

La empresa social ¿una empresa sin ánimo de lucro?

M. Igone Altzelai Uliondo

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)¹

Sumario: 1. Introducción.—2. La empresa social en el derecho comunitario. 2.1. El modelo comunitario. 2.2. Avances para un marco jurídico de la empresa social. 2.3. ¿Una empresa sin ánimo de lucro? 3. Las entidades de la economía social en el Derecho español. 3.1. Entidad de la economía social vs. empresa social. 3.2. Rasgos categóricos vs. principios orientadores.—4. Conclusiones.

The meaning of ‘social enterprise’
potentially covers everything.

Harding, R.²

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años asistimos a una mayor preocupación por los temas sociales y a una mayor presencia de la economía social en la agenda política, en el ámbito académico y en la sociedad, en general. Crece el interés por los nuevos conceptos asociados a ella, como es el caso de la empresa social, y por los movimientos que relacionan el ámbito público, el mercado y el ánimo de lucro³. Son numerosas las políticas públicas que se desarrollan a nivel eu-

¹ El presente trabajo se enmarca en el ámbito del proyecto de investigación titulado «Organizaciones internacionales, Estados y empresas en una sociedad globalizada: nuevos retos para la protección de los derechos humanos» (PPGA 19/41), financiado por la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) del que es investigador principal Juan José Álvarez Rubio, Catedrático de Derecho Internacional Privado.

² HARDING, R. «Social enterprise: The New Economic Engine?», *Business Strategy Review* 15(4), 2004, pp. 39-43.

³ Así se expresa en el último estudio *Evolución reciente de la economía social en la Unión Europea*, del Comité Social y Económico Europeo, elaborado por CIRIEC-International (Centre International de Recherches et d'Information sur l'Économie Publique, Sociale et Coopérative) bajo la dirección de José Luis MONZÓN y Rafael CHAVES, CES/CSS/12/2016/23406.

ropeo y nacional para potenciar este sector y numerosos también los estudios e investigaciones al respecto. En los círculos políticos se ha llegado incluso a considerarla como un factor clave para avanzar en el desarrollo económico y social. Así se desprende, por ejemplo, de las conclusiones del Consejo de la Unión Europea de diciembre de 2015, cumbre monográfica sobre esta materia⁴. Ciertamente, son innumerables las ocasiones en que las instituciones comunitarias conciben la economía social como motor esencial de desarrollo⁵, como un actor relevante y transversal que contribuye a alcanzar los objetivos de sus políticas⁶. A ello hay que sumar su dimensión exterior a nivel global, como se refleja en la Agenda Post 2015 de la UE y en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible de la ONU⁷.

Sin embargo, son conscientes de algunas dificultades reales como la falta de un entorno regulatorio adecuado, tanto a nivel europeo como a nivel interno en los Estados de la Unión, lo cual, a su juicio, impide que dicho sector desarrolle todo su potencial y maximice su impacto. Por ello resulta esperanzador el anuncio de la Comisión Europea (en diciembre de 2019) de poner en marcha un Plan de Acción para potenciar la economía social, calificado como hito histórico, fruto de la colaboración en los últimos años de agentes del sector de la economía social, el Parlamento Europeo (su Intergrupo *Social Economy*), el Consejo de la Unión Europea y el Comité Económico y Social Europeo, entre otros⁸.

⁴ Vid. las Conclusiones del Consejo EPSCO de la Unión Europea, en su sesión n.º 3434, celebrada el 7 de diciembre de 2015, SOC 711/EML 464.

⁵ MONZÓN y CHAVES, «Evolución reciente...», *op. cit.*, p. 10-12. Asimismo, cabe destacar que la *Iniciativa sobre las empresas emergentes y en expansión* (COM(2016) 733 final de 22.11.2016) contempla un apartado específico para la economía social y que sobre ella la Comisión Europea adoptó un conjunto de medidas en cinco ámbitos prioritarios: acceso a la financiación; acceso a los mercados; mejorar sus marcos legales y normativos; innovación social, tecnologías y nuevas formas de empresa y dimensión internacional.

⁶ Reconocen, asimismo, la importante función que pueden desempeñar las empresas de la economía social en el desarrollo de la economía circular que califican de «contribución esencial», *vid.* la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular*, COM(2015) 614 final, Bruselas 2 de diciembre de 2015.

⁷ CESE, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La dimensión exterior de la economía social», *DOUE C* 345 de 13.10.2017, pp. 58-66.

⁸ SOCIAL ECONOMY EUROPE, *El futuro de las políticas europeas para la Economía Social: Hacia un Plan de Acción*, Bruselas 2018, en: www.socialeconomy.org. Este documento de política incluye 20 medidas políticas y 64 acciones estructuradas en 7 pilares. El año anterior, en mayo de 2017, los Gobiernos de Bulgaria, Chipre, Eslovenia, España, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Portugal, Rumanía y Suecia adoptaron la *Declaración de Madrid: La Economía Social, un modelo de empresa para el futuro de la Unión Europea*, reclamando a la Comisión un Plan de Acción europeo financiado adecuadamente, que promueva las empresas de la economía social en Europa y fomente la innovación social. *Madrid Declaration, The social economy, a business model for the future of the European Union*, 2017.

En el plano estatal, la *Estrategia Española de Economía Social 2017-2020*⁹ prevé seguir la senda marcada por las instancias comunitarias, por lo que comparte sus mismas premisas. Afirma que responde a la necesidad de tener en cuenta y promover las particularidades de las empresas de la economía social en el mercado único, con el objetivo de impulsar el desarrollo de estas empresas en el marco de las políticas de la Unión Europea. Habida cuenta de las características que presenta el tejido empresarial español, considera la economía social como un elemento esencial para la recuperación económica, para la creación de empleo y la cohesión social. Por ello pretende impulsar sus valores y aumentar su proyección.

En este contexto abordamos este trabajo dedicado a la empresa social. En un escenario caracterizado por una idea arraigada de que la economía social es un sector reservado a las entidades sin ánimo de lucro o a determinadas organizaciones (como cooperativas, mutualidades, asociaciones o fundaciones); una realidad social y económica que engloba a diversidad de empresas y organizaciones de todos los tamaños y sectores de actividad y un amplísimo elenco de medidas, iniciativas e inversiones dirigidas a ellas¹⁰, resulta imprescindible en primer lugar conocer e identificar las empresas susceptibles de ser sus destinatarias. Nuestro objetivo es el de analizar su configuración jurídica, con el fin de formular propuestas y contribuir a solventar los problemas de su fragmentada regulación¹¹. En esta labor conferimos especial atención al ánimo de lucro¹², por su función destacada en la identificación de las empresas sociales y su distinción frente a aquéllas otras cuyo compromiso con la sociedad se circunscribe al ámbito de la responsabilidad social¹³,

⁹ Fue aprobada por acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017 y publicada en el BOE Núm. 69 de 20 de marzo de 2018.

¹⁰ A modo de ejemplo, en el ámbito comunitario cabe mencionar: COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión, incluida la cohesión del Fondo Social Europeo 2014-2020, Bruselas, 20.2.2013, COM(2013) 83 final y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE, EURATOM) N.º 1311/2013 del Consejo, de 2 de diciembre de 2013, por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2014-2020, DOUE L 347, DE 20.12.13.

¹¹ Al respecto *vid.*, entre otros, los estudios desde perspectivas diferentes de FAJARDO GARCÍA, G.I., «La identificación de las empresas de economía social en España. Problemática jurídica», *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, 128, 2018, pp. 99-126 y de EMBID IRUJO, J.M., «El relieve del Derecho de Sociedades para la ordenación jurídica de las empresas de la economía social», *Cuadernos de Derecho y Comercio* 71, 2019, pp. 15-48.

¹² Asimismo, esta atención especial sobre el ánimo de lucro sirve de guiño hacia el Profesor Eizaguirre en este Libro Homenaje, por tratarse de un tema que, si bien fundamentalmente referido al ámbito del derecho de sociedades, le acompañó a lo largo de toda su vida.

¹³ Sobre las distintas fórmulas y niveles de generar contribución a la sociedad por parte de las empresas, *vid.* ALTZELAI ULIONDO, M.I. «Compromiso social de la empresa y mercado», *CIRIEC-España, Revista Jurídica* 30, 2017, pp. 9-45.

