
**LA FUNCIÓN DEL ÓRGANO DE CONTROL DE UNA
SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA DOMICILIADA EN
ESPAÑA**

POR

Mónica FUENTES NAHARRO*

RESUMEN

Como es sabido, el Estatuto jurídico contenido en el Reglamento (CE) 1435/2003 sobre la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), fiel a su precedente y modelo, el Reglamento 2157/2001 sobre la Sociedad Europea, ha incorporado la posibilidad de que la SCE, vía estatutaria, pueda optar entre dos modelos de administración: el monista o el dual, este último, prácticamente desconocido en nuestro derecho cooperativo nacional. Precisamente, en tanto el sistema monista es conocido por todos y ha sido objeto de múltiples y meritorios trabajos por parte de nuestra doctrina, hemos considerado conveniente como objeto de esta investigación, centrarnos en el órgano de control (o vigilancia), en tanto es en él donde reside la verdadera “seña de identidad” de este sistema dual, para nosotros novedoso, de organización de la administración.

No obstante, abordar la totalidad de su régimen jurídico excedería con mucho el objetivo de estas jornadas. Así, nos limitaremos, en esencia, a realizar una aproximación analítica y, en ocasiones, crítica, a las funciones que este órgano desempeña en el seno de la administración de una SCE domiciliada en España y a la relación que le vincula con el otro órgano administrativo, el encargado de la efectiva administración de la sociedad (el denominado “órgano de dirección” o, simplemente, “dirección”). No pocas dificultades vamos a tener que afrontar en esta tarea, relacionadas casi todas ellas con los problemas interpretativos y de adaptación de un derecho cooperativo como el español al exiguo régimen que ha dibujado el legislador comunitario y que va a resultar necesario integrar –con la

* Profesor Contratado Doctor. Departamento de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid.
monicafuentes@der.ucm.es

normativa ya existente- y, en ocasiones, completar, mediante la articulación de aquellas disposiciones específicas que resulten necesarias para adaptar nuestra normativa a la nueva figura y, concretamente, al nuevo sistema dual de administración.

Palabras clave: Sistema dual, Sistema dualista, Órgano de vigilancia o supervisión, Administración, Sociedad Cooperativa

Códigos Econlit: K220, K290, K390

THE ROLE OF THE AUTHORITY OF CONTROL OF A EUROPEAN COOPERATIVE SOCIETY HOME IN SPAIN

ABSTRACT

The legal statute contained in Regulation (EC) 1435/2003 on the European Cooperative (SCE), following its precedent and model, the Regulation 2157/2001 on the European Company, has incorporated the possibility that the SCE, by means of its by-laws, can choose between two models of management: the two-tier system (virtually unknown in our national cooperative law) or the one-tier system. Indeed, while the one-tier system is well known and has been subject to multiple and meritorious work by our doctrine, we considered suitable to focus our efforts on the so-called "monitoring body", which is the true "distinguishing mark" of this two-tier system. However, addressing all the monitoring body's legal regime would exceed by far the objective of this conference. Thus, we shall confine ourselves, in essence, to make an analytical and, sometimes, critical approach to the functions of this body with the other body of this two-tier system, in charge of the effective administration of society (the so-called "management body" or simply "Management"). Not a few difficulties we will have to face on this task, almost all of them related to interpretation and adaptation problems that will arise when implementing the European Regulation within the existing Spanish rules on cooperatives, through the articulation of those specific provisions which are needed to adapt our legislation to the new legal type and, more specifically, the new two-tier system of management.

Key words: Two-tier Board System, Supervisory Board, Management, Cooperative.

LE RÔLE DE L'AUTORITÉ DE CONTRÔLE DE LA SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE EUROPÉENNE ACCUEIL EN ESPAGNE

RESUMÉ

Comme chacun sait, le Statut juridique contenu dans le Règlement (CE) 1435/2003 sur la Société Coopérative Européenne (SCE), un fidèle à son précédent et je modèle, le Règlement 2157/2001 sur la Société Européenne, il a incorporé la possibilité dont la SCE, voie statut, pouvoir opter entre deux modèles d'administration : le monista ou le dual, ci-mentionné, pratiquement ignoré dans notre droit coopératif national. Précisément, dans tant le système monista est connu à tous et a été objet de travaux méritoires et multiples de la part de notre doctrine, nous avons considéré convenables comme objet de cette investigation, nous concentrer sur l'organe de contrôle (ou une surveillance), dans tant c'est dans lui où réside le vrai "signe d'identité" de ce système dual, pour nous nouveau, d'une organisation de l'administration.

Cependant, aborder la totalité de son régime juridique dépasserait avec beaucoup l'objectif de ces journées. Ainsi, nous nous limiterons, dans une essence, à réaliser une approche analytique et, parfois, une critique, aux fonctions que cet organe occupe dans le sein de l'administration d'une SCE domiciliée en Espagne et à la relation qui le lie avec l'autre organe administratif, le responsable de l'administration effective de la société (le soi-disant "organe de direction" ou, simplement, "d'une direction"). Non peu de difficultés nous allons avoir à affronter dans ce travail, mises en rapport presque toutes avec les problèmes interprétatifs et d'une adaptation d'un droit coopératif comme l'espagnol au régime exigé que le législateur communautaire a dessiné et qui va sembler nécessaire de composer – avec la réglementation déjà existante - et, parfois, compléter, grâce à l'articulation de ces dispositions spécifiques qui semblent nécessaires pour adapter notre réglementation à la nouvelle figure et, concrètement, au nouveau système dual d'une administration.

Des mots clefs : Un système dual, un Système dualiste, un Organe de surveillance ou de supervision, Administration, Société Coopérative

1. ALGUNAS CUESTIONES PRELIMINARES

1.1 El (facultativo) sistema dual de administración : significado y alcance

El objeto del Reglamento (CE) 1435/2003 relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), al que en adelante nos referiremos como “RSCE”, ha sido crear una entidad transnacional cooperativa, similar en buena parte a la Sociedad Anónima Europea (SE) aprobada por el Reglamento 2157/2001 (en adelante, “RSE”) (de acuerdo, FAJARDO GARCÍA, 2003: p. 203). La influencia de este último régimen sobre la SCE se manifiesta de forma especialmente acusada cuando nos acercamos al estudio de sus órganos, cuyo diseño responde por completo a la estructura de una sociedad corporativa -circunstancia que ha sido criticada (VICENT CHULIÁ, 2003: p. 55)- aunque informada por los principios cooperativos (MARTÍNEZ SEGOVIA, 2003: p. 349). Tal es así, que la mayor parte de los preceptos encargados de regular el régimen jurídico de su órgano de administración –o mejor dicho, de sus sistemas de administración- resultan ser una *transcripción casi literal* de los que regulan esa misma cuestión en la SE, atribuyendo así también el RSCE, la opción estatutaria de optar por un sistema monista o dualista de administración societaria. Precisamente, esta similitud entre ambos regímenes, otorgará especial utilidad en el marco de este trabajo a todas aquellas reflexiones vertidas por nuestra doctrina científica en relación con el órgano de control en la SE, muchas de las cuales resultarán trasladables -con las cautelas y matices que procedan- al estudio de esta misma cuestión en el seno de la SCE.

El modelo de administración dual (o dualista), denominado también “modelo germánico” por ser el tradicionalmente acogido -también en el ámbito cooperativo- por el derecho societario alemán (v. § 9 *GenG*), se caracteriza por encomendar la administración de la sociedad a dos órganos, uno de dirección, encargado de la gestión, y otro de control o vigilancia, encargado de supervisar la labor de aquél. Se trata por tanto de un sistema que parte de la separación funcional y estructural de las tareas de gestión y vigilancia, residiendo esta última necesariamente en un órgano propio de control o supervisión, que tiene prohibido

convertirse en verdadero gestor de la sociedad (ESTEBAN VELASCO, 2004: p.539; en sentido similar, aunque con las particularidades propias del sistema dual (atenuado) en las Cajas de Ahorros: ESTEBAN VELASCO, 2007). Por su parte, el sistema de administración monista se encuentra integrado por un solo órgano de administración y, como es sabido, ha sido el tradicionalmente acogido por nuestro derecho de sociedades (también por nuestro derecho de sociedades cooperativas: cfr. arts. 32 a 37 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, “LCoop”, donde se recoge el régimen jurídico del único órgano de administración, el Consejo Rector).

Así, los dos sistemas legislativos que tradicionalmente se han considerado contrapuestos en este aspecto (unitario o monista y germánico dualista), coexisten en el RSCE, el cual no impone uno u otro, sino que, en consonancia con esa aproximación normativa que ya apuntábamos del régimen de la SCE al de la SE, ha proporcionado también a aquélla la posibilidad de que sus estatutos puedan optar entre ambos modelos (*vid.* art. 36 RSCE).

