento

En las sociedades cooperativas, la imposibilidad de transmisión de las aportaciones a terceros es suplida, en cierta forma, por la expectativa de devolución o reembolso del capital aportado en el momento de la baja del socio.

En la sociedad anónima el principio de la libre transmisibilidad de las acciones constituye en cierta forma, una característica estrechamente unida con su no exigibilidad ante ésta. Es la transmisibilidad de las acciones la que, desde el punto de vista del inversor, ha convertido un activo no reembolsable en una inversión líquida. Los socios, que no pueden retirar por su voluntad su aportación al capital social, pueden sin embargo, transmitirla a terceros y hacer líquida su inversión sin que quede afectado el patrimonio social.

En la sociedad cooperativa, no puede afirmarse que las participaciones sean esencialmente transmisibles, dadas las especiales características que se exigen para poder adquirir la condición de socio y que impiden la libre transmisibilidad a personas ajenas a la sociedad²².

²⁰ MÜNKNER, «Go Public and Remain Co-operative?», en *Boletín Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, nº 26-27, 1996 págs. 63 a 91. En realidad el capital social en la cooperativa es como indica VICENT CHULIÁ, (en, «Cuestiones sobre el régimen económico de la cooperativa», *CIRIEC, Legislación y jurisprudencia*, nº9, octubre de 1998, pág. 173) «El capital social es variable, en función de la entrada y salida de los socios, y es real, en función de la imputación de pérdidas de ejercicio a sus respectivas aportaciones al capital social (ver art. 43, apartado 4 del Borrador estatal; art. 61, apartados 2, d) y 5, párrafo 3º de la Ley Valenciana), sin necesidad de modificación de estatutos, siempre que permanezca igual o por encima del «capital social mínimo» que, hasta ahora, no estaba sometido a una regla de mínimo legal».

²¹ En este sentido, CELAYA, *Capital y sociedad cooperativa*. cit. pág. 63 «en la medida en que el reembolso en caso de baja fuese cuestionable, también lo sería la variabilidad del capital, cuyo carácter resulta así configurarse claramente, no como una institución cooperativa esencial, sino como una técnica derivada del citado reembolso en caso de baja».

²² Como señalo SERRANO Y SOLDEVILLA, op. cit, pág. 94. «al ser la cooperativa una sociedad intuitus personae, y no intuitus pecuniae, exige que la limitación de la libre transmisión de aquélla sea la regla general y no la excepción, como sucede en el resto de los tipos sociales. Es decir, al no ser un instrumento de cambio y revalorización del capital invertido, no requiere una libre y ágil circulación». En este mismo sentido, DUQUE DOMÍNGUEZ, «La baja obligatoria del socio», en *REVESCO*, nº 56-57, año 1988-89, pág. 46. MORALES

La naturaleza de las aportaciones a capital social de las cooperativas, fundamenta la limitación a la circulación de estas, ya que no son meros títulos de inversión, sino derechos de socio o asociado, que no pueden ser ejercitados por quienes no tengan esta condición y no toda persona puede acceder a dicha condición en una cooperativa.

De esta forma, en las sociedades cooperativas el elemento personal -las características individuales de los sujetos que en ellas intervienen- juegan un destacado papel, en la medida en que las condiciones personales de los socios constituyen el núcleo esencial en torno al cual se organizan el resto de los elementos estructurales, e incidiendo de forma directa sobre el régimen de transmisión de las participaciones sociales. Ello determina que nuestras leyes de cooperativas incorporen esta característica a través de diversas medidas restrictivas -en distinto grado- aplicables a las transmisiones tanto «inter vivos» como «mortis causa», señalándose los presupuestos y límites de la circulación de las mismas. Con esta solución la legislación cooperativa se distancia claramente del régimen de la sociedad anónima y se acerca más al de la limitada, subordinando en todo caso la eficacia del negocio de transmisión al cumplimiento de los requisitos que en la propia Ley se establecen.

b) Capital estable

Naturalmente, la regulación de este restrictivo régimen de transmisión de las aportaciones cooperativas influye negativamente en la adecuada capitalización de la cooperativa. Para evitar la descapitalización de la cooperativa por separación de sus socios la doctrina apuntaba soluciones que siguen vigentes, en este viejo problema replanteado, con distintas connotaciones por la NIC 32. Como apuntaba VICENT CHULIÁ, se admite que la cooperativa pudiese adquirir a sus socios sus propias aportaciones a capital social, de forma similar a como puede hacerlo la sociedad anónima (arts. 75 y ss, de la LSA). En nuestra opinión como indicábamos en trabajos previos en este aspecto la cooperativa guarda una mayor afinidad con la sociedad limitada, por ello si se plantea la posible analogía debería establecerse con la sociedad limitada no con el de la anónima. Debemos advertir que últimamente esta posibilidad en la SRL ha sido ampliada, con ocasión de la introducción en nuestro

GUTIÉRREZ, «La especificidad del capital social en las cooperativas de trabajo asociado», op. cit. pág. 26.
LLOBREGAT HURTADO, *Mutualidad y empresas cooperativas*, op. cit. pág. 255.

ordenamiento de la SLNE, reconociendo expresamente a la sociedad limitada –a diferencia del régimen anterior donde se establecía la prohibición de autocartera, salvo excepciones, y para su inmediata amortización- destacando por lo que aquí interesa en su artículo 40.1”*La Sociedad de Responsabilidad Limitada sólo podrá adquirir sus propias participaciones (...)” letra d) “cuando la adquisición (derivativa) haya sido autorizada por la Junta General, se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto: adquirir las participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad”*. Como vemos, incluso podríamos plantear como posible el que durante los tres años (límite máximo establecido por la LSRL transcurridos los la sociedad adquirente debe amortizar o enajenar las participaciones propias) la sociedad pudiera intentar transmitir las aportaciones a capital social que posee en cartera en las condiciones que determinen los estatutos. Podría como indicó en su día VICENT CHULIÁ *«que de este modo se crearía un «mercado secundario», siquiera muy restringido, que permitiría a la Cooperativa «anticipar» el importe de las aportaciones a capital social a un socio, sin forzarle a tener que pedir la baja y el reembolso o liquidación. La eficacia de la emisión de pagarés de empresa, certificados de depósito y otros títulos valores con el carácter de «descontables» por la propia entidad emisora (por el propio deudor) prueba que en las cooperativas podría tener interés autorizar este tipo de negocios sobre las aportaciones a capital»*²³.

Atendiendo a la definición de instrumento de patrimonio, el capital pendiente de desembolso es un componente negativo del patrimonio neto, lo mismo que las acciones propias. Estas partidas, sin embargo, tienen la consideración de activos en el PGC. En el caso de las acciones propias, la NIC 32 obliga a la deducción del importe de la contraprestación directamente en el patrimonio neto de la entidad, sin que ésta pueda reconocer ningún resultado en el ejercicio derivado de la compra, venta, emisión o amortización de dichas acciones. En su lugar, se reconocen variaciones en el patrimonio neto.

