

LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA: CUESTIONES Y PERSPECTIVAS

Antonio Fici

Profesor de Derecho Privado, Universidad de Molise

Profesor de Derecho comparado de las sociedades cooperativas, LUMSA de Roma

Investigador senior de Euricse European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises

RESUMEN

La Sociedad Cooperativa Europea (SCE) es una forma jurídica de organización empresarial en la Unión Europea establecida en el Reglamento nº 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003. Este artículo se centra en los objetivos del Reglamento de la SCE, el sistema de las fuentes del derecho aplicable a la SCE y las principales cuestiones que este sistema conlleva. Posteriormente analiza sus disposiciones más relevantes en lo que concierne a la identidad cooperativa. Las conclusiones presentan el estado de la aplicación del Reglamento a la luz de sus objetivos, y especulan en torno a sus perspectivas futuras. Si por un lado el Reglamento de la SCE ha contribuido a un mejor conocimiento de las cooperativas y de su específica naturaleza, sin embargo el artículo hace hincapié en la necesidad de cambios fundamentales con el fin de que el Reglamento sea más efectivo y esté más en consonancia con sus finalidades.

PALABRAS CLAVE: Sociedad Cooperativa Europea, Identidad Cooperativa, Integración de las cooperativas, Promoción Cooperativa

THE EUROPEAN COOPERATIVE SOCIETY: ISSUES AND PROSPECTS

ABSTRACT

The European Cooperative Society (SCE) is a European Union legal form of business organization provided for by Council Regulation n. 1435/2003 of 22 July 2003. This article focuses on the objectives of the SCE Regulation, the system of sources of SCE law, and the main questions that this systems brings about. Subsequently, it analyzes the SCE Regulation's most relevant provisions in terms of cooperative identity. Conclusions present the state of implementation of the SCE Regulation with regard to its objectives, and speculate about its future prospects. If on the one hand the SCE Regulation has contributed to better knowledge of cooperatives and their specific nature, on the other hand this article emphasizes the need for fundamental changes in order to make the Regulation more effective and consistent with its purposes.

KEY WORDS: European Cooperative Society, Cooperative Identity, Cooperative Integration, Cooperative Promotion.

SUMARIO*

1. Introducción. 2. Estructura y objetivos del Reglamento de la SCE. 2.1. Establecimiento de una forma jurídica facultativa de organización empresarial en la UE. 2.2. Facilitación de la actividad transfronteriza y del agrupamiento de cooperativas. 2.3. Promoción del conocimiento sobre las cooperativas: el valor simbólico del Reglamento de la SCE. 2.4. Aproximación del derecho cooperativo nacional. 3. Las fuentes del derecho de la SCE. 3.1. El papel predominante y multifacético del derecho nacional en la regulación de la SCE. 3.2. ¿Qué legislación nacional aplicar? 3.3. El papel de los estatutos de la SCE. 3.4. La compleja interacción entre las fuentes del derecho de la SCE: otros ejemplos. 4. El Reglamento de la SCE y la identidad cooperativa. 4.1. Objeto social. 4.2. Aspectos financieros. 4.3. Gobierno. 5. Conclusiones. Presente y futuro del Reglamento de la SCE. Bibliografía.

1. Introducción

La Sociedad Cooperativa Europea (SCE) es una forma jurídica de organización empresarial en la Unión Europea (UE) establecida en el Reglamento nº 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003 (RSCE)¹. La Directiva 2003/72/CE del Consejo, de la misma fecha, complementa este estatuto con normas específicas relativas a la implicación de los trabajadores².

* Este artículo constituye la traducción del inglés, con unas modificaciones de carácter no sustancial, del cuarto capítulo, por el autor, titulado “The European Cooperative Society Regulation”, del volumen D. Cracogna, A. Fici, H. Henrÿ, *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013, pp. 115 y ss.

1. El Reglamento de la SCE puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R1435&qid=1408864813065&from=EN>; en general, la legislación de la EU y los textos oficiales, incluidos los citados en este artículo están disponibles en: <http://eur-lex.europa.eu/>.

El acrónimo “SCE” proviene del latín *Societas Cooperativa Europaea* y se utiliza en el propio título así como a lo largo del texto (véase el art. 1.1) del Reglamento de la SCE (RSCE) para referirse a la materia sujeta a reglamentación.

2. Véase también el art. 6.1, del RSCE. En torno a esta cuestión, que no se abordará en este artículo, véase Snaith (2006), pp. 213 y ss.; Fici (2006), pp. 137 y ss.; Alcaraz (2008), pp. 489 y ss.

La SCE puede considerarse el “equivalente cooperativo” de la Sociedad Anónima Europea (SE), que es otra forma jurídica en la UE introducida anteriormente por el Reglamento nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001 (RSE) y conformada de acuerdo con los principios generales que gobiernan las sociedades anónimas³. Indudablemente, el hecho de poder garantizar a las cooperativas un trato equiparable al otorgado a las sociedades de capital con ánimo de lucro fue una de las principales razones (probablemente la de mayor peso) para la introducción del RSCE⁴, como lo ha demostrado el propio legislador de la UE en el preámbulo del Reglamento de la SCE, donde se hace referencia explícita al afán de la Comunidad Europea de garantizar unas condiciones idénticas de competencia y contribuir así al desarrollo económico de las cooperativas⁵.

El marco jurídico de la UE sobre las organizaciones privadas comprende asimismo el Reglamento nº 2137/1985 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE). La AEIE es una forma útil aunque limitada, de coordinación económica entre sociedades (y/o empresarios individuales). Por un lado, la AEIE tendrá “la capacidad, en nombre propio, de ser titular de derechos y obligaciones de toda especie, celebrar contratos o llevar a cabo otros actos jurídicos, y de litigar” (art.1.2). Por otro lado, su finalidad será la de “facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, mejorar o incrementar los resultados de esta actividad”, y no la de realizar beneficios para sí misma (art. 3.1; art. 21.1).

Además, su actividad debe vincularse con la actividad económica de sus miembros y sólo puede tener un carácter auxiliar con respecto a ésta (art. 3.1), lo que da lugar a una serie de restricciones operativas (art. 3.2). Además, la AEIE no tiene personalidad jurídica y los miembros de la agrupación responden solidaria e indefinidamente de las deudas de cualquier clase de ésta (art. 24.1; véase también el art. 21.2), aunque los Estados miembros de la UE determinarán si las agrupaciones inscritas tienen o no personalidad jurídica (art.1.3). En todo caso, como justificación de la RSCE, el legislador de la UE consideró que la AEIE “no satis-

3. “SE” significa *Societas Europaea*. Como sucede con el RSCE, el Reglamento sobre el Estatuto de la SE ha sido completado por la Directiva nº 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

4. Chômel (2004), pp. 1 y ss., ofrece un breve resumen del proceso que ha conducido a la aprobación del Reglamento SCE.

5. Véase el RSCE, considerando 6 del preámbulo.

face las necesidades específicas de las cooperativas” (considerando 5 del preámbulo), aunque debe aquí destacarse que la AEIE es, en principio, democrática en su estructura como cooperativa⁶.

Otros posibles tipos de entidades jurídicas en la UE, como son la Asociación Europea, la Fundación Europea, la Sociedad Mutua Europea y la Sociedad Privada Europea (SPE) están siendo sometidas a debate en este momento⁷. El reducido éxito de las actuales formas jurídicas europeas, y particularmente de la SCE, se

6. “Cada miembro dispondrá de un voto”, como establece el apartado 1 del artículo 17, Reglamento de la AEIE; sin embargo, el artículo 17 permite la derogación por parte del contrato de agrupación, siempre y cuando ningún miembro posea la mayoría de votos. Véase también Embid Irujo (2008), p. 51, donde se concorda con la posible inidoneidad de la AEIE, debido a “su naturaleza esencialmente consorcial y ajena a todo supuesto de concentración de empresa”, pero, por otro lado, se subraya la idoneidad de la SE para el desarrollo de una actividad transfronteriza entre cooperativas.

7. Por lo que se refiere a la SPE, véase COM (2008) 396/3, que recoge una Propuesta de Directiva del Consejo sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea.

En lo concerniente a la Fundación Europea, hay una propuesta reciente de Directiva del Consejo: COM (2012) 35 final, de 8 de febrero de 2012. En su opinión de 18 de septiembre de 2012, el Comité Económico y Social Europeo recomendó “que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptasen la propuesta sin dilación”.

Los últimos proyectos de estatutos de una Asociación Europea y una Sociedad Mutua Europea conocidos se remontan al año 1992. El Parlamento Europeo (PE) ha vuelto a abogar recientemente por la adopción de unos estatutos europeos para las mutualidades, asociaciones y fundaciones: véase la Declaración Escrita del PE nº 84/2010 y la ficha técnica disponible en: http://www.efc.be/programmes_services/resources/Documents/2014_Fact%20sheet_EFS_July_def.pdf

La Comisión Europea ha manifestado un interés renovado por los estatutos europeos para las asociaciones, fundaciones y mutualidades como posibles formas jurídicas para la creación de una empresa social: véase COM(2011) 682 final, de 25 de Octubre de 2011, relativa a la iniciativa en favor del Emprendimiento Social, que contempla además la adopción de un estatuto europeo autónomo para las empresas sociales.

Asimismo, el Parlamento Europeo y la Comunidad Europea han promovido un estudio en torno a la situación y perspectivas actuales de las mutualidades en Europa, que fue presentado en noviembre de 2012 por Panteia, y cuyos resultados pueden verse en http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/promoting-entrepreneurship/social-economy/mutuals/index_en.htm. Este estudio concluye de modo sustancial en favor de la introducción de una Sociedad Mutua Europea al afirmar: “Aunque el estudio no ha encontrado evidencia concluyente de que el Estatuto propuesto superaría las principales barreras identificadas, sí reconoce en cambio que contribuiría al reconocimiento de las organizaciones de tipo mutual, a aumentar el conocimiento en torno a las organizaciones de tipo mutual en los países y a respetar más adecuadamente los intereses de las organizaciones de tipo mutual a nivel europeo” (*ivi*, p. 163). Cabe destacar que la ampliación del ámbito del Reglamento de la SCE “a fin de que las organizaciones de tipo mutual puedan optar por esta posibilidad para constituir una agrupación basada en los principios mutualistas” es contemplada en este mismo estudio como una posible vía que permita la agrupación de organizaciones de tipo mutual, tanto a nivel nacional como transfronterizo (*ivi*, p. 162).

ha dejado entrever por los que cuestionan la oportunidad de introducir estas nuevas formas jurídicas de organización empresarial⁸. Sin embargo, en lo que respecta a la SPE, la situación resulta más compleja.

En este sentido, con toda probabilidad, el proceso de aprobación se ha detenido debido a su enfoque “revolucionario” en lo que se refiere a la regulación de esta materia si se compara con la adoptada por los Reglamentos de la SE y de la SCE. De hecho, el Reglamento de la SPE contiene menos referencias a la legislación nacional, es más sencillo y minimiza los costes de cumplimiento, lo que hace que sea más efectivo prospectivamente que los reglamentos existentes relativos a la SE y la SCE. Esto puede entrar en conflicto con el “egoísmo” de los Estados miembros y desencadenar sus instintos proteccionistas⁹.

Este artículo está estructurado de la siguiente forma: en primer lugar, se examinan los objetivos del Reglamento de la SCE (sección 2), prestando especial atención al sistema de las fuentes del derecho aplicable a la SCE y a las principales cuestiones que este sistema conlleva (sección 3); posteriormente, se centra en las disposiciones más relevantes en lo que concierne a la identidad cooperativa (sección 4). Las conclusiones presentan el estado de la aplicación del Reglamento de la SCE y especulan en torno a sus perspectivas futuras (sección 5).

8. En su Informe del Grupo de Expertos de Alto Nivel en Derecho de Sociedades relativo a un Marco Normativo Moderno para el Derecho de Sociedades en Europa, (Bruselas, 4 de noviembre de 2002, [Informe Winter - Nota de traducción], que puede consultarse en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf, ya hicieron constar lo siguiente: “una forma europea de Asociación y una forma europea de Sociedad Mutua no son consideradas prioritarias a corto y medio plazo por parte del Grupo. El impacto que tuvo el [en aquel entonces] futuro Reglamento de la SCE relativo a la empresa cooperativa debería ser estudiado más detalladamente antes de concentrar más esfuerzos en la creación de estas otras formas Europeas” (*ivi*, p. 24). Más recientemente, en su opinión sobre la propuesta mencionada anteriormente para la creación de un estatuto europeo sobre las fundaciones (véase la nota al pie anterior), la República de Lituania aduce la impopularidad de las formas jurídicas existentes en la UE como un motivo adicional en contra de la adopción de un estatuto europeo de esta naturaleza.

9. En torno a la actitud proteccionista de (algunos) Estados miembros y su impacto general en el ámbito del derecho de sociedades, véase el amplio e interesante análisis realizado por Armour y Ringe (2011).

2. Estructura y objetivos del Reglamento de la SCE

2.1. Establecimiento de una forma jurídica facultativa de organización empresarial en la UE

El Reglamento de la SCE es un detallado reglamento de la UE que consta de 80 artículos, divididos en apartados numerados y subapartados no numerados, y que a veces incluyen listas de puntos ordenados alfabéticamente. El reglamento va precedido de un preámbulo que consiste de 20 “considerandos”, donde se presentan los antecedentes del reglamento y sus objetivos principales, justificando así la adopción del mismo¹⁰. Concretamente, el considerando 20 del preámbulo declara que “esta forma de organización debe ser facultativa”.

Por lo tanto, el Reglamento de la SCE no reemplaza las legislaciones nacionales sobre las cooperativas, ni impone la utilización de la forma de la SCE para realizar (o reorganizar) una actividad empresarial en el ámbito comunitario.

Al ser un instrumento facultativo, la SCE puede contemplarse como el 29º modelo jurídico cooperativo en Europa (o más bien en la Unión Europea), y más concretamente, una cooperativa sujeta a la legislación europea que puede ser elegida por los ciudadanos de la UE y las entidades jurídicas (no sólo las cooperativas) en lugar de una cooperativa regulada por la legislación nacional¹¹. Esta libertad de elección se ve tan sólo limitada por un requisito transfronterizo, referido a la naturaleza de los fundadores y no a la esencia misma de la actividad, y que realmente puede cumplirse con facilidad¹². De hecho, el apartado 1 del artículo 2 del Reglamento de la SCE – a la hora de regular la constitución de una SCE *ex novo* o mediante la fusión o transformación de cooperativas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro – requiere respec-

10. Cumpliendo de este modo la obligación impuesta por el artículo 296.2 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): “Los actos jurídicos deberán estar motivados y se referirán a las propuestas, iniciativas, recomendaciones, peticiones o dictámenes previstos por los Tratados”.

11. Cabe destacar, sin embargo, que el Reglamento de la SCE también se aplica a los países integrantes del Espacio Económico Europeo (EEE), a saber, Islandia, Liechtenstein y Noruega y, por lo tanto, también constituye un instrumento facultativo para las personas físicas y entidades jurídicas de estos países.

12. Tan sólo el modo de constitución contemplado en el artículo 2, apartado 1, quinto guión, del Reglamento de la SCE, podría entenderse como que implicara la naturaleza transfronteriza de la actividad económica pero, en realidad, también en este caso, la existencia formal de un establecimiento o filial será suficiente para que se cumpla el requisito jurídico.

tivamente que los fundadores residan en al menos dos Estados miembros y/o, si se trata de sociedades u otras entidades jurídicas, estén reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros diferentes (1º, 2º y 3º guiones); que las cooperativas que se funden estén reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros (4º guión); y finalmente, que la cooperativa que se transforme haya tenido un establecimiento o una filial regulada por el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años (5º guión)¹³.

Sin embargo, una de las cuestiones que se abordan en este artículo se refiere a si el Reglamento de la SCE da lugar, en efecto, a una forma jurídica de cooperativa de alcance europeo, teniendo en cuenta que el reglamento de la SCE depende en gran medida de (e incluso muchas veces está sometido a) la legislación nacional del Estado miembro en el que la SCE tiene su domicilio social, que acaba así asumiendo un papel clave en la regulación de la SCE (sección 3.1).

