

# LA EMPRESA SOCIAL ITALIANA DESPUÉS DE LA REFORMA DEL TERCER SECTOR

**Antonio Fici**

Profesor de Derecho privado en la Universidad de Molise (Italia)

Director Científico de Terzjus

Observatorio de Derecho del Tercer Sector, de la filantropía y de la empresa social

## RESUMEN

En Italia, en julio de 2017, se aprobó el Código del Tercer Sector (Decreto Legislativo 117/2017), una ley orgánica y sistemática sobre las entidades del tercer sector, incluida la empresa social. Se trata de una reforma legislativa “histórica” por varias razones que serán destacadas en este artículo, junto a una visión general de la nueva regulación de la empresa social.

**PALABRAS CLAVE:** Tercer sector, empresa social, economía social, entidades sin ánimo de lucro.

CLAVES ECONLIT: K10, K20, L31.

**Cómo citar este artículo/How to cite this article:** FICI, A.: “La empresa social italiana después de la reforma del tercer sector”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 177-193. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17109.

## THE ITALIAN SOCIAL ENTERPRISE AFTER THE REFORM OF THE THIRD SECTOR

### EXPANDED ABSTRACT

In July 2017, a Code of the Third Sector (Legislative Decree no. 117/2017) was approved in Italy. It is an organic and systematic law on third sector entities, including social enterprises. This new law may be seen as a “historical” legislative reform for several reasons that will be highlighted in this article, along with an overview of the new regulation of the social enterprise.

By creating the general category of the “third sector entities”, the Code has implemented the Italian Constitution, and in particular its principles of horizontal subsidiarity, formulated in article 118, para. 4, of solidarity in article 2, and of substantial equality in article 3, para. 2. The third sector entities are, indeed, the most natural organizational legal form for citizens interested in pursuing the “common good” through activities of general interest.

From a scientific and cultural point of view, this new legislation is one that does not aim to prevent and repress the “bad man” and to satisfy the interests of the homo oeconomicus, but rather to sustain and promote good solidarity practices put in place by “good men”.

The Code provides a comprehensive and clear definition of “third sector entities”, for the benefit not only of the third sector itself, which now has a well-defined identity, but also of all its stakeholders, such as public administrations, donors and volunteers.

The existence of a clear definition also facilitates a legislator that wishes to promote the third sector through various tax or subsidy policies.

From this definition, read in connection with other provisions of the Code, it is clear that the essential requirements of a “third sector entity” are:

- 1) the legal form of association, recognized or not recognized as a juridical person, or foundation;
- 2) the independence from specific entities, such as public administrations, political formations and associations, trade unions, professional associations and associations that represent economic categories, employers’ associations, which are, in their turn, the same entities that could never acquire the status of third sector entities;
- 3) the exclusive, or at least principal, carrying-out of one or more activities of general interest: the legislator has not identified them through a general clause, but has provided

- a very long list of activities of general interest, which includes social assistance, health, environmental protection, etc. (art. 5). These activities do not necessarily have to be carried out free of charge, so that a third sector organization may have an entrepreneurial nature and is not necessarily bound to the prevalent use of volunteers. Activities that are “different” from those of general interest are permitted, but within specific limits (they shall be secondary and instrumental);
- 4) the prohibition of distributing profits in any form, neither directly, for example through dividends, nor indirectly, for example through an unjustified and unreasonable remuneration to workers, directors, etc.; with regard to workers, for example, there is a prohibition on remunerating them in excess of 40%; the assets, including any profits or operating surpluses, must in fact be used exclusively for carrying out the statutory activity of general interest;
  - 5) the pursuit of civic, solidarity and social utility purposes;
  - 6) the registration in the single national register of the third sector (RUNTS) held by the Ministry of Labour and social policies through the Regions.

The Code provides for different sub-types of third sector entities. The social enterprise is one of these sub-types (certainly the most peculiar in its traits), more precisely that designed for the performance of entrepreneurial activities. These sub-types of third sector entities are:

- the voluntary organization (ODV),
- the association of social promotion (APS),
- the philanthropic entity,
- the social enterprise (including the social cooperative),
- the mutual aid society,
- the associative network (including the national associative network).

Each particular sub-type is subject to specific rules in the Code (and is registered in a separate section of the RUNTS), which specialize and distinguishes it from the other sub-types. However, except for the social enterprise, these sub-types are not so different between each other. Some of them (the ODVs) are characterized by a prevalently gratuitous activity and the prevalent use of volunteers. Some other (associative networks) for the function performed, which is the representation, assistance and protection of the associated third sector entities. Even though each particular sub-type is alternative to the others, so that an entity may register in only one section of the RUNTS, it is possible to change the status within the third sector, i.e. to convert a particular type of entity of the third sector into a different type (for example, from ODV to a social enterprise), without negative consequences of any type for the entity that decides to change its status.