Por último, es interesante el reto que supuso para el legislador adaptar las sociedades de capital estable a otra de las formas jurídicas de la economía social muy cercanas a nuestras

²³ VICENT CHULIÁ, en *Comentarios a la Ley General de Cooperativas*, op. cit. pág 286.

cooperativas de trabajo asociado como son las sociedades laborales de las que darán cuenta en esta Jornada²⁴.

c) Flexibilizar el restrictivo régimen de transmisión de las aportaciones a capital en la sociedad cooperativa

Ésta ha sido la solución adoptada por las nuevas reformas autonómicas en nuestro país. Así por citar un ejemplo, la nueva Ley Valenciana, en el párrafo segundo del art. 60, establece que: *«El Consejo Rector, cuando reciba la solicitud de nuevos ingresos como socios o asociados, lo hará público en el tablón de anuncio del domicilio social para que en el plazo de un mes tanto los socios como los asociados que lo deseen puedan ofrecer por escrito las participaciones que estén dispuestos a ceder manteniendo el cedente la aportación mínima obligatoria»*. Lo mismo se puede señalar cuando el socio se quiera dar de baja. Esta vía de flexibilización podría quedar conectada perfectamente a la de autocartera o no. En otras palabras podría establecerse un período donde se hiciera pública la intención de abandonar la cooperativa, transcurrido el cual debería procederse a amortizar capital con cargo a reservas y reembolsar, previa liquidación al socio, el valor actualizado de su aportación. En esta línea, la de dar una cifra estable al capital, se apunta recientemente como vía de solución, la de explorar la dotación de una reserva para reembolso al capital social, esto es, una amortización del capital con cargo a reservas. En caso de baja del socio el reembolso de sus aportaciones al capital social sería posible en la medida de la existencia de reservas suficientes, cuya disposición dependiese de la de la entidad²⁵. O si lo conectamos con la autocartera, podría anticiparse el reembolso al momento de la baja siguiendo el procedimiento que acabamos de señalar en el epígrafe anterior.

Como se desprende del artículo de la Ley valenciana del que nos hemos servido de ejemplo, la transmisión de las participaciones cooperativas quedaría en este caso condicionada

²⁴ MARTÍN LÓPEZ/LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS/ITURRIOZ DEL CAMPO. “Naturaleza del capital social como aspecto diferenciador entre las sociedades cooperativas y las sociedades laborales”, en *XI Jornadas de Investigadores en Economía Social*, organizadas por CIRIEC y Celebradas en Santiago de Compostela, octubre de 2006.

²⁵ CUBEDO TORTONDA, “El régimen económico de las sociedades cooperativas: situación actual y apuntes para una reforma” en *XI Jornadas de Investigadores en Economía Social*, organizadas por CIRIEC y Celebradas en Santiago de Compostela, octubre de 2006.

al «*filtro*» del Consejo Rector. Pero aunque puede parecer sencilla la solución, no lo es. Hemos de distinguir en un primer momento, entre un aspirante socio y otro asociado. Si se trata de un socio, deberá suscribir cuando menos, la aportación mínima obligatoria, si la oferta procede de un asociado esta cantidad difícilmente coincidirá con la solicitada, podrá el acuerdo de transformación, al que alude la ley valenciana ajustar las cantidades. Si se trata de un asociado y la oferta proviene de un socio, - sólo podrá ofrecer el exceso de aportación obligatoria, y las voluntarias en su caso- y la cantidad solicitada por el asociado es mayor, suscribirá dos aportaciones voluntarias de desigual valor o se refundirá en una sólo voluntaria. En segundo lugar, tampoco se prevé el supuesto en el que dos o más socios o asociados ofrezcan sus aportaciones. Estas cuestiones se presentarán en la práctica, pero de cualquier forma sólo podrán ser resueltas si se consideran las aportaciones como divisibles y acumulables²⁶.

d) “Instrumentos financieros compuestos”

Últimamente y como consecuencia de esta reforma internacional contable la un sector de la doctrina²⁷, prudentemente, apunta ante la inminencia de esta reforma y su plasmación en nuestro, de esta forma, renovado Código de comercio, que la NIC32 aporta un instrumento apropiado para calificar a las aportaciones sociales cooperativas. Se trata, en palabras del Profesor PANIAGUA, de lo que la NIC 32 denomina “instrumentos financieros compuestos”, de este modo para la sociedad cooperativa las aportaciones de sus socios al capital social tendrá, o podrá tener, dos componentes: uno como pasivo financiero (cuando se haga efectivo, o sea previsible que va a efectuarse en breve, el reembolso de las aportaciones al socio o socios); y otro como instrumento de patrimonio, que debe ser la regla en tanto no sea previsible, ni razonable económicamente, que la cooperativa deba reembolsar a uno o más socios sus aportaciones sociales. En otras palabras, según las propias de la NIC, el concepto de pasivo financiero supone la existencia de una deuda actual y, este requisito no se cumple hasta que el socio no ha solicitado la baja y el reembolso de sus aportaciones sociales.

²⁶ Sobre la tipología y caracterización de las aportaciones en la Sociedad cooperativa, vid. Nuestro trabajo, *Los recursos propios.....*

²⁷ PANIAGUA ZURERA/CORDOBÉS MADUEÑO, “*La armonización del régimen sustantivo del capital social cooperativo con las normas internacionales de contabilidad*” en *XI Jornadas de Investigadores en Economía Social*, organizadas por CIRIEC y Celebradas en Santiago de Compostela, octubre de 2006.; POLO GARRIDO/GALLEGO SEVILLA, “*Implicaciones de las Normas Internacionales de información financiera en el régimen económico de las sociedades cooperativas*”. Debe advertirse que la interpretación de estos autores no es del todo coincidente.

En esta línea, la de buscar soluciones partiendo de la propia NIC encontramos la del CEPES que ha promovido una comisión para abordar posibles soluciones para contrarrestar los negativos efectos de la NIC 32. Por lo que parece se ha llegado a un consenso sobre la nueva redacción del artículo 45 de la Ley 27/1999, de 16 de julio de cooperativas cuya apartado primero quedaría redactado: *“El capital social estará constituido por las aportaciones obligatorias y voluntarias de los socios, que podrán ser:*

- a) *aportaciones con derecho de reembolso en caso de baja.*
- b) *Aportaciones cuyo reembolso en caso de baja pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector”*²⁸.

3. LAS RESERVAS

3.1. Fondo de reserva obligatorio

En la cooperativa, al igual que en otras sociedades, existe la obligación legal de dotar reservas²⁹, lo que realmente marca su diferencia es sin embargo la irrepartibilidad entre los socios y el destino de este patrimonio y, en casos específicos, el origen de tales dotaciones, y su vinculación a determinados fines.

En cuanto a las funciones desempeñadas por las reservas, como fondo propio de la sociedad, hay que decir que se trata de *«capitales de riesgo»* y no de capitales de crédito.

²⁸ CUBEDO TORTONDA, “El régimen económico de las sociedades cooperativas: situación actual y apuntes para una reforma” en *XI Jornadas de Investigadores en Economía Social*, organizadas por CIRIEC y Celebradas en Santiago de Compostela, octubre de 2006.