ámbito en el que son muchas las fórmulas que han ido surgiendo alrededor de los llamados negocios éticos¹⁴.

Ello nos obliga a tomar como referencia básica el enfoque comunitario en el que se están realizando importantes avances, por lo que la adecuación a sus postulados resulta ineludible, si queremos que la normativa española pueda ser eficiente y no presente asimetrías que la vuelvan obsoleta.

2. LA EMPRESA SOCIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO

Las empresas sociales presentan diversidad de tamaños, modos de organización y formas jurídicas en los países de la Unión Europea¹⁵ y desde hace tiempo sus instituciones vienen realizando esfuerzos por consensuar una definición armonizada. Como resultado, cabe afirmar que durante años ha ido forjándose un enfoque europeo que conecta con el sector no lucrativo¹⁶, sobre la cual se ha instituido una referencia básica. Ésta ya está empezando a recibir tratamiento normativo, por lo que podríamos hablar de la existencia de una incipiente noción jurídica de empresa social en la Unión Europea.

2.1. El modelo comunitario

La referencia básica para la definición de la empresa social a la que nos referimos (*social business, social enterprise*) se sitúa en la *Iniciativa a favor del emprendimiento social* de la Comisión Europea (2011) (en adelante, *Iniciativa*)¹⁷. En ella se define la identidad común de estas empresas mediante la suma de tres cualidades básicas. Se consideran como tales aquellas empresas

- a) para las cuales objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social;

¹⁴ Una de las últimas tendencias es la de las *Empresas B (B Corporations)*. Se trata de un movimiento global nacido en 2006 en los Estados Unidos que certifica aquellas empresas que tienen por objeto la mejora de la sociedad. En: <https://bcorporation.eu/about-b-lab/country-partner/spain>

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA, *A map of social enterprises and their eco-systems in Europe*, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Bruselas, 2015.

¹⁶ CHAVES ÁVILA, R. y MONZÓN CAMPOS, J.L. «Economía social y sector no lucrativo», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* 37, 2001, p. 11, y ARGUDO PÉREZ, J.L. «Tercer Sector y Economía Social. Marco Teórico y situación actual», *Acciones e Investigaciones Sociales* 15, 2002, p. 248.

¹⁷ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Iniciativa a favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales*, Bruselas, 25.10.2011, COM(2011) 682 final, p. 4. En la *Iniciativa* se indica que, a los efectos de la misma, los términos ingleses *social business* y *social enterprise* corresponden al concepto de «empresa social».

- b) cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social;
- c) y cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión.

Sobre estos tres fundamentos —objetivo social, reinversión de los beneficios y gobernanza— se construye el modelo europeo de empresa social¹⁸. Se trata de una fórmula que elude cualquier referencia a la forma jurídica de la empresa. Ante un panorama absolutamente heterogéneo de tipos y figuras en los diferentes Estados miembros, la Comisión Europea opta así por evitar cualquier consideración de los aspectos formales, ya que resultaría tremendamente complicado y problemático. En su lugar, prefiere articular una vía que pueda ser capaz de aprehender la realidad de esa fenomenología tan diversa. Para ello focaliza la atención sobre los caracteres que considera comunes a todos los tipos de empresas sociales¹⁹. Identifica unos mínimos rasgos comunes que sean exigidos a las empresas para su calificación como sociales.

Si bien la definición de la *Iniciativa* no tiene carácter normativo por tratarse de una comunicación de la Comisión Europea, se presenta como una definición armonizada y con proyección de futuro. La Comisión puntualiza que solamente se daría el paso de adoptar una definición más precisa y terminante en caso de que se viera esa necesidad, por ejemplo, para delimitar con precisión el ámbito de aplicación de algún reglamento²⁰. Pues bien, esas precisiones ya se han producido.

¹⁸ ENCISO, M.; GÓMEZ URQUIJO, M. y MUGARRA, A., «La iniciativa comunitaria a favor del emprendimiento social y su vinculación con la economía social: una aproximación a su delimitación conceptual», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* 75, 2012, pp. 63-84.

¹⁹ Conviene señalar que este modelo de definición no constituye un patrón nuevo, sino que acoge un sistema ya probado. En 2002, el Gobierno Británico puso en marcha *Social Enterprise: a strategy for success*, una estrategia para el impulso de la empresa social configurada sobre la exigencia de dos requisitos básicos: 1) tener unos objetivos de carácter social y 2) que los beneficios sean en su mayor parte reinvertidos en la empresa o en la sociedad. *Vid.* UK GOVERNMENT, *Social Enterprise: a strategy for success*, Department of Trade and Industry, London 2002, en: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dti.gov.uk/socialenterprise/strat_success.htm. Asimismo interesante: UK GOVERNMENT, *A Guide to Legal Forms for Social Enterprise*, Department for Business, Innovation & Skills, London 2011, en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31677/11-1400-guide-legal-forms-for-social-enterprise.pdf

²⁰ La *Iniciativa*, p. 4., cita como ejemplo la posible necesidad, en su caso, de delimitar con exactitud el ámbito de aplicación de las medidas reglamentarias de los incentivos para las empresas sociales.

El Reglamento (UE) 346/2013 sobre los fondos de emprendimiento social europeos²¹ constituye un primer hito. Se inscribe en el marco de la *Iniciativa* y está dirigido a los inversores que proporcionan financiación a las empresas sociales. Cada vez son más los interesados en este tipo de empresas y no únicamente en perseguir una rentabilidad financiera, por lo que ha ido emergiendo un mercado de fondos inversión de carácter social. A ellos está dedicado este reglamento, para el que es clave definir con claridad la noción de empresa social. Resulta imprescindible determinar con seguridad las empresas que se consideren admisibles de forma uniforme para el conjunto de la Unión Europea²², de modo que se garantice el buen funcionamiento del mercado interior y no sea obstaculizado por medidas divergentes de los Estados miembros. Al efecto, el Reglamento (UE) 346/2013 (art. 3.1.d) establece los caracteres que deben reunir las empresas susceptibles de ser objeto de financiación por parte de estos fondos de inversión²³, a las que denomina *empresas en cartera admisibles*. Estos caracteres, aunque están redactados con más detalle, coinciden con los de la *Iniciativa* al exigir que la empresa:

- a) tenga como objetivo primordial la consecución de un impacto social positivo y medible, de conformidad con su escritura de constitución, sus estatutos o cualquier otro reglamento o documento constitutivo de la empresa, siempre que ésta:
 - proporcione servicios o bienes a personas vulnerables, marginadas, desfavorecidas o excluidas,
 - emplee un método de producción de bienes o servicios que represente su objetivo social, o
 - proporcione ayuda financiera exclusivamente a las empresas sociales tal como se definen en los dos primeros guiones,
- b) utilice sus beneficios principalmente para la consecución de su objetivo social primordial, de conformidad con su escritura de constitución, sus estatutos o cualquier otro reglamento o documento constitutivo de la empresa. Estos reglamentos o documentos constitutivos habrán implantado procedimientos y normas predefinidos que regulen todas las circunstancias en las cuales se repartan beneficios a los accionistas y propietarios, garantizándose que dicho reparto de beneficios no socave su objetivo primordial, así como
- c) sea objeto de una gestión responsable y transparente, en especial involucrando a los empleados, los clientes y los interesados afectados por su actividad.

²¹ Reglamento (UE) 346/2013 del parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos, *DOUE* L 115, de 25.4.2013, pp. 18-38.

²² *Ibid.* Considerandos 2 y 3.

²³ *Ibid.* Considerando 12.

Un segundo hito se sitúa en otro reglamento del mismo año, en el Reglamento (UE) 1296/2013 para el empleo y la innovación social (EaSI)²⁴. De forma similar al anterior, aunque con algunos matices diferentes, define en su artículo 2 la empresa social como aquella que, independientemente de su forma jurídica, presenta las siguientes características:

- a) de conformidad con su escritura de constitución, sus estatutos o cualquier otro documento constitutivo de la empresa, tiene como objetivo primordial la consecución de impactos sociales mensurables y positivos en lugar de generar beneficios para sus propietarios, socios y accionistas, y que:
 - i) ofrece servicios o bienes con un elevado rendimiento social, y/o
 - ii) emplea un método de producción de bienes o servicios que represente su objetivo social;
- b) utiliza sus beneficios, en primer lugar, para la consecución de su objetivo primordial, y ha implantado procedimientos y normas predefinidos que regulan cualquier reparto de beneficios a los accionistas y propietarios, con el fin de garantizar que dicho reparto no vaya en detrimento de su objetivo primordial; y
- c) está gestionada de forma empresarial, transparente y sujeta a rendición de cuentas, en especial, fomentando la participación de los empleados, los clientes o los interesados afectados por su actividad empresarial.