In Italy the social enterprise has been a legal subject matter since 2006, but it has never taken off due to some deficiencies and gaps in the legislative act that had first established it, namely, legislative decree no. 155/2006, now repealed.

In fact, the only legal form for social entrepreneurship remained the social cooperative established by law 381/1991: A very widespread type of social enterprise (today there are around 16,000 of them and they constitute a very large part of the overall cooperative movement) and a model legislation for many European and non-European legislators.

The social enterprise is today contemplated and regulated in the broader framework of the new law of the third sector, as emerging from the “epochal” reform of 2017. More precisely, the social enterprise is now provided for and regulated by Legislative Decree n° 112/2017. There are solid grounds for appreciating this new legislation for its potentials in promoting social enterprises.

This new law has enlarged the fields of general interest activities that a social enterprise may conduct; it has allowed social enterprises (established in the form of companies) to remunerate (though only up to a certain extent) the share capital provided by shareholders; it has provided a specific tax regime consistent with the legal nature of a social enterprise.

However, since the law is essential but alone not sufficient for the success of an organizational form, from this new regulation one can expect a “take-off” of the social enterprise only if two conditions will be met: on the one hand, if certain “souls” of the third sector will abandon the ideological prejudice that everything that is enterprise is “bad” in itself; on the other hand, if the social enterprise becomes known, even beyond the current boundaries of the third sector, for its ability to satisfy different needs, not only those of a social nature, but also those of people and institutions interested in working or investing in a business environment completely different from the conventional one.

**KEYWORDS:** Third sector, social enterprise, social economy, nonprofit organizations.

## SUMARIO

1. Introducción. Las razones de una reforma “histórica”. 2. Las principales características de la nueva ley del tercer sector. 3. La noción de entidades del tercer sector y sus diferentes tipologías. 4. La empresa social como calificación y sus diferentes formas jurídicas. 5. Actividades, objetivos y gobernanza de la empresa social. 6. El control público. 7. Nuevas exenciones fiscales. 8. Conclusiones. La nueva disciplina como factor de promoción y desarrollo de la empresa social. Bibliografía.

### 1. Introducción. Las razones de una reforma “histórica”

La empresa social existe en el ordenamiento jurídico italiano desde 2006, pero esta figura nunca despegó debido a las deficiencias y lagunas (sobre todo con referencia a la ausencia de un específico régimen fiscal de la empresa social) del acto legislativo que la instituyó, esto es el decreto legislativo 155/2006, ahora derogado<sup>1</sup>.

De hecho, la única forma legal de emprendimiento social seguía siendo la cooperativa social establecida y regulada por la ley 381/1991. Una forma jurídica muy difundida de empresa social (hoy en día hay alrededor de 16,000 cooperativas sociales, que constituyen una gran parte del movimiento cooperativo italiano)<sup>2</sup> y un modelo para muchos legisladores extranjeros<sup>3</sup>.

La empresa social está hoy contemplada y regulada en el marco más amplio del nuevo Derecho del tercer sector, que resulta de la “histórica” reforma legislativa del 2017<sup>4</sup>.

1. Sobre la empresa social antes de la reforma de 2017, véanse FICI, A.: “Impresa sociale”. En *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, Agg., 3, II, UTET, Torino, 2007, p. 663 y ss., y FICI, A & GALLETTI, D. (curadores): *Commentario al decreto sull'impresa sociale. D. Lgs. 24 marzo 2006*, n. 155, Giappichelli, Torino, 2007.

2. Esto es el último número declarado por el Instituto Nacional de Estadísticas (ISTAT) con referencia a las cooperativas sociales existentes al 31.12.2015.

3. En España, Portugal, Francia, Corea del Sur, entre otros países, hay leyes o normas específicas sobre las cooperativas sociales aprobadas después de la Italiana de 1991. Para más referencias véase FICI, A.: *A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise*, Study for the Committee on Legal Affairs of the European Parliament, Brussels, 2017.

4. Para un panorama general, véase FICI, A. (Ed.): *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

En julio de 2017 se aprobó el Código del Tercer Sector (Decreto Legislativo 117/2017), una ley orgánica y sistemática para la reorganización de todas las regulaciones aplicables a las entidades del tercer sector, incluida la empresa social.

