

# LA CONSECUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE ESTABLECIMIENTO A TRAVÉS DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA: EL PROCEDIMIENTO DE TRASLADO DE DOMICILIO

**Irene Escuin Ibáñez**

Profesora Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Politécnica Cartagena

## RESUMEN

El Tratado de funcionamiento de la UE (TFUE en adelante) reconoce el principio de libre establecimiento de empresas en sus arts. 49 y 54 (anteriormente arts. 43 y 48 del Tratado Constitutivo de la CE). Ambos preceptos conceden plena libertad a los nacionales de cualquier Estado miembro de elegir el lugar donde desean constituir y gestionar sociedades o establecimientos secundarios, ya sean sucursales, agencias o filiales. El Tratado, sin embargo, no contempla la posibilidad de trasladar las sedes sociales de un Estado miembro a otro. El principio de libertad de establecimiento queda limitado, con ello, a la constitución ex novo de personas jurídicas, pero deja al margen la movilidad de sociedades ya constituidas por todo el territorio de la UE. Con este planteamiento inicial, el artículo analiza la manera en que los distintos tipos sociales europeos contribuyen a la movilidad de las personas jurídicas en el marco de la UE. Prestando especial atención a la Sociedad Cooperativa Europea, se analizará hasta qué punto el Reglamento N° 1435/2003 permite a las Sociedades Cooperativas Europeas elegir libremente el Estado Miembro en el que desean constituirse y de qué forma el procedimiento de traslado de domicilio previsto en la norma facilita la libre circulación de este tipo de sociedades.

**PALABRAS CLAVE:** Libertad de establecimiento, traslado de domicilio, sede real, sede registral, Sociedad Cooperativa Europea.

## **ACHIEVING THE PRINCIPLE OF FREE ESTABLISHMENT THROUGH THE EUROPEAN COOPERATIVE SOCIETY: THE PROCEDURE FOR TRANSFERRING THE REGISTERED OFFICE**

### **ABSTRACT**

The Treaty on the Functioning of the European Union recognizes the principle of freedom of establishment of companies in its Articles 49 and 54. Both articles allow the nationals of each Member State the freedom to choose the place where they want to form and manage companies or branch offices. Nevertheless, the Treaty does not consider the possibility of transferring the location of the company seat from one Member State to another. The freedom of establishment in the Treaty is, therefore, limited to the formation of the legal person, but it sets aside the circulation of companies already formed. According to this legal framework, the transfer of companies has always been a controversial issue which European Authorities have tried to solve creating European company forms, such as the European Company and the European Cooperative Society, with an autonomous regulation directly applicable to all Member States. According to this initial approach, the article analyses the way in which this European company forms are contributing to the mobility of legal persons within the EU. Paying special attention to the European Cooperative Society it will be studied to what extent the EC Regulation N° 1435/2003 allows European Cooperative Societies the freedom to choose the Member State where they want to be incorporated and in which way the seat transfer procedure provided by the EC Regulation truly contributes to the free movement of this type of companies.

**KEY WORDS:** Freedom of establishment, seat transfer, registered office, real seat, European Cooperative Society.

## SUMARIO

1. El significado del principio de libre establecimiento de empresas en el marco de la UE. 2. Instrumentos jurídicos para hacer efectivo el libre establecimiento de empresas en la UE. 2.1. Armonización de las legislaciones europeas sobre sociedades a través de Directivas. 2.2. Creación de tipos sociales de corte exclusivamente europeo. 3. El libre establecimiento de sociedades cooperativas en la UE tras la aprobación del Reglamento CE 1435/2003 relativo al estatuto jurídico de la sociedad cooperativa europea. 3.1. Libre elección del Estado Miembro de constitución de la Sociedad Cooperativa Europea. 3.2. El traslado de domicilio social de la Sociedad Cooperativa Europea en el Reglamento CE 1435/2003. 4. Utilidad de la SCE para facilitar la libre circulación de las sociedades cooperativas domiciliadas en España. Bibliografía.

### 1. El significado del principio de libre establecimiento de empresas en el marco de la UE

El Tratado de funcionamiento de la UE (TFUE en adelante) reconoce el principio de libre establecimiento de empresas en sus arts. 49 y 54 (anteriormente arts. 43 y 48 del Tratado Constitutivo de la CE). Ambos preceptos conceden plena libertad a los nacionales de cualquier Estado miembro de elegir el lugar donde desean constituir y gestionar sociedades o establecimientos secundarios, ya sean sucursales, agencias o filiales. El Tratado, sin embargo, no contempla la posibilidad de trasladar las sedes sociales de un Estado miembro a otro. El principio de libertad de establecimiento queda limitado, con ello, a la constitución *ex novo* de personas jurídicas, pero deja al margen la movilidad de sociedades ya constituidas por todo el territorio de la UE. Tal posibilidad quedó mencionada, pero no regulada, en el art. 293 del TCE. El precepto simplemente reservó el traslado de la sede social a la conclusión de acuerdos particulares entre los Estados miembros por los que se estableciera un reconocimiento mutuo de personas jurídicas<sup>1</sup>.

1. Sobre la configuración del principio de libertad de establecimiento en el Tratado vid. VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. "Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE", *RdS*, núm. 19, p. 18 y s; ÁLBAREZ PÉREZ, M. "Nuevas

En este escenario, el traslado de sociedades en la UE ha resultado ser una cuestión bastante controvertida en la medida en que encierra problemas de muy distinta índole. Por un lado, problemas de tipo político y económico. Son muchos los Estados que ven en ello un riesgo de deslocalización de empresas y, por tanto, de pérdida de ingresos fiscales, así como de tejido industrial, societario, en favor de quienes regulan de una manera más laxa el desarrollo de actividades empresariales dentro de su territorio<sup>2</sup>.

Pero además de ello también se plantean dificultades en el orden jurídico. El hecho de que una sociedad traslade su actividad económica de un Estado a otro puede afectar aspectos estrechamente vinculados a la persona jurídica como puede ser su domicilio. Y, a su vez, un cambio de domicilio puede repercutir sobre la nacionalidad, la norma jurídica aplicable, sobre el lugar de registro y la jurisdicción a una determinada sociedad, en la medida en que todos ellos son elementos que se concretan en función del lugar de domiciliación<sup>3</sup>. No obstante, el grado de repercusión que el traslado de la sociedad va tener sobre todos estos aspectos va a ser distinto en cada Estado Miembro. La razón de ello es que el concepto de domicilio social utilizado por las distintas legislaciones societarias europeas no es uniforme<sup>4</sup> y, por tanto, las consecuencias que sobre el mismo tiene el traslado de la actividad económica también van a ser diferentes.

En efecto, para algunos Estados miembros el domicilio social debe corresponderse con el lugar donde se encuentra la sede real de la sociedad, es decir, el

perspectivas de la libertad de establecimiento en los Estados de la Unión Europea, en particular para las sociedades”, *Noticias UE*, núm. 265, 2007, p. 39; RODAS PAREDES, N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Granada, 2011, p. 5 y s; EBERT, S. “The European Company on the level playing field of the community”, *European Business Law Review*, núm. 2, 2003, p. 184.

2. VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. “Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, p. 16; WYMEERSCH, E. “The transfer of the company seat in European Company Law”, *Common Market Law Review*, núm. 3, 2003, p. 662; EDBURY, M. “The European Company statute: a practical working model for the future of European company law making?”, *Common Market Law Review*, núm. 6, 2001, p. 1283.

3. GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, p. 323.

4. Respecto a los distintos conceptos de domicilio social vid. MENJUCQ, M. “La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en el Derecho comunitario de sociedades”, *Noticias UE*, núm. 252, 2006, p. 104 y s.

centro de su actividad económica<sup>5</sup>. La correspondencia que se establece en estos ordenamientos entre domicilio y la sede real hace que el traslado del centro de la actividad económica de las sociedades constituidas conforme a sus prescripciones tenga repercusiones importantes. En concreto, un cambio de sede real implica un cambio de lugar de domiciliación y, por tanto, un cambio de todos aquellos aspectos relacionados con la personalidad jurídica de la sociedad que se determinan en función de éste, es decir, el lugar de registro, la nacionalidad, la jurisdicción y la norma aplicable. La consecuencia de todo ello es que el proceso de traslado de la sede real y, por tanto, del domicilio en estos Estados miembros se convierte en un proceso bastante complejo y costoso que llega a desmotivar la movilidad de las sociedades. Estas últimas deben liquidarse y extinguirse en la medida en que dejan de ser consideradas personas jurídicas conforme a la legislación del Estado de origen, para tener que volver a constituirse y registrarse en el Estado de destino<sup>6</sup>.

Para otros ordenamientos europeos, sin embargo, el domicilio es simplemente el lugar donde la sociedad decide registrarse, independientemente de que en él desarrolle su actividad económica<sup>7</sup>. Bajo esta concepción, es perfectamente admisible que una sociedad esté registrada y domiciliada en un determinado territorio y que su sede real se localice en un lugar diferente<sup>8</sup>. En consecuencia, las socie-

5. Con esta fórmula se pretende que exista un arraigo económico entre la sociedad y el Estado del que se pretende tener la nacionalidad y cuyo ordenamiento jurídico va a resultar aplicable, vid. GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*, 324. Este concepto de domicilio es utilizado por la legislación societaria de países como Alemania y Francia. También en España a tenor de lo establecido en el art. 9 y 10 LSC, vid. GARCÍA-RIESTRA, M. "The transfer of seat of the European Company versus free establishment case-law", *European Business Law Review*, núm. 6, 2004, p. 1309 y ss; WYMEERSCH, E. "The transfer of the company seat in European Company Law", p. 669 y ss; MENJUCQ, M. "La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en el Derecho comunitario de sociedades", p.104.

6. GARCÍA-RIESTRA, M. "The transfer of seat of the European Company versus free establishment case-law", p. 1307; EBERT, S. "The European Company on the level playing field of the community", p. 190.

7. En estos casos, la entidad está sometida al ordenamiento jurídico de un Estado en el que no reside ni el control ni su actividad económica, vid. GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*, p. 322.

8. Ingraterra, Holanda o Dinamarca siguen la llamada teoría de la incorporación a la hora de fijar el domicilio y, por tanto, la nacionalidad y legislación aplicable a una sociedad, vid. GARCÍA-RIESTRA, M. "The transfer of seat of the European Company versus free establishment case-law", p. 1308; WYMEERSCH, E. "The transfer of the company seat in European Company Law", p. 669 y ss; MENJUCQ, M. "La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en el Derecho comunitario de sociedades", p. 104.

dades que se han constituido conforme a la legislación de aquellos Estados miembros que siguen esta concepción de domicilio, pueden trasladar su actividad económica por todo el territorio de la UE sin necesidad de modificar el lugar de domiciliación y, por tanto, su nacionalidad, registro, jurisdicción y ley aplicable. En estos casos, el proceso de traslado de la sede real es, por tanto, un proceso más sencillo.

Partiendo de esta doble concepción de domicilio puede concluirse que la movilidad de las sociedades en la UE no siempre presenta el mismo grado de dificultad en términos de técnica jurídica. Existen menos problemas de movilidad cuando la sociedad desea trasladar su actividad económica entre Estados miembros que conciben el domicilio social simplemente como el lugar de registro. En tales casos, tiene lugar un mutuo reconocimiento de personas jurídicas, en función del cual, el Estado de origen va a permitir que la sociedad registrada y domiciliada en su territorio y, por tanto, regulada por su propia legislación societaria opere fuera del territorio nacional (supuesto de emigración) y el Estado de destino va a admitir que sociedades domiciliadas en un lugar distinto y constituidas conforme a una legislación diferente a la suya desarrollen actividades económicas dentro de sus fronteras (supuesto de emigración). No obstante, conviene tener presente que el ejercicio de actividades económicas por parte de sociedades extranjeras, ya sea en un supuesto de emigración o de inmigración, encierra otro tipo de cuestiones de interés, relacionadas básicamente con la necesidad de establecer una cierta coordinación entre las respectivas legislaciones societarias del Estado de origen y de destino. Conviene no olvidar que el supuesto presenta a una sociedad regulada internamente por la norma del Estado de constitución, pero cuya actividad económica se va desarrolla en el marco jurídico del Estado a dónde ha trasladado su sede real<sup>9</sup>.

Frente a ello, la libre circulación de personas jurídicas se ve realmente comprometida, cuando o bien el Estado de origen, o bien el Estado de destino, o ambos a la vez, utilizan el criterio de la sede real a la hora de fijar el lugar de domiciliación. En tales supuestos el traslado de la actividad económica va a arrastrar al domicilio y a modificar aspectos muy importantes de la persona jurídica como

9. Vid.. HALBHUBER, H. "National doctrinal structures and European Company Law", *Common Market Law Review*, núm. 38, 2001, p. 1401; WYMEERSCH, E. "The transfer of the company seat in European Company Law", p. 690.

puede ser su ley aplicable. Tal circunstancia añade un grado de dificultad bastante elevado al proceso de traslado que, como hemos visto, exige la extinción de la sociedad en el Estado de origen y su nueva constitución en el Estado de destino. Esta dificultad procedimental relacionada con la ausencia de un reconocimiento mutuo de sociedades constituye el principal obstáculo de técnica jurídica a la plena eficacia principio de libertad de establecimiento.

La solución a todas estas cuestiones de técnica jurídica no cabe encontrarla en el Tratado. Su artículo 293 abrió las puertas a una posible armonización normativa a través de la suscripción de convenios entre Estados que, por un lado, garantizaran el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de sede social y que, por otro, regulasen las cuestiones de naturaleza sustantiva implicadas en la operación. Sin embargo en la actualidad no existe ningún Convenio internacional suscrito a tal efecto<sup>10</sup>. Tampoco los escasos pronunciamientos del Tribunal europeo sobre la materia han sido concluyentes a la hora de fijar soluciones. La primera sentencia que trata cuestiones directamente relacionadas con la aplicación del principio de libertad de establecimiento sobre las personas jurídicas es la que resuelve el caso *Überseering* en 2002<sup>11</sup>. *Überseering* era una sociedad constituida y domiciliada en Holanda, pero cuya administración efectiva se encontraba en Alemania. Tras los problemas surgidos con ocasión de un contrato de obra suscrito con una empresa alemana, *Überseering* planteó la correspondiente

10. Al respecto, el Convenio de Bruselas sobre reconocimiento de las sociedades y personas morales de 29 de febrero de 1968 constituyó un primer intento por avanzar en esta dirección, sin embargo, no fue ratificado por todos los Estados miembros y, por tanto, no llegó a entrar en vigor, vid. VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. “Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Notas sobre el traslado internacional de domicilio social de las cooperativas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones de las sociedades mercantiles (STSJE de 16 de diciembre de 2008, caso Cartesio)”, *La Ley*, núm. 7294, 2009, p. 4.

11. Previamente el Tribunal Europeo había tenido ocasión de tratar la aplicación del principio de libertad de establecimiento pero en referencia exclusiva establecimientos secundarios (caso *Segers*, 1986 y caso *Centros*, 1999). En otras sentencias (caso *Daily Mail*, 1988) pese a que la vulneración del principio de libertad de establecimiento de las personas jurídicas es alegado por una de las partes, la argumentación del fallo no incluye manifestación relevante alguna sobre este principio, vid. WYMEERSCH, E. “The transfer of the company seat in European Company Law”, p. 664; GARCÍA-RIESTRA, M. “The transfer of seat of the European Company versus free establishment case-law”, p.1298; VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. “Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, p. 25 y ss.

demanda ante la jurisdicción alemana. No obstante, el tribunal desestimó la reclamación de *Überseering* bajo la consideración de que se trataba de una sociedad constituida en Holanda que, pese a tener localizado el centro de su actividad económica en Alemania, no había procedido al cambio de domicilio y, por tanto, no podía ser reconocida como persona jurídica ni adquirir capacidad jurídica conforme a la legislación alemana<sup>12</sup>. El conflicto fue resuelto por el Tribunal europeo en el sentido de considerar contraria a los artículos 43 y 48 del Tratado la decisión de no reconocer personalidad jurídica y por tanto capacidad legal para intervenir en un procedimiento judicial a la sociedad *Überseering*. Esta última debía disfrutar de la misma capacidad para ser parte procesal que en su estado de constitución.

