

CES

COOPERATIVISMO E
ECONOMÍA SOCIAL

N.º 39 · CURSO 2016-2017 · VIGO (ESPAÑA) · ISSN 1130-2682

Universida_{de}Vigo

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL está incluída na base de datos ISOC do Consello Superior de Investigacións Científicas (CESIC), en DICE (Difusión e Calidade Editorial das revistas españolas de humanidades e ciencias sociais e xurídicas), e no repertorio LATINDEX. Asemesmo, a revista está indexada en DIALNET.



COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

EDITA

Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo
Andavira Editora

DESEÑO LOGOTIPO REVISTA

Antón Pulido Novoa

ADMINISTRACIÓN, DISTRIBUCIÓN E VENDAS

Andavira Editora
Praza de Mazarelos, 14
15703 Santiago de Compostela
info@andavira.com

<http://www.meubook.com/pg/profile/revistacooperativismo>

DIRECCIÓN DA REVISTA E INTERCAMBIOS

cooperativismo.economiasocial@uvigo.es
Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo
Campus As Lagoas - Marcosende s/n
36310 Vigo

© Universidade de Vigo / Andavira Editora

As opinións e feitos consignados en cada artigo son de exclusiva responsabilidade dos seus autores.
The opinions and facts stated in articles are the exclusive responsibility of their authors.

ISSN: 1130-2682

Depósito Legal: VG-97-1990

Impreso en España. Printed in Spain
Imprime: Tórculo Comunicación Gráfica, S. A.

PRESIDENCIA

ANXO TATO PLAZA (Universidade de Vigo)

DIRECCIÓN

JULIO COSTAS COMESAÑA (Universidade de Vigo)

DEOLINDA MEIRA (Instituto Politécnico do Porto/ISCAP)

MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA (Universidade de A Coruña)

SECRETARÍA

PABLO FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO (Universidade de Vigo)

TIAGO PIMENTA FERNANDES (ISCAP; Universidade Portucalense)

FRANCISCO TORRES PÉREZ (Universidade de Vigo)

CONSELLO CIENTÍFICO

Profa. Dra. ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ (Universidad de Murcia); Prof. Dr. MANUEL BOTANA AGRA (Universidad de Santiago de Compostela); Prof. Dr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA (Faculdade de Direito da Universidade do Porto) Prof. Dr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU (Universidade de Coimbra); Prof. Dr. EMANUELE CUSA (Università degli Studi di Milano-Bicocca); Profa. Dra. GEMMA FAJARDO GARCÍA (Universidad de Valencia); Prof. Dr. ENRIQUE GADEA SOLER (Universidad de Deusto); Prof. Dr. RAUL GUICHARD (Instituto Politécnico do Porto - ISCAP); Prof. Dr. Dr. h.c. JOSÉ ANTONIO GÓMEZ SEGADE (Universidad de Santiago de Compostela); Profa. Dra. MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO (Universidad Carlos III); Prof. Dr. RUI NAMORADO (Universidade de Coimbra); Prof. Dr. JUAN IGNACIO PEINADO GRACIA (Universidad de Málaga); Prof. Dr. RUI PINTO DUARTE (Universidade Católica Portuguesa); Profa. Dra. ANA PITA GRANDAL (Universidade de Vigo); Profa. Dra. ELISABETE RAMOS (Universidade de Coimbra); Prof. Dr. JORGE DE SÁ (Universidade de Lisboa); Dña. ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS (Abogada); Prof. Dr. IAGO SANTOS (Universidade de Vigo); Prof. Dr. FÁBIO ULHOA COELHO (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil); Prof. Dr. LUIS VELASCO SAMPEDRO (Universidad de Valladolid); Prof. Dr. FRANCISCO VICENT CHULIÀ (Universidad de Valencia); Prof. Dr. INGO WOLFGANG SARLET (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil).

AVALIADORES

Doutor ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (soveralm@fd.uc.pt); Doutora CATARINA FRADE, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (cfrade@fe.uc.pt); Doutora DEOLINDA MEIRA, Instituto Politécnico do Porto/ISCAP (meira@iscap.ipp.pt); Doutor JOÃO ZENHA MARTINS, Universidade Nova de Lisboa (zenha.martins@gmail.com); Doutora MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto (mribeiro@porto.ucp.pt); Doutora MARIA ELISABETE RAMOS, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (mgramos@fe.uc.pt); Doutora NINA AGUIAR,

Instituto Politécnico de Bragança (naguiar@ipb.pt); Doutor PAULO ALVES DE VASCONCELOS, Professor Coordenador do Instituto Politécnico do Porto (pasv67@gmail.com); Doutor RAUL GUICHARD, Instituto Politécnico do Porto/ISCAP (raulguichard@yahoo.es); Doutora SUZANA TAVARES DA SILVA, Faculdade de Direito de Coimbra (stavares@fd.uc.pt); Profa. Dra. M.^a DEL MAR ANDREU MARTÍ, Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Politécnica de Cartagena (maria.andreu@upct.es); Profa Dra. M.^a ISABEL GRIMALDOS GARCÍA, Profesora Titular Interina de Derecho Mercantil, Universidad de Murcia (grimald@um.es); Profa. Dra. LINDA NAVARRO MATAMOROS, Profesora Contratada Doctora, Universidad de Murcia (linda.navarro@um.es); Profa. Dra. IRENE ESCUÍN IBAÑEZ, Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Politécnica de Cartagena (irene.escuin@upct.es); Profa. Dra. ELENA SALGADO ANDRÉ, Profesora Invitada de Derecho Mercantil, Universidade de Vigo (elenasalgadoandre@hotmail.com); Profa. BELÉN GARCÍA ÁLVAREZ, Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil, Universidad de Deusto (belen.garcia@deusto.es); Prof. Dr. ALBERTO ATXABAL RADA. (Profesor de Derecho Tributario de la Universidad de Deusto) (alberto.atxabal@deusto.es); Profa. Dr. VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE. Profesora de Derecho Administrativo de Deusto (vegamaria.arnaez@deusto.es); Profa. Dra. MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO, Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid (mariajose.morillas@uc3m.es); Profa. Dra. GEMMA FAJARDO GARCÍA, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia (fajardo@uv.es); Prof. Dr. FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ, Profesor Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Deusto (javier.arrieta@deusto.es).

COLABORAN NESTE NÚMERO

ANTONIO FICI
RUTE SARAIVA
VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE
RAFAEL JORDÁ GARCÍA
JOSE MARÍA RÍOS MESTRE
MÓNICA GARCÍA FREIRÍA
ANGÉLICA DÍAZ DE LA ROSA
SARA LOUREDO CASADO
MARIA ELISABETE RAMOS
ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS
MARIANNA FERRAZ TEIXEIRA
MARÍLIA FERRAZ TEIXEIRA
DEOLINDA A. MEIRA
MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO
PAULO VASCONCELOS
RONALDO GAUDIO
ENZO BAIOCCHI
MARIA JOSÉ CAPELO
INÊS ISABEL PAIVA DE CARVALHO
LUIS MIGUEL MULEIRO PARADA
E. KOSTKA FERNÁNDEZ
SINESIO NOVO FERNÁNDEZ
ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS
GEMMA FAJARDO
HAGEN HENRY
DAVID HIEZ
HANS-H. MÜNKNER
IAN SNAITH
MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ
MARÍA JESÚS RODRÍGUEZ MÍGUEZ
MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA
TIAGO PIMENTA FERNANDES
JOSÉ DAVID ORTEGA RUEDA
IRENE ESCUÍN IBÁÑEZ
LUZ SÁNCHEZ GARCÍA
FERNANDA PAULA OLIVEIRA
DULCE LOPES
FILIPE ALMEIDA
FILIPE SANTOS

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

I. OBXECTIVOS E CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS

Definición da revista: *CES* ocúpase do cooperativismo e das demais entidades da economía social dentro da Unión Europea, de América Latina e dos países lusófonos, se ben de xeito preferente en España e en Portugal.

O enfoque é prioritariamente xurídico, pero tamén está aberta a análises realizados dende outras ópticas, como a economía, a empresa e a socioloxía.

Os idiomas oficiais da revista son o galego, o portugués, o castelán e o inglés.

A revista está dirixida ós estudosos destas materias, tanto no eido académico coma no profesional.

Estrutura: A revista divídese nas catro partes seguintes: (I) Doutrina; (II) Xurisprudenza; (II.1) Comentarios; (II.2) Anotacións; (III) Crónica; (IV) Recensións.

Edición e periodicidade: A revista editase pola Universidade de Vigo e Andavira editora. Publícase anualmente nun único volumen ó longo do cuarto trimestre, polo que a súa información se estende ás novas producidas de maio dun ano a maio do ano seguinte. Por esta razón, xunto ao número de cada volume figuran os dous anos sobre os que informa cada volume de *CES*.

II.- NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS

Contido orixinal: *CES* acepta só traballos de investigación orixinais e inéditos en español, inglés, portugués ou galego. De xeito excepcional tamén se aceptará publicar a primeira versión en galego, portugués ou castelán de traballos publicados orixinalmente en idiomas distintos dos citados. Os autores obríganse a respectar a normativa reguladora dos dereitos de propiedade intelectual

Data de recepción e aceptación de orixinais: Antes do 28 de febreiro de cada ano deberá notificarse á Dirección da revista (cooperativismo.economiasocial@uvigo.es) ou directamente a calquera dos membros da Secretaría, a intención de enviar un traballo xunto co título provisional. Excepto supostos moi excepcionais, non se admitirá a publicación no mesmo volume de varios traballos sobre materias que resulten moi próximas elaborados por un mesmo autor. Os traballos orixinais deberán ser presentados en cooperativismo.economiasocial@uvigo.es antes do 30 de xuño de cada ano. A aceptación comunicarase, como moi tarde, o 15 de setembro.

Sistema de arbitraje e avaliadores externos: Os traballos presentados a *CES* incluídos na Parte I e na Parte II.1 serán sometidos a avaliación confidencial de dous expertos alleos ó equipo editorial, seguindo criterios internacionais. A avaliación é cega, de xeito que os avaliadores non coñecen a identidade do autor, nin este a daqueles. Os avaliadores examinan a orixinalidade e o carácter inédito do traballo, a pertinencia do tema e a profundidade coa que se desenvolve, a metodoloxía utilizada, o grao de documentación utilizada e a actualidade bibliográfica, así como a claridade de estilo. O avaliador debe comunicar inmediatamente á equipa editorial a existencia dunha coincidencia substancial entre o traballo remitido para avaliación e outro publicado do que puidera ter coñecemento.

Se os avaliadores proponen modificacións na redacción do orixinal, será responsabilidade do equipo editorial —unha vez informado o autor— o seguimento do proceso de reelaboración do traballo. Se o traballo non fora aceptado, o orixinal será devolto ó autor xunto cos dictames emitidos polos avaliadores. A secretaria da revista comunicará aos autores, no prazo máis curto posible, e sempre antes do 31 de xullo, o rexeitamento dos orixinais remitidos. A ausencia de comunicación antes do 15 de setembro significa que o orixinal foi admitido e será publicado no volumen de *CES* do ano en curso. Os dereitos de edición e publicación, en calquera soporte, dos traballos aceptados e publicados correspóndenlle á Universidade de Vigo. As colaboracións en

CES son gratuitas, tanto no que atinxe ós traballos publicados como no relativo ó traballo dos avaliadores externos.

III. INSTRUCCIÓNS PARA OS AUTORES

Extensión dos traballos: Parte I (Doutrina), 30 páxinas como máximo e 20 como mínimo con notas incluídas; Parte II.1 (Comentarios de Xurisprudenza), 20 páxinas como máximo e 15 como mínimo; Parte II.2 (Anotacións de Xurisprudenza), 7 páxinas como máximo e 3 como mínimo; Parte III (Crónica), 10 páxinas como máximo e 7 como mínimo; Parte IV (Recensións), 5 páxinas como máximo e 3 como mínimo.

Resumes, sumarios e palabras clave: Os autores de traballos que deban ser incluídos nas partes I, II.1, e III de CES achegarán xunto co orixinal un resumo do mesmo cunha extensión máxima de 10 liñas, e un sumario ou índice dos epígrafes do traballo. Deberá achegarse a correspondente versión en inglés do resumo e do sumario, se non fora este o idioma do traballo. Xunto co orixinal do traballo tamén se incluírán tres palabras clave (no idioma do traballo e en inglés) que faciliten a súa inclusión en bases de datos. Tamén se deberá incluír o título dos traballos das Partes I, II e III en inglés.

Afiliación dos autores: Deberá informarse alomenos sobre a cualificación profesional do autor ou autora (Dr., Profesor, Avogado, Xuíz, etc.) e do nome da institución onde desenvolven o seu traballo o autor ou autores de cada artigo. Esta información deberá incluírse nunha nota ao pé co símbolo (*), que figurará despois do nome dos autores ao inicio de cada traballo. Deberase incluír tamén unha dirección postal ou de correo electrónico.

Normas técnicas para a presentación dos traballos: Sen prexuízo de que tamén se poidan presentar en papel, os traballos presentaranse necesariamente nun arquivo informático en Word ou equivalentado no enderezo *cooperativismo.economiasocial@uwigo.es*, con suxección ás seguintes normas: -Tipo de letra: Times New Roman; - Tamaño: 12 (notas ao pé, 10); Folio DIN A4; Espazo entre liñas: 1,5 (notas ao pé espazo simple); Marxes: 3-3-3-3.

Elaboración das referencias bibliográficas: Nas Seccións I, II.1 e III as citas bibliográficas realízanse en nota a pé de páxina, e nas Seccións II.2 e IV as citas de bibliografía serán no texto. Deberanse utilizar obrigatoriamente as abreviaturas que figuran no índice da revista CES. O traballo terá un último epígrafe coa bibliografía, sentenzas e textos empregados, con mención ás abreviaturas e siglas de revistas, publicacións periódicas ou de textos legais que non aparezan no índice de CES.

As citas de obras monográficas faranse do seguinte xeito: Apelidos do Autor; Inicial do nome (en maiúscula); Título da obra (en cursiva), Lugar de publicación, Editorial, Ano, páxinas. (por exemplo: TATO PLAZA, A., *A Lei de Cooperativas e a súa incidencia nas cooperativas de ensino*, UCETAG, Pontevedra, 1999, páx. 11).

As citas de traballos publicados en revistas faranse do seguinte xeito: Apelidos do Autor sempre (en maiúscula) e Inicial do nome no seu caso, Título do traballo (entre comiñas), Abreviatura da revista se figura no Índice (se non figura no índice título completo en maiúscula), Volume, Número (se o houbese), Ano (entre parénteses), e a concreta páxina citada. Por exemplo: APARICIO MEIRA, D., “A relevancia do cooperador na gobernação das cooperativas”, CES 35 (2012-2013), páx. 27.

Unha vez efectuada a primeira cita dun traballo nunha revista, en citas sucesivas non é preciso reiterar o título do traballo e abonda con citar o membrete bibliográfico coa páxina citada.

Incumprimento das instrucións polos autores: Os orixinais que non se axusten a estas instrucións serán devoltos aos autores para que realicen as modificacións ou adicións que correspondan. Se non se efectúan no prazo sinalado non se publicará o traballo. De todos os xeitos, a Dirección resérvase a facultade de efectuar directamente as correccións oportunas para axustarse ás Instrucións cando en casos concretos considere prioritaria a publicación do traballo polo interese e valor do seu contido, á marxe dos defectos formais.

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

I. OBJETIVOS E CARATERÍSTICAS PRINCIPAIS

Âmbito: A revista *CES* aborda as cooperativas e outras entidades da economia social na União Europeia, nos países lusófonos e na América Latina, embora de preferência em Portugal e Espanha. A perspetiva é essencialmente jurídica, mas permitem-se abordagens realizadas a partir de outras óticas, como sejam a económica, a empresarial e a sociológica. A revista dirige-se aos investigadores destas matérias, quer no âmbito académico quer no profissional. As línguas oficiais da revista são o galego, o português, o castelhano e o inglês.

Estrutura: A revista divide-se em quatro secções: (I) Doutrina; (II) Jurisprudência: (II.1) Comentários e (II.2) Anotações; (III) Crónica; (IV) Recensões.

Edição e Periodicidade: A revista é editada pela *Universidade de Vigo*, pelo *Centro de Estudos Cooperativos* e pela *Andavira Editora*. Publica-se anualmente, num único volume, durante o quarto trimestre, pelo que o seu conteúdo abrange a atualidade produzida de maio a maio de dois anos consecutivos. Por este motivo, adstrito ao número de cada volume da *CES* figuram os dois anos sobre os quais o referido volume se debruça.

II. NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

Conteúdo original: A *CES* só aceita artigos de investigação originais e inéditos, em galego, português, castelhano ou inglês. Excepcionalmente, permite-se a publicação da tradução para galego, português ou castelhano de artigos publicados originalmente noutra língua distinto dos citados. Os autores obrigam-se a respeitar a legislação aplicável aos direitos de propriedade intelectual.

Prazos de receção e aceitação de artigos: Até 28 de fevereiro de cada ano, devem os interessados informar a Direção da revista, através do endereço *cooperativismo.economiasocial@uvigo.es* — ou diretamente qualquer dos membros do Secretariado —, da intenção de enviarem um artigo com indicação do respetivo título (salvo em casos excecionais, não se admite a publicação, no mesmo volume, de artigos sobre matérias semelhantes, elaborados pelo mesmo Autor). Os artigos originais deverão ser enviados até 30 de junho de cada ano. A aceitação comunicar-se-á até 15 de setembro.

Sistema de arbitragem e Avaliadores externos: Os artigos a incluir nas partes (I) e (II.1) serão submetidos a avaliação confidencial de dois especialistas externos ao corpo editorial, em conformidade com critérios internacionais. A avaliação será cega, de modo que os avaliadores desconheçam a identidade do autor e este a daqueles. Os avaliadores examinarão a originalidade e o carácter inédito do artigo, a pertinência do tema e a profundidade da análise do mesmo, a metodologia utilizada, a adequação e a atualidade da bibliografia, bem como a clareza de estilo. Os avaliadores devem comunicar, imediatamente, ao corpo editorial a constatação de uma coincidência substancial entre o trabalho submetido a avaliação e outro publicado de que tenham conhecimento.

Se os avaliadores propuserem alterações à redação do texto original, será da responsabilidade do corpo editorial — após comunicação ao Autor — o acompanhamento do processo de revisão do artigo. Se o artigo não for aceite, o original será devolvido ao Autor, juntamente com as alterações sugeridas pelos avaliadores. O Secretariado da *CES* comunicará aos Autores, até 31 de julho, a recusa dos originais recebidos. A ausência desta comunicação, até 15 de setembro, significará que o original foi admitido e que se publicará no volume da *CES* do ano corrente. Os direitos de edição e publicação, em qualquer suporte, dos artigos admitidos e publicados per-

tencerão à *Universidade de Vigo*. As colaborações na *CES* serão gratuitas, quer no que respeita aos artigos publicados quer quanto ao trabalho dos Avaliadores externos.

III. INSTRUÇÕES AOS AUTORES

Extensão dos artigos: (I) Doutrina – máximo de 30 e mínimo de 20 páginas, incluindo notas de rodapé; (II.1) Comentários de Jurisprudência – máximo de 20 e mínimo de 15 páginas; (II.2) Anotações de Jurisprudência – máximo de 7 e mínimo de 3 páginas; (III) Crónica – máximo de 10 e mínimo de 7 páginas; (IV) Recensões – máximo de 5 e mínimo de 3 páginas.

Resumos, sumários e palavras-chave: Os Autores dos artigos a incluir nas partes (I), (II.1) e (III) da *CES* deverão remeter, conjuntamente com o texto original, um resumo do mesmo com uma extensão máxima de 10 linhas, bem com o sumário ou índice dos itens do artigo. O resumo e o sumário deverão ser traduzidos em inglês, se este não for o idioma do artigo. Conjuntamente com o artigo os Autores deverão também indicar, pelo menos, três palavras-chave (no idioma do artigo e em inglês) que possibilitem, designadamente, a sua inclusão em bases de dados. Será necessário, ainda, incluir o título dos artigos das partes (I), (II) e (III) em inglês.

Afiliação dos Autores: Os Autores deverão indicar a sua qualificação e categoria profissionais (Doutor, Professor, Mestre, Advogado, Juiz, etc.), bem como o nome da instituição onde exercem atividade. Esta informação deverá ser fornecida em nota de rodapé com o símbolo (*) que figurará após o nome dos Autores no início de cada artigo. Deverão, igualmente, indicar os endereços postal e eletrónico.

Normas de apresentação dos artigos: Sem prejuízo de que também possam ser enviados em suporte de papel, os artigos enviar-se-ão necessariamente em suporte informático o endereço *cooperativismo.economiasocial@uvigo.es*, em formato «Word» ou equivalente, atendendo às seguintes normas: tipo de letra: Times New Roman; tamanho: 12 (notas de rodapé: 10); formato: DIN A4; espaçamento entre linhas: 1,5 (notas de rodapé: Simples); margens; 3-3-3-3.

Referências bibliográficas: As referências bibliográficas deverão ser inseridas em nota de rodapé nas secções (I), (II.1) e (III), e no próprio texto nas secções (II.2) e (IV).

Os Autores utilizarão, obrigatoriamente, as abreviaturas que figuram no Índice da *CES*. O artigo conterá um último item listando a bibliografia utilizada, mencionando as abreviaturas e siglas de revistas, publicações periódicas e textos legais utilizados.

A citação de monografias far-se-á do seguinte modo: apelido do Autor e inicial do nome (em maiúsculas), título da obra (em itálico), lugar de publicação, Editora, Ano, pág. (por exemplo: TATO PLAZA, A., *A Lei de Cooperativas e a sua incidencia nas cooperativas de ensino*, ECE-TAG, Pontevedra, 1999, pág. 11).

A citação de artigos publicados em revistas far-se-á do seguinte modo: apelidos do Autor (em maiúsculas) e inicial do nome, título do artigo (entre aspas baixas), abreviatura da revista se esta figurar no Índice da *CES* (caso não figure, coloca-se o título completo em maiúsculas), volume, número (se o tiver), ano (entre parêntesis), pág. inicial do artigo e entre parêntesis a página citada [por exemplo: APARÍCIO MEIRA, A., «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», *CES* 35 (2012-2013), pág. 9-35 (27)]. Feita a primeira citação de um artigo de uma revista, nas citações seguintes não será necessário repetir o título do artigo, sendo suficiente indicar a abreviatura bibliográfica com a página citada.

Incumprimento destas instruções pelos Autores: Os textos que não estejam em conformidade com estas instruções serão devolvidos aos Autores para que procedam às correspondentes alterações ou acrescentos. Não sendo cumprido o prazo definido não se publicará o artigo. No entanto, a Direção reserva-se o direito de proceder, ela mesma, às correções necessárias para adequar o artigo às instruções quando, em casos específicos, considere prioritária a publicação do artigo, dado o interesse e valia do seu conteúdo, relevando os defeitos formais.

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

I. OBJETIVOS Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

Definición de la revista: *CES* se ocupa del cooperativismo y de las demás entidades de la economía social dentro de la Unión Europea, de América Latina y de los países lusófonos, si bien de forma de forma preferente en España y Portugal.

El enfoque es prioritariamente jurídico pero también está abierta a análisis realizados desde otras ópticas, como la economía, la empresa y la sociología.

Los idiomas oficiales de la revista son el gallego, el portugués, el castellano y el inglés.

La revista está dirigida a los estudiosos de estas materias, tanto en el ámbito académico como en el profesional.

Estructura: La revista se divide en las 4 partes siguientes: (I) Doctrina, (II) Jurisprudencia: (II.1) Comentarios y (II.2) Anotaciones; (III) Crónica; (IV) Recensiones.

Edición y Periodicidad: La revista es editada por la Universidad de Vigo y Andavira editora. Se publica anualmente en un único volumen a lo largo del cuarto trimestre, por lo que su información se extiende a las noticias producidas de mayo de un año a mayo del año siguiente. Por esta razón junto al número de cada volumen figuran los dos años sobre los que informa cada volumen de *CES*.

II. NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Contenido original: *CES* sólo acepta trabajos de investigación originales e inéditos en español, inglés, portugués o gallego. Excepcionalmente también se aceptará publicar la primera versión en gallego / portugués / castellano de trabajos publicados originalmente en idiomas distintos de los citados. Los autores se comprometen a respetar la normativa reguladora de los derechos de propiedad intelectual.

Fecha de recepción y aceptación de originales: Antes del 28 de febrero de cada año deberá notificarse a la Dirección de la revista (cooperativismo.economiasocial@uvigo.es), o directamente a cualquiera de los miembros de la Secretaría, la intención de enviar un trabajo con el título provisional. Salvo casos muy excepcionales, no se admitirá la publicación en un mismo volumen de varios trabajos sobre materias que resulten muy próximas, elaborados por un mismo autor. Los trabajos originales deberán ser presentados en (cooperativismo.economiasocial@uvigo.es) antes del 30 de junio de cada año. La aceptación se comunicará a más tardar el 15 de septiembre.

Sistema de arbitraje y evaluadores externos: Los trabajos presentados a *CES* incluidos en la Parte I y en la Parte II.1 serán sometidos a la evaluación confidencial de dos expertos ajenos al equipo editorial siguiendo criterios internacionales. La evaluación es ciega, de modo que los evaluadores no conocen la identidad del autor, ni éste la de aquellos. Los evaluadores examinan la originalidad y el carácter inédito del trabajo, la pertinencia del tema y la profundidad con la que se desarrolla, la metodología utilizada, el grado de documentación utilizada y la actualidad bibliográfica, así como la claridad de estilo. El evaluador debe comunicar inmediatamente al equipo editorial la existencia de una coincidencia sustancial entre el trabajo remitido para evaluación y otro publicado del que pudiera tener conocimiento.

En el caso de que los evaluadores propongan modificaciones en la redacción del original será responsabilidad del equipo editorial - una vez informado el autor- el seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. En el caso de que el trabajo no sea aceptado, el original será devuelto al autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. La secretaría de la revista comunicará a los autores, en el plazo de tiempo más breve posible, y siempre antes del 31 de julio, el rechazo de los originales remitidos. La falta de comunicación antes del 15 de septiembre significa que el original ha sido admitido y se publicará en el volumen de *CES* del año en curso.

Los derechos de edición y publicación, en cualquier soporte, de los trabajos aceptados y publicados le corresponden a la Universidade de Vigo. Las colaboraciones en *CES* son gratuitas, tanto por lo que respecta a los trabajos publicados como a la labor de los Evaluadores Externos.

III. INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Extensión de los trabajos: Parte I (Doctrina), 30 páginas como máximo y 20 como mínimo con notas incluidas; Parte II.1 (Comentarios de Jurisprudencia), 20 páginas como máximo y 15 como mínimo; Parte II.2 (Anotaciones de Jurisprudencia), 7 páginas como máximo y 3 como mínimo; Parte III (Crónica) 10 páginas como máximo y 7 como mínimo; Parte IV (Recensiones), 5 páginas como máximo y 3 como mínimo.

Resúmenes, sumarios y palabras clave: Los autores de trabajos para ser incluidos en las partes I, II.1 y III de *CES*, junto con el original del trabajo deberán remitir un resumen del mismo con una extensión máxima de 10 líneas, así como un sumario o índice de los epígrafes del trabajo. Deberá acompañarse la correspondiente versión en inglés del resumen y del sumario, si este no fuese el idioma del trabajo. Junto con el original del trabajo también deberán remitirse al menos tres palabras clave (en el idioma del trabajo y en inglés) que faciliten, por ejemplo, su inclusión en bases de datos.

Será preciso igualmente incluir el título de los trabajos de las Partes I, II y III en inglés.

Afiliación de los autores: Deberá proporcionarse al menos la cualificación profesional del autor o autora (Dr. Profesor, Abogado, Juez, etc.) y el nombre de la institución de trabajo del autor o autores de cada artículo. Esta información deberá encontrarse en una nota al pie con el símbolo (*) que figurará después del nombre de los autores al principio de cada trabajo. Se debe incluir también una dirección postal o de correo electrónico.

Normas técnicas para la presentación de los trabajos: Sin perjuicio de que también puedan presentarse en soporte papel, los trabajos se presentarán necesariamente en archivo informático en Word o equivalente en la dirección electrónica cooperativismo.economiasocial@uvigo.es, con sujeción a las siguientes normas: - Tipo de letra: Times New Roman; - Tamaño: 12 (notas a pie 10); - Folio DIN A4; - Interlineado: 1,5 (notas a pie simple); - Márgenes; 3-3-3-3.

Elaboración de las referencias bibliográficas: En las secciones I, II.1 y III las citas bibliográficas se realizarán en nota a pie de página, y en las Secciones II.2 y IV las citas serán en texto.

Se deberán utilizar necesariamente las abreviaturas que figuran en el índice de la revista *CES*. El trabajo tendrá un último epígrafe con la bibliografía, sentencias y textos utilizados, con mención a las abreviaturas y siglas de revistas, publicaciones periódicas o de textos legales que no aparecen en el índice de *CES*.

Las citas de obras monográficas se harán del siguiente modo: Apellidos del Autor, Inicial del nombre (en mayúscula), Título de la obra (en cursiva), Lugar de publicación, Editorial, Año, pág. (por ejemplo: TATO PLAZA, A., *A Lei de Cooperativas e a súa incidencia nas cooperativas de ensino*, UCETAG, Pontevedra, 1999, pág. 11).

Las citas de trabajos publicados en revistas se harán del siguiente modo: Apellidos del Autor siempre (en mayúscula) e Inicial del nombre en su caso, Título del trabajo (entre comillas), Abreviatura de la revista si figura en el índice de *CES* (si no figura en el índice el título completo en cursiva), Volumen, Número (si lo hubiere), Año (entre paréntesis), y página citada. Por ejemplo: APARÍCIO MEIRA, D., «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», *CES* 35 (2012-2013), pág. 27. Una vez efectuada la primera cita de un trabajo en una revista, en citas sucesivas no es preciso reiterar el título del trabajo y basta citar el membrete bibliográfico con la página citada.

Incumplimiento de las instrucciones por los autores: Los originales que no se ajusten a estas instrucciones serán devueltos a los autores para que realicen las correspondientes modificaciones o adiciones. De no efectuarse en el plazo señalado no se publicará el trabajo. De cualquier forma, la Dirección se reserva la facultad de efectuar directamente las correcciones oportunas para ajustarse a las Instrucciones cuando en casos concretos considere prioritaria la publicación del trabajo por el interés y valor de su contenido al margen de los defectos formales.

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

I. OBJECTIVES AND MAIN CHARACTERISTICS

Journal description: *CES* deals with cooperativism and other entities of social economy within the European Union, the Latin American countries, and Portuguese speaking countries, with particular emphasis on Spain and Portugal.

The focus is primarily legal, but it is also open to analysis under other scientific perspectives, such as economy and sociology.

The official languages of this journal are Spanish, English, Galician and Portuguese.

This journal is addressed to scholars and specialists in these subject matters, both in the academic and the professional field.

Structure: The journal is divided into the following 4 sections: (I) Doctrine; (II) Case law and decisions: (II.1) Comments and (II.2) Annotations; (III) Chronicles; and (IV) Review.

Publication and frequency: This journal is published by the Universidad de Vigo and Andavira editions. It appears annually in a single volume along the fourth quarter of the year; for that reason the information contained extends to the latest news from the month of May of the previous year to the same month of the next one. Accordingly next to the title of each volume of *CES* both years appear.

II. ORIGINAL SUBMISSION

Original contest: *CES* will only accept original and unpublished research works written in Spanish, English, Portuguese or Galician. Extraordinarily, works for the first time published in Spanish, Portuguese or Galician, that have originally been published in a different language of the above mentioned, may as well be accepted. The authors undertake to respect the intellectual property rights laws.

Deadline and acceptance of the originals: Notification indicating the purpose to submit an article must be sent directly to the editor (cooperativismo.economiasocial@uvigo.es) or to any member of the journal 's secretary before February, 28th of every year. A provisional title should be included within the notification. Banning exceptional circumstances, multiple works by the same author on closely related subject matters will not be accepted for publication in a given volume. Original articles must be sent to the editor (cooperativismo.economiasocial@uvigo.es) no further than June, 30th of the current year. Authors will be informed whether their article has been accepted for publication no later than September 15th.

Assessment system and external assessors (Instructions for assessors): The works included in Part I and Part II.1 submitted to *CES* will undergo a confidential review by two experts who are not members of the editorial team, in accordance with the international criteria. This procedure is blind and the assessors will not know the identity of the author, neither the author the identity of the assessors. Assessors will take into consideration the originality and unpublished character of the article, the relevance of the chosen topic and its thorough treatment, the methodology used, the range of documentation handled and its validity, and the use of a clear style. Assessors must immediately notify to the editorial team the existence of substantial matches between the works submitted for assessment and others already published.