La facultad estatutaria de opción que otorga el Reglamento representa una novedad normativa de enorme relevancia, en tanto permite que los fundadores de una SCE con domicilio en España decidan estructurar la administración de su sociedad conforme a un sistema totalmente ajeno a nuestra norma estatal de cooperativas (LCoop) y a la mayor parte de las leyes autonómicas.

No obstante, precisamente en este ámbito autonómico contamos con alguna excepción; especialmente interesante, resultará ser la Ley 4/1993 de Cooperativas del País Vasco, en adelante “LPCV”, que recoge en la sección III de su Capítulo V, el régimen jurídico de la “Comisión de Vigilancia”, incorporando un sistema dual de administración para sus cooperativas, al que haremos cumplida referencia. No obstante, el artículo 50. 1 LCPV no concede opción alguna, sino que establece la *obligatoriedad* de acoger este sistema dualista para las cooperativas de mediano y gran tamaño. Así, el legislador vasco tendría que facilitar en el futuro, cuando menos, para la SCE, la posibilidad de opción de la que hablamos. Asimismo, y aunque nos referiremos principalmente al caso de la ley autonómica vasca por la similitud y detalle que ofrece su régimen respecto del órgano de control recogido por el RSCE, no queremos dejar de llamar la atención sobre el interés que pueden presentar otras leyes autonómicas, como es el caso de la Ley 8/2003 de Cooperativas de la Comunidad

Valenciana, cuyo artículo 54 permite a los estatutos establecer facultativamente la existencia de una Comisión de control de la gestión con funciones similares a la de un Consejo de vigilancia o control.

De esta forma, aquellos Estados cuyas legislaciones no contemplen alguno de estos dos sistemas en sede de cooperativas (como es el caso de nuestro ordenamiento respecto del dual, o el caso alemán respecto del monista), deberán adoptar las medidas oportunas para permitir la implantación de una SCE que hayan optado por un sistema dual de administración, si bien, hasta el día de hoy, dicha normativa no ha sido promulgada (ni siquiera, por cuanto nosotros conocemos, proyectada).

La obligación por parte de los Estados miembro de adoptar medidas en este sentido ha sido puesta en tela de juicio por parte de la doctrina. Sin embargo, son muchos los argumentos que respaldan la “coerción” a que en este sentido se encuentran sometidos dichos Estados. Entre otros motivos, el artículo 78 RSCE, establece que “los Estados miembros *adoptarán* todas las disposiciones adecuadas para garantizar la aplicación efectiva del presente Reglamento (MARTÍNEZ SEGOVIA, 2003: p. 97, nota 130). A ello, además, se une la circunstancia de que si un Estado miembro renuncia a hacer uso de la autorización de ofertar un adecuado régimen nacional específico para la SCE, con ello estará contribuyendo a hacer menos atractivo su territorio para la futura domiciliación de este tipo de sociedades debido al coste de regulación y de aplicación que ello va a suponer, coste que se incrementará aún más en el ámbito cooperativo por la compleja competencia nacional y autonómica existente sobre la materia (en este mismo orden de ideas, en relación con la SE, v. ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 535, 536). Otra de las consecuencias de una falta de adaptación legislativa de nuestro derecho cooperativo sería, como ya apuntó por la doctrina cuando se planteó esta misma problemática en la SE (MORILLAS JARILLO/GRECHENIG, 2002: p. 7), la de que, al no poderse aplicar el Reglamento, ello supondría un incumplimiento por parte del Estado, y como ha afirmado el TJCE en la sentencia de 7 de febrero de 1973 (Comisión/Italia) en un contexto similar “no se podría admitir que un Estado miembro aplique de manera incompleta o selectiva las disposiciones de un Reglamento de la Comunidad, de manera que frustrara la aplicación de ciertas disposiciones de la legislación comunitaria respecto de las cuales hubiera manifestado su oposición o las hubiera estimado contrarias a ciertos intereses nacionales”.

1.2 Un apunte acerca de la difícil prelación de fuentes en la construcción del régimen dual de administración para la SCE.

Aun cuando no podemos, debido al carácter de este trabajo, afrontar aquí en profundidad esta compleja problemática (*in extenso* v. FUENTES NAHARRO, 2007), no queremos dejar de apuntar las dificultades que al legislador español plantea la construcción del régimen jurídico del sistema dual de administración para la SCE, dificultad derivada del propio sistema de fuentes previsto en el Reglamento (cfr. art. 8.1), del que se deduce que la construcción de tal régimen no puede basarse (cuando menos, no sólo, ni fundamentalmente) en lo dispuesto en el RSCE, sino también en el régimen nacional y en el juego a la autorregulación estatutaria que conceden tanto el propio Reglamento como la ley nacional (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 528, 529)

Y es que, *ex art.* 8.1 RSCE, la conformación del régimen jurídico del sistema dual de administración de la SCE vendrá determinada: (i) en primer lugar, por lo prescrito por el RSCE y, allí donde expresamente éste lo permita, por los estatutos de la sociedad; (ii) a continuación, para lo no previsto con arreglo al anterior criterio, se estará a la aplicación, en estricto orden de jerarquía, de: a') las disposiciones legales adoptadas por los Estados miembros en aplicación de las medidas comunitarias que se refieran a la SCE (legislación específica con la que todavía no contamos); b') las disposiciones legales que fuesen de aplicación a una sociedad cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en que la SCE tenga su domicilio social (lo que en nuestro país supondría optar -o plantearse, cuando menos, la necesidad de optar- por la normativa autonómica o nacional); c') las disposiciones estatutarias de la sociedad en las mismas condiciones que rigen para nuestras cooperativas nacionales .

Cierto es que estas dificultades, en parte, no son novedosas, ya que se plantearon en términos similares al afrontar la construcción del régimen de la SE (también un tipo social “híbrido comunitario-nacional”: ESTEBAN VELASCO, 2003: p. 221 y ss.). Sin embargo, en el caso de las cooperativas, la entrada en juego del “derecho nacional” plantea un problema adicional que no existía en el contexto de la SE: la necesidad de determinar la “ley nacional” aplicable. Y es que, a diferencia de lo que ocurría en la SE -cuyo régimen nacional supletorio del Reglamento es único para toda España, la LSA-, en el ámbito cooperativo coexisten una

ley estatal (cuya aplicación, además, depende de un criterio -“la actividad principal”- distinto al que invoca el RSCE) y catorce leyes autonómicas que dificultan enormemente determinar si debe ser la “ley nacional” (la LCoop, de ámbito estatal), o la “ley autonómica”, la normativa que resulta aplicable supletoriamente con el fin de integrar el escueto régimen jurídico del Reglamento (ALFONSO SÁNCHEZ, 2006: p. 25). Y aun cuando nuestro legislador todavía no ha procedido a la modificación ni de la ley estatal ni de ninguna otra ley autonómica a fin de adaptar su régimen a la SCE y, por lo tanto, no sabemos con exactitud cómo se interpretará finalmente el reenvío a la “legislación nacional” que hace el Reglamento, sí podemos adelantar que, por cuanto nosotros hemos podido conocer, la doctrina española especializada se muestra mayoritariamente partidaria de considerar que habrá que remitirse tanto al derecho estatal (LCoop) como a los respectivos derechos autonómicos “cada uno en su ámbito, según la distribución competencial de la Constitución Española, y la asunción de competencias de los Estatutos de autonomía” (LAMBEA RUEDA, 2004: p. 313; 2006: p.3; VICENT CHULIÁ, 2003: p. 65; ALFONSO SÁNCHEZ, 2006: p. 29).

No obstante, admitido que ambas normativas -estatal y autonómica- entrarán en juego, surge otra cuestión vinculada a aquélla, cual es la de determinar el criterio realmente aplicable para deslindar la competencia estatal o autonómica que proceda en cada caso. La dificultad subyace en que nuestro derecho cooperativo y el RSCE manejan criterios distintos a esos efectos: para el RSCE (cfr. art. 8.1 c.ii), dicha competencia vendrá determinada por el criterio del “domicilio social” de la SCE (y a estos efectos el RSCE otorga un papel determinante al criterio de la sede real de la sociedad, entendido como el lugar donde esté situada su administración central); sin embargo, para nuestro derecho cooperativo, la aplicación de la normativa autonómica o estatal se determina en función del “ámbito territorial de actuación” con independencia del domicilio social (esto es, el lugar en el que se realice la actividad cooperativizada principal) (MORILLAS JARILLO/FELIÚ REY, 2002: p. 48).

