

Innovación y Cooperativismo: propuestas para una reforma armonizadora de la normativa española reguladora de las Sociedades Cooperativas

Dr. Enrique Gadea
Universidad de Deusto

Recibido: 18.06.09
Aceptado: 2.07.09

Sumario: 1. Punto de partida. ¿Qué es una cooperativa? El elemento distintivo de la cooperativa frente a las sociedades capitalistas se sustenta sobre la idea de participación,— 2. Problemas y aspectos que deben ser objeto de revisión,— 2.1 Planteamiento general,— 2.2 En concreto: temas esenciales en el proceso de reforma y armonización, vía consenso, del régimen jurídico general de las sociedades cooperativas,— 2.2.1. La flexibilización del régimen de los órganos sociales,— 2.2.2. La no necesidad de diferenciación de resultados cooperativos y extracooperativos,— 2.2.3. Determinación con claridad que una cooperativa puede obtener beneficios sociales de la intermediación,—2.2.4. La flexibilización del tratamiento legal del fondo de reserva obligatorio.—2.2.5. La regulación de un nuevo régimen de capital adecuado para los tiempos actuales,—2.2.6. El sistema de publicidad legal de las cooperativas,— Bibliografía recomendada.

Resumen: El objeto de este trabajo es apuntar los temas esenciales que deben ser tomados en consideración en el esperado proceso de reforma y armonización del régimen jurídico de las sociedades cooperativas. Ello pasa necesariamente por realizar una definición unitaria del tipo societario que se va a regular y por ofrecer una regulación moderna y actualizada de aspectos como el régimen orgánico, la regulación del capital y del sistema de publicidad registral de las cooperativas.

Palabras clave: innovación y regulación de la sociedad cooperativa.

Abstract: The aim of this study is to point out the essential subjects that should be taken into consideration in the expected reform and harmonisation of the legal system for cooperatives. This calls for a unified definition of the type of company to be regulated and offers modern and updated regulation of aspects such as organs, capital and the cooperative system of registry publicity.

Key words: innovation and regulation of cooperatives.

1. Punto de partida. ¿Qué es una cooperativa? El elemento distintivo de la cooperativa frente a las sociedades capitalistas se sustenta sobre la idea de participación

Para una adecuada delimitación de la realidad sobre la que vamos a tratar nos interesa destacar que la cooperativa es una empresa abierta, que puede operar con socios y con terceros, y que sus rasgos distintivos sobre las sociedades capitalistas deben analizarse desde la noción de participación.

La especial estructura participativa de las cooperativas se vertebra en torno a tres pilares:

1. *El papel del socio*: En la cooperativa, los socios participan no sólo aportando las sumas de capital necesarias sino operando como clientes, en las cooperativas de consumo, y como trabajadores, en las cooperativas de producción. Es indudable que esa doble posición de sus miembros constituye una característica propia (aunque no exclusiva: se da también, por ejemplo, en las mutuas de seguros o en las sociedades de garantía recíproca) de las cooperativas, que tiene trascendencia en el plano legal y, especialmente, en la configuración del estatus jurídico del socio, al que, por ejemplo, se le reconoce el derecho y se le impone el deber de participar en la actividad cooperativa.
2. *La gestión democrática por parte de sus miembros*, basada en la asociación igualitaria, que, en la práctica, se concreta, por lo menos en las cooperativas de primer grado, en la regla general de que los socios tengan iguales derechos de voto (un socio, un voto).
3. *El sistema de distribución de beneficios*, al margen de la contribución en el capital, en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada socio en la entidad.

A nuestro juicio, el hecho que justifica la especificidad de la sociedad cooperativa no es la *gestión preferentemente mutualista*: el elemento definitorio de la cooperativa es que constituye una *iniciativa empresarial por parte de un grupo de personas que, al margen de la aportación de capital de cada socio, tiene por finalidad la satisfacción de sus necesidades mediante la recuperación de la forma de empresa personalista y de funcionamiento interno democrático*. Ese es el hecho diferencial sobre el que debe basarse la particular consideración y el adecuado tratamiento (incluso en el plano fiscal) para la entidad asociativa cooperativa.

Estas ideas encajan, además, con lo dispuesto en el artículo 129.2 de la CE que establece que: «los poderes públicos promoverán eficaz-

mente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una Legislación adecuada, las sociedades cooperativas». Con ello, nuestra Constitución de 1978 sitúa a la sociedad cooperativa, adecuándose para ello a las exigencias actuales y recogiendo las tendencias más modernas de las Legislaciones europeas sobre cooperación, en el contexto adecuado de la participación, contrastando así con otras Constituciones, como la italiana de 1947, que en su artículo 45 adopta la postura clásica, más restrictiva y parcialmente superada en relación con el Cooperativismo, al señalar que: «La República reconoce la función social de la cooperación con carácter de mutualidad y sin fines de especulación privada ...».

2. Problemas y aspectos que deben ser objeto de revisión

2.1. *Planteamiento general*

Como es sabido la Jurisprudencia Constitucional —en particular, la Sentencia 72/1983, de 29 de julio— se decantó por el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esa decisión ha hecho posible la publicación de numerosas Leyes autonómicas, que regulan todo el régimen sustantivo de la sociedad cooperativa. Ello ha provocado la desfiguración del tipo societario cooperativista. A diferencia de lo que sucede con una sociedad capitalista, en la actualidad, cuando se nos pregunta, por ejemplo, por la delimitación de funciones entre la asamblea o el órgano de administración en el ámbito de la sociedad cooperativa, como se regula el sistema típicamente cooperativo de imputación de pérdidas o incluso como se concreta el reparto de los excedentes, no podemos dar una respuesta clara y unívoca. En la actualidad, los perfiles de la sociedad cooperativa han quedado desdibujados en una maraña de leyes, con lo que, en cierta manera, se está vulnerando el mandato constitucional de fomentar las sociedades cooperativas mediante una adecuada. Es cierto que la solución para este primer problema no pasa por las soluciones impuestas. La solución debe venir de la concienciación y de la implicación de las diferentes CCAA, que deben crear Comisiones de Expertos que redacten unas Bases (aunque pueda sonar un poco ridículo quizá se entienda mejor si hablamos de una «Directiva interna») para garantizar la uniformidad de nuestra Legislación Cooperativa, por lo menos en lo que concierne a los aspectos básicos del régimen jurídico sustantivo de la Sociedad Cooperativa.

