



European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises

Working Paper Series
ISSN 2281-8235

**DERECHO COOPERATIVO PANEUROPEO:
¿DÓNDE ESTAMOS?**

Antonio Fici

Working Paper N. 047 | 13

Please cite this paper as: Fici A. (2013) "Derecho cooperativo paneuropeo: ¿donde estamos?",
Euricse Working Paper n. 47|13

DERECHO COOPERATIVO PANEUROPEO: ¿DÓNDE ESTAMOS?*

Antonio Fici**

Resumen

Este trabajo pretende ofrecer un breve resumen general de la situación actual del derecho de cooperativas de la Unión Europea (UE) desde la perspectiva de la armonización de las leyes de cooperativas en Europa. También se presenta el punto de vista del autor sobre el posible futuro tanto del derecho cooperativo de la UE como de la armonización de las leyes cooperativas nacionales.

Palabras clave

Cooperativas, derecho cooperativo europeo y comparado, sociedad cooperativa europea, aproximación de las leyes cooperativas.

Clasificación JEL

K29, L29, L39

* Traducción y adaptación al castellano realizada por MARINA AGUILAR RUBIO (Universidad de Almería) y EUGENIO OLMEDO PERALTA (Universidad de Málaga).

Este artículo reproduce, con la adición de las notas esenciales, la presentación realizada en el seminario "Ley de Cooperativas en Europa: Nuevos Retos y Perspectivas" (Manchester, 31 de octubre de 2012) y en la conferencia "Las líneas Actuales de reforma del Derecho cooperativo" (Universidad de Málaga, 27 de noviembre de 2012). Un análisis más exhaustivo de los diferentes puntos y temas tratados en este documento se puede encontrar en FICI, "The European Cooperative Society Regulation", que será incluido en CRACOGNA, FICI, HENRY (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Springer, and FICI, "European Cooperative Law", de próxima aparición.

** ANTONIO FICI es Profesor Asociado de Derecho Privado de la Universidad de Molise, Senior Research Fellow en EURICSE, y coordinador del Grupo de Estudio sobre Derecho Cooperativo Europeo (SGECOL).

1. Los “ingredientes” de la normativa sobre cooperativas de la UE

Cuando se trata de la legislación cooperativa de la UE, es necesario en primer lugar recordar los “ingredientes” (no sólo las “fuentes” en el sentido estrictamente legal) de esta rama del derecho.

En primer lugar, hay dos disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): el artículo 54 (2), que incluye las sociedades cooperativas entre las “sociedades”, cuya libertad de establecimiento se garantiza por la legislación comunitaria¹, y el art. 50 (2) (g), que es muy importante desde un punto de vista sistemático, puesto que este artículo ha ofrecido la base para las directivas de armonización en el ámbito del derecho de sociedades, aunque, a pesar de referirse también a las cooperativas, no se ha utilizado para armonizar la legislación cooperativa, como se señalará más adelante en este artículo².

En segundo lugar, con mayor importancia para la legislación cooperativa europea, hemos de señalar el Reglamento (CE) del Consejo, nº 1435/2003, de 22 de julio de 2003, sobre el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), que constituye el foco principal de este trabajo³.

En tercer lugar, la Directiva del Consejo 2003/72/CE, de 22 de julio de 2003, que completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, que no será objeto de consideración en este artículo⁴.

¹ Vid. art. 54, del TFUE (antiguo art. 48 TCE): (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 quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones 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”.

El art. 49 TFUE (anterior art. 43 TCE) establece lo siguiente: “(1) En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. (2) Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. (3) La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales”.

² Vid. art. 50 (2) TFEU (anterior art. 44 TCE): “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”.

³ El [RSCE](#), como la AEIE y el RSE, se basó en el art. 352 del TFUE (antiguo art. 308 del Tratado CE), declarando que “Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo”.

