

## **INTERCOOPERACIÓN E INTEGRACIÓN COOPERATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA. RÉGIMEN JURÍDICO.-**

**Isabel-Gemma Fajardo García  
Prof. Titular Derecho Mercantil  
Universitat de Valencia (España)**

La idea de integrar esfuerzos para satisfacer en mejores condiciones unas necesidades y aspiraciones económicas y sociales a través de una empresa conjunta, dio origen a las cooperativas a mediados del siglo XIX, y se refleja hoy en día en dos de sus rasgos esenciales: el principio de adhesión voluntaria y abierta, y el principio de cooperación entre cooperativas.

La adhesión abierta a todas aquellas personas capaces de utilizar los servicios que presta la cooperativa, permite que la cooperativa vaya creciendo integrando en su seno nuevos socios y mejorando las condiciones del servicio ofrecido al conjunto.

El principio de cooperación entre cooperativas responde a la misma idea y refleja valores comunes como la autoayuda y la solidaridad entre iguales.

Por ello no extraña que desde el Congreso de Viena de 1966 la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) recomiende que “las cooperativas, para servir mejor los intereses de sus miembros y de sus comunidades, deben colaborar por todos los medios con otras cooperativas en los niveles local, nacional e internacional”.

Estos rasgos que definen la esencia de la cooperativa cobran mayor importancia en momentos económicos como el actual en el que los mercados ya no son de dimensión nacional sino internacional y las cooperativas deben adaptar su estructura y actuación a esa nueva dimensión. Así lo recordaba la ACI en su Informe de 1995 al señalar que las cooperativas deben considerar, mucho más a menudo de lo que lo han hecho en el pasado, las posibilidades de realizar actividades conjuntas internacionales.

La necesidad de conseguir el potencial adecuado que permita subsistir y a ser posible seguir creciendo tropieza con numerosos obstáculos y peligros. Uno de ellos es objeto de atención en este coloquio, ¿es compatible el crecimiento de las cooperativas con los principios cooperativos?.

Otro obstáculo que encuentran las cooperativas y la mayor parte de las empresas que aspiran a asumir mayores dimensiones, es la legislación. La legislación que regula las formas de empresa, su constitución, extinción y funcionamiento es competencia estatal y su ámbito de aplicación se reduce a este ámbito. Como claramente y de forma reiterada reconoce el Consejo de la Unión Europea el marco jurídico de las empresas europeas sigue siendo en gran parte nacional, y ya no se corresponde con el marco económico en el que deben desarrollar sus actividades, lo cual entorpece las operaciones de agrupamiento entre sociedades sometidas a las legislaciones de Estados miembros diferentes.

Consciente de esta realidad la Unión Europea en su labor de creación de un mercado común ha puesto en marcha varias iniciativas que tienen por objeto suprimir los obstáculos que las legislaciones nacionales oponen al desarrollo de las empresas. Entre esas medidas podemos destacar: la armonización de las legislaciones nacionales, la creación de estructuras empresariales europeas, o la posibilidad de fusión entre empresas de diferentes nacionalidades.

El objetivo de esta comunicación es exponer las posibilidades que la legislación de la Unión Europea ofrece a las cooperativas que quieran llevar la intercooperación más allá de sus fronteras o constituir estructuras empresariales de ámbito europeo.

En primer lugar, la constitución de la Unión Europea y las libertades fundamentales que defiende (art. I-4 TCE): libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, y libertad de establecimiento, favorecen la intercooperación y la colaboración entre empresas de la UE con independencia de su forma jurídica.

Estas libertades reconocidas constitucionalmente facilitan las transacciones comerciales entre empresas europeas, la libre circulación de trabajadores, la adquisición de bienes inmuebles en otros Estados, la apertura de sucursales, agencias o filiales, o la inversión en empresas europeas.

En desarrollo de estas libertades, pueden llevarse a cabo, procesos de colaboración económica, mediante acuerdos, creación de filiales comunes, etc.; así como de integración empresarial, mediante la adquisición de una empresa, de sus activos o de sus acciones o participaciones.

Todas estas posibilidades están también al alcance de las cooperativas (art. III.-142 TCE), aunque en ocasiones con limitaciones o condicionantes.

En primer lugar podemos decir que nada impide que cooperativas de diferentes Estados europeos establezcan relaciones de intercooperación entre sí, y que esas relaciones tengan el mismo tratamiento que tendrían si se produjera entre cooperativas del mismo Estado<sup>1</sup>.

Nada impediría tampoco que varias cooperativas de nacionalidad diferente se asocien para constituir una cooperativa de segundo grado u otra sociedad, la cual se registrará por la normativa aplicable en el lugar donde fije su domicilio social<sup>2</sup>; o que una cooperativa de un Estado ingrese como socia en otra cooperativa de otro Estado miembro; o como socia de otra sociedad, mediante la suscripción o compra de alguna de sus acciones o participaciones.