²⁹ La obligatoriedad de dotar una reserva legal en las SSRL se desprende a través de la remisión contenida en el art. 84LSRL al Capítulo VIILSA sobre cuentas anuales- de lo dispuesto en el art. 214 LSA, que establece la detracción, en todo caso, de una cifra igual al 10 por 100 del beneficio del ejercicio, destinada a reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el 20 por 100 del capital social. Como se ha señalado (CEA GARCIA, *Perspectiva contable de la propuesta de aplicación del resultado*, Centro de Estudios Financieros, Madrid 1992, págs. 98 y 99) caben dos interpretaciones sobre esta obligación legal de dotar reservas. Una primera sería que la sociedad estaría obligada a dotar la Reserva legal siempre que tuviese beneficios, ya que lo que dice el precepto es que alcance al menos el 20 por 100, lo que significa que la retención dineraria producirse siempre porque la norma no pone tope máximo. Una segunda, que es la que creemos más correcta, es la que sigue señalando el citado autor, según la cual la ley obliga a la retención prioritaria de beneficios hasta que el saldo de la Reserva legal estuviese situado en el tope mínimo legal del 20 por cien del capital social, mientras que a partir de ese nivel la retención de beneficios para tal fin sería simplemente voluntaria o potestativa para la sociedad, con lo cual la mención legal de ese tope mínimo cobraría sentido.

Como señala FERNÁNDEZ DEL POZO³⁰, las reservas cumplen dos funciones inescindibles, cualquiera que sea su estatuto y denominación, que corren paralelas a las del capital social: la función financiera y la garantista. A su juicio, la función financiera de las reservas consiste en suministrar autofinanciación, esto es, recursos financieros propios a largo plazo para la explotación de la empresa social. La función garantista o tutelar, o si se quiere, específicamente «*jurídica*», se traduce en la defensa de la integridad del capital social si bien en «*segunda línea de defensa*»: constituyen por tanto una garantía adicional a la suministrada por el capital social. En el ámbito cooperativo las funciones que cumple el capital social coinciden plenamente con este esquema, ya que como pusimos de manifiesto, en las cooperativas la función organizativa del capital (ausente en las reservas), es escasamente aplicable. No solo tienen una función análoga a la del capital social, sino que la precaria existencia de este último, fruto de su carácter variable (excepción hecha del capital social mínimo), hace que las reservas pasan a ser en el caso cooperativo el recurso propio de mejor calidad³¹, ya que opera como importante contrapeso³², en su organización financiera, del capital social³³. Como se ha indicado por la doctrina es la fuente de financiación más barata y estable de este tipo societario. El costo de esta fuente de financiación es nulo, porque las distintas partidas que lo integran no pertenecen a nadie en particular, ni se retribuyen a nadie

³⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, (*La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles (estudio especial del artículo 213 de la ley de Sociedades Anónimas)*, Madrid, 1997, pág. 251.

³¹ Así destaca como su finalidad más típica la de servir de garantía para los terceros que operen con ellas. Vid. entre otros, ELENA DíEZ, «El fondo de Reserva.....» op.cit. pág. 61. LLOBREGAT HURTADO, *Mutualidad y empresa cooperativa*. op.cit. pág.362. En este sentido destaca la obra de CELAYA, *Capital y sociedad cooperativa*, op.cit. págs 229 a 233. que resalta las graves dificultades que, a largo plazo, plantea en las sociedades cooperativas la acumulación de recursos a través del capital social. Únicamente los Fondos de reserva constituyen un vehículo de garantía de la estabilidad financiera de la empresa a largo plazo. En opinión de este «*la clave del problema jurídico planteado a la acumulación del capital en las sociedades cooperativas: la necesidad de optar entre acumulación no incentivada (reservas) o fondos no exigibles («capital social »), frente al depurado y eficaz sistema jurídico de las sociedades de capitales, destinado esencialmente a crear los cauces jurídicos necesarios precisamente para incentivar la acumulación del capital social. Esta situación del sistema jurídico cooperativo constituye un auténtico callejón sin salida que sólo una reforma en profundidad del actual régimen jurídico del capital social puede resolver. El reto que ello supone para la doctrina jurídica no debe quedar sin respuesta*».

³² Como señala GIANNITI, (*Causa lucrativa, causa mutualistica e cambiamento del tipo sociale*, Padova, 1991, pág 48.) el régimen patrimonial de la sociedad cooperativa, aunque diverso al de la sociedad lucrativa, no ofrece una menor tutela a los derechos de los terceros, como se confirma en el rigor impuesto por la ley a las cooperativas en materia de incremento de las reservas. Para SIMONETTO, la formación de reservas, sobre todo, cuando se halla establecida por la ley, no atiende tanto o más a la formación de un patrimonio del ente, sino que también contribuye a la formación de un fondo de garantía, con respecto a los terceros que operan con la sociedad, actúa como una tutela suplementaria a la del capital social que puede ser insuficiente. Para SIMONETTO, («La clausola che esclude la costituzione di riserve ex art. 2525.», en, *La cooperativa*. Padova, 1986. pág. 269-270). El establecer con carácter obligatorio la constitución de reservas de carácter irreplicable, sirve como importante «*contrapeso*» a la variabilidad del capital.

³³ En las sociedades de capital las reservas son consideradas de peor calidad con respecto al capital social. Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, *La aplicación.....op.ult.cit.* págs 251 y 252. y del mismo autor. *Las reservas*

consecuentemente. Es un verdadero «no exigible», pues, así como las aportaciones de los socios y los asociados, pueden ser exigidas por ellos al causar baja, en las condiciones señaladas por la Ley y los Estatutos, el Fondo de reserva obligatorio es irrepartible, aun en el caso de disolución y liquidación de la cooperativa³⁴.

Hemos de indicar por último que, al margen de estas funciones, que en términos generales comparten las sociedades cooperativas con las sociedades de capital, existe una función particular de las reservas en este tipo societario que las dota de una dimensión desconocida al resto de sociedades.

Existen en todo caso dos funciones específicas atribuidas a las reservas en la sociedad cooperativa en nuestro ordenamiento que siempre han venido unidas a su nota de irrepartibilidad, y que satisfacen los fines específicos que de siempre han venido unidos al cooperativismo. Por un lado crear un patrimonio colectivo separado del de los socios, destinado a realizar el principio de solidaridad entre los socios de presente y las personas pertenecientes a la categoría social que tiene las mismas necesidades y con las generaciones venideras³⁵. Por otro lado, crear un patrimonio afecto a fines sociales a favor de los propios socios los empleados de la propia cooperativa y del entorno tanto social como medioambiental, es decir comprometido con los siete principios de la ACI³⁶.

No nos vamos a detener más en este fondo, porque no parece que las NIC/NIIF planteen problemas en orden a su consideración como patrimonio neto³⁷.

atípicas. Las reservas de capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, Madrid, 1999 págs. 60 y ss.

³⁴ BORJABAD GONZALO, *Manual de Derecho Cooperativo.....op.cit.* págs. 136 y 137.

³⁵ Como señala DUQUE DOMÍNGUEZ, («La baja obligatoria del socio», *REVESCO*, nº 56-57, 1988-89, pág. 15) la solidaridad cooperativa aparece, sobre todo, en la constitución de ciertas reservas o fondos, con la finalidad de cubrir objetivos que superan los objetivos de los cooperativistas.

³⁶ Para un análisis más detenido de la regulación del sistema de reservas, vid. Nuestro trabajo *Los recursos propios en las sociedades cooperativas*, op.cit.

³⁷ CUBEDO TORTONDA, “El régimen económico de las sociedades cooperativas: situación actual y apuntes para una reforma” en *XI Jornadas de Investigadores en Economía Social*, organizadas por CIRIEC y Celebradas en Santiago de Compostela, octubre de 2006.