2.2. Facilitación de la actividad transfronteriza y del agrupamiento de cooperativas

El carácter facultativo de la SCE refleja la intención del legislador de la UE de no armonizar las leyes cooperativas nacionales sino únicamente de proporcionar un instrumento adicional para promover la actividad transfronteriza de las cooperativas, lo cual podría conducir, como puro efecto colateral, a la difusión del modelo cooperativo de empresa y a una aproximación *de facto* de las leyes cooperativas nacionales.

El principal objetivo del legislador de la Unión Europea fue mejorar el contexto jurídico con el objeto de facilitar el desarrollo de las cooperativas mediante el establecimiento de una forma jurídica supranacional que fuese adecuada para la realización de operaciones transfronterizas entre cooperativas, como se evidencia en el preámbulo que antecede al reglamento. De hecho, en él se precisa clara-

13. Por lo que se refiere al número mínimo de fundadores, la SCE podrá ser constituida *ex novo* por un mínimo de cinco personas físicas (primer guión del art. 2.1, RSCE), o por un mínimo de cinco personas físicas y otras entidades jurídicas (segundo guión del art. 2.1, RSCE), o por un mínimo de cinco personas físicas y otras entidades jurídicas (tercer guión del art. 2.1, RSCE); dos, en el caso de constitución por fusión de cooperativas (cuarto guión del art. 2.1, RSCE); mientras que, obviamente, la transformación se refiere a una sociedad cooperativa (quinto guión del art. 2.1, RSCE).

mente, siguiendo una progresión lógica que, “la realización del mercado interior... implica[n], además de la eliminación de los obstáculos a los intercambios, una reestructuración a escala de la Comunidad de las estructuras de producción” (considerando 2); que “el marco jurídico aplicable a la actividad económica dentro de la Comunidad sigue basándose en gran medida en las legislaciones nacionales”, que es una situación que “puede entorpecer de manera considerable las operaciones de agrupamiento entre sociedades sometidas a las legislaciones de los distintos Estados miembros” (considerando 3)¹⁴; que las formas jurídicas de la SE y de la AEIE no se adaptan a las características específicas de las cooperativas (considerandos 4 y 5), mientras que la SCE debería constituir un instrumento jurídico adecuado que permita a las cooperativas actuar fuera de sus fronteras nacionales (considerandos 6 y 12)¹⁵.

Más concretamente, hay indicios de que – aunque, como se ha visto anteriormente, una SCE puede ser también constituida por personas físicas y organizaciones no cooperativas, así como mediante la transformación de una cooperativa constituida con arreglo al ordenamiento jurídico nacional de un Estado miembro – la forma jurídica de la SCE ha sido contemplada por el legislador de la UE principalmente como una posible estructura para la coordinación de cooperativas de distintos países y, en particular, como una cooperativa “secundaria” (o “de segundo grado”) propiedad de cooperativas nacionales o como la estructura resultante de la fusión de las mismas¹⁶. De hecho, el preámbulo que antecede al reglamento hace hincapié sobre la necesidad de que exista un marco jurídico que facilite la cooperación transfronteriza entre cooperativas (considerando 11); el requisito de un capital suscrito mínimo de 30.000 euros para la constitución de

14. Véase también el considerando 11, donde se indica que “la cooperación transfronteriza entre cooperativas tropieza actualmente en la Comunidad con dificultades de orden jurídico y administrativo que conviene eliminar en un mercado sin fronteras”.

15. Además, el legislativo de la UE relaciona explícitamente su intervención a la invitación de las Naciones Unidas en la que insta a todos los Estados a asegurar un entorno propicio en el que las cooperativas puedan participar en igualdad de condiciones con otras formas de empresa, tal como contempla la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 88ª sesión plenaria, el 19 de diciembre de 2001 (A/RES/56/114): véanse los considerandos 6 y la nota 11 al pie de página en el preámbulo al Reglamento de la SCE.

16. Véase el considerando 9 en el preámbulo al Reglamento de la SCE, donde la utilización de la denominación cooperativa “secundaria” o “de segundo grado” hace referencia a una cooperativa integrada a su vez por empresas cooperativas.

una SCE (art. 3.2, RSCE) puede estar justificado en el caso de cooperativas secundarias, pero resulta difícil de comprender en lo que se refiere a cooperativas primarias, particularmente si se tiene en cuenta que dicho requisito no es contemplado por ninguna legislación cooperativa nacional europea¹⁷; la fusión entre cooperativas reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros es una forma jurídica de constitución de una SCE que viene establecida de manera explícita en el Reglamento de la SCE (guión cuarto del art. 2.1., RSCE)¹⁸.

Este artículo destaca el hecho de que este objetivo principal no se ha visto cumplido, como lo demuestra la existencia de un reducido número de SCE (sección 5).

Además, la estructura actual del Reglamento de la SCE ha impedido que se convierta en un instrumento operativo eficaz para las personas físicas que desean cooperar en un mercado único. De hecho, no hay que olvidar que la SCE es – y lo seguirá siendo hasta que se adopte la SPE – la única forma jurídica de organización empresarial en la UE que puede ser constituida por personas físicas que no sean empresarios individuales¹⁹.

Es probable que un Reglamento de la SCE más flexible y no diseñado fundamentalmente para la agrupación de cooperativas de cierta dimensión, hubiera obtenido mejores resultados y hubiese contribuido más a favorecer la visibilidad

17. En realidad, la mayoría de las leyes cooperativas nacionales no exigen la suscripción de un capital mínimo para la constitución de una cooperativa. En los casos en la que se exige dicho capital mínimo, la disposición más estricta en este sentido es de 18.500 euros: véase a este respecto, Cooperatives Europe et al. (2010), pp. 126–127, que puede consultarse en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sce_final_study_part_i.pdf. Sin embargo, véase Embid Irujo (2008), p. 52, donde se subraya que “la reducida cifra de capital mínimo exigida por el RSCE puede facilitar y simplificar su fundación, frente a la mayor exigencia de la SE en este punto”.

18. La influencia del Reglamento de la SE es evidente en este sentido. La SE ha sido diseñada claramente como una sociedad de segundo grado, como se deduce, entre otras cosas, de las normas sobre su constitución: véase a este respecto, entre otros, Bianca y Zanardo (2011), p. 135.

19. Efectivamente, las personas físicas pueden constituir una AEIE sólo si desarrollan una actividad industrial, comercial, artesanal o agrícola, o si prestan servicios profesionales o de otra naturaleza, esto es, si son empresarios individuales: véase el art. 4.1 b) del Reglamento de la AEIE; por lo tanto, la AEIE no podría reemplazar a las cooperativas de trabajadores o cooperativas de consumidores y usuarios, sino únicamente a las cooperativas entre sociedades o empresarios individuales. Las personas físicas y los empresarios individuales no están contemplados entre los potenciales fundadores de una SE por el Reglamento de la SE. Por el contrario, en la propuesta de Directiva del Consejo sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, las personas físicas están contempladas entre los potenciales fundadores de una SPE: véase el art. 3(1) e), COM(2008) 396/3.

de las cooperativas en el mercado comunitario, especialmente en aquellos países de la UE en los que el movimiento cooperativo está menos desarrollado, la legislación cooperativa aplicable está peor adaptada a las cooperativas y la imagen de las cooperativas se encuentra parcialmente eclipsada por la instrumentalización a la que se vieron sometidas por parte de sus gobiernos en el pasado²⁰.

Evidentemente, como se concluye en este artículo, existen otras razones de orden más constitucional que explican los escasos resultados del Reglamento de la SCE. En realidad, la complejidad del Reglamento SCE y el papel fundamental desempeñado por la legislación nacional en la regulación de la SCE, a lo que se suma la ausencia de un tratamiento fiscal específico y común a todas ellas, plantea la siguiente cuestión: ¿por qué deberían las personas físicas y las organizaciones preferir la SCE a una cooperativa sujeta a la legislación nacional?

2.3. Promoción del conocimiento sobre las cooperativas: El valor simbólico del Reglamento de la SCE

En este artículo ya se ha hecho referencia a un fragmento del preámbulo que antecede al Reglamento de la SCE, en el que la creación de este estatuto está justificada por el afán de la Comunidad Europea de garantizar que las cooperativas

20. Se hace referencia aquí a los países miembros de la UE pertenecientes a la antigua Unión Soviética, donde las cooperativas estaban sustancialmente sometidas al control público y eran utilizadas para la aplicación de políticas públicas. Así lo reconoce la Comisión Europea en su Comunicación sobre el fomento de las sociedades cooperativas en Europa, COM (2004) 18 final, de 23 de febrero de 2004, que puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0018:FIN:ES:PDF>, donde se declara que: “En las economías planificadas de Europa central, las cooperativas han encontrado problemas específicos. Aunque a menudo eran la forma de empresa más libre autorizada por los regímenes de planificación centralizada, desde entonces padecen el estigma de estar identificadas con aquellos. Es importante recordar al respecto que las cooperativas pueden contribuir al desarrollo equilibrado de las economías y sociedades de los nuevos Estados miembros y países candidatos” (Ibid., p. 7). Es probable que también sea ésta la razón por la que la Declaración sobre la Identidad Cooperativa de la Alianza Cooperativa Internacional (que puede consultarse en: <http://2012.coop/en/what-co-op/co-operative-identity-values-principles>) hace especial hincapié en el carácter facultativo de la constitución de una sociedad cooperativa, destacando así la naturaleza privada y no pública de una organización cooperativa. Dicha Declaración fue aprobada por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) en 1995, que reemplazaba la anterior declaración de 1966 (que a su vez reemplazaba la de 1937), y fue respaldada por una resolución de las Naciones Unidas (Resolución nº 56/114 de las Naciones Unidas, aprobada en la 88ª sesión plenaria de la Asamblea General de 19 de diciembre de 2001) y fue plenamente incorporada a la Recomendación nº 193/2002 de 20 de junio de 2002 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (a este respecto, véase Henry” (2013)).

reciban el mismo trato al establecido para las sociedades y de contribuir a su desarrollo económico²¹. En este mismo sentido, pero particularmente en lo relativo a la regulación nacional de las cooperativas, la Comisión Europea, en su siguiente Comunicación de 2004 sobre la promoción de las sociedades cooperativas en Europa, subraya la necesidad de someter las cooperativas a una legislación que no les confiera un tratamiento preferente, sino que, más bien, les garantice igualdad de condiciones con otras formas de empresa²².

De hecho, el Reglamento de la SCE ha contribuido realmente a la defensa y promoción de las cooperativas hasta el punto en que no se puede negar el valor simbólico (y político) del Reglamento de la SCE, como se verá posteriormente en este artículo. Sea cual fuere el número de SCE existentes y el grado de éxito conseguido por el Reglamento de la SCE como instrumento operativo, este valor simbólico per se justifica la existencia del mismo, especialmente si se pretende promover un mercado de carácter plural, integrado por operadores con fines diversos y no sólo con ánimo de lucro en el ámbito de la Unión Europea²³. Estos mismos motivos bastarían para justificar la introducción de nuevas formas jurídicas de organizaciones sin ánimo de lucro de alcance europeo y, más concretamente, de un modelo europeo de empresa social²⁴. El hecho de que no sean llevadas a la práctica no debería pesar más que su significado simbólico y sistemático, el cual es incuestionable, al menos en esta fase de la evolución de la cultura jurídica europea.

21. Véase sección 1, nota al pie 5.

22. Véase COM(2004) 18 final, cit., p. 13.

23. Las ventajas que ofrece este modelo se encuentran recogidas en la Recomendación 193/2002 de la OIT, donde se establece que: “una sociedad equilibrada precisa la existencia de sectores públicos y privados fuertes y de un fuerte sector cooperativo, mutualista y otras organizaciones sociales y no gubernamentales”, y más recientemente en Stiglitz (2009), p. 348: “mi investigación evidenció que era necesario encontrar un equilibrio entre mercados, gobierno y otras instituciones, incluidas aquellas sin ánimo de lucro y las cooperativas, y que los países de mayor éxito eran aquellos que lograban dicho equilibrio”, y añade: “el éxito, en su más amplio sentido, exige la existencia de una economía más equilibrada, de un sistema económico plural con varios pilares que lo sustenten. Debe haber un sector de la economía privado tradicional pero los otros dos pilares no han recibido la atención que merecen: el sector público y la economía cooperativa social, incluidas las mutualidades y las empresas sin ánimo de lucro” (*ivi*, p. 356).

24. Como ha previsto recientemente la Comisión Europea en COM (2011) 682 final de 25 de octubre de 2011: véase la nota al pie 7.

El ejemplo más destacable de este tipo de efectividad del Reglamento de la SCE viene proporcionado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 8 de septiembre de 2011, que resulta de crucial importancia a la hora de entender y justificar el tratamiento específico de las cooperativas, así como de las empresas sociales, dentro de los marcos jurídicos comunitario y nacional²⁵. En esta decisión, de hecho, el Reglamento de la SCE asume un papel decisivo para que el Tribunal declare potencialmente compatible con el derecho comunitario (más concretamente con la regulación de la ayuda estatal) un tratamiento fiscal de las cooperativas que sea diferente de (y más favorable que) el de las otras organizaciones empresariales.

La sentencia del TJUE tiene origen en una petición de decisión prejudicial planteada por la Corte Suprema Italiana (Corte Suprema di Cassazione) según lo establecido en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (antiguo art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea – TCE), y relativa a la compatibilidad con el derecho comunitario de las exenciones fiscales otorgadas por la ley italiana a las sociedades cooperativas de producción y de trabajo. Más concretamente, la Corte Suprema Italiana planteó sustancialmente la cuestión acerca de si estas ventajas podrían considerarse ayuda de Estado y, de ser así, en qué medida en la acepción del art. 107 del TFUE (antiguo art. 87 TCE)²⁶.

El TJUE – si bien reconoce que, por lo general, las exenciones fiscales, como las que aquí nos ocupan, constituyen ayuda de Estado – niega, sin embargo, que dichas medidas sean incompatibles con el derecho de la UE, teniendo en cuenta la diferencia entre las cooperativas y los operadores constituidos como entidades jurídicas con ánimo de lucro, lo que justifica y legitima el tratamiento fiscal distinto y más favorable del que gozan las primeras²⁷.

El Tribunal llegó a esta conclusión fundamentándose en una elaborada sentencia que vale la pena resumir a continuación.

25. Véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 8 de Septiembre de 2011 (C-78/08 a C-80/08).

26. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, que reformula las cuestiones principales en el apartado 38. Las medidas fiscales aquí tratadas estaban previstas en el art. 11, Decreto Presidencial nº 601/1973. Sobre las principales medidas fiscales aplicables a las cooperativas italianas, véase Fici (2013d).

27. Vid. TJUE, 8 de septiembre 2011, apartado 82 y la resolución definitiva.

En primer lugar, el Tribunal afirma que el art. 107.1, TFUE, no prohíbe la ayuda de Estado sino únicamente las medidas que (i) sean financiadas por el Estado o mediante recursos estatales; (ii) sean selectivas; y que (iii) se repercutan sobre los intercambios comerciales entre Estados miembros distorsionando la competencia²⁸.

El TJUE sostiene, además, que la exención tributaria, “aunque no implique una transferencia de fondos estatales ... constituye una ayuda de Estado”, puesto que coloca “a los beneficiarios de dicha medida en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes”, siendo así “de la misma naturaleza” y teniendo “efectos idénticos” que una subvención. El concepto de ayuda, en efecto, “comprende no sólo las prestaciones positiva ... sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa”²⁹.

Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, no se prohíbe cualquier tipo de ayuda sino únicamente la “ayuda selectiva”. Según el TJUE, para clasificar una ayuda como selectiva, debe apreciarse y determinarse si la medida (fiscal) de que se trate se aparta del régimen (fiscal) “común” o “normal” y, de este modo, “introduce diferenciaciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado al sistema fiscal de dicho Estado miembro, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable”³⁰.