Las cooperativas de un Estado miembro también pueden adquirir directa o indirectamente empresas radicadas en otro Estado. La adquisición indirecta, a través de la compraventa de las acciones o participaciones representativas del patrimonio empresarial, puede encontrar limitaciones o condicionantes, sobre todo de carácter fiscal<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Así por ejemplo, la Ley de Cooperativas 27/1999 establece que las operaciones realizadas dentro de acuerdos de intercooperación, tendrán la misma consideración que las operaciones realizadas con los socios, aunque los resultados se imputarán al fondo de reserva obligatorio (art. 79.3). La Ley de Régimen Fiscal de las Cooperativas 20/1990 también considera como ingreso cooperativo, a efectos de determinar la base imponible del Impuesto de Sociedades, los intereses y retornos procedentes de la participación de la cooperativa, como socio o asociado, en otras cooperativas (art. 17.5).

<sup>2</sup> Según el art. III-137 TCE: los nacionales de un Estado miembro de la UE tienen derecho, en el territorio de otro Estado miembro, a constituir y gestionar empresas y especialmente sociedades. Una cooperativa puede crear por sí misma una empresa en otro Estado miembro, así como, asociarse con otras sociedades en la creación de cooperativas de segundo grado o de cualquier tipo de sociedades.

<sup>3</sup> Así, la Ley de Cooperativas 27/1999 califica como resultado extraordinario el derivado de inversiones o participaciones financieras en sociedades, excepto que estas sean cooperativas, o no siéndolo sean sociedades que realicen actividades preparatorias, complementarias o subordinadas a las de la propia cooperativa. En estos dos últimos casos, se consideran resultados ordinarios. La tributación por unos y otros resultados es diferente, los beneficios cooperativos tributan al 20% en el Impuesto de Sociedades y los beneficios extraordinarios al 35%. La Ley de Régimen Fiscal de las Cooperativas establece a su vez que es causa de pérdida de la condición de cooperativa fiscalmente protegida, si una cooperativa participa en cuantía superior al 10% en el capital social de entidades no cooperativas. Este límite se eleva al 40% si la entidad realiza actividades preparatorias, complementarias o subordinadas a las de la propia cooperativa. También pierde su consideración de cooperativa fiscalmente protegida si invierte en el capital social de entidades no cooperativas el 50% de los recursos propios de la cooperativa, sin perjuicio de que pueda ser autorizada a superar esos límites sin consecuencias fiscales desfavorables en el caso de justificar tal exceso en atención al mejor cumplimiento de los fines sociales cooperativos (art. 13. 9).

Contrariamente, una cooperativa española podría – previo acuerdo de su asamblea general- vender su empresa o parte de sus activos a otra sociedad, cooperativa o no, de otra nacionalidad europea. Esta operación no afecta a la naturaleza irrepartible de los fondos de la cooperativa, que seguirían siéndolo, puesto que la operación no representa una liquidación de la cooperativa sino una modificación en la composición de su patrimonio. Cuestión distinta es que tras la venta se proceda a la disolución y liquidación de la cooperativa, momento en el que habría que respetar el destino del haber social previsto en los estatutos.

¿Podría una cooperativa ser adquirida “accionarialmente” por otra, es decir, podría ser controlada una cooperativa española por otra sociedad, cooperativa o no, mediante su participación mayoritaria en su capital social?.

En principio podría pensarse que esto no es posible dado el principio de participación democrática de los socios y de autonomía e independencia de las cooperativas. Pero un análisis de la legislación nos puede revelar que sí cabe ese control y no sólo a través de pactos de sumisión como los previstos para los grupos cooperativos en la legislación española<sup>4</sup>, sino también por alcanzar un número de votos que permita ese control. En la cooperativa, el voto no es proporcional al capital social y por tanto, no puede decirse que se tiene el control sobre la cooperativa porque se tiene una participación significativa de su capital social<sup>5</sup>.

Ese análisis legislativo exige distinguir entre clases de cooperativas y entre clases de socios.

Una cooperativa de primer grado española puede estar constituida por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, e incluso por comunidades de bienes, y como regla general cada socio tiene un voto, pero esta regla tiene cada vez más excepciones.

Si la cooperativa tiene entre sus socios alguna cooperativa, alguna sociedad controlada por una cooperativa o una entidad pública, estos pueden tener un voto plural ponderado, proporcional al volumen de actividad cooperativizada. En ningún caso el

---

<sup>4</sup> Art. 78 Ley de Cooperativas 27/1999.

<sup>5</sup> Esta regla se exceptúa en el caso de las cooperativas de crédito donde sí es posible tener un número de votos en proporción al capital social (art. 9. 2º Ley 13/1989, de 26 de mayo de Cooperativas de Crédito).

voto de un socio puede ser superior al tercio de los votos totales de la cooperativa (art. 26. 2 LC).

En algunas clases de cooperativas (agrarias, de servicios, transportistas y del mar) si lo prevén los estatutos, un socio (cualquiera que sea su naturaleza) puede tener hasta 5 votos, siempre que no represente más de un tercio de los votos totales en la cooperativa (art. 26.4 LC).

