

LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA: UNA OCASIÓN PERDIDA PARA LA ARMONIZACIÓN Y CREACIÓN DE UN DERECHO COMUNITARIO UNITARIO. LOS PROBLEMAS DE IMPLANTACIÓN DEL ESTATUTO EN ESPAÑA¹

D. FRANCO ANTONIO ZENNA

*Alumno Erasmus de la Universidad «Magna Grecia» de Catanzaro
en la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Murcia*

SUMARIO: I. Preliminar. II. El mercado interior: las tareas de la Comunidad en la creación de un Derecho Comunitario unitario. 1. La idea del mercado interior para los fundadores de la Comunidad Europea y el proyecto de armonización legislativa del Derecho de sociedades. 2. La evolución de la visión de mercado interior. III. La Sociedad Cooperativa Europea (SCE). 1. Aspectos generales. 2. Normas que integran el denominado «Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea» y objetivo del mismo. 3. Naturaleza y características especiales de la SCE. IV. El artículo 8 RSCE y la técnica utilizada por el legislador comunitario. 1. Comentario al artículo 8 RSCE. 2. Cómo colmar las lagunas normativas del Reglamento. ¿Una oportunidad para la autonomía de la voluntad?. 3. El apartado 2 del artículo 8 RSCE y las dudas sobre una posible violación de la libertad de establecimiento. V. Consecuencias de la remisión a las legislaciones nacionales. 1. La falta de un procedimiento de armonización legislativo comunitario anterior al Reglamento y el sistema híbrido creado por el sistema de fuentes del artículo 8 RSCE. 2. Las consecuencias. VI. La cuestión española. La SCE: ¿materia competencia de las Comunidades Autónomas?. VII. La [parecida] cuestión italiana y sus soluciones. 1. Una primera solución doctrinal. 2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano. 3. La solución adoptada por el legislador italiano al «transponer» el RSCE al ordenamiento nacional. VIII. Posibles soluciones a la cuestión española. 1. Ocasiones perdidas por el Tribunal Constitucional Español. 2. La doctrina española y la necesidad de uniformidad legislativa, si no europea, al menos estatal. 3. Posibles soluciones. IX. Conclusiones. Bibliografía

1 Trabajo realizado bajo la dirección de la Dra. D^a. Rosalía Alfonso Sánchez, Profesora Titular de Derecho Mercantil, en el marco del Proyecto de Investigación del MEC titulado: Del mutualismo a la concentración empresarial en el Derecho de Sociedades Europeo: la Sociedad Cooperativa Europea (SEJ2006-10880/JURI).

INTRODUZIONE IN LINGUA ITALIANA: Molte volte vengono emanate norme che a primera vista sembrano perfette ai fini del raggiungimento dello scopo prestabilito, ma, che poi, al momento della loro applicazione, falliscono l'intento in quanto la tecnica legislativa utilizzata non si adatta alle caratteristiche della società nella quale la stessa legge deve essere applicata. Il regolamento n. 1435/2003, relativo allo statuto della Società Cooperativa Europea, ne è un esempio; infatti, essendo una norma direttamente applicabile, dovrebbe essere recepito allo stesso modo in tutti gli stati della Comunità Europea, in realtà non è così per la tecnica del rinvio utilizzata nella redazione dell'art. 8. Lo scopo di questo lavoro è, in un primo momento, quello di capire se le misure approvate fino ad ora da parte dell'Unione Europea, nell'ambito giuridico – societario, risultano essere il risultato di un disegno politico – giuridico ben definito o, al contrario, una mera approssimazione empirica, senza tenere in conto la funzione ed i fini che la creazione di una norma giuridica richiede. Ed in un secondo momento, verificare se è in corso un processo di unificazione giuridica tendente alla creazione di uno «ius commune». Si partirà con l'analisi dell'art. 8 del regolamento in questione per poi passare all'analisi delle conseguenze, che la tecnica del rinvio contenuta nello stesso provoca, in due ordinamenti a prima vista simili come quello italiano e quello spagnolo.

I. PRELIMINAR

El Reglamento (CE) nº 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (RSCE), que entro en vigor el 21 de agosto de 2003, es una norma de derecho uniforme y por tanto de aplicación directa en los Estados miembros, que introduce en el ordenamiento jurídico europeo una figura societaria de carácter supranacional.

Los interrogantes que hace años vienen planteándose los cultivadores del Derecho mercantil interesados en los procesos de integración económica europea, no han perdido actualidad ni interés. De una parte, hay que verificar si cabe establecer algún tipo de conexión funcional entre la normativa comunitaria y el proceso institucional de la integración económica; y si las medidas aprobadas hasta ahora por la Unión Europea en el ámbito jurídico-societario responden a un diseño político-jurídico bien definido o, por el contrario, a una mera aproximación empírica sin tener en cuenta los fines y funciones que la creación de una norma jurídica requiere. De hecho, en una primera aproximación se podría pensar que el RSCE, dada la aplicabilidad directa propia de este tipo de norma, vendría a crear una nueva figura jurídica, la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) con una legislación uniforme en todos los estados de la Unión Europea. Sin embargo, la realidad que presenta el RSCE, y que se concreta en el sistema de fuentes que se propone en el art. 8, se aleja de la presunción indicada por el protagonismo que se otorga a las leyes de cooperativas de los estados miembros. De otra parte, se ha de analizar si la SCE constituye la

formula mas adecuada a las exigencias del mercado único. Dicho con más precisión, se trata de verificar si en la actualidad está en curso un proceso de unificación jurídica destinado a crear un «*ius commune*».

El presente trabajo pretende el análisis de las consecuencias provocadas por el reenvío que realiza el RSCE a las legislaciones nacionales; en un primer momento desde la perspectiva del derecho comunitario conectada con la libertad de establecimiento y, en un segundo momento en cuanto a las diferencias que la utilización de una técnica normativa u otra puede provocar en dos Ordenamientos a primera vista «*hermanos*», como pueden serlo el italiano y el español.