Una reforma legislativa “histórica” por varias razones, incluidas las siguientes:

- 1) porque implementa diferentes principios de la Constitución italiana, en particular el de subsidiariedad horizontal (artículo 118, párrafo 4), de solidaridad (artículo 2) y de igualdad sustancial (artículo 3, párrafo 2), que hasta ahora no habían sido implementados en la legislación ordinaria de los entes jurídicos;
- 2) porque de esta manera inaugura una nueva era del Derecho privado de los entes jurídicos, introduciendo y dando fuerza a un modelo general de organización privada no inspirado en la lógica de la ganancia, sino más bien en la de la utilidad social sin ánimo de lucro;
- 3) porque desde el punto de vista científico-cultural ilumina sobre el papel del Derecho (y, por lo tanto, también sobra la tarea del jurista y de la ciencia jurídica), que no debe ser solo prevenir y reprimir al “hombre malo” o proporcionar herramientas adecuadas de acción para el *homo oeconomicus* que aspira a maximizar su bienestar individual, sino también permitir que se desarrollen buenas prácticas de solidaridad social implementadas por “hombres buenos” que aspiran a mejorar<sup>5</sup>;
- 4) porque si la tarea del Derecho es “regar” las virtudes para que se propaguen, el Derecho privado de los entes jurídicos debe ser técnicamente avanzado no solo cuando se ocupa de sociedades lucrativas (y entre ellas, de las cotizadas), sino también cuando se ocupa de organizaciones, como las del tercer sector, que realizan actividades de interés general por finalidades cívicas, solidarias y de utilidad social;
- 5) porque la reforma creó un conjunto regulatorio que no existía antes, el de las entidades del tercer sector; una circunstancia que lleva muchos beneficios potenciales para esta categoría de organizaciones, desde una mayor visibilidad institucional hasta la posibilidad de tener formas comunes de representación, defensa y promoción, también para la protección de la reputación, que para las organizaciones solidarias y con una identidad común, constituye un bien precioso y siempre en riesgo;
- 6) porque ha definido claramente las fronteras del tercer sector a través de una noción clara de entidad del tercer sector, lo que evita confusión, superposiciones y riesgos de abuso, en beneficio no solo del mismo tercer sector, sino también de

5. Véanse STOUT, L.: *Cultivating Conscience. How Good Laws Make Good People*, Princeton University Press, 2011; FELDMAN, Y.: *The Law of Good People*, CUP, Cambridge-New York, 2018.

- todos aquellos que usualmente se relacionan con él, como administraciones públicas, donantes, voluntarios, consumidores y otros *stakeholders*;
- 7) porque la presencia de una definición clara en el nivel sustancial facilita las tareas del legislador que quiera promover el tercer sector a través de políticas fiscales o de subsidios de naturaleza varia;
  - 8) porque el modelo italiano será un término necesario de comparación para los legisladores extranjeros, repitiéndose así lo que ya ha sucedido con la ley de cooperativas sociales de 1991; esto también se aplica al legislador de la UE en el caso de que quiera poner su mano en un estatuto europeo sobre la empresa social<sup>6</sup>.

## 2. Las principales características de la nueva ley del tercer sector

La legislación del 2017 ha generado un autónomo y distintivo “Derecho del tercer sector” que antes no existía en Italia. De hecho, solo algunas figuras del (entonces solo así llamado) “tercer sector” -es decir, las organizaciones de voluntariado (Ley 266/1991), las asociaciones de promoción social (Ley 383/2000), las empresas sociales (decreto legislativo 155/2006) y las cooperativas sociales (Ley 381/1991)- estaban previstas y disciplinadas, pero faltaba el conjunto, o más bien la categoría normativa que uniera estas diferentes figuras jurídicas. Hoy esta categoría existe y es precisamente la de entidad del tercer sector.

En consecuencia, el tercer sector ya no es “así llamado”, sino reconocido como tal por la ley con esta exacta denominación, que por cierto no es tan apropiada porque refleja una cultura que debería superarse: el tercer sector no es en realidad “tercero” en el sentido de alternativo, marginal, subordinado; no entra en juego solo cuando el “primer” y el “segundo” sector fallan; sino que desde una perspectiva pluralista de la sociedad y de la economía debe considerarse un sector más como todos los demás, con la misma dignidad, posibles fortalezas y debilidades, posibles costes y beneficios.

Las características principales de esta nueva y fundamental rama del sistema jurídico italiano denominada “Derecho del tercer sector” son las siguientes:

- 1) se propone ser un conjunto ordenado de reglas con sus propios principios y valores (artículos 1 y 2);

6. Este tema se ha tratado en FICI, A.: *A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise*, Study for the Committee on Legal Affairs of the European Parliament, Brussels, 2017.