De ahí, el concepto de “selectividad” tiene un carácter relacional en la medida en que conlleva una comparación entre el régimen “común” o “normal” y el “especial” o “específico” que, por lo tanto, está sujeto a prohibición. De ahí la importancia de identificar la norma ordinaria que hace la excepción potencialmente selectiva y, ante todo, de establecer adecuadamente el contexto y las condiciones para la comparación. De hecho, los beneficiarios de dicha medida, que pretende ser selectiva, deben ser “comparables de hecho y de derecho” a los beneficiarios del régimen “normal” porque, de lo contrario, la medida no constituye una ayuda de Estado no autorizada.

28. Vid. TJUE, 8 de septiembre 2011, apartado 43.

29. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartados 44–47, donde se hace referencia a jurisprudencia consolidada en la materia.

30. Vid. TJUE, 8 de septiembre 2011, apartado 49, donde también se hace referencia a la jurisprudencia previa.

Por lo tanto, con arreglo a dicha jurisprudencia, el concepto de “selectividad” puede autorizar un tratamiento nacional específico, también de naturaleza fiscal, de empresas distintas de las comunes. Por consiguiente, tal vez sea suficiente con demostrar que las cooperativas difieren de las organizaciones empresariales sujetas al régimen (fiscal) “normal” para concluir que su tratamiento nacional específico no vulnera la prohibición de ayuda de Estado.

Llegado a este punto, el TJUE podría haber finalizado su actuación y confiar a la judicatura nacional el cometido de identificar los rasgos característicos que conforman la forma jurídica cooperativa y que justifican el tratamiento fiscal específico de las cooperativas. Por el contrario, el TJUE continuó su labor de identificar los rasgos característicos de las cooperativas, para lo cual se valió en gran medida del Reglamento de la SCE, justificando así lo expuesto anteriormente sobre el valor “simbólico” y “promocional” de este estatuto de la UE.

Valiéndose del Reglamento de la SCE³¹, el Tribunal fundamenta la distinta identidad de las cooperativas en los siguientes rasgos generales:

(a) La primacía de la persona y la adjudicación desinteresada del activo neto y las reservas en caso de disolución³²;

(b) El fin no lucrativo, puesto que las cooperativas no se gestionan en el interés de inversores externos, sino que actúan en beneficio mutuo de los socios como usuarios, clientes o proveedores para que cada miembro se beneficie de las actividades de la cooperativa en función de su participación en ella y de las transacciones que realiza con ella³³;

(c) El control de las cooperativas “es asumido por sus socios a partes iguales, reflejando así la regla ‘un socio, un voto’”³⁴;

(d) “Las reservas y los activos son, ..., comunes e indivisibles y deben dedicarse al interés común de sus socios”³⁵;

31. En efecto, de este modo el Tribunal también se basa en la Comunicación de 2004 de la Comisión Europea, cit. en nota al pie 20.

32. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartado 56.

33. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartados 57-58.

34. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartado 57.

35. Vid. *Ibidem*.

(e) “La remuneración del capital tomado en préstamo y de las participaciones es limitada”, lo que hace que la inversión en una sociedad cooperativa resulte menos ventajosa³⁶;

(f) El acceso limitado a los mercados de capitales, lo que hace que el desarrollo de las cooperativas dependa de sus fondos propios y de los créditos³⁷; y

(g) El hecho consiguiente que el margen de beneficio de este tipo específico de sociedad sea considerablemente inferior al de las sociedades de capital³⁸.

A la luz de estas consideraciones, el Tribunal concluye lo siguiente: “Es preciso, por tanto, señalar que, en principio, no puede considerarse que las sociedades cooperativas de producción y de trabajo como aquellas de que se trata en los litigios principales se encuentren en una situación de hecho y de derecho comparable a las de las sociedades comerciales”³⁹.

No obstante, el TJUE observa que “las sociedades cooperativas de producción y de trabajo que presentasen características distintas de las inherentes a este tipo de sociedad no perseguirían verdaderamente una finalidad mutualista y deberían, por tanto, considerarse distintas del modelo”⁴⁰.

Este último párrafo podría interpretarse como que establece una limitación específica sobre el órgano jurisdiccional remitente: el tratamiento nacional específico de las cooperativas es justificable con arreglo al derecho comunitario en la medida en que las cooperativas sean reguladas por el derecho nacional de conformidad con los parámetros y criterios utilizados por el TJUE para determinar la identidad cooperativa⁴¹. Si es éste el caso, las medidas nacionales a favor de

36. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartado 59.

37. Vid. *Ibidem*.

38. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartado 60.

39. Vid. TJUE, 8 de septiembre 2011, apartado 61.

40. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartado 62.

41. “De hecho, el TJUE afirma: “En última instancia, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, a la luz del conjunto de circunstancias que caracterizan los litigios sobre los que debe pronunciarse, si, en función de los criterios enunciados en los apartados 55 a 62 de la presente sentencia, las sociedades cooperativas de producción y de trabajo de que se trata en los litigios principales se encuentran, de hecho, en una situación comparable a la de las sociedades con ánimo de lucro sujetas al impuesto sobre sociedades”. Véase TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartado 63. En Italia, la respuesta sería negativa, puesto que la cooperativa de derecho italiano difiere claramente de las sociedades con ánimo de lucro y corresponde sustancialmente al modelo definido por el TJUE.

cooperativas que no contengan las características establecidas por el TJUE en virtud del Reglamento de la SCE violarían el apartado 1 del artículo 107 del TFUE.

Esta interpretación tendría como consecuencia un efecto importante, y tal vez involuntario, que confirma la centralidad del Reglamento de la SCE. De hecho, los Estados miembros que desean (o están obligados por ley) a conceder un tratamiento específico a las cooperativas (por ejemplo, en materia de fiscalidad)⁴², o a preservar el ya existente, tendrían que adaptar sus legislaciones cooperativas al Reglamento de la SCE. Esto podría conducir a una aproximación *de facto* del derecho cooperativo en Europa, que además, de manera apropiada, se centraría (no en todos los aspectos potenciales de una regulación cooperativa, sino únicamente) en la “esencia” de una cooperativa, a saber, en sus rasgos característicos frente a otros tipos de organizaciones empresariales⁴³.

2.3.1. *El Tratamiento igualitario de las cooperativas de acuerdo con la legislación comunitaria*

En la sección anterior se ha visto que el derecho, incluido el derecho comunitario, puede dispensar a las cooperativas un trato igualitario – como desean las instituciones comunitarias – tan sólo diferenciando su régimen del de otras orga-

42. Inevitablemente – como la sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011 se inclina por mantener medidas de carácter nacional en favor de cooperativas potencialmente compatibles con el derecho comunitario – esto puede considerarse como un incentivo en este sentido. Asimismo, cabe destacar que, teniendo en cuenta lo que diferencia a una cooperativa, el tratamiento especial de las cooperativas no constituiría un “escándalo” sino una simple aplicación del principio de trato igualitario interpretado sustancialmente de un modo adecuado, en el sentido de que situaciones diferentes exigen normativas distintas. A ello hay que añadir que el apoyo público de las cooperativas contribuiría a promover el pluralismo de mercado.

43. Otro aspecto de la sentencia que debe mencionarse es que, según el TJUE, las exenciones fiscales han de encontrar justificación en la naturaleza o en la estructura general del sistema en el que se inscriben (TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartado 64 y ss.). En lo que se refiere al menos al sistema jurídico italiano, esta justificación puede hallarse fácilmente en muchas disposiciones de la Constitución italiana; en primer lugar, el art. 45, en el que se obliga, y no sólo se autoriza, al legislativo italiano a que promueva las cooperativas (véase Fici 2013d); en segundo lugar, el art. 3.2 y el art. 53, en los que se permite un tratamiento fiscal diferente para cada situación distinta; en tercer lugar, el art. 2, sobre las organizaciones que contribuyen al desarrollo de la personalidad humana, como son las cooperativas (véase Fici (2011), pp. 33 y ss).

nizaciones empresariales cuando concurren especificidades de las cooperativas que requieran una consideración especial⁴⁴.

No cabe duda de que la sentencia del TJUE resulta esclarecedora en este sentido, dado que declara compatible con el derecho comunitario un tratamiento específico de las cooperativas por parte del derecho fiscal nacional, incluso si este tratamiento es más favorable que el aplicado de forma general, y siempre que las cooperativas nacionales, que de este modo resultan beneficiadas, no sean comparables con las organizaciones empresariales sujetas al régimen ordinario.

A este respecto, debe destacarse además que, cuando concurren estas circunstancias y una cooperativa está sujeta a un régimen específico, dicho régimen no puede y no debería considerarse “preferente” ni “especial” como si se tratara de algo excepcional, sino solamente “particular” o “específico”, dado que simplemente regula la cuestión de la que se trata con arreglo a su naturaleza específica. Por lo tanto, este tratamiento podrá resultar más o menos favorable que el ordinario, lo que sería sólo una consecuencia *de facto* de normas coherentes con la cuestión que regulan. Para que esto sea así, resulta indispensable que los legisladores tomen conciencia de la naturaleza de la cuestión a tratar y, en este caso, de las cooperativas.

Como se ha observado anteriormente, el Reglamento de la SCE, particularmente tras la sentencia del TJUE de 2011, contribuye de modo significativo a un mejor conocimiento de las cooperativas.

Sin embargo, la impresión general es que las instituciones comunitarias no se han percatado totalmente de los rasgos diferenciales de las cooperativas, a pesar del RSCE y de la decisión del TJUE, y de las declaraciones hechas en la Comunicación de 2004 de la Comisión sobre el fomento de las cooperativas en Europa.

Otra muestra de lo anterior es la reciente Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una Base Imponible Consolidada Común del Impuesto de Sociedades (BICIS), en la que las cooperativas (incluidas las SCE) son completamente ignoradas⁴⁵.

44. De lo contrario, no hay lógicamente razón alguna para sustraer a las cooperativas del régimen ordinario o común aplicable a las organizaciones empresariales y sociedades.

45. Véase la Propuesta de Directiva relativa a una Base Consolidada Común del Impuesto de Sociedades (BICIS), COM (2011) 121 final, de 16 de marzo de 2011, que puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0121&from=ES>.

La propuesta de la Comisión tiene como objeto establecer una base imponible común para determinadas sociedades y grupos de sociedades, mediante reglas específicas para el cálculo y la utilización de dicha base.

El régimen propuesto por la Comisión: (i) es facultativo y alternativo al derecho nacional; (ii) no se refiere a la armonización de los tipos de gravamen, sino únicamente a la base a la que se aplican; (iii) es de aplicación a diferentes tipos de sociedades incluyendo las cooperativas⁴⁶.

La directiva propuesta introduciría normas para determinar la base del impuesto sobre sociedades que no estarían en consonancia con la naturaleza específica de las cooperativas, la cual – según la perspectiva descrita anteriormente en este artículo – requeriría unas disposiciones concretas dentro de la propuesta que sean destinadas específicamente a las cooperativas (y a las SCE).

Concretamente, dos disposiciones de la propuesta BICCIS son ilustrativas de esta cuestión.

La primera es el artículo 15 sobre “Los gastos efectuados en beneficio de los accionistas”, que establece que: “las prestaciones concedidas a un accionista que sea una persona física, o a su cónyuge, ascendiente o descendiente en primer grado o empresas asociadas, y que participe directa o indirectamente en la gestión, el control o el capital del sujeto pasivo, tal como dispone el artículo 78, no tendrán la consideración de gastos deducibles en la medida en que dichas prestaciones no se otorgarían a un tercero independiente”. La norma del artículo 15 resulta claramente injustificada cuando se considera con respecto a las sociedades cooperativas, dado que el principal objetivo de las cooperativas es la producción de prestaciones para sus miembros como usuarios, clientes o proveedores⁴⁷. Evidentemente, la interpretación que se haga del mismo podría remediarlo en la medida en que se considere el artículo arriba mencionado no aplicable a las cooperativas, no pudiendo los socios cooperativistas ser calificados como “accionistas”, y pareciendo la norma claramente diseñada para las sociedades de inversores. No obstante, el hecho de no tomar en consideración a las cooperativas en esta disposición sigue constituyendo una muestra de negligencia legislativa injustificable.

La segunda es el artículo 14.1 c), que califica como gastos no deducibles “la transferencia de los beneficios no distribuidos a una reserva que forme parte de

46. Véase COM(2001) 121 final, cit., art. 2 y anexo 1.

47. Véase al respecto Fici (2013a).

los recursos propios de la sociedad”, contradiciendo así el régimen fiscal aplicado actualmente en varios Estados miembros a las reservas indivisibles establecidas por las cooperativas, e ignorando de este modo que el Derecho cooperativo normalmente obliga a las cooperativas a establecer reservas indivisibles⁴⁸.

Las normas arriba mencionadas pondrían en serio peligro el tratamiento favorable establecido por muchos sistemas fiscales nacionales para las cooperativas, dado que “cuando una sociedad cumpla los requisitos de admisibilidad y opte por aplicar el régimen previsto en la presente Directiva, dejará de estar sujeta a las disposiciones nacionales en materia de impuesto sobre sociedades en relación con todos los aspectos regulados por la misma, salvo que se especifique lo contrario” (art.7)⁴⁹. O al menos – si la normativa propuesta fuese finalmente facultativa, como se concibe actualmente – esto haría que la directiva propuesta no tuviese ninguna utilidad para las cooperativas, privándolas así de la oportunidad que se concede a las sociedades, y violando el principio de igualdad de trato.

El ejemplo de la propuesta BICCIS ilustra que, a pesar de las declaraciones de principio, el conocimiento de la diversidad cooperativa por parte del legislador comunitario continúa siendo limitada, lo que hace que la igualdad de trato para las cooperativas con arreglo al derecho comunitario sea algo por lo que el movimiento cooperativo tenga aún que seguir luchando por conseguir.

2.4. Aproximación del derecho cooperativo nacional

El Reglamento de la SCE fue concebido por el legislador de la UE como una solución al problema de la diversidad entre las legislaciones cooperativas nacionales, considerada como un obstáculo significativo a la actividad transfronteriza de las cooperativas y, por ende, a la construcción del mercado único: esto se deduce claramente del preámbulo que antecede al RSCE⁵⁰.

48. Véase al respecto Fici (2013a).

49. Este sería particularmente el caso si la directiva estableciera normas obligatorias y no facultativas, lo que constituye una alternativa que no es del todo ignorada por el PE, especialmente en lo que se refiere a las formas europeas: la SE y la SCE (véase la resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 19 de abril 2012).

50. Véanse, en concreto, los considerandos 2º, 3º, y 6º. Véase también COM (2004) 18 final, cit., p. 12: “Esta heterogeneidad [en la legislación que rige las cooperativas] puede obstaculizar el funcionamiento eficaz de las cooperativas a escala transfronteriza o europea, al no estar claramente definidos los derechos y las obligaciones de los socios, dirigentes y terceros”.

De hecho, la variedad entre las leyes nacionales sobre las cooperativas en Europa es innegable y, además, enorme⁵¹. Pero, en teoría, existen distintas soluciones para hacer frente a los problemas derivados de esta diversidad que resultan más inmediatas que una regulación supranacional como el RSCE, como lo son, principalmente, las directivas de armonización.

A este respecto, cabe recordar que dos de las disposiciones del TFUE hacen mención a las cooperativas: el art. 54.2, que incluye a las cooperativas entre las “sociedades” cuya libertad de constitución está garantizada por la legislación comunitaria⁵²; y el art. 50.2, g)⁵³. Esta última disposición ha constituido la base de las directivas de armonización en el ámbito del derecho de sociedades, mientras que, a pesar de referirse también a las cooperativas, no ha sido utilizada para armonizar la legislación cooperativa, a despecho de la gran diversidad de leyes cooperativas nacionales en la Unión Europea, lo que hace ciertamente perceptible la cuestión de la protección equivalente de los intereses de socios y terceros en toda la Unión⁵⁴.

51. Véase Fici (2013b), p. 37 y ss.

52. Los apartados 1 y 2 del artículo 54 TFUE (antiguo art. 48 TCE) establecen: (1) “Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea quedarán equiparadas, a efectos de aplicación del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros”. (2) “Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”.