2.2. *En concreto: temas esenciales en el proceso de reforma y armonización, vía consenso, del régimen jurídico general de las sociedades cooperativas*

Deben ser objeto de reflexión para valorar una posible regulación uniforme, las cuestiones siguientes:

2.2.1. *La flexibilización del régimen de los órganos sociales*, para que, junto al consejo rector, se permitan las alternativas de administrador único, varios administradores solidarios o varios administradores conjuntos.

2.2.2. *La no necesidad de diferenciación de resultados cooperativos y extracooperativos*. En los tiempos actuales, no parece razonable exigir la contabilidad separada de los resultados cooperativos y extracooperativos, con la consiguiente penalización por el coste añadido de gestión a los normales de toda empresa que afecta negativamente a la competitividad de la formula cooperativa, alegando que, en caso contrario, se pone en peligro la *pureza de la causa no lucrativa*.

2.2.3. *Determinar con claridad que una cooperativa puede obtener beneficios sociales de la intermediación* (repárese en que el intermediario no se elimina, sólo se sustituye). La diferencia debe residir en la forma de distribución: en el caso de las sociedades lucrativas, la distribución a los socios se realizará en función del capital aportado y en el caso de las cooperativas, después de atender los fondos obligatorios (incluido el FEP), la adjudicación a sus miembros se realizará en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada uno en la entidad.

2.2.4. *La flexibilización del tratamiento legal del fondo de reserva obligatorio: estudio de las excepciones a la irrepartibilidad*. La irrepartibilidad absoluta se ha convertido en un elemento desincentivador para la constitución de cooperativas y para potenciarlas con cargo a resultados. Tradicionalmente, la irrepartibilidad de este fondo entre los socios se ha explicado por los objetivos de marcada proyección social que persiguen las sociedades cooperativas. Ese patrimonio colectivo está destinado a hacer efectivo el principio de solidaridad de los socios actuales con los de las generaciones futuras, si no se disuelve la cooperativa, o con personas que tienen las mismas necesidades, en caso de disolución de la sociedad, dado que, en ese supuesto, el remanente del fondo se destinará a la promoción del cooperativismo.

Sin embargo, estos planteamientos clásicos presentan cada vez más excepciones. En este aspecto, se ha pasado de la irrepartibilidad absoluta

a la irrepartibilidad con excepciones; en unos casos, para que las cooperativas puedan afrontar los retos empresariales a los que tienen que hacer frente; en otros, por razones de justicia (socios de cooperativa en liquidación que proyecten ingresar en otra cooperativa) y, en otros, simplemente, para evitar que la irrepartibilidad absoluta no se convierta en un elemento desincentivador para la constitución de cooperativas y para potenciarlas con cargo a resultados.

La norma que recoge más excepciones es la que se decanta por el modelo de Cooperativismo más economicista, que es la Ley vasca. En esta norma, para no condicionar los retos empresariales que las cooperativas deben afrontar, se admiten las siguientes:

1. Cuando una cooperativa se transforme en una sociedad civil o mercantil, por así exigirlo la viabilidad empresarial, previa autorización del Consejo Superior de cooperativas, la asamblea general que acuerde el cambio de modelo societario puede decidir que el valor nominal de las dotaciones del FRO y de las reservas voluntarias irrepartibles se acrediten ante el Consejo mencionado como títulos de cuentas en participación referidos a la sociedad resultante del proceso transformador (art. 85.4 LCPV).
2. En caso de disolución con liquidación de una cooperativa de segundo o ulterior grado, el activo sobrante (que puede incluir el FRO) será distribuido entre los socios en proporción al importe del retorno percibido en los últimos cinco años o, para cooperativas cuya duración hubiese sido inferior a ese plazo, desde su constitución. En su defecto, se distribuirá en proporción a la participación de cada socio en la actividad cooperativa o, en su caso, al número de miembros de cada entidad agrupada en aquella cooperativa (art. 132 LCPV).
3. Las cooperativas mixtas pueden recoger en sus estatutos, si lo autoriza el Consejo Superior de cooperativas en el momento de su configuración como tal cooperativa mixta, la previsión de repartibilidad del FRO en caso de liquidación (art. 136 LCPV).

La LCOOP, por razones de justicia, admite un supuesto de reparto de las cantidades del FRO; en efecto, prevé que cualquier socio de la cooperativa en liquidación que tenga en proyecto incorporarse a otra cooperativa, podrá exigir que la parte proporcional del haber líquido sobrante de la liquidación, calculada sobre el total de socios, se ingrese en el fondo de reserva obligatorio de la sociedad cooperativa a la que se incorpore, siempre que así lo hubiera solicitado con anterioridad a la fecha de la convocatoria de la asamblea general que deba aprobar el balance final de liquidación (artículo 75.2 LCOOP).

También la LCAND para evitar que la irrepartibilidad del FRO se convierte en un elemento desincentivador para la constitución de cooperativas y para su potenciación con cargo a resultados, señala que, si los estatutos lo establecen expresamente, el FRO «tendrá carácter parcialmente repartible con arreglo a los criterios establecidos en el apartado 3 del artículo 84, el 4 del artículo 108 (relativo a la repartibilidad en el supuesto de transformación, posibilidad que ha sido eliminada por la reforma operada por la Ley 3/2002, de 16 de diciembre) y el 5 del artículo 115». Igualmente, el artículo 84.3 admite el derecho al reembolso, al socio que causa baja en la cooperativa tras permanecer un mínimo de cinco años, de una parte alícuota del 50 por 100 del FRO generado a partir de su incorporación atendiendo a su participación en la actividad económica cooperativa. El art. 115.5 permite el reembolso, a los socios que lleven cinco años en la cooperativa cuando ésta cesa en su actividad, de la mitad de lo que quede del FRO en sede de reparto del haber social resultante de la liquidación. El reparto será proporcional al tiempo de permanencia y a la participación en la actividad económica cooperativa.