⁴ Véase ahora el informe de la Comisión Europea, [COM \(2010\) 481 final de 16 de septiembre de 2010](#), sobre la revisión de esta directiva, que concluye de la siguiente manera: “Es necesario investigar las razones de la muy baja asimilación del marco jurídico de la UE para las cooperativas, antes de considerar cualquier movimiento hacia una revisión de la Directiva”. Sobre este tema, *vid.* SNAITH, “Employee Involvement in the European

En cuarto lugar, y con singular relevancia para la comprensión de las cooperativas a nivel europeo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011, sobre ayudas de Estado, que —como se concluirá en este trabajo— puede ser apreciada como un posible medio de armonización *de facto* de las leyes cooperativas en Europa⁵.

En quinto lugar, tomaremos algunas de las comunicaciones de la Comisión Europea (CE), a saber, COM (2004) 18, sobre la promoción de las cooperativas en Europa; y las más recientes COM (2011) 206, sobre el Acta del Mercado Único y COM (2011) 682, sobre la Iniciativa Social Empresarial⁶. De hecho, todas estas comunicaciones, especialmente COM (2004) 18, se refieren en parte a la legislación de la UE y son de cierta importancia para entender el tratamiento de las cooperativas en virtud de la legislación comunitaria.

Por último, de forma provocativa, este trabajo suma a los componentes del derecho cooperativo de la UE algunos documentos que no tratan de cooperativas concretamente, aunque en teoría tendrían que hacerlo, a saber, los documentos que indebidamente ignoran a las cooperativas, como la reciente Propuesta de Directiva relativa a una Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades, COM (2011) 121⁷. Esto puede ofrecer una correcta imagen del tratamiento que las cooperativas reciben a nivel de la UE, como se discutirá en la última parte de este trabajo.

2. ¿Armonizar la legislación cooperativa a través de directivas?

En teoría, una posible forma de armonizar la legislación cooperativa tendría lugar a través de directivas comunitarias.

El citado art. 50 (2) (g), del TFUE —que ha sido ampliamente utilizado como base para la armonización del derecho de sociedades— podría constituir también la base de armonización del derecho de cooperativas. En realidad, en esta disposición del Tratado, la movilidad cooperativa se pone al mismo nivel que la movilidad de las demás sociedades y, de hecho, tratando de cooperativas, ofrecer garantías equivalentes para la protección de los intereses de los miembros y los terceros no sería una medida sin sentido, dada la gran variedad de leyes cooperativas existentes en toda Europa⁸.

Cooperative Society: A Range of Stakeholders?”, en *International Journal of Comparative Labor Law and Industrial Relations*, nº 22, 2006, pp. 213 y ss; FICI, “Società Cooperativa Europea e partecipazione dei lavoratori”, en FICI, GALLETTI (eds.), *La Società Cooperativa Europea*, Università degli Studi di Trento, 2006, pp. 137 y ss; ALCARAZ, “La Participación de los Trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea”, en ALFONSO SÁNCHEZ (ed.), *La Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España*, Thomson, Aranzadi, 2008, 489 y ss.

⁵ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de septiembre de 2011 ([C-78/08 a C-80/08](#)).

⁶ Vid., respectivamente, [COM\(2004\) 18 final, de 23 de febrero de 2004](#); [COM\(2011\) 206 final, de 13 de abril de 2011](#); [COM\(2011\) 682 final, de 25 de octubre de 2011](#).

⁷ Vid. la propuesta de Directiva del Consejo relativa a una Base Imponible Consolidada Común del Impuesto de Sociedades (BICCIS), [COM \(2011\) 121 final, de 16 de marzo de 2011](#).

⁸ Hay que señalar que, si el art. 50 (2) (g) TFUE se aplicara a las cooperativas, asumiría un significado más amplio y, en parte, diferente con respecto a su aplicación a las demás sociedades. En las cooperativas, el intereses relevante que hay que salvaguardar no sólo sería el de los acreedores, sino también el de las personas interesadas en ser miembros, a la luz del principio cooperativo de “puertas abiertas”. Del mismo modo, los

En la práctica, sin embargo, este camino no se ha seguido demasiado hasta ahora⁹, y parece difícilmente previsible y generalmente aconsejable. Esta conclusión se deriva de la observación tanto de los últimos avances en la armonización del derecho de sociedades como de las características de las leyes cooperativas que deben armonizarse.

El proceso de armonización del derecho de sociedades en Europa ha sido testigo de distintas fases.