Ciertamente, la mayor parte de nuestros autores coinciden en considerar aplicable el criterio del domicilio social del RSCE a estos efectos (VICENT CHULIÁ, 2003: p. 65; ALFONSO SÁNCHEZ, 2006: p. 29; LAMBEA RUEDA, 2004: p. 313).

Aún así, también la mayoritariamente coinciden en reprocharle los –inevitables- resultados “chocantes” o “carentes de lógica” a que la aplicación de semejante criterio puede

llevar, lo cual, a nuestro juicio, es bastante acertado: podría ser que una SCE domiciliada en Cuenca (esto es, con su administración central en Cuenca), aun desarrollando su actividad principal en un ámbito transnacional, debería regirse a los efectos del artículo 8.1 c.ii) por la normativa de cooperativas para Castilla-La Mancha, mientras cualquier cooperativa nacional con actividad cooperativizada en más de una Comunidad Autónoma y en ninguna con carácter principal quedaría sometida a la ley estatal de cooperativas (ALFONSO SÁNCHEZ, 2006: p.30; FAJARDO GARCÍA, 1995: p. 1169).

No obstante, la posición señalada, aunque mayoritaria por cuanto hemos podido conocer, no es ni mucho menos unánime. Otros autores, entienden que el deslinde competencial en estos casos debe llevarse a cabo en una suerte de dos pasos o estadios: en un primer lugar, a efectos de determinar qué “legislación nacional” -Estado miembro- resultará aplicable, habrá que acudir al criterio del artículo 6 RSCE: aquél donde la SCE tenga su administración central (y su domicilio); en un segundo lugar, determinado ya el Estado, en este caso el español, como referente, y contando éste con normativa estatal y autonómica, resultará aplicable el criterio (de nuestro derecho nacional) del lugar donde se desarrolle la actividad cooperativizada principal (MARTÍNEZ SEGOVIA, 2003: p. 77, nota 54; PANIAGUA ZURERA, 2007: p. 23).

A la vista de los argumentos vertidos, ciertamente esta última interpretación parecería, cuando menos desde un punto de vista dogmático, más correcta (y, claro está, no daría lugar a las situaciones paradójicas que se han señalado con anterioridad), sin embargo, la primera de ellas parece ser la más acorde con la literalidad de la norma comunitaria. Así las cosas, no cabe duda de que el debate sigue abierto y ésta difícil cuestión debería ser aclarada por el legislador en una futura -y esperamos que pronta- intervención.

En cualquier caso, con independencia de las consideraciones anteriormente vertidas y del juego que, parece, desempeñará la normativa autonómica respecto de la SCE, en un trabajo de estas características sería materialmente imposible realizar una labor de construcción integradora del régimen jurídico del órgano de control con referencia tanto a las catorce leyes autonómicas como a la ley estatal. Por eso, nos centraremos especialmente cuando abordemos esta cuestión en esta última y, ocasionalmente, por la particularidad e interés que su estudio ofrece, en la LCPV.

De hecho, algunos autores incluso consideran -por posicionarse entre los que consideran la actividad cooperativizada como un criterio determinante de la competencia legislativa- que, en cualquier caso, la ley estatal desempeñará un papel más importante porque “en el juicio sobre dónde se desarrolla principalmente la actividad económica cooperativa hay que atender a la total actividad de la cooperativa en cuestión, en España y en otro Estado o Estados miembros de la Unión Europea. Este dato puede dar mayor juego a la ley estatal de cooperativas, pues la actividad económica cooperativa desarrollada fuera de España computa, en la práctica, como ejecutada al margen del territorio de la Comunidad Autónoma de que se trate” (PANIAGUA ZURERA, 2007: p. 23); también entienden que “dado el carácter transnacional de estas sociedades, su actividad no se verá circunscrita al ámbito territorial de una Comunidad Autónoma concreta, por lo que suponemos que, en la mayoría de los casos, resultará de aplicación la ley estatal” (GONZÁLEZ FERNÁNDEZ/BENAVIDES VELASCO, 2006: p. 278).

2. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL TRABAJO

Como hemos señalado, nuestro trabajo afronta una tarea muy concreta: ofrecer una visión global de la funcionalidad de este órgano de control, en tanto es en él donde reside la verdadera “seña de identidad” (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 567) de este sistema dual de organizar la administración, a través de un estudio de sus funciones y competencias básicas. Lógicamente, la conformación de la administración de la sociedad por dos órganos, el de control y el de dirección hará que, en parte, también este último vea modificados algunos aspectos de su régimen jurídico. De esta forma, el estudio de aquél nos va a mostrar también algunas modificaciones que necesariamente operarán sobre éste (v.gr. su régimen de nombramiento y revocación).

Huelga decir que en un trabajo de este carácter no pretendemos efectuar un análisis exhaustivo de todo el temario de cuestiones que irán surgiendo al hilo de dicha construcción, sino únicamente apuntar los aspectos que resulten más relevantes. A estos efectos, insistiremos especialmente en los problemas interpretativos y de adaptación de un derecho cooperativo como el español que, como ya hemos indicado, desconoce este sistema dual de

administración, no sólo respecto de la SCE, sino también respecto de las cooperativas nacionales.

Asimismo, conforme nos vayamos aproximando al estudio sistemático de la función y competencias básicas del órgano de control, iremos abordando la compatibilidad (o la contradicción) de las normas del RSCE con nuestra LCoop, a fin de lograr identificar tanto aquellos aspectos que *facultativamente* el Estado pueda regular, como aquellos otros que, por no existir una norma similar o por estar dicha norma en contradicción con el Reglamento comunitario, *deben regularse o modificarse* por el legislador español a fin de que las SCE domiciliadas en España puedan optar, de forma efectiva, por el sistema dual de administración.

3. FUNCIÓN Y COMPETENCIAS BÁSICAS DEL ÓRGANO DEL CONTROL

3.1 La función básica: control de la gestión llevada a cabo por la dirección

El artículo 39.1 RSCE establece con carácter general que al órgano de control corresponde “controlar” -esto es, supervisar, vigilar- el ejercicio de la gestión y representación que incumbe al órgano de dirección, y ello con exclusión de toda competencia en materia de gestión y de representación frente a terceros de la sociedad.

La labor de supervisión de la gestión por un lado y la ausencia de competencia alguna en materia de gestión de la sociedad por otro constituyen, probablemente, las principales notas distintivas entre los sistemas monista y dualista “ya que el órgano de administración en el sistema monista (aun reconducido estatutariamente a la función de supervisión a través de la delegación de las facultades de gestión y representación) no pierde, sin embargo, las facultades delegadas, con posibilidad, por tanto, de intervenir en la gestión” (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 573).

No obstante, aun cuando el mismo RSCE le prohíba expresamente ejercer “por sí mismo” el poder de gestión de la SCE, como se verá más adelante, el órgano de control sí intervendrá de forma *indirecta* en la gestión de la sociedad (*vid. infra*. 2.4). Además, el

órgano de control también gozará de facultades representativas de la sociedad, si bien, nunca frente a terceros, sino únicamente frente al órgano de dirección (cfr. art. 39.1 RSCE). Desafortunadamente, el Reglamento no concreta el contenido de esa tarea de control o vigilancia de la gestión. Ello dificulta la delimitación de las competencias -y correspondientes derechos, deberes y posibles responsabilidades- de los miembros de este órgano. No obstante, esta carencia quizá no responda tanto a un “olvido” por parte del legislador comunitario, como al principio de intervención mínima que le ha guiado y a la idea de proporcionar un mayor margen de autorregulación estatutaria a este tipo social, cobrando así los estatutos, una vez más, un papel protagonista los efectos de delimitación interna del reparto de tareas entre el órgano de control y el de dirección.

Ciertamente, tampoco esa labor la hizo ni el RSE ni el legislador nacional con la Ley 19/2005. Sin embargo, sí la ha acometido el legislador autonómico (cfr. art. 53 de la LCPV), lo que podría servir de ejemplo para una futura intervención del legislador estatal.

En cualquier caso, esa ausencia de precisión legislativa no nos va a impedir aproximarnos al estudio de las competencias del órgano de control. A este fin nos serviremos de la importante labor ya realizada por la doctrina especializada respecto del mismo en la SE, labor que ha delimitado el ámbito objetivo de la función de supervisión o vigilancia en torno a tres tareas principales: (i) verificar si la gestión se acomoda o ajusta a la legalidad (observancia de las leyes, estatutos, acuerdos de la Asamblea); (ii) velar por una ordenada organización de la sociedad, (iii) así como por la oportunidad económica de la gestión realizada por el órgano de dirección (esto es, velar por la conservación y rentabilidad de la empresa). Además, esta labor de vigilancia o supervisión podrá estar referida no sólo a una fase *ex post* (de la gestión ya realizada), sino también a una fase *ex ante* (de la gestión proyectada); con lo cual, se trata de una tarea que se proyecta tanto en el control de la actividad ya realizada por el órgano de dirección como en el control preventivo de las actuaciones que se vayan a llevar a cabo (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 575).