Las cooperativas de segundo grado españolas pueden estar integradas por cooperativas y otras personas jurídicas, públicas o privadas, empresarios individuales y socios de trabajo (art. 77. 1 LC).

Si lo prevén sus estatutos, el voto de los socios puede ser proporcional a su participación en la actividad cooperativizada y/o al número de socios activos que integran “la cooperativa asociada”. No obstante, ningún socio podrá ostentar más de un tercio de los votos totales, salvo que la sociedad esté integrada por tres socios en cuyo caso el límite se eleva al 40%, y si son dos, se requiere unanimidad en sus decisiones. Por último, se establece que el número de votos de las entidades que no sean sociedades cooperativas no podrá alcanzar el 40% de los votos (art. 26.6 LC).

Como vemos, cuando el derecho de voto no es por igual para todos los socios sino plural y proporcional, el criterio de distribución es en la mayor parte de los casos en proporción al volumen de actividad económica desarrollada con la cooperativa. Y aunque el legislador se guarda de limitar el número máximo de votos que un solo socio (cooperativa o no, sociedad controlada o no por cooperativas, e incluso en ocasiones, incluso personas físicas) puede tener, ello no permite evitar que un solo socio con un importante volumen de actividad en la cooperativa controle sus votaciones. A ello debe añadirse que el límite de votos se fija en relación al total de votos en la cooperativa y no en relación con el número de votos presentes en una votación concreta de la asamblea general, con lo que, teniendo en cuenta el elevado abstencionismo que se da en estas, se eleva todavía más las posibilidades de control por un socio.

Podríamos concluir diciendo que al menos, para controlar las decisiones de una cooperativa no basta con aportar capital a la misma, sino que habrá que cooperar en la misma participando en su actividad económica. Pero tampoco esto es necesario, la legislación cooperativa española admite la presencia de socios colaboradores, personas físicas o jurídicas, que sin necesidad de participar en la actividad económica, pueden contribuir a su consecución, por ejemplo, mediante la aportación económica que fijen los estatutos (que no puede exceder del 45% del capital), recibiendo a cambio derechos de voto que no podrán exceder en su conjunto del 30% de los votos en los órganos sociales de la cooperativa (art. 14).

Los procesos anteriormente descritos permiten la actuación coordinada de empresas e incluso la integración de empresas de diversa nacionalidad, pero no integran sus socios bajo la misma empresa. La integración de los socios es importante porque abarata el coste del proceso al retribuir a los socios el valor del patrimonio aportado mediante acciones o partes sociales de la nueva sociedad, y no mediante una retribución económica. Pero además, en la cooperativa la integración de los socios es mucho más importante, porque además de propietarios de la empresa son uno de sus principales activos, como trabajadores, proveedores o consumidores de la misma. Para que se produzca esa unificación empresarial y societaria es necesario recurrir a procesos de fusión.

¿Es posible la fusión entre cooperativas o entre cooperativas y otras sociedades, pertenecientes a diferentes Estados de la UE?

Hasta fechas recientes la respuesta podría ser diferente según cual fuese la legislación aplicable a las sociedades a fusionar.

Podríamos decir que una sociedad o cooperativa española podría participar en un proceso de fusión intracomunitaria. Así lo permite nuestro Código civil al prever en su art. 9.11º la fusión de sociedades de distinta nacionalidad y establecer que se regirá el proceso de acuerdo con sus leyes personales. También la doctrina española<sup>6</sup> venía reconociendo esta posibilidad para las sociedades mercantiles, posibilidad que la

---

<sup>6</sup> Entre otros Lázaro Sánchez, E. en *Fusión internacional (e "intracomunitaria")* Noticias de la Unión Europea nº 210, 2002 p. 25.

realidad confirmó, como en el caso de la fusión de la española Sarrió, SA con la italiana Reno de Medici spa.<sup>7</sup>

En cuanto a las cooperativas, la previsión del Código civil y la ausencia de prohibiciones expresas, permitiría la fusión de cooperativas españolas con cooperativas de otros Estados, incluso con sociedades no cooperativas, dado que nuestra legislación permite estos supuestos de fusión especial o heterogénea<sup>8</sup>.

Esta posibilidad de realizar fusiones internacionales que ofrece la legislación española no está presente en otros ordenamientos jurídicos. Así países como Austria, Alemania, Bélgica, Holanda o Luxemburgo no reconocen esta posibilidad para sus sociedades. Otros como Francia sí la reconocen pero de forma condicionada, lo que dificulta mucho su realización<sup>9</sup>.

Conscientes de las dificultades que entrañaba la integración de sociedades pertenecientes a distintos Estados y de la necesidad de facilitar la creación de estructuras empresariales de ámbito europeo, uno de los primeros objetivos que se marcó la recién creada Comunidad Económica Europea fue que sus Estados miembros entablaran negociaciones entre ellos a fin de asegurar la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes<sup>10</sup>.

Esas negociaciones condujeron a la preparación de un proyecto de Convenio de fusiones internacionales publicado en 1964 que finalmente no prosperó, entre otras razones por las importantes diferencias existentes en las regulaciones nacionales de los procesos de fusión.