Es evidente la trascendencia de estos reglamentos en el desarrollo de la definición de empresa social. Ambos caminan en la misma dirección, contribuyendo a consolidar la validez del modelo presentado en la *Iniciativa*. No obstante, la segunda definición es la que reviste especial relevancia ya que el Consejo de la Unión Europea de 2015, dedicado de forma monográfica a la promoción de la economía social como motor clave del desarrollo económico y social en Europa, señala en sus conclusiones que el concepto de empresa social ha de entenderse de igual manera que en el Reglamento (UE) 1296/2013 sobre el empleo y la innovación social²⁵. De hecho, el Reglamento (UE) 346/2013 fue reformado en 2017²⁶ incluyendo, entre otras modi-

²⁴ Reglamento (UE) N.º 1296/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, relativo a un Programa de la Unión Europea para el empleo y la innovación social («EaSI») y por el que se modifica la Decisión n.º 283/2010/UE, por la que se establece un instrumento europeo de microfinanciación para el empleo y la inclusión social, *DOUE* L 347 de 20.12.2013. El período de aplicación del programa es de 1.1.2014 a 31.12.2020.

²⁵ *Vid.* La Conclusión 8.

²⁶ Reglamento (UE) 2017/1991 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 345/2013 sobre los fondos de capital riesgo europeos y el Reglamento (UE) n.º 346/2013 sobre los fondos de emprendimiento social europeos. Sobre el tema, *vid.* PÉREZ CARRILLO, E.F. «Fondos de Capital Riesgo Europeos y Fondos de Emprendimiento Social Europeos. Reformas recientes y perspectivas de

ficaciones, una reformulación de la definición de empresa social adaptada a la citada norma. Ésta es, igualmente, la definición de referencia sobre la que se ha elaborado la propuesta de Estatuto para las empresas sociales y solidarias del Parlamento Europeo (2018)²⁷. Así pues, por el momento es la definición que se está consolidando en el ámbito comunitario.

El hecho de haber sido recogida en una norma jurídica de alcance general, obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicables en todos los Estados miembros de la Unión Europea, como es el reglamento comunitario, contribuye a dar un paso decisivo en la categorización jurídica de la empresa social. Puede afirmarse que de este modo, *de iure*, ha quedado positivizada la noción de empresa social para el conjunto de la Unión²⁸. Ello no implica necesariamente que los sistemas y los criterios definidores de las empresas sociales de los Estados miembros deban ser plenamente coincidentes, pero sí al menos compatibles con el modelo europeo. Éste se erige en patrón de referencia para todos ellos.

Este esquema configurador de la empresa social sobre la base de unos pocos caracteres fundamentales presenta ventajas interesantes para su implantación. Su carácter flexible constituye el aspecto positivo más destacable, ya que permite acoger en su seno diversidad de empresas, independientemente de su forma jurídica. De este modo, cualquier empresa, de cualquier tipo, puede llegar a recibir la calificación de empresa social siempre y cuando reúna unos pocos elementos básicos y así se verifique.

2.2. Avances para un marco jurídico de la empresa social

Las instituciones europeas siguen adelante en la configuración de un marco jurídico para las empresas sociales. Desde 2016 está en curso una iniciativa legislativa del Parlamento Europeo para la aprobación de un estatuto para las empresas sociales y solidarias²⁹, sobre la base del informe *A Euro-*

próximas modificaciones de su régimen jurídico en la Unión Europea», *Revista Española de Capital Riesgo* 5, 2017, pp. 51-68. Ha sido posteriormente modificado por el Reglamento (UE) 2019/1156 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se facilita la distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 345/2013, (UE) n.º 346/2013 y (UE) n.º 1286/2014.

²⁷ PARLAMENTO EUROPEO, P8_TA(2018)0317, Estatuto para las empresas sociales y solidarias. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2018, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un estatuto para las empresas sociales y solidarias (2016/2237 (INL)). La propuesta de estatuto alude al Reglamento (UE) 346/2013 a los efectos de establecimiento de las condiciones y requisitos de los fondos de emprendimiento social europeos.

²⁸ ALTZELAI ULIONDO, M.I. «Otro enfoque para las entidades de la economía social», *CIRIEC-España, Revista Jurídica* 28, 2016, p. 23.

²⁹ *Vid.* la Iniciativa del parlamento Europeo 2016/2237 (INI), así como la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de septiembre de 2015, sobre emprendimiento social e innova-

pean Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise (2017)³⁰. Pone de manifiesto las notables diferencias existentes en los modelos de legislación y definiciones nacionales. En algunos la empresa social se determina en virtud de la forma jurídica, según el tipo escogido para su constitución. Hay Estados que han creado figuras específicas y en otros se ha establecido el reconocimiento del carácter social para determinadas formas jurídicas. En cambio, también hay ordenamientos que optan por sistemas de calificación jurídica, siendo éstos los que están recabando mayor número de adeptos por las ventajas que presentan, especialmente por su flexibilidad. En esta línea, el informe sugiere la creación de una etiqueta de la Unión Europea para las empresas sociales. Entiende que ello podría proporcionarles mayor visibilidad, facilitarles oportunidades de acceso a la financiación y mejorar su movilidad dentro de la Unión.

Igualmente, en la evaluación del valor añadido europeo sobre un marco jurídico para las empresas sociales, publicado por el Servicio de Investigación del Parlamento Europeo (2017)³¹, se llega a la misma conclusión. Analizados los retos actuales, se recomienda un sistema de certificación de la UE (etiqueta, sello, label), como la mejor opción para conjugar seguridad jurídica y flexibilidad. Se subraya el valor añadido de contar con un sistema de certificación sólido y fiable, con una herramienta eficaz para reducir obstáculos técnicos a las actividades de estas empresas en la UE y facilitar el correcto funcionamiento de un mercado transparente.

Con estas premisas, el Parlamento Europeo aprobó en su Resolución, de 5 de julio de 2018, las recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un estatuto para las empresas sociales y solidarias³². Reconoce la diversidad de acepciones del término «empresa social» (vg. desde el punto de vista socio-

ción social en la lucha contra el desempleo (2014/2236 (INI)), *DOUE* C 316, de 22.9.2017, p. 224 ss.

³⁰ FICI, A. *A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise*, European Parliament, Bruselas, 2017, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>. Este informe fue realizado a instancias del Comité Europeo de asuntos jurídicos del Parlamento Europeo y supervisado y publicado por el Departamento de política para los derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. *Vid.* el comentario de MORENO SERRANO, E., «Informe de la Unión Europea sobre un estatuto para la empresa social», *Revista de Derecho de Sociedades* 51, 2017, pp. 373-375.

³¹ THIRION, E. *Statute for Social and Solidarity-Based Enterprises*, European Parliament. European Added Value Assessment. Accompanying the European Parliament's legislative own-initiative report (Rapporteur: Jiri Mastálka), European Parliament Research Service, Bruselas, 2017, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/611030/EPRS_STU%282017%29611030_EN.pdf

³² PARLAMENTO EUROPEO, P8_TA(2018)0317, Estatuto para las empresas sociales y solidarias. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2018, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un estatuto para las empresas sociales y solidarias (2016/2237 (INL)). *Vid.* asimismo, el Informe con la propuesta de resolución del Parlamento Europeo de 27.6.2018, A8-0231/2018.

lógico, jurídico, etc.) y las notables diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Por ello insiste en la necesidad de adoptar una definición y crear un marco jurídico a escala de la Unión Europea que pueda conjugar con los marcos nacionales y con la diversidad de formas jurídicas que de ello se derivan.

El Parlamento Europeo ha solicitado a la Comisión que presente las propuestas legislativas adecuadas para introducir una etiqueta europea de economía social para las empresas sociales y solidarias, *European Social Enterprise*, (ESE) con unos criterios y requisitos jurídicos claros para su obtención y conservación, sobre la base del modelo trazado en la *Iniciativa* y la definición de empresa social contenida en el Reglamento (UE) 1296/2013 (art. 2)³³. Entiende que una etiqueta así, reconocida en el conjunto de Estados miembros de la Unión, servirá para poner de relieve las características específicas de estas empresas y su impacto social, aumentar su visibilidad y estimular las inversiones. Estima que puede contribuir a facilitar el acceso a la financiación y al mercado único o a otros Estados miembros, respetando al mismo tiempo los diferentes marcos y formas jurídicas de los Estados.