- 2) un complejo normativo que aspira a ser autónomo y completo, aunque no omite considerarse parte de un conjunto más amplio, que es el Derecho de los entes jurídicos, al que se refiere expresamente para llenar sus lagunas (artículo 3);
- 3) une al tercer sector a través de la noción unitaria que de este proporciona, pero al mismo tiempo reconoce la diversidad dentro de este sector al proporcionar diferentes tipologías (o calificaciones particulares) de entidades del tercer sector (art. 4);
- 4) ofrece un marco jurídico “integrado” en el que se regulan todos los aspectos, no solo los de naturaleza sustancial, sino también los relativos a las relaciones entre las entidades del tercer sector y los organismos públicos (art. 55 y ss.), la fiscalidad del tercer sector (art. 79 y ss.), los controles públicos (art. 90 y ss.), etc.
- 5) además de las normas imperativas, proporciona una serie de normas supletorias con el propósito de reducir los costos de transacción o de dirigir la organización y administración de las entidades del tercer sector de acuerdo con sus finalidades institucionales;
- 6) facilita las entidades del tercer sector no solo a través de medidas fiscales, sino también organizativas, como la posible adquisición automática (en presencia de un patrimonio mínimo de 15,000€ para las asociaciones y de 30,000€ para las fundaciones) de la personalidad jurídica de derecho privado (y consiguiente autonomía patrimonial “perfecta”), así como sucede para las sociedades de capital.

### 3. La noción de entidades del tercer sector y sus diferentes tipologías

Como ya se subrayó, el legislador ha proporcionado una definición precisa de entidad del tercer sector. Son entidades del tercer sector las “asociaciones, reconocidas o no reconocidas como personas jurídicas, y las fundaciones... establecidas con el propósito de perseguir, sin ánimo de lucro, finalidades cívicas, solidarias y de utilidad social mediante la realización de una o más actividades de interés general en forma de acción voluntaria o de provisión gratuita de dinero, bienes o servicios, o de mutualidad o de producción o intercambio de bienes o servicios, e inscritas en el registro nacional único del tercer sector” (art. 4, párrafo 1, Código del tercer sector).

A partir de esta definición, leída en relación con otras disposiciones del Código, está claro que los elementos esenciales de la noción general de “entidad del tercer sector” son los siguientes:

- 1) la forma legal de asociación, reconocida o no reconocida como persona jurídica, o de fundación;

- 2) la independencia (en términos de ausencia de dirección y coordinación o control) de sujetos específicos tales como las administraciones públicas, las formaciones y asociaciones políticas, los sindicatos, las asociaciones profesionales y de representación de categorías económicas, las asociaciones de empleadores, que son los mismos sujetos que nunca podrían adquirir el estatus de entidades del tercer sector;
- 3) el desempeño exclusivo, o al menos principal, de una o más actividades de interés general: a este respecto, el legislador no ha identificado estas actividades a través de una cláusula general, sino que ha proporcionado una lista muy larga de ellas (hay aproximadamente 40 actividades), que incluye la asistencia social, la sanidad, la protección del medioambiente, etc. (art. 5). Estas actividades no necesariamente tienen que llevarse a cabo de forma gratuita, por lo que la entidad del tercer sector podría tener una naturaleza empresarial y no está necesariamente vinculada al uso prevalente de voluntarios. Se permite desarrollar también actividades que son “diferentes” de aquellas de interés general, pero dentro de límites específicos (deben ser secundarias e instrumentales);
- 4) la ausencia de ánimo de lucro, incluso de lucro “indirecto”, de lo cual deriva la imposibilidad de distribuir los beneficios a los socios en cualquier forma, directa, por ejemplo a través de dividendos, o indirecta, por ejemplo a través de una remuneración no justificada e irrazonable a los trabajadores, directores, etc.; con respecto a los trabajadores, por ejemplo, existe una prohibición de remunerarlos por encima del 40%; en general, el patrimonio, incluidas las ganancias o los excedentes operativos, debe utilizarse exclusivamente para llevar a cabo la actividad de interés general;
- 5) la búsqueda de finalidades cívicas, solidarias y de utilidad social, que sin embargo es un requisito al que no se puede dar un significado autónomo, ya que la realización de actividades de interés general sin ánimo de lucro es lo que de hecho atribuye sustancia a este requisito;
- 6) la inscripción en el Registro único nacional del tercer sector (RUNTS) administrado por el Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales también a través de las regiones.

Solo las entidades que posean todos los requisitos anteriormente mencionados (que por lo tanto son acumulativos) pueden obtener el estatus de entidad del tercer sector. La de entidad del tercer sector es, de hecho, una calificación jurídica (o estatus jurídico) que pueden asumir los organismos que cumplen con los requisitos esenciales de la misma. Asimismo, la calificación puede perderse por voluntad de la misma entidad o por disposición de la autoridad pública supervisora, sin que esto implique la extinción de la entidad jurídica (aunque existe la sanción de la pérdida del patrimonio acumulado durante su permanencia en el tercer sector).