Después de un comienzo difícil en los años sesenta, donde sólo se aprobó una directiva¹⁰, las dos décadas siguientes se caracterizaron por un fuerte activismo legislativo que condujo a la adopción de las principales directivas de armonización existentes¹¹.

Posteriormente, el proceso se estancó. Los obstáculos principales fueron la propuesta de la Quinta Directiva sobre gobierno corporativo¹², la Novena Directiva sobre los grupos de empresas, y la Decimocuarta Directiva sobre el traslado transfronterizo de la sede social¹³. Los noventa fueron los años de las modificaciones de las directivas existentes y la reflexión sobre los fines y alcances del proceso de armonización.

intereses de los miembros de la cooperativa no son exclusivamente económicos, lo que implica que la armonización de la legislación cooperativa en las directivas, si alguna vez se previera, no puede limitarse a los aspectos financieros de la regulación cooperativa, sino que debe tener en cuenta también perfiles no financieros.

⁹ No hay directivas de armonización en materia de cooperativas. Las cooperativas son raramente tratadas en las Directivas de Derecho de sociedades y, sobre todo, con la visión de permitir que los Estados miembros puedan eximir a las cooperativas de su aplicación: *vid.* el art. 1 (2) de la [Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976](#), sobre constitución de la sociedad anónima, mantenimiento y modificaciones de su capital, modificada por la Directiva 2009/109/CE, de 16 de septiembre de 2009, al establecerse 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”; art. 1 (2) de la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a fusiones (nacionales) de empresas, modificada en varias ocasiones y finalmente derogada y sustituida por la [Directiva 2011/35/EU](#) la cual 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”, art. 1 (14), 3 (4) (b) de la Octava Directiva 84/253/CEE del Consejo, de 10 de abril de 1984, 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 anuales y cuentas consolidadas, que, sin embargo, trata de adaptar la regulación de la auditoría a las especificidades del movimiento cooperativo, sobre todo en algunos países.

¹⁰ *Vid.* la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, relativa a la divulgación obligatoria de los documentos y los datos de las empresas, la validez de las obligaciones asumidas por una empresa, y la nulidad de sociedades, hoy derogada y sustituida por la [Directiva 2009/101/CE, de 16 de septiembre de 2009](#).

¹¹ 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 “tendencia negativa” que podría derivarse de las regulaciones de arbitraje/*forum shopping* ofrecidas los Estados para hacer sus leyes de sociedades menos restrictivas: *vid.* ARMOUR, RINGE, “[European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis](#)” (December 14, 2010), *ECGI - Law Working Paper No. 175/2011*, and *Oxford Legal Studies Research Paper No. 63/2010*.

¹² Retirado por la COM (2001) 763 final / 2 de 21 de diciembre de 2001.

¹³ *Cf.* ARMOUR, RINGE, p. 4. Consultar la Declaración de retroalimentación 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. La [13ª Directiva sobre OPAs 2004/25/CE, de 21 de abril de 2004](#), relativa a las ofertas públicas de adquisición, menciona a las cooperativas en su art. 11 (7) al excluirlas expresamente de su ámbito de aplicación

En el nuevo milenio, el proceso se ha reiniciado pero, al parecer, sobre nuevas bases. En particular, la estrategia de la UE en derecho de sociedades ha cambiado a raíz del Plan de Acción de 2003, que a su vez se basa en el informe de 2002 del Alto Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades¹⁴. La armonización comenzó a ser considerada no ya como un fin en sí misma, sino como un bien instrumental, que se valora por su capacidad para mejorar la eficiencia del funcionamiento empresarial¹⁵.

Esto condujo a un enfoque minimalista del derecho de sociedades europeo: las directivas armonizadoras deben adoptarse sólo en la medida en que ello sea deseable para las empresas y sobre todo debe concentrarse en las cuestiones transfronterizas en virtud del principio de subsidiariedad. Además, el nuevo enfoque debe implicar un mayor uso de reglas predeterminadas (*default rules*) y opciones, en desarrollo de la idea de que la legislación de la UE debería permitir y no limitar las regulaciones nacionales¹⁶.