II. EL MERCADO INTERIOR: LAS TAREAS DE LA COMUNIDAD EN LA CREACIÓN DE UN DERECHO COMUNITARIO UNITARIO

1. La idea del mercado interior para los fundadores de la Comunidad Europea y el proyecto de armonización legislativa del Derecho de sociedades

Con la creación de la Comunidad Europea mediante el Tratado de Roma y, posteriormente, Maastricht y Niza, se pretendía un mercado interior en el cual personas, mercancías y capitales pudieran circular libremente, y también las personas jurídicas, como se establece en el Título III del Tratado. Este era el sueño de los fundadores, acompañado del reconocimiento de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios. El artículo 54.3º.G del Tratado indica que para conseguir una plena libertad de establecimiento y de prestación de servicios es necesario adoptar una serie de directivas y reglamentos a través de los cuales eliminar los problemas derivados de una diferente regulación societaria en cada estado miembro; coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en cada uno de ellos a las sociedades en protección de los intereses de socios y terceros². Un cuerpo jurídico homogéneo en el ámbito comunitario que impida que los derechos de socios y terceros puedan verse perjudicados por normas poco claras y, sobre todo, diferentes en cada Estado, lo que puede crear también disfuncionalidad en el plano económico desde la perspectiva de un mercado interior. A tal fin el legislador comunitario estableció un plan de acción conocido como proyecto de armonización legislativa comunitaria del Derecho de sociedades.³

2 VELASCO SAN PEDRO, L.A./SANCHEZ FELIPE, J.M. «La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestion despues de la SE», Rds, num. 19, 2002, pags 15-38, pag. 21.

3 En este sentido, VICIANO PASTOR, J., «La sociedad anónima europea como instrumento para el ejercicio de la libertas de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la sociedad anónima europea domiciliada en España, AA.VV., La sociedad anónima europea domiciliada en España (Dir. BOQUERA MATARREDONA, J.), Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano, 2006, pags. 29-52, pag: 33. y

2. La evolución de la visión de mercado interior

Han pasado ya cuarenta años desde la aprobación del Tratado de Roma y del proyecto de armonización legislativa del Derecho de sociedades. Han visto la luz varias Directivas y Reglamentos como consecuencia de dicho proyecto y la visión del mercado interior ha ido cambiando en la doctrina. Hay quien no concibe el mercado interior europeo como algo unitario puesto que no es posible conseguir la unidad jurídica en un modelo de estados individuales que devienen parcialmente soberanos, como pone de manifiesto el criterio de subsidiariedad. Supuesto que la Unión Europea presupone la continuidad de sus miembros como unidades estatales, les ha de corresponder un ámbito, por mínimo que sea, de elaboración legislativa soberana. Sobre la base actual del derecho comunitario, el mercado interior será siempre un espacio económico con pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales siendo lícitas las diferencias entre ellos. La realización del mercado interior significa, para este sector doctrinal, ante todo hacer menos perceptibles las fronteras entre los Estados y las diferencias de sus ordenamientos jurídicos, lo que para el derecho económico implica reducir costes.⁴ Para otra parte de la doctrina, el mercado interior sigue precisando un permanente impulso y, en determinados sectores, la unificación del derecho regulador de las sociedades mercantiles y del mercado de valores. La existencia de un espacio económico común reclama no solo la elaboración con carácter general de un derecho privado patrimonial común, sino también y fundamentalmente de nuevos instrumentos organizativos acordes a las exigencias del tráfico empresarial internacional, de conformidad con el viejo principio de que los procesos de integración económica internacional deben contar con un soporte normativo propio. La elaboración de un instrumento jurídico acorde al espacio económico europeo, que formalice la estrecha relación existente entre integración económica y derecho, no es una tarea aislada, sino que se inscribe dentro de la teoría jurídica de la integración. Esta última constituye uno instrumento de análisis imprescindible de esa realidad llamada «mercado interior». El esfuerzo por crear esta nueva categoría conceptual denominada «integración jurídica europea» no solo estaría justificado, sino que sería congruente con el desenvolvimiento en todos los países en las últimas décadas de un derecho funcionalizado desde una perspectiva económica, un derecho que en la esfera comunitaria a de ponerse al servicio de los

ampliamente sobre los comentarios de las varias directivas y reglamentos MONTOLIO, J.M. «Repercusiones en España del proyecto estatuto de la sociedad cooperativa europea» *Ciriec España*, num. 17, 1994, págs. 147-169. págs 153-159.

4 Sobre estos aspectos, TEICHMAN, C., «La societates europaea entre el derecho nacional y el europeo», *Not. de la UE*, nº252, enero, 2006., págs. 111.-127, pág. 115.

finés políticos-jurídicos perseguidos por el proyecto europeo de integración económica, monetaria, y en último término, política.⁵

III. LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA (SCE)

1. Aspectos generales

En 1992 la Comisión Europea presentó tres propuestas de creación de otros tantos Estatutos para las Sociedades Cooperativas, Mutualidades y Asociaciones Europeas. Esas propuestas se modificaron en 1993 a la vista de los dictámenes emitidos por el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social. Los nuevos textos, pese a tener en cuenta las características específicas de las cooperativas, mutualidades y asociaciones, consagraban para ellas unos Estatutos bastante análogos al de la Empresa Europea (SE)⁶, finalmente adoptado en octubre del 2001.

2. Normas que integran el denominado «Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea» y objetivo del mismo

El Estatuto se integra por dos elementos fundamentales: un **Reglamento**, directamente aplicable en los Estados miembros, que establece las normas para la creación y organización de una Sociedad Cooperativa Europea, y una **Directiva**⁷, que deberá transponerse en el ordenamiento nacional de cada Estado miembro, y que regula el cometido de los trabajadores en las principales decisiones de la empresa (derechos de información, consulta y participación en la Asamblea).