2.3. ¿Una empresa sin ánimo de lucro?

Sin perjuicio de que cada uno de los elementos configuradores de la empresa social europea merezca, sin duda, una atención específica, dirigimos nuestra mirada al segundo de los elementos, que ocupa un espacio destacado en la propuesta del Parlamento Europeo. En el texto se repite expresamente que las empresas sociales y solidarias *no son necesariamente organizaciones sin ánimo de lucro*³⁴ pero, por otro lado, se insiste una y otra vez en recalcar la exigencia de que estas empresas destinen sus beneficios principalmente a la consecución de su objetivo social³⁵, lo cual parece a primera vista contradictorio.

Ciertamente, en la opinión pública existe la creencia de que las empresas sociales son entidades sin ánimo de lucro. Pero éste es un pensamiento general que precisa ser concretado y matizado en la esfera jurídica. En este ámbito, el *ánimo de lucro* se conecta con el *ánimo de repartir las ganancias* y no con el *ánimo de obtener ganancias* (*Profit Non-Distribution Constraint*)³⁶. Éste es el sentido en que se emplea esta noción por parte del

³³ *Ibid.* Considerandos K y L.

³⁴ *Ibid.* Considerandos M y AA.

³⁵ *Ibid.*, en la Resolución, los Considerandos K, L, M, T, AA, AB, AF y las Propuestas 14 y 15 y, en el Anexo, las Recomendaciones 1 (apdo. d) y 4.

³⁶ PAZ-AREZ, C. «El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas (reflexiones preliminares)» en: PÉREZ-DÍAZ, V. (Dir.) *La filantropía: tendencias y perspectivas*. Home-

Parlamento Europeo en la propuesta de Estatuto al admitir que «... *las empresas de la economía social y solidaria, que no necesariamente tienen que ser organizaciones sin ánimo de lucro, son empresas cuyo principal objetivo es la realización de su objetivo social, como crear empleo para colectivos vulnerables, prestar servicios a sus miembros o, más en general, causar un impacto social y medioambiental positivo, y que reinvierten sus beneficios principalmente para alcanzar esos objetivos...*» (Considerando M).

Obviamente, todas las empresas, sean sociales o no, operan en primer lugar con la intención de obtener beneficios, como mera cuestión de supervivencia. Pero, además, pueden tener ánimo de obtener ganancias para luego reinvertirlas en la consecución de sus fines sociales y no para destinarlas a su distribución entre los socios o miembros. Éste es, precisamente, el sentido de ese elemento básico que conforma la noción de empresa social en el enfoque europeo. La ausencia de ánimo de lucro se concibe como la ausencia (o la limitación) de reparto de los beneficios, lo que conduce a la necesaria reinversión en la consecución de sus fines sociales.

A este respecto, debe advertirse que, en los textos de la Unión Europea, las referencias a la no distribución de las ganancias o a su reinversión no se realizan en términos absolutos, sino que se siempre se utilizan fórmulas flexibles, con matizaciones. Así, en la *Iniciativa* se exige que los beneficios «*se reinvierten principalmente*» en la realización del objetivo social de la empresa. No dice «totalmente» ni «exclusivamente», lo cual deja la puerta abierta a la posibilidad de permitir un cierto nivel de reparto, en definitiva, un reparto de beneficios limitado³⁷.

De forma similar, el Reglamento (UE) 346/2013 sobre los fondos de emprendimiento social europeos admite que los beneficios de estas empresas «*se utilicen principalmente*» para la consecución de su objetivo social primordial. Exige que esto se haga de conformidad con sus estatutos, reglamento o documento constitutivo en el cual deben definirse los procedimientos, normas y circunstancias del reparto, garantizándose «*que no se socave ese objetivo*» social primordial. Ése es el límite para su admisibilidad en el marco de la empresa social.

naje a Rodrigo Uría Meruéndano, Fundación de Estudios Financieros y Fundación Uría, Madrid 2007, p. 150. Asimismo, *vid.* las referencias básicas en PAZ-ARES, C. «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)», en: AA.VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (Estudios en Homenaje al Prof. José Girón Tena)*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid 1991, p. 747.

³⁷ Así sucede igualmente en la citada iniciativa del gobierno británico, UK GOVERNMENT, *Social Enterprise: a strategy ...*, *Op. cit.* Dice textualmente: «*A social enterprise is a business with primarily social objectives whose surpluses are principally reinvested for that purpose in the business or in the community, rather than being driven by the need to maximise profit for shareholders and owners.*»

Finalmente, el Reglamento (UE) 1296/2013 para el empleo y la innovación social varía algo la redacción del criterio al establecer que los beneficios se utilicen «*en primer lugar, para la consecución de su objetivo primordial*». Utiliza la expresión «en primer lugar», no dice «principalmente», por lo que surge la duda de si se trata de una expresión equivalente o si con ello se ha querido flexibilizar este requisito, huyendo de expresiones que puedan tener connotaciones de carácter cuantitativo³⁸. En cualquier caso, exige que el reparto a los accionistas y propietarios sea conforme a los procedimientos y normas predefinidos y que se garantice «*que no va en detrimento de su objetivo primordial*». Aquí también cambian las palabras, pero el límite parece ser el mismo, el de no debilitar o perjudicar el objetivo social de la empresa, una condición que, francamente, se configura de una forma muy laxa.

Éste es un tema delicado y muy debatido. De hecho, en la definición que presentó la Comisión Europea para su discusión con ocasión de la *Iniciativa*, propuso un modelo de empresa social con ausencia total de reparto de beneficios³⁹, pero no prosperó. Ello se debe a que existe una aceptación generalizada hacia la admisión de un cierto nivel de distribución que sea limitada⁴⁰, subordinada a la consecución de objetivos de carácter social de la propia empresa o de la comunidad. Ahora bien, esta concepción se completa con la idea de que, en todo caso, debe exigirse a la empresa social que acredite la preferencia por la reinversión de los excedentes financieros en la consecución del objetivo de carácter social⁴¹.

³⁸ A este respecto cabe señalar la *Proposición de ley de apoyo a las actividades de los emprendedores sociales* presentada por el GRUPO PARLAMENTARIO CATALÁN el 10 de octubre de 2013. Planteaba la creación de un nuevo tipo societario, la Sociedad Limitada de Interés General (SLIG) y un marco fiscal con determinados beneficios, a condición de limitar la distribución de dividendos entre los socios, como máximo en el 30%. El 70% restante debería reinvertirse en actividades de carácter social que fueran objeto de la sociedad o aplicarlo a reservas. Evidentemente, estos límites deberían figurar en los estatutos de la sociedad. La Proposición fue fruto del trabajo de diversas instituciones, organizaciones, empresas, profesionales y expertos entre los que destaca UP-SOCIAL, *Propuesta para la legislación de los emprendimientos sociales y la promoción de la innovación social en España*, Versión 2.6, de 19 de junio, 2013. Sobre la citada proposición, ÁLVAREZ VEGA, I., «El reto del Derecho ante los nuevos modelos de emprendimiento. Especial referencia a la empresa social», *CIRIEC-España. Revista Jurídica* 33, 2018, pp. 24 ss.

³⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Workshop 'A European Ecosystem for Social Business'- Summary Report*, Bruselas 2011, p. 20, en: http://ec.europa.eu/internal_market/social_business/docs/conference/workshop_en.pdf

⁴⁰ BORZAGA, C. y DEFOURNY, J., *The Emergence of Social Enterprise*, Routledge, London 2001; DEES, J.G.; EMERSON, J. y ECONOMY, P., *Estreprising Nonprofits: A Toolkit for Social Entrepreneurs*, John Wiley & Sons, New York 2001 y BORNSTEIN, D. y DAVIS, S., *Social entrepreneurship. Whateveryone needs to know*, Oxford University Press, New York, 2010.