En el mismo sentido, la legislación comunitaria debe 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 migración empresarial nacional (competencia pasiva) como para atraer a las empresas extranjeras (competencia activa)¹⁷. La expectativa es que esta estrategia podría conducir a la aproximación de las regulaciones de sociedades, aunque siguiendo un sentido diferente, esto es, de abajo hacia arriba y no de arriba hacia abajo, como en el caso de las directivas.

Reiterando, esta nueva estrategia —de nuevo en revisión otra vez recientemente, dado que a principios de este año la CE ha puesto en marcha una nueva consulta pública sobre el futuro del derecho de sociedades de la UE, cuyos resultados se presentaron en un informe de julio de 2012¹⁸— muestra la transición desde un

el art. 7, y la 10ª retiró el documento COM(2001) 763 final, de 11 de diciembre de 2001, con la Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre de 2005, sobre las fusiones transfronterizas de las sociedades de responsabilidad limitada, y en último lugar, por la [Directiva 2012/17/EU de 13 de junio de 2012](#). Esta última directiva 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)”.

¹⁴ Vid. el [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, de 4 de noviembre de 2002, [Informe Winter - Nota de traducción]; y [COM\(2003\) 284 final, de 21 de mayo de 2003](#).

¹⁵ Cf. ARMOUR, RINGE, *cit.*, p. 4.

¹⁶ La [Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio de 2007](#), sobre determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, 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. La [Directiva 2012/17/EU de 13 de junio de 2012](#), trata de la interconexión de las centrales, mercantiles y registros de sociedades.

¹⁷ Esta tendencia se vio favorecida por la jurisprudencia del TJUE sobre la libertad de establecimiento (comenzando con *Centros* en 1999). ARMOUR, RINGE, *cit.*, pp. 6-16, ofrecen un útil 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 vale [TJUE, 12 de julio de 2012, C-378/2010](#) que establece que “los artículos 49 TFEU y 54 TFEU 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 del tema de la movilidad de sociedades? Esto hace inútil la disposición de transferencia de la sede social de la SE y la SCE, que por otra parte son reglamentos engorrosos.

¹⁸ Vid. CE [“Resumen de las respuestas a la consulta pública sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo”](#).

enfoque de la armonización “de arriba hacia abajo” hacia la armonización en sentido “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 al parecer los Estados miembros no quieren unificarlas. Por lo tanto, la única posibilidad para las instituciones de la UE es explorar formas indirectas de armonización, cuyo éxito y resultados, sin embargo, resultan inciertos.

En cuanto a las formas jurídicas de organización empresarial en la UE, el Reglamento (CE) nº 2157/2001, de 8 de octubre de 2001 sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), es el resultado inevitable de este nuevo clima. Como este artículo señalará con referencia a la SCE, la SE —debido a la gran cantidad de referencias al derecho nacional de sociedades— difícilmente puede ser considerada como una forma jurídica completamente paneuropea. Su estructura, por lo tanto, es al parecer más propensa a favorecer una aproximación indirecta de las normativas sobre sociedades por la competencia horizontal entre los Estados miembros y no por la competencia vertical entre la legislación comunitaria y la legislación nacional¹⁹.

Volviendo la atención hacia la legislación cooperativa, los obstáculos para la armonización de las directivas son aún mayores si se tienen en cuenta los siguientes aspectos.

En primer lugar y principalmente, las diferencias en las leyes nacionales sobre cooperativas son grandes: no sólo considerando las características generales legislativas o aspectos de menor importancia de la regulación, sino el concepto mismo de cooperativa. Probablemente, la única regla uniforme en Europa es la variabilidad del capital. Como el autor de este trabajo ha tratado de demostrar²⁰, no todas las legislaciones cooperativas en Europa reconocen a las cooperativas como organizaciones empresariales de titularidad de sus usuarios (o trabajadores) o como organizaciones democráticas, no todas las legislaciones cooperativas en Europa ofrecen una concreta forma de distribución de beneficios (de carácter no capitalista) en las cooperativas, por no hablar de cuestiones más sutiles, como la asignación obligatoria de las reservas y la devolución de los activos residuales, donde la variedad es aún mayor.