La importancia del fallo reside en que por primera vez el Tribunal Europeo parece hacer una apuesta clara en favor de la libre circulación de las personas jurídicas en el marco de la UE. No obstante, el análisis detenido de su contenido muestra que su alcance en este sentido es un tanto limitado. En efecto, el Tribunal utiliza el principio de libertad de establecimiento simplemente para concluir que toda sociedad constituida en un Estado miembro tiene capacidad legal para acceder a un procedimiento judicial y a ser considerada parte procesal ante cualquier tribunal de la UE. Sin embargo, la sentencia no entra a valorar cuestiones de derecho sustantivo relacionadas con la norma aplicable a la sociedad trasladada y a su actividad económica. Simplemente se garantiza el acceso al procedimiento, pero una vez garantizado se devuelve a los ordenamientos nacionales la tarea de resolver que tipo de sociedad va a reconocerse y la norma jurídica que va a regir su funcionamiento interno<sup>13</sup>. En definitiva, la sentencia admite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad *Überseering*, pero no

12. Vid. descripción detallada del supuesto de hecho en WYMEERSCH, E. "The transfer of the company seat in European Company Law", p. 665; VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. "Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE", p. 30; KINDLER, P. "Auf them weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft" *NJW*, núm. 15, 2003, p. 1073. R.

13. Vid. WYMEERSCH, E. "The transfer of the company seat in European Company Law", p. 684; KINDLER, P. "Auf them weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft", p. 1076.

da respuesta al conjunto de cuestiones que plantea un verdadero reconocimiento de la sociedad<sup>14</sup>.

Ante la ausencia de Convenios internacionales o de una jurisprudencia clara por parte del Tribunal europeo sobre el principio de libertad de establecimiento, conviene señalar cuáles han sido las herramientas utilizadas por las Autoridades comunitarias al objeto de superar las trabas jurídicas a la libre circulación de sociedades en la UE.

## 2. Instrumentos jurídicos para hacer efectivo el libre establecimiento de empresas en la UE

### 2.1. Armonización de las legislaciones europeas sobre sociedades a través de Directivas

En un primer momento, las Autoridades comunitarias centraron sus esfuerzos por conseguir la plena eficacia del principio de libre establecimiento en la elaboración de un marco jurídico común a través del cual uniformizar los aspectos sustantivos del Derecho de sociedades y eliminar diferencias significativas entre las distintas legislaciones nacionales. El instrumento utilizado a tal efecto fue la Directiva porque permitía alcanzar el objetivo unificador respetando al máximo las especialidades que cada Estado miembro. En efecto, la Directiva simplemente recogía una serie de pautas normativas básicas que, posteriormente, cada Estado adaptaba a su regulación interna atendiendo a las peculiares características de cada una de ellos<sup>15</sup>.

14. El art. 293 TCE distingue entre el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de sede y el mutuo reconocimiento de sociedades, constituyendo el primero un *minus* respecto del segundo. Un mutuo reconocimiento de sociedades exige dar respuesta a cuestiones relativas al tipo de norma jurídica aplicable a la sociedad trasladada que deben ser resueltas desde la perspectiva del derecho interno de cada Estado miembro, vid. KINDLER, P. “Auf them weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft”, p. 1076.

15. HALBHUBER, H. “National doctrinal structures and European Company Law”, p.1405 y s; EDBURY, M. “The European Company statute: a practical working model for the future of European company law making?”, 1288 y ss.

A través de la Directiva se consiguió un cierto grado de uniformización en aspectos relevantes de la regulación de las sociedades, como, por ejemplo, el procedimiento de constitución y su publicidad (1ª y 2ª Directiva respectivamente), las modificaciones estructurales (3ª y 6ª Directiva), las cuentas anuales (4ª, 7ª, 8ª Directiva), las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (10ª Directiva), ect. No obstante, la utilización de esta herramienta como instrumento armonizador también tuvo sus limitaciones. La lentitud y complejidad de su proceso de elaboración y aprobación, así como las reticencias mostradas por los Estados miembros a la hora de aceptar una normativa que introdujera elementos extraños a su tradición jurídica fueron desgastando esta vía y dejando aspectos importantes del Derecho de sociedades al margen de la tarea unificadora<sup>16</sup>. Entre ellos y, a efectos de la materia que nos ocupa, cabría mencionar la propuesta de Decimocuarta Directiva comunitaria sobre traslado de la sede social al extranjero objeto que nunca llegó a aprobarse.

## 2.2. Creación de tipos sociales de corte exclusivamente europeo

Las propias limitaciones de la Directiva a la hora de configurar un espacio jurídico unificado en el que las sociedades europeas pudieran operar libremente, motivaron el inicio de una nueva estrategia armonizadora por parte de las Autoridades comunitarias. Esta última consistía en la creación de entes societarios de corte exclusivamente europeo, que contaran con una regulación propia y pudieran actuar más allá de las fronteras nacionales. A esta idea responden las primeras propuestas de creación de la Sociedad Anónima Europea (SAE en adelante) o de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE, en adelante). Ambas se proyectaron, en un primer momento, como tipos sociales de carácter supranacional que podían competir en igualdad de condiciones con el resto de tipos previstos en las legislaciones estatales y que disponían de una regulación propia,

16. Vid. respecto a las limitaciones de este procedimiento, ESTEBAN VELASCO, G. "El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea", *RdS*, núm.16, 2001, p. 142; EMBID IRUJO, J.M. "Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al plan de acción", *Noticias de la UE*, núm. 252, 2006, p.10.

desvinculada de los ordenamientos internos, recogida en un Reglamento comunitario de aplicación directa en todos los Estados miembros<sup>17</sup>.

De estas propuestas iniciales, el estatuto definitivo tanto de la SAE, aprobado por el Reglamento (CE) N° 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre, como de la SCE, aprobado por el Reglamento (CE) N° 1435/2003 del Consejo de 22 de julio, tan solo han mantenido su concepción de tipos sociales independientes de carácter exclusivamente europeo. Sin embargo, su pretendida regulación autónoma, emanada de las propias instancias comunitarias, no ha tenido un claro reflejo en ambos textos legales. De hecho, un análisis detenido de sus respectivos sistemas de fuentes demuestra que la legislación estatal sigue desempeñando un papel importante en su regulación.

En efecto, ambos tipos sociales presentan un sistema jerárquico de fuentes, en cuya cúspide se sitúa el Reglamento y, en segundo lugar, los estatutos de la sociedad, dentro del ámbito de actuación diseñado por el propio Reglamento. Tras esta primera referencia al Derecho europeo, el precepto remite a la aplicación supletoria de las distintas legislaciones nacionales en todo aquello no previsto por éste. Una vez sentadas las bases de este sistema de fuentes, la lectura detenida de ambos Reglamentos demuestra que el espacio de actuación que se deja al derecho propiamente europeo, constituido por el Reglamento y los propios estatutos de la sociedad es, en realidad, muy reducido y que, en contrapartida, son reiteradas las referencias a la legislación estatal a lo largo del articulado. Estas referencias constantes a la aplicación supletoria del Derecho de cada Estado miembro reduce, en definitiva, la impronta comunitaria tanto de la SAE como de la SCE para crear lo que se ha dado en llamar un “híbrido nacional-comunitario” que ha dejado en entredicho la idea de crear una regulación uniforme tanto para las sociedades anónimas como para las cooperativas<sup>18</sup>.