⁴¹ CESE, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Espíritu empresarial social y las empresas sociales», de 26 y 27 de octubre de 2011, *DOUE C* 24 de 28.1.2012, n. 1.3. y EMES, *Position Paper on The Social Business Initiative Communication*, p. 3,

Esta fórmula, flexible con el requisito de la reinversión de los beneficios que permite un reparto limitado o controlado, se presenta como la opción más eficiente, ya que responde a un planteamiento más práctico que teórico. A fin de garantizar la eficiencia del sistema previsto para la promoción y regulación de la empresa social, parece indispensable admitir un cierto nivel de distribución. De lo contrario, según algunos estudios⁴², surgirían en la práctica problemas y reticencias para la creación de este tipo de empresas. Entre las principales dificultades se señalan las relativas a las vías de financiación. Se estima que la prohibición total de distribuir beneficios cerraría la posibilidad de acudir a mercados financieros y también obstaculizaría el recurso a otras modalidades de financiación privada. En consecuencia, se advierte que podría generarse el riesgo de que el acceso a la financiación de estas empresas quedara únicamente en manos del crédito bancario. Otros problemas se refieren a los casos en que los propietarios de las empresas sociales fueran personas pobres. En esas situaciones, la prohibición del reparto carece de sentido, ya que con la distribución de beneficios a esas personas se contribuye, precisamente, a paliar un problema social.

Así pues, observar las circunstancias reales que rodean a las empresas sociales conduce a admitir un cierto margen de reparto de beneficios. Pero ello implica, obviamente, definir sus límites, fijar unos criterios, a fin de no desvirtuar el principio de preferencia de la reinversión que es básico. A este respecto, ya se habla de rentabilidad limitada y algunos reclaman estudiar y reconocer legalmente este concepto⁴³. Éste es uno de los desafíos concretos a los que se enfrenta el legislador en la creación de un marco jurídico para la empresa social europea.

De acuerdo con la doctrina y las autoridades comunitarias, ése es, precisamente, el elemento clave que caracteriza las empresas sociales, el rasgo categórico que las hace distintas de aquellas otras empresas cuyo compromiso con la sociedad se ciñe al desarrollo de estrategias de responsabilidad social corporativa⁴⁴. El alcance de las estrategias empresariales de corte social

en: <http://www.emes.net/what-we-do/publications/other-texts/emes-position-papers/emes-position-paper-on-the-social-business-initiative-communication>

⁴² Al respecto *vid.* los trabajos de YUNUS, M. «Credit for the poor, poverty as distant history», *Harvard International Review*, Fall 2007, p. 20-24 y *Las empresas sociales*. Paidós, Madrid, 2011, p. 29, quien obtuvo el premio Nobel de la paz, por desarrollar los conceptos de microcrédito y microfinanzas y el Banco Grameen.

⁴³ SOCIAL ECONOMY EUROPE, *El futuro de las políticas europeas ... op. cit.*, p. 19, entre las medidas que propone a la Comisión Europea (Medida 6), *vid.* la Acción 21, sobre el concepto de rentabilidad limitada.

⁴⁴ Entre otros, KATZ, R.A. y PAGE, A. «The Role of Social Enterprise», *Vermont Law Review* 35, 2010, p. 89; PAGE, A. y KATZ, R.A. «Is Social Enterprise the New Corporate Social Responsibility?» *Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper* 5, 2012, p. 1381; SAATCI, E.Y. y URPER, C., «Corporate Social Responsibility versus Social Business», *Journal of Economics, Business and Management* (1)1, 2013, p. 63.

puede variar enormemente⁴⁵, desde la realización de meras donaciones o actos altruistas aislados, pasando por la participación activa en proyectos para la comunidad, hasta la opción de constituirse como empresas sociales. Todas esas iniciativas comparten un fin de carácter social, de generar beneficio para la sociedad. Pero difieren de forma significativa en su filosofía de fondo, en sus mecanismos de aplicación, etc. (puede tratarse de filantropía, de la gestión de riesgos relacionados con la reputación empresarial, de una inversión estratégica a largo plazo en un determinado proyecto...). Difieren, en definitiva, en su grado de implicación con la sociedad. No en vano es un hecho significativo que, con fecha de 25.10.2011, la Comisión Europea dictase dos comunicaciones, una sobre la responsabilidad social de las empresas y otra sobre las empresas sociales, distinguiendo así dos ámbitos diferenciados o dos niveles de compromiso de las empresas con la sociedad en función del criterio de reinversión⁴⁶.

Hay empresas que desarrollan una notable actividad en materia de responsabilidad social y pueden parecer estar vinculadas al emprendimiento social. Pero su nivel de compromiso con la sociedad no es homologable⁴⁷ al de aquéllas cuyo principal objetivo consiste en contribuir a crear valor social y están dispuestas a generar valor añadido para destinarlo a tal fin, antes que distribuirlo entre sus miembros o socios. La propuesta de Estatuto de empresa social europea del Parlamento Europeo sigue incidiendo en este aspecto, a fin de marcar la separación entre la empresa social y la responsabilidad social empresarial⁴⁸.

3. LAS ENTIDADES DE LA ECONOMÍA SOCIAL DEL DERECHO ESPAÑOL

La Estrategia Española de Economía Social 2017-2020 propone el estudio del concepto de empresa social en el marco español y el análisis de su posible relación con los conceptos de empresa social en el ámbito euro-

⁴⁵ PAZ-AREZ, C. «El buen gobierno ...» *op. cit.*, p. 150 ss.

⁴⁶ Vid. La Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Estrategia renovada de la UE para 2011-14 sobre la responsabilidad social de las empresas*, COM(2011) 681 final y la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Iniciativa en favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales*, COM(2011) 682 final. Ambas, de 25.20.2011, se analizan en: ALTZELAI ULIONDO, «Compromiso social de la empresa y mercado» *op. cit.*

⁴⁷ Como ya dijo hace tiempo Milton FRIEDMAN, en su artículo «The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits», en *The New York Times Magazine*, de 13.9.1970.

⁴⁸ PARLAMENTO EUROPEO, Estatuto para las empresas sociales y solidarias, *op. cit.*, Considerando T.

peo⁴⁹. Concretamente, propone analizar las posibles implicaciones del reconocimiento de la figura de empresa social definida por la *Iniciativa* y su encuadre en el marco de la Ley 5/2011, de economía social (LES). Ahora bien, tomando como base los aspectos analizados hasta el momento, vemos que la LES no ofrece un entorno satisfactorio⁵⁰, por lo que se hace indispensable construir un nuevo enfoque interpretativo.

3.1. Entidad de la economía social vs. empresa social

La primera cuestión controvertida es la preferencia del legislador español por la expresión *entidades de economía social*, huyendo de términos generalmente admitidos como los de *empresa social*, *empresa de economía social* o *emprendimiento social*, términos que las instituciones europeas vienen utilizando indistintamente, como sinónimos⁵¹. Si bien la LES dice en su Preámbulo (n. III) que recoge el conjunto de las diversas *entidades y empresas que contempla la economía social*, su articulado se refiere a las *entidades* de economía social. Por tanto, surge la duda de si *entidad* y *empresa* comparten el mismo significado o si con el término *entidad* el legislador español ha querido referirse a un concepto más amplio, con el fin de incluir en él a organizaciones de carácter empresarial y no empresarial. Resulta preciso esclarecer esta cuestión como paso previo para construir un enfoque interpretativo válido, en la dirección que marca la *Estrategia*.

Atendiendo al sentido propio de las palabras como criterio interpretativo de las normas (art. 3.1 Código Civil), el vocablo *entidad* reporta la idea de colectividad aunque considerada como una unidad y se usa normalmente para referirse a cualquier corporación, compañía, institución, etc. También se utiliza como sinónimo de persona jurídica⁵². Por su parte, el término *empresa*, se emplea de forma general para hacer referencia a aquellas organiza-

⁴⁹ Vid. la Estrategia Española, *op. cit.*, la Medida 14 del Eje 3: *Análisis y desarrollo del marco jurídico de la economía social, con el objeto de eliminar las barreras que puedan impedir o limitar su desarrollo*.

⁵⁰ *In extenso* FAJARDO GARCÍA, G. «Las empresas de economía social en la Ley 5/2011, de 29 de marzo», *Revista de Derecho de Sociedades* 38, 2012, p. 245-280. Asimismo, ALFONSO SÁNCHEZ, R. «La economía social desde la tipología societaria», *Revista de Derecho de Sociedades* 47, 2016 pp. 109-128.