Pues bien, creemos que en el futuro la apertura va a ser todavía mucho mayor. Repárese en que la legislación cooperativa se encuentra en un proceso de cambio; cambio que, en no pocas ocasiones, se concreta en la aproximación del régimen del capital social en la sociedad cooperativa al de las sociedades mercantiles, lo que motiva que las soluciones pretéritas no son siempre adecuadas para los nuevos tiempos.

A nuestro juicio, convergen diversas circunstancias que aconsejan una flexibilización del régimen legal:

- 1.^a Si las características diferenciadas del capital de las cooperativas, a saber: capital variable por reembolso en caso de baja, capital no transmisible (o de forma muy limitada), capital con retribución limitada por la ley y capital sin valor de mercado, impiden que constituya un instrumento adecuado de financiación propia con plazo indefinido. Y si este problema se ha intentado solucionar a través de los fondos de reserva, pero no se ha podido porque al no ser éstos atribuibles a los socios, su dotación constituye un elemento de desincentivación para la constitución de cooperativas y para potenciarlas con cargo a resultados, ¿por qué no introducir elementos correctores en un tipo societario considerado en la actualidad excesivamente gravoso por restrictivo? Por ejemplo: ¿Por qué no admitir la utilización de los fondos de reserva obligatorios para aumentar el valor de las aportaciones si superan un porcentaje alto del capital suscrito, siempre

que, además, se asegure que quede en el fondo una cuantía significativa (por ejemplo, superior al 20 por ciento del nuevo capital)?

- 2.^a ¿Por qué no es posible flexibilizar el régimen de esas reservas si gran parte de los argumentos utilizados para su mantenimiento han perdido vigencia? Se ha señalado que no existen límites cuantitativos a la dotación de esta reserva, de manera que, durante toda la vida de la sociedad, subsiste la obligación legal de dotación, con independencia de su cuantía, porque, con esta obligación de dotación continuada, se intenta suplir la merma de garantía para los terceros derivada del derecho de libre baja de los socios. Sin embargo, esa merma es más teórica que real en una situación como la actual en que el derecho de reembolso se encuentra muy restringido por la posible fijación de plazos de permanencia obligatoria y de reembolso diferidos.
- 3.^a La flexibilización del régimen del FRO cobra mayor sentido con la adaptación de la NIC 32 al ámbito cooperativo, en que el reembolso «puede ser rehusado incondicionalmente por la asamblea o el consejo rector, según se prevea en los estatutos» (así, art. 57.1 LCPV). En ese contexto, no cabe hablar de merma de garantías para los terceros, por lo que la utilización de parte FRO, una vez supere un porcentaje significativo del capital, para atender la exigencia de nuevas aportaciones obligatorias, dado que, en el nuevo modelo, no cabe la baja del socio disconforme con el acuerdo de la asamblea, nos parece una medida no solo conveniente para no desincentivar su dotación, sino justa para los propios socios. En esa línea, para atender la exigencia de nuevas aportaciones proponemos, en términos análogos a lo previsto en el artículo 157 de la LSA, la utilización del fondo de reserva obligatorio en la parte que exceda, no del 10 (como en las sociedades anónimas) sino del 20 por ciento de la nueva cifra de capital (repárese que la legislación alemana va más allá, al prever, sin más, que los beneficios se repartirán libremente entre los socios, con la única salvedad de constituir un Fondo de Reserva legal para atender eventuales pérdidas: art. 7.5).

2.2.5. La regulación de un nuevo régimen de capital adecuado para los tiempos actuales

A nuestro juicio, en el Derecho español, una nueva orientación exige:

1. La constitución de fondos de capital fijo mediante la limitación legal del derecho de reembolso a los socios, admitiéndose como contra-

partida la más fácil transmisión de las partes sociales (aspecto ya previsto desde antiguo en la normativa alemana).

La limitación legal (que podría tener una redacción similar a la de la regulación belga: «los estatutos podrán reconocer el derecho de los socios a causar baja», con lo que se deja abierta la puerta a su no-reconocimiento) regiría, en principio, para las nuevas cooperativas y para las nuevas aportaciones de las ya constituidas. La posibilidad de imponer la supresión del derecho al reembolso para las demás es dudosa, por lo que parece más oportuno dejar la transformación de las aportaciones ya realizadas en no exigibles hasta la liquidación al arbitrio de la cooperativa, en los términos del artículo 57.1 de la Ley vasca.

La constitución de sociedades cooperativas con fondos de capital fijo exige prescindir del criterio legal actual que parte de la existencia de un derecho al reembolso de la aportación en caso de baja. Sobre esta cuestión, se ha señalado que la limitación total o parcial del derecho de reembolso en caso de baja no afecta a ningún aspecto esencial de los principios ideológicos del Cooperativismo, debiendo considerarse como un mecanismo de carácter técnico para su comprobación léase el primer principio —adhesión voluntaria y abierta— de la Declaración de Manchester de 1995).