17. Vid. las primeras propuestas de regulación de la sociedad anónima y cooperativa europea en 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.), Madrid, pág. 20; ESTEBAN VELASCO, G. “El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea”, 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 statute: a practical working model for the future of european company law making”, p. 1284.

18. Vid. críticas en este sentido, EBERT, S. “The European Company on the level playing field of the Community”, p. 189; KUEHRER, N. “Cross-border company establishment between the UK and Austria”, *European Business Law Review*, Mayo-junio, 2001, p.111; SIEMS, M. “The impact of the euro-

### 3. El libre establecimiento de sociedades cooperativas en la UE tras la aprobación del Reglamento CE 1435/2003 relativo al estatuto jurídico de la sociedad cooperativa europea

Hemos visto que la SCE se configura como un tipo social europeo con un pretendido ámbito de actuación supranacional que, sin embargo, no ha conseguido disponer de una regulación plenamente autónoma e independiente de las distintas legislaciones estatales sobre cooperativas. En este sentido, es cierto que el Reglamento (CE) N° 1435/2003 ha dejado un número importante de cuestiones relacionadas con el estatuto jurídico de la SCE a la aplicación supletoria del derecho estatal, reservando un estrecho margen de actuación al derecho estrictamente europeo. No obstante, conviene destacar que dentro de ese estrecho margen de actuación van a quedar incluidas cuestiones bastante relevantes en la consecución de la plena movilidad de las sociedades cooperativas en el marco de la UE.

En efecto, de entre los escasos aspectos que el Reglamento regula de forma imperativa, sin delegar en la aplicación supletoria de la legislación estatal, cabe destacar fundamentalmente dos: por un lado, la delimitación del tipo de sujetos que pueden acceder al modelo de SCE (art. 2.1) y, por otro, los criterios para identificar su domicilio social y proceder a su traslado (art. 6 y 7)<sup>19</sup>. Respecto a la primera de las cuestiones, el Reglamento tan solo permite acceder a este tipo social a un mínimo de cinco personas físicas, siempre y cuando residan al menos en dos Estados miembros, o bien a un mínimo de cinco personas físicas y jurídicas que igualmente residan o estén reguladas en al menos dos Estados miembros y, por último, a sociedades reguladas en los ordenamientos de al menos dos Estados miembros. Respecto a la segunda cuestión, el Reglamento ha procedido al diseño de un procedimiento de traslado de domicilio que pretende facilitar lo máximo

pean company (SE) on legal culture”, *European Law Review*, núm. 3, 2005, p. 439. ESTEBAN VELASCO, G. “El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea”, p. 162; RACUGNO, G. “La società cooperativa europea”, núm. 1, 2, y 3, *Riv.dir.comm.*, 2006, p.316; LUTTERMANN, C. “Die europäische Genossenschaft”, *ZVglRWiss*, núm 93, 1994, p. 32.

19. Vid. ESCUIN IBAÑEZ, I. “Law applicable to the European Cooperative society established in Spain”, *EFJR*, núm. 1, 2011, p. 33.

posible el desarrollo de la operación. Es en este procedimiento donde se encuentra la principal contribución del Reglamento a libre circulación de la SCE.

Al margen de estos dos ámbitos, son realmente pocos los preceptos de carácter imperativo que pueden encontrarse diseminados a lo largo del Reglamento. Cabe mencionar al respecto, la variabilidad del capital social y del número de socios (art. 1.2), el establecimiento de un capital suscrito mínimo de 30.000 euros (art. 32), la admisibilidad en exclusiva de las aportaciones susceptibles de valoración económica (art. 4.2), el carácter obligatoriamente nominativo de las participaciones (art. 4.1), la prohibición de la adquisición de participaciones propias (art. 4.12) o la previsión de dos órganos obligatorios en la estructura interna de la cooperativa: la asamblea general y el órgano de administración (art. 36). En función de ello puede decirse que el Reglamento comunitario ha tenido un reducido efecto unificador, pero, eso sí, en ámbitos bastante trascendentales para el funcionamiento de las cooperativas que pretenden extender su actuación más allá de las fronteras nacionales.

Con este planteamiento inicial, en las páginas siguientes llevaremos a cabo un análisis detenido del impacto que esta parte imperativa del Reglamento (CE) Nº 1435/2003 ha tenido sobre el principio de libertad de establecimiento en su doble faceta. Es decir, en qué medida el Reglamento garantiza la plena libertad de la SCE a la hora de constituirse en cualquier Estado miembro y de qué forma el procedimiento de traslado de domicilio en él previsto contribuye a la libre circulación de una SCE ya constituida por todo el territorio de la UE.

### **3.1. Libre elección del Estado Miembro de constitución de la Sociedad Cooperativa Europea**

En principio, la SCE tiene plena libertad a la hora de elegir el lugar donde desea constituirse, sin que la nacionalidad de cada uno de sus miembros sea un factor vinculante a la hora de decidir. El Reglamento simplemente somete el ejercicio de esta libertad a dos condiciones. La primera de ellas es que la cooperativa se establezca dentro del ámbito territorial de la UE (art. 1). La segunda es que, una vez dentro de la UE, la sociedad se domicilie en aquel el Estado miembro donde pretenda desarrollar su actividad económica estableciendo en él su administración central (art. 6). Con esta doble condición el legislador garantiza que el lugar donde la SCE se constituye y domicilia va a coincidir con el lugar donde se localiza su centro de operaciones. De esta forma, se consigue que la vertiente jurí-

dica y económica de la sociedad confluyan en único Estado miembro desde el momento mismo de su constitución<sup>20</sup>. El legislador europeo ha sido, además, bastante exigente en el cumplimiento de esta última condición. En efecto, si el lugar de constitución y el lugar donde la SCE opera económicamente no coinciden el Estado miembro de registro tendrá que adoptar las medidas necesarias para regularizar la situación y evitar, así, que la sociedad sea liquidada.

La introducción de esta segunda condición por el Reglamento, así como las rigurosas consecuencias derivadas de su incumplimiento, han sido fuente de controversia, fundamentalmente por las interferencias que pueden ocasionar sobre el principio de libre establecimiento de la SCE. La exigencia de que esta última deba domiciliarse e instalar su centro de operaciones en el mismo Estado miembro va a tener una repercusión indudable sobre el concepto de domicilio utilizado por el Reglamento, y, por tanto, sobre las consecuencias que lleva consigo su posible traslado. Tales repercusiones serán analizadas en las páginas siguientes al objeto de concluir cuál es el verdadero grado de movilidad que tienen las sociedades cooperativas europeas.

### 3.2. El traslado de domicilio social de la Sociedad Cooperativa Europea en el Reglamento CE 1435/2003

#### 3.2.1. *Concepto de domicilio*

Como ya hemos tenido oportunidad de exponer previamente, no existe un concepto homogéneo de domicilio en los distintos ordenamientos europeos. Mientras que unos optan por el modelo de constitución, de acuerdo con el cual el domicilio debe corresponderse con el lugar donde la sociedad se constituye y registra, otros optan por el modelo de sede real, donde la decisión por un domicilio u otro no depende del simple dato formal del registro, sino que además debe tener una fundamentación material basada en la localización de la actividad económica de la sociedad. Ante esta dualidad de modelos, el contenido de los

20. SCHULZE, R. / WIESE, M. "Die SCE mit Sitz in Deutschland und die Reform des deutschen Genossenschaftsrecht", *ZfgG*, núm. 2, 2006, p. 110; BOULOUKOS, M. "The European Company (SE) as a vehicle for corporate mobility within the EU: a breakthrough in European Corporate Law?", *European Business Law Review*, núm. 3, 2007, p. 552; SASSO, L. "Societas Europaea: between harmonization and regulatory competition", *ECL*, núm. 4, 2007, p. 161.

arts. 1 y 6 del Reglamento, anteriormente analizados, muestra una preferencia del legislador europeo hacia los postulados de la teoría de la sede real. En efecto, el hecho de que se exija una coincidencia entre el lugar de domiciliación y el lugar donde la SCE tiene situada su administración social da cuenta del interés por conseguir una conexión verdadera entre la sede registral y la sede efectiva de una SCE<sup>21</sup>.