⁵¹ FAJARDO GARCÍA, G.I. «El reconocimiento legal de la economía social en Europa. Alcance y consecuencias», *Cooperativismo & Desarrollo* 27(1), 2019, p. 10. No obstante, fuera del ámbito jurídico, hay autores que observan diferencias entre ellos. Vid. GURIDI, L. y PÉREZ-MENDIGUREN, J.C. *La dimensión económica del desarrollo humano local: la economía social y solidaria*, Hegoa UPV-EHU, Bilbao, 2014 y MONZÓN CAMPOS, J.L. y CHAVES, ÁVILA, R., «Empresas sociales, emprendimiento social y economía social», *Revista Española del Tercer Sector* 35, 2017, pp. 19-44.

⁵² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

ciones dedicadas a desarrollar actividades económicas y, asimismo, para referirse a personas jurídicas⁵³. Así pues, resulta difícil obviar el hecho de que ambos términos indican unos conceptos muy amplios y que pueden confluír en gran medida.

Centrándonos en averiguar el sentido con que deben entenderse dichos términos en el contexto de la LES, si acudimos a su definición de economía social, el artículo 2 dice textualmente que *Se denomina economía social al conjunto de las actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos*. En estos mismos términos se encuentra redactado el artículo 5.2 LES⁵⁴. Por tanto, del tenor literal de estos preceptos podemos deducir que si las entidades de la economía social realizan actividades económicas y empresariales, son entidades organizadas de forma empresarial⁵⁵, es decir, son empresas. Si bien el legislador ha preferido utilizar el término *entidad*, debemos considerar que ambos términos son equivalentes.

En la LES encontramos más señales que nos conducen a esta conclusión. En el Preámbulo (I, *in fine*) se mencionan expresamente las diversas iniciativas europeas que han servido de inspiración a la LES por haber introducido en el acervo comunitario todo un conjunto de principios que permiten identificar una realidad diferenciada como son las entidades de la economía social, objeto de su regulación. Entre estas iniciativas se cita el dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2009 relativo a «*Distintos tipos de empresas*». Esto constituye una manifestación de que la LES sitúa a las *entidades*

⁵³ Si bien desde un punto de vista de la economía neoclásica la empresa es considerada como una unidad de producción de bienes y servicios en grupo que funciona gracias a la conducta cooperativa de todos sus miembros para obtener ventajas de las economías de escala y así maximizar la producción, a otros efectos, la empresa también se concibe como un nexo o nodo de contratos. Una y otra acepción dependen del contexto en que se utilizan. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «El interés social. Una historia natural de la empresa», *Economía Industrial* 398, 2015, p. 45.

⁵⁴ LES, Artículo 5. Entidades de la economía social. Párrafo 2. *Asimismo, podrán formar parte de la economía social aquellas entidades que realicen actividad económica y empresarial, cuyas reglas de funcionamiento respondan a los principios enumerados en el artículo anterior y que sean incluidas en el catálogo de entidades establecido en el artículo 6 de esta Ley.*

⁵⁵ PAZ CANALEJO, N. *Comentario sistemático a la Ley 5/2011, de economía social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 153. Por otra parte, ARRIETA IDIAKEZ, F.J. «Concreción de las entidades de la economía social», *REVESCO-Revista de Estudios Cooperativos* 116, 2014, p. 39 entiende que todas las entidades deben desarrollar actividades económicas, pero que no todas ellas son necesariamente empresas. Cita las cofradías de pescadores o la ONCE, como corporaciones de Derecho Público. Sin embargo, admite que la LES exige actividad económica y empresarial para las futuras entidades de la economía social, lo cual descartaría organizaciones que, a pesar de su función social, no son empresas como es el caso de Cáritas, Cruz Roja y muchas ONG.

de la economía social en el ámbito de las empresas. A ello hay que añadir que, en algunos preceptos, la LES utiliza ambos términos como sinónimos (vg. art. 7)⁵⁶ o que solamente emplea el término *empresas* sin hacer referencia alguna a las *entidades* de la economía social (vg. Disposición Adicional Cuarta)⁵⁷. Así pues, la apreciación de todas estas evidencias nos lleva a concluir que *entidad* y *empresa* son la misma cosa. Por tanto, ambos deben ser entendidos como términos que indican conceptos equivalentes para la LES.

Llegados a este punto, toca realizar algunos ajustes en la interpretación de la LES necesarios para inferir una configuración legal de las *entidades de la economía social* que encaje bien con el modelo de *empresa social europea*. A este respecto, el artículo 5.1 con su listado de figuras jurídicas que califica de entidades de la economía social⁵⁸, constituye otro de los puntos polémicos que analizaremos a continuación.

3.2. Elementos configuradores vs. principios orientadores

Comenzaremos diciendo que coincidimos con quienes sostienen que no puede considerarse autorizado por la LES la posibilidad de interpretar el artículo 5.1 en sentido literal, como si se tratara de un listado de pertenencia a la economía social de las entidades enumeradas *ope legis* sin más matizaciones⁵⁹, puesto que conduce a unos efectos contrarios a sus propios fines. Debe admitirse que, en esa lista ni son todas las que están, ni están todas las que son⁶⁰. Atendiendo únicamente a su redacción, se genera el riesgo de que haya empresas que se califiquen de sociales por utilizar esas formas jurídicas, a pesar de tener fines distintos a los de la economía social. En cambio, quedan descartadas las empresas que, aun acogiendo tales principios, estén constitui-

⁵⁶ El artículo 7 LES regula la posibilidad de que las entidades de la economía social se agrupen y constituyan asociaciones para defender sus intereses. En su Párrafo 2, en sus apartados a) y b) habla de representar a las entidades «o» empresas, equiparando ambas categorías.

⁵⁷ La Disposición Adicional Cuarta LES lleva como rótulo: *Integración de las empresas de economía social en las estrategias para la mejora de la productividad*. En ella se recoge la necesidad de que el Gobierno integre a las empresas de la economía social en las mencionadas estrategias.

⁵⁸ El artículo 5 LES, en su apartado primero, dice así: *Forman parte de la economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores y las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en el artículo anterior.*

⁵⁹ Entre otros, PANIAGUA ZURERA, M., *Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la ley 5/2011, de economía social*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 165; FAJARDO GARCÍA, *op. cit.*, «Las empresas...» y «La identificación...»; EMBID IRUJO, «El relieve ...» *op. cit.*

⁶⁰ ALTZELAI ULIONDO, «Otro enfoque...», *op. cit.*, p. 34 ss.

das bajo formas jurídicas tradicionalmente consideradas como mercantiles⁶¹, no enumeradas en el artículo 5.1 LES, o en una norma específica⁶² (art. 5.1 *in fine* LES), o en un catálogo especial que prevé la LES (art. 6 LES), pero que todavía hoy es inexistente y plantea muchas dudas por la escasa información que se da en la ley⁶³. Por todo ello, convenimos con aquéllos que reclaman la necesidad de interpretar la LES en el sentido de que a todas las entidades, estén o no en la lista del artículo 5.1, se les exija el cumplimiento de los principios legalmente establecidos⁶⁴.

A nuestro modo de ver, la necesidad de mantener una coherencia normativa en torno a este precepto requiere un procedimiento interpretativo de dos fases⁶⁵. Por un lado, precisa una reducción teleológica para excluir del ámbito de aplicación de la LES las entidades que no acojan sus fines (independientemente de su forma jurídica). Por otro, a la inversa, se impone la integración analógica, para incluir todas aquellas que, independientemente de su forma jurídica, persigan los fines de la LES⁶⁶. Una interpretación así se justifica por la necesidad de tratar por igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales. Ésa sería la forma de delimitar el supuesto de hecho regulado por la norma, su ámbito de aplicación material. En el centro de esta labor interpretativa se sitúa la teleología, el espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 *in fine* Código Civil).

A este respecto, cabe señalar que la LES nace con el objetivo de establecer un marco jurídico común que dé visibilidad y mayor seguridad jurídica al conjunto de entidades que integran la economía social (art. 1 LES). Con esa finalidad la define (art. 2 LES) como *el conjunto de las actividades económicas y empresariales que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el inte-*

⁶¹ MOLINA-MARTELL, A. y SALELLES, J.R. (dirs.): *Guía de los aspectos jurídicos de la empresa social*, Uría/Menéndez-Fundación Profesor Uría-Obra Social la Caixa, Barcelona, 2013.