Whether the assessors propose modifications to the wording or phrasing of the original, it will be the editorial team's responsibility—after notification to the author—monitoring the rewriting procedure of the article. Whether the article will not be accepted for publication, it will be returned to the author together with the assessors' comments. The secretary of the journal will inform the authors at their earliest convenience, and always no later than July 31th about the rejection of an article.

When the authors do not hear from the editorial team before September 15th, it will indicate the acceptance of their article, which will be published in the volume of *ADJ* for that year.

Publishing rights in all formats of the accepted and published articles are held by the University of Vigo. No remuneration is offered to authors or external assessors for their collaboration with *CES*.

III. INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Articles length: Part I (Doctrine): minimum 20 and maximum 30 pages including footnotes; Part II.1 (Case law comments): minimum 15 and maximum 20 pages; Part II.2 (Case law annotations): minimum 3 and maximum 7 pages; Part III (Chronicle): minimum 7 and maximum 10 pages; Part IV (Reviews): minimum 3 and maximum 5 pages.

Abstract, key words and summary: Authors submitting articles for inclusion in parts I, II.1 and III of *CES*, should include an abstract in Spanish no longer than 10 lines, as well as a table of contents of the article. An English version of the abstract and the table of contents should be also provided, if that were not the language of the work submitted, and at least three key words (in English and in the language of the article) in order to facilitate their inclusion on databases.

It will also be necessary to submit an English title for parts I, II and III.

Author's affiliation: Authors must indicate their professional status (Dr. Iur., Professor, Lawyer, Judge, etc.) and the name of the institution or organization they belong to. This information should be indicated in a footnote with the (*) symbol, and will be stated after the authors' name at the beginning of each article. A postal e-mail address must also be provided.

Technical instructions for the submission of articles: Notwithstanding submissions in paper format could be accepted, all articles must be necessarily submitted in an electronic file, in Word or equivalent format and complying with the following requirements: -Font: Times New Roman; -Size: 12 (footnotes, 10); -Sheets DIN A4; -Space 1.5 (single in the case of footnotes); -Margins: 3-3-3-3.

Bibliographical references: Abbreviations listed in the *CES* index are of mandatory use. The work will have a last section on bibliography, case law and materials used, with reference to journal abbreviations and initials, periodical publications or legal texts that are not included in the *CES* index. References to monographs should be made as follows: Author's surname(s) and Initial of the author's first name (in caps), Title of the work (in italics), Place of publication, Publisher, Year, page (i.e. TATO PLAZA, A., *A Lei de Cooperativas e a súa incidencia nas cooperativas de ensino*, UCETAG, Pontevedra, 1999, pág. 11).

References to works published in journals should be made as follows: Author's surname(s); Initial of the author's first name (in caps); Title of the work (in single inverted commas); Journal abbreviation if listed in the *CES* index (if not, the full title must be given in caps); Volume and issue N°. (where appropriate); Year (in brackets); and the specific page quoted [i.e. APARICIO MEIRA, D., «A relevancia do cooperador na gobernança das cooperativas», *CES* 35 (2012-2013), pág. 27]. Once a first reference has been made to an article in a journal, it will not be necessary to repeat the title of the article for consecutive references, and it will be enough to include the bibliographical letterhead with the page referred.

Failure to comply with these instructions: Original articles submitted that fail to comply with these instructions shall be returned to their authors for the corresponding modifications or additions. If these are not made within the specified time period the article will not be published. In all cases, the Editors reserve the right to make the corresponding corrections in order to ensure compliance with these instructions in those specific cases where the publication of the article would be considered to be a priority due to the interest or the value of its contents, regardless of any formal defects.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

1. ABREVIATURAS DE TEXTOS LEGALES

| | |
|-----------|--|
| CC | Código Civil |
| CE | Constitución Española |
| CCom | Código Comercial Portugués |
| CCoop | Código Cooperativo Portugués |
| C. de co. | Código de Comercio español |
| CRP | Constituição da República Portuguesa |
| CSC | Código Portugués das Sociedades Comerciais |
| CCiv | Código Civil Portugués |
| CPC | Código del Proceso Civil Portugués |
| CRCom | Código do Registo Comercial Portugués |
| CPen | Código Penal Portugués |
| DSR | Direito das Sociedades em Revista |
| ET | Estatuto de los Trabajadores |
| LC | Ley de Cooperativas |
| LCAR | Ley de Cooperativas de Aragón |
| LCCAN | Ley de Cooperativas de Cantabria |
| LCCAT | Ley de Cooperativas de Cataluña |
| LCCrCAT | Ley de regulación del funcionamiento de las Secciones de Crédito de las Cooperativas de Cataluña |
| LCCMadrid | Ley de Cooperativas de la Comunidad de Madrid |
| LCCLM | Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha |
| LCCyL | Ley de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León |
| LCCV | Ley de cooperativas de la Comunidad Valenciana |
| LCCrCV | Ley que regula las Cooperativas de Crédito de la Comunidad Valenciana |
| LCIB | Ley de cooperativas de Baleares |
| LCG | Ley de Cooperativas de Galicia |
| LCCrEX | Ley de Crédito Cooperativo de Extremadura |
| LCCr | Ley Cooperativas de Crédito |
| LCLR | Ley de Cooperativas de La Rioja |
| LCONC | Ley Concursal |
| LCPA | Ley de Cooperativas de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias |
| LCPV | Ley de Cooperativas del País Vasco |
| LCPPV | Ley de la Sociedad Cooperativa Pequeña del País Vasco |
| LCRM | Ley de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia |
| LCS | Ley de Contrato de Seguro |

| | |
|----------|--|
| LCVFL | Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras |
| LECv | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LES | Ley Economía Social |
| LFCN | Ley Foral de Cooperativas de Navarra |
| LITSASCE | Ley de implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas |
| LGC 1974 | Ley General de Cooperativas |
| LGC 1987 | Ley General de Cooperativas |
| LMESM | Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles |
| LME | Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles |
| LMV | Ley del Mercado de Valores |
| LOE | Ley de Ordenación de la Edificación |
| LOI | Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres |
| LRFC | Ley sobre el Régimen Fiscal de las Cooperativas |
| LSC | Ley de Sociedades de Capital |
| LSCA | Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas |
| LSCEX | Ley de Sociedades de Cooperativas de Extremadura |
| LSCEEX | Ley de Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura |
| RESCE | Reglamento CE por el que se regula el Estatuto jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea |
| RLSCA | Reglamento de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas |
| RRM | Reglamento del Registro Mercantil |
| TFUE | Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea |
| TGUE | Tribunal General de la Unión Europea |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea |

2. OTRAS ABREVIATURAS

| | |
|-----------|--|
| AA.VV. | Autores varios |
| ACI | Alianza Cooperativa Internacional |
| ADC | Anuario de Derecho Civil |
| ADI | Actas de Derecho Industrial |
| AEC | Anuario de Estudios Cooperativos |
| AECA | Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas |
| AL | Actualidad Laboral |
| al. | Alínea |
| Art./art. | Artigo/Artículo |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| BOICAC | Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas |

| | |
|----------------|---|
| BORME | Boletín Oficial del Registro Mercantil |
| Cap. | Capítulo |
| CC.AA | Comunidades Autónomas |
| CCJC | Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil |
| CES | Cooperativismo e Economía Social |
| CINIIF | Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera |
| CIRIEC | Centro Internacional de Investigación e Información de la Economía Social y Cooperativa |
| cit. | citado |
| cfr. | Confróntese |
| Coord. | Coordinador |
| CTA | Cooperativa de Trabajo Asociado |
| DGRN | Dirección General de los Registros y Notariado |
| Dir. | Diretor/Director |
| Disp. adic. | Disposición adicional |
| Disp. derog. | Disposición derogatoria/Disposición derogatoria |
| Disp. final | Disposición final |
| Disp. transit. | Disposición transitoria |
| DN | Derecho de los Negocios |
| Dec.-Lei / DL | Decreto-Lei da República Portuguesa |
| DOG | Diario Oficial de Galicia |
| DOUE L | Diario Oficial de la Unión Europea Legislación |
| DOUE C | Diario Oficial de la Unión Europea Comunicaciones |
| DR | Diário da República Portuguesa |
| E. de M. | Exposición de Motivos |
| edic. | edición |
| EJB | Enciclopedia Jurídica Básica |
| FRO | Fondo de Reserva Obligatorio |
| FRV | Fondo de Reserva Voluntario |
| IAS | International Accounting Standard |
| IASB | International Accounting Standards Boards |
| IASC | International Accounting Standards Committee |
| ibid. | <i>ibidem</i> |
| ICAC | Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas |
| id. | <i>idem</i> |
| L. | Lei |
| NIC | Normas Internacionales de Contabilidad |
| NIIF | Normas Internacionales de Información Financiera |

| | |
|---------|---|
| núm. | número |
| op.cit. | obra citada |
| p. | página/página |
| p. ex. | por ejemplo |
| pp. | páginas/páginas |
| PEME | Pequeña e Mediana Empresa |
| PYME | Pequeña y Mediana Empresa |
| RCDI | Revista Crítica de Derecho Inmobiliario |
| RCP | Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal |
| RD | Real Decreto |
| RDGRN | Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado |
| RDM | Revista de Derecho Mercantil |
| RDP | Revista de Derecho Privado |
| RdS | Revista de Derecho de Sociedades |
| REVESCO | Revista de Estudios Cooperativos |
| RGD | Revista General de Derecho |
| RCEJ | Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas (Portugal) |
| RJ | Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi |
| RJC | Revista Jurídica de Cataluña |
| ROC | Revisor Oficial de Contas (Portugal) |
| S.A. | Sociedad Anónima |
| SQ | Sociedade por cotas (Portugal) |
| S.A.T. | Sociedad Agraria de Transformación |
| S.R.L. | Sociedad de Responsabilidad Limitada |
| SAP | Sentencia de Audiencia Provincial |
| SCE | Sociedad Cooperativa Europea |
| STJ | Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| T. | Tomo |
| Tít. | Título |
| últ. | última |
| v. | vide |
| v. gr. | verbi gratia |
| vid. | véase |
| Vol. | Volumen |

CES

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

ÍNDICE

I DOCTRINA

- ANTONIO FICI, The social enterprise in the cooperative form** 31-53
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. THE LEGAL IDENTITY OF SOCIAL ENTERPRISES. 2.1. The social enterprise as a legal entity established under private law and independent of the state and other public administrations, but subject to external control. 2.2. The pursuit of an exclusive or at least prevalent purpose of community or general interest. 2.3. The total or partial constraint on profit distribution, and the obligations regarding the allocation of profits and assets. 2.4. The conduct of a socially useful entrepreneurial activity. 2.5. Obligations concerning governance. 3. MODELS OF LEGISLATION ON SOCIAL ENTERPRISE. 3.1. The social enterprise as a specific legal form of incorporation. 3.2. The social enterprise as a legal qualification (or status). 4. WHAT IS THE PROPER LEGAL FORM FOR SOCIAL ENTERPRISES? 4.1. The social enterprise in the cooperative form. 4.2. The social enterprise in the company form. 5. CONCLUSIONS. 6. BIBLIOGRAPHY.
- RUTE SARAIVA, A regulação pública das entidades da economia social** 55-88
- SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. REGULAÇÃO ECONÓMICA E PÚBLICA?; 3. REGULAÇÃO NECESSÁRIA?; 4. A QUEM CABERÁ REGULAR? ESCOLHA DE UM MODELO; 5. A REGULAÇÃO EUROPEIA; 6. REGULAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL; 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.
- VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE, Cooperativas prestadoras de servicios públicos: contribuciones al bienestar comunitario desde su identidad. Análisis a la luz de la legislación de cooperativas de Euskadi.** 89-101
- SUMARIO:** 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN. 2. LA COLABORACIÓN DEL COOPERATIVISMO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. 2.1. Aproximación al estado de la cuestión. 2.2. Especial referencia al papel de las cooperativas de iniciativa social. 3. IDENTIDAD COOPERATIVA PARA LA MEJORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.
- RAFAEL JORDÁ GARCÍA, Las sociedades laborales y la necesaria adaptación de sus estatutos a la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas** 103-126
- SUMARIO:** 1. OBLIGATORIEDAD DE ADAPTAR LOS ESTATUTOS A LA LEY 44/2015, DE 14 DE OCTUBRE, DE SOCIEDADES LABORALES Y PARTICIPADAS. 2. PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA ADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS SOCIALES. 3. ASPECTOS A REVISAR EN LA ADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE LAS SOCIEDADES LABORALES. 3.1. Cuestiones relativas al capital social y la participación de los socios laborales. A. Mismo valor nominal e idénticos derechos económicos. B. Prohibición de acciones y participaciones sin voto. C. Porcentaje de participación de los socios de la clase laboral. 3.2. Régimen de transmisión de las acciones o participaciones. A. Transmisión *inter vivos* de acciones y participaciones sociales pertenecientes a la clase laboral. B. Transmisión de acciones y participaciones en los supuestos de extinción de la relación laboral. C. Transmisión de acciones y participaciones *mortis causa*. 3.3. Derecho de suscripción preferente. 3.4. Órgano de administración. 3.5. Reserva especial. 3.6. Otras materias a valorar en la adaptación de estatutos. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.
- JOSÉ MARÍA RIOS MESTRE, Sociedades laborales: aporías en la contratación por cuenta ajena** 127-152
- SUMARIO:** 1. SOCIEDAD LABORAL, CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE SOCIEDAD. 2. CONTRATO DE TRABAJO Y SOCIO TRABAJADOR. 2.1. Nacimiento del contrato de trabajo. 2.2. Clases de contratos de trabajo. 2.3. Competencias jurisdiccionales. 2.4. Período de prueba. 2.5. Extinción del contrato de trabajo. 3. LA SEGURIDAD SOCIAL DEL SOCIO TRABAJADOR DE SOCIEDADES LABORALES. 3.1. Introducción. 3.2. Encuadramiento de socios trabajadores. 3.3. Socio que realiza funciones gerenciales. 3.4. Extensión a los socios trabajadores de las sociedades laborales de los criterios de encuadramiento de los socios en las sociedades capitalistas y el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 2015. 4. BIBLIOGRAFÍA.

| | |
|---|---------|
| MÓNICA GARCÍA FREIRÍA, La exención en el IVA para las entidades sin ánimo de lucro. Problemas de interpretación y calificación respecto de los conceptos que integran el artículo 20. Uno. 12 De la Ley del IVA | 153-184 |
|---|---------|

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE EXENCIÓN TRIBUTARIA EN NUESTRA DOCTRINA. 2.1. Sobre la naturaleza de la exención del artículo 20.Uno.12 de la Ley del IVA. 2.2. Requisitos exigidos por el precepto. 3. CUESTIONES INTERPRETATIVAS EN TORNO AL PRECEPTO Y SU CONCRECIÓN A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DE NUESTROS TRIBUNALES Y DEL TEAC. 3.1. La forma jurídica como requisito exigido por el precepto. 3.2. Sobre el objeto del organismo o entidad. 3.3. La ausencia de ánimo de lucro. 4. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

II XURISPRUDENZA

II.1. COMENTARIOS XURISPRUDENZA

| | |
|--|---------|
| ANGÉLICA DÍAZ DE LA ROSA, Calificación jurídica de la entrega de fondos que efectúa el socio a la cooperativa agraria: un análisis a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.ª), n.º 141/2016 de 31 de marzo | 187-204 |
|--|---------|

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. RESUMEN DE LOS HECHOS DE LA SENTENCIA. 3. COMENTARIO. 3.1. Concepto de actividad cooperativizada. 3.2. Entrega de fondos como manifestación de la participación en la actividad cooperativizada. 4. CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

| | |
|---|---------|
| SARA LOUREDO CASADO, Reintegro de aportaciones del socio y cumplimiento del objeto social de una cooperativa de viviendas. Comentario a la sentencia 115/2016 del Juzgado de lo Mercantil de Vigo | 205-219 |
|---|---------|

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA. 2. COMENTARIO. 2.1. El funcionamiento de una cooperativa de viviendas. 2.2. El marco jurídico: la LCG. 2.3. El cumplimiento del objeto social. 2.4. Consideración de la baja. 2.5. Consideración de las cantidades aportadas por el socio. 2.6. Validez del compromiso de espera. 2.7. Conclusión. 3. BIBLIOGRAFÍA.

| | |
|--|---------|
| MARIA ELISABETE RAMOS, São os diretores da cooperativa responsáveis pelas dívidas desta? Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 31 de março de 2016. | 221-237 |
|--|---------|