53. El apartado 2 del art. 50 TFUE (antiguo art. 44 TCE) estipula: “El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular: ... g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del Artículo 54, para proteger los intereses de socios y terceros”.

54. Cabe señalar que, si el art. 50.2, g), TFUE, fuera aplicado a las cooperativas, asumiría un sentido más amplio y, en parte, diferente con respecto a su aplicación a las demás sociedades. En las cooperativas, los intereses que deben salvaguardarse no son únicamente los de los acreedores, sino también los de aquellos interesados en adquirir la condición de miembro, a la luz del principio cooperativo de “puertas abiertas”. Del mismo modo, los intereses de los socios de la cooperativa no son exclusivamente económicos, lo que implica que la armonización del derecho cooperativo mediante directivas, si se contemplara alguna vez, no podría limitarse a los aspectos financieros de la normativa sobre las cooperativas, sino que debería tener en cuenta también otros aspectos de carácter no financiero.

No existe ningún tipo de directivas europea de armonización en el ámbito del derecho cooperativo⁵⁵, ni parece previsible o normalmente aconsejable que las haya, como se deriva de la observación de los últimos progresos en la armonización del derecho de sociedades y de las características de las leyes cooperativas que han de ser objeto de armonización.

El proceso de armonización del derecho de sociedades en Europa se ha desarrollado en distintas fases.

Tras unos comienzos difíciles en los años sesenta, donde sólo se aprobó una directiva⁵⁶, las dos décadas posteriores se caracterizaron por un fuerte activismo legislativo que condujo a la adopción de la mayoría de las directivas de armonización existentes⁵⁷.

55. Las cooperativas son pocas veces abordadas por las directivas sobre el derecho de sociedades y, principalmente, con el fin de que los Estados miembros puedan eximir a las cooperativas de su aplicación: véase el art. 1.2 de la Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, sobre la constitución de la sociedad anónima, mantenimiento y modificaciones de su capital, modificada por última vez por la Directiva 2009/109/CE, de 16 de septiembre de 2009, donde se establece que “los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva (...) a las cooperativas constituidas bajo una de las formas de sociedades indicadas en el apartado 1. En la medida en que las legislaciones de los Estados miembros hagan uso de esta facultad, comunicarán a estas sociedades la obligación de incluir la palabra (...) “cooperativa” en todos los documentos indicados en el artículo 4 de la Directiva 68/151/CEE”; el art 1.2 de la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones (nacionales) de sociedades anónimas, modificada en varias ocasiones y finalmente derogada y sustituida por la Directiva 2011/35/UE, que declara que: “Los Estados miembros podrán no aplicar la presente Directiva a las sociedades cooperativas constituidas como una de las formas de sociedades indicadas en el apartado 1. En la medida en que las legislaciones de los Estados miembros hagan uso de esta facultad, comunicarán a estas sociedades la obligación de incluir la palabra “cooperativa” en todos los documentos mencionados en el artículo 5 de la Directiva 2009/101/CE”; el art. 1.14 y el art. 3.4 b) de la Octava Directiva 84/253/CEE del Consejo, de 10 de abril de 1984, relativa a los auditores, derogada y sustituida por la Directiva 2006/43/CE, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, que tratan así de adaptar la regulación de la auditoría a las especificidades del movimiento cooperativo, sobre todo en algunos países. Para más referencias a las cooperativas en las directivas de la UE, véanse las notas 59 y 62 al pie de página.

56. Véase la Primera Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968, relativa a la divulgación obligatoria de los documentos y los datos de las sociedades, la validez de los compromisos y la nulidad de las sociedades, hoy derogada y sustituida por la Directiva 2009/101/CE, de 16 de septiembre de 2009.

57. Los principales argumentos a favor de este ambicioso programa de armonización de los derechos societarios nacionales fueron la reducción de los costes asociados a las actividades transfronterizas y la preocupación por no caer en una “competición a la baja” (*race to the bottom*) como consecuencia de una “búsqueda del foro más favorable” (*forum shopping*) que presiona a los Estados miembros para que hagan sus leyes de sociedades menos restrictivas: véase Armour, Ringe (2011).

Posteriormente, el proceso se estancó. Los principales obstáculos fueron la propuesta de la Quinta Directiva sobre el gobierno corporativo⁵⁸, la Novena Directiva sobre los grupos de empresas, y la Decimocuarta Directiva sobre el traslado transfronterizo del domicilio social⁵⁹.

La década de los 90 fueron años durante los que se modificaron las directivas existentes y se reflexionó sobre los fines y el alcance del proceso de armonización.

Con la llegada del nuevo milenio, el proceso se ha reiniciado pero, al parecer, fundamentado en nuevas bases. En particular, la estrategia de la UE en lo que se refiere al derecho de sociedades ha cambiado a raíz del Plan de Acción de 2003, que a su vez se basaba en el informe de 2002 del Alto Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades⁶⁰. La armonización comenzó a considerarse no ya un fin en sí misma, sino un bien instrumental, que se valora por su capacidad para mejorar la eficiencia del funcionamiento empresarial⁶¹.

Esto condujo a un enfoque minimalista hacia el derecho europeo de las sociedades: las directivas armonizadoras deberían adoptarse sólo en la medida en que ello sea deseable para las empresas y concentrarse, sobre todo, en las cuestiones transfronterizas en virtud del principio de subsidiariedad. Además, este nuevo enfoque debería implicar un mayor uso de normas derogables (*default rules*) y de

58. Que fue posteriormente retirada por COM(2001) 763 final/2, de 21 de diciembre de 2001.

59. Cf. Armour, Ringe (2011), p. 4. Véanse el *Feedback Statement* de la CE, de 15 de noviembre de 2011, que proporciona el resumen de las respuestas al Libro Verde sobre la estructura de gobierno corporativo de la UE en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/20111115-feedback-statement_en.pdf; la 13ª Directiva 2004/25/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición, menciona a las cooperativas en el apartado 7 del artículo 11, al excluirlas expresamente del ámbito de aplicación del art. 7; y la 10ª propuesta de directiva que fue retirada por COM(2001) 763 final, de 11 de diciembre de 2001, pero véase posteriormente la Directiva 2005/56/CE de 26 de octubre de 2005, sobre las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, modificada por última vez por la Directiva 2012/17/ UE, de 13 de junio de 2012, la cual se ocupa de las cooperativas en el art. 3.2 que establece que: “Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva a las fusiones transfronterizas en que participe una sociedad cooperativa incluso en los casos en que ésta se vea cubierta por la definición de ‘sociedad de responsabilidad limitada’ según lo establecido en el artículo 2.1”.

60. Véase COM (2003) 284 final. El Informe de 2002 del Grupo de Expertos de Alto Nivel en Derecho de Sociedades está disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf.

61. Véase, a este respecto, Armour y Ringe (2011), p. 2.

opciones, en desarrollo de la idea de que la legislación de la UE debería conferir poderes a los legisladores nacionales y no limitarlos⁶².

En el mismo sentido, la legislación comunitaria debería concentrarse en la libertad de las partes para designar la ley aplicable, a fin de fomentar la competencia entre los Estados miembros para mejorar su legislación nacional, tanto con objeto de evitar la emigración de empresas nacionales (competencia pasiva) como para atraer a empresas extranjeras (competencia activa)⁶³. La expectativa es que esta estrategia podría conducir a la aproximación de las leyes de sociedades, aunque siguiendo una ruta diferente, esto es, de abajo hacia arriba y no de arriba hacia abajo, como en el caso de las directivas.

Reiterando, esta nueva estrategia – sometida de nuevo a revisión recientemente, dado que a principios de 2012 la Comisión puso en marcha una nueva consulta pública sobre el futuro del derecho de las sociedades de la UE, cuyos resultados se presentaron en un informe de julio de 2012⁶⁴ – muestra la transición desde un enfoque de la armonización “de arriba hacia abajo” hacia una armonización “desde abajo hacia arriba” – lo que probablemente refleja una visión menos optimista de la integración europea. Existen diferencias en la normativa de sociedades en Europa, y todo apunta a que los Estados miembros no desean unificarlas. Por lo tanto, la única posibilidad para las instituciones de la UE es explorar

62. A modo de ejemplos de este enfoque, véanse la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio de 2007, sobre determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas; esta directiva trata de las cooperativas en el art.1.3 c), que indica que los Estados miembros pueden eximir a las sociedades cooperativas de la presente Directiva; y la Directiva 2012/17/UE, de 13 de junio de 2012, que trata de la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades.

63. Esta tendencia se vio favorecida por la jurisprudencia del TJUE sobre la libertad de establecimiento (comenzando con *Centros* en 1999). Armour y Ringe (2011), pp. 6-16, ofrecen un interesante resumen de las decisiones más importantes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la libertad de establecimiento, desde el *Daily Mail* en 1988 a *Cartesio* en 2008. Ahora, en *Vale* (TJUE, 12 de julio de 2012, C-378/2010), el TJUE establece que: “Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que, a la vez que prevé para las sociedades nacionales la facultad de transformarse, no permite, de manera general, la transformación de una sociedad de otro Estado miembro en sociedad nacional mediante la constitución de esta última”. ¿Supone esto el fin de la cuestión de la movilidad de sociedades? ¿Hace esto inútiles las disposiciones sobre la libertad de transferencia de la sede social en los reglamentos sobre la SE y la SCE, que, por otra parte, son reglamentos engorrosos?

64. Véase el *feedback statement* de la CE “Resumen de las respuestas a la consulta pública sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo”, y el subsiguiente Plan de Acción: Derecho de sociedades europeo y el Gobierno Corporativo COM (2012) 740 final, de 12 de diciembre de 2012.

formas indirectas de armonización, cuyo éxito y resultados, sin embargo, resultan inciertos.

Volviendo la atención hacia el derecho cooperativo, los obstáculos para la armonización mediante directivas son aún mayores si se tienen en cuenta los siguientes aspectos.

Antes que nada, las leyes nacionales sobre las cooperativas difieren mucho entre sí, no sólo considerando sus características generales o aspectos de menor importancia de la regulación, sino el concepto mismo de cooperativa que adoptan. Probablemente, la única regla uniforme en Europa es la variabilidad del capital de las cooperativas. No todas las leyes cooperativas en Europa reconocen a las cooperativas como organizaciones empresariales de titularidad de sus usuarios o como organizaciones democráticas, y no todas las leyes cooperativas en Europa prevén una forma específica de distribución de beneficios (de carácter no capitalista); por no hablar de cuestiones más sutiles, como la asignación de útiles a reservas y la devolución de los activos residuales en caso de disolución, donde la variedad es aún mayor⁶⁵.

En segundo lugar, el movimiento cooperativo no estaría a favor de tal proceso. Considera que las instituciones de la UE no tienen suficiente conocimiento de las cooperativas y, por lo tanto, que una armonización de arriba hacia abajo podría generar problemas. Lo señalado anteriormente en este artículo, en lo relativo a la propuesta de directiva sobre BICCIS, parece ser un argumento lo suficientemente válido a favor de esta idea.

En tercer lugar y, en consecuencia, como ya se ha señalado anteriormente con respecto al derecho de las sociedades, la Comisión no es partidaria de armonizar a través de directivas si tal armonización no es apreciada por las propias sociedades, o sus representantes, cuya normativa debería ser objeto de armonización.

En conclusión, el RSCE – al igual que el RSE – constituye el resultado lógico de la perspectiva institucional más reciente en lo que se refiere a la armonización. Al tener un carácter supletorio y facultativo, el RSCE no constituye evidentemente un instrumento de armonización⁶⁶, sino una solución indirecta a los

65. A este respecto, véase Fici (2013b).

66. Esto justifica el hecho de que el RSCE se fundamente en el art. 352 TJUE, en lugar de en el art. 114 TFEU: véase TJUE, 2 de mayo de 2006 (C-436/03), donde el Tribunal sostiene que el Reglamento

problemas generados por la diversidad de leyes cooperativas⁶⁷. Un instrumento de esta naturaleza podría, como mucho, tener un efecto indirecto de aproximación, como espera la Comisión⁶⁸. De hecho, debido al gran número de referencias al derecho nacional, el RSCE parece, en principio, ser tendente a favorecer la aproximación indirecta de las normativas más por efecto de competencia horizontal entre los Estados miembros que por efecto de competencia vertical entre derecho comunitario y derecho nacional⁶⁹. En cualquier caso, hasta el momento no hay suficientes pruebas de este efecto de aproximación, como se verá en este artículo más adelante (sección 5).

“tiene como objetivo establecer una forma jurídica nueva que se superponga a las formas nacionales de sociedades cooperativas” (punto 40); “deja intactas las distintas normativas nacionales existentes” (punto 44); y, por lo tanto “no puede considerarse que tenga por objeto aproximar las legislaciones de los Estados miembros aplicables a las sociedades cooperativas, sino crear una nueva forma de sociedad cooperativa que se superpone a las nacionales” (punto 44). Además, el Tribunal establece que: “no desvirtúa esta información que el Reglamento impugnado no fije de manera exhaustiva el conjunto de normas aplicables a las sociedades cooperativas europeas y remita, en algunos extremos, al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio tenga su domicilio social la sociedad cooperativa europea, dado que esta remisión tiene ... carácter subsidiario” (punto 45).

67. Según Bonfante (2006), p. 4.: “En realidad, la adopción del RSCE representa una especie de retroceso ante la imposibilidad de aprobar una directiva para la armonización de las leyes cooperativas nacionales: dicha imposibilidad tiene su origen en las profundas divergencias entre las tipologías de modelos europeos de cooperativa” [traducción del autor].

68. Véase COM (2004) 18 final, cit., p. 15: “Se espera que el Reglamento tenga un efecto de armonización indirecto y progresivo al convertirse en referencia de futuras normativas, en particular en los nuevos Estados miembros y en los países candidatos”. En el informe de 2002 del Alto Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades, Capítulo VIII, pp. 121-122, se hace constar: “Es interesante observar las relaciones que se establecen entre la SCE y las formas nacionales de cooperativas. ¿Se utilizará la SCE realmente para las reestructuraciones y la creación de empresas conjuntas transnacionales? Si es así, esto podría reforzar la competitividad de las cooperativas. Pero también puede suceder que la SCE provoque una armonización *de facto* con respecto al hecho de que las formas nacionales siguen aún sujetas principalmente a las normas nacionales. En otros términos, la SCE podría competir con las formas nacionales de cooperativas al ser el instrumento más eficaz para organizar la actividad económica. Esto podría llevar potencialmente a un desequilibrio entre las formas jurídicas nacionales y la SCE”.

69. Esto plantea los siguientes interrogantes: ¿Puede haber competencia horizontal sin que exista una competencia vertical? ¿Constituye la competencia vertical (derecho europeo frente al derecho nacional) una condición previa para que exista una competencia horizontal? Estas cuestiones no han sido aún desarrolladas por la doctrina científica y requerirían una mayor consideración.

3. Las fuentes del derecho de la SCE

El análisis del RSCE desde la perspectiva de las fuentes del derecho de la SCE es fundamental para entender su verdadera esencia y su posible función en la evolución del derecho cooperativo en Europa y, sobre todo, en la práctica de las operaciones transfronterizas entre cooperativas⁷⁰.

El RSCE – siguiendo el ejemplo del RSE, aunque tal vez en mayor medida – no constituye una normativa independiente y completamente paneuropea: de hecho, las SCE están en gran medida sujetas al derecho nacional del Estado miembro en que tengan su domicilio social⁷¹. El derecho nacional desempeña distintas funciones en la regulación de la SCE: no sólo colma las lagunas existentes en el derecho comunitario, sino que, en muchos casos, tiene prevalencia sobre ello, excluyendo o condicionando su aplicación.

El grado de libertad de autoregulación por medio de los estatutos de la SCE dependerá del margen dejado tanto por el RSCE como por la legislación nacional aplicable⁷².

Una consecuencia inevitable de ello es que, en realidad, no existe una única cooperativa europea sino 28 SCE, equivalentes al número de Estados miembros⁷³. A continuación, se examinarán en más detalle los puntos abordados anteriormente.

