

EL SISTEMA DE FUENTES DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA TRAS LA APROBACIÓN DE SU LEY REGULADORA 3/2011 DE 4 DE MARZO

Irene Escuin Ibáñez

Profesora Titular Derecho Mercantil
Universidad Politécnica de Cartagena

RESUMEN

Con la aprobación de la Ley 3/2011 reguladora de la Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España el legislador ha querido adoptar aquellas disposiciones necesarias para la efectiva ejecución del Reglamento (CE) nº 1435/2003 creador de este tipo social. Entre los elementos que han necesitado una adaptación específica a la legislación española se encuentra la determinación del régimen jurídico aplicable a esta sociedad dadas las especiales características que presenta la regulación de las cooperativas en España, donde la Ley 27/1999, de 16 de julio, General de Cooperativas debe coexistir, a su vez, con una pluralidad de leyes autonómicas. A tal efecto, el artículo 1 de la Ley 3/2011 introduce previsiones específicas que van a constituir el objeto de nuestro estudio. En concreto, se hará referencia a la manera como se ha adaptado el criterio de la sede real en nuestro ordenamiento, de acuerdo con el cual las SCE domiciliadas en España deberán ubicar su domicilio y administración central dentro del territorio español. En segundo término, se analizará el significado y las repercusiones que tiene la elección del criterio del lugar de realización principal de la actividad cooperativizada para determinar el tipo de ley autonómica aplicable a las SCE domiciliadas en España.

PALABRAS CLAVE: Sociedad cooperativa europea, fuentes, legislación nacional, legislación autonómica

SOURCES OF LAW SYSTEM GOVERNING EUROPEAN COOPERATIVE SOCIETIES DOMICILED IN SPAIN FOLLOWING THE ENACTMENT OF SPANISH LAW 3/2011 OF 4 MARCH 2011 REGULATING THESE COOPERATIVES

ABSTRACT

With the adoption of the Act N° 3/2011 regulating the European Cooperative Society established in Spain, Spanish legislator has introduced those dispositions which are necessary in order to implement the Council Regulation (EC) N°1435/2003. The identification of the national law applicable to the ECS established in Spain has required a specific implementation due to the special characteristic of Spanish legislation on cooperatives. In Spain, the Act N° 27/1999, of 16 July regulating Spanish cooperative societies has to coexist with different laws on cooperatives adopted by each Autonomous Regions. In order to solve the problems which this plurality of laws may cause, the article 1 of the Act N° 3/2011 introduces specific dispositions. Taking into account the content of the article 1, it will be analyzed the way in which Spanish legislator has implemented the real seat criterion which compels all ECS established in Spain to locate their domicile and administration in our territory. In second place, it will be studied the meaning and main consequences of using the concept of “actividad cooperativizada” as a criterion which allows to identify the national or autonomic law on cooperatives applicable to ECS established in Spain.

KEY WORDS: European cooperative society, sources, national legislation on cooperatives, legislation on cooperatives of each Autonomous Region

SUMARIO

1. El sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea de acuerdo con el Reglamento (CE) nº 1435/2003: papel asignado a las legislaciones nacionales sobre cooperativas de los distintos Estados Miembros. 2. Incidencia de la Ley 3/2011 de 4 de marzo reguladora de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España sobre el sistema de fuentes diseñado por el Reglamento comunitario. 2.1. Criterio que determina la aplicación a la sociedad cooperativa europea de la legislación española sobre cooperativas: criterio de la sede real. 2.2. Criterio que determina la aplicación a la sociedad cooperativa europea domiciliada en España de la ley nacional o autonómica correspondiente: el criterio de la actividad cooperativizada

1. El sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea de acuerdo con el Reglamento (CE) nº 1435/2003: papel asignado a las legislaciones nacionales sobre cooperativas de los distintos Estados Miembros

La Sociedad Cooperativa Europea (SCE) pretendió ser una respuesta a los deseos de llevar a cabo una armonización legislativa en el seno de la UE mediante la creación de tipos sociales de corte exclusivamente europeo, que dispusieran de una regulación propia y pudieran competir en igualdad de condiciones con el resto de tipos previstos en las legislaciones nacionales de cada Estado Miembro¹. Tal intención, sin embargo, no ha tenido un reflejo claro en el Reglamento (CE)

1. Hacia la consecución de este objetivo estaban orientadas las primeras propuestas de creación de la sociedad anónima y cooperativa europea, vid. GIRÓN TENA, J. "El Derecho español ante el Derecho comunitario de sociedades", en AAVV. *Tratado de Derecho comunitario europeo* (Dir. GARCÍA DE ENTERRÍA, E./GONZÁLEZ CAMPOS, J.D./MUÑOZ MACHADO,S.), Ed. Civitas, Madrid, pág. 20; ESTEBAN VELASCO, G. "El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea", *RdS*, núm.16, 2001, pág. 143 y ss; MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J. "Primera aproximación al estatuto de la sociedad cooperativa europea", *REVESCO*, núm. 80, 2003, pág. 303 y s. LANG / WEIMÜLLER. *Genossenschaftsgesetz Kommentar*, ed. De Gruyter, Berlin, 2006, p. 43; EDBURY, M. "The european company statue: a practical working model for the future of european company law making?", núm.15, *European Business Law Review*, 2004, p.1284.

nº 1435/2003 por el que se aprueba el estatuto jurídico de la SCE. Es cierto que el Reglamento sienta las bases de un tipo social independiente de carácter europeo, pero a la hora de diseñar su sistema de fuentes no consigue desvincularse de la referencia a las distintas legislaciones nacionales sobre cooperativas. Estas últimas continúan desempeñando un papel importante en la regulación de la SCE².