En segundo lugar, el movimiento cooperativo —quizás también debido al hecho de que está fuertemente centrado en el ámbito nacional— no está a favor de tal proceso. Se piensa —y probablemente con razón— que las instituciones de la UE no conocen las cooperativas y, por lo tanto, que una armonización de arriba hacia abajo pudiera causar grandes desastres.

En tercer lugar y, en consecuencia, como ya se ha señalado en relación con el derecho de sociedades, la CE no quiere armonizar a través de directivas si tal armonización no es apreciada por las propias sociedades que serían objeto de la misma.

¹⁹ Lo cual plantea los siguientes interrogantes: ¿puede tener lugar una competición horizontal sin que exista competición vertical? ¿Es la competición vertical (Derecho europeo frente al derecho nacional) una precondition para la competición horizontal? Estas cuestiones no han sido aún desarrolladas por la doctrina científica y requerirían una mayor consideración.

²⁰ Véase FICI, “[Cooperative Identity and the Law](#)”, *Euricse Working Paper* n. 23|12.

3. El Reglamento de la SCE y su papel en la aproximación de las legislaciones nacionales sobre cooperativas en Europa

Una vez puesto de manifiesto todo lo anterior, podemos regresar en este estudio al Reglamento sobre la SCE. Nos limitaremos no obstante a describirlo, apuntar sus virtudes y, sobre todo, sus carencias, y a considerar qué papel puede jugar desde la perspectiva de la armonización.

La SCE es una forma jurídica europea, como la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE) y la SE, explícitamente considerada por el legislador (como se evidencia en el preámbulo del Reglamento sobre la SCE) para cooperativas que quieren expandir sus negocios más allá de las fronteras nacionales o para cooperativas de diferentes países miembros que quieren unirse en una cooperativa de segundo grado o a través de fusiones²¹. En realidad, la SCE es una forma jurídica por la que también pueden optar los individuos y las entidades no cooperativas, como claramente se colige del art. 2.

El legislador europeo asumió que las cooperativas no encajaban en los esquemas de las AEIE y de la SE²². En realidad, la imagen de las cooperativas de carácter capitalista (con ánimo de lucro) estaba en riesgo, lo que justifica el particular interés en afirmar los caracteres distintivos de las cooperativas en el preámbulo del Reglamento²³.

La SCE es una forma jurídica facultativa²⁴, así, puede considerarse el vigésimo octavo modelo de sociedad cooperativa existente en Europa²⁵. Partiendo de que se cumpla el requisito de la transnacionalidad (aunque este requisito puede ser fácilmente salvado)²⁶, esta forma jurídica, como se ha observado previamente, puede ser adoptada por individuos nacionales de la Unión Europea y otras formas jurídicas (no sólo cooperativas).

En resumen, aunque volveremos sobre este punto, el Estatuto de la SCE ofrece un modelo de cooperativa acorde a los Principios de la ACI, aunque se tienen en cuenta algunas novedades interesantes, como por ejemplo, la posibilidad de derogar por parte de un miembro la regla de unidad de voto (dentro de ciertos límites) (art. 59) y la admisibilidad de socios inversores (no usuarios) cuya participación total está sujeta a límites con el objetivo de evitar que la cooperativa sea controlada por este tipo de miembros [art. 14 (1) y 59 (3)].

²¹ *Vid.* respectivamente R 1435/2003, considerando segundo, que se refiere a la necesidad de adaptar las estructuras de producción a una dimensión comunitaria y permitir a las sociedades de todo tipo reorganizar sus negocios a escala europea; R 1435/2003, considerandos 3 y 11 que se refieren a los grupos de sociedades y la cooperación transfronteriza entre cooperativas.

²² *Vid.* R 1435/2003, considerandos 4, 5, 6 y 12.

²³ *Vid.* R 1435/2003, considerandos 7-10.

²⁴ *Vid.* R 1435/2003, considerando 20.

²⁵ Si tenemos en cuenta que es un sistema más que se une a la regulación nacional de cada uno de los 27 Estados miembros (nota del traductor).