Esta conclusión puso en evidencia la conveniencia de proceder a la armonización de las legislaciones nacionales sobre procesos de fusión o bien crear una sociedad europea conforme a un procedimiento al margen de los derechos nacionales y regida por

---

<sup>7</sup> Sobre el proceso de fusión de estas sociedades, véase: Tapia Hermida, A.J. “Aspectos jurídico-mercantiles de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas cotizadas. Apuntes sobre un caso reciente desde la perspectiva del Derecho español”. Revista Derecho de Sociedades nº 12, 1990, p. 133 y ss.

<sup>8</sup> Art. 67 Ley de Cooperativas 27/1999.

<sup>9</sup> En Francia, si la fusión entraña cambio de nacionalidad de la sociedad, requiere acuerdo unánime de los socios. Ello unido a trabas fiscales, hacen prácticamente imposible la operación. Ripert/Roblot. *Traité de Droit Commercial*. LGDJ. Tomo I, 17ª ed, pag. 1405. Lecourt, B “L’avenir du droit français des sociétés: que peut-on encore attendre du législateur européen? Rév. Soc. nº 2, 2004 pag. 228.

<sup>10</sup> Art. 220. 3 Tratado de Roma de 1957, actual art. 293 tras su modificación por el Tratado de Ámsterdam en 1997.

un derecho europeo, compuesto por las normas dictadas por las instituciones europeas, la Jurisprudencia del TJCEE y los principios comunes de las legislaciones.

En el Memorandum de 1966 la Comisión se inclina por crear una sociedad comercial de derecho europeo, lo que permitirá resolver entre otros el problema de la fusión internacional de sociedades, y en 1970 se presenta una primera propuesta de Reglamento de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, como sociedad de segundo grado, constituida por fusión de sociedades, creación de una sociedad holding o filial común entre sociedades de distintos Estados. La propuesta fue objeto de un bloqueo permanente por sus disposiciones sobre la participación de los trabajadores.

Mientras tanto y con objeto de favorecer la armonización de las legislaciones nacionales sobre procesos de fusión de sociedades, el 9 de octubre de 1978 se aprueba la Directiva 78/855/CEE de Fusión de Sociedades Anónimas, conocida como Tercera Directiva. Esta directiva regula el proceso de fusión de sociedades anónimas del mismo Estado, pero la normativa se fue incorporando a las legislaciones nacionales de los distintos Estados, por lo que se avanzó en el proceso de armonización de las legislaciones. No obstante, muchas diferencias perduraron debido a las concesiones que la directiva hace a las legislaciones nacionales. Además la directiva solo era aplicable a un tipo de sociedad, la anónima, con lo que las diferencias existentes en relación con otros tipos sociales como la sociedad de responsabilidad limitada o la sociedad cooperativa, se mantenían.

La aprobación de la Tercera Directiva y su incorporación a los derechos europeos animó la presentación de una propuesta de Directiva sobre fusiones transfronterizas publicada en 1985 (85/C23/08). Esta propuesta tampoco prosperó por su excesivo reenvío a la Tercera Directiva y a las legislaciones nacionales y porque no resolvía la implicación de los trabajadores en el proceso de fusión ni el régimen fiscal aplicable al mismo.

Mientras tanto, la construcción de un derecho europeo de sociedades sigue adelante ofreciendo nuevos instrumentos de colaboración a las empresas, como la **Agrupación**



**Europea de Interés Económico** aprobada por Reglamento (CEE) nº 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985.

La AEIE se presenta como un marco jurídico idóneo que permitirá a las personas físicas, sociedades y demás entes jurídicos cooperar efectivamente más allá de sus fronteras.

La finalidad de la agrupación es 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. Su actividad debe vincularse con la actividad económica de sus miembros y sólo puede tener un carácter auxiliar con respecto a ésta, por lo que no puede ejercer, directa o indirectamente, el poder de dirección o de control de las actividades propias de sus miembros o de las actividades de otra empresa; ni poseer, directa o indirectamente, ninguna participación o acción en una empresa miembro ni en otra empresa, salvo que, en este último caso sea como medida necesaria para alcanzar el objetivo de la agrupación y tenga lugar por cuenta de sus miembros (art. 3).

Este instrumento se presenta como abierto a toda persona que considere que con la agrupación mejorará su actividad y sus resultados económicos. Pueden ser miembros de una agrupación, las sociedades en sentido amplio, y por tanto también las cooperativas; así como los demás entes jurídicos de derecho público o privado, constituidos conforme a la legislación de un Estado miembro, que tengan su sede estatutaria o legal y su administración central en la Comunidad; y las personas físicas que ejerzan una actividad industrial, comercial, artesanal, agrícola, de profesión liberal o de otros servicios en la Comunidad.

Para constituir una AEIE será preciso al menos dos sociedades u otros entes jurídicos, dos personas físicas o una sociedad o ente jurídico y una persona física.