En efecto, el art. 8 del Reglamento introduce un sistema jerárquico de fuentes encabezado por él mismo y seguido por los estatutos de la sociedad dentro del espacio de actuación diseñado por el propio Reglamento. Tras esta referencia al Derecho puramente europeo, el precepto remite a la aplicación supletoria de las distintas legislaciones nacionales en todo aquello no previsto por él. Esta aplicación supletoria supone a su vez atender, en primer lugar, a la legislación que adopten los Estados miembros en respuesta a las medidas comunitarias referidas exclusivamente a la SCE, en segundo lugar, a la legislación estatal sobre cooperativas del Estado donde tenga su domicilio social y, por último, a las disposiciones de los estatutos de la sociedad en las mismas condiciones que el resto de las cooperativas nacionales.

Este complejo sistema de fuentes constituye uno de los puntos débiles del estatuto de la SCE por varias razones. Por un lado, dificulta la determinación de la norma aplicable creando, con ello, una cierta inseguridad jurídica. Por otro lado, deja un amplio espacio de actuación a las legislaciones nacionales contraviniendo, así, la pretensión de elaborar una regulación uniforme para las cooperativas europeas de ámbito supranacional. Lo que en la práctica se ha creado es un híbrido nacional-comunitario cuyo régimen será diferente dependiendo del lugar de su domicilio social. Ello hace que, en último término, este sistema de fuentes favorezca comportamientos tendentes a elegir el lugar del domicilio en función

2. Así ha sido puesto de manifiesto por la mayor parte de la doctrina, RACUGNO, G. “La società cooperativa europea”, núm. 1, 2, y 3, *Riv.dir.comm.*, 2006, p.316; LANG / WEIMÜLLER. *Genossenschaftsgesetz Kommentar*, p.44; LUTTERMANN, C. “Die europäische Genossenschaft”, *ZVglRWiss*, núm 93, 1994, p.32; PASTOR SEMPERE, C. “La sociedad cooperativa europea”, *REVESCO*, núm. 74, 2001, p.188; LAMBEA RUEDA, A. “La sociedad cooperativa europea: el Reglamento 1435/203, de 22 de julio”, (2004), *RDP*, 2004, p.302; MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J. “Primera aproximación al estatuto de la sociedad cooperativa europea”, p.69; MONTOLÍO HERNÁNDEZ, J.M^a. “Estatuto cooperativo europeo”, núm. 66, *REVESCO*, 1998, p.104; DARBOMIDA, R. “El estatuto de la sociedad cooperativa europea: evolución, actualidad y perspectivas”, núm.17, *CIRIEC*, 1994, p.126.

de las posibles ventajas que cada Estado miembro ofrezca a la SCE en su propia regulación interna³.

Si atendemos al contenido mismo del Reglamento encontramos que el amplio espacio de actuación concedido a las legislaciones nacionales queda plasmado en el reducido número de materias para las que se ha dispuesto una regulación imperativa. En principio, el legislador comunitario se ha mostrado especialmente riguroso en el tratamiento de dos aspectos concretos: primero en la delimitación del tipo de sujetos que pueden acceder al modelo de SCE y, segundo, en los criterios para identificar el domicilio social y proceder a su traslado. El especial rigor con que se regulan ambos aspectos demuestra que el verdadero interés del legislador comunitario a la hora de regular la SCE ha sido el de crear un tipo social que pueda moverse con facilidad dentro del territorio de la UE y que pueda competir con garantía de éxito en el exterior. A ello responde el diseño de todo un procedimiento de traslado de domicilio que no necesita la previa disolución, liquidación y extinción de la persona jurídica. Junto a ello, la posibilidad de que las personas jurídicas puedan participar en la constitución de una cooperativa europea, bien de nueva creación, bien mediante la transformación o fusión de cooperativas ya existentes, da cuenta del interés por favorecer la proliferación de empresas más grandes y competitivas dentro del entorno comunitario⁴. Fuera de estos aspectos, son realmente pocos los preceptos de carácter imperativo que pueden encontrarse a lo largo del articulado de la norma comunitaria⁵. Puede decirse, en este sentido, que las autoridades europeas, después de haber actuado sobre los dos aspectos realmente desean potenciar con la creación de la SCE, dejan a los

3. Vid., críticas generalizadas en ESTEBAN VELASCO, G. "El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea", p. 162; ALFONSO SÁNCHEZ, R. "La sociedad cooperativa europea: un nuevo tipo social en un escenario complejo", Noticias de la U.E., núm. 252, 2006, p. 25; PASTOR SEMPERE, C. "La sociedad cooperativa europea", p. 191; MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J. "Primera aproximación al estatuto de la sociedad cooperativa europea", p. 11 y ss.

4. El Reglamento constituye, así, una salida ante los fracasos de la decimocuarta Directiva comunitaria sobre traslado de domicilio social de un Estado miembro a otro con cambio de ley aplicable de 1997 o de la novena Directiva sobre grupos de sociedades. Respecto a ambas Directivas, vid. FAJARDO GARCÍA, G. FAJARDO GARCÍA, G. "Reflexiones sobre el estatuto de la sociedad cooperativa europea: nuevas posibilidades", en AAVV. *Integración empresarial cooperativa Ponencias del II coloquio ibérico de cooperativismo y economía social*, Ed. Ciriec-España, Valencia, 2003, pág. 203.