²⁶ *Vid.* art. 2 R 1435/2003, en el que, al enumerar los modos de constitución de una SCE, se refiere a las personas físicas que residan en al menos dos Estados miembros (primer requerimiento); las compañías, sociedades y otras formas jurídicas residentes en, o sometidas a la normativa de, al menos, dos países miembros diferentes (segundo y tercer requerimientos); cooperativas sometidas a la normativa de al menos dos Estados miembros diferentes (cuarto requerimiento); o una cooperativa que haya tenido un establecimiento o una filial regulada por el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante al menos dos años (quinto requerimiento).

La característica más relevante del Reglamento SCE desde la perspectiva del derecho cooperativo en Europa y la cuestión de la armonización es que, de hecho, no se trata de un estatuto independiente y completamente paneuropeo.

Efectivamente, el Reglamento de la SCE contiene 101 referencias explícitas a la normativa nacional del país en que se haya registrado, así como una referencia general (en el art. 8) a las normas nacionales como fuente del derecho aplicable a las SCE en aquellos extremos no previstos en el Reglamento de la SCE.

Esto significa que:

- a. no existe una verdadera Sociedad Cooperativa Europea: de hecho, tenemos 27 Sociedades Cooperativas Europeas, tal cual es el número de Estados miembros²⁷;
- b. no se puede estar seguro de que la Cooperativa Europea cumpla los principios de la ACI (o la imagen ideal de una cooperativa) porque depende principalmente de la regulación del Estado miembro en que se haya constituido; por ejemplo, la adjudicación desinteresada de las partidas residuales de activo neto en caso de disolución (si lo tomamos como un rasgo distintivo de la identidad cooperativa) no se aplica a todas las cooperativas europeas, porque una SCE puede estipular en sus estatutos un sistema alternativo "*cuando lo permita la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE*" (art. 75 Reglamento SCE);
- c. por otro lado, las interesantes innovaciones que se contienen en el Reglamento de la SCE pueden ser utilizadas por las SCE sólo si la normativa del Estado en que tenga su domicilio social no lo impide ("*si la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social lo permite o no establece lo contrario*"); véase por ejemplo la posibilidad de que el derecho de voto esté determinado por la actividad cooperativa del socio²⁸. Esto hace que la SCE resulte una alternativa menos atractiva que la normativa nacional en países en los que el derecho cooperativo no se encuentre suficientemente desarrollado o sea muy restrictivo;
- d. el sistema de fuentes es muy complejo, dado que es el resultado de la combinación de la normativa europea, nacional y la autorregulación (art. 8);
- e. los costes de establecimiento son exacerbados a causa de provisiones absurdas. Así, es absurdo el requisito de un capital mínimo de 30.000 EUR [art. 3 (2)]: lo cual no se encuentra en ninguna legislación en Europa; e incluso contradice la tendencia a evitar la fijación de un capital mínimo que últimamente se está contemplando en el derecho societario;
- f. todo esto afecta a la posibilidad de fijar un arbitraje de regulación entre el derecho cooperativo nacional y la normativa europea, que es una precondition para una competición normativa entre la legislación de la UE y los derechos nacionales; esta sería, en cambio, la forma indirecta a través de la cual se puede alcanzar la armonización.

²⁷ Más correctamente, 30 SCEs, ya que el Reglamento de la SCE también se aplica a los países del EEE.

²⁸ Art. 59 (2) Reglamento SCE: "Si lo permite la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social, los estatutos podrán estipular que el número de votos de un socio esté determinado por su participación en la actividad cooperativa por medios distintos de la 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".

Todo esto ha sido confirmado por los hechos. Sólo se han constituido 25 Cooperativas Europeas en 6 años, algunas de las cuales (las eslovacas) probablemente son SCE no operativas ("shell").

Tenemos pocas evidencias de que los legisladores nacionales sigan el Reglamento de la SCE por motivos competitivos²⁹.

Esto resulta coherente con la asunción teórica de que una regulación incompleta y no autónoma por parte de la UE no promueve un arbitraje regulatorio ni, en consecuencia, impulsa a los legisladores nacionales a cambiar sus normas.

En conclusión, parece que el Reglamento SCE no puede contribuir (indirectamente) a la aproximación de las normas europeas de cooperativas, a menos que se modifique para hacerlo más efectivo desde un punto de vista operativo (empezando por la reducción o eliminación del requerimiento de un capital mínimo; la eliminación del requerimiento de la transnacionalidad; la simplificación del sistema de fuentes; la mayor autonomía respecto de las normas nacionales).