Además, el legislador identificó algunas tipologías particulares de entidades del tercer sector, o si así se prefiere, algunas calificaciones particulares del tercer sector. En este sentido, es correcto hablar no ya de “entidad del tercer sector”, sino de “entidades del tercer sector” para subrayar esta pluralidad de modelos organizativos. Hay seis tipologías (o calificaciones) específicas, a las cuales corresponden seis secciones homónimas del RUNTS. Entre estas seis figuras se coloca la de la empresa social.

Las tipologías “particulares” de entidades del tercer sector son:

- la organización de voluntariado (ODV),
- la asociación de promoción social (APS),
- el ente filantrópico,
- la empresa social (incluida la cooperativa social),
- la sociedad de ayuda mutua,
- la red asociativa (incluida la red asociativa nacional).

A cada calificación particular del tercer sector corresponde una disciplina particular (así como una distinta sección del RUNTS) que especializa la tipología de entidad del tercer sector con respecto a la entidad del tercer sector en general y la distingue de las otras tipologías. Si excluimos la de la empresa social, estas disciplinas particulares no son particularmente amplias, sino más bien circunscritas. En consecuencia, excluyendo nuevamente a la empresa social, las diferencias de cada tipología con respecto a la noción general de entidad del tercer sector y entre ellas, no son tan marcadas. Algunas (las ODV) se caracterizan por el predominio de la acción gratuita y el uso predominante de voluntarios. Otras (las redes) por la función desempeñada, que es la representación, asistencia y protección de las entidades del tercer sector asociadas. Otras (las APS y las sociedades de ayuda mutua) por su carácter mutua predominante.

Las tipologías particulares de entidades del tercer sector son alternativas entre sí, de modo que una entidad no puede pertenecer simultáneamente a dos tipos y puede registrarse en una sola sección del RUNTS. Sin embargo, es posible cambiar el estatus, es decir, es posible la “transformación” de una forma particular a otra (por ejemplo, de ODV a empresa social), que puede llevarse a cabo sin consecuencias negativas de cualquier tipo a cargo de la entidad que la haga. Esta es también una ventaja aportada por el conjunto normativo del tercer sector creado por la reforma del 2017.

## 4. La empresa social como calificación y sus diferentes formas jurídicas

Entre las tipologías particulares de entidades del tercer sector, la empresa social es aquella cuya disciplina específica es más rica y articulada, así que la esencia de esta figura particular de entidad difiere no poco de la de las otras entidades del tercer sector. La empresa social tiene numerosos rasgos particulares, que son consecuencia de haber sido concebida por el legislador para la realización exclusiva de actividades comerciales (aunque el ejercicio de actividades comerciales no está en principio impedido a las otras entidades del tercer sector).

La regulación específica de la empresa social no se encuentra en el Código del Tercer Sector, sino en un acto legislativo separado y contemporáneo (el decreto legislativo 112/2017, que abroga el anterior decreto legislativo 155/2006).

Las principales especificidades de la nueva empresa social italiana son las siguientes.

En primer lugar, también la de empresa social es una calificación jurídica o un estatus jurídico, como se establece expresamente en el art. 1, párrafo 1. Sin embargo, esta calificación puede ser adquirida por todos los tipos legales de entes privados que posean los requisitos necesarios para esa calificación. Por lo tanto, a diferencia de las otras entidades del tercer sector, la empresa social puede tener no solo la forma de asociación o fundación, sino también la de sociedad, incluso anónima o cooperativa o incluso unipersonal, siempre que, en este último caso, el socio único no sea una administración pública, una entidad con ánimo de lucro o una persona física, que son los sujetos que nunca podrían adquirir la calificación de empresa social.

Admitiendo la forma societaria de empresa social, el legislador italiano quisiera expandir el “menú” de las opciones organizativas disponibles para las posibles partes interesadas. En el menú se incluye el tipo de ente jurídico, es decir la sociedad, que se supone que tenga la estructura más adecuada para llevar a cabo actividades comerciales, en particular por la mayor capacidad de atraer capital de riesgo. De esta manera, se permite la creación y difusión de “empresas sociales” no gobernadas democráticamente (como las cooperativas sociales) sino de acuerdo con el principio capitalista. Sin embargo, el riesgo de “contaminación” entre *profit* y *non profit* se reduce por restricciones y límites que también se aplican a las empresas sociales con forma de sociedad de capital, que sin embargo constituyen la verdadera novedad de la reforma y, en las intenciones del legislador, la nueva frontera del desarrollo de la empresa social (más allá de la cooperación social, cuyo papel, también histórico, fue reconocido por el legislador, atribuyendo a las cooperativas sociales el estatus de “empresas sociales de derecho”).