Esta opción del legislador europeo no ha quedado, sin embargo, exenta de crítica. Tradicionalmente el modelo de sede real ha sido considerado como un factor que limita la movilidad de las sociedades. El hecho de que el traslado de la actividad económica lleve aparejado un cambio de lugar de registro, nacionalidad, norma aplicable y jurisdicción añade un grado de complejidad muy grande a un procedimiento que exige la previa liquidación y extinción de la sociedad, para volver a constituirse de nuevo en el Estado de destino. Frente a ello, el modelo de constitución permite a las sociedades modificar el lugar donde desarrollan su actividad económica sin plantear, en términos comparativos, tantos obstáculos de técnica jurídica<sup>22</sup>. No obstante, la idea de que utilizar el criterio de constitución a la hora de establecer el domicilio de las sociedades contribuye de manera más eficaz a la implantación del principio de libre establecimiento merece ser matizada. La razón de ello es que el análisis detenido de este criterio muestra que su utilización no siempre facilita la movilidad de las personas jurídicas. Incluso en determinados casos puede llegar a plantear la misma complejidad procedimental que el cambio de domicilio en los ordenamientos que siguen el criterio de la sede real.

21. La elección de este criterio más exigente, tanto por la SCE, como por la SE, respondió a razones de tipo histórico, político y de técnica jurídica. Por un lado se trataba del criterio dominante en la mayor parte de los Estados continentales y su elección permitía satisfacer los intereses de países como Alemania, bastante reticentes a este tipo de sociedades de corte europeo por los problemas de cogestión y de vinculaciones ficticias que podían plantear. Por otro lado, ante un posible conflicto entre sistemas, dada las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos europeos en su concepción de domicilio social, la elección del criterio de vinculación más exigente podía contribuir a salvar la situación, vid. MENJUCQ, M. “La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en el Derecho comunitario de sociedades”, p. 106-107.

22. Vid. críticas generales al criterio de la sede real en GARCÍA-RIESTRA, M. “The transfer of seat of the European Company versus free establishment case-law”, p. 1297; BOULOUKOS, M. “The European Company (SE) as a vehicle for corporate mobility within the EU: a breakthrough in European Corporate Law?”, *European Business Law Review*, núm. 3, 2007, p. 554; SASSO, L. “Societas Europea: between harmonization and regulatory competition”, ECL, núm. 4, 2007, p. 161.

En efecto, la principal ventaja del modelo de constitución es que al fijar el domicilio de una sociedad atendiendo al lugar de registro, establece una disociación entre la sede real y la sede registral que permite modificar la primera sin tener que tocar la segunda. Es decir, la sociedad puede trasladar su centro de actividades (sede real) manteniendo su domicilio (sede registral). Esto hace que los ordenamientos que siguen el modelo de constitución sientan de forma menos intensa la necesidad de facilitar el traslado del domicilio, porque ello no es necesario para que la sociedad pueda desarrollar su objeto social en un lugar diferente. Ahora bien, en estos ordenamientos también puede plantearse el supuesto inverso, es decir, el caso de sociedades que deseen trasladar no ya su actividad económica, sino su propio domicilio porque les interese el tipo de regulación más flexible que otros Estados miembros ofrecen a las personas jurídicas, o bien porque quieran eludir la aplicación de alguna norma jurídica de su Estado de constitución que consideren perjudicial para sus intereses. Aquí no se pretende un cambio de sede real, sino un cambio de sede registral, porque ello conlleva la atribución de una nacionalidad distinta y la aplicación de una norma jurídica que se considera más favorable.

El caso *Daily Mail* planteado ante el Tribunal de Justicia Europeo puede constituir un ejemplo en este sentido. En este caso, la compañía *Daily Mail* constituida en el Reino Unido, trasladó su centro de actividades a Amsterdam, para evitar el sistema de pago de impuestos previsto por la legislación británica. En ambos países se permitía la operación de cambio de sede real con el mantenimiento de la persona jurídica, pero en el Reino Unido se exigía, para ello, la previa autorización de la Autoridad fiscal británica al objeto de evitar que el traslado de sede encubriese una evasión de impuestos. Esta exigencia de autorización previa fue considerada por la compañía *Daily Mail* como una vulneración a la libre circulación de las personas jurídicas en el UE, sin embargo, el Tribunal decidió en sentido contrario<sup>23</sup>. En este punto, interesa destacar que el fallo del Tribunal no se fundamentó en la posible vulneración del principio de libre establecimiento por parte de esta autorización previa. Antes bien, el Tribunal cons-

23. Vid. descripción del supuesto en VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. “Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, p. 26 y s; RODAS PAREDES, N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, p. 70 y s; PETRONELLA, V. “The cross-border transfer of the seat after Cartesio and the non-portable nationality of the company”, *European Business Law Review*, nº 22, 2010, p. 249.

truyó toda su argumentación tomando como punto de referencia los postulados del modelo de constitución seguidos por el ordenamiento británico y sus efectos. En función de ello, la sentencia concluye que si la compañía *Daily Mail* estaba constituida y registrada en el Reino Unido, le resultaba aplicable la legislación británica y, por tanto, tenía que someterse al régimen de autorización previa en ella prevista. La única forma de eludir la aplicación de dicha norma sería trasladar el domicilio a un Estado distinto, dejar de ser una sociedad británica y pasar a estar regulada por una legislación diferente.

La sentencia sirve para poner de manifiesto que en el marco de aquellos ordenamientos que siguen el modelo de constitución también puede plantearse la necesidad de modificar el domicilio, como elemento que determina la nacionalidad y régimen jurídico aplicable a una sociedad. No obstante, el cambio de domicilio en estos ordenamientos acarreará las mismas dificultades procedimentales ya vistas al analizar el modelo de sede real. En concreto, la sociedad deberá liquidarse y extinguirse en la medida en que dejará de ser considerada persona jurídica conforme al ordenamiento del Estado de origen, para volver a constituirse y registrarse en el Estado de destino cuya legislación le resultará aplicable a partir de ese momento. En definitiva, utilizar el modelo de constitución al fijar el domicilio no permite esquivar todas las dificultades que plantea la movilidad de las sociedades en la UE. Evita complicaciones cuando lo que se quiere trasladar es la actividad económica, es decir, la sede real, pero plantea igualmente dificultades cuando el objetivo es modificar el domicilio mismo en busca de una regulación más favorable<sup>24</sup>.

### 3.2.2. Procedimiento de traslado de domicilio

En realidad, la principal contribución del Reglamento CE 1435/2003 sobre el estatuto jurídico de la SCE al principio de libertad de establecimiento es el

24. De hecho, el ordenamiento jurídico británico, citado muchas veces como paradigma del modelo de constitución, no contempla la posibilidad de trasladar el domicilio de las sociedades registradas dentro de su territorio vid. RODAS PAREDES, N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, p. 140. Ello significa que las sociedades constituidas en el Reino Unido podrán establecer su centro de actividades en cualquier Estado de la Unión Europea, pero siempre vendrán reguladas por la legislación británica. En este caso se considera que las facilidades que se conceden a la movilidad en la vertiente económica permiten compensar el inmovilismo en la vertiente jurídica.

procedimiento de traslado de domicilio que diseña en su art. 7. El traslado se tramita como una modificación estatutaria en la que básicamente pueden distinguirse las siguientes fases. Una primera en la que el órgano de administración debe redactar un proyecto de traslado que incluya el nuevo domicilio social, los estatutos propuestos para la SCE, la fecha de traslado, así como cualquier implicación que ello pueda tener sobre los trabajadores y los instrumentos de defensa de que disponen socios y acreedores. El proyecto debe ir acompañado, además, de un informe en el que se expliquen todos los jurídicos y económicos del cambio de domicilio y sus posibles efectos sobre todas las partes implicadas. Una vez publicado el proyecto, la SCE dispone de un plazo de dos meses para decidir por acuerdo de la junta general el traslado del domicilio. La adopción de un acuerdo favorable al traslado implica para la SCE la necesidad de satisfacer todas las deudas surgidas con anterioridad a la publicación del proyecto y de asegurar conforme a su respectiva ley nacional los derechos de los acreedores. Tales extremos habrán de ser comprobados por el Juez, Notario o Autoridad competente del Estado de origen al objeto de expedir el correspondiente certificado acreditativo de que se han cumplido los trámites y formalidades necesarias para el cambio de domicilio. Este certificado deberá remitirse al Registro correspondiente del Estado de destino como condición necesaria para llevar a cabo la nueva inscripción y, por tanto, la modificación estatutaria. Una vez practicada la nueva inscripción deberá comunicarse al antiguo registro para proceder a la cancelación del asiento anterior. Finalmente la nueva inscripción, así como la cancelación del asiento anterior serán publicados en el Estado de origen y destino de acuerdo con lo establecido en sus respectivas legislaciones nacionales.