Hechas estas consideraciones generales, procede aproximarse a los principales instrumentos contenidos en el RSCE a través de los cuales el órgano de control puede desarrollar esa función de vigilancia, y que se sitúan jurídicamente en el campo de las facultades de los miembros del órgano: (i) facultades de información; (ii) facultades de

consulta; (iii) facultades de verificación; (iv) facultades de intervención en la gestión (autorización de operaciones), y (v) otras facultades que son asimismo manifestaciones de la posición de supremacía y del poder de control que ejerce este órgano sobre el de dirección: (a) el nombramiento y la destitución de los componentes de ésta (art. 37.2 RSCE), (b) la representación de la sociedad ante el órgano de dirección o sus miembros en caso de litigio o en la celebración de contratos (art. 54.2 RSCE), y (c) la solicitud de convocatoria de la Asamblea de socios (art. 54.2 RSCE).

3.2 Facultades para ejercer el control o supervisión de la dirección

3.2.1.- Facultad de información

Como se ha señalado, resulta esencial en cualquier sistema dual establecer un adecuado flujo de información entre el órgano que dirige la sociedad y el que controla esa labor a fin de asegurar que éste pueda realizar sus funciones de asesoramiento y vigilancia (preventiva y reactiva, como ya señalábamos) sobre la actividad de aquél (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 578). El artículo 40 RSCE, al igual que ya hizo el RSE (cfr. art. 41, de contenido casi idéntico), se ha limitado -de nuevo, de acuerdo con el principio de regulación mínima que ha informado la norma comunitaria-, a establecer unas coordenadas muy genéricas sobre estas relaciones de información entre los dos órganos y los derechos de los miembros de cada uno de ellos. Ciertamente, sería deseable que tales coordenadas se viesen complementadas por las disposiciones específicas que sean promulgadas para adaptar la ley española a este sistema dual. No obstante, si finalmente nuestro legislador cooperativo sigue los mismos pasos que se han dado en relación con la SE domiciliada en España y, por lo tanto, omite también pronunciarse respecto a esta cuestión, resultaría aconsejable que los estatutos de la propia cooperativa doten de contenido específico a esta importante facultad.

Los medios a través de los cuales el órgano de control puede obtener información son muy variados, y el RSCE se ocupa de algunos de ellos: (i) en unos casos se imponen obligaciones al órgano de dirección (cfr. art. 40.1 y 2) de suministrar información al órgano de control con una periodicidad determinada o sobre asuntos especialmente relevantes (se habla así de la existencia de un derecho del órgano de control a recibir información y un deber

del órgano de dirección de proporcionarla); (ii) en otros casos, es el propio órgano de control el que puede exigir la información que considere precisa (cfr. art. 40.3); (iii) así como realizar las comprobaciones que estime necesarias (cfr. art. 40.4); e incluso, (iv) se reconoce un derecho individual a cada miembro del órgano de control a tener acceso a esa información, cuyo alcance, no obstante, no ha quedado del todo precisado por el legislador comunitario (cfr. art. 40.5).

3.2.1.1.- El derecho a recibir información periódica y la difícil delimitación del contenido de ese derecho

Como hemos señalado, el órgano de dirección tiene el deber de informar periódicamente al de control “acerca de la marcha de los asuntos de la cooperativa y de su evolución previsible”. Esta información debe suministrarse como mínimo cada 3 meses, aunque se dice que los estatutos podrían establecer un período diferente en las reuniones que se convoquen al efecto o por escrito (cfr. art. 40.1 RSCE) (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 581).

Una vez más, la normativa autonómica del País Vasco recoge esta facultad de información con la misma periodicidad: cfr. Artículo 51.1 (*Facultades de información*) “Los administradores deben informar a la Comisión de Vigilancia, al menos una vez al trimestre, de las actividades y evolución previsible de la cooperativa”.

De nuevo, la principal problemática que surge en torno a este punto es la de determinar el ámbito objetivo de este deber de información, esto es, definir su *contenido*, ya que el RSCE no dice nada expresamente (de acuerdo: PÉREZ DE MADRID/ALONSO-CUEVILLAS, 2007:p. 246). Una vez más el recurso a la doctrina especializada arroja algo de luz sobre este aspecto: se dice que ofrecer información sobre la “marcha de los asuntos de la SCE y de su evolución previsible” implica ofrecer un cuadro comparativo sobre los principales datos económicos que reflejan esa marcha de la sociedad en sus distintos sectores, áreas o productos. Además, el órgano de dirección deberá comunicar a su debido tiempo al órgano de control cualquier información sobre hechos que puedan tener “repercusiones sensibles” en la situación de la cooperativa, es decir, cualquier hecho trascendente o imprevisible que pueda afectar sustancialmente a la sociedad (cfr. art. 40. 2 RSCE).

En este contexto el problema es determinar cuándo estamos ante acontecimientos de “repercusión sensible”. Se dice que la valoración se hará teniendo en cuenta el volumen de la operación o acontecimiento en cuestión y los demás datos y circunstancias correspondientes de la concreta sociedad, ya que con este deber de suministrar información se pretende que el órgano de control pueda ejercer su función consultiva (y, por tanto, la información debe darse aunque la operación en cuestión no esté sometida a autorización previa); ha de entenderse que siempre que sea posible debe proporcionarse antes de la conclusión de la operación, y en contenido y forma para que se pueda pronunciar al respecto el órgano de control (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 580).

Cabe destacar no obstante un aspecto positivo del RSCE en lo que respecta a este ámbito objetivo de la información. Este Reglamento, a diferencia del RSE, obliga de forma expresa al órgano de dirección a proporcionar “cualquier información sobre las empresas controladas por la SCE que pueda influir de forma significativa en la marcha de los asuntos de esta última”. Y no cabe duda de que cualquier información relativa al funcionamiento, en definitiva, del grupo de sociedades del que la cooperativa pueda ser miembro, resulta de carácter vital para un órgano encargado de vigilar la gestión efectuada por la dirección de la sociedad.

Finalmente, en torno a la determinación del contenido de este derecho de información surge una reflexión importante, cual es la de si la información que el órgano de dirección debe hacer llegar al órgano de control incluye toda la relativa a las cuentas anuales y el informe de gestión, aspecto sobre el que el RSCE tampoco se pronuncia. La doctrina que estudió esta cuestión en el ámbito de la SE -también problemática por falta de precisión tanto de su Reglamento como de la luego reformada LSA- ha contestado positivamente a la misma. Consideran, y entendemos que tales reflexiones son trasladables al ámbito cooperativo, que una información tan relevante como la contenida en las cuentas anuales y el informe de gestión, es imprescindible que llegue a conocimiento del órgano de control para que éste pueda efectuar su labor de supervisión correctamente (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 581; CUENCA GARCÍA, M.A., 2006: p. 315).

Por ello entenderíamos aconsejable que el legislador cooperativo observase expresamente la atribución de esta competencia a favor del órgano de control; a estos efectos, ejemplificativa para la futura reforma legislativa podría resultar, una vez más, la LCPV, cuyo artículo 53.1 establece como primera competencia del órgano de control la de “revisar las cuentas anuales y emitir un informe preceptivo sobre las mismas y sobre la propuesta de distribución de excedentes o de imputación de pérdidas antes de que sean presentadas a la Asamblea general, salvo que la cooperativa viniese obligada a someter sus estados financieros a una auditoría de cuentas”.

Incluso, ligada a la anterior cuestión, parte autorizada de la doctrina apuntó respecto de la SE (con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 19/2005), que la futura regulación nacional podría prever que el órgano de control aprobase (como ocurre en otros países con sistema dualista) dichas cuentas anuales, extremo que, como sabemos, no fue finalmente observado por el legislador (por lo que esta facultad sigue correspondiendo a la junta; cfr. art. 212 LSA). En cualquier caso, nosotros entendemos que estas dudas planteadas en relación con el RSE (aunque finalmente despejadas en forma negativa) no caben en el estudio de la SCE, ya que su Reglamento no ha dejado lugar a dudas sobre el hecho de que la competencia para aprobar las cuentas anuales recae sobre la Asamblea de socios, con independencia del sistema dualista o monista de administración que se haya adoptado: “El orden del día de la asamblea general que se celebre tras el cierre del ejercicio incluirá, *como mínimo, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación de los resultados*” (cfr. art. 54.3).