4. El valor simbólico de la SCE y el potencial efecto armonizador de la sentencia del TJUE de 8 de Septiembre de 2011

La valoración negativa del Reglamento SCE como instrumento operativo y, por tanto, como un factor para la aproximación del derecho cooperativo en Europa, ha de venir acompañada, sin embargo, del reconocimiento de su importante valor "simbólico", que no debe en ningún caso ser sobreestimado.

Existe evidencia de ello en la arriba mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de septiembre de 2011. En esta sentencia, el Reglamento SCE asume un papel decisivo según el Tribunal para establecer la compatibilidad con la legislación europea (más específicamente con la regulación de ayudas de Estado) de un diferente (y más favorable) tratamiento fiscal de las cooperativas en comparación con otras formas empresariales.

En cualquier caso, esta decisión tiene que ser entendida en su conjunto. Sólo considera compatibles con la legislación europea aquellas medidas dedicadas a las cooperativas que reúnen bajo la normativa nacional las características generales que el Reglamento de la SCE atribuye a las cooperativas europeas. Por ello, sólo sería legítimo bajo la normativa europea un tratamiento específico y más favorable por parte de la normativa fiscal nacional a las cooperativas si bajo la normativa nacional en cuestión las cooperativas reúnen los rasgos característicos que el TJUE extrae del Reglamento de la SCE. Esto no se debe dar por descontado, sino que ha de ser verificado en un análisis caso por caso.

Esto puede estimular a los Estados miembros y a los movimientos cooperativos nacionales a ofrecer una específica regulación nacional y un tratamiento fiscal específico para las cooperativas.

¿Puede esta sentencia convertirse en un instrumento efectivo de aproximación de la normativa cooperativa? Por otro lado ¿qué se debe considerar exactamente como el

²⁹ Alemania es quizá la única excepción a esta apreciación.

“núcleo” de armonización de una cooperativa, es decir, sus rasgos distintivos respecto a otras formas empresariales?

5. Las cooperativas ignoradas: el reciente caso BICCIS

Esta aportación se ha referido ya a la propuesta de directiva sobre la BICCIS³⁰.

La propuesta del Consejo Europeo tiene por objetivo establecer una base imponible consolidada común para el impuesto de sociedades (BICCIS), a través de reglas específicas que las sociedades o grupos de sociedades pueden emplear para calcular su base imponible consolidada.

Las reglas ofrecidas por la comisión: i) son facultativas y alternativas a las reglas ofrecidas por los legisladores nacionales; ii) no se refieren a la armonización de tipos de gravamen, que es inherente a la soberanía fiscal de los Estados miembros; iii) son de aplicación a diferentes tipos de sociedades incluyendo las cooperativas.

Aunque resulta aplicable a las sociedades cooperativas (véase el Anexo 1, punto m), el sistema común de determinación de la base imponible no toma en consideración de ninguna forma las características especiales de las cooperativas, fijando un régimen común para todos los diferentes tipos de sociedad.

En particular, dos artículos de la propuesta de directiva BICCIS ofrecen un tratamiento irracional e injusto a las empresas cooperativas.

El artículo 15 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”. Este artículo 15 es poco razonable cuando se considera con referencia a empresas cooperativas, dado que el principal objetivo de las cooperativas es la producción de beneficios para sus miembros.

El artículo 14, par. 1, let. c) considera como gastos no deducibles “la transferencia de los beneficios no distribuidos a una reserva que forme parte de los recursos propios de la sociedad”, contradiciendo el régimen fiscal actualmente aplicable en muchos Estados miembros para las reservas constituidas por sociedades cooperativas.

Las reglas arriba mencionadas ponen en serio peligro el tratamiento favorable para las cooperativas establecido por muchos sistemas fiscales nacionales, 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 de la propuesta de directiva).

³⁰ Propuesta de Directiva del Consejo de 16 de marzo de 2011 relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS), también conocida por sus siglas en inglés (CCCTB – Common Consolidated Corporate Tax Base). (Nota del traductor).