La AEIE ofrece muchas posibilidades de actuación a las cooperativas, sobre todo a las cooperativas de servicios profesionales y empresariales con quienes guarda algunas similitudes. Los miembros de la agrupación son empresarios y profesionales que se agrupan con el fin de mejorar su actividad o el rendimiento de la misma. Cada miembro tiene un voto salvo que el contrato de agrupación prevea la pluralidad del mismo, en cuyo caso, el voto de un miembro no puede ser mayoritario. El miembro de la agrupación podrá cesar en cualquier momento de la misma por justa causa, y podrá ser excluido por incumplimiento de sus obligaciones y por aquellas otras razones previstas

en el contrato de agrupación. Los resultados económicos de la actividad de la agrupación se repercuten entre sus miembros, tanto si son positivos (beneficios) como negativos (pérdidas), en la proporción prevista en el contrato, y en su defecto, a partes iguales.

Por el contrario, la agrupación es una entidad cerrada, para ingresar en la misma sea por solicitud o por transmisión de una participación, se requiere acuerdo unánime de los demás miembros. No requiere de un capital mínimo, ni si quiera de un capital, ya que sus miembros responden de las pérdidas y de las deudas de la agrupación, de forma solidaria e indefinida. En caso de cese del miembro o de liquidación de la agrupación, se calcula el valor de los derechos del miembro a rembolsar, teniendo en cuenta el patrimonio de la agrupación en ese momento. La agrupación no puede recurrir públicamente al mercado de capitales para financiarse, ni es sujeto de tributación por sus resultados, que se imputan directamente a sus miembros.

Si la AEIE está domiciliada en España tendrá personalidad jurídica, se constituirá por escritura pública o documento privado con firmas legitimadas notarialmente y se inscribirá en el Registro Mercantil<sup>11</sup>. Cuando el Reglamento 2137/1985 remita a la legislación interna le será de aplicación la Ley 12/1991 de 29 de abril por la que se regula la Agrupación de Interés Económico (BOE nº 103 de 30 de abril).

El Consejo Europeo celebrado en Bruselas en 1987 animó a las instituciones a progresar en la creación de una sociedad de derecho europeo. En este nuevo impulso, la Comisión europea va a adoptar importantes resoluciones, por una parte, analiza en su Memorandum de 1988 los principales problemas que plantea la creación de una sociedad de derecho europeo y resuelve deslindar la problemática laboral de la configuración societaria, presentando el 25 de agosto de 1989 una propuesta de Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad Europea, y una propuesta de Directiva que completa el anterior en lo concerniente a la posición de los trabajadores; pero al condicionar la aprobación del Estatuto a la aprobación de la Directiva, tampoco resuelve el problema, ya que no existe consenso sobre ésta.

La presentación de ambas propuestas motivó la Comunicación de la Comisión al Consejo de 18 de diciembre de 1989 sobre “Las empresas de la economía social y la

<sup>11</sup> Según establece el art. 22 de la Ley 12/1991 de 29 de abril que regula la Agrupación de Interés Económico en España.

realización del mercado europeo sin fronteras” donde se abandona la idea de la armonización de la legislación cooperativa, a favor de la creación de un estatuto europeo de fusión y de holding de empresas de economía social (cooperativa, mutua y asociación), similar al propuesto para la sociedad anónima europea ese año.

Se llega a esta conclusión después de analizar las posibilidades que ofrece a las cooperativas el empleo de los otros instrumentos comunitarios que permiten la agrupación en el espacio europeo como es la Agrupación Europea de Interés Económico y la Sociedad Anónima Europea. Ese análisis refleja, por una parte, la insuficiencia de esos instrumentos para las cooperativas: la AEIE no puede dirigir o controlar la actividad de sus socios ni sustituirla, exige responsabilidad ilimitada y solidaria de éstos o tiene prohibida la solicitud pública de financiación. La SAE por su parte, sólo podría ser usada por las cooperativas en la creación de una filial común y supondría la pérdida de los rasgos específicos de las cooperativas: primacía del individuo sobre el capital, voto por persona, o indivisibilidad de las reservas<sup>12</sup>. Por otra parte, la constatación de esa insuficiencia, genera la necesidad de crear un instrumento jurídico apropiado para las cooperativas y las demás formas jurídicas de la economía social, que les permita mejorar sus colaboraciones internacionales y mejorar su integración económica en la Comunidad europea.

Con este objetivo se presentó el 6 de marzo de 1992 la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, que fue posteriormente modificada el 6 de julio de 1993; y que, como en el caso de la sociedad anónima europea, se acompaña de una propuesta de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta al cometido de los trabajadores.

La dificultad de consensuar el régimen aplicable a la participación de los trabajadores contemplado en la propuesta de Directiva impedía también la aprobación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.

El Memorandum de 1988 también analiza las ventajas e inconvenientes del proseguimiento de la armonización del derecho de sociedades y concluye animando a continuar el proceso de armonización. Uno de sus logros más destacados en estos

<sup>12</sup> Dictamen de 19 de septiembre de 1990 del Comité económico y social, publicado en DOCE nº C 332, de 31 de diciembre de 1990 p. 81.

momentos fue la aprobación de la Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, cuyo objeto es establecer un régimen de neutralidad fiscal aplicable a las rentas generadas con ocasión de esas operaciones de reestructuración empresarial para favorecer las mismas.