En cuanto al objetivo del Estatuto, se ha de considerar que, en la actualidad, la cooperación transfronteriza entre cooperativas, forma de empresa generalmente reconocida en todos los Estados miembros, se ve dificultada en la Comunidad por una serie de obstáculos legales y administrativos que deben eliminarse en el mercado sin fronteras. La finalidad del Estatuto (facultativo) es dotar a las cooperativas de un instrumento jurídico que facilite sus actividades transfronterizas y transnacionales y les garantice unas condiciones de competencia iguales a las de las SE, cuyo

5 Véase, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «El reglamento de la sociedad europea en el marco del derecho comunitario de sociedades: consideraciones e política y técnica jurídicas», págs. 19-56, pág. 53, en AA.VV., *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal* (Coords. ESTEBAN VELASCO/FERNÁNDEZ DEL POZO), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

6 En este sentido, BISCARETTI DI RUFFIA, C./GURRADO, M.E., «La Società Europea: un nuovo strumento per investire nell'Europa allargata», *Giur. Comm.*, n° 31. marzo, 2004. págs.1-13. pag 2.

7 Directiva 2003/72/CE, sobre implicación de los trabajadores en la SCE.

Estatuto, por dirigirse a empresas de capital, no es un marco que se adecue a las características especiales de las cooperativas⁸.

3. Naturaleza y características especiales de la SCE

La SCE es (como todas las cooperativas) una forma jurídica de sociedad que permite a varias personas, físicas y/o jurídicas, ejercer en común ciertas actividades, conservando al mismo tiempo su independencia. Toda SCE debe tener como objetivo prioritario la satisfacción de las necesidades de sus miembros y/o el desarrollo de sus actividades económicas y sociales (no la renta de las inversiones de capital).

Por lo que se refiere a sus reglas de afiliación, deben aplicarse unos principios especiales, entre ellos, el de entrada libre y voluntaria y el de primacía del individuo. Este último se refleja en la regla de «una persona-un voto», si bien puede admitirse también un voto ponderado que refleje el volumen de negocios realizado con la SCE por cada miembro.

IV. EL ARTICULO 8 RSCE Y LA TÉCNICA UTILIZADA POR EL LEGISLADOR COMUNITARIO

1. Comentario al artículo 8 RSCE

Del examen de las disposiciones contenidas en el RSCE, se desprende la impresión de una norma fragmentaria y en continua búsqueda por lograr altas dosis de flexibilidad, lo que se constata con los repetidos reenvíos a las legislaciones de los estados miembros. Y ésta es una técnica más propia del instrumento normativo de la Directiva que del Reglamento⁹. El artículo 8 establece que las SCE se regirán por el dispuesto en el presente reglamento y cuando el reglamento lo autorice expresamente por las disposiciones de los estatutos de la SCE; hasta aquí nada de particular. Pero en la letra c) del apartado 1 del precepto se encuentra la parte más importante pues, respecto de las materias no reguladas por el reglamento o si se trata de materias reguladas solo en parte por éste, se reenvía a las legislaciones que adopten los estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieren específicamente a la SCE o, aún más importante, a las leyes de los estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad cooperativa constituida con arreglo a las legislaciones del estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social y, en fin, por las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades

8 Reglamento (CE) núm. 2157/2001, del Consejo. Véase también Directiva 2001/66/CE, sobre implicación de los trabajadores en la SE.

9 Esta es la cuestión más importante del presente trabajo, pues provoca las consecuencias que serán objeto de tratamiento infra.

cooperativas constituidas con arreglo a la legislación del estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social.

2. Cómo colmar las lagunas normativas del Reglamento. ¿Una oportunidad para la autonomía de la voluntad?

Supuesto que aquí empiezan las dificultades, antes de analizar las consecuencias que provoca el reenvío con respecto a las materias no reguladas por el reglamento es necesario comprender, por lo que se refiere a aquellas reguladas solo parcialmente, cuales son los aspectos por los cuales no se aplica el reglamento. Se trata, pues, de analizar si el silencio sobre un determinado aspecto significa una laguna a colmar o una disciplina en negativo; es decir, determinar, en cada caso, si se trata de una prohibición, de una obligación, de una facultad o de un requisito. El problema no es solo técnico, sino también político. En la doctrina, los más proclives a la creación de un derecho europeo defenderán la reglamentación implícita como medida para limitar la competición normativa entre los estados miembros. Los defensores del localismo, en cambio, tenderán a calificar los silencios normativos como lagunas a colmar, recuperando de esta forma «espacio» para las legislaciones nacionales. Además, el hecho de interpretar los silencios como reglas implícitas de libertad significa ampliar de manera notable los espacios reconocidos a la autonomía privada en el Derecho nacional. En consecuencia, interpretar los silencios como disciplinas en negativo, aun siendo verdad que lleva a reducir la competición entre ordenamientos, también es cierto que aumenta la autonomía de la voluntad de los particulares¹⁰. A nuestro juicio, la cuestión planteada no es más que un falso problema solucionado en la doctrina a través de una interpretación sistemática del los artículos 8 y 78 del RSCE. Y ello porque la norma comunitaria no solo faculta a los legisladores nacionales para que regulen determinados aspectos del régimen jurídico de la SCE, sino que, en ocasiones, les impone dicha regulación.; y si bien es cierto que de la habilitación concedida se puede o no hacer uso, la norma imperativa exige, por el contrario, su cumplimiento, lo que implica poner en marcha en los diversos estados los oportunos procesos que culminen en la regulación pretendida por la unión europea¹¹.

10 En este sentido, PRESTI, G., «Le fonti della disciplina e l'organizzazione interna della società cooperativa europea», *Giurisprudenza comunitaria* num. 774, junio, 2005 págs. 1-7, págs. 1-2.

11 Véase ALFONSO SÁNCHEZ. R., «El desarrollo normativo de la sociedad cooperativa europea: propuestas de implantación», *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, nº 2, extraordinario, sobre La implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, 2006, págs, 11-52, pág. 20.