SUMÁRIO: 1. O LITÍGIO E O JUÍZO JURISPRUDENCIAL. 2. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA ADMINISTRAÇÃO DA COOPERATIVA, SEGUNDO ART. 65º, 1, DO CCOOP 2.1. Responsabilidade civil para com a cooperativa 2.2.Responsabilidade civil para com terceiros. 2.3.Responsabilidade para com os credores sociais. 3. SÃO OS DIRETORES RESPONSÁVEIS PELO PAGAMENTO DE DÉBITOS DA COOPERATIVA? 3.1. O dever de prestar informações verdadeiras 3.2. Violação do dever de apresentar a cooperativa à insolvência 4. CONCLUSÃO. 5. BIBLIOGRAFIA.

| | |
|---|---------|
| ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, Cooperativas, empresas e sociedades (comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 6.7.2016, Proc. N.º 209/14.OT8LRA.C1; relator: Carvalho Martins). | 239-252 |
|---|---------|

SUMÁRIO: 1. OS FACTOS RELEVANTES 2. UMA COOPERATIVA PODE SER TITULAR DE UMA EMPRESA (EM SENTIDO OBJETIVO) E SER EMPRESA (EM SENTIDO SUBJETIVO) 3. UMA COOPERATIVA PODE PRATICAR ATOS DE COMÉRCIO OBJETIVOS E SER TITULAR DE UMA EMPRESA COMERCIAL. 4. UMA COOPERATIVA PODE SER COMERCIANTE. 5. UMA COOPERATIVA PODIA FICAR SUJEITA AO REGIME DO DL 32/2003.

| | |
|---|---------|
| MARIANNA FERRAZ TEIXEIRA e MARÍLIA FERRAZ TEIXEIRA, Comentários ao acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região de 28/09/2016, processo 0001924-29.2014.5.03.0134: O Direito Cooperativo e o Direito do Trabalho, conflitos e educação. | 253-274 |
|---|---------|

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ARGUMENTOS PARA SOLUÇÃO JUDICIAL DO CONFLITO. 3. A RELAÇÃO EMPREGADA X EMPREGADOR NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO E SUAS DISTINÇÕES COM O DIREITO DO TRABALHO PORTUGÊS. 4. COOPERATIVAS DE TRABALHO NO BRASIL. 4.1. Características. 4.2. Relação com os associados. 4.3. Debate judicial. 5. EDUCAÇÃO COOPERATIVA E SEUS EFEITOS NA GOVERNANÇA. 6. CONCLUSÃO. 7. BIBLIOGRAFIA.

| | |
|--|---------|
| FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES, A ponderação entre o interesse comunitário e o interesse público: equipamento público em Baldios. Comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 6.ª Secção, de 17 de maio de 2016, proferido no processo 1118/09.0TBCHV,G1.S1 [relator pinto de almeida] | 275-291 |
| SUMÁRIO: 1. ANÁLISE DA FIGURA DOS BALDIOS. 2. ASPETOS INSTITUCIONAIS DOS BALDIOS. 3. PONDERAÇÃO ENTRE INTERESSE COMUNITÁRIO E INTERESSE PÚBLICO. 4. IMPORTÂNCIA HODIERNA DOS BALDIOS. | |
| DEOLINDA A. MEIRA, As joias e o princípio da adesão voluntária e livre. Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25 de março de 2016 | 293-311 |
| SUMÁRIO: 1. APRESENTAÇÃO DO LITÍGIO. 2. COMENTÁRIO. 2.1. Nulidade da disposição estatutária por violação do art. 80.º do CCoop. 2.2. Nulidade da disposição estatutária por violação do princípio cooperativo da adesão voluntária e livre. 2.3. Requisitos económicos de aquisição da qualidade de cooperador. 2.3.1. A contribuição obrigatória de capital e trabalho. 2.3.2. A joia de admissão. 2.3.2.1. Noção e regime. 2.3.2.2. Finalidades da joia. 2.3.2.3. A problemática da determinação do montante da joia. 4. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA. | |
| II.2.1. ANOTACIÓNS XURISPRUDENZA (PORTUGAL) | |
| MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de abril de 2016. A proibição de negociar com a cooperativa que impende sobre os membros dos seus órgãos de gestão e fiscalização . . . | 315-325 |
| PAULO VASCONCELOS, Anotação ao acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em 25 de fevereiro de 2016 | 327-333 |
| RONALDO GAUDIO - ENZO BAIOCCHI, A legalidade concorrencial das farmácias mantidas por cooperativas médicas: anotações à decisão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, de 16 de maio de 2016 | 335-342 |
| MARIA JOSÉ CAPELO com colaboração de INÊS ISABEL PAIVA DE CARVALHO, A impenhorabilidade relativa dos bens afetos aos fins de utilidade pública: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 28 de abril de 2016 | 343-350 |
| II.2.2. ANOTACIÓNS XURISPRUDENZA (ESPAÑA) | |
| LUIS MIGUEL MULEIRO PARADA, As prestacións de servizos de asistencia social exentas no IVE. Á propósito da STXUE, de 21 de xaneiro de 2016. | 353-359 |
| E. KOSTKA FERNÁNDEZ, La impugnación de acuerdos sociales de la Asamblea General en las sociedades cooperativas. Anotación a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 486/2016, de 14 de julio (RJ2016\2965) | 361-364 |
| SINESIO NOVO FERNÁNDEZ, La retribución de los socios trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado (anotación a la sentencia 73/2016 de la Audiencia Provincial de Zamora [Sección 1ª], de 1 de abril) | 365-370 |
| ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS, Responsabilidade solidaria e obxectiva dos membros do consello reitor fronte aos acreedores da sociedade polas débedas sociais xeradas un mes despois de que se constatará a causa que xustifica a disolución ou declaración de concurso da cooperativa. Incumprimento do deber legal de convocar a Asemblea Xeral ou de solicitar a disolución xudicial. Comentario á sentenza 52/2016 do Xuzgado n.º 2 do Mercantil da Rexión de Murcia de 2 de marzo do 2016 | 371-377 |

III CRÓNICA

- GEMMA FAJARDO, ANTONIO FICI, HAGEN HENRÿ, DAVID HIEZ, DEOLINDA MEIRA, HANS-H.MÜNKNER, IAN SNAITH, *Princípios da Legislação Cooperativa Europeia*. 381-400
- MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ, *Las entidades asociativas prioritarias en Castilla y León y en Castilla-La Mancha* 401-409
- SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. EL RECONOCIMIENTO DE LAS ENTIDADES ASOCIATIVAS PRIORITARIAS EN CASTILLA Y LEÓN Y EN CASTILLA-LA MANCHA. 3. EL REGISTRO DE LAS ENTIDADES ASOCIATIVAS PRIORITARIAS EN CASTILLA Y LEÓN Y EN CASTILLA-LA MANCHA. 4. BIBLIOGRAFÍA.
- JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ, *Reforma del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas en Cataluña* 411-420
- SUMARIO:** 1. PRESENTACIÓN. 2. ANTECEDENTES. 3. LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL D-L 2/2016. 4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA REFORMA. 4.1. La creación del «Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito». 4.2. Modificaciones puntuales. 5. VALORACIÓN FINAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.
- MARÍA JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ, *El Consejo Asturiano de Economía Social* 421-431
- SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN DE LAS COOPERATIVAS EN ASTURIAS. 2. EL CONSEJO ASTURIANO DE LA ECONOMÍA SOCIAL EN LA LCPA. 3. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DEL RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO. 3.1. Estructura de la norma. 3.2. Contenido del Decreto 56/2016. 3.2.1. Naturaleza y régimen jurídico. 3.2.2. Funciones. 3.2.3. Composición y funcionamiento. 3.2.4. Gratuidad de los cargos. 3.2.5. Dotación de medios. 3.2.6. Disposición adicional y disposiciones finales. 4. VALORACIÓN DE CONJUNTO.
- MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA, *La Ley de la economía social de Galicia: especial referencia a la modificación de la Ley gallega de cooperativas*. 433-441
- SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA LEY DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE GALICIA. 3. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE COOPERATIVAS DE GALICIA.
- FILIPE ALMEIDA, FILIPE SANTOS, *Portugal Inovação Social: na encruzilhada dos tempos* 443-462
- SUMÁRIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. INOVAÇÃO E EMPREENDEDORISMO SOCIAL. 2.1. Um contexto favorável à Inovação e ao Empreendedorismo Social. 2.2. As origens do Empreendedorismo Social. 2.3. O contexto nacional, europeu e mundial para o Investimento Social. 3. A INICIATIVA PORTUGAL INOVAÇÃO SOCIAL. 3.1. Enquadramento e Objetivos. 3.2. Modelo de intervenção. 3.3. Os instrumentos de financiamento. 3.3.1. Capacitação para o Investimento Social. 3.3.2. Parcerias para o Impacto. 3.3.3. Títulos de Impacto Social. 3.3.4. Fundo para a Inovação Social. 3.4. Ativação da inovação e do investimento social. 4. CONCLUSÃO E PRINCIPAIS DESAFIOS.

IV RECENSIONES

- ANTONIO FICI (Coord.), *Diritto dell'economia sociale, Teorie, tendenze e prospettive italiane ed europee*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, por Tiago Pimenta Fernandes. 465-469
- GEMMA FAJARDO (Dir.) y MARÍA JOSÉ SENENT (Coord.), *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, por José David Ortega Rueda 471-477
- ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ y JULIÁN VALERO TORRIJOS (Dirs.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, por Irene Escuin Ibañez. 479-485
- ANDREU MARTÍ, M. M. (Dir.), ESCUÍN IBÁÑEZ, I. y PASTOR DEL PINO, M. C. (Coords.), *El régimen jurídico de las sociedades laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 329 pp., por Luz Sánchez García 487-494

INDEX

I DOCTRINE

- ANTONIO FICLI, The social enterprise in the cooperative form** 31-53
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. THE LEGAL IDENTITY OF SOCIAL ENTERPRISES. 2.1. The social enterprise as a legal entity established under private law and independent of the state and other public administrations, but subject to external control. 2.2. The pursuit of an exclusive or at least prevalent purpose of community or general interest. 2.3. The total or partial constraint on profit distribution, and the obligations regarding the allocation of profits and assets. 2.4. The conduct of a socially useful entrepreneurial activity. 2.5. Obligations concerning governance. 3. MODELS OF LEGISLATION ON SOCIAL ENTERPRISE. 3.1. The social enterprise as a specific legal form of incorporation. 3.2. The social enterprise as a legal qualification (or status). 4. WHAT IS THE PROPER LEGAL FORM FOR SOCIAL ENTERPRISES? 4.1. The social enterprise in the cooperative form. 4.2. The social enterprise in the company form. 5. CONCLUSIONS. 6. BIBLIOGRAPHY.
- RUTE SARAIVA, Public regulation of non-profit organizations** 55-88
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. PUBLIC ECONOMIC REGULATION? 3. NECESSARY REGULATION?. 4. WHO SHOULD REGULATE? THE CHOICE OF A MODEL. 5. EUROPEAN REGULATION. 6. PUBLIC REGULATION IN PORTUGAL. 7. FINAL REMARKS. 8. BIBLIOGRAPHY.
- VÉGA MARÍA ARNÁEZ ARCE, Cooperatives of public services: contributions to community welfare from their identity. analysis in the light of the cooperative legislation of the Basque Country** 89-101
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. COOPERATIVE COLLABORATION IN THE PROVISION OF PUBLIC SERVICES. 2.1. Approach to the state of the matter. 2.2. Special reference to the role of social initiative cooperatives. 3. COOPERATIVE IDENTITY FOR THE IMPROVEMENT OF PUBLIC SERVICES. 4. CONCLUSIONS. 5. BIBLIOGRAPHY.
- RAFAEL JORDÁ GARCÍA, Labour companies Act 44/2015, of 14th October, on Labour and Participated Companies, and the necessary adaptation of their by-laws** 103-126
- CONTENTS:** 1. OBLIGATION TO ADAPT THE BY-LAWS TO ACT 44/2015, OF 14th OCTOBER, ON LABOUR AND PARTICIPATED COMPANIES. 2. PROCEDURE TO BE FOLLOWED WHEN ADAPTING THE BY-LAWS. 3. ASPECTS TO BE REVIEWED WHEN ADAPTING THE BY-LAWS OF LABOUR COMPANIES. 3.1. Aspects regarding share capital and participation of labour partners. A. Same nominal value and identical financial rights B. Prohibition of non-voting shares and participations. C. Participation of labour partners percentage. 3.2. Transfer of shares or participations regime. A. *Inter vivos* transfer of labour shares and participations. B. Transfer of shares and participations in case of expiry of the labour relation. C. *Mortis causa* transfer of shares and participations. 3.3. Pre-emptive right to subscribe. 3.4. Governing Body. 3.5. Special reserve. 3.6. Other aspects which should be considered when adapting the by-laws. 4. CONCLUSIONS. 5. BIBLIOGRAPHY.
- JOSÉ MARÍA RIOS MESTRE, Labour Partnership: labour contract matters** 127-152
- CONTENTS:** 1. LABOUR PARTNERSHIP, LABOUR CONTRACT AND PARTNERSHIP CONTRACT 2. LABOUR CONTRACT AND WORKING PARTNER 2.1. Birth of labour contract. 2.2. Kinds of labour contracts. 2.3. Jurisdiction. 2.4 Probation time. 2.5. Termination of labour contract. 3. SOCIAL SECURITY OF WORKING PARTNER IN LABOUR PARTNERSHIPS 3.1. Introduction. 3.2. Framing of working partners in labour partnerships. 3.3. Managing partner. 3.4 Framing criteria for working partners in capitalist partnerships and Social Security Law 2015. 4. BIBLIOGRAPHY.
- MÓNICA GARCÍA FREIRÍA, Value added tax exemption for non-profit entities. The issue of legal interpretation and legal qualification regarding the concepts included in the Article 20.One.12 of the Value Added Tax L** 153-184
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. BASIC APPROACHES TO THE CONCEPT OF TAX EXEMPTION IN OUR DOCTRINE. 2.1. On the nature of the exemption regulated at the article 20.One.12 of the Value Added Tax Law. 2.2. Requirements by the precept. 3. THE ISSUE OF LEGAL INTERPRETATION REGARDING THE CONCEPTS INCLUDED IN THE ARTICLE AND THEIR CONCRETION BY THE PRECEDENTS SETTLED BY OUR COMMUNITY OR NATIONAL COURTS AND THE SPANISH "TEAC". 3.1. The legal form as requirement by the precept. 3.2. The object of the organism or entity. 3.3. The absence of profit motive. 4. CONCLUSIONS AND FINAL CONSIDERATIONS. 5. BIBLIOGRAPHY.

II CASE LAW

II.1. COMMENTS

ANGÉLICA DÍAZ DE LA ROSA, Legal qualification of the delivery of funds made by the partner to the agrarian cooperative: an analysis for the purpose of the sentence of the Provincial Audience of Burgos (Section 2), n° 141/2016 31th of March 187-204

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. SUMMARY OF THE FACTS OF THE SENTENCE. 3. COMMENTARY. 3.1. Concept of activity cooperativizada. 3.2. Delivery of funds as a manifestation of the participation in the cooperativizada activity. 4. CONCLUSIONS. 5. BIBLIOGRAPHY.

SARA LOUREDO CASADO, Reimbursement of contributions of a partner and fulfilment of the corporate purpose of a housing cooperative. Comment to the judgment 115/2016 of the Commercial Court of Vigo 205-219

CONTENTS: 1. BACKGROUND OF THE JUDGMENT. 2. COMMENTARY. 2.1. The functioning of a housing cooperative. 2.2. The legal framework: the Galician Cooperative Law. 2.3. The fulfilment of the corporate purpose. 2.4. Consideration of the leave. 2.5. Consideration of the partner’s contributions. 2.6. Validity of the waiting obligation. 2.7. Conclusion. 3. BIBLIOGRAPHY.

MARIA ELISABETE RAMOS, Are the cooperatives managers responsible for the cooperatives debts? Comments on the judgement delivered by Guimarães Court of Appeal on the 31th March 2016 221-237

CONTENTS: 1. THE LITIGATION AND THE RULING OF THE COURT OF APPEAL. 2. LIABILITY FOR THE ADMINISTRATION OF THE COOPERATIVE, ACCORDING THE ARTICLE 65° OF THE PORTUGUESE COOPERATIVE CODE. 2.1. Liability towards the cooperative. 2.2. Liability towards third parties. 2.3. Liability towards the cooperatives’ creditors. 3. ARE THE COOPERATIVES’ MANAGERS RESPONSIBLE FOR THE PAYMENT OF THE COOPERATIVE DEBTS? 3.1. The duty to disclose accurate information 3.2. The breach of the cooperative’s duty to file for insolvency. 4. CONCLUSION. 5. BIBLIOGRAPHY.