⁶² Cáritas y Cruz Roja Tienen la consideración de entidades singulares: la Cruz Roja Española (R.D. 415/1996) y la Organización Nacional de Ciegos Españoles (R.D. 358/1991). Cáritas España es la Confederación Oficial de las entidades de acción caritativa y social de la Iglesia Católica en España. No ha sido creada por una norma específica española.

⁶³ Sobre el catálogo de entidades de economía social, *vid.* FAJARDO GARCÍA, «La identificación...» *op. cit.*, p. 112 ss.

⁶⁴ FAJARDO GARCÍA, «Las empresas ...», *op. cit.*, p. 284; PANIAGUA ZURERA, *op. cit.*, p. 165; SÁNCHEZ PACHÓN, L.A., «La delimitación de las entidades y organizaciones de economía social en la próxima ley reguladora del sector», *CIRIEC-España, Revista de Economía social y Cooperativa* 66, 2009, pp. 61-84; ALFONSO SÁNCHEZ, «La economía social ...», *op. cit.*, 47, 2016, pp. 110 ss.

⁶⁵ ALTZELAI ULIONDO, «Otro enfoque ...», *op. cit.*, p. 35 ss.;

⁶⁶ LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona 1994, pp. 308 ss. Precisamente en esos fines reside la identidad de razón que permite el recurso a la analogía (art. 4.1 Código Civil). Tanto la reducción teleológica como la integración analógica.

res general económico o social, o ambos. Es una definición supeditada a los denominados *principios orientadores* del artículo 4 LES, que son los principios que deben contemplar las entidades que integran la economía social⁶⁷. Por tanto, cabe afirmar que éstos operan como auténticos rasgos distintivos o principios configuradores de esas entidades, no meramente *orientadores*.

En el Derecho comunitario la empresa social se define por la suma de tres rasgos o elementos configuradores: a) un objetivo social, b) la reinversión de los beneficios y c) la gobernanza. Éste no es el modelo previsto por el legislador español, la LES no sigue esa sistemática, pero interesa averiguar si puede llegar a encajar en ella, a acoplarse de algún modo, habida cuenta de la primacía del Derecho comunitario y el interés manifestado en la Estrategia Española de Economía Social⁶⁸. Al efecto, se nos antoja que los mencionados *principios orientadores* del artículo 4 LES pueden, tal vez, servir para establecer conexiones o equivalencias con los elementos configuradores del modelo comunitario⁶⁹.

A primera vista las conexiones no son evidentes, por las diferencias entre la LES y el marco comunitario integrado por la *Iniciativa* y el Reglamento (UE) 1296/2013 (ambos posteriores a la LES⁷⁰). Pero tal vez una interpretación renovada del artículo 4 LES podría permitir superar esa tensión y adaptarse al nuevo entorno normativo. Esto puede ser posible y admisible, sin necesidad de cambiar la ley, siempre y cuando se observe que los fines originarios de la ley siguen siendo factibles. Ése sería el límite para aceptar la validez de una interpretación así. Por consiguiente, corresponde examinar si los fines de la LES continúan siendo alcanzables al interpretarse conforme a las pautas de ese contexto normativo posterior de ámbito comunitario⁷¹.

- a) El primero de los elementos que configuran la empresa social europea es el objetivo social de su actividad. En este aspecto la conexión

⁶⁷ FAJARDO GARCÍA, «La identificación...» *op. cit.*, p. 101.

⁶⁸ *Op. cit.*, la Medida 14 del Eje 3.

⁶⁹ ALTZELAI ULIONDO, «Otro enfoque ...», *op. cit.*, p. 27 ss. En este sentido, ÁLVAREZ VEGA, «El reto del derecho ...», *op. cit.*, p. 16. Por su parte, PANIAGUA ZURERA, «Las empresas...», *op. cit.*, p. 154 ss. compara los principios del artículo 4 LES con los de la Carta de principios de la Economía Social de 2002.

⁷⁰ Cabe señalar el dato de que la *Iniciativa* es de octubre de 2011 y la LES de marzo del mismo año.

⁷¹ Como dice LARENZ, *op. cit.*, p. 310 ss., toda interpretación legal está hasta cierto punto condicionada por el tiempo, por las pautas vigentes en cada momento que el intérprete puede hallar en leyes más nuevas o en la formación de un amplio consenso, por ejemplo. Está claro que detrás de una ley hay una determinada intención reguladora, valoraciones, discusiones, reflexiones, etc. que se plasman en ella con una expresión más o menos clara. Pero es evidente también que una vez promulgada la ley comienza a vivir una nueva fase, en la que en cierto modo se aleja de las ideas de sus autores, ya que interviene en relaciones diversas y cambiantes que el legislador no podía haber tenido en cuenta.

resulta fácil de establecer con el tercer principio del artículo 4 LES que habla de *(sic.) c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de las personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad*. Esta enumeración puede resultar un tanto abrumadora, pero es lógico pensar que se trata de una lista ejemplificativa. Obviamente no se está exigiendo el cumplimiento de todos los extremos que se mencionan. Puede entenderse que representan diferentes manifestaciones del objetivo social que se describe en el artículo 2.a) del Reglamento (UE) 1296/2013⁷².

- b) El segundo elemento que define la empresa social europea exige que los beneficios *se utilicen en primer lugar para la consecución de su objetivo primordial*⁷³. No requiere que se reinviertan totalmente o exclusivamente en dicho objetivo⁷⁴. Pero, en este caso, no es tan evidente el encaje con el segundo de los principios del artículo 4 LES: *(sic.) b) la aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo o servicio realizado y, en su caso, al fin social objeto de la entidad*. Un entendimiento sistemático y, a su vez, conforme con el modelo comunitario nos obliga a diseccionar esta disposición y a proponer una lectura en un sentido muy concreto, distinguiendo dos criterios para dos supuestos de hecho diferenciados.

Como ya se ha explicado (*Supra* 2.3), en economía social el principio de preferencia de la reinversión es básico, aunque se concibe de una manera flexible. Pero esa flexibilidad tiene límites. Por tanto, en este contexto, cuando la LES habla de aplicar los resultados *principalmente en función del trabajo o servicio realizado* debe entenderse que, valiéndose de esa flexibilidad, se está refiriendo únicamente a aquéllos casos en que la distribución de los beneficios contribuye,

⁷² Recordemos el artículo 2 del Reglamento (UE) 1296/2013, apartado *a) de conformidad con su escritura de constitución, sus estatutos o cualquier otro documento constitutivo de la empresa, tiene como objetivo primordial la consecución de impactos sociales mensurables y positivos en lugar de generar beneficios para sus propietarios, socios y accionistas, y que:*

- i) ofrece servicios o bienes con un elevado rendimiento social, y/o*
- ii) emplea un método de producción de bienes o servicios que represente su objetivo social.*

⁷³ *Ibid.*, artículo 2, apartado *b) utiliza sus beneficios, en primer lugar, para la consecución de su objetivo primordial, y ha implantado procedimientos y normas predefinidos que regulan cualquier reparto de beneficios a los accionistas y propietarios, con el fin de garantizar que dicho reparto no vaya en detrimento de su objetivo primordial;*

⁷⁴ KATZ y PAGE, «The Role of...» *op. cit.*, p. 89; PAGE y KATZ, «Is Social Enterprise...», *op. cit.*, p. 1381.

precisamente, a paliar un problema social. Es lo que sucede en multitud de empresas creadas para que sus socios o propietarios puedan salir de situaciones de vulnerabilidad económica o de la pobreza. En esas situaciones la prohibición o limitación de la distribución carece de sentido. Por tanto ahí, y sólo ahí, opera la aplicación de los resultados *principalmente en función del trabajo o servicio realizado* de la LES. Fuera de estos casos, para los demás supuestos corresponde el segundo criterio que se recoge en el precepto. Los beneficios deben aplicarse *principalmente en el fin social objeto de la entidad*, entendiendo que con la expresión *fin social* se hace alusión al objetivo de carácter social al que nos hemos referido anteriormente.

Siendo rigurosos, ésta sería la interpretación que habría que dar a este principio del artículo 4 LES, una interpretación que obligatoriamente requiere cierta dosis de precisión y concreción para no quebrantar los fines de la LES y que, a su vez, conjuga con los rasgos categóricos de la empresa social europea.