3. El apartado 2 del artículo 8 RSCE y las dudas sobre una posible violación de la libertad de establecimiento

Según el inciso final del artículo 8.2 RSCE «*si las leyes nacionales dispusieran reglas o restricciones específicas relacionadas con el carácter de la actividad que realice una SCE, o mecanismos de control a cargo de una autoridad supervisora, dichas leyes serán plenamente aplicables a la SCE*». Hay quien ve en esta parte final del artículo una posible restricción de la libertad de establecimiento¹². Otra parte de la doctrina afirma que no hay ninguna violación de la libertad de establecimiento porque el artículo 8 RSCE ha de ser leído a la luz de lo que afirma el artículo siguiente, relativo al principio de no discriminación. De la lectura conjunta de los artículos 8.2 y 9 RSCE se puede deducir que la pretensión del artículo 8.2 es extender a la SCE el mismo trato que tengan las cooperativas nacionales en lo que se refiere al acceso a determinadas actividades, como por ejemplo la sumisión a una autorización administrativa en el caso de una SCE de crédito o de seguro. De esta forma, el precepto no supondría una restricción a la libertad de establecimiento sino un respeto al sistema del derecho de sociedades propio de cada uno de los estados miembros¹³. En definitiva no se trata –siempre a juicio de este sector doctrinal– de que los legisladores nacionales puedan limitar, controlar, prohibir el acceso a determinadas actividades, sino que la SCE podrá desarrollarlas o no en la medida en que puedan hacerlo o no las cooperativas del estado de su domicilio, pues la SCE queda asimilada a las cooperativas de derecho nacional¹⁴.

12 ALONSO ESPINOSA, F.J., «Lección 3ª. Estatuto jurídico fundamental del empresario», AA.VV., Curso fundamental de Derecho mercantil (ALONSO ESPINOSA, Dir.), Vol. 1, Ed. FUSA, Murcia, 2003, págs. 63-78, págs. 68, 74-75.

13 ALFONSO SANCHEZ, R., «El desarrollo normativo de la sociedad cooperativa europea: propuestas de implantación», est. cit., págs. 25-27.

14 En mi opinión, aunque el apartado 2 no viola la libertad de establecimiento, la complejidad del art. 8 RSCE –provocada por la técnica del reenvío que emplea– afecta la libertad de establecimiento. Sobre el particular, infra (Conclusiones).

V. CONSECUENCIAS DE LA REMISIÓN A LAS LEGISLACIONES NACIONALES

1. La falta de un procedimiento de armonización legislativo comunitario anterior al Reglamento y el sistema híbrido creado por el sistema de fuentes del artículo 8

Con carácter previo al análisis de las consecuencias derivadas de la remisión a las legislaciones nacionales, conviene recordar que, a diferencia de la Sociedad Europea¹⁵ (SE), la SCE no se ha visto incluida en el proyecto de armonización legislativa adoptado por la Comunidad en materia de sociedades¹⁶; por eso, el reenvío que hace el Reglamento a la legislación de los estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieren a la SCE, crea dudas sobre la normativa a consultar.

Los principios proclamados por la ACI¹⁷ juegan un papel decisivo a favor de la armonización de los ordenamientos jurídicos en sede cooperativa¹⁸. Aunque no son normas jurídicas vinculantes y una violación de dichos principios por parte de los estados miembros no puede ser sancionada, pueden servir como punto de referencia para una reglamentación unitaria de la SCE a la hora de «transponer» el Reglamento en la legislación nacional, en aquellas parcelas en las que se produce el reenvío. Cabe decir entonces, por lo que concierne a la SCE respecto de la SE, que es más difícil construir una legislación unitaria europea en cuanto a la primera por la falta de armonización achacable al legislador comunitario. Falta que podría haber sido colmada por el mismo RSCE; de hecho, el Reglamento es el instrumento normativo ideal para unificar los ordenamientos de los estados componentes la CEE. Pero como ya se ha puesto de manifiesto *supra*, la opción del legislador comunitario ha sido la de no regular todas las materias y reenviar para las no reguladas a las legislaciones nacionales en las que la SCE tenga su domicilio, creando así, un sistema híbrido¹⁹ compuesto de una legislación igual en una parte y en otra cambiante en relación a la legislación del estado en el que la SCE tendrá su domicilio social. La SCE parece así un camaleón –si se permite el simil–, es decir, ira cambiando de color en función del Estado de su domicilio social.

15 Sobre la fragmentaridad de la legislación cooperativa vease PARLEANI, G. «Le reglement relatif a la societe cooperative europeenne, et la subtile articulation du droit nationaux», *Revue des sociétés*, num. 1/2004, págs. 74-79, pág. 79.

16 Véase *supra* epígrafe II.1.

17 Ampliamente sobre el valor de los principios del ACI vease NAMORADO, R. «La sociedad cooperativa europea: problemas y perspectivas» AA.VV. *Integración empresarial cooperativa. Ponencia del II coloquio ibérico de cooperativismo y economía social*, Ed. Ciriec-España, Valencia, 2003, págs. 211 y sig.

18 ALFONSO SANCHEZ, R., «La sociedad cooperativa europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo», *Noticias de la U.E.*, núm. 252, enero 2006, págs. 19-34, pág. 26.