3.2. Fondo de reserva de educación y promoción.

Al señalar anteriormente que el Fondo de Reserva Obligatorio tiene, en términos generales, idéntica finalidad que las reservas legales de otros tipos societarios, dejábamos la cuestión de la naturaleza de este otro Fondo, elemento realmente específico de la sociedad cooperativa, hasta el punto de que constituye uno de sus rasgos tipológicos más sobresalientes.

Este fondo está destinado a sufragar el coste de actividades, que no son propiamente económicas, aunque puedan producir directa o indirectamente efectos de alcance económico, para la misma entidad, espacio territorial, o el ámbito social donde se desenvuelve su actividad³⁸. Tras la reforma de los Principios de la ACI de 1995, especialmente su nuevo séptimo Principio su significación, incluso se ha extendido a la defensa del medio ambiente. Tal es su régimen legal y adscripción a estos fines³⁹ que con acierto se ha señalado por la doctrina que *«es como si dentro de la Sociedad Cooperativa hubiera una Fundación con objeto educacional»*⁴⁰.

En cualquier caso y por lo que aquí nos interesa, al resultar inembargable, entendemos que no cumple con los requisitos de la NIC para ser considerado patrimonio neto.

³⁸ BORJABAD GONZALO, *Manual de Derecho Cooperativo...*op.cit. pág.141. Como destaca LLOBREGAT HURTADO, *Mutualidad*..op.cit. págs. 373 y 374. *«la constitución de un Fondo de formación y promoción constituye en nuestra opinión un instrumento funcional de extrema importancia para la disciplina económica de las cooperativas en la medida que facilita la apertura de esta disciplina a exigencias, que por sí solas trascienden los intereses puramente individuales de los socios y que al promocionar los fines generales de la cooperación tratan de tutelar también los intereses superiores de la comunidad, en la que la cooperativa se inserta. Este fenómeno constituye sin duda uno de los rasgos más sobresalientes de estas figuras con las restantes formas de empresa»*.

³⁹ El carácter de esta reserva es excepcional si se tiene en cuenta que las reservas representan la indisponibilidad de una fracción ideal del patrimonio social. Como indica FERNANDEZ DEL POZO, *Las reservas atípicas...*op.cit.pág. 51. *“no operan per se la separación de ciertos bienes o de cierto patrimonio del patrimonio societario global- el fondo de reserva stricto sensu- ni existe en Derecho común un deber de invertir el importe de las reservas en ciertos bienes y en ciertas condiciones”*.

⁴⁰ BORJABAD GONZALO, *Manual de Derecho Cooperativo...*op.cit. pág. 142. en términos similares, LLOBREGAT HURTADO, *Mutualidad*..op.cit. pág. 374. A este respecto señala acertadamente VICENT CHULIÁ, en *Comentarios...*op.cit. pág. 382, que como partida contable tiene una naturaleza ambigua, porque se refiere al mismo tiempo a la partida, dotación o asignación destinada en cada ejercicio a ser invertida o gastada en sus fines y a la dotación permanente de un patrimonio separado afecto a dichos fines.

3. 3. fondos de reserva voluntarios

Al margen de los señalados fondos de reserva obligatorios, y de los que como expresamente señala la nueva LGC art. 55.2 *“Con independencia del fondo de reserva obligatorio, la cooperativa deberá constituir y dotar los fondos que, por la normativa que le resulte de aplicación, se establezca con carácter obligatorio en función de su actividad o calificación”*, nuestras leyes de cooperativas contemplan la posibilidad de existencia de reservas voluntarias a las cuales se les puede atribuir el carácter de repartibles o irrepartibles.

Destaca de estos fondos de reserva su no regulación en un artículo concreto de la Ley, si no que por el contrario son aludidas en distintas ocasiones. Así según el art. 75 *“adjudicación del haber social”*, las reservas voluntarias son establecidas en los estatutos o por acuerdo de la Asamblea General, los cuales establecerán su carácter de repartibles y si así fuera los criterios de distribución. En su defecto se seguirá el criterio proporcional a la actividad cooperativizada desarrollada por los socios. Esta competencia también es deducible del art. 21.2 *“corresponde en exclusiva a la Asamblea General (...) g) Toda decisión que suponga una modificación sustancial, según los Estatutos, de la estructura económica, social, organizativa o funcional de la cooperativa”*.

Por otro lado, la ley las hace destinatarias en primer lugar de la compensación de la totalidad de las pérdidas de la cooperativa, art. 59.2 *“En la compensación de pérdidas la cooperativa habrá de sujetarse a las siguientes reglas: a) A los fondos de reserva voluntarios, si existiesen, podrá imputarse la totalidad de las pérdidas”*.

En cuanto a su finalidad nada se señala expresamente del articulado de la Ley. Hemos de destacar que las reservas afectas⁴¹ a fines particulares han gozado de enorme tradición en nuestro derecho contable, pero en la actualidad en la práctica han caído en desuso, quizá por ello en nuestras leyes de cooperativas se otorga libertad a los socios para que determinen el

⁴¹ Como indica FERNANDEZ DEL POZO, *Las reservas atípicas....op.cit.56*. *“La afectación o vinculación particular de ciertas reservas a fines singulares significa tres cosas: que la reserva vinculada o afecta debe, preferentemente a otras reservas, aplicarse al fin/es a los cuales se vincula; en sentido negativo, que la reserva afecta no debe aplicarse a propósitos distintos de los contemplados, especialmente la distribución, a menos que la aplicación venga precedida de la oportuna desafectación o desvinculación; y que, en todo caso, las reservas afectas a fines particulares están por definición afectas a la compensación de pérdidas”*.

destino y aplicación de estos fondos⁴², los cuales pueden establecerse para la consolidación financiera de la cooperativa, al igual que el fondo de reserva obligatorio, con la indudable ventaja de su posible repartibilidad si así es establecido⁴³. También puede crearse con el fin de actualizar las aportaciones que deban restituirse a los socios y socios colaboradores que causen baja en la cooperativa, o incluso para cubrir los reembolsos de las distintas modalidades de financiación externa que recogen las nuevas leyes de cooperativas y a las cuales dedicamos el último epígrafe. La constitución de una reserva voluntaria para esta finalidad será necesaria para el supuesto que recoge el art. 53 de la nueva ley estatal” (...) *no obstante podrán, dichos recursos podrán ser reembolsables, a criterio de la sociedad, siguiendo el procedimiento establecido para la reducción de capital por restitución de aportaciones en la legislación para las sociedades de responsabilidad limitada*”. En efecto, los artículos 80 y 81 de la LSRL se propone como sistema alternativo al de responsabilidad solidaria de los socios, a los que se les restituyeron las aportaciones, (por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros, hasta el límite del importe percibido en concepto de restitución de la aportación durante un periodo de cinco años) el de su “no responsabilidad” a condición de que en el momento de acordarse la reducción se dotara una reserva con cargo a beneficios o reservas libres por un importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución, reserva que será indisponible hasta que transcurran cinco años a contar desde la publicación de la reducción en el BORM, salvo que antes del vencimiento de dicho plazo hubieren sido satisfechas todas las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros. En nuestra opinión creemos más acorde con la naturaleza y función de estos tipos de financiación la opción por la constitución de una reserva con esta finalidad, con alguna matización. Entendemos que por criterios de prudencia contable esta reserva debería constituirse en el momento de emisión de estos instrumentos financieros y no esperar al de su reembolso interpretación que creemos goza de cierto respaldo.