El problema sobre la participación de los trabajadores en las sociedades europeas y en los procesos de fusión transnacional inicia su resolución con la Comunicación de la Comisión al Consejo en materia de información y consulta a los trabajadores de 1995 y el informe elaborado por el grupo de expertos presidido por Davignon y publicado en 1997. El régimen de participación de los trabajadores propuesto por éstos fue consensuado y ratificado en el Consejo Europeo de Niza en diciembre de 2000.

Superados estos obstáculos, no tardó en ser aprobado el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (Reglamento 2157/2001, de 8 de octubre) y su Directiva sobre implicación de los trabajadores (Directiva 2001/86/CE); el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (Reglamento 1435/2003, de 22 de julio de 2003) y su Directiva sobre implicación de los trabajadores (Directiva 2003/72/CE); y la Directiva 2005/56/CE de 26 de octubre de 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

La Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal común también se ha modificado por la Directiva 2005/19/CE del Consejo de 17 de febrero de 2005 con el fin de ampliar su ámbito de aplicación a la Sociedad Anónima Europea y a la Sociedad Cooperativa Europea, y determinar las consecuencias tributarias derivadas del cambio de domicilio social de estas.

**La Sociedad Anónima Europea (SE)** solo puede ser constituida conforme a cuatro procedimientos establecidos en el Reglamento, y que no están al alcance de cualquier tipo de sociedad.

En primer lugar puede constituirse una SE mediante la fusión de sociedades anónimas (art. 2. 1); puede constituirse una SE holding por sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada (art. 2. 2); una sociedad anónima constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro podrá transformarse en una SE siempre que haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado

miembro durante al menos dos años (art. 2.4); y por último “las sociedades a que se refiere el párrafo 2º del artículo 48 del Tratado” podrán constituir una SE filial.

Este último supuesto es el que puede estar al alcance de las cooperativas ya que el concepto de sociedad empleado es amplio y comprende también a las cooperativas<sup>13</sup>. Según el art. 2. 3º del Reglamento de la SE por tanto, las cooperativas así como otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, podrán constituir una SE filial suscribiendo sus acciones, siempre que al menos dos de ellas:

- a) estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros, o
- b) tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes.

Será de aplicación a las sociedades, cooperativas u otras entidades jurídicas que participen en la operación, las disposiciones de Derecho nacional que regulen su participación en la constitución de una filial en forma de sociedad anónima (art. 36). La Ley de Cooperativas 27/1999 prevé que las cooperativas de cualquier tipo y clase podrán constituir sociedades, agrupaciones, consorcios y uniones entre sí, o con otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, y formalizar convenios o acuerdos, para el mejor cumplimiento de su objeto social y para la defensa de sus intereses (art. 79. 1º).

La SE deberá constituirse con un capital suscrito no inferior a 120.000 euros y fijará su domicilio social dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. La SE, aun estando constituida por cooperativas, tendrá necesariamente la forma jurídica de sociedad anónima, y por tanto, sus rasgos de identidad, como es, la libre transmisibilidad de sus acciones, el voto proporcional al capital o el derecho del socio a los beneficios generados en su actividad económica, bien como distribución de dividendos, o como distribución del haber social a su liquidación. Si la SE tiene su domicilio social en España, le será de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y más en particular su Capítulo XII (arts. 312 a 338)

---

<sup>13</sup> Según este precepto (ex art.58) “Por sociedades se entiende las sociedad 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 persiguen un fin lucrativo”.

que bajo el título de “De la sociedad anónima europea” fue introducido por la Ley 19/2005 de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España (BOE nº 273, de 15 de noviembre). En cuanto a la implicación de los trabajadores de estas SE domiciliadas en España, habrá que estar a la Ley que la regula, y que incorpora la Directiva 2001/86/CE a la legislación española<sup>14</sup>.

**La Sociedad Cooperativa Europea (SCE)** nace –como hemos visto- porque ni la AEIE ni la SE permiten satisfacer las necesidades específicas de las cooperativas, y en aras del principio de igualdad de condiciones de la competencia, también las cooperativas deben de disponer de instrumentos jurídicos adecuados que permitan facilitar el desarrollo de sus actividades transfronterizas<sup>15</sup>.

La SCE va a permitir que cooperativas de Estados diferentes cooperen entre sí como si estuviéramos ante una cooperativa de segundo grado que, en lugar de regirse por el derecho nacional del Estado donde esté domiciliada, se regirá por un derecho europeo, aunque con constantes remisiones a la legislación nacional aplicable en su domicilio social.

Pero la SCE no sólo permite constituir cooperativas de segundo grado sino que puede cumplir diversas funciones.