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, Cooperatives, undertakings and companies (comment to the judgment of the Second Instance Court – Tribunal da Relação – of Coimbra, proc. N.º 209/14.OT8LRA.C1; Carvalho Martins) 239-252

CONTENTS: 1. 1. RELEVANT INFORMATION 2. A COOPERATIVE MAY BE THE OWNER OF A UNDERTAKING (AS AN OBJECT) AND MAY BE CONSIDERED AS A UNDERTAKING (AS AN ENTITY) 3. A COOPERATIVE MAY PRACTICE OBJECTIVE COMMERCIAL ACTS AND MAY BE THE OWNER OF A COMMERCIAL UNDERTAKING 4. A COOPERATIVE MAY BE CONSIDERED AS A MERCHANT 5. DL 32/2003 MAY BE APPLIED TO A COOPERATIVE.

MARIANNA FERRAZ TEIXEIRA - MARÍLIA FERRAZ TEIXEIRA, Comments on the judgment of the Regional Labor Court of the 3rd Circuit of 9/28/2016, procedure 0001924-29.2014.5.03.0134: Labor Law and Cooperative Law, Conflicts and Education. 253-274

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. ARGUMENTS FOR JUDICIAL CONFLICT SOLUTION. 3. THE RELATION EMPLOYEE VS. EMPLOYER ON BRAZILIAN LABOR LAW AND THEIR DISTINCTIONS WITH PORTUGUESE LABOR LAW. 4. LABOR COOPERATIVES IN BRAZIL. 4.1. Characteristics. 4.2. Relation with associates. 4.3. Judicial debates. 5. COOPERATIVE EDUCATION AND THEIR EFFECTS AT GOVERNANCE. 6. CONCLUSION. 7. BIBLIOGRAPHY.

FERNANDA PAULA OLIVEIRA - DULCE LOPES, Ponderation between community interest and public interest: public equipment in empty lots. Commentary on the judgment of the Supreme Court of Justice, 6th Section, of May 17, 2016, delivered in case 1118 / 09.0TBCHV, G1.S1 [judge Pinto de Almeida]. 275-291

CONTENTS: 1. ANALYSIS OF COMMUNAL LAND REGULATION. 2. INSTITUTIONAL ASPECTS. 3. BALANCING OF COMMUNAL AND PUBLIC INTERESTS. 4. NOWADAYS IMPORTANCE OF COMMUNAL LAND.

| | |
|--|---------|
| DEOLINDA A. MEIRA, The admission fee and the principle of voluntary and open membership. Comments on the judgement delivered by Guimarães Court of Appeal on the 25 th march 2016 | 293-311 |
| CONTENTS: 1. PRESENTATION OF THE LITIGATION. 2. COMMENTARY. 2.1. Nullity of the statutory provision for violation of art. 80 of CCoop. 2.2. Nullity of the statutory provision for breach of the co-operative principle of voluntary and open membership. 2.3. Economic requirements for acquiring the status of cooperator. 2.3.1. The obligatory contribution of capital and labor. 2.3.2. The admission fee. 2.3.2.1. Concept and regime. 2.3.2.2. Purposes of the admission fee. 2.3.2.3. The problem of determining the amount of the admission fee 4. CONCLUSION. BIBLIOGRAFIA. | |

II.2.1. ANNOTATIONS (PORTUGAL)

| | |
|--|---------|
| MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, Notes to the judgment of the Court of Lisbon, of april 19 th 2016. The prohibition to negotiate with the cooperative that is imposed on the members of its management and supervisory board | 315-325 |
| PAULO VASCONCELOS, Commentary to the decision of the Court of Appeal of Lisbon of 25 th february 2016 | 327-333 |
| RONALDO GAUDIO - ENZO BAIOCCHI, The competitive legality of pharmacies kept by medical cooperatives: annotations to the decision of the Superior Court of Justice of Brazil, may 16, 2016 | 335-342 |
| MARIA JOSÉ CAPELO com colaboração de INÊS ISABEL PAIVA DE CARVALHO, The relative unseizability of the assets affected for the purposes of public utility. Commentary to the decision of the Court of Appeal of Évora, april 18, 2016 | 343-350 |

II.2.2. ANNOTATIONS (SPAIN)

| | |
|--|---------|
| LUIS MIGUEL MULEIRO PARADA, The social assistance services exempt from vat (CJUE, 21 january 2016, case C-335/14) | 353-359 |
| E. KOSTKA FERNÁNDEZ, The objection of social agreements of the General Assembly of a cooperative company. Annotation to the judgment of the Supreme Court (Civil Room, Section 1 st) 486/2016, july 14 th (RJ\2016\2965) | 361-364 |
| SINESIO NOVO FERNÁNDEZ, The remuneration of working partners in worker cooperatives (annotation to the judgment of the Provincial Court of Zamora [Section 1] of april 1). | 365-370 |
| ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS, Solidary and objective responsibility of the cooperative's governing council against the creditors of the society for the social debts generated a month after the cause that justifies the dissolution or declaration of insolvency of the cooperative was confirmed. Breach of the legal duty to call the general assembly or to request the judicial dissolution. Annotation to the judgment of the Commercial Court of Murcia num. 52/2016, 2 nd of march of 2016 | 371-377 |

III CHRONICLES

| | |
|---|---------|
| GEMMA FAJARDO, ANTONIO FICI, HAGEN HENRÝ, DAVID HIEZ, DEOLINDA MEIRA, HANS-H.MÜNKNER, IAN SNAITH, Principles of European Cooperative Law | 381-400 |
| MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ, The priority associative entities in Castilla y León and in Castilla-La Mancha. | 401-409 |
| CONTENTS: 1. GENERAL APPROACH. 2. THE RECOGNITION OF PRIORITY ASSOCIATIVE ENTITIES IN CASTILLA Y LEÓN AND CASTILLA-LA MANCHA. 3. REGISTRATION OF PRIORITY ASSOCIATIVE ENTITIES IN CASTILLA Y LEÓN AND CASTILLA-LA MANCHA. 4. BIBLIOGRAPHY. | |

| | |
|--|---------|
| JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ, Reform of the functioning of the credit sections of cooperatives in Catalonia. | 411-420 |
| CONTENTS: 1. PRESENTATION. 2. BACKGROUND. 3. THE REFORMS INTRODUCED BY D-L 2/2016. 4. STRUCTURE AND CONTENT OF THE REFORM. 4.1. The creation of the «Cooperative Fund to support credit sections». 4.2. Modifications on time. 5. FINAL EVALUATION. 6. BIBLIOGRAPHY. | |
| MARÍA JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ, The Asturian Council for Social Economy . | 421-431 |
| CONTENTS: 1. INTRODUCTION: THE REGULATION OF COOPERATIVES IN ASTURIAS. 2. THE ASTURIAN COUNCIL OF THE SOCIAL ECONOMY IN THE LCPA. 3. THE REGULATORY DEVELOPMENT OF THE REGIME OF ORGANIZATION AND OPERATION OF THE COUNCIL. 3.1. Structure of the standard. 3.2. Content of Decree 56/2016. 3.2.1. Nature and legal regime. 3.2.2. Functions. 3.2.3. Composition and operation. 3.2.4. Free of charge. 3.2.5. Endowment of means. 3.2.6. Additional provision and final provisions. 4. OVERALL ASSESSMENT. | |
| MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA, The Law of the social economy of Galicia: special reference to the modification of Galician Law of cooperatives. | 433-441 |
| CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE LAW OF THE SOCIAL ECONOMY OF GALICIA. 3. THE MODIFICATION OF GALICIAN LAW OF COOPERATIVES. | |
| FILIFE ALMEIDA, FILIFE SANTOS, Portugal social inovation: at the crossroad of times. | 443-462 |
| CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. SOCIAL INNOVATION AND ENTREPRENEURSHIP. 2.1. A favorable context for Innovation and Social Entrepreneurship. 2.2. The origins of Social Entrepreneurship. 2.3. The national, European and global context for Social Investment. 3. THE PORTUGAL SOCIAL INNOVATION INITIATIVE. 3.1. Background and Objectives. 3.2. Intervention model. 3.3. The financing instruments. 3.3.1. Training for Social Investment. 3.3.2. Partnerships for Impact. 3.3.3. Social Impact Titles. 3.3.4. Fund for Social Innovation. 3.4. Activation of innovation and social investment. 4. CONCLUSION AND MAIN CHALLENGES. | |

IV BOOK REVIEWS

| | |
|---|---------|
| ANTONIO FICI (Coord.), <i>Diritto dell'economia sociale, Teorie, tendenze e prospettive italiane ed europee</i> , Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, by Tiago Pimenta Fernandes. | 465-469 |
| GEMMA FAJARDO (Dir.) and MARÍA JOSÉ SENENT (Coord.), <i>Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores</i> , Editorial Tirant Io Blanch, Valencia, 2016, by José David Ortega Rueda | 471-477 |
| ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ and JULIÁN VALERO TORRIJOS (Dirs.), <i>Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital</i> , Aranzadi, Cizur Menor, 2016, by Irene Escuin Ibañez | 479-485 |
| ANDREU MARTÍ, M. M. (Dir.). ESCUÍN IBÁÑEZ, I. and PASTOR DEL PINO, M. C. (Coords.), <i>El régimen jurídico de las sociedades laborales</i> , Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 329 pages, by Luz Sánchez García | 487-494 |

I DOCTRINA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 39 (2016-2017), páxs. 31-53
ISSN: 1130-2682

THE SOCIAL ENTERPRISE IN THE COOPERATIVE FORM

ANTONIO FICI*

Recepción: 31/07/2017 - Aceptación: 25/09/2017

* Associate Professor of Private Law at the University of Molise (Italy) and Senior Research Fellow at EURICSE – European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises. Email: antonio.fici@unimol.it.

ABSTRACT

Notwithstanding its historical roots, the cooperative is a legal form of organization increasingly used by legislators to house the phenomenon of the “social enterprise”. Although a universally-recognized concept of social enterprise does not yet exist, researchers and legislators are converging upon some indicators or legal requirements that identify this particular type of business organization. These indicators or legal requirements are in principle compatible with any legal form of an entity’s incorporation, including the shareholder company and the cooperative ones. There are, however, several reasons why the cooperative may be considered the legal form more suitable for social enterprises. This article first illustrates the concept and characteristics of a social enterprise according to the relevant legislation in Europe. It then presents and compares the different models of legislation on social enterprise that may be found in Europe and emphasizes the primacy of the cooperative legal form for social enterprises. Conclusions concern the consequences of the preceding analysis in terms of cooperative legal theory.

KEY WORDS: social enterprise, cooperative, law.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE LEGAL IDENTITY OF SOCIAL ENTERPRISES. 2.1. The social enterprise as a legal entity established under private law and independent of the state and other public administrations, but subject to external control. 2.2. The pursuit of an exclusive or at least prevalent purpose of community or general interest. 2.3. The total or partial constraint on profit distribution, and the obligations regarding the allocation of profits and assets. 2.4. The conduct of a socially useful entrepreneurial activity. 2.5. Obligations concerning governance. 3. MODELS OF LEGISLATION ON SOCIAL ENTERPRISE. 3.1. The social enterprise as a specific legal form of incorporation. 3.2. The social enterprise as a legal qualification (or status). 4. WHAT IS THE PROPER LEGAL FORM FOR SOCIAL ENTERPRISES? 4.1. The social enterprise in the cooperative form. 4.2. The social enterprise in the company form. 5. CONCLUSIONS. 6. BIBLIOGRAPHY.

1 INTRODUCTION

Notwithstanding its historical roots, the cooperative is a legal form of organization increasingly used by legislators to house the phenomenon of the “social enterprise” (SE).

Yet, a universally-recognized concept of SE does not exist, nor is it foreseeable that it will emerge in the near future. However, as this article points out, researchers and legislators are converging upon some indicators or legal requirements that identify SEs and distinguish them from ordinary business organizations or other phenomena that combine the economic and the social dimensions in a different manner and for different purposes (such as, for example, corporate social responsibility). As a result, a distinct identity of SEs is quickly developing both in legal and socio-economic research and in the law.

The indicators or legal requirements for the qualification of an organization as an SE are in principle compatible with any legal form of an entity’s incorporation, including the shareholder company and the cooperative forms. This is demonstrated by the increasing number of jurisdictions that regard SE as a legal category including (or, which is substantially the same, as a legal status or qualification attributable to) entities established in different legal forms. There are, however, several reasons why the cooperative legal form may be considered the most suitable for SEs. It is therefore the legal form that legislators should not only consider, but also promote when legislating upon SE.

This article is organized as follows. Section 2 illustrates the concept and characteristics of an SE as delineated by the current legislation in Europe. Section 3 presents and compares the different models of legislation on SE that may be found in Europe. Section 4 discusses the role of cooperatives in this legislation and ex-

plains why the cooperative legal form is the most suitable for SEs. Conclusions reflect upon the consequences of the preceding analysis in terms of cooperative legal theory.

2 THE LEGAL IDENTITY OF SOCIAL ENTERPRISES

In socio-economic research, many attempts have been made to define the piece of organizational reality that the concept of SE should isolate and evoke. One of the most influential, especially at the European level, is that of EMES, which identifies nine indicators, falling into three subsets, to describe the “ideal-type” of SE. These indicators depict an organizational form with three combined dimensions: an entrepreneurial dimension, which connotes its activity; a social dimension, which qualifies its purpose; and a participatory dimension, which characterizes its governance¹.

An operational definition, which draws upon EMES’ previous work, is that offered by the European Commission in the Communication “Social Business Initiative” of October 2011, according to which “a social enterprise is an operator in the social economy whose main objective is to have a social impact rather than make a profit for their owners or shareholders. It operates by providing goods and services for the market in an entrepreneurial and innovative fashion and uses its profits primarily to achieve social objectives. It is managed in an open and responsible manner and, in particular, involve employees, consumers and stakeholders affected by its commercial activities”².

¹ These subsets and indicators are: 1) Economic and entrepreneurial dimensions of SEs, which comprises: a) a continuous activity producing goods and/or selling services; b) a significant level of economic risk; c) a minimum amount of paid work; 2) Social dimensions of SEs, which comprises: d) an explicit aim to benefit the community; e) an initiative launched by a group of citizens or civil society organisations; f) a limited profit distribution; 3) Participatory governance of SEs, which comprises: g) a high degree of autonomy; h) a decision-making power not based on capital ownership; i) a participatory nature, which involves various parties affected by the activity. See Defourny & Nyssens, ‘The EMES Approach of Social Enterprise in a Comparative Perspective’ (2012), EMES Working Papers Series no. 12/03. EMES is a formal, non-profit association incorporated under Belgian law, composed of research centres and individual researchers. Its conception of an SE has been reshaped over time. Cf., initially, Defourny, *From Third Sector to Social Enterprise*, in Borzaga & Defourny (eds.), *The Emergence of Social Enterprise*, 1 ff. (London and New York, Routledge, 2001).

² Cf. COM(2011) 682 final, of 25 October 2011, *Social Business Initiative. Creating a favourable climate for social enterprises, key stakeholders in the social economy and innovation*, 2. The EC goes on to specify the types of business covered by the term “social enterprise”, namely: “• those for which the social or societal objective of the common good is the reason for the commercial activity, often in the form of a high level of social innovation, • those where profits are mainly reinvested with a view to achieving this social objective, • and where the method of organisation or ownership system reflects their mission, using democratic or participatory principles or focusing on social justice. Thus: • businesses providing social services and/or goods and services to vulnerable persons (access to housing, health care, assistance for elderly or disabled persons, inclusion of vulnerable groups, child

Yet, anyone who wishes to know what an SE is, cannot now avoid taking into primary consideration the *ad hoc* legislation on SE existing in an increasing number of jurisdictions in the world. In the European Union alone, at least 18 countries have specific laws dedicated to SEs, which depending on the model of legislation adopted – as we shall clarify in section 3 – include laws on social enterprise and laws on social (purpose) cooperatives or social (purpose) companies. Notwithstanding the still perceivable differences across jurisdictions, this tailor-made legislation shapes a common identity of SEs founded on all the requirements described below.

2.1. The social enterprise as a legal entity established under private law and independent of the state and other public administrations, but subject to external control

SEs are almost everywhere legal entities (or legal persons). Natural persons (*i.e.* individuals) may not, *per se*, qualify as SEs. This is the implied result of the law providing for legal entities as the legitimate applicants for qualification or the effect of explicit legal prohibition, as in the case of sec. 4(2) of Danish Law no. 711/2014 on SE. Yet, exceptions may be found in Finland and in Slovakia, where also an individual entrepreneur (or sole proprietor) may acquire the SE status³.