El estatus de empresa social se obtiene con el cumplimiento del primer requisito de calificación, es decir, con el registro de la entidad en una sección específica del registro de empresas (art. 5, párrafo 2). La calificación puede perderse por acto de la autoridad vigilante o también voluntariamente (lo que comporta en cualquier caso la devolución “desinteresada” de todo el patrimonio residuo, deducido el capital social versado por los socios en las empresas sociales societarias). Pueden adquirir el estatus así entidades de nueva constitución o las ya establecidas, incluidas aquellas que ya tienen otra calificación del tercer sector y quieren cambiar su estatus (por ejemplo, pasando de ODV a empresa social).

## 5. Actividades, objetivos y gobernanza de la empresa social

a) Se dijo que las empresas sociales constituyen la tipología de entidades del tercer sector específicamente diseñada por el legislador para el desarrollo de actividades comerciales. De hecho, ya en la definición que se ofrece, se prevé que las empresas sociales “llevan a cabo una actividad comercial de interés general en forma estable y principal” (Artículo 1, párrafo 1).

También para las empresas sociales (como para el resto de las entidades del tercer sector) hay una lista de actividades empresariales de interés general que las empresas sociales deben desarrollar para poder adquirir y mantener esa calificación.

Las listas de actividades mencionadas en el Artículo 2, párrafo 1, del Decreto Legislativo 112/2017 (aplicable a la empresa social) y el Artículo 5, párrafo 1, del Código (aplicable a todas las demás entidades del tercer sector), aunque son, en su mayor parte, similares, no son idénticas. El primer elenco es más corto que el segundo (dado que no incluye actividades, como la caridad, que por su naturaleza no pueden realizarse en forma empresarial) y envuelve algunas actividades, como el microcrédito, que no figuran en el segundo (porque no se pueden desarrollar sin forma societaria, permitida solo para las empresas sociales).

También la empresa social puede llevar a cabo actividades diferentes de las de interés general, pero con la condición de que las ganancias de la actividad principal de interés general sean superiores al setenta por ciento de las ganancias totales de la empresa social.

A diferencia de las otras entidades del tercer sector, la empresa social puede caracterizarse también, más que por el objeto de la actividad que lleva a cabo, por la inserción laboral de un cierto porcentaje mínimo de personas o trabajadores desfavorecidos. En este caso, el interés general de la actividad no depende de su *output*, sino

de su *input*, es decir, de la circunstancia de ocupar a personas que tienen dificultades de inserción laboral. El fenómeno se origina en las cooperativas sociales de inserción laboral a que se refiere el artículo 1, párrafo 1, b), de la Ley 381/1991, que a su vez ha sido un modelo para los legisladores en muchos otros países, no solo en Europa.

Más precisamente, el artículo 1, párrafo 4, Decreto Legislativo 112/2017, establece que: “a los efectos de este decreto, se considera en todo caso de interés general, a pesar de su objeto, la actividad comercial en la cual, para la consecución de finalidades cívicas, solidarias y de utilidad social, se emplean: a) trabajadores muy desfavorecidos de conformidad con el artículo 2, número 99) del Reglamento (UE) 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014 ...; b) personas desfavorecidas o con discapacidad de conformidad con el Artículo 112, párrafo 2, del Decreto Legislativo 18 de abril de 2016, n. 50... o personas que se benefician de la protección internacional de conformidad con el Decreto Legislativo de 19 de noviembre de 2007, n. 251 ... o también personas sin hogar inscritas en el registro mencionado en el artículo 2, cuarto párrafo, de la ley de 24 de diciembre de 1954, n. 1228, que están en tan mal estado que no pueden encontrar y mantener una vivienda de forma independiente”.

El quinto párrafo del mismo artículo especifica que el número de personas a que se refieren las letras a) y b) no debe ser inferior al treinta por ciento de los trabajadores, y que con el fin de calcular este porcentaje mínimo (que se calculará por lo tanto “para los jefes”), los trabajadores mencionados en la letra a) no pueden contar por más de un tercio y por más de veinticuatro meses de su empleo.

b) También la empresa social está en principio sujeta a la prohibición de distribución, incluso en forma indirecta, de ganancias y excedentes operativos a sus socios, trabajadores, directores, etc., y a la obligación de asignar los beneficios al desempeño de la actividad de interés general para el cumplimiento de su misión típica.