70. La mayoría de las cuestiones abordadas en esta sección han sido analizadas en más detalle por el autor de este artículo en *Cooperatives Europe et al.* (2010), parte I; véase también Fici (2013c).

71. Según establece el art. 6 del RSCE, el domicilio social de la SCE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central (la teoría de la “sede real”: véase el considerando 14º del preámbulo del RSCE). Además, un Estado miembro – al ejercer una “opción”: véase más adelante en el artículo – podrá imponer a las SCE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar. El artículo 11.1 del RSCE, establece que toda SCE deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social, en el registro que señale la legislación de ese Estado miembro de conformidad con la legislación aplicable a las sociedades anónimas. De hecho, contrariamente a esta disposición, los Estados miembros en los que existe un registro específico de cooperativas, han designado al registro de cooperativas como registro de las SCE: véase *Cooperatives Europe et al.* (2010), parte I, pp. 76–77.

72. Véase el art. 5.1 del RSCE, en virtud del cual, la palabra “estatutos” designará a la vez el acto constitutivo y, cuando constituyan un acto separado, los estatutos propiamente dichos de la SCE.

73. Más concretamente, 31 SCE, dado que, como se ha señalado anteriormente, el RSCE también se aplica a los países miembros del EEE: véase la nota 11 al pie de página.

El art. 8.1 del RSCE, establece que “las SCE se registrarán:

- a) por lo dispuesto en el presente Reglamento;
- b) cuando el presente Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la SCE;
- c) respecto de las materias no reguladas por el presente Reglamento o, si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por el presente Reglamento:
 - i) por la legislación que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SCE,
 - ii) por las leyes de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social,
 - iii) por las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades cooperativas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social”.

Este artículo merece examinarse detenidamente a la luz de las cuestiones que plantea.

3.1. El papel predominante y multifacético del derecho nacional en la regulación de la SCE

De acuerdo con el art. 8.1 del RSCE, dicho Reglamento ocupa formalmente el primer lugar en la jerarquía de las fuentes del derecho de la SCE, mientras que el derecho nacional (de la SCE registrada) ocupa el segundo lugar, dado que se aplica únicamente respecto de las materias no reguladas o de los aspectos no cubiertos por el RSCE. De ahí, en virtud del artículo 8, aunque el RSCE no es la única fuente de derecho de la SCE, sí constituye la principal, lo que significa que la SCE podría tener una configuración diferente de la cooperativa del Estado miembro en el que está registrada.

Sin embargo, la realidad es bien distinta. De hecho, en todo el Reglamento de la SCE hay 101 referencias específicas a la legislación nacional, además de la disposición general establecida en el art. 8.1 c): esto reduce significativamente el ámbito de la materia regulada por el RSCE⁷⁴.

74. Se contabilizaron un total de 101 referencias en Cooperatives Europe et al. (2010), parte I, p. 55.

Además, entre estas referencias específicas, hay algunas referencias que –contrariamente a la disposición general del art. 8.1 – dan prioridad al derecho nacional a la hora de definir cuestiones o aspectos fundamentales del régimen de las SCE. Esto se manifiesta de diversas formas, que convergen para dar predominancia al derecho nacional en la regulación de la materia.

(i) En los casos más sencillos, el RSCE establece una norma que se aplica únicamente en ausencia de una disposición de derecho nacional diferente. Un ejemplo lo constituye el artículo 54.1 del RSCE⁷⁵.

(ii) En otros casos, el RSCE concede a los estatutos de la SCE la facultad de regular un determinado aspecto de un modo concreto, que la SCE puede ejercer sólo si la legislación nacional del Estado miembro así se lo permita o no disponga lo contrario. Por ejemplo, el artículo 14.1 (2), establece que “cuando la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE lo permita, los estatutos podrán prever la admisión, en calidad de socios inversores (no usuarios), de personas que no tengan intención de utilizar o de producir los bienes y servicios de la SCE”. Por lo tanto, la admisibilidad de socios inversores en una SCE depende de la existencia de normas de derecho nacional que permitan (de forma directa, o estableciendo que los estatutos puedan prever su admisión) socios inversores en una cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro⁷⁶. Otro ejemplo viene dado por el artículo 4.1 (1)⁷⁷.

(iii) En otros casos relativamente diferentes, el RSCE autoriza a los estatutos de la SCE a que regulen una cuestión “sin perjuicio de las disposiciones obligatorias de las legislaciones nacionales”, como establece, por ejemplo, el artículo 65.1, relativo al reparto de los excedentes del balance de fin de ejercicio⁷⁸.

75. El art. 54.1 del RSCE establece: “Una SCE convocará una asamblea general al menos una vez cada año civil, dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio, excepto en caso de que la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE aplicable a las cooperativas que ejerzan el mismo tipo de actividad que la SCE establezca una frecuencia mayor”.

76. Y, debe añadirse, sólo en la medida en que la admisión de socios inversores esté permitida.

77. “Los estatutos de una SCE podrán establecer, en el sentido del artículo 48 del Tratado, que una sociedad pueda ser miembro de uno de sus órganos, excepto cuando la legislación aplicable a las cooperativas del Estado miembro donde esté domiciliada la SCE disponga lo contrario”.

78. En virtud del art. 65.1, RSCE: “Sin perjuicio de las disposiciones obligatorias de las legislaciones nacionales, los estatutos determinarán las reglas para el reparto de los excedentes del balance de fin de ejercicio”.

(iv) Como ejemplo de un grupo de casos más complejos cabe citar el artículo 75.1, RSCE. La norma comunitaria es que, en caso de disolución de una SCE, el activo neto se adjudicará con arreglo al principio de adjudicación desinteresada. Sin embargo, “cuando lo permita la legislación del Estado miembro”, el activo neto se podrá adjudicar por un sistema alternativo estipulado en los estatutos de la SCE⁷⁹.

Algunas de las 101 referencias al derecho nacional deberían ser clasificadas, más concretamente, como “opciones” puesto que permiten que los Estados miembros establezcan normas relativas a las SCE que, o bien difieran, o tengan un carácter supletorio con respecto a las previstas en el RSCE, de modo que la regulación de una SCE emana del RSCE si la opción no es ejercida por el Estado miembro⁸⁰.

Por lo general, una opción se presenta, y puede reconocerse, por la fórmula “un Estado miembro podrá imponer/establecer/determinar, etc.”, como en el paradigmático ejemplo del artículo 6, RSCE⁸¹. Sin embargo, no resulta sencillo establecer que una referencia constituye una opción en el sentido estricto que aquí se ha adoptado. Por ejemplo, a lo largo de este artículo ya se ha mencionado el artículo 14.1, párrafo segundo, sobre la admisibilidad de los socios inversores en una SCE. Donde este último artículo hace referencia a una autorización existente en la legislación del Estado miembro, parece aludir simplemente a la legislación nacional existente y no atribuir una opción al Estado miembro. Sin embargo, un Estado miembro podría aprobar una norma específica que esta-

79. Otro ejemplo viene dado por el art. 64.3, según el cual, “De conformidad con la legislación del Estado miembro con respecto a las cooperativas, los estatutos de la SCE podrán fijar condiciones particulares para poder ser elegido miembro del órgano de administración”.

80. Cooperatives Europe et al. (2010), parte I, pp. 59 y ss., presenta el estado de aplicación de las opciones por parte de los Estados miembros y de los países integrantes del EEE, comparándolo también con el relativo a las opciones presentes en el RSE, como se deriva del estudio realizado por Ernst & Young: “Estudio sobre el funcionamiento y los efectos del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea” de 2009.

81. “El domicilio social de una SCE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además, los Estados miembros podrán imponer a las SCE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar”. Véase, también, entre otros, el art. 27.4 y el art. 39.4. Cooperatives Europe et al. (2010), parte I, p. 59, identifica 30 opciones en total; este estudio ofrece, además, una clasificación de dichas opciones de acuerdo con su objeto (ivi, pp. 58–59).

blezca que las SCE podrán admitir socios inversores⁸², “convirtiendo” de este modo una referencia simple en una “opción”⁸³.

Además de ser un instrumento analítico potencialmente engañoso, la categoría de las opciones da lugar a una cuestión problemática.

No resulta claro si, para poder aplicar la legislación nacional en presencia de una opción, dicha opción debe ser ejercida específicamente por el Estado miembro o esto no es necesario, permitiendo así la aplicación de normas nacionales que no se refieran particularmente a la SCE. Por ejemplo, en el caso del artículo 2.2, cabría preguntarse si debe interpretarse en el sentido de que es necesario que haya una disposición nacional específica relativa a la SCE, o si, por el contrario – en los casos en los que la legislación nacional vigente, por lo general, permite que una organización cuyo domicilio social no esté dentro de la UE participe en la constitución de una cooperativa (o sociedad) con arreglo a la legislación nacional – esta facultad también puede referirse a la constitución de una SCE. En el segundo caso, se aplicaría la legislación nacional correspondiente a las SCE aunque, en un sentido estricto, la materia está cubierta por una opción, con lo que se eliminaría la diferencia existente entre una “opción” y una referencia “simple”, y se ampliaría la capacidad del derecho nacional como fuente de derecho de la SCE.

A este respecto, cabe considerar que las leyes nacionales de aplicación del RSCE suelen hacer referencia explícita al ordenamiento jurídico nacional declarando la legislación nacional sobre las cooperativas y/o las sociedades aplicable a la SCE⁸⁴. En este caso y otros similares, la cuestión radica en si esta referencia general puede considerarse como ejercicio de una opción con respecto a mate-

82. Con independencia de si la legislación nacional autoriza de igual manera a las cooperativas constituidas con arreglo a ella, puesto que el artículo 9 del RSCE relativo al principio de no discriminación debe interpretarse en el sentido de que la SCE no podrá recibir en cada Estado miembro un trato peor que una sociedad cooperativa constituida con arreglo a la legislación nacional, y no en el sentido de que la primera no podrá recibir un trato mejor que la segunda.

83. Véase, por ejemplo, el artículo 8 de la Ley holandesa de Implementación de la Sociedad Cooperativa Europea, de 14 de septiembre de 2006, que establece: “los estatutos de una Sociedad Cooperativa Europea con domicilio social en los Países Bajos podrán prever la admisión de socios no usuarios, con arreglo al artículo 14, apartado 1, del Reglamento”. Lo mismo podría verificarse, por ejemplo, en lo que se refiere a lo establecido en el artículo 59, apartado 2 sobre el derecho de voto.

84. Por ejemplo, la Ley X-696 de la República de Lituania sobre las sociedades cooperativas europeas contiene una disposición (art. 1.3) que establece que “las sociedades cooperativas europeas que tienen su domicilio social en la República de Lituania estarán reguladas *mutatis mutandis* por las normas jurídicas de la República de Lituania que gobiernan las sociedades cooperativas (cooperativas) y las sociedades anónimas en la medida en que lo permita el Reglamento y el Reglamento, esta Ley y otros actos jurí-

rias reguladas por el derecho nacional de cooperativas o (incluso) de sociedades.

Más relevante aún es el caso de los Estados miembros que no han aplicado el RSCE de manera específica, asumiendo que su legislación cooperativa nacional ya era lo suficientemente adecuada para abordar la cuestión relativa a las SCE⁸⁵. Si se sostiene la idea de que, para poder aplicar la legislación nacional a materias o aspectos cubiertos por opciones, dichas opciones han de ser aplicadas específicamente por parte de los Estados miembros, la estrategia estatal consistente en no aplicar el RSCE y confiar en la legislación nacional existente, fracasaría a la hora de ofrecer una identidad nacional para la SCE. Esto afectaría no sólo a la organización interna de la SCE (por ejemplo, el funcionamiento de sus órganos), sino también a otros aspectos, como el traslado del domicilio social.

El mejor ejemplo de ello es el ofrecido por Italia. En la comunicación ministerial referida al RSCE (la misma comunicación donde se sostiene que una ley de aplicación del RSCE no es necesaria en Italia), se afirma que el certificado referido en el artículo 7.8 del RSCE no podrá ser emitido por la autoridad competente antes de que los activos no distribuibles de la SCE hayan sido devueltos a los “fondos mutualistas”, en conformidad con el principio de adjudicación desinteresada del activo neto disponible que se aplica a las cooperativas italianas⁸⁶. Sin embargo, cabe recordar que Italia no ha aprobado ninguna ley para la aplicación del RSCE, lo cual pone en entredicho el hecho de que la opción establecida en el artículo 7.14, párrafo primero, haya sido ejercida por este Estado miembro⁸⁷.

dicos que regulan las sociedades cooperativas europeas no dispongan lo contrario”. Véase también art. 1, apartado 2, de la Ley española 3/2011, de 4 de marzo: “La sociedad cooperativa europea (SCE) domiciliada en España se registrará por lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 1.435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, por las disposiciones de esta Ley y por la Ley de Cooperativas aplicable en función del lugar donde realice principalmente la actividad cooperativizada en los aspectos no regulados por el citado Reglamento, así como por la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas”.

85. Este es el caso, particularmente, de Italia y Malta.

86. Al menos, aquellas que son “la mutualidad predominante”: véase Fici (2013d). La comunicación mencionada anteriormente es la de 30 de junio de 2006, nº 2903 del Ministerio de Desarrollo Económico, publicada en *Gazzetta Ufficiale* nº 171 de 25 de julio 2006.

87. Un argumento en contra podría ser, sin embargo, el hecho de que, cuando los Estados miembros han designado a una autoridad competente de conformidad con el artículo 7.14, párrafo primero, dicha designación será equivalente funcionalmente al ejercicio de la facultad pertinente. En Italia, esta designación fue realizada por la comunicación del Ministerio de Desarrollo Económico de 26 de marzo de 2007, nº 57, publicada en la *Gazzetta Ufficiale*, nº 82 de 7 de abril de 2007.

Finalmente, otro aspecto que debe considerarse es la forma en que dichas opciones deben ser implementadas por los Estados miembros, esto es, si los Estados miembros tienen plena libertad a este respecto o han de ajustarse a unos criterios específicos⁸⁸. Hay dos posibles respuestas. La primera es que, si el RSCE concede una opción, el Estado miembro tiene plena libertad para determinar el contenido de la norma nacional de aplicación. La segunda, y más correcta, es que el principio de no discriminación establecido en el artículo 9 del RSCE deberá en todo caso guiar a los legisladores nacionales, por lo que las opciones deben ser ejercidas con miras a la promoción de una SCE, o a que ésta sea objeto de un trato jurídico idéntico del que gozan las cooperativas nacionales.

Entre las 101 referencias al derecho nacional, hay otras que pueden clasificarse como “obligaciones”, puesto que obligan a los Estados miembros a regular una serie de materias o aspectos.

Entre dichas obligaciones, una de carácter general obliga a los Estados miembros a que “adopten todas las disposiciones adecuadas para garantizar la aplicación efectiva del presente Reglamento” (art. 78.1); este artículo – junto con el artículo 8.1 c) (i) – ha sentado las bases para la adopción de actos y medidas específicas por parte de los Estados miembros dirigidas a la aplicación del Reglamento de la SCE⁸⁹. Otra obligación que deben cumplir los Estados miembros es la de “designar las autoridades competentes en el sentido de los artículos 7, 21, 29, 30, 54 y 73” y la de informar de ello a la Comisión y a los demás Estados miembros (art. 78.2)⁹⁰.

88. El propio RSCE a veces identifica estos criterios: véase, por ejemplo, el artículo 50.3, que establece las mismas condiciones aplicables a las cooperativas constituidas con arreglo al derecho del Estado miembro de que se trate.

89. En *Cooperatives Europe et al.* (2010), parte I, pp. 46–47, se esbozan los actos y las medidas adoptadas por los Estados miembros actualizadas hasta mayo de 2010. Los reglamentos comunitarios son actos legislativos europeos que, en principio, a diferencia de las directivas, no han de ser aplicados por los Estados miembros. De hecho, el reglamento comunitario “será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro” (art. 288.2, TFUE). Sin embargo, también en lo que se refiere a los reglamentos, los Estados miembros están obligados a adoptar “todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión” (art. 291.1, TFUE). Esta obligación existe en el caso en el que los reglamentos comunitarios no requieran una ley de aplicación expresamente, pero en el que esta ley acaba siendo necesaria de hecho, y en el caso en el que requieran dicha ley expresamente, que es precisamente el caso del RSCE en virtud de su artículo 78.1.