El aspecto más destacable del procedimiento es que todos los trámites se llevan a la práctica sin necesidad de liquidar, extinguir y volver a constituir la SCE. La sociedad mantiene su personalidad jurídica durante toda la tramitación del cambio de domicilio, evitando, con ello, los obstáculos procedimentales que tradicionalmente han planteado este tipo de operaciones. En consecuencia, y pese a decantarse en un primer momento por el criterio de la sede real, el Reglamento introduce modificaciones sobre efectos que el uso de este criterio tiene sobre el traslado de domicilio. Este último deberá ubicarse en el lugar donde se encuentra la administración central de la sociedad, pero, en contrapartida, su modificación no llevará consigo una extinción de la persona jurídica. El legislador europeo mantiene, así, una posición intermedia. Por un lado opta por la postura más estricta a la hora de definir el domicilio de la SCE, aspecto que compensa poste-

riormente con un procedimiento de traslado que permite el mutuo reconocimiento de sociedades entre el Estado de origen y el de destino<sup>25</sup>.

Esta constituye una de las principales ventajas de la SCE y uno de los factores a tener en cuenta por las sociedades cooperativas a la hora de decantarse por el tipo social europeo. No obstante, conviene tener en cuenta que las especialidades de este procedimiento de traslado de domicilio no van a tener el mismo grado de utilidad en todos los Estados miembros. En el marco de los ordenamientos que siguen el criterio de la sede real, la ventaja de la SCE es clara. Este tipo social facilita la movilidad tanto del domicilio como de la actividad económica de la cooperativa, simplificando los trámites procedimentales y permitiendo que la personalidad jurídica se mantenga durante todo el traslado. Las ventajas no son, sin embargo, tan claras en caso de empresas domiciliadas en ordenamientos que siguen el criterio de constitución. La razón de ello es que estos últimos ofrecen posibilidades bastante amplias a la movilidad de las personas jurídicas, sin necesidad de recurrir a los tipos sociales europeos. En concreto, permiten a las sociedades trasladar el lugar donde desean desempeñar su actividad económica sin necesidad de modificar el domicilio, algo que, sin embargo, el Reglamento de la SCE no permite<sup>26</sup>. Ahora bien, ello no quiere decir que los tipos sociales de corte europeo carezcan de todo tipo de utilidad en estos ordenamientos. Ya vimos que recurrir al criterio de constitución a la hora de fijar el domicilio no permitía resolver todos los problemas de movilidad de las personas jurídicas. Resultaba útil cuando el objetivo consistía en trasladar la sede real, pero no cuando la sociedad deseaba cambiar de sede registral en busca de una regulación más flexible

25. Esta constituye la principal diferencia respecto al procedimiento de traslado de domicilio seguido en aquellos ordenamientos que utilizan el criterio de la sede real, vid. SCHULZE, R. / WIESE, M. "Die SCE mit Sitz in Deutschland und die Reform des deutschen Genossenschaftsrecht", p. 111. El mantenimiento de la personalidad jurídica en los procesos de traslado de domicilio previsto en el estatuto jurídico tanto de la SCE, como de la SAE ha merecido una valoración positiva en el conjunto de la doctrina, vid. en este sentido, GARCÍA-RIESTRA, M. "The transfer of seat of the European Company versus free establishment case-law", p. 1303; BOULOKOS, M. "The European Company as a vehicle form corporate mobility within the EU: a breakthrough in european corporate law?", *European Business Law Review*, núm. 3, 2007, p. 538; PALAO MORENO, G. "El domicilio de la Sociedad Anónima Europea y su traslado", en AAVV. *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, (dir. Boquera Matarredona, J.), Cizur Menor, 2006, P. 77.

26. La utilización del criterio de la sede real hace que el Reglamento sea más estricto en este ámbito, vid. PETRONELLA, V. "The cross-border transfer of the seat after Cartesio and the non-portable nationality of the company", p. 262.

y favorable. En tales casos la utilización del criterio de constitución no permitía obviar todas las dificultades procedimentales que planteaba un cambio de domicilio. Al igual que en los ordenamientos basados en el criterio de la sede real, la persona jurídica seguiría sujeta a la necesidad de liquidarse y extinguirse para volver a constituirse en el Estado de destino y regirse por las normas de este último. Es en este ámbito, por tanto, donde la SCE y su procedimiento de traslado de domicilio puede tener una ventaja comparativa respecto al resto de tipos sociales nacionales. En consecuencia, la SCE merece una doble valoración en el marco de los ordenamientos que siguen el criterio de constitución en la determinación del domicilio. Por un lado, es un tipo que dificulta la movilidad de aquellas personas jurídicas que solo desean cambiar el lugar donde desarrollar su actividad económica, pero ofrece más ventajas a aquellas sociedades que desean cambiar de domicilio y norma reguladora, en la medida en que instaura un procedimiento que permite mantener su personalidad jurídica durante todo el traslado.

Respecto al procedimiento de cambio de domicilio resta por analizar los instrumentos concretos previstos por el Reglamento para proteger los intereses de socios y acreedores. Durante bastante tiempo el posible perjuicio que un cambio de domicilio podía ocasionar sobre sus intereses fue esgrimido como un inconveniente importante a la libre circulación de las personas jurídicas<sup>27</sup>. Ante ello, el Reglamento resuelve la situación ofreciendo soluciones distintas según se trate de socios o de acreedores. En el primer caso, la protección se consigue por dos vías. Por un lado, reconociendo a todos los socios la posibilidad, o bien de examinar en el domicilio de la SCE la propuesta de traslado y el informe elaborado por el órgano de administración, o bien de solicitar la obtención gratuita de los mismos en el plazo de un mes antes de la celebración de la junta general (art. 7.4). Además de este derecho de información, el Reglamento de la SCE va a atribuir un derecho de separación a todos aquellos socios que se hayan opuesto en junta al acuerdo

27. Todo cambio de domicilio y, por tanto, de norma aplicable, constituye un riesgo para socios y acreedores y este ha sido uno de los argumentos utilizados en el ámbito anglosajón para no contemplar la posibilidad de trasladar la sede registral, algo que, como hemos visto, se compensa con las mayores facilidades que se conceden al traslado de la sede real, vid. PETRONELLA, V. "The cross-border transfer of the seat after Cartesio and the non-portable nationality of the company", p. 258; RODAS PAREDES, N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, p.141.

de traslado de domicilio, derecho que debe ser ejercitado en un plazo de dos meses desde su celebración (art. 7.5). El reconocimiento de esta facultad está en consonancia con la tramitación del cambio de domicilio a modo de modificación estatutaria y supone la introducción de una herramienta concreta de defensa de los socios. A diferencia del estatuto jurídico de la SAE, que delega sobre cada una de las legislaciones nacionales la tarea de garantizar los intereses de todas las partes afectadas por una modificación del domicilio, el Reglamento de la SCE prescinde de la delegación e introduce directamente el derecho de separación como instrumento a utilizar por quienes forman parte de este tipo social europeo<sup>28</sup>. Frente a ello, la protección de los intereses de los acreedores en el Reglamento ha quedado limitada a la posibilidad de examinar en la sede social o de solicitar gratuitamente la remisión tanto del proyecto de traslado, como del informe del órgano de administración. Los acreedores disponen, por tanto, de un derecho de información pero carecen de instrumento alguno que les permita incidir directamente en el proceso mismo de traslado. En este sentido, la posibilidad de que los acreedores puedan oponerse al cambio de domicilio en caso de que sus respectivos derechos de crédito no se hayan visto efectivamente satisfechos es algo que no viene directamente reconocido por el Reglamento. Habrá que estar, por tanto, a lo establecido en cada una de las legislaciones nacionales.