Sin embargo, el principio sufre una importante excepción con respecto a las empresas sociales en forma de sociedad. Para favorecer el acceso del capital de riesgo en la empresa social, las sociedades empresas sociales (y no, por lo tanto, las asociaciones o fundaciones empresas sociales) pueden no solo reevaluar el capital suscrito por los socios, sino también asignar dividendos a sus socios. Sin embargo, esta facultad encuentra dos límites: uno objetivo (se puede asignar no más del cincuenta por ciento de las ganancias y excedentes anuales, menos las pérdidas acumuladas en años anteriores) y otro subjetivo (el capital no puede ser remunerado en exceso del interés máximo de los bonos postales, incrementado en dos puntos y medio).

c) Un grupo de normas del Decreto Legislativo 112/2017 se ocupa de la gobernanza de la empresa social. En general, la estructura de gobernanza de la empresa

social depende de la forma jurídica en la que la empresa social sea constituida. Por ejemplo, será capitalista si la empresa social tiene la forma de sociedad anónima. Mientras que será personalista si tiene la forma de asociación o de cooperativa. Sin embargo, hay algunas reglas comunes que toda empresa social, independientemente de su forma legal, debe observar para conservar su calificación. Este estándar mínimo, o mínimo común denominador, se encuentra en varias disposiciones del Decreto Legislativo 112/2017.

Entre estas disposiciones, se destacan las que:

- para garantizar la autogestión de la entidad, reservan el nombramiento de al menos la mayoría de los directores a la asamblea de los socios de la empresa social (artículo 7, párrafo 1);
- por fines de transparencia y rendición de cuentas, obligan a la empresa social a elaborar, además del informe financiero, un informe social de acuerdo con las directrices ministeriales (art. 9);
- por razones de protección de la legalidad y lealtad de la conducta de los directores, también desde el punto de vista del cumplimiento de los objetivos de naturaleza social, comprometen a la empresa social a tener al menos un auditor legal con requisitos específicos de competencia, profesionalidad e independencia, así como, en presencia de ciertas circunstancias, a someterse a la auditoría legal de las cuentas (artículo 10);
- para garantizar el carácter participativo de la empresa social, prevén formas de participación en la gestión de los trabajadores, usuarios y otras partes interesadas (artículo 11);
- para que la empresa social sea un lugar donde reina la equidad retributiva entre los empleados, establecen un límite a las diferencias salariales (que no puede ser mayor que la relación 1:8; véase el art. 13).

## 6. El control público

Una regulación adecuada de la empresa social (y más en general de las entidades del tercer sector) debe necesariamente prever formas de control público para garantizar que el estatus de empresa social sea utilizado solo por entidades que sean realmente tales, es decir que actúan ajustadas a la ley. Esto debe llevarse a cabo tanto en el interés del Estado que financia la empresa social a través de medidas fiscales o de otra naturaleza (así como de los otros organismos públicos que tienen relaciones con las empresas sociales), cuanto en el interés de las empresas sociales entendidas como

un sistema de empresas basadas en una “imagen” común, ya que el uso incorrecto de la calificación, incluso por una sola unidad del sistema, puede causar daños en la imagen que se propagan por todo el sistema.

El legislador trató el tema en el artículo 15 del Decreto Legislativo 112/2017, que implementa soluciones inspiradas en aquellas en vigor en el sector cooperativo. La titularidad de la función de control corresponde al Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales, que la ejerce a través de la Inspección Nacional del Trabajo (Artículo 15, párrafo 2). Sin embargo, el Ministerio puede recurrir, alternativamente, a asociaciones entre empresas sociales, formadas por al menos mil empresas sociales con domicilio social en al menos cinco regiones o provincias autónomas, así como a las federaciones (así llamadas “centrales”) cooperativas, que ya por ley ejercen el control sobre las cooperativas sociales (Artículo 15, párrafo 3).

La inspección debe tener al menos una frecuencia anual y realizarse sobre la base de un informe aprobado por decreto ministerial. Corresponderá a un decreto ministerial posterior regular la actividad de inspección en mayor detalle (Artículo 15, párrafo 4). Si se comprueban violaciones, el sujeto que realiza la actividad de inspección advierte a la empresa social para que las regularice en un plazo razonable (Artículo 15, párrafo 6). Si las irregularidades no se corrigen dentro del plazo indicado en la advertencia o son irrecuperables, existe la sanción de pérdida de la calificación de empresa social que comporta la devolución “desinteresada” del patrimonio restante.

## 7. Las nuevas exenciones fiscales

La ineficacia del decreto legislativo 155/2006, ahora abrogado, en términos del número de empresas sociales (diferente de las cooperativas sociales) establecidas, se atribuyó a varios factores, incluidos los organizativos, como la prohibición total de distribuir dividendos a los socios; pero fue debido, en particular, a la falta de reglas fiscales *ad hoc*, capaces de promover el establecimiento de nuevas empresas sociales (especialmente dada la presencia del régimen fiscal particularmente favorable vigente para las cooperativas sociales). El legislador de la reforma ha intentado llenar este vacío a través del art. 18, Decreto Legislativo 112/2017. La expectativa obvia es que estas medidas finalmente puedan contribuir al “despegue” de la empresa social, sobre todo de la establecida en forma de sociedad (de capitales).