2. Las consecuencias

La elección de este sistema introduce importantes dudas acerca del éxito en la práctica del nuevo tipo social. La dificultad de su régimen jurídico, con múltiples remisiones a normas de derecho nacional, dificultan de manera extraordinaria la labor del intérprete y aplicador del derecho en perjuicio de la seguridad jurídica propia de los sistemas continentales. Desde el punto de vista jurídico mercantil, la decisión acerca de la constitución de una SCE no solo requiere el conocimiento del Reglamento comunitario, sino también de los regímenes jurídicos de los diversos estados miembros para poder elegir aquél más adecuado a las necesidades del operador económico en cuestión. A nadie se le escapa que la composición de la Unión Europea por 27 estados, con sus respectivas legislaciones, amén de la diversidad de lenguas oficiales, y la falta de una doctrina europea que haya abordado el estudio comparado de las soluciones legales, hacen mucho más compleja la realidad en la que las SCE deben operar, por la falta de transparencia y, por tanto, del conocimiento imprescindible en la toma de decisiones jurídicas.²⁰

Otra consecuencia posible es la del *forum shopping*: las diferencias normativas amenazan con desplazar el modelo de organización y actuación de la SCE hacia Ordenamientos cuyas singularidades fiscales pueden ser determinantes.²¹ Claro está que, el operador económico, en el momento de elegir la ubicación del domicilio de la SCE se decantará por el del Ordenamiento que le garantice más beneficios ya sean legislativos o económicos.

VI. LA CUESTION ESPAÑOLA. LA SCE: ¿MATERIA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS?

Si se analiza con detenimiento, la tan aludida técnica del reenvío provoca, en algunos estados de la comunidad, consecuencias mayores que las que a primera vista pudieran parecer. De hecho uno de los Estados que aun no ha «transpuesto» el RSCE es España y ello por las dificultades que se derivan de la existencia de dos poderes legislativos con competencia en materia de sociedades cooperativas, el

19 MARTINEZ SEGOVIA, F.J., «Prima aproximación al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea», *Revesco* num. 80, 2003, págs. 61-106, a pag. 78.

20 Sobre estos aspectos, VICIANO PASTOR, J. «La sociedad anonima europea» est. cit. pág. 45.

21 Véase VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Capítulo 2. Características generales de la sociedad europea. Fuentes de regulación, capital y denominación», en AA.VV., *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal* (Coords. ESTEBAN VELASCO/FERNÁNDEZ DEL POZO), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 57-117.

estatal y el autonómico.²² Según algún autor²³, las Comunidades Autónomas estarían facultadas para dictar disposiciones en orden a la aplicación del RSCE siempre y cuando las materias en que así se requiriera concernieran al ámbito sustantivo de aquéllas. Y ello porque cuando la norma comunitaria permite ser desarrollada, el reparto interno de competencias entre las instituciones centrales del Estado y las Comunidades Autónomas no tiene por qué verse afectado, por lo que las Comunidades Autónomas pueden intervenir si la materia necesitada de desarrollo le corresponde según sus respectivos estatutos de autonomía, ajustándose directamente a lo exigido o permitido por la norma comunitaria²⁴.

El problema, entonces, no es sólo el de entender sobre qué aspectos del RSCE debe legislar el Estado y sobre cuáles las Comunidades Autónomas, sino el de la falta de homogeneidad que se vendría a crear en España incrementando, aún más, la diversidad legislativa existente entre los estados miembros y provocada por el reenvío a las legislaciones nacionales. Y, habida cuenta que el elemento principal para saber cuál es la legislación aplicable en las materias no reguladas por el RSCE es el domicilio social, en España la SCE tendrá un cuerpo legislativo diferente según dónde radique su domicilio social. Esto es tanto como añadir otros 17 «Estados» a Europa, haciendo que el «*camaleón*»²⁵ tome otros 17 colores.

La situación creada carece de lógica y plantea numerosos problemas no sólo a la Unión Europea, sino a España misma. Y ello porque así, no solo no se contribuye a la creación de un derecho comunitario homogéneo, sino tampoco a uno armonizado. Es «ir hacia atrás», exaltando un localismo que, a nuestro juicio, parece ir contra corriente en el momento histórico actual en el que lo que se pretende es la «creación de Europa». Además, la elección del lugar de implantación de la SCE va a tener una influencia decisiva en el desarrollo empresarial de aquellos que quieren invertir en España, con un aumento del efecto *forum shopping* y con el riesgo de desviar las inversiones hacia países con una legislación mas clara y menos compleja.²⁶

22 ALFONSO SÁNCHEZ R., «El desarrollo normativo», est. cit., págs. 28-29. y en general, MEZQUITA DEL CACHO, J.L. «La problemática del pluralismo competencial en materia de sociedades cooperativas», La Notaria, núms 7-8, 2000, págs. 21-37.

23 ALFONSO SÁNCHEZ R., «El desarrollo normativo», est. cit., págs. 30-31.

24 ALFONSO SÁNCHEZ R., «El desarrollo normativo», est. cit., págs. 30-31.

25 Véase supra epígrafe V.1.

26 Ampliamente sobre el efecto de *deleware* ENRIQUES, L., «EC Company law and the Fears of a European Deleware» *European Business Law Review*, 2004, 15 (6), págs. 1259-1274, págs. 1259 y sigu. Y en concreto sobre el efecto *deleware* hacia los países del est EMBRID IRUJO, J.M., «Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de acción». Noticias de la U.E. núm. 252, monográfico, Derecho de sociedades, págs. 5-15, pág. 7.

VII. LA PARECIDA CUESTION ITALIANA Y SUS SOLUCIONES

1. Una primera solución doctrinal

Cuestión parecida, pero con diversa solución, es la que se suscitó Italia con la existencia de las Regiones al modo en que en España existen las Comunidades Autónomas. La doctrina italiana ha venido a denominar a la República Italiana como la «República de las autonomías». Se debatió por la doctrina si podía configurarse al menos un espacio normativo a nivel regional en materia de sociedades cooperativas. Es preciso recordar que en Italia, al contrario que en España, existe un solo Código de Derecho privado, el Código civil, que incorpora también la legislación mercantil, razón con base en la cual los autores defendieron la competencia exclusiva a favor del Estado²⁷, opinión luego compartida por el Tribunal Constitucional italiano.