5. Vid. ESCUIN IBÁÑEZ, I / PARDO LÓPEZ, M. "Sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Importancia de los estatutos sociales", en AAVV. *La sociedad cooperativa en Europa domiciliada en España* (Alfonso Sánchez, R., dir.), p. 102.

Estados miembros la tarea de abordar el resto de cuestiones relacionadas con el estatuto de este tipo social, evitando tener que enfrenarse aquellas que plantean mayores problemas de uniformización porque no se han regulado bajo la misma perspectiva en los distintos Estados miembros.

El sistema de fuentes diseñado por el art. 8 del Reglamento (CE) nº 1435/2003 va a tener una especial repercusión en España habida cuenta de la complejidad con que se ha llevado a cabo el tratamiento legislativo de este tipo social dentro de nuestras fronteras. La asunción por parte de las CCAA de potestad legislativa en la regulación de las cooperativas⁶ ha llevado a una situación en la que la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, General de Cooperativas debe coexistir, a su vez, con una pluralidad de leyes autonómicas que disponen de un ámbito propio de actuación. Todo ello ha generado importantes problemas de coordinación entre cada una de ellas y puede plantear dificultades en la futura aplicación de la Ley 3/2011, de 4 de marzo, reguladora de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Con estos precedentes, conviene analizar cuál es la repercusión que esta nueva norma va a tener sobre el complejo escenario en el que se mueve la regulación de las cooperativas dentro de nuestro territorio.

2. Incidencia de la Ley 3/2011, de 4 de marzo, reguladora de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España sobre el sistema de fuentes diseñado por el Reglamento comunitario

Una de las obligaciones que el art. 78 del Reglamento (CE) nº 1435/2003 impuso a los Estados miembros fue la adopción de todas aquellas medidas que

6. El origen de esta asunción de poder legislativo por parte de las CCAA tiene su origen en la STC 72/1983, de 29 julio (RTC 1983, 72). En ella el TC aprovecho el debate en torno a la naturaleza jurídica de la cooperativa para no pronunciarse de forma clara sobre su inclusión dentro de lo que el art. 149.1 6ª de la CE denomina “legislación mercantil”, cuya competencia corresponde en exclusiva al Estado. Esta ambigüedad unida a la ausencia de una referencia expresa a la cooperativa en el conjunto de materias que el art. 149.3 de la CE atribuye directamente al Estado, fue utilizada por las CCAA con más iniciativa legislativa (Cataluña, Euskadi, Andalucía, Valencia y Navarra) para elaborar sus respectivas leyes sobre cooperativas. Vid. ampliamente en ESCUIN IBÁÑEZ, I / PARDO LÓPEZ, M. “Sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Importancia de los estatutos sociales”, en AAVV. *La sociedad cooperativa en europea domiciliada en España* (Alfonso Sánchez, R., dir.), p. 108 y ss.

fueran necesarias para su efectiva ejecución dentro de sus respectivos territorios. En cumplimiento de esta disposición el legislador español ha procedido a la aprobación de la Ley 3/2011 de 4 de marzo reguladora de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España⁷. La norma se compone de veinte artículos a través de los cuales va desgranando aquellos aspectos de la SCE que necesitan una adaptación especial en nuestro ordenamiento⁸. En concreto, trata cuestiones relativas a su regulación, registro, al traslado de domicilio social y a su constitución por fusión y transformación⁹. De igual forma, introduce previsiones concretas respecto al sistema de administración dual de las SCE¹⁰ y, por último, habilita al Juez de lo Mercantil del domicilio social de la SCE para declarar el concurso en los supuestos previstos por el art. 73. 1 del Reglamento.

De entre todas estas cuestiones nos vamos a detener en el análisis del art. 1, a través del cual se sientan las bases del régimen jurídico de la SCE domiciliada en

7. A diferencia de lo que ocurre con la Sociedad Anónima Europea, el legislador ha rechazado la posibilidad de introducir en la Ley 27/1999, General de Cooperativas un capítulo específico dedicado a la SCE y ha optado por elaborar un texto autónomo e independiente, vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R. "Respuesta del ordenamiento jurídico español ante la realidad de la sociedad cooperativa europea", *CIRIEC*, núm. 21, 2010, p. 7.

8. En cualquier caso, lo reducido del texto legal lleva a la conclusión de que realmente no atiende a todos los aspectos que serían necesarios para completar el régimen jurídico de la SCE según el Reglamento, vid. críticas en ALFONSO SÁNCHEZ, R. "Respuesta del ordenamiento jurídico español ante la realidad de la sociedad cooperativa europea", p. 10.

9. Respecto a estas cuestiones, el Reglamento comunitario simplemente atribuía a los Estados miembros la facultad de regularlas si así lo deseaban. En este sentido, el artículo 7.14 del Reglamento permitía a las legislaciones de los Estados miembros la posibilidad oponerse al traslado del domicilio siempre y cuando existieran razones de interés social que lo justificasen. De igual forma, el artículo 28.2 permitía a los Estados miembros introducir en su ordenamiento disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada para aquellos socios que se hubiesen opuesto a la fusión. También el artículo 35.7 concedía a las legislaciones nacionales la facultad de condicionar la transformación a una votación favorable por mayoría cualificada o por unanimidad en el órgano de control de la cooperativa transformada, vid. ESCUIN IBÁÑEZ, I / PARDO LÓPEZ, M. "Sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Importancia de los estatutos sociales", p. 105.