⁴² En este sentido debemos hacer una importante distinción entre las reservas afectas y las provisiones. La afectación particular de las reservas es potestativa derivada de la condición de improbables de los riesgos y gastos contemplados. La dotación de las provisiones para la cobertura de todos los riesgos provisionables constituye una obligación contable; la dotación es un gasto del ejercicio y no una aplicación de resultados. Sobre este temario, vid. FERNANDEZ DEL POZO. *Las reservas atípicas...* op.cit. págs. 93 y ss.

⁴³ Por el contrario, como se ha señalado, las reservas voluntarias, pueden tener un efecto inverso ya que pueden incentivar el abandono de la cooperativa en determinados momentos, convirtiéndose en un «*Austrittsprämie*» a la salida de la sociedad. Vid SCHULTZ, «*Neue rechtliche Perspektiven zum Finanzierungsproblem genossenschaftlicher Unternehmen?*», *ZfgG*, 1975, págs. 263, 272.

Al hilo de lo señalado observa agudamente el Profesor CUBEDO que; siendo el capital cooperativo, a la luz de las NIC, un pasivo exigible –salvo cláusula de prohibición incondicional- cualquier reserva cuyo destino sea incrementar el valor a reembolsar al socio –manteniendo este un derecho de rescate- será igualmente reputada como pasivo. Consecuentemente, adjetivar una reserva de “reembolso o actualización” no parece lo más acertado por la conexión directa que pueda establecerse entre el capital cooperativo y la reserva asociada⁴⁴.

4. INSTRUMENTOS FINANCIEROS SUBORNIDOS COOPERATIVOS: ¿RECURSOS PROPIOS?.

4.1 Planteamiento

Como indicábamos en anteriores trabajos, existen precedentes en nuestro ordenamiento, según los cuales un «préstamo» que en buena lógica jurídica económica debería ser considerado como recursos ajenos de la entidad, la Ley en determinadas circunstancias, lo califica como recurso propio. Este es el caso de los préstamos participativos como ya vimos. Otro supuesto más próximo en nuestro caso es el de las obligaciones subordinadas emitidas por entidades de crédito. El denominador común de estas figuras, es en cuanto a su función atender la necesidad de recursos propios que por diversas razones, según a los sujetos a los que específicamente se dirigen, empresas sometidas a procesos de reconversión industrial⁴⁵ y entidades de crédito poseen escasas posibilidades de captación, o por su actividad necesitan un nivel elevado de éstos, son conseguidos en buena parte a través de préstamos subordinados.

⁴⁴ CUBEDO TORTONDA, “El régimen económico de las sociedades cooperativas: situación actual y apuntes para una reforma” en *XI Jornadas de Investigadores en Economía Social*, organizadas por CIRIEC y Celebradas en Santiago de Compostela, octubre de 2006.

⁴⁵ Posibilidad extendida en la actualidad a todas las empresas en virtud del art. 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, *sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica*, en redacción dada por la Disposición Adicional segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, *de Medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas*. Sobre dicha posibilidad, GARCÍA VILLAYERDE, («Créditos participativos», en *RdS*, op.cit. pág. 19.) plantea como dudosa esta posibilidad ya que entiende que los sujetos a los que se refiere la norma son «Sociedades» y no «entidades» a las que anteriormente aludía el legislador, excluyendo por tanto a las Cajas de Ahorro. Por otra parte el citado autor solo entiende comprendidas en las «sociedades» aludidas por la norma, a las de conformación capitalista, es decir, a las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, ya que en las personalistas no juega el concepto de capital social. Naturalmente, no podemos compartir esta opinión, ya que dejaríamos fuera a las sociedades cooperativas.

El hecho de haber regulado estas figuras de forma diferenciada específicamente en el ámbito cooperativo puede muy bien obedecer precisamente a la necesidad de fomentar el uso de este tipo de instrumentos entre sociedades como las cooperativas cuyo diseño legal impide, al igual que sucede con las Cajas de Ahorro, la acumulación de un nivel de recursos aceptable desde un punto de vista financiero⁴⁶.

Como comprobamos en trabajos previos se trata de una novedad en nuestro Derecho, pero no en países de nuestro entorno como Francia, Alemania o Italia, donde se han previsto modalidades específicamente destinadas a las cooperativas cuyos objetivos son similares a los de las «*participaciones especiales capitalizadas*» de la Ley Vasca, Navarra, y en la nueva Ley General de Cooperativas enmarcándose en el ámbito de los activos *no-exigibles* que no otorgan a sus titulares derecho de voto⁴⁷. En nuestro caso se trata de una nueva forma de financiación, en la que un préstamo subordinado, en determinadas condiciones impuestas por la Ley, no sólo es considerado como «*recurso propio*» para la entidad, sino que incluso si su reembolso queda condicionado a la liquidación de la sociedad, es considerado como capital social fijo.

La Orden ECO/3614/2003, de 16 de diciembre de 2003, califico estos instrumentos subordinados como recursos propios, cerrando de este modo las posibles interpretaciones. Siguiendo la lógica de la NIC 32, los nuevos instrumentos de financiación cooperativos subordinados, deberían quedar englobados en los recursos propios de la entidad ya que reproducen las cualidades que “le faltan” al capital social en la cooperativa para ser considerado como recurso propio. A continuación vamos a analizar dichos instrumentos para concluir a la vista de la NIC 32 si esta interpretación sigue siendo posible.

4.2 Los títulos participativos

Frente a la problemática que indicábamos al inicio de esta exposición cabe la posibilidad de utilizar títulos valores que disocien el derecho de voto y la financiación del no exigible, para atenuar los efectos negativos de la variabilidad del capital social y configurar

⁴⁶ En este sentido algún autor a llegado a caracterizar por este motivo a la sociedad cooperativa como una sociedad cuya regla general es la ser «*fortemente sottocapitalizzate*». ABBADESSA, «I prestiti dei soci nelle cooperative e nelle Casse Rurali», en AA. VV *Mutualità e formazione del patrimonio nelle Casse Rurali*, Dirigido ABBADESSA/FUSCONI. Milán 1985. pág. 405.

⁴⁷ CELAYA, *El acceso de las cooperativas al mercado de capitales*, Mondragón, 1995. pág. 213.

sociedades cooperativas con mayor estabilidad financiera.

Esta nueva figura crediticia⁴⁸, el título participativo, cumple esta finalidad en el ordenamiento francés ya que es reembolsable únicamente en el momento de liquidación de la sociedad o por su iniciativa más allá de siete años. Con ello y junto al interés variable en función de resultados y la liquidez se ha configurado este título francés más cerca de las acciones, y cumple así, la función de éstas como parte del no exigible y como garantía frente a terceros. De esta forma el ordenamiento francés las considera, dadas las características de permanencia y estabilidad, como «*quasi-fonds propres*»⁴⁹

Aunque la finalidad del legislador en nuestro caso no sea tan evidente como en el caso francés no impide que dada la amplia libertad en la configuración en los plazos de amortización, se pueda atenuar los efectos negativos de la variabilidad mediante vencimientos a muy largo plazos (hasta veinticinco años en la legislación catalana y libre en la General y vasca), además es muy probable que dado el término medio de vida de una empresa, estos vencimientos tan largos permitan dar la estabilidad financiera a la sociedad cooperativa durante su existencia. Por ello y en virtud de la autonomía de la voluntad, y dados los amplios márgenes que el legislador ha previsto para la figura, podría establecerse un pacto de subordinación, según el cual los titulares de dichos títulos, en el momento de liquidación, figurarán detrás del resto de acreedores cuyo reembolso. En este caso, se reunirían los requisitos básicos de las participaciones especiales, de esta forma nos encontraríamos frente a un préstamo subordinado emitido en serie por plazo superior a cinco años con retribución mixta. Desde un punto de vista jurídico no tendrían importancia la denominación con la que se le identificara en el acuerdo de emisión (título participativo, participación especial, obligación...) ya que tendrían la consideración de fondos propios, dado que en este sentido