90. En *Cooperatives Europe et al.* (2010), parte I, p. 231 y ss., se presenta una lista de las autoridades competentes designadas por los Estados miembros con arreglo a la disposición citada anteriormente.

La conclusión lógica de este análisis es que, gracias a estas referencias, el derecho nacional acaba asumiendo un papel sustancialmente equiparable (o incluso mayor) al del Reglamento de la SCE en la regulación de la materia, si también se tiene en cuenta el número y relevancia de materias y aspectos regulados.

Esto se traduce, por una parte, en la atenuación de una posible diferencia entre la SCE y una cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro donde la SCE tiene registrado su domicilio social; y por otro, en el aumento de una posible diferencia entre las SCE con domicilio social en varios Estados miembros, debido a la gran diversidad de leyes cooperativas existentes en Europa, lo que justifica la afirmación anterior de que, en realidad, el marco jurídico europeo actual no contribuye a crear un modelo único de SCE sino 28 modelos, equivalentes al número de Estados miembros.

Como se ha señalado anteriormente, un Reglamento de la SCE así concebido apenas puede promover la competencia vertical entre el derecho comunitario y el derecho nacional, lo que puede considerarse un factor potencial para la aproximación *de facto* de las leyes europeas de cooperativas, así como para la mejora de dichas leyes, especialmente en aquellos países de la Unión Europea en los que la legislación cooperativa no es lo suficientemente adecuada para promover el desarrollo de las cooperativas (y, por consiguiente, debido al papel esencial que desempeña la legislación nacional en la regulación de la SCE, así como de las SCE con domicilio social en dichos países)⁹¹.

3.2. ¿Qué legislación nacional aplicar?

Como se ha visto anteriormente, al referirse a la legislación nacional como fuente de derecho de la SCE, el Reglamento de la SCE contempla la adopción por parte de los Estados miembros de una ley específica para su aplicación (art.8.1 c), i, RSCE). Esta disposición debe combinarse con la que obliga a los Estados miembros a adoptar “todas las disposiciones adecuadas para garantizar la aplicación efectiva del presente Reglamento” (art. 78.1, RSCE), la cual, a su vez, se deriva del art. 291.1, TFUE.

91. Véase sección 2 anterior.

Por consiguiente, la mayor parte de los Estados miembros han adoptado leyes específicas de aplicación del RSCE, las cuales constituyen la principal fuente de producción y conocimiento de las normas nacionales aplicables a la SCE⁹². No obstante, dichas normas nacionales podrían también encontrarse en leyes diferentes de las estrictamente referidas como leyes de aplicación del RSCE (por ejemplo, en leyes nacionales sobre los registros de las sociedades comerciales, modificadas para incluir a las SCE). En muchos casos, la aplicación del RSCE ha sido realizada mediante la modificación de la ley nacional sobre las cooperativas, en la que se han introducido una serie de normas nuevas relativas a las SCE⁹³.

Ante todo, se espera que la normativa nacional específica sobre la SCE ejerza las opciones y cumpla con las obligaciones que el RSCE concede e impone a los Estados miembros, pero esta normativa podría también ofrecer reglas de carácter supletorio.

En cualquier caso, cuando se trata de regular a las SCE, los legisladores nacionales están sujetos al principio de no discriminación en virtud del artículo 9 del RSCE, que establece que “Con sujeción a las disposiciones del presente Reglamento, la SCE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social”.

De este principio se desprende que la SCE no puede recibir un trato peor del que recibe una cooperativa constituida con arreglo a la legislación nacional, lo que implica que, al adoptar las leyes de aplicación en el sentido del artículo 8.1 c), i), los Estados miembros deberían seleccionar dichas normas con el fin de que las SCE puedan recibir el mismo trato que las cooperativas constituidas con

92. Véase para más referencias, Cooperatives Europe et al. (2010), parte I, p. 45 y ss. A entender del autor, después de la aprobación de la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España, Grecia, Italia, Luxemburgo y Malta siguen siendo los únicos Estados miembros que no han aprobado una verdadera ley de aplicación del RSCE. Por el contrario, según la Comisión Europea, a Diciembre de 2011, únicamente tres Estados miembros no han adoptado las medidas necesarias para garantizar la aplicación del RSCE: Véase COM (2012) 72, de 23 de febrero de 2012, sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 1435/2003, de 22 de julio de 2003, del Consejo relativo al estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), p. 5. En todo caso, a esta lista se suma ahora Croacia.

93. Este es el caso de Bélgica, Bulgaria y Francia, entre otros.

arreglo a la legislación nacional⁹⁴. Del mismo modo implica que, por lo que respecta a los aspectos no contemplados en el RSCE, las SCE son objeto de la misma regulación y trato que las cooperativas nacionales, lo cual es coherente con la disposición del artículo 8.1 c), ii)⁹⁵.

Por el contrario, no está claro si el principio de no discriminación funciona a la inversa, en el sentido que los legisladores nacionales no pueden conceder a la SCE un mejor trato que el concedido a una cooperativa nacional y están, además, obligados, en la medida de lo posible (e.g. ejerciendo una opción otorgada por el RSCE), a adoptar las mismas normas para una SCE que las aplicadas a una cooperativa nacional. De hecho, no hay nada en el RSCE que parezca sostener esta interpretación⁹⁶.

Finalmente, cabe destacar que las 101 referencias específicas a la legislación nacional no son uniformes, puesto que hay referencias a la legislación nacional cooperativa (e.g. art. 17.1, RSCE), otras a la de las sociedades anónimas (e.g., art. 11.1, RSCE) y otras a la legislación nacional en general (e.g., art. 7.4, RSCE)⁹⁷. Esto complica aún más el marco jurídico actual de la SCE, que necesita una simplificación para que pueda resultar realmente efectivo.

94. Evidentemente, estando el principio de no discriminación con arreglo al artículo 9 “sujeto al presente Reglamento”, es posible otorgar un tratamiento distinto y menos favorable a las SCE frente al de las cooperativas constituidas con arreglo al derecho nacional sólo en la medida en que esta desigualdad de tratamiento venga determinada por el propio RSCE.

95. Por lo tanto, un Estado miembro no podría declarar que su legislación nacional sobre las sociedades anónimas es de aplicación general a las SCE si su sistema jurídico contiene una ley específica sobre las cooperativas. Obviamente, cuando la legislación nacional sobre las cooperativas prevea la aplicación del derecho de las sociedades a las cooperativas con carácter residual (como sucede en Italia, por ejemplo), el derecho de las sociedades también se aplicará a las SCE en virtud de esta referencia.

96. Por el contrario, el RSCE contiene disposiciones específicas, como el art. 37.1 (véase la fórmula “en las mismas condiciones establecidas para las cooperativas” con domicilio en su territorio), que pueden interpretarse a la inversa entendiéndose que, cuando el RSCE no establezca de forma expresa la concesión de un trato igualitario (como en el art. 37.1), las SCE podrán recibir un mejor trato respecto al recibido por las cooperativas nacionales. En cambio, como se afirma en el texto, la concesión de un peor trato sería prohibida por el artículo 9.

97. Además, en algunos casos, se establece de forma explícita que el derecho de las sociedades anónimas se aplica “por analogía”: véase, e.g., los artículos 4.6 y 5.3 del RSCE.

3.3. El papel de los Estatutos de la SCE

El papel que desempeñan los estatutos de la SCE en su regulación es más bien limitado y, en cualquier caso, depende de una “autorización expresa” por el Reglamento de la SCE (art. 8.1 b), RSCE) o una disposición habilitadora de la legislación nacional vigente (art. 8.1 c), iii), RSCE).

En razón de la jerarquía establecida por el artículo 8, cuando el RSCE “autoriza expresamente” las disposiciones de los estatutos de la SCE, dichas disposiciones prevalecerán incluso sobre las normas inderogables que fuesen de aplicación a una cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social.

Como ejemplo de ello cabe destacar el artículo 1.4 del RSCE, que establece que “La SCE no podrá admitir que terceros no socios se beneficien de sus actividades o participen en sus operaciones, salvo disposición en contrario de los estatutos”. Esto significa que, de acuerdo con una autorización contemplada en sus estatutos, la SCE podría realizar actividades con terceros no socios, aunque la legislación nacional del Estado miembro donde tenga su domicilio social no permita (de forma explícita o implícita) que una cooperativa realice operaciones con terceros no socios⁹⁸.

Cabe recordar, sin embargo, que entre las 101 referencias específicas a la legislación nacional, hay muchas referencias que subordinan las disposiciones contenidas en los estatutos de las SCE a la legislación nacional vigente, limitando así el grado de libertad para su autoregulación como se deriva del artículo 8.1 b) del RSCE⁹⁹.

El artículo 8.1 b), al hacer referencia a una “autorización expresa”, parece excluir el posible papel residual que pueden desempeñar los estatutos de la SCE a la hora de colmar las lagunas existentes. Esto significa que los estatutos de la SCE sólo pueden regular una cuestión si el RSCE hace referencia a estos. El resultado de ello es una mayor limitación de la libertad de autoregulación estatutaria. Sin embargo, este razonamiento puede verse ligeramente atenuado por el hecho de que el RSCE contiene un gran número de referencias explícitas y específicas a los estatutos de la SCE; y que, de manera más general, el artículo 5.4 del RSCE

98. No obstante, con respecto a esta disposición, véase la sección 3.4 sobre la interpretación del art. 8.1 c) y el concepto de regulación parcial y de los aspectos no contemplados en la misma. Otros ejemplos en este sentido son el artículo 1.2, párrafo tercero, y el artículo 45.1 del RSCE.

99. Véase la sección 3.1. anterior y *ibidem*, concretamente, los incisos ii) y iii).

contiene una diversidad de materias que son objeto de regulación por los estatutos de la SCE; y que, finalmente, con arreglo al art. 8.1, c) iii), la autoregulación también es posible cuando la legislación nacional vigente así lo disponga.

3.4. La compleja interacción entre las fuentes del derecho de la SCE: otros ejemplos

A lo largo de este artículo ya se debería haber puesto de relieve de manera suficiente la complejidad del RSCE en lo que se refiere a las fuentes del derecho aplicable a las SCE y la interacción entre ellas. Sin embargo, a continuación se ofrecen otros ejemplos de las dudas interpretativas que plantea la estructura actual del Reglamento de la SCE.

El artículo 8.1 c) hace una referencia general a la legislación nacional como una fuente del derecho aplicable a las SCE que, sin embargo, se ve limitada a “las materias no reguladas” y a “los aspectos no contemplados” por el Reglamento de la SCE.

Esta disposición plantea los siguientes interrogantes: ¿Cuándo puede considerarse que una materia no está regulada, o que sólo lo está parcialmente, por el Reglamento de la SCE? ¿Cuándo debe considerarse que las lagunas existentes en el Reglamento de la SCE constituyen lagunas “reales” y sustanciales (que pueden ser suplidas por las legislaciones nacionales con arreglo al artículo 8.1 c), o sólo lo son en apariencia (en este caso, siendo la ausencia de mención formal equivalente a la ausencia de previsión efectiva)?

Para dar respuesta a estas cuestiones, es necesario desarrollar una noción clara de lo que significa “materia plenamente regulada”, que no puede ser traducida fácilmente en términos prescriptivos. Esto escaparía al alcance del presente estudio. Lo que se puede hacer aquí es presentar casos relevantes en los que podría suscitarse esta cuestión.

Cabe mencionar, por ejemplo, la disposición del artículo 1.4 del RSCE anteriormente citada. En este caso, como se ha señalado antes, no se hace ningún tipo de alusión a la legislación nacional, lo que significa que la aplicación del RSCE no depende de la ausencia de una norma nacional obligatoria (o imperativa) ni de la presencia de una norma nacional permisiva¹⁰⁰. Sin embargo, en

100. Véase la sección 3.3.

este respecto, la pregunta que se plantea es: ¿Cómo habría de abordarse un caso en el que la legislación nacional limita la posibilidad de realizar actividades con terceros? ¿Estableciendo, por ejemplo, que tengan prioridad las operaciones realizadas con socios, o que las realizadas con terceros no socios sean debidamente autorizadas? Esta cuestión adquiere aún mayor relevancia si se contempla que determinadas leyes nacionales no impiden que las cooperativas realicen actividades con terceros no socios, sino que les otorgan un tratamiento fiscal especial sólo si respetan un límite concreto en sus operaciones con terceros no socios.

Es evidente que, si se sostiene que estas materias estén reguladas por el Reglamento de la SCE, no hay lugar para la aplicación de normas nacionales, y en el ejemplo citado anteriormente, una SCE podría realizar operaciones con terceros no socios (únicamente) con arreglo a los términos establecidos en el Reglamento de la SCE (que, de hecho, no establece un límite concreto para las actividades realizadas con terceros no socios). En cambio, si se sostiene que estas materias estén reguladas sólo en parte por el Reglamento de la SCE, las normas nacionales que restringen o condicionan la actividad de una cooperativa con terceros no socios (también) se aplicarían a las SCE.

Esta situación adquiere aún mayor complejidad si se introduce la hipótesis de una laguna en los estatutos de la SCE cuando estos sean los encargados por el RSCE de regular una determinada cierta materia. Por ejemplo, se puede considerar la cuestión de la composición del órgano de dirección con respecto al posible requisito normativo que todos o la mayoría de los miembros de dicho órgano deban ser al mismo tiempo socios de la cooperativa (como de hecho obligan muchas leyes nacionales sobre las cooperativas en Europa). Esta cuestión está regulada por el Reglamento de la SCE haciendo referencia a los estatutos de la SCE, y otorgando a las legislaciones nacionales sólo la facultad de establecer el número mínimo y/o máximo de miembros (art. 37.4, RSCE). ¿Cómo habría de abordarse un caso en el que los estatutos de la SCE no establezcan de forma expresa que los miembros del órgano de dirección puedan ser también terceros no socios de la SCE? ¿Pueden las normas obligatorias contenidas en las legislaciones nacionales colmar dicha laguna? ¿Se trata acaso de una laguna “real”?

Ofrecer una solución acertada a estos interrogantes exigiría al menos la consideración de los siguientes planteamientos: (i) cuando el Reglamento de la SCE contempla la corregulación de una cuestión por las legislaciones nacionales, éste hace referencia explícita a las mismas; esto puede interpretarse a la inversa de manera que, cuando no se hace referencia explícita, un silencio en el RSCE (o

en los estatutos de la SCE a los que el RSCE haga referencia) no podría interpretarse como una “laguna real”, lo que legitimaría que ésta sea colmada por la legislación nacional; (ii) concretamente, cuando el Reglamento de la SCE contempla la corregulación de una cuestión por las legislaciones nacionales, éste les atribuye de forma expresa una opción; esto puede interpretarse a la inversa de manera que, cuando no se concede una opción, un silencio en el RSCE (o en los estatutos de la SCE a los que el RSCE haga referencia) no podría interpretarse como una laguna “real”, lo que legitimaría que ésta sea colmada por la legislación nacional.

4. El Reglamento de la SCE y la identidad cooperativa

Como se ha visto en las secciones anteriores de este artículo, una SCE, debido a las características y a las disposiciones de la legislación nacional aplicable, en realidad puede resultar muy diferente de la moldeada de manera abstracta por el Reglamento de la SCE y, además, una SCE que tenga su domicilio social, por ejemplo, en Italia, puede ser completamente diferente de una SCE con domicilio social, pongamos por caso, en Bélgica. Dicho de otro modo, la regulación de una SCE varía enormemente dependiendo del Estado miembro en el que ésta tenga su domicilio social.

Teniendo presente la premisa anterior, las secciones siguientes presentan las principales disposiciones del Reglamento de la SCE desde el punto de vista de la identidad cooperativa. Básicamente, el Reglamento de la SCE establece un modelo de cooperativa que está en consonancia con la imagen tradicional de cooperativa (al menos, la imagen preservada y promovida por la Alianza Cooperativa Internacional – ACI), al tiempo que presenta una serie de soluciones innovadoras¹⁰¹.