Para articular un nuevo modelo de sociedad cooperativa con fondo de capital fijo, que sustituya al modelo de capital actual, consideramos que deberían tomarse en consideración los «tres capitales cooperativos» siguientes:

- 1.º Un capital legal mínimo fundacional, que deberá fijarse en 3000 Euros y hallarse íntegramente desembolsado desde la constitución de la cooperativa. Con ello, se trata no sólo de alinearse con las recientes corrientes del Derecho societario comparado, sino también de subrayar el carácter empresarial de las cooperativistas y de ofrecer a los terceros, desde el nacimiento mismo de la entidad, un testimonio real de seriedad económica y de seguridad jurídica. Esta medida, deberá ser aplicable a todas las cooperativas salvo a las de transporte y a las del sector financiero: crediticias y aseguradoras que deben tener mayores capitales, debe ser valorada muy positivamente, aunque más desde el punto de vista de la seriedad exigible a la iniciativa económica que desde el punto de vista de la garantía que a los terceros puede ofrecer capital social, ya que es obvia la imposibilidad técnica de fijar a priori una cifra de capital que procure el soporte financiero preciso para toda iniciativa empresarial que pretenda organizarse a través de una sociedad cooperativa: la

falta de vinculación entre esa cifra y los datos concretos de la empresa permite señalar que la exigencia de capital mínimo, al igual que en las sociedades capitalistas, no garantiza la fijación de una cifra de capital adecuada, o en términos más precisos, no evita el fenómeno de la infracapitalización de la sociedad motivado por la desproporción entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social.

- 2.º Un capital estatutario. Por la razón anterior, es necesario determinar un capital estatutario, sin derecho de reembolso (quizá, con la salvedad de que ese derecho pudiera ser específicamente reconocido por los estatutos, en cuyo caso no cabrían emisiones de capital comanditario), formado por la suma de las aportaciones obligatorias exigidas a los socios para adquirir y mantener su condición. Ante esta afirmación, cabe pensar que los estatutos fijarán una aportación obligatoria mínima, incluso puramente testimonial. Para evitar esa situación, en el texto legal debe quedar claro que la voluntad del legislador es que la cuantía de las aportaciones deberá fijarse de tal forma que el conjunto de las aportaciones obligatorias constituya una cifra inicial de capital adecuada (por lo menos, razonable) para la empresa, lo que en definitiva debe indicarse es que la exigencia de una capitalización adecuada se halla implícita en el texto legal y que, en caso de insolvencia, la existencia de infracapitalización conlleva la pérdida del beneficio de la responsabilidad limitada. En este caso, la cuantía de la aportación obligatoria inicial cobra mayor significación, dado que, en el nuevo modelo, no cabe la baja del socio disconforme con la exigencia de nuevas aportaciones obligatorias, por lo que para aumentar el valor de la aportación será necesario el voto favorable de las tres cuartas partes de los votos emitidos, salvo en el caso de que se incremente con cargo a reservas o beneficios de la sociedad, en términos análogos a lo previsto en el artículo 157 de la LSA, aunque admitiendo la utilización del fondo de reserva obligatorio sólo en la parte que exceda, no del 10 (como en las Sociedades anónimas) sino del 20 por ciento de la nueva cifra de capital (repárese que la legislación alemana va más allá, al prever, sin más, que los beneficios se repartirán libremente entre los socios, con la única salvedad de constituir un Fondo de Reserva legal para atender eventuales pérdidas).

Además, para facilitar el desembolso de la cifra fijada, en el momento de la suscripción únicamente será necesario atender el veinticinco por ciento (siempre que con ello se cubra el mínimo legal); el resto se desembolsará en el plazo que fijen los estatutos, que será como máximo de cinco años. De ese modo, este fondo de capital constituye un recurso propio de la cooperativa, alterable (mediante aumento o reducción, sin perjuicio, en el segundo caso, de las garantías de los acreedores, en términos análogos a las del artículo 166 TRLSA) a través de reforma estatutaria.

Como compensación, parece conveniente flexibilizar el sistema de transmisión. A este aspecto nos referiremos posteriormente. Con carácter previo, abordaremos los problemas prácticos derivados de la mora del socio derivada de la falta de desembolso de las cantidades pendientes, de la no-reposición de la aportación en caso de imputación de pérdidas o de otras causas. En ese caso, parece conveniente aplicar un régimen análogo al previsto en los artículos 44 y 45 del TRLSA. Especialmente, relevante es que la cooperativa puede proceder a la venta de la aportación, en los términos que explicaremos seguidamente, y, si la venta no pudiese efectuarse, a la amortización de la aportación, con la consiguiente reducción de capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades percibidas a cuenta de la aportación.

Para articular un nuevo modelo de cooperativa con un fondo de capital fijo, consideramos necesario flexibilizar la transmisión de las aportaciones. Tanto es así, que deben existir dos vías para acceder a una sociedad cooperativa: la vía ordinaria, de admisión de nuevos socios (regulada en la LE en el artículo 13), y la vía derivativa o por adquisición de aportaciones, para lo cual sólo será necesario reunir los requisitos objetivos imprescindibles, en su caso (por ejemplo, una titulación determinada), para que el adquirente ostente la condición de socio. Únicamente, cabría admitir que los estatutos contemplasen un derecho preferente de adquisición de los otros socios (a prorrata, si desean ejercitar varios este derecho), sujeto a dos limitaciones:

- a) Que, como consecuencia de la adquisición, el número de socios no quede por debajo de tres.
- b) Que, como consecuencia de la adquisición, ningún socio (salvo los exceptuados de la norma; véase a este respecto el artículo 45.6 LE) adquiera un porcentaje superior al 49% por ciento del capital (cifra máxima razonable, aunque no se vote en función del capital).

En caso de que el socio no pueda enajenar su cuota y mientras se encuentre en esa situación, debe poder disfrutar, como los demás, de las garantías retributivas y de participación en el haber social mencionadas en la Ley vasca. Igualmente, también tendrá derecho al incremento del valor de su aportación con cargo a reservas o beneficios. Además, para evitar limitaciones, a la hora de regular este modelo, debe tenerse en cuenta que al socio que lo sea por adquisición de aportaciones no se le puede exigir cuota de ingreso, al ocupar la posición del saliente, aunque sí desembolsos suplementarios para completar la aportación obligatoria, en caso de que la cooperativa haya previsto la fijación de aportaciones proporcionales al compromiso o uso potencial que cada socio asuma de la actividad cooperativa.