Sin embargo, queremos incidir en que este precepto ha contradicho la Propuesta de Reglamento de 1993 sobre la SCE que precedió al actual texto. En ella, aunque se decía que en la convocatoria de la Asamblea anual debía incluirse la aprobación de las cuentas anuales, aplicación de resultados y del informe de gestión (tal y como se mantiene en el texto actual), se incluía una excepción clara a esta competencia de la Asamblea que consistía en que el propio Reglamento permitía que la SCE que se acogiese al sistema dual podría prever en sus estatutos que la aprobación de las cuentas anuales se efectuase conjuntamente, pero en votación separada, por los dos órganos (órgano de dirección y órgano de control) y que la Asamblea general sólo decida cuando haya desacuerdo entre ambos (GUILLEM CARRAU, 2001: p. 90).

Finalmente, en torno a esta cuestión, hay que tener en consideración una circunstancia adicional que no se plantea en el ámbito de la SE (y que ni siquiera se tendrían que plantear muchas leyes autonómicas de cooperativas, que no observan la existencia de este órgano), pero que sí podría plantear conflictos de competencias en el marco de una SCE a la que se aplicase supletoriamente la ley estatal: se trata de definir si cabría la existencia y, de ser así, qué papel desempeñarían los interventores (órgano de fiscalización interna de la cooperativa, cfr. art. 19 LCoop) en una SCE con sistema dual, en tanto sus competencias podrían entrar en conflicto con las del órgano de control. Desafortunadamente, el carácter de este trabajo nos impide abordar en profundidad esta cuestión, si bien, merece la pena apuntar que, de nuevo, el trabajo de nuestra doctrina respecto de la SE aporta una reflexión equivalente a la problemática aquí planteada, cual es la del papel que desempeñarán los órganos de revisión contable en la SE con sistema dual. La respuesta es convincente y entendemos que podría ser trasladable al ámbito cooperativo: “el órgano de revisión contable, sin perjuicio de sus relaciones con el órgano de dirección y con la junta, se concibe como una *instancia de asesoramiento y auxilio* al CdV (en la nomenclatura utilizada por nosotros, órgano de control) en el desempeño de sus tareas de vigilancia” (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 584, nota 148).

3.2.1.2.- Derecho a la solicitud concreta de informaciones y ejercicio individual del derecho de información

Por otro lado, el RSCE (art. 40.3) reconoce al órgano de control el derecho a solicitar del órgano de dirección toda la información y documentos que resulten necesarios para ejercer la tarea de vigilancia y supervisión que tiene encomendada (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 581; PÉREZ DE MADRID/ALONSO-CUEVILLAS, 2007:p.247, considerándolo un “derecho-deber”). Por supuesto, corresponde al órgano de control concretar el tipo de “información solicitada”, siempre que no esté incluida en la que ya ha suministrado el órgano de dirección conforme a lo visto en el apartado anterior.

Además, el RSCE reconoce un derecho individual a cada miembro del órgano de control a conocer toda la información comunicada por el de dirección a aquél órgano (cfr. art. 40.5 RSCE, y el casi idéntico artículo 51.3 (*Facultades de información*) LCPV).

Cuestión distinta es que ese derecho se reconozca también para que cada uno de los miembros del órgano de control pueda *individualmente* exigir o solicitar concretas informaciones al de dirección. Se dice que, en principio, esa facultad corresponde al órgano de control, si bien los Estados miembros pueden prever que la misma se atribuya también individualmente a cada miembro del órgano (art. 40.3 RSCE) (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 581). Se trataría por tanto ésta de una de las tantas disposiciones que podría adoptar el legislador cooperativo en un futuro para las SCE domiciliadas en España.

3.2.2 Facultades de consulta

Desafortunadamente, al igual que ocurrió con el RSE, el RSCE tampoco ha previsto nada sobre la tarea de asesoramiento y consulta del órgano de control a la Dirección, tarea que a juicio de la doctrina debe considerarse como un aspecto implícito en la función general de vigilancia que les incumbe, y además, de gran relevancia práctica (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 583).

Nos planteamos así, por ejemplo, si los miembros del órgano de control pueden convocar a algún miembro del órgano de dirección para que asista a las reuniones de aquél con voz pero sin voto. Con ello se establece una facultad de consulta y/o asesoramiento al órgano de control que puede ser necesaria para que éste pueda ejercitar en mejores condiciones su función de vigilancia permanente de la gestión.

El legislador español de anónimas fue consciente de esta carencia e incorporó con la Ley 19/2005 un artículo, el 333.4 LSA, donde prevé expresamente que: “El Consejo de control, cuando lo estime conveniente, podrá convocar a los miembros de la Dirección para que asistan a sus reuniones con voz pero sin voto”.

Entendemos que sería conveniente para el mejor funcionamiento del órgano de control de la SCE, que la futura reforma de la legislación cooperativa prevea un precepto similar. No obstante, como bien se ha puntualizado, esta actividad tiene o debe tener sus límites, pues en ningún caso por esta vía puede convertirse al órgano de control en un órgano de cuasi-dirección, exigiéndole, en función de esa tarea de asesoramiento y consulta, presentar al de dirección medidas alternativas de gestión (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 583).

3.2.3 Facultades de verificación o examen

El órgano de control podrá siempre realizar cualesquiera comprobaciones que considere necesarias para desempeñar su cometido y llevar así a cabo su labor de vigilancia y supervisión de la gestión de la sociedad (cfr. art. 40.4).

También la normativa autonómica del País Vasco recoge esta facultad concreta realización de comprobaciones: cfr. artículo 51. 2 (*Facultades de información*) “La Comisión tiene derecho a realizar todas las comprobaciones necesarias para el cumplimiento de su misión y puede contar esta tarea a uno o varios de sus miembros o solicitar la asistencia de expertos, si ninguno de aquéllos lo fuere”.

Con ello no se hace sino reconocer al órgano de control un derecho de verificación que constituye en definitiva otra vía de obtener información y de poder ejercer de forma efectiva sus funciones (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 584).

3.2.4.- Facultades de intervención en la gestión (operaciones sujetas a autorización)

3.2.4.1. Alcance y significado

Acorde con una técnica tradicional en el seno de los sistemas dualistas de administración societaria, el artículo 48 RSCE acoge como disposición común a los sistemas dual y monista el exigir que los estatutos de la SCE enumeren qué categoría de operaciones relativas a la gestión de la sociedad deben quedar sujetas a una especial autorización.

En el sistema dualista diseñado por el Reglamento para la SCE el órgano *autorizante* podrá ser el órgano de control o la Asamblea general, y el órgano *autorizado* será siempre el de dirección (de haberse acogido la SCE a un sistema monista, el órgano autorizante podría ser, bien el mismo órgano de dirección a través de una decisión expresa sobre la operación en cuestión, bien la Asamblea de socios). Así, paradójicamente, a pesar de la rotundidad con que se manifestaba el RSCE (art. 39.1) a la hora de excluir al órgano de control de todo poder de gestión de la sociedad, con este precepto se le atribuye (caso de ser designado como órgano

autorizante) un claro poder de gestión o, mejor dicho, de participación *indirecta* en la gestión de la sociedad cooperativa. Con ello se pretende, en definitiva, reforzar la “participación” de varios órganos en la toma de decisiones sobre determinadas operaciones (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 662).

Son varias las cuestiones que plantean interés en torno a este importante precepto:

En un primer lugar, cabe destacar la peculiaridad –si comparamos este precepto con su homólogo en el RSE (art. 48)- de la opción que se concede a los estatutos de la SCE que haya optado por el sistema dual para establecer como órgano autorizante del de dirección, ya no sólo al otro órgano de administración (el órgano de control) sino al órgano de socios (la Asamblea). Esta opción no se da en el citado precepto del RSE, que sólo observa como autorizante en el sistema dual al órgano de control. Sin embargo, esta peculiaridad en el ámbito cooperativo tiene su sentido por el relevante papel que la Asamblea de socios tiene en la vida de la sociedad. Y es que, el fomento o facilitación de la participación de la Asamblea en la toma de decisiones de trascendencia para la sociedad no es algo nuevo para el derecho cooperativo español (de hecho, la intervención del socio en la gestión de la sociedad responde, como ya indicamos, a uno de los principios cooperativos de la Alianza Cooperativa Internacional que proclama la *gestión democrática por parte de los socios* de la cooperativa). Nuestra actual LCoop prevé que dicha Asamblea, salvo disposición estatutaria en contra, “podrá impartir instrucciones al Consejo Rector o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos” (cfr. art. 21. 1 párr. 2º).