Así, el art. 1. 3º del Reglamento 1435/2003 establece que la SCE, tendrá por objeto principal (y no necesariamente exclusivo) la satisfacción de las necesidades y el fomento de las actividades económicas de sus socios. Estas necesidades y aspiraciones económicas pueden ser satisfechas de formas diversas: mediante la participación de los socios en la actividad económica que ejerza la SCE o que ésta haga ejercer; o bien, a través de su participación en otras SCE o cooperativas nacionales. Se deduce de este complejo precepto que la función de la SCE puede ser tanto la realización de una actividad económica por cuenta propia, por sí misma o a través de una filial, como la coordinación de la actividad realizada por otras entidades cooperativas o sociedades

---

<sup>14</sup> En estos momentos se encuentra en fase de aprobación el Proyecto de Ley sobre Implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas, publicado el 25 de noviembre de 2005 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A nº 59-1

<sup>15</sup> El legislador comunitario recuerda en los Considerandos del Reglamento 1435/2003, la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 88ª sesión plenaria, el 19 de diciembre de 2001, en la que insta a todos los Estados a asegurar un entorno propicio en que las cooperativas puedan participar en igualdad de condiciones con otras formas de empresa.

cooperativas europeas, e incluso, la dirección de la actividad a desarrollar por otra entidad.

La SCE puede constituirse, como la SE, por fusión de cooperativas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, si al menos dos de ellas están reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros; y por transformación de una sociedad cooperativa constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, siempre que haya tenido un establecimiento o una filial regulada en el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años.

Pero además puede constituirse una SCE *ex novo*, de primer o segundo grado, según sus socios sean cooperativas o no. Podrán constituir *ex novo* una SCE tanto las personas físicas como las sociedades en sentido amplio y otras entidades jurídicas de Derecho público o privado. Se requiere al menos la concurrencia de cinco personas físicas que residan en al menos dos Estados miembros; y/o dos sociedades o entidades jurídicas reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros.

La SCE va a permitir la integración de cooperativas mediante su fusión, la constitución de cooperativas europeas de segundo grado y la constitución de cooperativas europeas de primer grado formadas por socios de cualquier naturaleza.

La SCE requiere para su constitución de un capital suscrito no inferior a 30.000 euros y que su domicilio social esté situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central.

Si la SCE se constituye con domicilio social en España, se registrará además de por el Reglamento 1435/2003 y por las disposiciones de sus estatutos, conforme al art. 8, por la Ley que regule la SCE domiciliada en España y por la legislación aplicable en España a las sociedades cooperativas. Además hay que tener en cuenta que el Reglamento realiza numerosas remisiones a la regulación estatal en materia de sociedades anónimas, que en nuestro caso se concreta en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Esas remisiones son en materias como las siguientes: Designación de expertos y valoración de aportaciones no dinerarias; control preventivo en sede de fundación; datos a figurar en su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas; registro competente para la inscripción de la SCE, la publicidad de sus actos y datos, adquisición de personalidad jurídica; régimen de las sucursales; reglas en materia de fusión; cuentas anuales; auditoría de cuentas; o reglas de denominación del capital. Alfonso

Este sistema de prelación de fuentes plantea diversos problemas:

En primer lugar las constantes remisiones a la legislación nacional sobre cooperativas. El Estatuto de la SE justifica las remisiones que realiza a la legislación sobre sociedades anónimas del Estado miembro, porque esta es una legislación muy armonizada ya en los distintos Estados (Considerando nº 9). La legislación cooperativa no ha sido objeto en ningún momento de armonización ni está en estos momentos en la voluntad del legislador europeo<sup>17</sup>, por lo que las remisiones realizadas no son a un régimen más o menos equiparable sino muy diferente.

En segundo lugar las remisiones a la legislación sobre sociedades anónimas no se justifica en muchos casos dadas las importantes diferencias que las separan<sup>18</sup>.

Por último, y como problema específico del ordenamiento jurídico español, hay que citar la determinación de la legislación cooperativa “nacional” aplicable a la SCE. Para el Reglamento, será la legislación cooperativa aplicable en el domicilio social la que deba aplicarse supletoriamente a la SCE. En España, la regulación de la cooperativa es una competencia que ha sido asumida en exclusiva por las Comunidades Autónomas, aunque el Estado conserva también ciertas competencias al respecto. La propuesta de Reglamento de SCE de 1993 contemplaba una norma según la cual cada unidad territorial con ley propia era considerada con un Estado a efectos de la ley aplicable. La norma desaparece en el texto finalmente aprobado, pero la solución parece que tendrá que ser la misma, de forma que a la SCE domiciliada en España le será de aplicación supletoria la legislación cooperativa que corresponda por razón de su domicilio social, y cuando en dicho domicilio la Comunidad Autónoma no haya aprobado una ley de cooperativas, será de aplicación la Ley estatal de 1999<sup>19</sup>.

El último instrumento creado por el Derecho europeo para hacer posible la cooperación y el reagrupamiento de sociedades pertenecientes a diferentes Estados

---

Sánchez, Rosalía en “La Sociedad Cooperativa Europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo” en Noticias de la Unión Europea nº 252 de enero de 2006 pag. 23.