10. Con ello se viene a solventar un importante inconveniente de las numerosas remisiones que el Reglamento hace a las legislaciones nacionales. Hasta la aprobación de la Ley 3/2011, nuestro ordenamiento desconocía la posibilidad de estructurar la administración de una cooperativa en dos órganos. Ello hacía que las SCE que desearan domiciliarse en España se encontrasen con un vacío normativo bastante considerable en este ámbito, vid. ESCUIN IBÁÑEZ, I / PARDO LÓPEZ, M. "Sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Importancia de los estatutos sociales", p. 105.

España. El precepto atiende básicamente a dos aspectos. Por un lado, delimita el criterio que debe seguirse para aplicar a la SCE la legislación española sobre cooperativas como fuente supletoria. En este sentido, nuestro legislador ha introducido el criterio de la sede real de acuerdo con el cual la legislación española rige para todas aquellas SCE cuya administración central y domicilio social se encuentran dentro del territorio español. El segundo aspecto sobre el que se centra el art. 1 es la delimitación del criterio que permite seleccionar, de entre el conjunto de leyes de cooperativas que están en vigor dentro de nuestro territorio, aquella que resultará aplicable a la SCE domiciliada en España. Para ello, el precepto recurre al criterio del lugar donde la SCE realice principalmente su actividad cooperativizada. Con este punto de partida, en las páginas siguientes se llevará a cabo un estudio detenido de ambos criterios, de su significado y de las consecuencias que puede llevar consigo su aplicación práctica.

2.1. Criterio que determina la aplicación a la sociedad cooperativa europea de la legislación española sobre cooperativas: el criterio de la sede real

El domicilio social es utilizado por el Reglamento comunitario en un doble sentido. Por un lado, es uno de los elementos que definen a la SCE, en la medida en que esta última debe estar domiciliada en alguno de los Estados miembros de la UE (art. 8). Pero, al mismo tiempo, actúa como criterio que permite seleccionar la ley nacional aplicable supletoriamente al tipo, si atendemos al sistema de fuentes diseñado por su art. 8.

El domicilio, sin embargo, no es más que el lugar elegido contractualmente por las partes para localizar la actividad jurídica de la sociedad y uno de los datos que deben constar obligatoriamente en los estatutos¹¹. Si los socios son libres a la hora de decidir dónde desean domiciliarse, o si necesariamente deben elegir como domicilio el lugar donde la sociedad tiene su centro de actividades, ha sido una cuestión largamente debatida por la doctrina¹². La imprecisión legislativa en esta materia hace que dentro de nuestras fronteras sea posible encontrar argu-

11. Vid. URÍA, R / MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil I*, Madrid, 1999, p. 543.

12. Al respecto, GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*, t.1, Madrid, 1976, p. 316 y s; URÍA, R / MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil I*, Madrid, 1999, p. 546 y s.

mentos en un sentido y otro. El debate ha girado en torno a las distintas interpretaciones recibidas por el art. 41 del Cc y 9 y 10 de la LSC. El Cc introduce, como regla general, que el domicilio debe venir fijado por los estatutos y, sólo en ausencia de mención específica al respecto, deberá recurrirse al lugar donde la sociedad tenga establecida su representación legal o dónde realice sus principales funciones. La LSC, por su parte, establece que el domicilio deberá fijarse en el lugar donde la sociedad tenga su efectiva administración o su principal establecimiento o explotación. La norma, sin embargo, admite a continuación la posibilidad de que existan discordancias entre el domicilio registral y real, discordancias que resuelve simplemente introduciendo una medida de protección a terceros, de acuerdo con la cual estos últimos podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos.

Atendiendo al contenido de todos estos preceptos, existe consenso a la hora de concluir que existe una libertad de elección por parte de los socios. No obstante, esta libertad debe quedar circunscrita, a juicio de algunos, a la elección del lugar de establecimiento del negocio, pero que, una vez elegido, debe haber una coincidencia entre el domicilio real y el estatutario. Para otros, sin embargo, la libertad de elección debe entenderse en su sentido más amplio de manera que los socios estén facultados para introducir en los estatutos el domicilio que deseen independientemente de que no coincida con el real, siempre y cuando se introduzcan medidas de protección a terceros ante los posibles perjuicios que esta discordancia pueda originar¹³.

Siendo este el contexto en el que se mueve la elección de domicilio social en nuestro ordenamiento, el art. 6 del Reglamento comunitario va a optar por el criterio de la sede real, es decir, el domicilio de la SCE deberá situarse en el mismo Estado miembro donde la sociedad tenga su administración central. Se quiere, con ello, una correspondencia entre la unidad económica y jurídica, de forma que el domicilio de cuenta del arraigo que debe existir entre la sociedad y el lugar

13. La necesidad de una coincidencia entre el domicilio real y el registral se ha justificado por razones de orden público y seguridad jurídica. Se ha considerado que el lugar donde la sociedad debe cumplir sus obligaciones, debe registrarse, debe reunir a sus órganos, debe recibir las notificaciones y también debe litigar debe ser aquel donde realmente está desarrollando su objeto social, vid. GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*, p. 317. El legislador, sin embargo, tampoco prohíbe expresamente a los socios el establecimiento de ubicaciones diferentes, el único límite que establece es que tal decisión no pueda afectar los intereses de terceros, vid. URÍA, R / MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil I*, Madrid, 1999, p. 547.