⁴⁸ Esta vuelta a figuras ya conocidas en el Derecho, pero que por múltiples razones cayeron en desuso, para ser recuperadas en la actualidad con aires de pretendida novedad es un fenómeno que ha sido descrito en el ámbito de la contratación mercantil en general por GARCÍA VILLAVARDE. «Tipicidad contractual y contratos de financiación», en AA. VV *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, pág. y en referencia que al tema que nos ocupa del mismo autor, «Créditos participativos», AA. VV *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil*, Homenaje a Evelio Verdura y Tuells. 1994, págs. 1081 y ss. «Créditos participativos», en, *RdS*. n° 9, 1997, págs.13 a 24. y por, entre otros, VALENZUELA GARACH. «Valores negociables, títulos-valores y atipicidad» en, AA. VV *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, págs. 1389 y ss.

⁴⁹ DIDIER, *Droit Commercial*, Tomo 3, «Le marché financier, les groupes des sociétés», París 1993, pág. 104.

nada señalan los legisladores⁵⁰. De este modo, entendemos que se reproducirían los rasgos básicos señalados en la NIC para clasificarlo como patrimonio neto.

4. 3. Las participaciones especiales

La introducción de esta figura en nuestro derecho cooperativo se realizó por la Ley de Cooperativas de Euskadi de 1993 para las Cooperativas de Crédito y Seguros. Con posterioridad, la Ley foral navarra de 1996, adoptó este régimen procediendo a una regulación más detallada y extendiéndolo a todas las cooperativas, sin distinción, que se sometan a la citada Ley, criterio que también es asumido por la nueva Ley General de Cooperativas de 17 de junio de 1999. En principio estas participaciones especiales son asimilables a los préstamos subordinados, pero existen una serie de peculiaridades en su régimen que debe llevarnos a una reflexión en cuanto a su naturaleza.

Desde un punto de vista funcional esta deuda subordinada cumple idéntica misión al proporcionar de una forma estable un refuerzo financiero para la sociedad, pero si de identidad hablamos en cuanto su función económica, el concepto jurídico de «*fondo propio*» nos obliga a detenernos dadas las importantes repercusiones que se producirían si lo afirmamos. De esta forma tendrían la misma significación en el balance que las aportaciones de los socios, consecuentemente con ello, en los supuestos de concurso estos fondos propios evitarían la insolvencia de la sociedad.

La postura que hasta ahora se ha sostenido tanto por el legislador como por la doctrina, como veíamos, es a lo sumo a una asimilación de los préstamos subordinados a los fondos propios a los efectos de establecer la solvencia financiera del deudor. Pero dicha asimilación de los préstamos subordinados no se traduce en la pérdida de su carácter de préstamo, para pasar a ser una aportación social. Todo ello hemos de interpretarlo atendiendo al peculiar organización financiera de la sociedad cooperativa.

En la definición dada por la NIC 32 en su párrafo 11, final establece como conclusión que “un instrumento de patrimonio es cualquier contrato que ponga de manifiesto una participación

⁵⁰ En este sentido, CELAYA, *El acceso de las cooperativas...* Op. cit. pág. 143.

residual en los activos de una entidad, después de deducir todos sus pasivos”. En principio, no parece que se plantee dudas con respecto a las aportaciones especiales, en las condiciones que se señalaron en la Orden de 2003, pero una lectura atenta de la NIC 32 puede cuestionar esta afirmación. Y es que; como señaló el Profesor VARGAS: Una es como se ha regulado el derecho de reembolso, en el sentido de que la sociedad tengan un derecho incondicional a rechazar el reembolso o no. Y otra cosa es saber si existe una obligación de la sociedad de pagar un interés. Esto lo digo porque el párrafo 17 de la NIC dice que "una de las características de un instrumento de neto es la existencia de una obligación contractual de emisor de entregar efectivo o un activo financiero determinado". Por lo que si la sociedad paga un interés periódico por estas prestaciones subordinadas, independientemente de si se limita o no el derecho de reembolso, si no existe un derecho incondicional de la sociedad de decidir sobre el pago de esos intereses van a tener que ser considerados pasivos. Por lo tanto entendemos que como ya hemos apuntado con ocasión del título participativo debería establecerse en el acuerdo una remuneración variable condicionada a los resultados de la sociedad. De esta forma los “gastos” o “ingresos” generados por estos instrumentos tendrán un reconocimiento como variaciones de patrimonio.

5. TRATAMIENTO DEL CAPITAL Y LA FINANCIACIÓN SUBORDINADA EN SITUACIONES CONCURSALES

A pesar de que el concepto de patrimonio no forma parte de los términos técnicos utilizados en el momento de la redacción de nuestro Código Civil, donde aparece muy esporádicamente, es necesaria su definición para perfilar lo que la doctrina denomina el «soporte objetivo de la responsabilidad del deudor». Así el art. 1911 del Código Civil establece «del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros». En efecto cuando el deudor deviene insolvente su patrimonio puede ser objeto de una ejecución individual, pudiendo por vía del embargo o de la ejecución de los bienes que lo componen, o puede ser objeto de una ejecución universal (Concurso) y el conjunto de bienes es objeto de una especial administración en beneficio de todos los interesados⁵¹.

⁵¹ En este sentido, El art. 76 Ley Concursal determina que constituye la masa activa del concurso no sólo aquellos bienes y derechos que a la fecha de la declaración del concurso formen parte del patrimonio, sin que quepa distinguir entre patrimonio civil y mercantil, del deudor sino también aquellos que, a pesar de haber salido de él en virtud del art. 71 Ley Concursal deban ser reintegrados, a

Siguiendo la lógica de la NIC 32 y su calificación del capital social cooperativo nos llevaría a calificar a los socios como acreedores de la sociedad. Entendemos con la Profesora FAJARDO que llegado el concurso de la sociedad cooperativa “*el capital es en todo caso un recurso propio y los socios (temporales o no) no serán integrados en la masa pasiva del concurso por sus aportaciones sociales*”⁵².

Por lo que respecta a la financiación subordinada, la naturaleza bifronte de estas financiaciones, en que por un lado su naturaleza jurídica es de préstamo, pero que por otro, desde un punto de vista económico funcionan como aportaciones a capital, plantea el problema de establecer que posición jurídica ocupa el suscriptor de estas participaciones con respecto a la sociedad cooperativa.

Con esta solución la cooperativa consigue que estos préstamos sean considerados como verdaderos recursos propios de la entidad, pero lo que es más importante la propia Ley de cooperativas sólo los considera así cuando existe una postergación de los créditos. Es decir, se adopta una de las soluciones apuntadas por la doctrina de tratamiento de estos préstamos concedidos a la sociedad por sus propios socios, es decir, la subordinación entendida como sanción a la infracapitalización nominal.