- c) El tercer elemento que caracteriza la empresa social reclama una gestión empresarial *transparente y sujeta a rendición de cuentas, en especial, fomentando la participación de los empleados, los clientes o los interesados afectados por su actividad empresarial* (art. 2.c) Reglamento (UE) 1296/2013). Con esta formulación tan abierta se da cabida a todo tipo de estructuras empresariales y de figuras jurídicas. Por tanto, en este enunciado caben sin problemas los principios contenidos en los apartados a) y d) del artículo 4 LES: *(sic.) a) la primacía de las personas y del fin social sobre el capital, priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios que en relación con sus aportaciones al capital social* y *(sic.) d) la independencia respecto de los poderes públicos*, entendido éste como la autonomía de gestión⁷⁵. Aquí, la única objeción que se plantea es de rango menor. La redacción del apartado a) parece apuntar un sentido un tanto más restrictivo que el del modelo comunitario⁷⁶, por lo que debe proponerse hacer una interpretación amplia del precepto. De hecho, la doctrina y también el CES⁷⁷ vienen considerando que este principio referido a la *primacía de las personas y del fin social sobre el capital* se concreta en una gestión autónoma, transparente, democrática y participativa. Enten-

⁷⁵ En este mismo sentido FAJARDO GARCÍA, «Las empresas de economía social...», *op. cit.*, p. 284, y PANIAGUA ZURERA, «Las empresas ...», *op. cit.*, p. 159, que lo equiparan con el principio de la autonomía de gestión e independencia de los poderes públicos decretado en la Carta de principios de la economía social.

⁷⁶ PANIAGUA ZURERA, *ibid.* p. 155, considera que esta formulación de la LES acoge varios de los principios más significativos de la Carta de principios de la economía social.

⁷⁷ CES, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Dictamen 5/2010. Sobre el Anteproyecto de Ley de Economía Social, Sesión ordinaria del Pleno de 20 de junio de 2010, Madrid, p. 6.

demos que esta lectura extensiva no choca con el espíritu de la LES, que presenta un repertorio de entidades de la economía social de carácter abierto.

Tomando como base los aspectos analizados, llegamos a la conclusión de que los principios del artículo 4 LES pueden ajustarse a los elementos configuradores de la empresa social europea sin transgredir el espíritu y finalidad de la LES, por lo que el enfoque interpretativo propuesto sería cabalmente admisible.

Para finalizar, queremos, al menos, dejar constancia de otra cuestión trascendental para la identificación de las empresas sociales como es la verificación de estos elementos o principios configuradores. Ello exige definir la forma en que se ha de comprobar su cumplimiento y determinar la autoridad o autoridades competentes para esta labor. La LES guarda silencio sobre el tema y, si bien merece una reflexión mucho más detenida, de forma breve diremos que podría solventarse mediante el correspondiente desarrollo reglamentario⁷⁸. No obstante, somos conscientes de la complejidad que esto puede entrañar, habida cuenta del sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁷⁹.

Tal vez la marca común de empresa social europea sirva para allanar el camino a este respecto. Cuando la Unión Europea regule las condiciones que acrediten la obtención de ese sello, las entidades de economía social deberán someterse, de algún modo, a ese control. Deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos. Sin perjuicio de la ventaja que ello reporta para cualquier operador económico (vg. para los fondos de emprendimiento social europeos), es evidente el interés de las administraciones públicas por identificar con seguridad cuáles son las empresas merecedoras de un trato especial en materia de contratación pública, impuestos o cualesquiera otras medidas de impulso de la economía social. Finalmente queremos añadir un dato más a tener en cuenta, sobre el que el Parlamento Europeo hace hincapié en su propuesta de Estatuto para la empresa social europea⁸⁰, y es que deberían restringirse al mínimo los costes de esta etiqueta y sus trámites, de forma que no supongan una carga excesiva, especialmente, para las pequeñas y medianas empresas, tan frecuentes en este ámbito. Es fundamental que la etiqueta resulte accesibles para ellas sin que se les coloque en una situación de desventaja, en consonancia con las recomendaciones recogidas en la *Small Business Act* dirigidas a «pensar primero a pequeña escala»⁸¹.

⁷⁸ ARRIETA IDIAKEZ, *op. cit.*, p. 42. FAJARDO GARCÍA, «La identificación...», *op. cit.*, p. 117.

⁷⁹ SÁNCHEZ PACHÓN, *op. cit.*, pp. 61-84.

⁸⁰ Recomendación n. 16.

⁸¹ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, «Pensar primero a

4. CONCLUSIONES

El examen realizado del marco jurídico comunitario y nacional de la empresa social nos conduce a las siguientes consideraciones finales.

1. Las instituciones de la Unión Europea están debatiendo un estatuto para la empresa social configurado sobre la base de un modelo operativo que la define, independientemente de su forma jurídica, mediante la suma de tres elementos esenciales que han de estar incluidos en sus documentos constitutivos: a) un objetivo social de interés común; b) la preferencia de reinvertir los beneficios en ese objetivo y c) una gestión con criterios de gobernanza. Este esquema básico y sencillo obedece a la necesidad de disponer de un marco flexible capaz de acoger la amplísima diversidad formas jurídicas, tipos y realidades empresariales. Para su identificación, se prevé introducir una *Etiqueta de Empresa Social Europea*.
2. En España, la Ley 5/2011 de Economía Social no sigue esta sistemática y tampoco dispone una configuración legal eficiente para estas empresas, por lo que es preciso inferirla. Ello requiere realizar algunos ajustes para encajar la noción de *entidad de la economía social* de la ley española en el marco de la *Empresa Social Europea*, que resulta ineludible dada la primacía del Derecho comunitario. En esta labor, observamos que las nociones *entidad de la economía social* y *empresa social* pueden considerarse equivalentes y que es posible realizar una lectura de los principios de la economía social recogidos en el artículo 4 de la ley acoplada a los elementos que configuran la *Empresa Social Europea*.
3. La valoración que hacemos de esta interpretación es que no exige un razonamiento artificioso forzando los términos de la ley, que es acorde con su espíritu y finalidad y que confiere unidad al sistema en su conjunto. Es coherente con el actual marco jurídico comunitario y, ante todo, evita las incoherencias intranormativas que se desprenden de una estricta interpretación literal de la propia Ley de Economía Social.
4. Esta lectura exige una especial precisión en el entendimiento del principio de preferencia de la reinversión que es básico, pero que se concibe de una manera flexible, ya que su observancia no requiere la reinversión total o exclusiva de los beneficios empresariales en el objetivo social primordial de la empresa. Es así como se entiende la ausencia de ánimo de lucro o, mejor dicho, el ánimo de lucro limitado propio de estas empresas. Se concibe como una rentabilidad limitada,

pequeña escala», «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas, COM(2008) 394 final, Bruselas 25.6.2008.

- con cierta transigencia hacia el reparto de los beneficios entre sus socios o miembros.
5. Ahora bien, esa flexibilidad que acompaña al principio de reinversión tiene límites. La distribución es admisible dentro de unos márgenes y esto obliga a distinguir dos grupos de supuestos diferenciados. En la generalidad de los casos opera el criterio de reinvertir los beneficios *principalmente* o *en primer lugar* en la consecución del objetivo social de la empresa. Ello implica garantizar que el reparto de beneficios no socave dicho objetivo. Ése es el límite actual al que queda sometido el reparto para su admisibilidad en el marco de la *Empresa Social Europea*. Sin embargo, no puede obviarse el hecho de que también hay casos en que la distribución de los beneficios contribuye, precisamente, a paliar un problema social. Es lo que sucede en las empresas creadas para que sus socios o propietarios puedan salir de situaciones de vulnerabilidad o pobreza. En esos casos la prohibición o limitación de la distribución carece de sentido.
 6. El establecimiento de unos límites claros y precisos para la admisibilidad de un cierto nivel de reparto sin desvirtuar el principio de preferencia de la reinversión es, precisamente, uno de los desafíos concretos a los que se enfrenta el legislador europeo en la creación del estatuto para la *Empresa Social Europea* y un marco jurídico *ad hoc*. No en vano este elemento, además de ser un rasgo categórico para la identificación de las empresas sociales, desempeña un papel clave para diferenciarlas de aquellas otras empresas cuyo compromiso con la sociedad es más reducido, circunscrito al desarrollo de estrategias de responsabilidad social corporativa y que se sitúan fuera del ámbito de la economía social.