Nos queda, por último, exponer la cuestión del precio. Como se trata de una operación no especulativa, el adquirente deberá pagar lo que en ese momento figure como nominal actualizado de la aportación obligatoria, sin perjuicio de que, en ocasiones, parte de esa cantidad pueda corresponder a la sociedad por deducciones practicadas por pérdidas o sanciones o porque no esté íntegramente desembolsado su importe.

- 3.º Un capital variable y reembolsable al socio en caso de baja, con las cauciones y descuentos de la normativa actual. Este fondo estaría constituido por las aportaciones voluntarias. En este contexto, es indudable que deberían regularse de forma atractiva, para lo cual nos parece esencial que la regulación recoja los dos aspectos anteriormente señalados:
 - a) Debe admitirse que los administradores acepten en todo momento aportaciones voluntarias de los socios al capital social, con la única condición de que la retribución no sea superior a la de las últimas aportaciones voluntarias al capital acordadas por la asamblea o, en su defecto, a la de las aportaciones obligatorias.
 - b) No debe exigirse su desembolso íntegro en el momento de la suscripción.

Después de estudiar el modelo, y más si tenemos en cuenta que a continuación vamos a proponer que sea posible la emisión de capital comanditario, puede parecer que en él no tienen cabida las aportaciones voluntarias. Es cierto que, en algunos casos, esta figura no será utilizada y que es posible que, incluso los socios, se decanten por la opción del capital comanditario, aunque la figura

de las aportaciones voluntarias siempre será válida y constituirá una alternativa para aquellos socios que pretendan colocar sus ahorros al margen de opciones especulativas.

2. Crear un nuevo régimen atractivo y capaz de generar confianza en el mercado, dirigido a captar fondos, de socios o de terceros, no exigibles hasta la liquidación de la cooperativa y que formen parte del capital, a través de la admisión de emisiones de capital comanditario.

Como ha quedado apuntado, es comúnmente aceptado que la regulación del capital social de las cooperativas no es la más adecuada para solucionar las necesidades financieras de las empresas cooperativas actuales y, en especial, de las empresas que pretendan acceder al mercado de capitales para la captación de recursos financieros. El régimen típico y habitual de las acciones no ha impedido a las sociedades anónimas adaptarse a las diferentes necesidades planteadas por el mercado de capitales, mediante el diseño de instrumentos jurídico-financieros adecuados para los inversores (a título de ejemplo, piénsese en las acciones sin voto). Por el contrario, las sociedades cooperativas no han conseguido ni siquiera que sus instrumentos financieros sean atractivos para sus propios socios. Repárese en la escasa, por no decir nula, utilización de las nuevas figuras (participaciones especiales, títulos participativos...) reguladas en los últimos años. Una de las razones que puede haber motivado su poco éxito es la ausencia de unos perfiles claros y fácilmente identificables por el inversor.

Para intentar mejorar esa situación, proponemos la autorización de emisiones del llamado «capital comanditario». Se trata de incorporar un artículo con el siguiente tenor:

«1. Las sociedades cooperativas de cualquier clase, tanto de primero como de ulterior grado, podrán emitir capital comanditario hasta el límite de la mitad de su cifra estatutaria, cuyos titulares serán socios exclusivamente capitalistas que no participarán directamente en la administración de la sociedad y no tendrán derecho de voto.

2. El capital comanditario estará representado por medio de títulos o de anotaciones en cuenta. Si la representación se libraré mediante acciones, a éstas se les aplicaría el régimen de las acciones sin voto de la Ley de Sociedades Anónimas, salvo en lo referente a la recuperación del voto.

3. Dichos valores quedarán regulados por la normativa relativa a los activos financieros, incluidas, en su caso, las normas reguladoras de las cotizaciones bursátiles.

4. Las sociedades cooperativas que emitieran capital comanditario lo harán constar así en su escritura fundacional o en la posterior de modificación estatutaria».

Y ello, sin alterar el régimen de responsabilidad, que será limitada, dado que la sociedad cooperativa tiene medidas que conceden suficiente tranquilidad a los terceros. Esas medidas son: el sistema de imputación de pérdidas (de todas las pérdidas, tal como prevé el legislador vasco) y la exigencia de mantener la cuantía correspondiente a la aportación obligatoria fijada para adquirir la condición de socio. De ese modo, se incorpora en el ámbito cooperativo la concepción del capital material —valor contable efectivo de las aportaciones al capital social— en detrimento de la de capital nominal —cifra fijada en los estatutos o en el balance—. Puede plantear dudas que, por una parte, digamos que los socios no responderán personalmente de las deudas sociales, dado que su responsabilidad por dichas deudas estará limitada a las aportaciones al capital social que hubieran suscrito y que, por otra, apuntemos que los socios serán inmediatamente requeridos para que realicen la aportación necesaria hasta alcanzar la cuantía fijada para la aportación obligatoria si por la imputación de pérdidas de la cooperativa a los socios ésta quedase por debajo del mínimo fijado por los estatutos o por la asamblea general. Aunque no existe incompatibilidad entre ambas prescripciones, simplemente operan en ámbitos distintos aunque presentan evidente conexión: la primera opera en caso de insolvencia de la sociedad y la segunda debe situarse en el marco de las medidas que garantizan los derechos de los acreedores sociales y que justifican que los socios de las sociedades cooperativas respondan únicamente hasta el límite de las aportaciones al capital social que hubieran suscrito, ya que para mantener ese privilegio deben aportar a la sociedad la cifra de capital adecuada o, en otras palabras, evitar la infracapitalización.

El mayor problema se presenta si no existen beneficios disponibles, dado que en el ámbito cooperativo no nos parece conveniente en este momento que sus titulares «recuperen el derecho de voto». Creemos que esta medida puede suplirse con otra que no vulnera los principios cooperativos. Para ese caso, puede preverse que el capital comanditario adquiera en el consejo rector una cuota de representación proporcional a su cifra de capital, cuota que mantendrá hasta que se les abonen las retribuciones relativas a sus títulos.