<sup>17</sup> Así lo expone la Comisión en la Comunicación sobre Promoción de las Cooperativas en Europa de 23 de febrero de 2004.

<sup>18</sup> Crítica con esta “capitalización” de las personas jurídicas, es la postura de Ana Lambea en “La Sociedad Cooperativa Europea: El Reglamento 1435/2003 de 22 de julio”. Rev. Dcho. Priv. 2004 pag. 214.

<sup>19</sup> Véase en este sentido Alfonso Sánchez, Rosalía. Op, cit, págs. 29-30.



miembros de la Unión Europea es, la **Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas**. A diferencia de la propuesta de Directiva sobre fusiones transfronterizas publicada en 1985 y que sólo contemplaba la fusión de sociedades anónimas, la Directiva de 2005 amplía su ámbito de aplicación a las llamadas “sociedades de capital”, entendiéndose por éstas no sólo a la sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad comanditaria por acciones, como cabría esperar, sino también, a “cualquier otra sociedad con capital social que goce de personalidad jurídica, que posea un patrimonio separado que responda por sí solo de las deudas de la sociedad y sujeta por su legislación nacional a condiciones de garantías tales como las previstas por la Directiva 68/151/CEE para proteger los intereses de socios y terceros”(art. 2, 1º b). Esta definición tan amplia de sociedad de capital alcanza también a las cooperativas. No obstante, el art. 3.2º de la Directiva permite que los Estados miembros decidan que la Directiva no se aplique a las fusiones transfronterizas en las que participe una sociedad cooperativa, incluso cuando ésta se vea cubierta por la definición de “sociedad de capital”.

En cualquier caso, las fusiones transfronterizas sólo podrán efectuarse entre tipos de sociedades, que tengan derecho a fusionarse con arreglo a la legislación nacional de los Estados miembros de que se trate (art. 4. 1º. a). La Ley de cooperativas española 27/1999 contempla la fusión de sociedades cooperativas en una nueva y la absorción de una o más por otra cooperativa ya existente (art. 63 y ss); y denomina fusión especial, la fusión de cooperativas con sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase, que será posible “siempre que no exista una norma legal que lo prohíba”.

La Directiva 2005/56 a pesar de haber ampliado su ámbito de aplicación más allá de las sociedades anónimas sigue inspirada en el proceso de fusión contemplado en la Tercera Directiva sobre fusiones nacionales de sociedades anónimas. Sus normas, pensadas para la fusión de sociedades anónimas, no se adaptan a las peculiaridades propias de la fusión de cooperativas, ni siquiera a las fusiones especiales.

Las fusiones en las que participa alguna cooperativa tienen peculiaridades que el legislador debe contemplar:

- a) En primer lugar, si parte de su patrimonio es irrepartible (fondo de reserva obligatoria, fondo de educación y promoción), no podrá burlarse esta limitación a través de la fusión de la cooperativa, salvo que el destino de dicho patrimonio sea para fondos de igual naturaleza en otra cooperativa. En los supuestos de

fusión especial, la Ley 27/1999 exige que se de a estos fondos el destino previsto para el caso de liquidación de la cooperativa (art. 67).

- b) El proceso de fusión transfronteriza entrañará sin duda un traslado del domicilio social de la empresa al extranjero para las sociedades extinguidas. Esta consecuencia permite reconocer algún derecho en protección de los socios minoritarios que votaron en contra del acuerdo, como puede ser el derecho de separación de la sociedad. En las cooperativas, no tiene justificación reconocer el derecho del socio a causar baja, cuando es un derecho que tiene en todo momento por el mero hecho de ser socio, sin perjuicio de que dicha baja pueda considerarse justificada o no y pueda penalizarse de algún modo la decisión del socio.
- c) En los procesos de fusión de sociedades, los socios se integran en la nueva sociedad o en la absorbente, al recibir acciones o participaciones en el capital social de éstas. La mera titularidad del capital les convierte en socios. En la cooperativa en cambio, la condición de socio no se adquiere por la mera tenencia de su capital sino fundamentalmente, por participar en la actividad económica de la cooperativa, como consumidores o usuarios o prestadores de bienes o servicios.

La Directiva 2005/56 no permitiría regular adecuadamente un proceso de fusión en el que participase una cooperativa. Entre sus normas contempla la necesidad de transferir la totalidad del patrimonio de las sociedades a fusionar (art. 2.2º). Esta norma sólo podría cumplirse si la fusión es entre cooperativas y la resultante de la fusión es también cooperativa. Por otra parte, exige que se determine en el proyecto de fusión la fecha a partir de la cual los títulos o participaciones representativos del capital darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho (art. 5.e). Una peculiaridad de las cooperativas –derivada del principio de participación económica del socio- es que el capital social no da derecho a participar en los beneficios, sino que, si se retribuye ha de ser de forma limitada; siendo por el contrario la participación del socio en la actividad económica de la cooperativa la que sí da derecho a participar en los beneficios.