To qualify as SEs, legal entities must be private, both in the sense that they must be entities regulated by private law and in the sense that they must not be controlled by public entities. For example, Italian Law no. 155/2006 on SE explicitly states that public administrations may not acquire the SE status (art. 1, par. 2). It permits public administrations to become members of an SE, but at the same time refuses the SE status to organizations directed and controlled by a public administration (art. 4, par. 3). Similar restrictions may be found in Slovenian Law no. 20/2011 on SE (art. 9, par. 2) and in Danish Law no. 711/2014 on SE (sect. 5(1) no. 3), among others.

Nevertheless, no SE legislation would be adequate without an effective system of public enforcement and, in particular, of protection of the SE legal form or qualification. This is also considering that existing laws protect, in the interest of SEs, the legal denomination of SE, by reserving the exclusive right to use the

care, access to employment and training, dependency management, etc.); and/or • businesses with a method of production of goods or services with a social objective (social and professional integration via access to employment for people disadvantaged in particular by insufficient qualifications or social or professional problems leading to exclusion and marginalisation) but whose activity may be outside the realm of the provision of social goods or services” (ivi at 2 f.).

³ See sect. 4(1), Finnish Law no. 1351/2003 on SE, allowing the registration as SEs of all traders, including individuals, registered under sect. 3, Law no. 129/1979, and art. 50b, par. 1, Slovak Law no. 5/2004 on WISE.

name “social enterprise” for entities that are established and operate in accordance with the relevant regulations⁴.

External control of SEs may be exercised *ex ante*, before registering SEs or before issuing a certificate that declares the possession of the status⁵, and/or *in itinere*, during the existence of an SE, as well as upon dissolution. Existing laws provide for all these types of public control and define times, forms and procedures thereof.

The public institution in charge of the enforcement and control of the SE form or status varies across jurisdictions⁶. In some countries, the control of SEs may be delegated by the state to secondary organizations composed of SEs⁷.

Sanctions also differ depending on the model of SE legislation. When the SE is a qualification or status, the ordinary sanctions are removal from the register of SEs or revocation of the SE certification, upon prior injunction to regularize irregularities⁸. When the SE is a legal form of incorporation, the ordinary final sanction is dissolution by order of the authority. In any event, the law prescribes the disinterested devolution of an SE’s residual assets at the loss of the SE status or at the entity’s dissolution, as the case may be⁹. Fines for improper use of the SE legal denomination and other violations are also found in some laws¹⁰.

⁴ Cf., e.g., art. 9, par. 1, Luxembourgian Law of 12 December 2016 on SE; chap. 1, sections 1 and 3, Danish Law no. 711/2014; art. 7, par. 3, Italian Legislative Decree no. 155/2006; art. 667, Belgian Company Code on social purpose company; sect. 2, par. 2, Finnish Law no. 1351/2003; art. 18, par. 3, Slovenian Law no. 20/2011 on SE; art. 759, Czech Law no. 90/2012 on social cooperative. The relevant laws, on the other hand, typically obligate SEs to include this formula in their actual denominations: cf., e.g., art. 1, par. 3, Italian Law no. 381/91 on social cooperatives; art. 7, par. 1, Italian Legislative Decree no. 155/2006; art. 106, par. 4, Spanish Law no. 27/1999 on social initiative cooperatives; art. 662, Belgian Company Code; art. 18, par. 1 and 2, Slovenian Law no. 20/2011; sections 32(1) and 33, English Companies Act of 2004; art. 3, Polish Law of 2006 on social cooperatives.

⁵ Existing laws, in fact, provide for registers or certificates specifically dedicated to SEs. Cf., e.g., sect. 4, Finnish Law no. 1351/2003; art. 3, par. 2, Italian Law no. 381/91; art. 5, par. 2, Italian Legislative Decree no. 155/2006; art. 2, par. 1, Finnish Law no. 1351/2003; articles 10 and 12, Lithuanian Law no. IX-2251 on WISE; sections 33 and 36(8), English Companies Act of 2004; art. 42, Slovenian Law no. 20/2011; chap. 2, sect. 6, Danish Law no. 711/2014.

⁶ The Ministry of Labor in Finland; the Ministry of Labor and Social Policy in Italy; the Business Authority in Denmark; the Ministry of Labor, Family and Social Protection in Romania; the Ministry in charge of the social and solidarity economy in Luxembourg; etc.

⁷ This is the case, for example, of Italian social cooperatives.

⁸ Cf., for example, art. 8, Spanish Law no. 44/2007 on integration enterprises; art. 5, par. 1, Luxembourgian Law of 12 December 2016; sect. 7, Finnish Law no. 1351/2003; art. 11, Lithuanian Law no. IX-2251; art. 16, par. 4, Italian Legislative Decree no. 155/2006.

⁹ Cf., among others, art. 11, Luxembourgian Law of 12 December 2016; art. 8, par. 4, lit. c), Romanian Law no. 219/2015. In Polish Law of 27 April 2006 (art. 19), 20% of the assets can be divided among members.

¹⁰ Cf. chap. 7, Danish Law no. 711/2014; art. 29 ff., Romanian Law no. 219/2015.

2.2. The pursuit of an exclusive or at least prevalent purpose of community or general interest

The pursuit of a purpose of general or community interest (or similar formulas, like social purpose) typifies SEs according to the existing legislation and contributes to their distinction from other types of entities, notably for-profit entities, like (ordinary) companies, and mutual entities, like (ordinary) cooperatives¹¹.

The institutional purpose affects directors' decisions and discretionary power. Directors, in fact, are obligated to fulfil the entity's stated objectives. For this reason it is important that the social nature of an SE's purpose be explicitly stipulated by law as the exclusive (or at least the principal) objective of an SE, as in fact happens in many EU laws. For example, Italian Law no. 381/91 on social cooperatives (SCs) stipulates that "social cooperatives aim to pursue the general interest of the community in the human promotion and social integration of citizens" (art. 1, par. 1). Another example is that Danish Law no. 711/2014 (sect. 5(1) no. 1) requires an organization to have a social purpose in order to register as an SE. Furthermore, acting in the social or the general interest of the community is necessary for a Romanian entity to be granted the certificate of SE (art. 8, par. 4, lit. a, of Law no. 219/2015).

In some instances, the law connects the pursuit of the typical purpose directly to the activity performed. For example, a Belgian Social Purpose Company's (SPC) by-laws "define precisely the social purpose to which the activities referred to in the stated social object are devoted" (art. 661, par. 1, no. 2, Company Code). As regards British Community Interest Companies (CIC), sect. 35(3) of the Companies Act of 2004 provides that "an object stated in the memorandum of a company is a community interest object of the company if a reasonable person might consider that the carrying on of activities by the company in furtherance of the object is for the benefit of the community". French social initiative cooperatives (SCICs) "have as their object the production or supply of goods and services of collective interest, which are of socially useful character" (art. 19-*quinquies*, par. 2, Law no. 47-1775)¹².

¹¹ "Ordinary" in brackets is intended to distinguish these companies and cooperatives from community interest companies (CICs) and social cooperatives (SCs) or, more in general, companies and cooperatives with the status of SEs. See *infra* sect. 3.

¹² See also art. 2, par. 3, Polish Law of 27 April 2006; articles 3 and 4, Slovenian Law no. 20/2011; and art. 762, Czech Law no. 90/2012, among others.

2.3. The total or partial constraint on profit distribution, and the obligations regarding the allocation of profits and assets

According to existing legislation, SEs face specific limits on the distribution of profits generated by their businesses to shareholders, members, and other persons (“profit non-distribution constraint”)¹³. More precisely, in several cases SEs are explicitly obligated by law to use possible profits either exclusively or prevalently for the pursuit of their social purpose¹⁴. This “asset lock” entails the prohibition of an SE from using profits for different goals – including wealth maximization of founders, members, shareholders, directors, employees, etc. – at any stage of its life, including dissolution, and in case of loss of the SE qualification.

With this provision, existing legislation seeks to secure the institutional mission of an SE, so that the profit motive does not permeate the business and assets are used for the benefit of the community rather than for the benefit of members, employees, directors, etc.

In order to be effective, the non-distribution constraint should cover a number of potential circumstances, notably the payment of periodic dividends, the distribution of accumulated reserves, the devolution of residual assets at the entity’s dissolution¹⁵, the SE’s transformation into another type of organization, if permitted by law, and the loss of the SE status¹⁶. In effect, many laws opportunely specify the constraint in this manner.

The non-distribution constraint could also be indirectly violated by means of acts that are particularly favourable, without reason, to those who cannot be advantaged by an SE, such as the payment of unjustifiable, above-market remunerations to employees or directors (“indirect distribution of profits”). Indeed, there are some laws that explicitly prohibit such acts in order to protect the profit non-distribution constraint or reinforce the rules on profit allocation¹⁷.

¹³ Apparently, the only exceptions are represented by Finnish Law no. 1351/2003 and Lithuanian Law no. IX-2251, with respect to which one must ask whether the stated purposes of SEs are in these jurisdictions per se sufficient for preventing an unlimited distribution of profits.

¹⁴ Cf., among others, art. 3, Italian Legislative Decree no. 155/2006; at least 90 % in art. 8, par. 4, lit. b), Romanian Law no. 219/2015.

¹⁵ In this last respect, cf. art. 13, par. 3, Italian Legislative Decree no. 155/2006; art. 661, par. 1, no. 9, Belgian Company Code; sect. 31, English Companies Act of 2004 and sect. 23, CIC Regulations of 2005; art. 8, Portuguese Law-Decree no. 7/98 on social solidarity cooperatives; art. 28, Slovenian Law no. 20/2011. A limited percentage (not more than 20% of residual assets) may be distributed to the members of Polish social cooperatives (cf. art. 19, Law 27 April 2006).

¹⁶ In this last regard, cf., for example, art. 663, Belgian Company Code; art. 16, par. 4, which refers to art. 13, par. 3, Italian Legislative Decree no. 155/2006.

¹⁷ Cf. art. 3, Italian Legislative Decree no. 155/2006; art. 11, paragraphs 2 and 3, Slovenian Law no. 20/2011; chap. 3, sect. 9, Danish Law no. 711/2014; Art. L3332-17-1, I, 3°, of the French Labour Code. To “indirect financial benefits” refers, yet more broadly, the Belgian Company Code in regulating

More precisely, there are laws that fully prohibit profit distribution¹⁸, and laws that authorize a limited distribution of profits (these are the majority and the most recent laws)¹⁹.

2.4. The conduct of a socially useful entrepreneurial activity

Another essential element of the SE legal identity is the performance of a socially useful enterprise. The entrepreneurial character of the activity conducted distinguishes SEs from more traditional non-profit organizations, which pursue the same objectives as the SE but through activities of a distributive and non-commercial nature, and are therefore also known as donative non-profits²⁰. Indeed, existing laws explicitly require an SE to perform its activities in an entrepreneurial form and in certain cases dwell upon the characteristics that an activity must possess to be considered entrepreneurial²¹.

Social Purpose Companies (art. 661, par. 1, no. 2). Art. 5, par. 1, Luxembourgian Law of 12 December 2016, prohibits worker remuneration higher than six times the amount of the minimum social wage.

¹⁸ Cf. art. 3, Italian Legislative Decree no. 155/2006. The prohibition is total also for Portuguese social cooperatives (cf. articles 2, par. 1, and 7, Law-Decree no. 7/98), for Spanish social cooperatives (cf. art. 106, par. 1, Law no. 27/1999, to be read in conjunction with the Disposición adicional primera of the same Law, on the qualification of cooperatives as entities without a profit purpose), for Polish social cooperatives (art. 10, par. 2, Law 27 April 2006); for Hungarian social cooperatives registered as public utility organizations (sect. 59(3), Law no. X-2006).

¹⁹ Sect. 30, English Companies Act of 2004, gives the CIC Regulator the power to set limits on the distribution of assets to a CIC's shareholders. Since 1 October 2014, the limit that the Regulator has imposed is 35% of annual net profits (the issue concerns only CICs that are companies limited by shares, since those limited by guarantee have no shareholders to pay dividends). This limit is named "maximum aggregate dividend cap". On the other hand, the "dividend per share cap", previously provided for (and equal to 20% of a shareholder's paid-up capital), has been removed. Furthermore, it must be noted that this limit applies only to dividends paid to entities that are not asset-locked bodies, because destinations to asset-locked bodies are not subject to any limits if approved by the Regulator: cf. Office of the Regulator of CICs: Information and Guidance Notes (no. 51) 6 f. The prohibition is partial also for Danish SEs (see chap. 2, sect. 5(2), Danish Law no. 711/2014), French SCICs (see art. 19-nonies, Law no. 47-1775), Belgian SFSs (see art. 661, par. 1, no. 5, Company Code), Italian SCs (see art. 3, Law no. 381/91, to be read in conjunction with art. 2514 of the Civil Code), Slovenian SEs (see art. 11, par. 2, Law no. 20/2011), and Spanish integration enterprises (Law no. 44/2007); among many others. In Luxembourgian Law of 12 December 2016 a distinction appears between "impact shares" and "investment shares": while no remuneration is admitted for the former, the latter may be remunerated under certain conditions (see articles 4 and 7).

²⁰ North American scholarship speaks of donative non-profits, to be distinguished from commercial non-profits: cf. first, Hansmann, *The Role of Nonprofit Enterprise*, in 89 *Yale Law Journal* 840 f. (1980), according to which, donative non-profits are those that "receive most or all of their income in the form of grants or donations", whereas commercial non-profits are those that "receive the bulk of their income from prices charged for their service".

²¹ For example, to produce goods and services on a commercial principle is one condition for the registration of Finnish SEs in the respective register (see sect. 4, par. 1, no. 2, Law no. 1351/2003);

Secondly, the business activity of SEs must be beneficial to the society or the community. In this regard, two general approaches are found.

There are laws that recognize SEs only as work integration SEs (WISEs). In this case, it is not the type of business but work integration of people with difficulty accessing the labour market that makes the enterprise socially useful. The law therefore prescribes that, regardless of the nature of the business, WISEs must employ a certain minimum percentage of disadvantaged people or workers²².

In contrast, there are laws that afford a twofold possibility: The SE is identified either by the performance of an activity considered socially useful by law (health care, social assistance, social housing, etc.), or by the work integration of disadvantaged people or workers in any activity (even not socially useful *per se*). Following the Italian example, it is very common in Europe to use the expression “social enterprise of type A” to refer to an SE that produces socially useful goods or services and “social enterprise of type B” to refer to a WISE²³.

Laws that provide only for SEs of type A are rarer²⁴.

Italian SEs of Legislative Decree no. 155/2006 must carry on a stable economy activity of production of goods or services of social utility.

²² European laws on WISEs, indeed, fix a minimum percentage of disadvantaged people or workers (this percentage is, for example, 30% in Italian, Finnish and Romanian laws, as well as in Spanish Law no. 44/2007; 40% in Lithuanian law; 70% in Spanish Royal Legislative Decree no. 1/2013) and therefore do not require all employees of the SE to be disadvantaged people or workers. Another issue is the definition of the disadvantaged people or workers to be integrated by a WISE. Here, again, the situation is varied depending on the jurisdiction. For example, Finnish Law no. 1351/2003 (sect. 1) provides for the work integration of the disabled – understood as “employees whose potential for gaining suitable work, retaining their job or advancing in work have diminished significantly due to an appropriately diagnosed injury, illness or disability” – and the long-term unemployed, identified by reference to another national law. Also Lithuanian Law no. IX-2251 (sect. 4) assumes the disabled (which it divides into various groups, depending on the measure of invalidity) and the long-term unemployed as target groups for SEs. Italian SEs must employ either disadvantaged workers, identified by reference to art. 2, par. 1, lit. f), i), ix) e x), EU regulation no. 2204/2002, or disabled persons, identified by reference to art. 2, par. 1, lit. g), of the same regulation (this regulation has been replaced by EU regulation no. 651/2014 of 17 June 2014).

²³ In Italian law this model of legislation addresses both SCs (cf. art. 1, par. 1, lit. a) and lit. b), Law no. 381/91) and SEs (cf. art. 2, Legislative Decree no. 155/2006); along the same lines, among many others, Spanish SCs (cf. art. 106, par. 1, Law no. 27/1999), Portuguese SCs (with less clarity, however: cf. art. 2, par. 1, Law-Decree no. 7/98), Slovenian SEs (cf. arts. 5, 6, and 8, par. 2, Law no. 20/2011) and Romanian SEs (chapters II and III, Romanian Law no. 219/2015).