101. Cabe recordar que el Reglamento de la SCE sólo contempla el derecho sustancial (u organizativo) de la SCE. Véase el considerando 16 en el preámbulo del RSCE: “El ámbito de aplicación del Reglamento no incluye otros ámbitos legislativos como la fiscalidad, la competencia, la propiedad intelectual o la insolvencia. Por consiguiente, en los ámbitos antes mencionados y en otros ámbitos no cubiertos por el presente Reglamento serán aplicables las disposiciones de Derecho de los Estados miembros y del Derecho comunitario”.

4.1. Objeto Social

El Reglamento de la SCE no contiene una definición de la SCE. Hay, sin embargo, disposiciones que son fundamentales a la hora de definir la identidad de la SCE, comenzando por el artículo 1.2, en virtud del cual “la SCE tendrá por objeto principal la satisfacción de las necesidades y el fomento de las actividades económicas de sus socios, en particular mediante la conclusión de acuerdos con ellos para el suministro de bienes o servicios o la ejecución de obras en el desempeño de la actividad que ejerza o haga ejercer la SCE”¹⁰². Esta disposición pone de relieve el carácter “mutualista” de la SCE como una organización empresarial que actúa con y en el interés de sus socios como clientes, proveedores o empleados¹⁰³.

Concretamente, desde una perspectiva sistemática, cabe destacar la referencia contenida en el artículo 1.3, relativa al hecho de que la SCE pueda también contribuir al fomento de las “actividades sociales” de sus socios, lo cual podría interpretarse como una legitimación del establecimiento de SCE “sociales” en el mismo sentido que las cooperativas “sociales” (o de “iniciativa social”, “solidaridad social”, “beneficio social”, etc.) contempladas de forma expresa por varios ordenamientos jurídicos en Europa.

Además, cabe destacar la referencia explícita contenida en el artículo 1.3, relativa a los medios mediante los cuales podrán satisfacerse los intereses de los socios, esto es, mediante “acuerdos” con ellos para el suministro de bienes o servicios, o para la ejecución de obras. Dichos acuerdos no están regulados por el Reglamento de la SCE, ni se estipula si son contratos sujetos al derecho contractual, o actos de carácter puramente organizativos sujetos al derecho cooperativo, o si constituyen un *tertium genus* cuya regulación emana de una combinación del derecho contractual y del derecho de las sociedades; sin embargo, el hecho de que se haga referencia a ellos en la definición del objeto de la SCE es relevante *per se* para la teoría del derecho cooperativo, dado que confirma la conexión existente entre el

102. Asimismo, el art. 1.3 establece que: “La SCE podrá asimismo tener por objeto la satisfacción de las necesidades de sus socios mediante el fomento, en el modo mencionado, en una o más SCE o sociedades cooperativas nacionales. La SCE podrá llevar a cabo sus actividades a través de una filial”.

103. Véase también el considerando 10, incisos primero y segundo, en el preámbulo del Reglamento de la SCE. Respecto al significado exacto del carácter “mutualista”, véase Fici (2013a).

objetivo institucional de una entidad cooperativa y la realización de actividades cooperativas (o cooperativizadas) con sus socios¹⁰⁴.

Por consiguiente, los socios de la SCE son aquellos que concluyen acuerdos con la SCE para el suministro de bienes o servicios o la ejecución de obras, esto es, son “socios usuarios”¹⁰⁵. Esto va en consonancia con la naturaleza de la SCE como una organización empresarial de carácter “mutualista”, propiedad de sus “usuarios” y que actúa en interés de los mismos. Sin embargo, este requisito no es absoluto, puesto que el Reglamento de la SCE admite tanto a “usuarios no socios” como a “socios no usuarios” de la SCE.

A los usuarios no socios – esto es, clientes, proveedores o empleados que no son socios de la SCE – se refiere el art. 1.4 del RSCE al establecer que “La SCE no podrá admitir que terceros no socios se beneficien de sus actividades o participen en sus operaciones, salvo disposición en contrario de los estatutos”. Como ya se ha señalado anteriormente en este artículo, no queda claro si los estatutos de la SCE tienen plena libertad para regular la participación de terceros no socios en la actividad cooperativizada, o están sujetos a las limitaciones establecidas por la legislación nacional aplicable¹⁰⁶. En todos los casos, parece que el artículo 1.3 del RSCE, al definir el “objeto principal” de la SCE, realmente limita *per se* la autonomía de los estatutos de la SCE: la actividad cooperativizada con terceros no socios no puede tener prioridad sobre aquella realizada con socios si la SCE tiene por objeto principal lo estipulado en el artículo 1.3.¹⁰⁷

El art. 14.2 del Reglamento de la SCE trata de socios no usuarios, al autorizar a los estatutos de la SCE – pero únicamente si la legislación nacional aplicable así lo permite – a “prever la admisión, en calidad de socios inversores (no usuarios), de personas que no tengan la intención de utilizar o de producir los bienes y servicios de la SCE”. No hay un límite explícito respecto al número de socios inversores que pueden ser admitidos, pero el conjunto de socios no usua-

104. Véase de nuevo, Fici (2013a).

105. El Reglamento de la SCE no determina si y en qué medida los socios usuarios están obligados a realizar operaciones con la SCE: esta cuestión ha de ser regulada por los estatutos de la SCE (art 5.4, inciso 6).

106. Véanse las secciones 3.3 y 3.4 anteriores.

107. Dado que el art.1.4 del RSCE también hace referencia a la “ampliación de los beneficios a terceros no socios”, esta disposición también podría aludir a las SCE sociales, como se ha apuntado previamente. Sin embargo, si el artículo 1.3 del RSCE se aplica con los efectos descritos anteriormente, las SCE sociales no podrían ser plenamente “altruistas”, puesto que los beneficios irían destinados principalmente a los socios.

rios (inversores) no podrá tener más del 25% del total de los derechos de voto o el menor porcentaje previsto en la legislación nacional aplicable (art. 59.2, párrafo tercero, RSCE)¹⁰⁸.

Los socios usuarios pueden ser indistintamente personas físicas o jurídicas (véase el art. 2, RSCE). Asimismo, la SCE puede estar integrada también por entidades jurídicas no usuarias que representen a personas físicas que sean usuarios de la SCE (art. 14.1 párrafo tercero, RSCE).

Para que mantenga su coherencia, el derecho cooperativo debería exigir que, en una organización empresarial que tiene por objetivo el beneficio mutual de sus socios usuarios, los excedentes sean en principio distribuidos en función de la utilización individual, esto es, de la participación del socio en la actividad cooperativizada¹⁰⁹. Aunque se hace referencia a ello en el preámbulo del Reglamento de la SCE¹¹⁰, no parece, sin embargo, que el RSCE relacione claramente esta consecuencia con el carácter mutualista que atribuye a la SCE, como se señalará en la sección siguiente de este artículo.

El Reglamento de la SCE no hace referencia alguna al compromiso de la SCE con la comunidad y el movimiento cooperativo, que constituye, en cambio, uno de los elementos de la identidad cooperativa de acuerdo con la ACI y un gran número de leyes cooperativas nacionales en Europa¹¹¹.

4.2. Aspectos financieros

La SCE tiene personalidad jurídica (art. 1.5, RSCE)¹¹² y su capital es variable (art. 1.2, párrafo segundo, RSCE). El requisito de la variabilidad del capital es

108. El considerando 9 del preámbulo del Reglamento de la SCE hace referencia a “un porcentaje determinado de socios inversores”, que, sin embargo, no está especificado en el contenido del Reglamento de la SCE. La proporción referida en el art. 59.2, párrafo tercero, únicamente se refiere a los derechos de voto, aunque contribuye, sin embargo, a limitar la influencia de los socios inversores en el gobierno de la SCE.

109. Véase Fici (2013a).

110. Véase el considerando 10, incisos 1º y 5º.

111. La única referencia figura en el artículo 75, RSCE, que no es, sin embargo, una disposición obligatoria, como se verá a lo largo de este artículo.

112. Por consiguiente, “cada socio sólo responderá hasta el límite del capital que haya suscrito”, como estipula el art. 1.2, párrafo tercero, del RSCE, que, sin embargo, admite una disposición diferente en los estatutos de la SCE. La SCE adquirirá personalidad jurídica el día de su inscripción, en el Estado miembro de su domicilio social, en el registro señalado por dicho Estado (art. 18.1, RSCE).

fundamental para garantizar que la SCE pueda operar como una organización abierta a posteriores adhesiones de terceros que deseen ser admitidos como socios. Ello no garantiza per se que la SCE esté realmente abierta, sino que es sólo un instrumento técnico que facilita la admisión de nuevos socios, dado que “la variación del capital no requerirá modificación de los estatutos ni publicidad” (art. 3.5, párrafo segundo, RSCE).

El capital suscrito de una SCE no podrá ser inferior a 30.000 euros (art. 3.2, RSCE)¹¹³. A lo largo de este artículo ya se ha calificado esta norma de ilógica y engorrosa¹¹⁴.

El capital suscrito estará dividido en participaciones (art. 1.2, RSCE), que podrán cederse o transmitirse en las condiciones que fijen los estatutos de la SCE y con el acuerdo de la asamblea general o del órgano de dirección o de administración (art. 4.11, RSCE).

Otros aspectos fundamentales de la estructura financiera de la SCE a la luz de la identidad cooperativa son evidentemente los relacionados con la distribución de los excedentes. Esta cuestión depende en gran medida de la legislación nacional aplicable.

En primer lugar, antes de cualquier aplicación de los resultados, una parte de los excedentes debe destinarse a la constitución de una reserva legal (art. 65.2, párrafo primero, RSCE). Hasta que esa reserva legal no alcance un importe igual al capital mínimo suscrito, se destinará a su constitución como mínimo el 15% de los excedentes de fin de ejercicio, una vez deducidas las pérdidas arrastradas de ejercicios anteriores (art. 65.2, párrafo segundo, RSCE)¹¹⁵. Los socios salientes

113. A no ser que la legislación de un Estado miembro fije un capital suscrito superior para entidades jurídicas que ejerzan determinados tipos de actividad (art. 3.3, RSCE), lo que es coherente con lo que se establece, en general, en el art. 8.2, del RSCE.

114. Véase la sección 2.2 anterior.

115. Si la legislación nacional contempla un porcentaje superior, o no fija un límite para la cantidad de la reserva legal por encima de la cual la distribución de los excedentes es facultativa (como sucede en el ejemplo italiano: véase Fici (2013d)), estas disposiciones de la legislación nacional son claramente aplicables a la luz de la referencia que se hace en el art. 65.1 del RSCE, a “las disposiciones obligatorias de las legislaciones nacionales” (véase también a este respecto Cusa (2008)). No está tan claro, en cambio, si las normas de legislaciones nacionales menos restrictivas tendrían prioridad sobre las disposiciones del Reglamento de la SCE, especialmente cuando dichas disposiciones se encuentran en un marco jurídico que establece otras distribuciones obligatorias, e.g., las destinadas a fondos educativos o promocionales, en beneficio de la comunidad, etc. Esto debe contemplarse como otro ejemplo de la complejidad de la interacción de las fuentes nacionales y comunitaria en la regulación de la SCE.

no podrán alegar ningún derecho sobre las cantidades destinadas a la constitución de la reserva legal (art. 65.3, RSCE).

El artículo 66 establece: “Los estatutos podrán prever el pago de un retorno a los socios, en proporción a las operaciones que hayan realizado con la sociedad o a los servicios prestados a ésta”.

El Reglamento de la SCE hace una clara referencia aquí al concepto de “retorno cooperativo”, como la cantidad de excedentes (obtenida por la cooperativa a través de operaciones realizadas con ellos y posteriormente) “retornada” a los socios en proporción a la actividad cooperativizada que han realizado¹¹⁶. Sin embargo, resulta sorprendente el hecho de que no exista la obligación de distribuir “retornos”, sino únicamente la facultad de hacerlo, lo que no impediría que la SCE distribuyera los excedentes en función del capital desembolsado (y del capital asimilado) en vez de (o más que) en proporción a la participación del socio en la actividad cooperativizada, es decir, como “retornos cooperativos” en sentido estricto. De poco sirve señalar que así se corre el riesgo de perjudicar seriamente la identidad cooperativa de la SCE.

El saldo excedente disponible después de dotar la reserva legal, del pago de retornos cooperativos y de las deducciones por los traslados de pérdidas de ejercicios anteriores, constituirán los “excedentes distribuibles” (art. 67.1, RSCE). La asamblea general estará facultada para distribuir los excedentes con arreglo a lo establecido en los estatutos de la SCE, que podrán establecer la constitución de un nuevo remanente, dotar las reservas legales o estatutarias, o remunerar los capitales desembolsados y los capitales asimilados (art. 67.2, RSCE). Los estatutos de la SCE también podrán excluir cualquier distribución (art. 67.3, RSCE)¹¹⁷.

Por lo que se refiere a la identidad cooperativa, el Reglamento de la SCE no fija un límite concreto para la remuneración de los capitales desembolsados¹¹⁸. Por

116. Véase Fici (2013a).

117. Esta última disposición puede tener gran relevancia en lo que se refiere a la constitución y funcionamiento de SCEs sociales. Cusa (2008), p. 16, sostiene que esta disposición no se contrapone al objeto principal de la SCE establecido en el art.1.3, RSCE.

118. Esto, a pesar de las declaraciones contenidas en el preámbulo del RSCE (“la remuneración del capital tomado en préstamo y de las participaciones debe ser limitada”: considerando 10, inciso 4; y el considerando 7, donde se hace referencia a la distribución “equitativa” del beneficio neto del ejercicio financiero) que, sin embargo, deberían utilizarse para colmar la laguna existente en el Reglamento de la SCE antes mencionada. En este respecto, véase Embid Irujo (2008), p. 47 y ss.

otra parte, hace una apropiada distinción entre “retornos” (art. 66 y 67, RSCE) y remuneración del capital, que resulta fundamental en la regulación de una organización empresarial de tipo cooperativo, aunque la terminología empleada en la versión inglesa del RSCE no sea muy esclarecedora y pueda dar lugar a una mayor confusión, especialmente entre las personas e instituciones que no están familiarizadas con las cooperativas¹¹⁹.

El principio de la adjudicación desinteresada del activo neto se aplica en el caso de disolución de la SCE (art. 75, RSCE)¹²⁰. Este principio requiere que el activo neto sea adjudicado “a otra entidad cooperativa que persiga objetivos similares o fines de interés general” (considerando 10, inciso 7, RSCE). Sin embargo, ésta no es una disposición obligatoria, como hubiera sido deseable desde el punto de vista de la identidad cooperativa, dado que existe la posibilidad de un acuerdo alternativo establecido en los estatutos de la SCE cuando lo permita la legislación nacional aplicable (como suele ser el caso)¹²¹. Esto confirma la afirmación anterior sobre la ausencia de normas en el Reglamento de la SCE que orienten a la SCE hacia el interés de la comunidad o del movimiento cooperativo.

El legislador de la UE se ha preocupado por la necesidad de financiación de la SCE, que suele ser habitual para una organización empresarial en la que el capital desempeña un papel marginal en su gobierno.

Una medida en este sentido es la admisibilidad de socios inversores, cuyo poder dentro de la organización está oportunamente limitado por el artículo 59.3 del RSCE, (así como por el art. 39.3 y el art. 42.2, párrafo primero, RSCE), con el objeto de impedir que una SCE esté controlada por este tipo de socios (en lugar de por sus socios institucionales y típicos, esto es, los socios usuarios). Otras medidas incluyen la posibilidad de crear títulos distintos de las participaciones o de las obligaciones cuyos tenedores no tengan derecho a voto sino privilegios específicos, y que podrán ser suscritos por socios o por cualquier persona ajena a la SCE (art. 64, RSCE).

119. Véase Fici (2013e), pp. 145-146.

120. Se entiende por activo neto el activo que quede tras el pago de todos los importes adeudados a los acreedores y el reembolso de las aportaciones dinerarias de los socios (art. 75, RSCE).