No obstante, a raíz de lo dicho cabe plantearse las siguientes reflexiones: ¿acaso no dejaría la designación de la Asamblea como órgano autorizante vacío -o cuando menos, drásticamente reducido- de funciones al órgano de control?, ¿tiene sentido, realmente, permitir la configuración de un sistema dualista de administración en el que el órgano autorizante de este tipo de operaciones sea la Asamblea?

A nuestro juicio, debido al especial y relevante papel que la Asamblea juega en el ámbito del derecho cooperativo, la opción incorporada por el Reglamento está dotada de pleno sentido, y ello aunque se traduzca en una cierta “debilitación” del órgano de control (en cuanto concierne a esa facultad antes apuntada de “intervención indirecta” en la gestión de la sociedad) y deje reducido su papel únicamente a la vigilancia de la gestión sin facultad de

intervenir (como apuntábamos antes, indirectamente) en la misma, en tanto ésta seguiría -tal y como está diseñado actualmente en nuestra LCoop- en manos de la Asamblea de socios. Además, la opción de designar como órgano autorizante a la Asamblea podría sustentarse en otra motivación bien distinta que, a nuestro juicio, puede concurrir en no pocos casos: permite sustraer a los trabajadores que, en su caso, estén representados en el órgano de control, de cualquier intervención -aunque sea indirecta- en la gestión de la sociedad.

En un segundo lugar, cabe plantearse si la inclusión de operaciones sujetas a autorización es obligatoria o facultativa para la SCE: A juicio de parte de la doctrina, lo más seguro es sostener que el RSCE *obliga* a que los estatutos incluyan un listado o referencia concerniente a las operaciones necesitadas de autorización previa del órgano de control o de la Asamblea (en el sistema dual) o una declaración expresa del órgano de administración o autorización de la Asamblea (en el sistema monista). Esta afirmación se funda además en el texto mismo del artículo 48 RSCE, que en su apartado 1º dice literalmente: “los estatutos de la SCE *enumerarán* las categorías de operaciones que requieran...”.

También con relación a la SE, la doctrina consideró que la utilización del término “enumerarán” (art. 48.1 RSE) llevaba a concluir que se trataba de un mandato de regulación estatutaria pero con libertad de configuración (ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 664-665; CUENCA GARCÍA, 2006: p.317).

Una tercera cuestión que surge al estudiar este precepto es la de cómo interpretar la alusión que hace el RSCE a las “categorías de operaciones”. Puede parecer que una mención tan genérica o amplia como la que conlleva el término “categorías”, podría inducir a pensar que tales operaciones han de identificarse conforme a rasgos generales, y no como operaciones concretas y claramente delimitadas. A este respecto se ha apuntado que salvo que los Estados miembros hagan uso de la facultad del artículo 48.3 RSCE (*vid. infra*. 2.4.2), en principio existe amplia libertad para fijar las categorías de operaciones supeditadas a autorización (ej.: fundación de filiales, venta de empresas, etc.).

Cabe cuestionarse, no obstante, la flexibilidad de que disponen los estatutos para concebir tal listado, esto es, si pueden establecer una lista con un número exorbitante de operaciones. La doctrina que se ha aproximado a esta problemática ha contestado negativamente a esta posibilidad, entendiendo que siempre deberán respetarse las

competencias mínimas que corresponden al órgano de dirección para no vaciarle de sus funciones y que, por tanto, tal listado de operaciones -o de categorías de operaciones- no debe incluir aquellas que sean propias de la gestión ordinaria de la sociedad, sino que han de estar revestidas de una especial trascendencia para el futuro de la sociedad y para su patrimonio, debiendo quedar excluidas las operaciones corrientes (CUENCA GARCÍA, 2006: p. 318; ESTEBAN VELASCO, 2006: p. 1043).

3.2.4.2.- Margen de intervención (facultativa) del legislador nacional

El RSCE ha dejado un amplio margen a la intervención del legislador nacional a la hora de conformar este régimen de operaciones autorizadas, estableciendo a esos efectos en el artículo 48.3 RSCE que la autonomía estatutaria que se recoge en el párrafo primero del mismo artículo puede verse restringida por el amplio margen de intervención (eso sí, facultativa) que se otorga al legislador nacional en torno a esta cuestión. En concreto, el precepto señala que los Estados miembros podrán establecer (siempre en el ámbito del sistema dual): (i) que sea él (el legislador del Estado) quien pueda determinar las categorías de operaciones supeditadas a autorización y el órgano a quien corresponda otorgarla, que deban figurar en los estatutos (si bien, a nuestro juicio, ello no impediría que esos estatutos, respetando siempre el mínimo impuesto por el legislador, añadiesen otras operaciones); (ii) que sea dicho legislador el que permita en el sistema dual que “el propio órgano de control pueda determinar las categorías de operaciones que requieran autorización”.

Obviamente, en tanto nuestro legislador cooperativo no ha promulgado todavía ley alguna que adapte nuestro régimen a la SCE, nada relevante ni definitivo se puede añadir en este contexto. No obstante, si el futuro régimen que se incorpore al derecho cooperativo sigue la línea -al igual que ya se ha hecho a nivel europeo con los Reglamentos de ambas figuras- de adaptación de nuestra LSA a la SE domiciliada en España, puede resultar interesante hacer mención de los pasos que ha dado el legislador de anónimas español ante el similar margen de discrecionalidad que le concedió el RSE:

Respecto al primer aspecto, debemos decir que en el caso de la SE el legislador español no ha hecho uso de la habilitación contenida en el artículo 48.2 RSE que permite a los Estados

miembros determinar las categorías de operaciones que deban, como mínimo, figurar en los estatutos de la SE (lógicamente, nada se decía en el RSE sobre “el órgano a quien corresponde otorgarla”, ya que en el único previsto a esos efectos es el órgano de control). Ha sido la facultad planteada en segundo lugar la única de que nuestro legislador ha hecho uso respecto de la SE. Así, tras la reforma introducida por la Ley 19/2005, el artículo 334 LSA dispone que sea el mismo órgano de control quien pueda acordar que determinadas operaciones de la Dirección se sometan a su autorización previa.

De seguir nuestro legislador de cooperativas unos pasos similares podría surgir la duda sobre si la referencia que hace el precepto al órgano de control (“establecer, en el sistema dual, que el propio órgano de control pueda determinar las categorías de operaciones que requieran autorización”), podría referirse en la SCE domiciliada en España a la Asamblea de socios (si ha sido éste el órgano designado a los efectos de autorización de determinadas operaciones). Así, quizá habría sido más correcto desde un punto de vista de técnica legislativa que el RSCE, al observar a dos órganos distintos como posibles órganos autorizantes, hubiera especificado en su artículo 48.3 RSCE: “...establecer, en el sistema dual, que el propio órgano de control *o, en su caso, la asamblea general, puedan* determinar las categorías de operaciones que requieran autorización” (la cursiva es nuestra). Ciertamente, sería deseable que la futura intervención de nuestro legislador cooperativo aclarase cualquier duda a este respecto.

3.2.4.3.- Consecuencias jurídicas derivadas de la autorización (o de la falta de ella)

Finalmente, resulta importante cuestionarse qué trascendencia tiene la realización de una operación sin autorización –cuando ésta era preceptiva- o en contra de la autorización dada. Desafortunadamente, nada dice al respecto el RSCE. Así, los eventuales efectos dependen una vez más del derecho nacional correspondiente y, como carecemos de él, vuelve a surgir la dificultad tantas veces planteada a lo largo de esta exposición.

Como referencia comparada, podemos mencionar que en el marco de los sistemas duales se entiende que la sujeción de medidas a la autorización del órgano de control sólo tiene trascendencia en el marco de las relaciones internas de la sociedad. De esta forma, si la

operación en cuestión (sin autorización o en contra de ésta) se lleva a cabo, es eficaz frente a los terceros.

En relación con la SE nuestro legislador se vio obligado a incorporar una mención específica en la LSA para observar esta cuestión. Así, se dispuso en el artículo 334 que "...La falta de autorización previa será inoponible a terceros, salvo que la sociedad pruebe que el tercero hubiera actuado en fraude o con mala fe en perjuicio de la sociedad" (v. ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 677).