Por ello, si no se modifica el régimen de la BICCIS, no habrá posibilidad de conciliar el nuevo régimen propuesto por la Comisión y algunas de las normas nacionales sobre fiscalidad de las cooperativas.

Los legisladores europeos deberían prestar mayor consideración a la biodiversidad en el mercado; deberían saber que las organizaciones empresariales no sólo son aquellas que persiguen el objetivo de repartir los beneficios; deberían adaptar su normativa a las características especiales de organizaciones sin ánimo de lucro como las cooperativas o las empresas sociales en toda su extensión.

6. Conclusiones

El Reglamento de la SCE se encuentra actualmente en revisión. El procedimiento inició hace tres años y la sensación del autor es que el resultado será que todo se mantendrá inmutado. No hay presión por parte de los legisladores nacionales. La CE está esperando un impulso de parte del movimiento cooperativo que no llega, quizá porque, como hemos defendido, está demasiado guiado por las corrientes nacionales o porque las materias en cuestión no están completamente claras.

Una campaña para concienciar públicamente sobre las ventajas potenciales de las Cooperativas Europeas ayudaría. Así por ejemplo se debería subrayar que la SCE es la única forma jurídica europea de la que pueden hacer uso los ciudadanos (en la medida en que la Sociedad Privada Europea aún no ha sido adoptada³¹).

En general, la cuestión de la armonización del derecho cooperativo requiere respuestas a estas cuestiones: ¿Por qué armonizar? ¿Cómo armonizar? ¿Qué armonizar? Una vez se haya aclarado esto, podría circular una voz más precisa, que quizá podría ser tomada por los grupos de interés relevantes³².

Los estudios jurídicos comparados son necesarios al menos para aumentar la visibilidad cooperativa. A parte de la necesidad de cambiar el entorno legal europeo sobre la base de un conocimiento adecuado de las leyes cooperativas nacionales, parece increíble que en las revistas legales europeas sólo se puedan encontrar dos o tres artículos sobre la SCE y sobre las cooperativas en general. El recientemente constituido Grupo de Estudio sobre Legislación Cooperativa Europea (SGECOL) puede ayudar en la dirección de potenciar estudios jurídicos comparados sobre

³¹ El proyecto de este nuevo tipo de sociedad Europea incluye a las personas físicas entre los potenciales fundadores de una SPE: *vid.* art. 3 (1) (e), COM(2008) 396/3.

³² Una posible base de armonización entre ambos reglamentos y directivas se encuentra también (ofreciendo la provisión más general) en el art. 114 TFUE (antiguo art. 95 TCE) en el capítulo de aproximación de las legislaciones, que establece: “Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 26. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”. Por su parte, el art. 26 TFUE estipula que: “La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados”.

cooperativas³³. Otras iniciativas han de ser promovidas, también de manos del movimiento cooperativo³⁴.

La esperanza es que todo esto puede ayudar a promover las cooperativas, como parte necesaria de un mercado plural, cuyas virtudes han sido subrayadas por prominentes economistas³⁵, y que son consistentes con la idea de mercado y crecimiento económico oficialmente concebida por la UE. Por ello, siendo en teoría un elemento esencial de la estrategia de la UE, las cooperativas necesitan ser comprendidas en la práctica y reguladas a nivel comunitario. Los Estados miembros y los estudiosos europeos conscientes y convencidos de las virtudes de las cooperativas han de asumir el deber de impulsar las instituciones europeas competentes y movilizar a los Estados miembros reacios en esta dirección.

³³ Vid. para mayor información sobre la composición, proyectos y metodología de este grupo, FAJARDO, FICI, HENRÏ, HIEZ, MÜMKNER, SNAITH, "[New Study Group on Cooperative Law: 'Principles' Project](#)", *Euricse Working Paper* n. 24|12, próximamente en la *Revista de Derecho de Sociedades*.

³⁴ Vid. CRACOGNA, FICI, HENRÏ, *International Handbook of Cooperative Law*, Springer, en prensa.

³⁵ Cf. STIGLITZ, "Moving Beyond Market Fundamentalism to a More Balanced Economy", en *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2009.