²⁴ The French SCIC’s object may be “la production ou la fourniture de biens et de services d’intérêt collectif, qui présentent un caractère d’utilité sociale”; therefore, unless one considers the work integration of disadvantaged people or workers (art. 19-quinquies, par. 2, Law no. 47-1775) to follow this definition, the SCIC does not seem eligible for this last specific purpose. However, the recent French law on social and solidarity economy (Law no. 2014-856) contains a general provision in art. 2, no. 1, which, if held applicable to SCICs, regardless of their specific legal regime, would allow them to take on the role of WISEs.

With regard to SEs of type A, it is also worth distinguishing between laws that define and enumerate the socially useful activities (welfare services, health care, etc.) that an SE must carry out²⁵, and laws, such as the UK law on CICs, that provide a general clause for the identification of the admissible activities²⁶. An CIC must satisfy a “community interest test”, i.e., it must demonstrate to the CIC Regulator that “a reasonable person might consider that its activities are being carried on for the benefit of the community” (including a section of the community, which could also be constituted by a group of individuals with common characteristics)²⁷. It is also interesting to observe that in the UK law on CICs (as well as in some other laws) the destination of profits (whatever the business that generates them) to social or community purposes (e.g., to support a charity) is an activity that passes the “community interest test”²⁸.

With regard to SEs of type B or WISEs, one must distinguish between laws, such as the Italian ones on SCs and SEs and the Finnish one on SEs, that do not require (though they permit) disadvantaged people or workers to be (in addition to workers) members of the SE²⁹, and laws that, instead, conceive of WISEs strictly as worker cooperatives, so that the disadvantaged people or workers must also be members of the SE (although other categories of members are admissible, given that only minimum percentages of disadvantaged worker-members are prescribed by law)³⁰.

²⁵ Art. 2, par. 1, Italian Legislative Decree no. 155/2006, which contains a very long list of activities, could be even further expanded through the inclusion of additional activities, such as fair trade, employment services aimed at integrating disadvantaged workers, social housing and micro-credit, when the reform of the third sector is approved. Cf. also art. 5, Slovenian Law no. 20/2011.

²⁶ Two general clauses for the identification of the activity of the sociétés d’impact sociétal may also be found in the recent Luxembourgian Law of 12 December 2016 (see art. 1, par. 2).

²⁷ Cf. sect. 35, Companies Act of 2004, sect. 3 ff., Community Interest Company Regulations of 2005, and sect. 4, Community Interest Company (Amendment) Regulations of 2009; see also art. 661, par. 1, no. 2, Belgian Company Code; along the same lines, art. 2, French Law no. 2014-856.

²⁸ The English legislation on CICs, in fact, does not limit the distribution of an CIC’s profits to asset-locked bodies, like charities; thus, the community interest test may be satisfied by proving that the allocation of profit generated by the SE to a charity is, reasonably (albeit indirectly, as it must filter through the activity of the charity funded by the CIC), beneficial to the community. In this latter case, therefore, it is not the SE’s economic activity per se that is social, but the destination of the profits that the SE is able to produce through any economic activity. Cf., among others, also chap. 2, sect. 5(1)(c), Danish Law no. 711/2014, which permits donations to charitable organizations.

²⁹ Cf., for example, art. 4, par. 2, Italian Law no. 381/91; art. 2, par. 4, Italian Legislative Decree no. 155/2006; articles 1, 4, par. 3, and 5, Finnish Law no. 1351/2003.

³⁰ Among the possible examples, Polish SCs, in light of the provisions in articles 2 and 5 of their instituting law, and Hungarian SCs, by reason of the provisions in sect. 8 of the Hungarian Law on cooperatives.

2.5. Obligations concerning governance

The governance of an SE is influenced by the model of SE legislation that is in force in a given jurisdiction. For cases in which the SE is a particular type of company (e.g., a CIC) or a particular type of cooperative (e.g., an SC), its governance features are in general those of a company and of a cooperative, respectively³¹. In contrast, for cases in which the SE is a particular legal qualification or status, its governance features vary according to the legal form in which the organization has been established (association, foundation, company, cooperative, etc.). This distinction between models of legislation on SE will be presented and discussed in the next section of this article.

Yet, whichever the model of SE legislation and whatever the legal form of the SE, there are certain governance requirements that SE laws usually impose on all SEs, consistent with the latter's role and ultimate objectives.

Among these governance requirements is, notably, the obligation to issue a report on the activities carried out and the benefit delivered to the community, as well as on other related aspects, such as the involvement of stakeholders and the use of profits and assets. This report may have different denominations (social report, community interest report, etc.) and contents across jurisdictions, but it performs the same function everywhere, namely for the SE to showcase the excellent and diverse work that it does and for the authority in charge to oversee the social impact of the SE in an ongoing manner³².

Another legal requirement that is particularly worth mentioning is the obligation of SEs to involve their various stakeholders in the management of the enterprise. Normally, existing SE laws are not very precise in defining this requirement³³. This is not surprising, since the possible forms and modalities of stakeholder involvement depend on several circumstances, such as the type of SE

³¹ This is sometimes explicitly stated by the applicable law. Cf. for example, as regards SCs, art. 1, par. 2, Polish Law of 27 April 2006: "for any matter which is undefined by this law regulating social cooperatives, the cooperative law of 16 September 1982 shall apply".

³² Cf., among others, art. 5, lit. e), Spanish Law no. 44/2007; sect. 34, English Companies Act of 2004 and sect. 26 ff., Community Interest Company Regulations of 2005; art. 6, par. 2, Luxembourgian Law of 12 December 2016; art. 9, par. 1, lit. c), Romanian Law no. 219/2015; chap. 2, sect. 8, Danish Law no. 711/2014; art. 10, par. 2, Italian Legislative Decree no. 155/2006.

³³ Cf., for example, chap. 2, sect. 5(4), Danish Law no. 711/2014, according to which an SE must be inclusive and responsible in the conduct of its activities; art. 12, Italian Legislative Decree no. 155/2006, according to which an SE must involve workers and beneficiaries of the activity, and involvement is understood as "any mechanism, including information, consultation and participation, through which workers and beneficiaries of the activity may exercise an influence on decisions to be taken within the enterprise, at least on topics that may directly affect the working conditions and the quality of the goods and services produced or exchanged".

(whether type A or type B), the nature of the business conducted, the size of the SE, etc. This is the reason why SE laws resort to general provisions.

Yet another significant legal requirement concerns the legal and economic treatment of an SE's employees. There are SE laws that simply insist, with particular regard to the disadvantaged people or workers employed by a WISE³⁴, on a treatment that must not be less favorable than that of the employees of ordinary business enterprises³⁵. There are other laws that, for understandable equity and fairness reasons within an SE, lay down a limit on the variance of the salaries, such that it does not exceed a determined ratio³⁶.

3 MODELS OF LEGISLATION ON SOCIAL ENTERPRISE

Elsewhere I have already emphasized the fundamental role of *ad hoc* legislation on SE for the development of this particular type of business organization. The real issue, therefore, is not whether, but how SEs should be specifically regulated³⁷.

Specific laws on SEs began to appear in Europe in the 1990s. Indeed, Italian Law no. 381 of 1991 on SCs is often considered the cornerstone of this legislation³⁸. More than 25 years since Italian Law no. 381/1991 on SCs was approved,

³⁴ Cf. sect. 4, par. 1, no. 4, Finnish Law no. 1351/2003, according to which an SE “pays all its employees, irrespective of their productivity, the pay of an able-bodied person agreed in the collective agreement, and if no such agreement exists, customary and reasonable pay for the work done”; cf. also sect. 5, Lithuanian Law no. IX-2251. To be more precise, some laws, furthermore, explicitly obligate WISEs to provide personal and social services in favour of the disadvantaged people and workers that they employ: see, e.g., art. 4, par. 2, Spanish Law no. 44/2007; art. 43, par. 1 and 2, Spanish Royal Legislative Decree no. 1/2013 on special employment centres.

³⁵ Cf., for example, art. 14, par. 1, Italian Legislative Decree no. 155/2016.

³⁶ Cf. art. 8, par. 4, lit. d), Romanian Law no. 219/2015, according to which differences among salaries cannot exceed the ratio of 1:8. See also Art. L3332-17-1, I, 3°, of the French Labour Code.

³⁷ Cf. Fici, Recognition and Legal Forms of Social Enterprise in Europe: A Critical Analysis from a Comparative Law Perspective, 27(5) European Business Law Review, 2016, 639 ff.; and more recently Fici, A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise, Study for the Committee on Legal Affairs of the European Parliament, Brussels, 2017.

³⁸ In this sense, cf., among others, Defourny & Nyssens, ‘The EMES Approach of Social Enterprise in a Comparative Perspective’, cit., 3; Crama, Entreprises sociales. Comparaison des formes juridiques européennes, asiatiques et américaines (2014), Think Tank européen Pour la Solidarité – PLS, 17; Galera & Borzaga, Social Enterprise. An International Overview of Its Conceptual Evolution and Legal Implementation, in 5 Social Enterprise Journal 210 ff. (2009). However, although it cannot be denied that this law initiated a process that involved several EU Member States and, therefore, had a strong cultural impact even outside the borders of its application, it must be acknowledged that the UK's Industrial and Provident Societies Act (IPSA) of 1965 already provided for the establishment of a Community Benefit Society, that is, a company whose economic activity “is being, or is intended to be, conducted for the benefit of the community” (see sect. 1(2)(b) IPSA 1965, and now sect. 2(2)(a)(ii) of the Co-operative and Community Benefit Societies Act of 2014).

at least 18 EU Member States have specific organizational law on SE³⁹. The panorama is varied: Different models of SE regulation may be identified, and the legislation on SEs may be classified in several ways.

The most relevant criterion of classification of the existing laws on SE is that between

- (i) laws that recognize and establish the SE as a particular type (or sub-type) of legal entity, i.e., as a specific legal form of incorporation, and
- (ii) laws that recognize and establish the SE as a particular category (or qualification/status) of various entity types meeting some common requirements.

3.1. The social enterprise as a specific legal form of incorporation

Laws belonging to the first typology represent the first wave or generation of laws on SE. They provide a specific legal form of incorporation for SEs, which is distinct from all the other legal forms. More precisely, the specific legal form found across EU jurisdictions is either a particular type (or, if one prefers, a modified type or sub-type) of cooperative or a particular type (or, if one prefers, a modified type or sub-type) of company.

Under these laws, therefore, an organization incorporates (or re-incorporates) as an SE. The SE may have different legal denominations across jurisdictions, depending on the legal structure of incorporation. The social cooperative (SC), and similar legal denominations, such as collective interest cooperatives and social solidarity cooperatives, which are provided for in many jurisdictions (France, Italy, Poland, Portugal, Spain, etc.), and the UK community interest company (CIC) are the most prominent examples of this sort of legislation.

While seeking to identify the most suitable legal framework for SEs under this model of legislation, one should therefore ask which legal form suits SE best, whether the cooperative form or the company form.

3.2. The social enterprise as a legal qualification (or status)

Laws belonging to the second typology, instead, identify a particular category of entities – that of “SEs” – by some common requirements. Under these laws, an organization qualifies (and disqualifies) as an SE, and the term “SE” is, therefore, a legal qualification (or legal status). Hence, in principle, in each jurisdiction, this category may comprise entities incorporated under various legal forms (of a company, a cooperative, an association, a foundation, etc., depending on the jurisdiction), provided they meet the relevant legal requirements. This sort of legislation may be found in many Member States, such as Denmark, Finland, Italy, Romania.

³⁹ Cf. Fici, A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise, for a list of these laws.

The laws that provide a specific legal qualification (or status, certification, etc.) for SEs represent the second wave or generation of laws on the SE. As already observed, these laws do not consider the SE as a particular legal form of incorporation, but as a legal qualification that may be acquired by entities complying with certain requirements, regardless of the legal form in which they have been incorporated. More precisely, in some jurisdictions, like Finland and Italy, the law stipulates that all the available legal forms are eligible by an organization in order to qualify as an SE, while in other jurisdictions, like Belgium and Luxembourg, the law restricts the SE qualification to entities incorporated as companies or as cooperatives⁴⁰.

This model of legislation is increasingly being praised by legal scholars⁴¹ and appears as the new frontier of SE regulation. In fact, the most recent national laws (or rules) on SE are laws (or rules) providing for the SE as a legal qualification, certification or status. The SE is a legal qualification in Romanian Law of 23 July 2015 and Luxembourgian Law of 12 December 2016. Moreover, some countries, like France and Italy, which already had a law on SCs, subsequently decided to introduce laws (or rules) of this second type⁴².

In effect, there are some advantages that may be ascribed to this model of legislation in comparison to the preceding one. It permits an existing organization to become an SE without having to re-incorporate as an SE, and an existing SE to lose its status as an SE without having to dissolve, convert into, or re-incorporate in another legal form, thereby reducing costs and facilitating access to (and exit

⁴⁰ In Belgium, the *société à finalité sociale* (social purpose society, or SFS) is a legal denomination that all the types of companies provided for by art. 2, par. 2, of the Belgian Company Code of 1999 – namely, the *société en nom collectif*; the *société en commandite simple*; the *société privée à responsabilité limitée*; the *société coopérative, à responsabilité limitée, ou à responsabilité illimitée*; the *société anonyme*; the *société en commandite par actions*; the *groupement d'intérêt économique* – may acquire if they meet the relevant requirements (see art. 661, Company Code). Along the same lines, the qualification as an integration enterprise under Spanish Law no. 44/2007 is limited to those enterprises with the legal form of a *sociedad mercantil* or a *sociedad cooperativa* (art. 4, par. 1). Also in the recent Luxembourgian Law of 12 December 2016, only the *société anonyme*, the *société à responsabilité limitée* and the *société coopérative* may obtain the qualification as social impact societies (SISs). In contrast, the possibility exists that legislators permit even an individual entrepreneur to acquire the status of an SE, as happens in Finland, where Law no. 1351/2003 allows the registration as SEs of all traders, including individuals, registered under sect. 3 of Law no. 129/1979, and in Slovakia, where art. 50b, par. 1, of Law no. 5/2004, makes reference, in defining an SE, to both legal and physical persons.

⁴¹ Cf., in particular, Sørensen & Neville, *Social Enterprises: How Should Company Law Balance Flexibility and Credibility?*, in 15 *European Business Organization Law Review*, 267 ff. (2014).

⁴² None of these countries, however, has repealed the existing laws on SCs. In Italy, Legislative Decree no. 155/2006 on SE permits SCs of Law no. 381/91 to acquire the qualification as SEs. In the Italian delegation law of 2016 on the reform of the Third Sector, SCs are considered SEs *opé legis*.

from) the SE legal denomination⁴³. This holds particularly true for an organization established in a legal form (for example, association or foundation) different from that usually chosen by legislatures, following the first model of SE legislation, to accommodate the SE, i.e., of company or cooperative. Imposing sanctions may be simpler for the authority enforcing the SE status (and less onerous for the same organization), because it may suffice to revoke the qualification of SE (or threaten to revoke it if irregularities are not removed), instead of dissolving or converting a legal entity⁴⁴.

However, the most considerable advantage that this model of legislation carries with it is that it allows an SE to choose the legal form under which it prefers to conduct its business, without imposing the cooperative form or the company form (or another specific legal form), as happens when a jurisdiction decides to adopt the first model of legislation on SE. The plurality of the available legal forms permits an SE to shape its structure in the most suitable manner, according to the circumstances (e.g., the nature of the founders or members: workers, investors, first-degree SEs, etc.), the (cultural, historical, etc.) tradition where it has its roots (e.g., of associations or cooperatives), or the type of business to conduct (e.g., labour-intensive or capital-intensive).

On the other hand, inasmuch as the law imposes certain requirements on all SEs (or rather, on all organizations that wish to qualify as SEs and maintain this qualification over time), independently from their legal form of incorporation, this model of legislation ensures, in any event, that all SEs have a common identity as SEs⁴⁵. Moreover, with regard to an entity's identity as an SE, there is no evidence that the laws attributable to this second model of SE legislation are, in general, less strict than those attributable to the previous one. At the same time, this model of legislation allows legislators to organize and combine the legal requirements for SE qualification in different manners depending on the legal form of the SE, thus avoiding rigidity of the SE status⁴⁶.

This model of legislation resolves the dilemma between the company form and the cooperative form, which the previous model of SE legislation inevitably

⁴³ Cf. Sørensen & Neville, *Social Enterprises: How Should Company Law Balance Flexibility and Credibility?*, cit., 284.

⁴⁴ Cf. Sørensen & Neville, *Social Enterprises: How Should Company Law Balance Flexibility and Credibility?*, cit., 284 f.