La primera medida fiscal es la desgravación de los beneficios y excedentes reinvertidos en la actividad de interés general y por lo tanto no distribuidos a los socios.

La segunda promueve las inversiones en el capital social de “nuevas” empresas sociales, permitiendo la deducción del 30% de lo invertido (con el límite de 1 millón

de euros por período impositivo) para la suscripción del capital de una sociedad que, independientemente de cuándo se estableció, ha adquirido el estatus de empresa social durante no más de cinco años. También es necesario que la inversión se mantenga durante al menos cinco años.

La tercera medida consiste en extender a las empresas sociales constituidas en forma de sociedad (también cooperativa) la posibilidad de recolectar capital de riesgo a través de plataformas en línea (así llamado *crowdfunding*).

Dada la naturaleza innovadora de estas medidas, a los efectos de su eficacia se consideró necesaria la autorización de la Comisión Europea, a solicitar por el Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales. Teniendo en cuenta la posición que ocupan las empresas sociales en el debate europeo, así como la orientación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el régimen fiscal de las sociedades cooperativas, no debería ser complejo para el gobierno italiano obtener esta autorización (aunque todavía no ha sido presentada la correspondiente solicitud).

## **8. Conclusiones. La nueva disciplina como factor de promoción y desarrollo de la empresa social**

La nueva disciplina de la empresa social italiana, que hoy se pone en el nuevo contexto del Derecho del tercer sector, ofrece un marco jurídico muy favorable para el desarrollo de esta específica figura del tercer sector. La relajación de algunos vínculos anteriores, como el relativo a la distribución de los beneficios a los socios, y la introducción de medidas fiscales específicas, hacen que la pluralidad de las formas jurídicas de la empresa social vuelva a ser efectiva. De aquí un posible desarrollo de las empresas sociales diferente de las cooperativas sociales, que podrían así dejar de ser la única forma de empresa social de hecho existente en Italia. Esto podría afectar positivamente al ámbito de la inserción laboral, puesto que las empresas sociales pueden constituirse con este específico objetivo.

Sin embargo, dado que la ley es necesaria pero por sí sola no suficiente para el éxito de un modelo organizativo, el “despegue” de la empresa social requiere por los menos dos condiciones más: por un lado, que ciertas “almas” del tercer sector abandonen el prejuicio ideológico de que todo lo que es empresa y mercado sean en sí mismo “malos”; por otro lado, que se conozca y difunda la capacidad de la empresa social no solo para satisfacer necesidades sociales, sino también necesidades de trabajo “decente” y de inversión ética y “paciente”. De hecho, la empresa social puede contribuir no solo al desarrollo social sino también al económico.

## Bibliografía

- CONSORTI, P., GORI, L. & ROSSI, E.: *Diritto del terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2018.
- CONTESSA, C., SIMEOLI, D. & VOLPE, I.: *Codice del terzo settore*, La Tribuna, Padova, 2019.
- DI SABATO, D. & NOCERINO, O. (curadores): *Il terzo settore. Profili critici della riforma*, ESI, Napoli, 2019.
- DONATI, F. & SANCHINI, F. (curadores): *Il codice del terzo settore. Commento al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e ai decreti attuativi*, Giuffrè, Milano, 2019.
- FELDMAN, Y.: *The Law of Good People*, CUP, Cambridge-New York, 2018.
- FICI, A.: “Impresa sociale”, *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, Agg., 3, II, UTET, Torino, 2007, p. 663 y ss.
- FICI, A.: *A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise*, Study for the Committee on Legal Affairs of the European Parliament, Brussels, 2017.
- FICI, A & GALLETTI, D. (curadores): *Commentario al decreto sull'impresa sociale. D. Lgs. 24 marzo 2006, n. 155*, Giappichelli, Torino, 2007.
- FICI, A., ROSSI, E., SEPIO, G. & VENTURI, P.: *Dalla parte del terzo settore. La riforma letta dai suoi protagonisti*, Laterza, Roma-Bari, 2020.
- FICI, A. (curador): *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.
- GORGONI, M. (curador): *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pacini, Pisa, 2018.
- MARASÀ, G.: *Imprese sociali, altri enti del terzo settore, società benefit*, Giappichelli, Torino, 2019.
- STOUT, L.: *Cultivating Conscience. How Good Laws Make Good People*, Princeton University Press, 2011.