En cualquier caso, es necesario tener en cuenta que cuando se actúa conforme a la autorización –o se deja de actuar pese a la conformidad dada-, la responsabilidad por la operación adoptada es del propio órgano de dirección, ya que en la lógica de los sistemas duales la autorización del órgano de control no exonera al de dirección de su responsabilidad (de forma similar a como en el sistema monista, tal y como viene configurado en el art. 133.4 LSA, una autorización de la junta al órgano de administración tampoco le exonera por las consecuencias de la ejecución de tal medida). No obstante lo dicho, como bien se ha señalado, no podemos obviar la necesaria consideración de las circunstancias particulares y de su adecuación al contexto del sistema dual, pues debe valorarse que la relación órgano de control/órgano de dirección en este sistema no reproduce sin más el contenido ni la problemática de la relación órgano de administración/junta general en el sistema monista (QUIJANO GONZÁLEZ, 2004: p. 756).

3.2.5. Representación de la sociedad (frente a los miembros del órgano de dirección)

Acabamos de comprobar que la categórica afirmación del artículo 39.1 RSCE sobre el hecho de que el órgano de control "no podrá ejercer por sí mismo el poder de gestión" de la sociedad ha quedado muy matizada por lo expuesto anteriormente sobre las operaciones sujetas a autorización.

A una conclusión similar cabe llegar si nos referimos al poder de representación de la sociedad. Ciertamente, el artículo 39.1 RSCE atribuye el poder de representación de la SCE frente a terceros, exclusivamente, al órgano de dirección. Sin embargo, atribuye al órgano de control el poder de representación de la sociedad frente a esa dirección o cualquiera de sus

miembros “en caso de litigio o en la celebración de contratos”. El órgano de control se interpone así entre el órgano de dirección y la sociedad, sirviendo de intermediario entre ambos (CUENCA GARCÍA, 2006: p.313); y ello va a tener una relevancia merecedora, cuando menos, de unas breves reflexiones.

Sin duda este poder de representación de la sociedad frente al órgano de dirección refuerza la posición de supremacía del órgano de control respecto a éste, posición que se pone de manifiesto, muy especialmente, en que el órgano de control (i) por un lado, representará a la sociedad “en la celebración de contratos” con los miembros del órgano de dirección, lo que les permitirá influir en las condiciones y negociación de tales contratos; y (ii) por otro lado, en que serán los legitimados para representar a la sociedad en caso de que ésta emprenda acciones judiciales contra los miembros del órgano de dirección.

El RSE, a diferencia del RSCE, no disponía nada sobre la legitimación del órgano de control para ejercer acciones de responsabilidad frente a los miembros del órgano de dirección. Sin embargo (ya antes de la previsión específica que a este respecto introdujo la Ley 19/2005 a través del nuevo artículo 333.3 LSA), aun así, la doctrina llegó a una conclusión similar (v. QUIJANO GONZÁLEZ, 2004: p.757, y ESTEBAN VELASCO, 2004: p.662).

La doctrina se ha planteado, de forma dispar, el alcance o significado de esta legitimación expresa que incorpora el artículo 39.1 RSCE (y para el ámbito de la SE, el artículo 333.3 LSA, de idéntico contenido). Algunos autores creen que hay que entender que el poder para decidir sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad sigue residiendo *exclusivamente* en la junta o en la Asamblea de socios, según el caso, si bien, una vez acordado tal ejercicio por el órgano de socios, el de control queda legitimado para representar a la sociedad (que no instar el ejercicio) en la interposición de la correspondiente demanda contra los miembros del órgano de dirección (BELLO MARTÍN-CRESPO, 2007: p.15). Se trata por tanto, únicamente, del reconocimiento de una legitimación procesal.

Sin embargo, la postura mayoritaria y más autorizada entre nuestra doctrina, observaba la cuestión de forma distinta incluso desde antes de la incorporación del artículo 333.3 LSA (donde ya se reconoció expresamente que la representación de la sociedad frente a la

dirección correspondía al órgano de control). Ya entonces atribuían al órgano de control facultades para instar el ejercicio de una acción social de responsabilidad frente a cualquiera de los miembros de la dirección; y no se referían al reconocimiento de una mera legitimación procesal, sino a una *legitimación específica alternativa a la de la junta* para el ejercicio de esa acción social. Fundaban su posición en un doble fundamento: (i) en primer lugar, por ser el órgano de control quien por supervisar el ejercicio de la gestión resulta ser es el más “autorizado” para iniciar este tipo de acción, formando, incluso, parte “natural” de sus funciones; (ii) en segundo lugar, por entender que se trata de una facultad tradicionalmente reconocida al órgano de control en legislaciones con sistema dual (art. 112 *AktG*; art. 2409 *terdecies* CCI) (v. QUIJANO GONZÁLEZ, 2004: p. 757; ESTEBAN VELASCO, 2004: p. 586). También después de la reforma referida de la LSA se ha seguido afirmando, en un sentido similar, que el reconocimiento de esta legitimación para interponer la acción no excluye en absoluto la legitimación de la junta, sino que se trata del reconocimiento por parte del legislador de una facultad o competencia *compartida* por el órgano de socios y el órgano de control (CUENCA GARCÍA, 2006: p.323).

3.2.6 Nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección

En la SCE, como ya hemos apuntado, existe una subordinación de los miembros de la dirección al órgano de control, y una de sus máximas manifestaciones reside en que éste tiene la facultad de nombrar y revocar a aquéllos (art. 37.2 RSCE). No obstante, el Estado miembro podrá permitir que los estatutos de la SCE que se domicilie en su país dispongan que los miembros del órgano de dirección sean nombrados o revocados por la Asamblea en las mismas condiciones que se aplican las cooperativas domiciliadas en su territorio.

Se trata por tanto de una intervención del legislador de carácter meramente facultativo, si bien, con ella se plantea de nuevo una cuestión similar a la que ya expusimos en relación con las operaciones sujetas a autorización y a la posibilidad de que sea la Asamblea, y no el órgano de control, el autorizante respecto de esas operaciones. Procede por tanto remitirnos a las reflexiones entonces vertidas sobre el “debilitamiento” de la posición de poder este último órgano que ello conlleva y, a su vez, la coherencia de una medida tal con la estructura orgánica propia de las sociedades cooperativas y el relevante papel que el legislador tiene atribuido a la Asamblea de socios en la vida de este tipo de sociedades.

3.2.7. La convocatoria de la Asamblea de socios

En principio, la convocatoria de la Asamblea de socios, que corresponde como es sabido en el sistema monista al órgano de administración, en el sistema dual es una facultad que los Estados miembros deben otorgar específicamente al órgano de control o al órgano de dirección. Esta *necesidad* de futura intervención legislativa por parte del legislador cooperativo español se debe a la indefinición del precepto del RSCE (art. 54) que aborda esta cuestión: “La asamblea podrá ser convocada en todo momento por el órgano de dirección o de administración, el órgano de control o cualquier otro órgano o autoridad competente, con arreglo a la legislación nacional aplicable a las cooperativas del Estado miembro del domicilio de la SCE”.

Con independencia de ello, esto es, con independencia de a quién atribuya finalmente el legislador nacional la facultad originaria de convocar la junta, el RSCE, quizá pensando en que tal atribución corresponda -como es usual en los países con sistema dualista- al órgano de dirección, exige que “en todo caso, el órgano de dirección deberá convocar la Asamblea siempre que así lo solicite el órgano de control” (art. 54.2 RSCE).

De nuevo nos encontramos con una muestra más de la superioridad jerárquica del órgano de control respecto del de dirección, superioridad que, si cabe, se manifiesta de forma más acusada en el ámbito de la SCE que en el de la SE. Nuestra reflexión se basa en lo siguiente: Esta última mención ha sido introducida por el RSCE, lo que no ocurrió con el RSE, razón por la cual el artículo 337.2 y 3 LSA reconoció al órgano de control esta facultad en dos supuestos: (i) caso de que la junta no fuera convocada por el órgano de dirección dentro de los plazos establecidos por el RSE o los estatutos, o (ii) cuando el órgano de control lo estimase conveniente para el interés social. Así, cabe apuntar que el RSCE en este supuesto se ha apartado, tal y como ha hecho en otras –pocas- ocasiones, de su modelo y precedente, observando de una forma más amplia un deber del órgano de dirección de convocar siempre que lo solicite el de control y sin establecer requisito o presupuesto alguno al respecto (ni una supuesta actuación negligente o irregular por parte de la dirección, ni causa alguna que lo justifique ligada al interés de la sociedad).

4. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, podemos destacar, como reflexión final, algunas de las conclusiones más importantes que podemos extraer de esta exposición:

En primer lugar, hemos señalado que aún está pendiente de complementar en nuestro ordenamiento la vertiente societaria de la cooperativa (hasta el momento, sólo se ha regulado la implicación de los trabajadores). Entendemos que, dado el estado de nuestra legislación y, más concretamente, por lo que a nuestro tema concierne, debido a que nuestro derecho de sociedades ha estado construido siempre en torno a un sistema monista de administración, sin lugar a dudas el legislador nacional (y autonómico) tendrá que intervenir para facilitar la comprensión y desarrollo del régimen y, muy especialmente, la correcta articulación de las relaciones entre el órgano de control y el de dirección. No obstante, en algunas CCAA, como la del País Vasco, la opción por el sistema dual, apenas planteará problemas de adaptación legislativa. De hecho, el régimen recogido por esta ley, en muchos de sus aspectos podría servir de modelo tanto al legislador estatal como a los restantes legisladores autonómicos.

En segundo lugar, a los efectos de determinar la ley “nacional” aplicable a la SCE domiciliada en España, las leyes autonómicas de cooperativas se considerarán como si fuesen “estatales” dentro del ámbito territorial de su aplicación. Sin embargo, se plantean problemas a la hora de considerar cuál es la ley aplicable, por la distinta alusión a “domicilio social” que hace el RSCE a esos efectos (donde radique la administración central de la cooperativa), y la referencia a la “actividad principal” que hace nuestra legislación cooperativa. En cualquier caso, seguiremos, contando con una gran disparidad y dispersión normativa en función de la CCAA donde radique el domicilio social de la SCE, disparidades que, probablemente, se agrandarán cuando las distintas CCAA decidan, por su cuenta y riesgo, dictar normas en aplicación de las medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SCE.

En tercer lugar, hay que tener presente que la abundante remisión a la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE que se colige del sistema de fuentes recogido en el propio Reglamento, representa un incentivo para que entre esos Estados se establezca una especie de “competición” por ofrecer un marco jurídico atractivo como reclamo a que se

fije en su territorio el domicilio social del mayor número de sociedades. Dicha competición, sin embargo, aunque *a priori* deseable, puede encerrar un peligro, cual es que la misma no se traduzca en un intento por regular más detalladamente y mejor la nueva figura societaria, sino en una competencia “a la baja” entre los distintos legisladores para atraer la constitución de cooperativas a su territorio, reproduciendo así el denominado “efecto Delaware” y la desregulación y laxitud normativa que dicho efecto conlleva.

Finalmente, refiriéndonos ya exclusivamente a la función del órgano de control en este, para nosotros novedoso, sistema dualista, cabe apuntar, a modo de conclusión global que:

- (i) El Reglamento, desafortunadamente, no ha concretado el contenido de la principal función que desarrolla el órgano de control, cual es la vigilancia y supervisión de la gestión llevada a cabo por el órgano de dirección. Ello dificulta la delimitación de las competencias -y correspondientes derechos, deberes y posibles responsabilidades- de los miembros de aquel órgano. No obstante, esta carencia no responde tanto a un “olvido” por parte del legislador comunitario, como al principio de intervención mínima que le ha guiado y a la idea de proporcionar un mayor margen de autorregulación estatutaria a este tipo social.
- (ii) Aún así, la tarea de delimitar el contenido de la competencia del órgano se puede afrontar desde el estudio de una serie de instrumentos incorporados por el RSCE a través de los cuales el órgano de control puede desarrollar esa función de vigilancia, instrumentos que se sitúan jurídicamente en el campo de las facultades de los miembros del órgano: facultades de información, de consulta, de verificación, de intervención indirecta en la gestión (autorización de operaciones), nombramiento y destitución de los componentes del órgano de dirección, representación de la sociedad ante ese órgano de dirección o sus miembros en caso de litigio o en la celebración de contratos, y solicitud de convocatoria de la Asamblea de socios.

- (iii) La categórica afirmación del artículo 39.1 RSCE sobre el hecho de que el órgano de control “no podrá ejercer por sí mismo el poder de gestión” de la sociedad ha quedado muy matizada por lo expuesto en el trabajo sobre las operaciones sujetas a autorización y al poder de representación de la sociedad que sus miembros ostentan frente al órgano de dirección.
- (iv) Finalmente, del análisis efectuado se colige con rotundidad que existe una clara subordinación de los miembros del órgano de dirección al órgano de control, y una de sus máximas manifestaciones reside en que éste tiene la facultad de nombrar y revocar a aquéllos, así como en que la dirección deberá convocar la Asamblea de socios siempre que así lo solicite el órgano de control, muestras ambas de la superioridad jerárquica del órgano de control respecto de la dirección.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO SÁNCHEZ, R., La Sociedad cooperativa Europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo, *Not. U.E.*, núm. 252, 2006, p. 19 y ss.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., Responsabilidad de los miembros de órganos de administración de la SE domiciliada en España: los artículos 51 del RSE y 335 del TRLSA, *Not. U.E.*, núm. 270, 2007, p. 5 y ss.
- CUENCA GARCÍA, M. A., El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual, en (dir. Boquera Matarredona) *La Sociedad anónima europea*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 283 y ss
- EMBID IRUJO, J.M., Problemas actuales de la integración cooperativa, *RDM*, 1998, p. 14 y ss.
- ESTEBAN VELASCO, G., Algunas reflexiones sobre el sistema de gobierno de las Cajas de Ahorro, en *RDBB*, núm. 108, 2007, p. 37 y ss.
- Voz, Sistema dual (Sociedad Anónima Europea), en (coord. Alonso Ledesma) *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid, 2006, p. 1036 y ss.

- Administración y control. El sistema dual”, en (coords. Esteban Velasco y Fernández del Pozo) *La sociedad anónima europea (régimen jurídico societario, laboral y fiscal)*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 525 y ss.
- Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de Administración y control (I), en (coords. Esteban Velasco y Fernández del Pozo) *La sociedad anónima europea (régimen jurídico societario, laboral y fiscal)*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 637 y ss.
- La Sociedad Europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial, *RVEH*, núm. 8, 2003, p. 221 y ss.
- FAJARDO GARCÍA, G., La armonización de la legislación cooperativa en los países de la Comunidad Económica Europea, en AAVV, *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 1113 y ss.
- Reflexiones sobre el Estatuto de la sociedad cooperativa europea: nuevas posibilidades”, en AAVV, Integración empresarial cooperativa. Posibilidades- ventajas- inconvenientes. Ponencias del IIº Coloquio Ibérico de Cooperativismo y Economía Social, CIRIEC-España, Valencia, 2003, p. 203 y ss.
- FUENTES NAHARRO, M., La opción por el sistema dual de administración en la Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 2007 (en prensa).
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B./BENAVIDES VELASCO, P., La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico, *RdS*, núm. 27, 2006, p. 273 y ss.
- GUILLEM CARRAU, J., La Sociedad Cooperativa Europea, *Revista Valenciana D’estudis Autonòmics*, núm. 35, 2001, p. 81 y ss.
- LAMBEA RUEDA, A., Marco jurídico de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. *Diario la Ley*, núm. 6479, 2006, p. 1 y ss
- La sociedad Cooperativa europea: el Reglamento 1435/2003, de 22 de julio, *RDP*, 2004, p. 300 y ss.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J., Voz. Sociedad Cooperativa Europea, en (coord. Alonso Ledesma) *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid, 2006, p. 1111 y ss.
- Directiva y Reglamento sobre la Sociedad Cooperativa Europea. La Sociedad Cooperativa Europea. Introducción, *RdS* núm. 21, 2003, p. 347 y ss.

Primera aproximación al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea”, *REVESCO*, núm. 80, 2003, p. 61 y ss.

MORILLAS JARILLO, M. J./GRECHENIG, K., La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austríaco y alemán y la adaptación del Derecho español, *Derecho de los Negocios*, Octubre 2002, p. 1 y ss.

MORILLAS JARILLO, M.J./FELIÚ REY, M.I., *Curso de cooperativas*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2002.

PANIAGUA ZURERA, M., El estatuto de la sociedad cooperativa europea: el problema de su aplicación en España, *Revista de Economía Social*, núm. 34, 2007, p. 19 y ss.

PERDICES HUETOS, A., Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran (A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001), *RdS* núm.18, 2002, p. 279 y ss.

PÉREZ DE MADRID. V./ALONSO-CUEVILLAS, V., La administración de la sociedad anónima europea, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2007, núm. 47, p. 213 y ss

QUIJANO GONZÁLEZ, J., Administración y control. El sistema monista, en (coords. Esteban Velasco y Fernández del Pozo) *La sociedad anónima europea (régimen jurídico societario, laboral y fiscal)*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 591 y ss.

Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de Administración y control (II), en (coords. Esteban Velasco y Fernández del Pozo) *La sociedad anónima europea (régimen jurídico societario, laboral y fiscal)*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 689 y ss.

VICENT CHULIÁ, F., La sociedad cooperativa europea, *CIRIEC*, núm. 14, 2003, p. 51 y ss.