### 3.2.3. *Cláusula de salvaguardia*

Todas las ventajas que el estatuto jurídico de la SCE puede reportar al libre establecimiento de sociedades en la UE y a las que hemos tenido oportunidad de referirnos anteriormente chocan de frente con lo previsto en el art. 7.14 del Reglamento. De acuerdo con este último, los Estados pueden prever en sus respectivas legislaciones nacionales que un traslado de domicilio con cambio de legislación aplicable no surta efecto si en el plazo de dos meses desde la publicación del proyecto la autoridad competente se opone al mismo por razones de interés

28. Mientras que para la SAE el legislador europeo ha considerado prioritario el interés de la sociedad que desea trasladarse evitando la introducción de obstáculos a su movilidad vid. PALAO MORENO, G. “El domicilio de la Sociedad Anónima Europea y su traslado”, p. 87-88; BOULOUKOS, M. “The European Company (SE) as a vehicle for corporate mobility within the EU: a breakthrough in European Corporate Law?”, p. 551), el Reglamento de la SCE ha defendido de manera más decidida los intereses de los socios.

público<sup>29</sup>. La lectura detenida del precepto muestra que la posibilidad de que una SCE disfrute de las ventajas que ofrece el procedimiento de traslado de domicilio previsto en el Reglamento va a depender en último término de la discrecionalidad de cada uno de los Estados miembros. A estos últimos se les está reconociendo la posibilidad de ejercitar un derecho de oposición al traslado que deberán justificar siempre en razones de interés público. La importancia que tiene esta cláusula de salvaguardia a la hora de valorar si la SCE realmente contribuye a hacer efectivo el principio de libertad de establecimiento exige detenerse en el análisis de dos aspectos concretos de la misma. Por un lado, el supuesto de hecho que motiva la aplicación de esta cláusula, es decir, en qué casos nos vamos a encontrar con un traslado que implique una modificación de legislación aplicable y, en segundo término, qué se entiende por interés público en este caso y, por tanto, cuáles son las razones que pueden motivar el ejercicio justificado de este derecho de oposición.

Por lo que respecta al supuesto de hecho, el art. 7.14 del Reglamento parece limitar la posibilidad de que los Estados miembros introduzcan cláusulas de salvaguardia a aquellos casos en los que el cambio de domicilio implique igualmente un cambio de norma aplicable. No obstante, la individualización que el precepto realiza de este supuesto de hecho parece un tanto innecesaria. En realidad, y fuera de los casos en los que el traslado se realiza dentro de un mismo Estado miembro, es difícil imaginar cambios de domicilio de una SCE que no lleven consigo un cambio de regulación y ello por varios motivos. Por un lado, porque a pesar de los intentos por configurar a la SCE como un tipo social europeo con una regulación independiente y desvinculada de cada uno de los Estados miembros, ya hemos visto que son muy pocas las normas de derecho estrictamente europeo incluidas en el Reglamento y bastante amplio el espacio de actuación que se deja a la aplicación supletoria de las distintas legislaciones nacionales. En este sentido, es cierto que el cambio de domicilio no afectará a aplicación de aquellas normas de derecho estrictamente europeo que se contienen en el Reglamento, pero si a aquellas materias que deben regularse supletoriamente por las respectivas legislaciones nacionales. Respecto a estas últimas, el cambio de domicilio implica que

29. En cualquier caso, conviene advertir que el Reglamento simplemente habilita a los Estados miembros para introducir en sus respectivas legislaciones nacionales este tipo de cláusulas de salvaguardia, pero no introduce obligación alguna al respecto. De igual forma se manifiesta el Reglamento regulador de la SAE, vid. VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. “Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, p. 36.

a partir de ese momento el Estado de destino será quien establezca los requisitos jurídicos a los que deberá adaptarse la organización interna de la SCE que va a operar y a domiciliarse dentro de su territorio<sup>30</sup>. Ello hace prácticamente imposible que el cambio de domicilio se resuelva sin tener que proceder a la adaptación de los estatutos de la SCE a la nueva legislación del Estado de destino en todos aquellos aspectos que el Reglamento delega sobre las legislaciones nacionales. En definitiva el procedimiento de cambio de domicilio previsto por el legislador europeo garantiza el mantenimiento de la personalidad jurídica de la SCE así como aquella parte de su estatuto jurídico que está regulada imperativamente por las normas de Derecho europeo. Sin embargo, la regulación del resto de aspectos comprendidos en el estatuto jurídico de la SCE será competencia de cada uno de los Derecho nacionales.

Por lo que respecta al interés público como límite al ejercicio de este derecho de oposición por parte de los Estados miembros, resulta necesario destacar su condición de concepto abstracto cuyo contenido habrá de concretarse utilizando ejemplos extraídos de la propia práctica societaria. De todas formas, y teniendo en cuenta la función que desempeña esta referencia al interés público como freno al ejercicio injustificado del derecho de oposición, quizás hubiera sido deseable una mayor concreción del legislador europeo al introducir este concepto. En cualquier caso, queda claro que la utilización de argumentos como el riesgo de deslocalización de empresas, la pérdida de beneficios fiscales o la búsqueda de ordenamientos más flexibles no pueden justificar una negativa al traslado de sede social. El propio significado del principio de libre establecimiento ampara la movilidad de sociedades bajo este tipo de motivaciones. Ello hace que el conjunto de razones que pueden fundamentar la instauración de una cláusula de salvaguardia por parte de los Estados miembros sea bastante limitado<sup>31</sup>.

30. En este sentido, conviene recordar la diferencia existente entre mantener la personalidad jurídica de la sociedad que se traslada y proceder al pleno reconocimiento de la misma. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha considerado que el principio de libre establecimiento alcanza simplemente el primer aspecto, sin embargo, el pleno reconocimiento de sociedades encierra cuestiones que dependen de la soberanía de cada Estado miembro. Ello significa, por tanto, que el traslado de la sede social va a implicar un cambio de norma aplicable y la necesidad de adaptarse a este nuevo marco jurídico para que la sociedad pueda ser plenamente reconocida en el Estado de destino, *vid.* KINDLER, P. “Auf them weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft” 1075; PETRONELLA, V. “The cross-border transfer of the sean after Cartesio and the non-portable nationality of the company”, p. 261.

31. Al respecto se ha mencionado, por ejemplo, la necesidad de garantizar el abastecimiento de productos energéticos VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. “Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, p. 36.

## 4. Utilidad de la SCE para facilitar la libre circulación de las sociedades cooperativas domiciliadas en España

Queda por analizar, en último término, la situación de aquellas sociedades cooperativas constituidas en territorio español, ya sea bajo la ley estatal o autonómica, que desean trasladar su sede social a algún otro Estado Miembro de la UE. La razón de ello es que el análisis concreto de su situación permitirá llegar a conclusiones sobre las ventajas que el modelo de SCE puede reportar en estos casos.