Pero el tema en este lugar no es el de la infracapitalización sino más bien lo que se ha venido a llamar «*recapitalización*»⁵³. En la infracapitalización, el capital de crédito disimulaba (suplía o sustituía) el capital de riesgo (recursos propios); ahora son los capitales de crédito los que cumplen las funciones (asumen los riesgos) que han de cubrir los recursos propios. Esto

través de las acciones rescisorias y de los que adquiriera hasta la conclusión del procedimiento. Naturalmente el art. 76.2 LC exceptúa de lo señalado los bienes que sean legalmente inembargables (arts. 605 y ss. Ley de Enjuiciamiento Civil).

⁵² FAJARDO GARCIA, “La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas”, en *CIRIEC*, nº 16, 2005, pág. 52.

⁵³ En este sentido MENÉNDEZ MENÉNDEZ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, en «Las acciones sin voto», *RDM*, nº191, 1989, pág 10, señalan con respecto a las acciones sin voto, que, «*se presentan como un instrumento de recapitalización, e incluso de reorganización y reestructuración empresarial, que permite adecuar la relación entre fondos propios y fondos ajenos. En este sentido cumplen una función similar a las acciones de voto plural indirecto y a los préstamos de carácter postergado y participativo, admitidos en su día para las sociedades anónimas de reconversión*».

según se ha señalado se logra por un procedimiento de mimetismo que tiene como resultado la producción de activos financieros híbridos.

Ciertos instrumentos de deuda reproducen las características económicas más salientes del capital riesgo. En otras palabras, si antes se decía que la simulación que lleva aparejada la infracapitalización no debería burlar la aplicación de las normas imperativas de los recursos propios, ahora se sostiene como corolario que si esos capitales de crédito satisfacen esos requisitos son merecedores de recalificación⁵⁴.

En el caso de la sociedad cooperativa, cuando las participaciones especiales sean emitidas por la duración de la sociedad debemos realizar las siguientes observaciones:

- En primer lugar, y en buena técnica jurídica, sólo las aportaciones «*de riesgo*» realizadas en tal concepto por los «*socios*» pueden tener consideración de capital social.

- En segundo lugar, son calificados como recursos propios por el legislador contable con independencia del sujeto que los suscribe. Cuestión diferente es que estos instrumentos, al menos en un primer momento, están dirigidos a los propios socios y a las posibles sociedades del grupo⁵⁵. Como se ha señalado la utilización de estos instrumentos subordinados por los mismos socios de la sociedad que lo recibe, hace que se conviertan en instrumentos sustitutivos del capital social, dado que el capital como vimos no cumple la tradicional función organizativa en la sociedad cooperativa, es indiferente para el socio que no incorporen derechos políticos, que poseen y que no pueden aumentarse. De esta forma podríamos añadir que este suscriptor de participaciones especiales no disfruta de menos derechos económicos que el socio de la cooperativa, ya que éste no tiene en principio derecho a la cuota de liquidación. Tal vez, al fin, -desde la perspectiva del socio cooperador titular de aportaciones especiales y ordinarias- lo único verdaderamente distintivo sería la exclusividad del retorno cooperativo que sólo puede ser percibido por los socios usuarios en función de su actividad cooperativizada.

⁵⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, op.ult.cit. págs 286-287.

⁵⁵ Vid. ABADESSA, «I prestiti dei soci nelle cooperative e nelle casse rurali», en AA. VV. *Mutualità e formazione...* op. cit. pág. 422.

- En tercer lugar, en definitiva, la posición que ocupa el titular de estas participaciones especiales, a pesar de la peculiaridad, de que desde un punto de vista económico cumplan una función más próxima a las aportaciones a capital, sigue siendo la de acreedor. Como señaló BROSETA⁵⁶, con respecto a los «préstamos participativos», es en el caso de insolvencia donde se descubre la esencia del sistema creado «*En él se coloca a sus titulares en una posición intermedia entre los acreedores y los socios de la sociedad deudora. Porque si todo va bien, son acreedores y cobrarán sus créditos. Pero si todo va mal, se les trata casi como si fueran socios, sin serlo en ningún momento*»⁵⁷.

Este es el tratamiento que les da la nueva Ley Concursal a los suscriptores de participaciones especiales subordinadas ya que en la clasificación de los créditos realizada por el artículo 89 sitúa a los créditos subordinados por detrás de los privilegiados y ordinarios⁵⁸, de lo que se deduce que si la sociedad cooperativa deudora entra en una situación concursal, estos acreedores «*especiales*», pueden saber que, con casi absoluta seguridad, no podrán obtener el reembolso de sus préstamos ni el de sus intereses vencidos y no cobrados⁵⁹; a lo que debe unirse el hecho de que ni siquiera podrán ejercer el voto en la junta de acreedores(art. 122.1 de

⁵⁶ BROSETA, «Régimen de los «préstamos participativos»», op. cit. pág 263. esta afirmación es reiterada en las conclusiones a las que llega el citado autor en este trabajo, pág. 286. «*Lo que siendo casi de imposible realización, demuestra que los acreedores participativos ostentan una posición casi intermedia entre los acreedores y los socios de su sociedad deudora. Pero sin ser íntegramente ni una cosa ni otra cosa*». Esta situación ambigua e imprecisa es reproducible en otros híbridos financieros ya que como señala críticamente SÁNCHEZ ANDRES, (*Sociedad Anónima. Modelo 1998...* op.cit. págs 54 y 55.) «*Lo que sucede es que, como tantos mestizos, las acciones rescatables pueden llegar a sumar en su contra los defectos de sus dos progenitores*» para concluir que (citando a GOWER, *Company Law*, cit, pág. 364) «*suspendidos a medio camino entre los verdaderos miembros (de la sociedad), ellos (los titulares de acciones rescatables) recogen lo peor de ambos mundos*». En realidad como señala LARRIBA DÍAZ-ZORITA, («Modificaciones en la Ley de sociedades Anónimas introducida por la ley de Reforma del mercado de Valores», *Partida Doble*, n° 97, 1999, pág. 36) «*El titular de unas obligaciones participativas es un acreedor, mientras que el titular de unas acciones rescatables, es un socio. Diferencia que a efectos prácticos y en bastantes casos, puede que no tenga demasiada importancia en el mercado financiero*»).

⁵⁷ No obstante como se ha señalado por la doctrina francesa, esta diversificación de valores, considerados como «*quasi-capital*» conlleva de por sí el cuestionar si sus titulares encajan en los criterios tradicionales del contrato de sociedad. Incluso se ha apuntado la posibilidad de los «*quasi-associés*», como los titulares de acciones privadas provisionalmente de uno de los atributos tradicionales de la acción («*actions á dividendes prioritaires sans droit de vote*»), o los titulares de «*certificats d'investissement*». Vid. GENINET. en, «*Les quasi-apports en société*», *Rev. des Sociétés*, n°1, 1987, págs, 25-42.

⁵⁸ Definiéndolos en su artículo 92. «*son créditos subordinados: parrafo 2º "Los créditos que por pacto contractual tengan carácter de subordinados respecto todos los demás créditos contra el deudor"*.

⁵⁹ Como señala GARCÍA VILLAVERDE, «Créditos participativos», en, *RdS*, op.cit. pág. 15, estos préstamos tiene una significación similar a los fondos propios, ya que al subordinar el crédito se presta una garantía suplementaria a otros acreedores, los que van a cobrar antes que los subordinados, que se añade a la derivada del patrimonio social.

la Ley Concursal señala con respecto a la fase de convenio que “no tendrán derecho de voto en la junta: 1º los titulares de créditos subordinados”).