2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano

El Tribunal Constitucional italiano, en Sentencia núm. 35/1992 afirma que *«el ordenamiento de derecho privado se pone como límite a la legislación regional lo que se fundamenta en la exigencia, relacionada al principio constitucional de igualdad, de garantizar en el territorio nacional la uniformidad de la disciplina que regula las relaciones entre privados»*. También relevante respecto al tema aquí tratado es la Sentencia núm. 115/1993 del alto Tribunal en un recurso presentado por la región «Veneto». El Tribunal Constitucional rechazó la cuestión de legitimidad constitucional por presunta lesión de la competencia regional en materia de cooperación. El recurrente, de hecho, aprovechando la entrada en vigor de un Reglamento comunitario sobre sociedades cooperativas agrícolas y argumentando la importancia de la cooperación como instrumento de desarrollo y de promoción económica ex artículo 4 de su Estatuto Regional, lamentaba la apropiación de sus atribuciones por parte de la Ley estatal en la medida en que ésta establecía una serie de obligaciones relativas a la inscripción de las cooperativas agrícolas y les imponía inversiones obligatorias en favor de asociaciones nacionales de representación del movimiento cooperativo o de un fondo instituido por el Ministerio del Trabajo²⁸. La intención del Veneto era demostrar que la materia «cooperación» no era una materia mixta, y por eso de competencia estatal, sino, de exclusiva competencia regional. El Tribunal Constitucional italiano rechazó este planteamiento afirmando que, por tratarse de aspectos subjetivos de las sociedades cooperativas, debían ser uniformes en todo el

27 En este sentido, RIVOSECCHI, G., «Profili di costituzionalità della disciplina delle società cooperative tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea», *Rivista internazionale di diritto pubblico comunitario* núm. 199, enero, 2004. págs. 1-13. pág. 6.

28 Véase RIVOSECCHI, G., «Profili di costituzionalità», est. cit, nota precedente, pág. 7.

país, prescindiendo del sector de actividad en el que las cooperativas operaran. Aún confirmando su doctrina, el Tribunal Constitucional ha experimentado significativas aperturas a este respecto, como se observa en la Sentencia núm. 532/2001, en la que afirma que «*la incidencia sobre la competencia regional del derecho civil no obra de manera absoluta, pues también la disciplina de las relaciones entre privados puede ser adaptada*», donde esto resulta en estrecha conexión con la materia de competencia regional y responda al criterio de (racionalidad).²⁹

3. La solución adoptada por el legislador italiano al «transponer» el RSCE al ordenamiento nacional

Vistas las opiniones doctrinales y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre un posible conflicto entre el Estado y las Regiones, a la hora de «transponer» el RSCE, en Italia se ha optado por dictar una «*circolare ministeriale*»³⁰ en la que establece que en lo que atañe a los institutos sobre los cuales el RSCE no se pronuncia y no disciplina directamente una determinada situación, se aplica el cuadro normativo nacional existente para las sociedades cooperativas. Tal complejo de normas nacionales ha que entenderse comprensivo tanto de las disposiciones específicas para las cooperativas como de las disposiciones de carácter general que se aplican a la sociedad cooperativa en cuanto que «*sociedad*»³¹. En este contexto, teniendo en cuenta las normas italianas aplicables, la disciplina de las fuentes regulada por el artículo 8 RSCE y el principio de discriminación (artículo 9 RSCE), delimitan un sistema completamente definido y coherente que permite la aplicación en Italia del Reglamento en cuestión. De hecho, para la aplicación del Reglamento son suficientes las reglas ya presentes en el Ordenamiento sobre las sociedades cooperativas nacionales y sobre las sociedades anónimas sin necesidad de una ley al efecto. La finalidad puede ser eficazmente conseguida por el tramite del acto administrativo que aquí se comenta, el cual se limita a mostrar cómo la regulación está ya presente en el actual sistema normativo y de ella —y no del acto administrativo— trae la propia razón de ser dicha disciplina.

29 El principio de racionalidad es un principio muy utilizado por parte de la jurisprudencia constitucional italiana, el que consiste en no pararse delante de una mera interpretación literal de la norma sine coger la ratio de la misma.

30 Circolare Ministeriale 30 junio 2006, num. 1903, publicada en la Gazzeta Ufficiale el 25 de julio 2006 num 171.

31 En Italia al fin de llegar a una disciplina uniforme se aplican a la SCE también las normas aplicables a las SE en cuanto sean compatibles. En España es discutida la naturaleza mercantil de las sociedades cooperativas. Sobre este particular, ampliamente ALFONSO SANCHEZ R. «Posibilidades y regulación de los procesos de integración en España (cooperativas de segundo grado, grupos cooperativos, fusiones)», en AA.VV., Integración empresarial cooperativa, Ponencias del II Coloquio ibérico de cooperativismo y Economía Social, Ciriec-España, Valencia, 2003, págs. 19-42.

VIII. POSIBLES SOLUCIONES A LA CUESTIÓN ESPAÑOLA

1. Ocasiones perdidas por el Tribunal Constitucional Español

En España falta una regulación unitaria de la sociedad cooperativa pues, como es sabido, la competencia en materia de cooperativas se incorporo a distintos Estatutos de Autonomía. El Tribunal Constitucional Español, cuando se plantearon los conflictos de competencias con ocasión de las primeras leyes autonómicas de cooperativas, dejo pasar la oportunidad de explicitar la inclusión de la legislación cooperativa en el termino «legislación mercantil» del artículo 149.1.6 CE³². En realidad, la solución a la que llega el Tribunal Constitucional Español es ambigua pues, aunque se aparta de cualquier análisis sobre la mercantilidad de la cooperativa, admite la aplicación de la legislación mercantil a estas entidades, bien porque su regulación contenga preceptos mercantiles o bien porque la legislación cooperativa remita expresamente a ella, reconociendo además que en el caso de que debiera calificarse como mercantil algún tipo de cooperativa, le seria de aplicación la legislación mercantil³³. Aún así, la polémica doctrinal relativa a la naturaleza jurídica de la cooperativa no parece razón suficiente para que el Tribunal Constitucional Español dejara escapar esta materia a la competencia del legislador estatal.