donde esta última desempeña su actividad económica¹⁴. La necesidad de este arraigo adquiere un especial significado en la SCE si atendemos a la función adicional que asume el domicilio en este tipo social. Si éste es el elemento que determina la ley nacional aplicable supletoriamente a la SCE, parece razonable que la sociedad venga regulada por la legislación de aquel Estado miembro donde realmente va a desarrollar su vida económica¹⁵. Conviene matizar, sin embargo, que esta intención del legislador comunitario de conectar la ubicación registral con el centro de decisión de la SCE viene referida al mismo Estado miembro, es decir, ambos elementos deben coincidir dentro del mismo Estado miembro, pero nada impide, a tenor de lo establecido en el Reglamento, que dentro de ese mismo Estado SCE tenga ubicado el domicilio registral y el real en lugares diferentes. La posibilidad de que ambos deban coincidir en el mismo lugar dentro del mismo Estado miembro es algo que el art. 6 del Reglamento ha dejado a la discrecionalidad de cada una de las legislaciones nacionales. Esta posibilidad, sin embargo, no ha quedado recogida en la Ley 3/2011. La norma se limita, en su art. 1, a establecer que la SCE domiciliada en España debe fijar su domicilio y administración central dentro del territorio español y a exigir de todas las SCE, cuya administración central se encuentre en España, su domiciliación en nuestro país. Una vez sentados estos principios, la Ley no prohíbe expresamente la posibilidad de que una SCE sitúe su domicilio y su administración central dentro del territorio español, pero en lugares diferentes¹⁶.

Con esta premisa, el art. 1 de la Ley 3/2011 merece un comentario adicional respecto al sentido con que se utiliza el concepto de administración central a efectos de fijar el domicilio de la SCE. Como ya quedó expuesto el recurso al criterio de la sede real encierra el interés del legislador español y comunitario porque exista una cierta conexión entre la ubicación registral de la sociedad y el lugar donde esta última gestiona realmente el fin común. Sin embargo, la iden-

14. Idea que también subyace en la introducción del criterio de la sede real para determinar la ley nacional aplicable a las Sociedades Anónimas Europeas (SAE), vid. PALAO MORENO, G. “El domicilio social de la sociedad anónima europea y su traslado”, en AAVV. *La sociedad anónima europea domiciliada en España* (Dir. BOQUERA MATARREDONA, J.), Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano, 2006, p. 72.

15. Vid. SASSO, L. “Societas Europea: between harmonization and regulatory competition”, ECL, núm. 4, 2007, p. 161.

16. Idéntica postura ha mantenido el legislador español para las Sociedades Anónimas Europeas, vid. PALAO MORENO, G. “El domicilio social de la sociedad anónima europea y su traslado”, p. 72

tificación de este lugar no resulta fácil desde un punto de vista técnico. Su localización se ha realizado tradicionalmente atendiendo a dos enfoques distintos. Por un lado, atendiendo al lugar donde materialmente se ejecuta la actividad social (vertiente empresarial) y, por otro, al lugar desde dónde se dirige o se encuentra la última instancia de decisión en los asuntos sociales (vertiente administrativa)¹⁷. Los dos enfoques han quedado recogidos en el art. 9 de la LSC al identificar el domicilio social con el lugar donde se halle el centro de la efectiva administración de la sociedad o donde radique su principal establecimiento o explotación. Sin embargo, en el ámbito de las SCE, el legislador se ha centrado únicamente en la vertiente administrativa y este hecho puede generar algunas dificultades prácticas. En primer término, es posible que la propia disposición de los órganos sociales haga imposible determinar dónde se encuentra el centro de decisión y, por tanto dónde debe domiciliarse la SCE¹⁸. Ello se pone especialmente de manifiesto hoy en día con la irrupción de las nuevas tecnologías de la comunicación que permiten las reuniones virtuales de los miembros del órgano de administración establecidos en diferentes lugares¹⁹. En tales casos, la posibilidad de recurrir alternativamente al lugar de explotación de la actividad para definir el domicilio podría salvar el problema. Por otro lado, hemos visto que uno de los objetivos que persigue la identificación entre domicilio y la administración central es el de conectar la sociedad al lugar donde ésta última verdaderamente gestiona el fin común, no obstante, conviene tener en cuenta que, en ocasiones, la ubicación de la administración central puede responder a razones meramente circunstanciales que no den cuenta de una verdadera vinculación con la vida económica de la sociedad. Pero además esta limitación a la esfera puramente administrativa que se hace tanto en el Reglamento, como en el art. 1 de la Ley 3/2011 genera una cierta descoordinación con el criterio que este último precepto introduce a la hora de seleccionar la ley autonómica aplicable a la SCE. A ello nos referiremos en el epígrafe siguiente.