BIBLIOGRAFÍA

- ABBADESSA, «I prestiti dei soci nelle cooperative e nelle Casse Rurali», en AA. VV *Mutualità e formazione del patrimonio nelle Casse Rurali*, Dirigido ABBADESSA/FUSCONI. Milán 1985.
- BORJABAD GONZALO, *Manual de Derecho Cooperativo, General y catalán*, Barcelona, 1993.
- CAMPOBASSO, «Mutualità delle casse rurali de artigiane e instrumenti di formazione del capitale», en, AA. VV. *Mutualità e formazione del patrimonio nelle casse rurali*, Dirigido por ABBADESSA/FUSCONI, Milán 1985.
- CEA GARCIA, *Perspectiva contable de la propuesta de aplicación del resultado*, Centro de Estudios Financieros , Madrid 1992
- CELAYA, *Capital y sociedad cooperativa*, Barcelona, 1992.
- CELAYA, *El acceso de las cooperativas al mercado de capitales*, Mondragón, 1995
- CUBEDO TORTONDA, “El régimen económico de las sociedades cooperativas: situación actual y apuntes para una reforma” en *XI Jornadas de Investigadores en Economía Social* , organizadas por CIRIEC y Celebradas en Santiago de Compostela, octubre de 2006.
- DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social. Noção, princípios e funções*, en, *Studia iuridica*, nº 33, Coimbra 1998.
- DIDIER, *Droit Commercial*, Tomo 3, «Le marché financier, les groupes des sociétés», París 1993.
- DIVAR, *La metamorfosis del capital*, Bilbao, 1983.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, «libre adhesión y el principio de puerta abierta en las sociedades cooperativas», *Primeros encuentros Cooperativos de la Universidad del País vasco*, Vitoria-Gazteiz, 1986.
- FAJARDO GARCIA, “La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas”, en *CIRIEC*, nº 16, 2005.
- FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Madrid 1997
- FÉRNANDEZ DEL POZO, *La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles (estudio especial del artículo 213 de la ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1997
- FERNÁNDEZ-FEIJÓO SOUTO /CABALEIRO CASAL, en *XI Jornadas de Investigadores en Economía Social* , organizadas por CIRIEC y Celebradas en Santiago de Compostela, octubre de 2006.

- FERNANDO ELENA DÍAZ, «El Fondo de Reserva obligatorio en la nueva Ley General de cooperativas», en, *REVESCO*, nº 56-57, año 1988-89.
- GARCÍA VILLAVERDE. «Créditos participativos», en, *RdS*. nº 9, 1997
- GARCÍA VILLAVERDE. «Créditos participativos», AA. *VV Estudios de Derecho Bancario y*
- GARCÍA VILLAVERDE. «Tipicidad contractual y contratos de financiación», en AA. *VV Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990,
- GENINET. en, «Les quasi-apports en société», *Rev. des Sociétés*, nº1, 1987,
- GIANNITI, *Causa lucrativa, causa mutualistica e cambiamento del tipo sociale*, Padova, 1991.
- GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976.
- GÓMEZ URQUIJO/RIOS AÑÓN, «Respuestas a las dificultades de captación de capital en las cooperativas: el caso Eroski», en *Anuario de Estudios Cooperativos*, Bilbao, año 1997
- GROSSFELD. *Genossenschaft und Eigentum*, Tübingen, 1975.
- GROSSO, *I controlli interni nelle società cooperative*, Milán, 1990.
- LARRIBA DÍAZ-ZORITA, «Modificaciones en la Ley de sociedades Anónimas introducida por la ley de Reforma del mercado de Valores», *Partida Doble*, nº 97, 1999,
- LLOBREGAT HURTADO, *mutualidad y empresa cooperativas*, Barcelona 1990.
- LUTTER, «Vom formellen Mindeskapital zu materiellen Finanzierungsregeln im Recht der Kapitalgesellschaften», *Festschrift für St. Riesenfeld*, Heidelberg, 1983.
- MARTÍN LÓPEZ/LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS/ITURRIOZ DEL CAMPO. «Naturaleza del capital social como aspecto diferenciador entre las sociedades cooperativas y las sociedades laborales», en *XI Jornadas de Investigadores en Economía Social*, organizadas por CIRIEC y Celebradas en Santiago de Compostela, octubre de 2006
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, en «Las acciones sin voto», *RDM*, nº191, 1989
- MORALES GUTIERREZ, en, «La especificidad del Capital social en las Cooperativas de trabajo asociado», *REVESCO*, Nº 58, año 1990.
- MÜNKNER, «Go Public and Remain Co-operative?», en *Boletín Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, nº 26-27, 1996
- NICCOLINI, *El capitale sociale mínimo*, Milán, 1981.
- NITSCHKE. *Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft*, Bielefeld, 1970
- PANIAGUA ZURERA/CORDOBÉS MADUEÑO, «La armonización del régimen sustantivo del capital social cooperativo con las normas internacionales de contabilidad» en *XI Jornadas de Investigadores en Economía Social*, organizadas por CIRIEC y Celebradas en Santiago de Compostela, octubre de 2006.
- PASTOR SEMPERE, *Los recursos propios en las sociedades cooperativas*, Madrid, 2002.
- POLO GARRIDO/GALLEGOS SEVILLA, «Implicaciones de las Normas Internacionales de

información financiera en el régimen económico de las sociedades cooperativas”. en *XI Jornadas de Investigadores en Economía Social*, organizadas por CIRIEC y Celebradas en Santiago de Compostela, octubre de 2006.

PONSA GIL, *Las sociedades civiles, mercantiles, cooperativas, y de seguros*, Barcelona, tomo II 1923.

SÁNCHEZ CALERO. F. «Identidad de las Cajas de ahorro: pasado presente, futuro», en *RDBB*. nº 43, 1991.

SCHULTZ, «Neue rechtliche Perspektiven zum Finanzierungsproblem genossenschaftlicher Unternehmen?», *ZfgG*, 1975

SCHULTZ, *Kreditwürdigkeit und Unternehmungsform*, Wiesbaden, 1967.

SERRANO Y SOLDEVILLA, en, *La cooperativa como sociedad abierta*, Sevilla, 1982.

SIMONETTO, «La clausola che esclude la costituzione di riserve ex art. 2525.», en, *La cooperativa*. Padova, 1986.

TRAUTMANN, *Finanzierung genossenschaftlichen Eigenkapitals vor dem Hintergrund der Eigenkapitalregelungen des Gesellschaftsrechts*, Darmstadt, 1975.

TULIO ROSEMBUJ, «La organización jurídica de la cooperativa y sus consecuencias económicas», en, *Revista de la Economía social y de la Empresa*, nº16, 1993.

VERGEZ SÁNCHEZ, *Derecho de cooperativas y su reforma*, Zaragoza, 1976.

VICENT CHULIÁ, «Cuestiones sobre el régimen económico de la cooperativa», *CIRIEC, Legislación y jurisprudencia*, nº9, octubre de 1998,

WESTERMANN «Das rechtliche Wesen der Erwerbs-und Wirtschaftsgenossenschaften», en, *Von Wesen der Genossenschaften und ihre steuerliche Behandlung*, Neuwied, 1951.

WESTERMANN, «Die Anpassung der Rechtsgrundlagen der Genossenschaft», *ZfgG*, 1970.