2. La doctrina española y la necesidad de uniformidad legislativa, si no europea, al menos estatal

Han quedado constatadas las ocasiones perdidas por el Tribunal Constitucional Español en orden a alcanzar la uniformidad e igualdad legislativa en el territorio estatal y, por el contrario, la acertada jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano en esa dirección. Parte de la doctrina española apunta, ya hace tiempo, en la misma dirección que el Tribunal Constitucional italiano, alegando que la justificación de la competencia estatal sobre la legislación mercantil reside en la necesidad de asegurar un ordenamiento jurídico–mercantil para todo el territorio nacional (contrapuesto al carácter fragmentario e incompleto del derecho de las comunidades autónomas), que no debe verse afectado por la distribución de competencias.³⁴ Con ello se pretende

32 Para una visión detallada de esta materia, ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La integración cooperativa y sus formas de realización: la cooperativa de segundo grado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 372-375, y bibliografía allí citada.

33 ALFONSO SANCHEZ, R. «La integración cooperativa y sus técnicas» est. cit. pag. 73.

34 ALFONSO SANCHEZ R., «Posibilidades y regulación de los procesos de integración en España», est. cit., pág. 374.

evitar que dicha distribución «desintegre» la unidad, aunque no uniformidad, del mercado³⁵.

3. Posibles soluciones

A la luz de lo que se ha dicho hasta ahora, parece claro que la solución mejor para España –y ahora para todos los ciudadanos europeos–, hubiera sido que el Tribunal Constitucional Español hubiera declarado la materia cooperativa competencia exclusiva del Estado, de manera que el legislador nacional pudiera regular la materia cooperativa de manera uniforme con ventajas no solo para España sino para todos aquellos que quieran constituir una SCE en este país. Pero a falta de esta voluntad, y ante el retraso que lleva España en la «transposición» del RSCE, una solución podría venir por la vía de una ley de armonización, (artículo 150.3 CE), si es que se aprecia que existen discriminaciones graves en el territorio jurídico de los particulares³⁶.

IX. CONCLUSIONES

Se puede afirmar que la atención de los estudiosos se ha centrado, casi de forma exclusiva, en los problemas de creación del ordenamiento europeo, sin hacer apenas referencia alguna a los problemas de su aplicación. Junto a la tradicional resistencia de los ordenamientos jurídicos estatales a aceptar formulas provenientes de otros países, la crisis económica e institucional de la comunidad contribuyó a reforzar en los años ochenta (del siglo pasado) el «rearme» del signo nacional. Desde entonces, la incorporación al ordenamiento interno de las normas europeas por vía armonizadora ha experimentado dificultades de diversas índole que han convertido este mecanismo en un proceso de incumplimientos o cumplimientos tardíos o defectuosos respecto de una normativa desprovista de mecanismos sancionadores eficaces. Cabe concluir con tranquilidad que existe por parte de la Unión Europea la intención, por lo menos, de seguir en el proceso de integración económica y de creación de un derecho comunitario si no homogéneo por lo menos armonizado. Prueba de esto es el debate entre el Consejo y el Parlamento europeo sobre la base jurídica utilizada al fin de

35 En este sentido véase SANTOS, V., «Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978», en RAMIREZ, M. (Dir.) *Desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Ed. Pórtico, Zaragoza, 1982, págs. 359 y ss, pág. 389

36 ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La integración cooperativa y sus formas de realización: la cooperativa de segundo grado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 372-375, y bibliografía allí citada. idem, «El desarrollo normativo de la sociedad cooperativa europea: propuestas de implantación», est. cit., pág. 33, donde apunta también como solución el recurso a las Conferencias sectoriales.

redactar el RSCE³⁷. De hecho, el Consejo sigue suponiendo que la base jurídica es el Art., 308 del TCE, el Parlamento por otro lado, supone que la base jurídica del acto es constituida por el Art., 95 del TCE (sobre la armonización y el acercamiento de las legislaciones de los estados miembros para la creación del mercado interior). Bajo el perfil de las normas del Tratado o, de la «constitucionalidad comunitaria» parece que la interpretación del Parlamento resulta mas adecuada al supuesto de hecho; de un lado, porque el procedimiento de codecision se impone por el respeto del principio de democracia y, de otro lado, porque la técnica jurídica del reenvío contenida en el art. 8 RSCE lo asimila más a una Directiva que a un Reglamento³⁸ y como tal tiende a favorecer la armonización de las legislaciones de los estados miembros y no persigue la sustitución de diversos modelos societarios estatales por un único modelo Europeo³⁹. La favorable evolución de la coyuntura económica después de las primeras décadas de vigencia del Tratado de Roma había alimentado la creencia de que la aplicación del derecho comunitario en los países miembros se produciría de forma automática, sin apenas dificultades sustantivas. No ha sido así y la SCE es un bueno ejemplo de ello. Se ha visto como dos ordenamientos a primera vista parecidos, Italia y España, al momento de «transponer» el RSCE han tenido dificultades similares pero han adoptado soluciones diferentes. Además, España es, a nuestro juicio, el ejemplo más claro para demostrar que el fin al cual tendía el Reglamento no ha sido alcanzado y que la selección de una técnica normativa respecto de otra casi siempre resulta decisiva para conseguir que la *ratio* de fondo de la norma misma tenga éxito en la sociedad en la cual será aplicada.

De hecho, de resultar que España finalmente llegara a transponer el RSCE de manera diferente en cada comunidad autónoma, resultaría difícil hablar de un derecho homogéneo o armonizado en Europa, visto que no lo será tampoco en el seno de un mismo Estado parte de la Unión Europea. A nuestro entender, se ha perdido una ocasión para alcanzar derecho societario unificado favorable a la libertad de establecimiento⁴⁰ y a la libre prestación de servicios entendida como libertad de empresa comunitaria. Podrá decirse que el principio de subsidiariedad⁴¹ y el peculiar sistema de reparto de las competencias entre la Unión Europea y los estados miembros no

37 Debate tenido en la sesión plenaria de Estrasburgo de 15 mayo 2003, en la que el Parlamento ha votado dos relaciones al fin de seguir en el proyecto del reglamento sobre el estatuto de la SCE.