17. Vid. GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*, p. 319.

18. GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*, p.320.

19. AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital* (Rojo,A. / Beltrán, E.), Madrid, 2011, p.236.

2.2. Criterio que determina la aplicación a la sociedad cooperativa europea domiciliada en España de la ley nacional o autonómica correspondiente: el criterio de la actividad cooperativizada

a) Concepto de actividad cooperativizada

Hasta ahora hemos visto que el art. 1 de la Ley 3/2011 considera aplicable supletoriamente la legislación española sobre cooperativas a aquellas SCE cuyo domicilio se encuentra en España, entendiendo por domicilio el lugar donde la sociedad tiene su administración central. No obstante, a la hora de determinar qué norma de las distintas que regulan las cooperativas españolas corresponde a la SCE, el legislador va a utilizar un criterio distinto al del domicilio. En concreto, el art. 1 de la Ley 3/2011 establece que será aplicable la ley del lugar donde la SCE domiciliada en España realice principalmente su actividad cooperativizada. La introducción en estos casos de un criterio distinto lleva a plantearse, en primer término, qué debe entenderse por actividad cooperativizada a estos efectos y cuáles son las consecuencias derivadas de su utilización.

En principio, la actividad cooperativizada sería aquella actividad que los socios, y en ocasiones también los terceros, desarrollan en la vertiente interna de la sociedad y que se diferencia, a su vez, del objeto social. Este último representaría, al igual que en cualquier otra sociedad mercantil, la actividad que la cooperativa se compromete a realizar hacia el exterior²⁰. Siendo este el concepto, parece que el primer objetivo del legislador español a la hora de utilizar el criterio de la actividad cooperativizada es permitir que la SCE domiciliada en España venga regulada por la norma de aquella CCAA con la que mantiene algún tipo de conexión, conexión que en este caso se mide en función del grado de actividad que la cooperativa desarrolla en el territorio autonómico. Subyace, por tanto, el mismo argumento utilizado en su momento para justificar la identificación entre domicilio y administración central a efectos de seleccionar la ley nacional aplicable a la SCE. En aquella sede comentamos que la intención, tanto del legislador europeo a través del Reglamento, como del español a través del art. 1 de la Ley 3/2011, fue

20. La diferenciación entre objeto social y actividad cooperativizada es una distinción defendida en el plano jurídico que se presenta con mayor nitidez en determinados tipos de cooperativas. Por ejemplo en las cooperativas agrarias la entrega de los productos, bien por parte de los socios, bien por terceros, para su futura comercialización sería la actividad cooperativizada, mientras que la comercialización en sí constituiría el objeto social, vid. ampliamente en ALFONSO SÁNCHEZ, R. *La integración cooperativa y sus técnicas de realización*, Valencia, 2000, p. 367.

la de propiciar que la SCE viniera regulada por la ley del Estado miembro con el que mantuviera algún tipo de vinculación. La única diferencia es que, para aquellos casos, tanto el Reglamento, como el art. 1 de la Ley 3/2011, fijaban la vinculación atendiendo básicamente a la vertiente administrativa, es decir, se aplicaba la ley del Estado miembro donde se dirigían y administraban los asuntos sociales, independientemente de dónde se llevaba a cabo la explotación económica efectiva. En la selección de la norma autonómica, sin embargo, el legislador español ha optado por fijar la conexión atendiendo únicamente al aspecto económico, es decir, se aplica la ley de la CCAA donde la cooperativa lleva a cabo su actividad económica.

Esta divergencia de criterios a la hora de fijar la conexión que se pretende entre la SCE y el lugar del que procede la regulación a aplicar nos permite profundizar en las observaciones que en su momento hicimos al art. 1 de la Ley 3/2011 al introducir el criterio de la sede real para seleccionar la ley nacional supletoria. Como hemos visto, el precepto simplemente aplica la legislación española a las cooperativas europeas cuyo domicilio y administración central se ubican en España, pero no exige que la SCE desarrolle también su actividad económica dentro del territorio español. La ausencia de referencia expresa a la actividad económica a la hora de sentar las bases del criterio de la sede real puede propiciar problemas de regulación a los que sea difícil dar una salida en la práctica. Tal sería el supuesto, por ejemplo, de una SCE que decida domiciliarse y situar su administración central en territorio español y que, sin embargo, realice su actividad cooperativizada fuera de España. En tales casos, si atendemos a lo establecido por el Reglamento y el art. 1 de la Ley 3/2011 habría que acudir a la legislación española, no obstante, al realizar su actividad cooperativizada fuera de España no sería posible seleccionar ley autonómica alguna.

Al margen de todo ello, el concepto de actividad cooperativizada utilizado por el art. 1 de la Ley 3/2011 merece un comentario adicional. Como ha quedado expuesto, en el desarrollo de esta actividad interna por parte de los socios es posible que también participen terceros, terceros que además pueden actuar desde diferentes CCAA. El dato de la distinta ubicación territorial de los sujetos que participan en la actividad cooperativizada ha sido lo que ha justificado el empleo del adverbio “principalmente” por parte del art. 1 de la Ley 3/2011. De esta manera, y atendiendo a su tenor literal será aplicable la ley de aquella CCAA donde la actividad cooperativizada se realice de manera principal. No obstante, la utilización de este adverbio plantea interrogantes adicionales, básicamente

porque constituye un concepto jurídico indeterminado al que es necesario dotar de contenido. El adverbio “principalmente” es lo bastante impreciso como para necesitar una previa identificación de aquellos elementos de la actividad de la cooperativa cuya presencia permita concluir que esta última se realiza principalmente en el territorio de una determinada CCAA. En esta tarea, las opciones son múltiples. Por un lado, el carácter principal puede venir determinado por la “calidad” de la actividad realizada o por su “cantidad”. Si este carácter principal se mide por aspectos cuantitativos, son también varios los parámetros a tener en cuenta: el volumen de negocio, el valor de las operaciones realizadas etc. Además también será necesario precisar a partir de qué porcentajes de operaciones o de cifras puede considerarse que la actividad cooperativizada se realiza principalmente en el territorio de una CCAA²¹.

b) Consecuencias derivadas de la aplicación del criterio de la actividad cooperativizada en la regulación de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España

Junto a la necesidad de garantizar que la SCE venga regulada por la ley autonómica del lugar donde verdaderamente desarrolla su actividad económica, la utilización del criterio de la actividad cooperativizada responde a una segunda motivación por parte del legislador español, concretamente, lograr un cierto grado de coordinación entre el sistema de fuentes de la SCE y el complejo panorama legislativo que presentan las cooperativas dentro del territorio español.