De esa manera, con un mecanismo sencillo, pretendemos atraer a los ahorradores a las cooperativas de éxito o con proyectos atractivos. Además, ello concordaría con los modernos instrumentos reguladores de capital no político o no participe: acciones sin voto del TRLSA.

3. La Sociedad Cooperativa con capital comanditario dividido en acciones.

Nos queda por concretar una propuesta más; probablemente la más ambiciosa y con la que pretendemos relanzar el tipo societario coope-

rativo. Una de las rémoras del tipo societario cooperativo es, utilizando la frase de un viejo artículo del Profesor Vicent Chulia, «el accidentado desarrollo de nuestra legislación cooperativa», añadimos nosotros, «después de promulgarse la Constitución de 1978», por haberles sido negada su condición de sociedad mercantiles con menoscabo del rigor científico.

De este hecho se deriva inseguridad jurídica y, por tanto, pérdida de credibilidad en este tipo societario. Borrar las consecuencias de decisiones pasadas no es fácil. Nuestro torrente legislativo es imparable. Algún autorizado autor (Paniagua Zurera) ha propuesto una ley de armonización ex artículo 150.3 de la Constitución, aunque, a nuestro juicio, esta solución presenta problemas de oportunidad política. Esta figura no ha sido utilizado en otras materias y no sería bien recibida por el «Cooperativismo Autonómico».

Nosotros, para paliar de forma conjunta ese problema y el de la estructura financiera de las cooperativas, proponemos la creación, en un Título separado de la Ley Estatal de Cooperativas o en una Ley especial, de un nuevo tipo societario: «La sociedad cooperativa con capital comanditario dividido en acciones», sociedad de naturaleza mercantil al amparo del artículo 124 del CDC (como es sabido, la jurisprudencia francesa califica como mercantil a cualquier cooperativa que no respete una estricta actividad mutualista) y regulada por la Legislación Estatal, y sólo por ella, a tenor de lo dispuesto en el artículo 149.1.6 de la Constitución. Repárese que la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de Cooperativas lo es sin menoscabo del respeto a la Legislación mercantil (por todos, puede verse el artículo 10.23 del EAPV) Por ello, la inscripción de esta sociedad, regulada conforme a las directrices señaladas en los apartados anteriores tendrá lugar en el Registro Mercantil.

De ese modo, quedarían articulados dos modelos de cooperativa: el modelo local, alejado, o con acceso muy limitado, al mercado de capitales, y el modelo para la nueva empresa cooperativa, dinámica y competitiva, que, además, tendría el trato fiscal adecuado a un proyecto de «Empresa para el Hombre»; de empresa, que condicionada por las exigencias de un mercado cada vez más competitivo, se ha visto obligada a crear un tipo societario que, en lo externo, se acerca a una organización tipo sociedad lucrativa, aunque, en realidad, se diferencia de éstas en consideraciones internas; en que fija sus normas socio-jurídicas en unos principios de democratización económica (derecho de voto y reparto de excedentes) y solidaridad social (aportación al empleo estable y comprometido, atención al medio ambiente y al entorno, al desarrollo sostenible, y a la aspiración de consecución de un medio más humano, en el

que los socios se hacen «dueños de su destino»). Por tanto, para que el nuevo tipo pueda prosperar urge la modificación de la Ley sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas, por obsoleta, hasta el punto de prever que la no contabilización diferenciada de los resultados impide el acceso a la condición de cooperativa fiscalmente protegida.

2.2.6. *El sistema de publicidad legal de las cooperativas.*

Las primeras Leyes autonómicas —Ley vasca de 1982 y Ley catalana de 1983— y, posteriormente, también la Ley general, en la línea de la Legislación 74-78, regulan un Registro de cooperativas con valor semejante al de los registros de publicidad material. La Ley vasca vigente ya señala que el Registro de cooperativas de la Comunidad Autónoma es un registro jurídico, cuya eficacia está definida por los principios de publicidad material y formal, legalidad, legitimación, prioridad y tracto sucesivo (artículos 15 y 16). Y ello, a pesar de los titubeos iniciales originados por el artículo 149.1.8 de la Constitución que atribuye competencia exclusiva al Estado sobre la ordenación de los registros públicos (jurídicos o de publicidad jurídico-privada).

La consolidación de esta situación, que no ha sido cuestionada por el Gobierno central, impedirá que en la reforma del Registro mercantil de 1989 se regule el acceso de las cooperativas a éste. Precisamente, un aspecto de notable importancia de la reforma es el aumento del número de sujetos inscribibles. Con ello se pretende conseguir un viejo objetivo: que el Registro mercantil aglutine y centralice la publicidad legal de todos los sujetos del tráfico económico. Curiosamente, como ha señalado el profesor C. Paz-Ares, «el tipo societario que empaña la deseada racionalización en este campo es el de las cooperativas, que salvo las de crédito y seguros, permanecen inaccesibles al Registro Mercantil. Es éste un agujero del sistema que no pudo remediarse y la razón no se halla tanto en la existencia de un Registro especial de cooperativas en el Ministerio de Trabajo, que podría haber sido absorbido por el mercantil sin graves dificultades, como en el hecho de que una gran parte de las cooperativas tengan que inscribirse en los registros creados en las distintas Comunidades Autónomas con competencia sobre esta materia. La absorción por el Registro mercantil podría dar lugar a un grave conflicto competencial».

La postura española constituye una excepción, ya que en la mayoría de los países de nuestro entorno las sociedades cooperativas son inscribibles en los Registros mercantiles: la Ley alemana de 1898 establece que el Registro de cooperativas se mantiene en el juzgado competente para el Registro mercantil correspondiente (artículo 10); la Ley italiana señala que el acto de constitución de las cooperativas debe ser depositado en el término de treinta días para su inscripción en el Registro de empresas

(artículo 2.519 CC); igual sucede con la Ley suiza en la que el artículo 865 dice que la sociedad se inscribirá en el Registro comercial; también exigen la inscripción en el Registro mercantil las Leyes de Bélgica y Luxemburgo.