38 Véase supra epígrafe IV.

39 En este sentido RIVOSECCHI, G., «Profili di costituzionalita», est. cit., pág. 5.

40 Para un estudio a fondo de la cuestión con comentarios de todas las sentencias sobre la libertad de establecimiento véase ALVAREZ PEREZ, M., «Nuevas perspectivas de la libertad de establecimiento en los Estados de la Union Europea, en particular para las sociedades» Noticias de la Unión Europea, num. 265, monografico, Derecho Registral, febrero, 2007, págs. 29-47.

41 Sobre el principio de subsidiariedad véase EMBID IRUJO, J.M., «Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión europea» est. cit., pág. 9.

permite un derecho unificado. Resulta difícil aceptar que el RSCE sea una solución jurídica adecuada ya que al crear un sistema mixto comunitario – nacional no se obtienen los mismos resultados integradores y unificadores que un Reglamento aportaría. No obstante, la esperanza es que este fallido intento pueda servir para crear las condiciones adecuadas para la necesaria armonización de las legislaciones que el Tratado de Roma impuso y que los Estados no acaban por finalizar.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO SANCHEZ, R., «La sociedad cooperativa europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo», *Noticias de la U.E.*, núm. 252, enero 2006, págs. 19-34.
- «El desarrollo normativo de la sociedad cooperativa europea: propuestas de implantación», *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, nº 2, extraordinario, sobre *La implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea*, 2006, págs. 11-52.
 - «Posibilidades y regulación de los procesos de integración en España (cooperativas de segundo grado, grupos cooperativos, fusiones)», en AA.VV., *Integración empresarial cooperativa, Ponencias del II Coloquio ibérico de cooperativismo y Economía Social*, Ciriec-España, Valencia, 2003, págs. 19-42.
 - «La reforma de la legislación estatal sobre sociedades cooperativas: su incidencia en las Comunidades Autónomas sin ley reguladora», *La Ley*, nº 4.750, de 9-3-1999, pp. 1-6.
- ALONSO ESPINOSA, F.J., «Lección 3ª. Estatuto jurídico fundamental del empresario», AA.VV., *Curso fundamental de Derecho mercantil (ALONSO ESPINOSA, Dir.)*, Vol. 1, Ed. FUSA, Murcia, 2003, págs. 63-78.
- ALVAREZ PEREZ, M., «Nuevas perspectivas de la libertad de establecimiento en los Estados de la Union Europea, en particular para las sociedades» *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, monográfico, Derecho Registral, febrero, 2007, págs. 29-47.
- BISCARETTI DI RUFFIA, C./GURRADO, M.E., «La Società Europea: un nuovo strumento per investire nell'Europa allargata», *Giur. Comm.*, nº 31. marzo, 2004. págs. 1-13.
- ENRIQUES, L., «EC Company law and the Fears of a European Deleware» *European Business Law Review*, 2004, 15 (6), págs. 1259-1274, págs. 1259 y ss.
- EMBID IRUJO, J.M., «Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de acción». *Noticias de la U.E.* núm. 252, monográfico, Derecho de sociedades, págs. 5-15.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «El reglamento de la sociedad europea en el marco del derecho comunitario de sociedades: consideraciones e política y técnica

- jurídicas», págs. 19-56, AA.VV., *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal* (Coords. ESTEBAN VELASCO/FERNÁNDEZ DEL POZO), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- MARTINEZ SEGOVIA, F.J., «Prima aproximación al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea», *Revesco* núm. 80, 2003, págs. 61-106.
- MEZQUITA DEL CACHO, J.L. «La problemática del pluralismo competencial en materia de sociedades cooperativas», *La Notaria*, nums 7-8, 2000, págs. 21-37.
- MONTOLIO, J.M. «Repercusiones en España del proyecto estatuto de la sociedad cooperativa europea» *Ciriec España*, núm. 17, 1994, págs. 147-169.
- NAMORADO, R., «La sociedad cooperativa europea: problemas y perspectivas» AA.VV. *Integración empresarial cooperativa. Ponencia del II coloquio ibérico de cooperativismo y economía social*, Ed. Ciriec-España, Valencia, 2003, págs. 211 y sig.
- PARLEANI, G. «Le reglement relatif a la societe cooperative europeenne, et la subtile articulation du droit nationaux», *Revue des societes*, núm. 1/2004, págs. 74-79.
- PRESTI, G., «Le fonti della disciplina e l'organizzazione interna della società cooperativa europea», *Giurisprudenza comunitaria* núm. 774, junio, 2005 págs. 1-7.
- RIVOSECCHI, G., «Profili di costituzionalità della disciplina delle società cooperative tra diritto interno e diritto dell'unione Europea», *Rivista internazionale di diritto pubblico comunitario* núm. 199, enero, 2004. págs. 1-13.
- SANTOS, V., «Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978», en RAMIREZ, M. (Dir.) *Desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Ed. Pórtico, Zaragoza, 1982, págs. 359 y ss.
- TEICHMAN, C., «La sociedad europea entre el derecho nacional y el europeo», *Not. de la UE*, nº252, enero, 2006., págs. 111.-127.
- VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Capítulo 2. Características generales de la sociedad europea. Fuentes de regulación, capital y denominación», en AA.VV., *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal* (Coords. ESTEBAN VELASCO/FERNÁNDEZ DEL POZO), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 57-117.
- VELASCO SAN PEDRO, L.A./SANCHEZ FELIPE, J.M. «La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE», *Rds*, núm. 19, 2002, págs. 15-38.
- VICIANO PASTOR, J., «La sociedad anónima europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la sociedad anónima europea domiciliada en España, AA.VV., *La sociedad anónima europea domiciliada en España* (Dir. BOQUERA MATARREDONA, J.), Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano, 2006, págs. 29-52.