En efecto, la previsión en el Reglamento comunitario del criterio de la sede real, de acuerdo con el cual se aplicaba la ley del Estado donde se ubicaba el domicilio y la administración central de la SCE chocaba en España con la existencia de una pluralidad de normas autonómicas en vigor. Antes de la aprobación de la Ley 3/2001, la opción por una u otra norma autonómica se resolvió considerando aplicable la ley de la CCAA donde se hubiera domiciliado la SCE y ello porque, a efectos del sistema de fuentes diseñado por el Reglamento, cada CCAA

21. La opción por el criterio cuantitativo parece el más conveniente en la medida en que resulta más objetivo, vid. en este sentido MORILLAS JARILLO, M^a.J. “El ámbito de actuación de las Leyes de Sociedades Cooperativas”, en AAVV. *Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002, p. 4745. En cualquier caso, sigue resultando difícil establecer las cuantías a partir de las cuales se puede decir que la actividad cooperativizada se desarrolla en el territorio de una CCAA con carácter principal.

debía ser considerada como un Estado²². Con esta interpretación se conseguían salvar los problemas planteados por la diversidad normativa existente en España en materia de cooperativas, pero al mismo tiempo se creaban dificultades añadidas. En efecto, tal interpretación generaba diferencias de trato a nivel legislativo entre la SCE y las cooperativas españolas porque ante situaciones iguales les resultaban aplicables leyes diferentes. La clave se encontraba en el hecho de que el Reglamento y las distintas leyes autonómicas utilizaban criterios dispares para definir sus respectivos ámbitos aplicativos. Si el Reglamento usaba el criterio de la sede real entendido como el lugar donde se encontraba el domicilio y el centro de la administración social, la mayor parte de las leyes autonómicas fijaban su ámbito aplicativo atendiendo al lugar donde desarrollaban principalmente su actividad cooperativizada con independencia de dónde se encontraran domiciliadas. En función de ello, podía darse el caso de una SCE y una sociedad cooperativa que, a pesar de estar domiciliadas en la misma CCAA, se regularan por normas distintas simplemente porque esta última desempeñara su actividad cooperativizada en otro territorio autonómico²³.

El art. 1 de la Ley 3/2011 ha venido a solventar este tipo de problemas al igualar el criterio que determina la ley autonómica aplicable a todas las sociedades cooperativas ya sean europeas o no. En ambos casos habrá que atender al lugar donde se desarrolle principalmente la actividad cooperativizada²⁴. En cualquier caso, la solución a este problema ha generado, al mismo tiempo, desajustes en otros ámbitos. Por un lado, esta equiparación de criterios a la hora de seleccionar la norma autonómica aplicable debería haber ido acompañado, como ya tuvimos

22. La intención del legislador comunitario, que quedó plasmada en la Propuesta de Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea aunque no se incorporó en la redacción definitiva, fue la de considerar a cada unidad territorial interna con una ley propia sobre cooperativas como un Estado a efectos de la Ley aplicable, vid. VICENT CHULIÁ, F. "La sociedad cooperativa europea", CIRIEC, núm. 14, 2003, pág. 65; ALFONSO SÁNCHEZ, R. "Sociedad cooperativa europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo", Noticias UE, núm. 252, pág. 29.

23. Vid. críticas a esta situación en ALFONSO SÁNCHEZ, R. "Sociedad cooperativa europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo", p.30; ESCUIN IBÁÑEZ, I / PARDO LÓPEZ, M. "Sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Importancia de los estatutos sociales", p. 114.

24. Vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R. "Respuesta del ordenamiento jurídico español ante la realidad de la sociedad cooperativa europea", p.8.

ocasión de exponer, de una adaptación a nuestro ordenamiento del criterio de la sede real tal cual aparece en el Reglamento comunitario. Esta adaptación debería haber girado entorno a la exigencia de que la legislación española fuera aplicable no sólo a la SCE cuyo domicilio y administración central se ubicaran en España, sino también su actividad económica. Al dejar fuera la vertiente de la explotación económica en la definición del criterio de la sede real pueden darse casos de SCE que estando domiciliadas y teniendo su administración central en España, no dispongan de ley autonómica aplicable porque desarrollen su actividad cooperativizada fuera de nuestras fronteras.

Por otro lado la Ley 3/2011 hace una equiparación de criterios tomando como punto de referencia el lugar donde la cooperativa desarrolla principalmente su actividad cooperativizada al ser éste el utilizado por la mayor parte de las leyes autonómicas para definir sus respectivos ámbitos de actuación. Tal es el caso de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de las sociedades cooperativas de la Comunidad de Madrid, de la Ley 4/2001, de 2 de julio, de cooperativas de La Rioja, de la Ley 18/2002, de 5 de julio, de cooperativas de Cataluña, de la Ley 1/2003, de 20 de marzo, de cooperativas de las Islas Baleares, de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de cooperativas de la Comunidad Valenciana, de la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de cooperativas de la Región de Murcia, de la Ley 4/2010, de 29 de junio, de cooperativas de Asturias, de la Ley 11/2010, de 4 de noviembre de cooperativas de Castilla la Mancha²⁵.