El primer aspecto a destacar es que las sociedades cooperativas españolas no cuentan con ninguna norma jurídica que ampare el traslado de su sede social a un Estado diferente. Este supuesto no aparece contemplado en la Ley 27/1999 General de Cooperativas, ni tampoco en la legislación autonómica sobre la materia. De igual forma las sociedades cooperativas han quedado excluidas del régimen jurídico sobre traslado internacional de domicilio social previsto por la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles<sup>32</sup>. En este escenario de indeterminación normativa, la posibilidad de que las sociedades cooperativas españolas puedan moverse por todo el ámbito territorial de la UE dependerá, por un lado, de los criterios utilizados por el Estado de origen y destino para la fijación del domicilio y, por otro, de las directrices de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre la interpretación del principio de libertad de establecimiento en los escasos pronunciamientos que ha dedicado a la materia.

En este sentido, y siendo España el lugar de origen de la sociedad cooperativa que desea trasladarse conviene señalar, en primer término, que tanto la ley 3/1999 General de Cooperativas como el resto de leyes autonómicas participan del criterio de la sede real a la hora de determinar el domicilio de aquellas cooperativas que incurren dentro de sus respectivos ámbitos aplicativos. Ello significa que el traslado de la actividad económica de las cooperativas constituidas en territorio español conlleva un traslado de sede registral y viceversa. Ya hemos visto que la utilización de este criterio dificulta la movilidad de las personas jurídicas, pero también que la aplicación de la doctrina del Tribunal Europeo sobre tras-

32. Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Notas sobre el traslado internacional de domicilio social de las cooperativas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones de las sociedades mercantiles (STSJE de 16 de diciembre de 2008, caso Cartesio)”, pág. 2.

lados intracomunitarios permite suavizar las consecuencias de este último. En concreto, y de acuerdo con esta última, el principio de libertad de establecimiento ampara el mantenimiento de la personalidad jurídica de aquellas sociedades cooperativas que desean trasladarse a otro Estado. Ahora bien su pleno reconocimiento en el Estado de destino llevaría consigo la adaptación de su régimen interno al nuevo marco jurídico en el que se va a domiciliar y a operar a partir de ese momento. En definitiva, la doctrina del Tribunal Europeo permitiría ahorrar los costes de liquidación, extinción y nueva constitución de la sociedad cooperativa, pero no evitaría el cambio de norma aplicable. Por su parte, e independientemente de que el Estado de destino siga el criterio de la sede real o el criterio de incorporación a la hora de fijar el domicilio, el dato de que en las cooperativas constituidas en España deban trasladar su sede real y registral al mismo tiempo hará necesario que estas últimas se adapten a la legislación del Estado desde donde van a operar a partir del traslado. En definitiva, el Tribunal de Justicia Europeo garantiza el mantenimiento de la persona jurídica, pero la cuestión acerca de cómo va a reconocerse a dicha persona jurídica debe responderse por la propia legislación nacional del Estado de destino y es en este punto donde va a existir un mayor grado de indeterminación.

Partiendo de ello, cabe cuestionarse si el procedimiento de traslado de domicilio previsto para la SCE puede aportar algo nuevo en este contexto. Como vimos el Reglamento planteaba como primer objetivo facilitar los procedimientos de traslado evitando los costes de disolución, extinción y nueva constitución de las sociedades. En este punto, existe un paralelismo entre la interpretación y aplicación del principio de libre establecimiento de personas jurídicas realizada por el Tribunal Europeo y la normativa comunitaria. Quizás la aportación más significativa del Reglamento viene referida al momento del reconocimiento de la SCE por parte del Estado de destino. En este sentido, es cierto que el Reglamento exige que el cambio de sede real lleve aparejado un cambio de sede registral con la exigencia que ello lleva consigo de que la SCE se adapte a la legislación del Estado donde va a operar a partir de ese momento. No obstante, en este proceso de adaptación conviene tener en cuenta que la SCE es un tipo europeo que, aunque reducida, cuenta con una regulación propia que va a mantenerse después del traslado. En este sentido, puede decirse que el campo de actuación de la legislación propia del Estado de destino es más reducido cuando se trata de reconocer un tipo europeo como es la SCE. En este caso, la SCE tan sólo tendrá que adaptarse en aquellos aspectos que deben regularse supletoriamente por cada uno de los Estados Miembros.

## Bibliografía

- ÁLBAREZ PÉREZ, M. “Nuevas perspectivas de la libertad de establecimiento en los Estados de la Unión Europea, en particular para las sociedades”, *Noticias UE*, núm. 265, 2007, p. 29 y ss.
- BOULOUKOS, M. “The European Company (SE) as a vehicle for corporate mobility within the EU: a breakthrough in European Corporate Law?”, *European Business Law Review*, núm. 3, 2007, p. 535 y ss.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Notas sobre el traslado internacional de domicilio social de las cooperativas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones de las sociedades mercantiles (STSJE de 16 de diciembre de 2008, caso Cartesio)”, *La Ley*, núm. 7294, 2009.
- EBERT, S. “The European Company on the level playing field of the community”, *European Business Law Review*, núm. 2, 2003, p.183 y ss.
- EDBURY, M. “The European Company statute: a practical working model for the future of European company law making?”, *Common Market Law Review*, núm. 6, 2001, p. 1283 y ss.
- EMBED IRUJO, J.M. “Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al plan de acción”, *Noticias de la UE*, núm. 252, 2006, p. 5 yss.
- ESCUIN IBÁÑEZ, I. “Law applicable to the European Cooperative society established in Spain”, *EFCE*, núm. 1, 2011, p. 30 y ss.
- ESTEBAN VELASCO, G. “El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea”, *RdS*, núm.16, 2001, p. 141 y ss.
- GARCÍA-RIESTRA, M. “The transfer of seat of the European Company versus free establishment case-law”, *European Business Law Review*, núm. 6, 2004, p. 1295 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./MUÑOZ MACHADO,S.), Ed. Civitas, Madrid, pág.
- GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976.
- HALBHUBER, H. “National doctrinal structures and European Company Law”, *Common Market Law Review*, núm. 38, 2001, p. 1385 y ss.

- KINDLER, P. "Auf them weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft" *NJW*, núm. 15, 2003, p.1076 y ss.
- KUEHRER, N. "Cross-border company establishment between the UK and Austria", *European Business Law Review*, mayo-junio, 2001, p. 110 y ss.
- LANG / WEIMÜLLER. *Genossenschaftsgesetz Kommentar*, ed. De Gruyter, Berlin, 2006.
- LUTTERMANN, C. "Die europäische Genossenschaft", *ZVglRWiss*, núm 93, 1994, p.
- MARTINEZ RIVAS, F. "Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso Daily Mail al caso Cartesio", *CDT*, núm. 1, 2009, p. 132y ss.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J. "Primera aproximación al estatuto de la sociedad cooperativa europea", *REVESCO*, núm. 80, 2003, p. 61 y ss.
- MENJUCQ, M. "La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en el Derecho comunitario de sociedades", *Noticias UE*, núm. 252, 2006, p. 103 y ss.
- PALAO MORENO, G. "El domicilio de la Sociedad Anónima Europea y su traslado", en AAVV. *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, (dir. Boquera Matarredona, J.), Cizur Menor, 2006, p. 67 y ss.
- PETRONELLA, V. "The cross-border transfer of the seat after Cartesio and the non-portable nationality of the company", *European Business Law Review*, nº 22, 2010, p. 245 y ss.
- RACUGNO, G. "La società cooperativa europea", núm. 1, 2, y 3, *Riv.dir.comm*, 2006,
- RODAS PAREDES, N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Granada, 2011.
- SASSO, L. "Societas Europaea: between harmonization and regulatory competition", *European Company Law*, núm. 4, 2007, p.159 y ss.
- SCHULZE, R. / WIESE. M. "Die SCE mit sitz in Deutschland und die Reform des deutschen Genossenschaftsrecht", *ZfgG*, núm. 2, 2006, 108 y ss.
- SIEMS, M. "The impact of the european company (SE) on legal culture", *European Law Review*, núm. 3, 2005, p.
- WYMEERSCH, E. "The transfer of the company seat in European Company Law", *Common Market Law Review*, núm. 3, 2003, p. 661 y ss.
- VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. "Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE", *RdS*, núm. 19, 2002, p. 15 y ss.