121. Los estatutos de la SCE podrían también establecer la distribución de parte del saldo excedente disponible del ejercicio al movimiento cooperativo o a la comunidad: el artículo 67 no lo impide (véase Cusa (2008), pp. 36-37).

4.3. Gobierno

Por lo que se refiere al carácter abierto de la SCE, que constituye otro elemento del tipo ideal de organización cooperativa¹²², el Reglamento de la SCE busca construir una especie de solución intermedia entre la autonomía de la SCE y el interés de terceros por ser admitidos como socios. De hecho, el art. 14.1 del RSCE, por una parte, establece que la adquisición de la condición de socio está sujeta a la aprobación del órgano de dirección o de administración; y por otra, confiere el derecho a los candidatos de recurrir ante la asamblea general en caso de denegación. Por lo tanto, la SCE no está obligada realmente a admitir a terceros, cuyos intereses son sólo protegidos de manera indirecta mediante el derecho a recurrir a la asamblea general (que, por supuesto, puede rechazar el recurso). El Reglamento de la SCE no aborda las posibles causas de denegación legítima de admisión por parte de los órganos de dirección de la SCE. En este sentido, cabe destacar, primero, que el artículo 5.4 obliga a los estatutos de la SCE a establecer las condiciones de admisión de los socios, y en segundo lugar, que el preámbulo del Reglamento de la SCE contempla como un principio la ausencia de “obstáculos artificiales a la adhesión”¹²³.

Los órganos de la SCE están constituidos por (i) una asamblea general y, según la opción que se haya adoptado, (ii) bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista).

Por lo que se refiere a la identidad cooperativa, es importante señalar primero la disciplina del derecho de voto en la asamblea general.

Según lo establecido en el artículo 59 del RSCE, “cada socio dispondrá de un voto, independientemente del número de participaciones que posea”. Los estatutos de la SCE pueden, sin embargo, establecer de manera diferente dentro de los límites específicos fijados por el propio Reglamento de la SCE y/o la legislación nacional aplicable. Por lo tanto, de acuerdo con el Reglamento de la SCE, el principio de “un socio, un voto” deja de ser absoluto y obligatorio con carácter permanente, incluso en las cooperativas primarias, aunque las derogaciones se circunscriben y deben fundamentarse en criterios concretos y justificables.

La primera hipótesis se refiere a que la atribución del número de votos de un socio esté determinada por su participación en la actividad cooperativa como

122. Véase Fici (2013a).

123. Véase el considerando 10, inciso 6.

cliente, proveedor o empleado (pero nunca por su aportación de capital). Los votos así atribuidos no podrán exceder de cinco por socio, ni representar más del 30% del total de derechos de voto (art. 59.2, párrafo primero, RSCE).

La segunda se refiere a las SCE cuyos socios sean mayoritariamente de naturaleza cooperativa. Si lo permite la legislación nacional aplicable, los estatutos de la SCE podrán disponer que el número de votos de un socio esté determinado por su participación en la actividad cooperativa, incluida la participación en el capital de la SCE, o por el número de socios de cada entidad participante, o bien por ambos factores (art. 59.2, párrafo tercero, RSCE).

La tercera se refiere a los socios inversores. Por lo que respecta a sus derechos de voto, si la legislación nacional aplicable lo permite, los derechos de voto del conjunto de los socios inversores no podrán exceder del 25% del total de los derechos de voto (art. 59.3, RSCE).

Otras derogaciones específicas se refieren a las SCE que realicen actividades financieras o de seguros (art. 59.2, párrafo segundo, RSCE) y a la atribución del número de votos a los representantes de los trabajadores (art. 59.4, RSCE).

Con el fin de favorecer la participación de los socios, o de buscar alternativas practicables y efectivas a una participación directa que de hecho no se realiza (e.g. en cooperativas de consumo o cooperativas agrarias de gran tamaño), el Reglamento de la SCE establece, en primer lugar, que “las personas con derecho de voto podrán hacerse representar en la asamblea general por un mandatario, con arreglo a las modalidades previstas en los estatutos”, los cuales deben fijar el número máximo de poderes que puede recibir un mandatario (art. 58.3, RSCE); en segundo lugar, que los estatutos de la SCE podrán autorizar el voto por correspondencia o el voto electrónico (art. 58.4, RSCE); en tercer lugar, que los estatutos de la SCE podrán prever la celebración de asambleas sectoriales o de sección, que elegirán a sus delegados que constituirán la asamblea general de la SCE, y representarán dentro de la misma a sus respectivos sectores o secciones (art. 63, RSCE)¹²⁴.

El órgano de dirección en el sistema dual y el órgano de administración en el sistema monista serán responsables de la gestión de la SCE y de representarla frente a terceros y ante los tribunales (art. 37.1 y art. 42.1, RSCE).

124. Se ofrece esta última opción a las SCE que realizan diferentes actividades o actividades en más de un territorio, o cuentan con varios establecimientos o más de 500 socios, si lo permite la legislación nacional aplicable.

Los miembros del órgano de gestión serán nombrados y revocados por el órgano de control (art. 37.2, párrafo primero, RSCE)¹²⁵. Este último órgano, cuyos miembros serán nombrados y destituidos por la asamblea general (art. 39.2, RSCE), controlará la gestión encomendada al órgano de dirección y no podrá ejercer por sí mismo el poder de gestión de la SCE ni representar a la SCE ante terceros (art. 39.1, RSCE).

Los miembros del órgano de administración serán nombrados y destituidos por la asamblea general (art. 42.3, RSCE).

Finalmente, cabe destacar una provisión contenida en el artículo 71, que tiene la clara finalidad de someter a las SCE al sistema de afiliación obligatoria a un organismo de auditoría cooperativa que algunos ordenamientos europeos prevén con respecto a las cooperativas nacionales.

5. Conclusiones. Presente y futuro del Reglamento de la SCE

El Reglamento de la SCE entró en vigor hace siete años y apenas ha sido aplicado: según la Comisión Europea, sólo se constituyeron 25 SCE hasta julio de 2012¹²⁶. Además, hay pocas muestras de que haya tenido repercusión alguna en las legislaciones cooperativas nacionales¹²⁷. Por este motivo, el Reglamento de la SCE no ha logrado alcanzar dos de sus objetivos principales: favorecer la aproximación indirecta de las legislaciones cooperativas nacionales europeas y, sobre todo, promover la actividad transfronteriza y el agrupamiento de cooperativas en el mercado único.

En cambio, no hay duda de que el Reglamento de la SCE ha contribuido a un mejor conocimiento de las cooperativas y del modo en el que éstas difieren de las sociedades capitalistas con ánimo de lucro, aunque las cooperativas siguen corriendo el riesgo de discriminación por parte de las legislaciones nacionales y de la comunitaria.

125. A menos que un Estado miembro ejerza la facultad contemplada en el art. 37.2, párrafo segundo del RSCE, de establecer o permitir que los estatutos dispongan que el miembro o los miembros del órgano de dirección sean nombrados o revocados por la asamblea general.

126. Véase COM (2012) 740 final, cit., p. 14.

127. Véase Cooperatives Europe et al. (2010), parte I, pp. 151 y ss.

El Reglamento de la SCE está actualmente siendo revisado en virtud del artículo 79. Este proceso se inició hace ya más de tres años y, entre otras cosas, supuso la realización de un estudio detallado, dos consultas públicas, tres conferencias y un informe por parte de la Comisión Europea¹²⁸.

El objetivo de este artículo ha sido demostrar la necesidad de cambios fundamentales con el fin de que el Reglamento de la SCE sea más efectivo y esté más en consonancia con lo que se espera de él. Concretamente, el Reglamento de la SCE debería simplificarse, especialmente en lo que se refiere al sistema de las fuentes y la interacción entre ellas; debería contener menos referencias a las legislaciones nacionales, y ser por tanto más paneuropeo; asimismo, debería conceder más libertad de autoregulación a las SCE. Una medida muy simple para empezar sería la reducción de los costes del cumplimiento mediante la eliminación de disposiciones injustificables, como por ejemplo, la exigencia de suscribir un capital mínimo de 30.000 euros.

Sin embargo, en opinión del autor, la revisión del Reglamento de la SCE concluirá sin que haya habido modificación alguna¹²⁹. Por lo general, no existe ningún tipo de presión proveniente de los gobiernos nacionales. La Comisión Europea está a la espera de que se inicie el proceso por parte del movimiento cooperativo europeo, lo cual no ha se ha producido aún, tal vez porque dicho movimiento se encuentra demasiado centrado en los movimientos nacionales (y, por tanto, no es lo suficientemente “europeo”) o porque las cuestiones objeto de discusión (y su relevancia) no son lo suficientemente claras.

En cualquier caso, teniendo en cuenta que los obstáculos no son sólo de carácter jurídico, la creación de una campaña destinada a aumentar la conciencia pública sobre las potenciales ventajas de las SCE contribuiría a promover este instrumento¹³⁰. Esta campaña podría simplemente destacar, por ejemplo, que la SCE es la única forma jurídica de derecho de la Unión Europea que puede ser utili-

128. Este estudio es el ya ampliamente citado en este artículo Cooperatives Europe et al. (2010), parte I y parte II. Para más información sobre las actividades realizadas durante este proceso, puede consultarse la página web de la Comisión Europea donde se trata el Reglamento de la SCE.

129. De hecho, la Comisión Europea ha anunciado recientemente que no tiene previsto realizar una revisión del Reglamento de la SCE (ni del RSE) a corto plazo: véase COM(2012) 740 final, cit., p. 14.

130. En el reciente Plan de Acción sobre el Derecho de Sociedades Europeo adoptado por la Comisión Europea se ha previsto una campaña de este tipo: véase COM(2012) 740 final, cit., p. 14.

zada por aquellas personas físicas que no sean empresarios (al menos, hasta que se adopte la SPE)¹³¹.

La esperanza es que todo ello contribuya a promover las cooperativas, que son parte necesaria de un mercado plural, cuyas virtudes han sido ensalzadas por destacados economistas¹³², y están en consonancia con la idea de mercado común y crecimiento económico prevista oficialmente por la Unión Europea¹³³. Por lo tanto, teniendo en cuenta que constituyen en teoría una parte esencial de la estrategia de la UE, en la práctica es necesario que las cooperativas sean conocidas y reguladas de manera apropiada a nivel europeo. Los Estados miembros y los expertos europeos, conscientes y convencidos de las virtudes de las cooperativas, deben asumir la tarea de impulsar las principales instituciones europeas y los Estado miembros más reacios a moverse en esta dirección¹³⁴.

131. El proyecto sobre este tipo nuevo de sociedad europea incluye realmente a las personas físicas entre los potenciales fundadores de una SPE: véase el art. 3.1 e), COM(2008) 396/3. La jurisprudencia del TJUE sobre la libertad de establecimiento de las sociedades y, en concreto, la decisión *Vale* (véase la nota 63 al pie de página para más referencias), reducen realmente la ventaja de la SCE (así como la de la SE) desde el punto de vista del libre traslado del domicilio social (véase la nota 63 al pie de página).

132. Véase Stiglitz (2009), pp. 345 y ss.

133. Basta citar aquí el art. 2 y el art. 3 del Tratado sobre la Unión Europea y, más concretamente, el art. 3.3, inciso 1º, que establece: “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico”.

134. Véase, a este respecto, Fajardo et al. (2012), pp. 609 y ss.

Bibliografía

- Alfonso Sánchez R (2006), *La sociedad cooperativa europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo*, en *Noticias de la Unión Europea*: enero 2006, pp 19 y ss.
- Alfonso Sánchez R (directora) (2008), *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008
- Alfonso Sánchez R (2010), *Respuesta del ordenamiento jurídico español ante la realidad de la Sociedad Cooperativa Europea*, en *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 2010, pp. 169 y ss.
- Armour J, Ringe W-G (2011), *European Company Law 1999–2010: renaissance and crisis*, ECGI Law Working Paper no. 175/2011 (2011) en www.ssrn.com
- Bianca M, Zanardo A (2011), *La società europea*, en Pederzini E (curadora), *Percorsi di diritto societario europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 135 y ss.
- Bonfante G (2006), *La società cooperativa europea*, en Fici A, Galletti D (curadores), *La società cooperativa europea*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2006, pp. 4 y ss.
- Chômel C (2004), *The long March of the European Cooperative Society*, en *Revue internationale de l'économie sociale* (RECMA), 2004, pp. 1 y ss.
- Cooperatives Europe, Euricse, Ekai (2010) (curadores), *Study on the implementation of the regulation 1435/2003 on the Statute for European Cooperative Society (SCE)*, part I and part II, October 2010, en www.europe.eu y en www.euricse.eu
- Cusa E (2008), *The allocation of profits in the European Cooperative Society*, 2008, en http://www.jus.unitn.it/download/gestione/emanuele.cusa/20080901_1010profit.allocation.SCE.pdf
- Embid Irujo JM (2008), *Aproximación al significado jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea*, en Alfonso Sánchez R (directora), *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 33 y ss.
- Escuin Ibañez I (2012), *El sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España tras la aprobación de su ley reguladora 3/2011 de 4 de marzo*, en *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 2012, pp. 121 y ss.

- Escuin Ibañez I, Pardo López MM (2008), *Sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Importancia de los estatutos sociales*, en Alfonso Sánchez R (directora), *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 97 y ss.
- Fajardo G (2013), *La especificidad de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles y la legitimidad de su particular régimen jurídico y fiscal según el tribunal de justicia de la Unión Europea*, en *Revista de derecho mercantil*, 2013, pp. 189 y ss.
- Fajardo G et al (2012), *New study group on European Cooperative Law: 'Principles' Project*. Euricse Working Paper no. 24/12 (2012), en www.ssrn.com (en español en: *Revista de Derecho de Sociedades*, 2012, pp 609 y ss., y, en versión modificada y ampliada, en *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 2013, pp. 331 y ss.).
- Fici A (2006), *Società cooperativa europea e partecipazione dei lavoratori*, en Fici A, Galletti D (curadores), *La società cooperativa europea*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2006, pp. 137 y ss.
- Fici A (2011), *L'identità delle società cooperative nella decisione della Corte di Giustizia UE in tema di aiuti di stato*, en *Enti non profit*, 2011, pp. 33 y ss.
- Fici A (2013a), *An introduction to cooperative law*, en Cracogna D, Fici A, Henry H (curadores), *International handbook of cooperative law*, Springer, Heidelberg, 2013, pp. 3 y ss.
- Fici A (2013b), *Cooperative identity and the law*, en *European Business Law Review*, 2013, pp. 37 y ss.
- Fici A (2013c), *European Cooperative Law* (de próxima publicación)
- Fici A (2013d), *Italy*, en Cracogna D, Fici A, Henry H (curadores), *International handbook of cooperative law*, Springer, Heidelberg, 2013, pp. 479 y ss.
- Fici A (2013e), *The European Cooperative Society Regulation*, en Cracogna D, Fici A, Henry H (curadores), *International handbook of cooperative law*, Springer, Heidelberg, 2013, pp. 115 y ss.
- Fici A, Galletti D (curadores) (2006), *La società cooperativa europea*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2006
- Henry H (2013), *Public international cooperative law*, en Cracogna D, Fici A, Henry H (curadores), *International handbook of cooperative law*, Springer, Heidelberg, 2013, pp. 65 y ss.
- Luján Alcaraz J (2008), *La participación de los trabajadores en la sociedad cooperativa europea*, en Alfonso Sánchez R (directora), *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 489 y ss.

- Snaith I (2006), *Employee involvement in the European Cooperative Society: a range of stakeholders?*, en *International Journal of Comparative Labor Law and Industrial Relations*, 2006, pp. 213 y ss.
- Stiglitz J (2009), *Moving beyond market fundamentalism to a more balanced economy*, en *Annal of Public and Cooperative Economy*, 2009, pp. 348 y ss.
- Vargas Vasserot C (2014), *Situación y perspectivas de la Sociedad Cooperativa Europea*, en *Deusto estudios cooperativos*, 2014, pp. 63 y ss.