No obstante, conviene tener en cuenta no todas las leyes autonómicas utilizan el mismo criterio para definir su ámbito de actuación. En concreto, la Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas de Euskadi, la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de cooperativas de Extremadura, la ley 5/1998, de 18 de diciembre, de cooperativas de Galicia y la Ley 4/2002, de 4 de noviembre, de cooperativas de Castilla-León, exigen no sólo que la sociedad desarrolle principalmente su actividad cooperativizada dentro del territorio, sino también que esté domiciliada en el mismo. Atendiendo a ello, cabría plantearse qué ocurriría con aquellas SCE que desarrollando su actividad cooperativizada en alguna de estas CCAA tengan su domicilio y administración central en un territorio autonómico diferente y a la inversa.

25. El mismo criterio aunque con ligeras diferencias en su formulación encontramos en la Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de cooperativas de Aragón que prescinde del adverbio “principalmente” y también en la Ley 14/2006, de 11 de diciembre, de cooperativas de Navarra, que habla de actividad social típica en lugar de cooperativizada.

Bibliografía

- AAVV. *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital* (Rojo, A. / Beltrán, E., dirs), Madrid, 2011.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R. “Respuesta del ordenamiento jurídico español ante la realidad de la sociedad cooperativa europea”, *CIRIEC RJ*, núm. 21, 2010, p.1 y ss.
- *La integración cooperativa y sus técnicas de realización*, Valencia, 2000.
- “Sociedad cooperativa europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo”, *Noticias de la UE*, núm. 252, 2006, pág. 19 y ss.
- DARBOMIDA, R. “El estatuto de la sociedad cooperativa europea: evolución, actualidad y perspectivas”, núm.17, *CIRIEC RJ*, 1994, p. 121 y ss.
- EDBURY, M. “The european company statue: a practical working model for the future of european company law making?”, *European Business Law Review*, núm. 15, 2004, p. 1283 y ss.
- ESCUIN IBÁÑEZ, I / PARDO LÓPEZ, M. “Sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Importancia de los estatutos sociales”, en AAVV. *La sociedad cooperativa en europea domiciliada en España* (Alfonso Sánchez, R., dir.), p. 97 y ss.
- ESTEBAN VELASCO, G. “El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea”, núm.16, *RdS*, 2001, p. 141y ss.
- FAJARDO GARCÍA, G. “Reflexiones sobre el estatuto de la sociedad cooperativa europea: nuevas posibilidades”, en AAVV. *Integración empresarial cooperativa Ponencias del II coloquio ibérico de cooperativismo y economía social*, Ed. Ciriec-España, Valencia, 2003, p. 203 y ss.
- GIRÓN TENA, J. “El Derecho español ante el Derecho comunitario de sociedades”, en AAVV. *Tratado de Derecho comunitario europeo* (Dir. GARCÍA DE ENTERRÍA, E./GONZÁLEZ CAMPOS, J.D./MUÑOS MACHADO,S.), Ed. Civitas, Madrid, 1986.
- *Derecho de sociedades*, t.1, Madrid, 1976.
- LUTTERMANN, C. “Die europäische Genossenschaft”, *ZVglRWiss*, núm. 93, 1994, p. 2 y ss.

- MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J. “Primera aproximación al estatuto de la sociedad cooperativa europea”, *REVESCO*, núm. 80, 2003, p. 61 y ss.
- MONTOLÍO HERNÁNDEZ, J.M^a. “Estatuto cooperativo europeo”, *REVESCO*, núm. 66, 1998, p. 85 y ss.
- MORILLAS JARILLO, M^a.J. “El ámbito de actuación de las Leyes de Sociedades Cooperativas”, en AAVV. *Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002, p. 4745 y ss.
- LAMBEA RUEDA, A. “La sociedad cooperativa europea: el Reglamento 1435/2003, de 22 de julio”, *RDP*, mayo-junio, 2004, p. 300 y ss.
- LANG / WEIMÜLLER. *Genossenschaftsgesetz Kommentar*, ed. De Gruyter, Berlin, 2006.
- PALAO MORENO, G. “El domicilio social de la sociedad anónima europea y su traslado”, en AAVV. *La sociedad anónima europea domiciliada en España* (Dir. BOQUERA MATARREDONA, J.), Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano, 2006.
- PASTOR SEMPERE, C. “La sociedad cooperativa europea”, *REVESCO*, núm. 74, 2001, p. 181 y ss.
- “La sociedad cooperativa europea domiciliada en España”, *REVESCO*, núm. 97, 2009, p. 117 y ss.
- RACUGNO, G. “La società cooperativa europea”, *Riv.dir.comm.*, núm. 1,2 y3, 2006, p. 315 y ss.
- SASSO, L. “Societas Europea: between harmonization and regulatory competition”, *ECL*, núm. 4, 2007, p.159 y ss.
- URIA, R / MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil I*, Madrid, 1999.
- VICENT CHULIÁ, F. “La sociedad cooperativa europea”, *CIRIEC RJ*, núm. 14, 2003, pág. 51 y ss.