Problemas que genera la situación descrita:

1. *La función de depósito y publicidad de las cuentas anuales.*

La legislación estatal de cooperativas (arts. 4.2 y 28 RRC) y todas las autonómicas —excepto la de Extremadura— disponen que el Registro de cooperativas desarrollará las funciones de depósito y publicidad de las cuentas anuales de estas sociedades.

Esto que en principio parece pacífico, no lo es si tomamos en consideración lo dispuesto por el artículo 365.1 RRM: «en general, cualesquiera otros empresarios —distintos a los que cita expresamente (SA, SRL, etc.)— que en virtud de disposiciones vigentes vengan obligados a dar publicidad a sus cuentas anuales presentarán éstas para su depósito en el Registro Mercantil de su domicilio, dentro del mes siguiente a su aprobación»; y como las cooperativas son empresarios deberán depositar sus cuentas anuales en el RM. Para evitar este doble depósito, la LCoop dispuso que «el Gobierno, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Trabajo y Asuntos Sociales, dictará las normas necesarias para que las cooperativas tengan que... depositar sus cuentas anuales en un solo Registro» (disp. final 3.^a). Pero aún no se ha hecho.

2. *Los Registros de Cooperativas como Registros de denominaciones.*

En nuestra legislación cooperativa se suele establecer que la escritura pública de constitución de la sociedad debe contener declaración de que no existe cooperativa y otro tipo de sociedad mercantil con idéntica denominación (arts. 41.3 y 42.1 RRC)

Pero el alcance de esta prohibición es distinto según la norma autonómica de que se trate. Algunas leyes autonómicas sólo exigen certificación por parte de su Registro de que no hay ninguna cooperativa inscrita con la denominación elegida por la sociedad proyectada, aunque la mayoría de ellas exigen un doble certificado negativo de denominación social: uno que se solicita a la Sección Central del Registro de Cooperativas del Ministerio de Trabajo y otro al Registro autonómico correspondiente (LCPV, LCLR, LCEX y LCCV).

Especialmente significativo es lo previsto en la Ley vasca, que prevé que ninguna cooperativa podrá adoptar una denominación idéntica a la de «otra sociedad preexistente» (art. 2.2 LCPV), cooperativa o no, pero su disposición transitoria sexta relativiza esta imposición al señalar que «en tanto no se coordine y unifique el régimen normativo sobre denomi-

naciones societarias en todo el Estado, la referencia del artículo 2.2 de la Ley a otra *sociedad* preexistente se entenderá realizada a otra *cooperativa* existente»; y como esto no tiene visos de hacerse, el RRCPV de 2005 reitera que la identidad de denominación es en referencia «con otra cooperativa» (art. 96.1), debiendo adjuntándose para su incorporación al instrumento público las certificaciones originales sobre denominaciones no coincidentes expedidas por el RC estatal y por el Registro de Cooperativas de Euskadi [art. 12.2, letra f) LCPV].

Lo cierto es que esta diversidad de regímenes, acompañada de una evidente falta de coordinación entre los registros cooperativos entre sí y de éstos con el RM, genera una criticable situación jurídica, que en ocasiones repercute en las propias cooperativas que deben contar una doble certificación negativa de denominación social para constituir la sociedad o para proceder a una modificación estatutaria que afecte a su denominación.

No obstante, esa situación podía mejorarse mediante la coordinación y unificación del régimen normativo sobre denominaciones sociales en todo el Estado, que se conseguiría, con la promulgación de la Ley de denominaciones de personas jurídicas (prevista por la disposición adicional décimo octava de la Ley de Marcas), atribuyendo al RMC las competencias en materia de publicidad e inscripción de las denominaciones sociales de toda clase de empresarios, incluidas las cooperativas.

3. *La función informativa de los Registros de cooperativas.*

Esta función básica para el tráfico se traduce en la posibilidad de que todo el mundo pueda conocer su contenido. Constituye un hecho conocido la menor dotación de medios de los Registros de cooperativas en relación con los RM, pero independientemente de esto, lo cierto es que lo ideal para el tráfico, pensando en los operadores económicos, y también lo mejor para las distintas administraciones que verían aliviadas sus necesidades de inversión, sería el acceso a la información jurídica y financiera a través de la misma vía por la que acceden el resto de los empresarios, esto es, el Registro Mercantil Central (RMC), como gran base de datos de los sujetos y actos inscritos en los Registros Mercantiles Territoriales. Ello sería posible mediante la instrumentalización del RMC como Registro centralizado con finalidad informativa de todo tipo de empresario, incluidas las cooperativas.

Bibliografía recomendada

- ARCO, Del. *El nuevo Reglamento de Cooperación*. Zaragoza. 1972.
BORJABAD. *Manual de Derecho Cooperativo*. General y Catalán. Bosch. Barcelona. 1993.

- CELAYA. *Capital y Sociedad Cooperativa*. Tecnos. Madrid. 1992.
- *Acceso de las Cooperativas al mercado de capitales*. Infes. Mondragón. 1995.
- DIVAR. *La alternativa Cooperativa*. Ceac. Barcelona. 1985.
- *La Democracia económica*. Universidad de Deusto. Bilbao. 1990.
- DIÁZ, Elena. «El Fondo de reserva obligatorio en la nueva Ley General de Cooperativas». *REVESCO*, núms. 56-57. 1988.89, pp. 49-82.
- FAJARDO. *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*. Tecnos. Madrid. 1997.
- «Las aportaciones voluntarias a capital social ante la reforma de la legislación cooperativa». *CIRIEC-España*. Mayo 1993. núm. 13, pp. 51-77.
- GADEA/SACRISTÁN/VARGAS VASSEROT. *Régimen jurídico de la Sociedad Cooperativa del siglo XXI (Realidad actual y propuestas de reforma)*. Dykinson. Madrid. 2009.
- GOMEZA VILLA, en García Sánchez (Coord.). *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*, Consejo General del Notariado. Madrid. 2001.
- ILLESCAS ORTÍZ. *El derecho al dividendo en la Sociedad Anónima*. Sevilla. 1973.
- LARRAÑAGA. *Análisis de la Legislación vasca sobre cooperativas*. Caja Laboral Popular. San Sebastián. 1985.
- «Comentario al artículo 56», en *Glosa a la Ley de Cooperativas de Euskadi*. Dir. Paz Canalejo. CSCE. Vitoria. 1999.
- LLOBREGAT. *Mutualidad y empresas y cooperativas*. Bosch. Barcelona, 1991.
- «Régimen económico de las sociedades cooperativas en el marco de la nueva Ley General de Cooperativas 27/1999». *RdS* núm. 13. 1999. pp. 190-228.
- MARTÍN FERNÁNDEZ/ MARTÍN SALCINES/ RODRÍGUEZ MÁRQUEZ. *Cuestiones tributarias y contables de las cooperativas*. 1.ª ed. Iustel. Madrid. 2006.
- MARTÍNEZ SEGOVIA. «Sobre el concepto jurídico de cooperativa», en Moyano Fuentes (Coord.). *La sociedad cooperativa: un análisis de sus características societarias y empresariales*. Universidad de Jaén. Jaén. 2001.
- MORILLAS JARILLO y FELIÚ, Rey, *Curso de Cooperativas*. 2.ª ed. Tecnos. Madrid. 2002.
- MUÑOZ GARCÍA. «El régimen jurídico contable en las sociedades cooperativas y en las sociedades agrarias de transformación», en *Cooperativas Agrarias y Sociedades Agrarias de transformación*, Dir./Coord. Pulgar Ezquerro/Vargas Vasserot, Dykinson. Madrid. 2006. pp. 261-305.
- ORMAECHEA, en «Capítulo introductorio». *Glosa a la Ley 20-1990 sobre Régimen fiscal de las cooperativas*. Caja Laboral Popular. Mondragón. 1991.
- PANIAGUA. «La determinación y la distribución de los resultados del ejercicio económico en la sociedad cooperativa: propuestas de armonización legislativa». *RdS*. núm. 25. 2005, I. p. 199-229.
- «La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social». Vol. 1. Tomo XXII del *Tratado de Derecho mercantil*. Coord. por Jiménez Sánchez. Marcial Pons. Madrid. 2005, II.
- PASTOR SEMPERE, *Los recursos propios en las sociedades cooperativas*. ER. Madrid. 2002.
- PAZ-ARES. «Sobre la infracapitalización de sociedades». *Anuario de Derecho Civil*. 1983. pp. 262 y ss.

- «La cláusula no lucrativa en la Agrupación de Interés económico». en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo*, T. II. Universidad de Cantabria. Santander. 1993.
- PAZ CANALEJO. *El nuevo Derecho cooperativo español*. Madrid. Digesa. 1979.
- «Comentario al artículo 85», en *Glosa a la Ley de Cooperativas de Euskadi*. Dir. Paz Canalejo. CSCE. Vitoria. 1999.
- PAZ CANALEJO Y VICENT CHULIÁ. «La Ley General de Cooperativas», en Sánchez Calero y Albadalejo (Coords.). *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, XX*, Vol. 3. Edersa. 1994.
- SALABERRIA. «Comentario a la Disposición Adicional Tercera», en *Glosa a la Ley de Cooperativas de Euskadi*, Dir. Paz Canalejo. CSCE. Vitoria. 1999.
- SÁNCHEZ CALERO. *La determinación y distribución del beneficio neto en la Sociedad Anónima*. Roma-Madrid. 1955.
- SÁNCHEZ CALERO y OLIVENCIA. «Relaciones del régimen jurídico de las sociedades mercantiles y de las sociedades cooperativas», en *Anales de Moral social y económica*. Centro de Estudios de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, Vol. 6. 1964.
- SIMONETO. «Il lucro dell impresa cooperativa, utile e risparmio di spesa», *Riv. Delle Soc.* 1970, pp. 237 y ss.
- TRUJILLO. «La determinación y aplicación de resultados en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas». *Revista Derecho de los Negocios*, núm. 127. 2001. pp. 1-15.
- VALDÉS DAL-RÉ. *Las Cooperativas de Producción*. Montecorvo. Madrid. 1975.
- VARGAS VASSEROT. *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros*. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2006.
- VARGAS VASSEROT y AGUILAR RUBIO. «Régimen económico y fiscal de las cooperativas agrarias y de las SAT. El capital social, determinación de resultados, distribución de excedentes y obligación de auditoría», en *Cooperativas Agrarias y Sociedades Agrarias de transformación*, Dir. /Coord. Pulgar Ezquerro/Vargas Vasserot. Dykinson. Madrid. 2006. pp. 159-239.
- VERRUCOLI. «Tendencias sobre Derecho comparado Europeo sobre cooperación», en *Anales de Moral social y económica*. Centro de Estudios de la Santa Cruz del Valle de los Caídos. Vol. 9. 1965.
- VICENT CHULIÁ. «Análisis crítico del nuevo Reglamento de cooperación, RDM, núm. 123. 1972. pp. 429-537.
- «Las empresas mutualísticas y el Derecho mercantil en el Ordenamiento español», *RCDI*, núm. 512. 1976. pp. 69-132.
- «Las cuentas anuales», en *La reforma de la Ley de sociedades anónimas*, dirigida por Rojo. Civitas. Madrid. 1987, pp. 225-292.
- VIVANTE. *Tratado de Derecho mercantil*. 5.ª ed. Roma. 1932.