⁴⁵ Moreover, nothing prevents legislators from providing different treatment for SEs established in different forms; for example, to favor, under tax law or policy measures, an SE in the cooperative form, in consideration of its democratic nature as compared to an SE in the company form.

⁴⁶ For example, the democratic and participatory character of an SE in the cooperative form permits relaxation of the profit distribution constraint requirement, while the non-democratic character of an SE in the company form imposes rigidity as regards profit distribution, as well as specific measures to ensure stakeholders' involvement.

poses⁴⁷. In addition, in some jurisdictions (e.g. Finland and Italy), it also permits SEs to assume the form of an association or a foundation, thereby taking advantage of the benefits that each of these legal forms is capable of conferring⁴⁸.

4 WHAT IS THE PROPER LEGAL FORM FOR SOCIAL ENTERPRISES?

The question of whether the cooperative form should be preferred over the (capitalistic) company form when the regulation of SEs is in discussion arises regardless of the model of legislation on SE adopted, although, of course, the question is more relevant when a legislator, under the first model of legislation, has to decide the legal form of an SE incorporation. In fact, even under the second model of legislation presented above, the SE in the cooperative form might receive preferential legal treatment as compared to the SE incorporated under another legal form, notably the company form.

The following subsections of this article explain why the cooperative form suits SEs more and better than the (capitalistic) company form, and should be, therefore, preferred or at least privileged by legislators dealing with SEs.

4.1. The social enterprise in the cooperative form

As stated, beginning with Italy in 1991, many EU jurisdictions have provided for the establishment of SEs in the cooperative form, in which case they assume the legal denomination of “social cooperatives” or similar (e.g., “social initiative cooperatives”).

Why is the SE conceived of by legislatures as a modified form of cooperative? Why is the cooperative form considered to be the appropriate “legal dress” for the phenomenon of the SE?

The answer lies in the fact that, notwithstanding its particular purpose, the SC remains, at its core, a cooperative, from which it borrows the general structure of internal governance and other peculiar attributes that are consistent with an SE’s nature and objectives.

The SC is, in fact, a cooperative with a non-mutual purpose, because – as, for example, Italian Law no. 381/91 literally states – it has the “aim to pursue the general interest of the community in the human promotion and social integration of

⁴⁷ This does not mean, however, that the SE in the company form does not require specific rules also under this model of legislation, in order to make it (more) consistent with an SE’s identity, as we will clarify *infra* in the main text.

⁴⁸ In particular, further legal research on SE should evaluate the use of the foundation form for SEs, also in light of the positive effects on business performance that recent, influential research has ascribed to foundations: cf. Hansmann & Thomsen, ‘Managerial Distance and Virtual Ownership: The Governance of Industrial Foundations’ (2013), ECGI Working Paper Series in Finance, no. 372/2013.

citizens”, either through the management of socio-health or educational services (so called SCs of type A) or through the conduct of any entrepreneurial activity through the employment of disadvantaged people (so called SCs of type B)⁴⁹.

If, then, an SC’s “soul” is that typical of an SE, its “body” remains that of a cooperative. Consequently, beyond the distinctive traits common to all SEs (including, in particular, the total or partial profit non-distribution constraint and the disinterested devolution of remaining assets upon dissolution), the SE in the cooperative form manifests itself as:

- a democratic SE (since cooperatives are, in principle, managed according to the “one member, one vote” rule, regardless of the individually paid-up capital; this is also the primary reason why it is commonly stated that, in cooperatives, the capital plays a purely “servant” role, the organization being person-centred rather than capital-centred);
- potentially open to new members, whose joining is favoured by the variability of capital (the principle of the “open door”, if effective, is a manifestation of present cooperative members’ altruism towards future cooperative members);
- jointly owned and controlled by its members (given that, usually, all or a majority of the directors must be members of the cooperative, and the external control of a cooperative or control by a single member are not permitted);
- and, by its very nature, supportive of other cooperatives (cooperative system), its employees and the community at large⁵⁰.

Not accidentally, therefore, the cooperative is considered in specific constitutional provisions that recognize its social function and provide for state support⁵¹. The social function of cooperatives can be considered to be even more intense when a cooperative aims to pursue (rather than the economic interest of its members) the general interest of the community by acting as an SE. Essentially, the combination of a cooperative structure and objectives of general interest results in increased social relevance of the organization, given that the social relevance

⁴⁹ An SC’s members, therefore, cooperate not to serve themselves (as is the case in ordinary, mutual cooperatives), but to serve. Cf. Fici, Italy, in Cracogna, Fici & Henry (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, 479 ff. (Berlin-Heidelberg, Springer, 2013).

⁵⁰ It is not possible to discuss here these general characteristics of the cooperative legal form of business organization; cf. Fici, *Cooperative Identity and the Law*, in 24 *European Business Law Review* 37 ff. (2013); Fici, *An Introduction to Cooperative Law*, in Cracogna, Fici & Henry (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, cit., 3 ff.; Fajardo, Fici et al., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports* (Cambridge, Intersentia, 2017) (forthcoming).

⁵¹ Cf. Fici, *La función social de las cooperativas: notas de derecho comparado*, in 117 *Revesco* 77 ff. (2015).

of the cooperative structure is added to the social relevance of the enterprise's objectives.

Undoubtedly, the SE in the cooperative form is an entity with a strong identity as SE, because its governance has the participatory (and human) dimension that characterizes the "ideal-model" of SE. Moreover, the democratic nature of the SE in the cooperative form makes it perfectly compatible with the notion of an entity of the social economy that is growing common in Europe and in the laws on the social economy approved thus far in Europe. Under these laws, indeed, democratic governance is a key identifier of the entities of the social economy⁵².

A truly participatory and democratic governance, together with the constraint on profit distribution, can be a key factor in achieving the special "identity" of an organization capable of identifying those who work within it, thus giving rise to a virtuous circle that, through the personal satisfaction that identification with the organization produces in the individuals who belong to it, results in the organization's more effective and efficient pursuit of its statutory and institutional objectives, to the gain of the ultimate beneficiaries of the organization⁵³.

4.2. The social enterprise in the company form

Among the EU jurisdictions, only the UK's provides a specific company form, namely, the CIC, for the establishment of SEs⁵⁴.

An SE in the company form is a particular type of company intended not to maximize shareholder value, but to pursue the interest of the community. In itself, the company form does not raise particular concerns for the pursuit of an SE's purpose, to the extent that the law is clear in assigning a social or general interest objective (and in restricting the distribution of profits) to these companies. Furthermore, the SE in the company form has, in theory, more financial capacity than an SE established in other forms, since an organization based on the amount of capital individually held ("one share, one vote") may attract more investors than an organization, as the cooperative, in which equity is irrelevant to governance

⁵² Cf. art. 4, lit. a), of Spanish Law no. 5/2011; art. 5, lit. c), of Portuguese Law no. 30/2013; art. 1, par. 1, no. 2, of French Law no. 2014-856; art. 4, lit. d), of Romanian Law no. 219/2015.

⁵³ We draw this conclusion, whose basic arguments cannot be developed here, from a wide literature, including, in particular, Akerlof & Kranton, Identity and the Economics of Organizations, in 19 Journal of Economic Perspectives 9 ff. (2005); Rodrigues, Entity and Identity, in 60 Emory Law Journal 1257 ff. (2011); Davis, Identity, in Bruni & Zamagni (eds.), Handbook on the Economics of Reciprocity and Social Enterprise, 201 ff. (Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2013). More exactly, the entity's identity is not likely to motivate only the workers of the enterprise, but also its other stakeholders, such as suppliers, lenders and consumers, as well as donors and volunteers.

⁵⁴ Of course, an SE in the company form may also be found in those jurisdictions that adopt a model of legislation in which the SE is a legal category or qualification, open to entities incorporated under various legal forms, including that of a company.

(“one member, one vote”). Indeed, what particularly changes with respect to the SE in the cooperative form, precisely because of the different legal form adopted, is the structure of ownership and control. An SE incorporated as a company is, in principle, a capital-driven organization led by investors as shareholders, which may moreover be subject to control, even by a single shareholder⁵⁵.

The SE in the company form could also be, in fact, a manager-run enterprise, since the members' control and active participation are not required the way that they are for the SE in the cooperative form. One must add to this consideration some recent findings from behavioural law and economics. Laboratory experiments have shown that, under certain conditions, managers prove less inclined to transfer resources to third party enterprise beneficiaries (*e.g.*, charities) not only than the owners of the company, but also than they would be if they were not acting as agents. This is probably due to the fact that managers tend to curry favour with company ownership in order to satisfy the interests of shareholders as their principals and retain their offices⁵⁶.

To be consistent with its institutional objectives, therefore, an SE in the company form should have:

- either a governance structure that directly involves the shareholders in the management of the enterprise, if they are actually motivated by a sense of altruism;
- a governance structure that completely frees the managers from the competitive pressures of shareholders, so that they do not have any incentive to align themselves with the latter's interests; or
- a governance structure that awards rights and powers (also) to an SE's beneficiaries who are not shareholders (or to their representatives), so that they

⁵⁵ A British lawyer (Lloyd, Transcript: Creating the CIC, in 35 Vermont Law Review 31 ff. (2010)), who celebrates himself as one of the inventors of the English law on CIC, explains that the idea of the CIC as a particular form of company first came to his mind as he thought about all the times when, while suggesting the foundation of a charity to clients interested in establishing a business organization with social purposes, he faced their dismay at discovering the possibility of losing control of their own creatures due to the regulations on English charities. Hence, the lawyer conceived that, if such an organization instead had the legal form of a company, his clients would not have had this reaction, for they would not have been afraid to “give their babies away”. On the legal aspects of CICs, cf. also Cabrelli, ‘A Distinct “Social Enterprise Law” in the UK? The Case of the ‘CIC’’ (2016), University of Edinburgh - School of Law - Research Paper Series no. 2016/27.

⁵⁶ Cf. Fischer, Goerg & Hamann, Cui Bono, Benefit Corporation? An Experiment Inspired by Social Enterprise Legislation in Germany and the US, in 11 Review of Law and Economics 79 ff. (2015). Indeed, it is generally agreed that agents tend to behave less generously than their principals in both the ultimatum game and the dictator game: cf. Hamman, Loewenstein, & Weber, Self-Interest through Delegation: An Additional Rationale for the Principal-Agent Relationship, in 100(4) American Economic Review 1826 ff. (2010).

might push managers to efficiently and effectively achieve the social mission of the organization.

In conclusion, an SE in the company form is a type of organization whose identity as an SE is weaker and at risk if limits are not set on the control by a single member or if precise rules on the ownership and control are not adopted⁵⁷. This is the case, for example, in Italian Legislative Decree no. 155/2006, which stipulates that an SE may be joined, but not controlled or directed, by a for-profit entity⁵⁸. This approach resolves the issue almost completely, making the SE in the company form a very interesting option, especially as a structure of second-degree aggregation among primary SEs (even in the cooperative form). Another interesting provision to this effect is the one found in art. 9, paragraph 1, of Slovenian Law no. 20/2011 on social entrepreneurship, which limits the potential for for-profit companies to establish SEs, providing that they may do so only in order to create new jobs for redundant workers (and explicitly providing that they may not do so in order to transfer to the SE the enterprise or its assets)⁵⁹. Yet another interesting measure is that regarding the Belgian *société à finalité sociale* (SFS), in which no shareholder may have more than one-tenth of the votes in the shareholders' general meeting⁶⁰.

In the EMES' definition of the ideal-type of SE, a high degree of autonomy and a decision-making power not based on capital ownership are – together with the stakeholder involvement – essential elements of the governance of SEs. One cannot affirm that these aspects are taken into consideration by all existing laws on SE. This depends on the model of legislation adopted and in particular on whether an SE can take the legal form of a company. Indeed, where an SE may be established as a company, it may be managed according to the capitalistic principle “one share, one vote”, and it may be directed and controlled by even a single

⁵⁷ In addition to the risk of abuse of the SE legal form for profit purposes, the risk exists that – if the use of the company form of SE is not carefully regulated through limits on who may hold and/or control its capital – the SE might be used purely for purposes of CSR. If this is the case, the autonomy of the social economy sector from the for-profit capitalistic sector could be seriously compromised.

⁵⁸ Cf. art. 4, par. 3, Legislative Decree no. 155/2006, as well as art. 8, par. 2, of the same act. Even stricter is the solution found in Spanish Law no. 44/2007, given that only not-for-profit entities, associations and foundations may promote the establishment of integration enterprises (see articles 5, lit. a) and 6).

⁵⁹ In addition, it is worth mentioning that the second paragraph of the same article of this Law suggests that an entity may not acquire the SE status if it is subject to the dominant influence of one or more for-profit companies.

⁶⁰ Cf. art. 661, par. 1, no. 4, of the Belgian Company Code. This maximum percentage is even lower (i.e., equal to one-twentieth), if the holder of equity (i.e., the shareholder) is a “membre du personnel engagé par la société” (staff member employed by the company). Cf. also art. 23 of Slovenian Law no. 20/2011, which imposes on SEs the obligation to treat members equally in decision-making processes and, in particular, prescribes a single vote for all members, regardless of the particular regime applicable to the SE entity.

shareholder or as a pure subsidiary. If legislators want to preserve the autonomy and democracy of SEs – and moreover, to make them compatible with the concept of social economy that is emerging in the EU, of which, as already pointed out, democracy is an essential element – they should either exclude the legitimacy of an SE in the company form or – what is recommended – regulate the use of the company form so that its potential contradictions with an SE’s autonomy and democracy are eliminated or at least reduced.

5 CONCLUSIONS

The Rochdale Society of Equitable Pioneers – which was registered on 24 October 1844 and opened its first store on 21 December of the same year in Rochdale, near Manchester, UK – is almost universally regarded as the first structured manifestation of that kind of business organisation to which the title and substance of “cooperative” have been referred until today. The Rochdale Society began its operations by selling basic foodstuffs to and in the interest of its members. In the declaration of its objects, it was stated that the Society acted “for the pecuniary benefit, and improvement of the social and domestic condition of its members” by performing several economic activities, beginning with “the establishment of a store for the sale of provisions”, and including the manufacture of articles for the employment of the unemployed or underemployed members, as well as the purchase or rent of estates of land to be cultivated by the members.

The Rochdale Society’s objectives substantially coincide with those that existing cooperative laws attribute to cooperatives in general. This institutional purpose of cooperatives may be referred to as ‘mutual purpose’⁶¹.

There are, however, cooperatives that do not pursue a mutual purpose, but a purpose of general interest, and they are recognized by law as well as mutual cooperatives. The analysis conducted so far in this article has shown that the cooperative form has been used by legislators to host the SE, and that the SE in the cooperative form is a legal entity acting in the general interest of the community and not in the interest of its members as such. Cooperative legal theory has to recognize this fact and also start dealing with general interest cooperatives, which relative to mutual cooperatives present different problems of regulation, due to their distinct objective⁶².

⁶¹ Cf. Fici, *An Introduction to Cooperative Law*, in Cracogna, Fici & Henry (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, cit.; Fici, *The Essential Role of Co-operative Law and Some Related Issues*, in Michie, Blasi and Borzaga (eds.), *Mutual, Co-operative, and Co-Owned Business*, Oxford University Press, 2017, 539 ff.

⁶² For example, the governance structure of a general interest cooperative should be designed by law in coherence with its purpose which is external in character, e.g. by giving voice to beneficiaries who

Taking this into account, the Principles of European Cooperative Law (PECOL), drafted by the Study Group on European Cooperative Law (SGECOL), provide for general interest cooperatives (or GICs) in addition to mutual cooperatives⁶³. It is a first attempt to include non-mutual (or general interest) cooperatives in cooperative legal reasoning, conscious of a legislative reality in which mutual cooperatives are no longer the only type of cooperatives.

6 BIBLIOGRAPHY

- Akerlof & Kranton, *Identity and the Economics of Organizations*, in 19 *Journal of Economic Perspectives*, 2005.
- Cabrelli, 'A Distinct "Social Enterprise Law" in the UK? The Case of the "CIC" (2016), University of Edinburgh - School of Law - Research Paper Series no. 2016/27
- Davis, *Identity*, in Bruni & Zamagni (eds.), *Handbook on the Economics of Reciprocity and Social Enterprise*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2013.
- Fajardo, Fici et al., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports* (Cambridge, Intersentia, 2017) (forthcoming).
- Fici, *Italy*, in Cracogna, Fici & Henry (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2013.
- Fici, *Cooperative Identity and the Law*, in 24 *European Business Law Review* 37, 2013.
- Fici, *Recognition and Legal Forms of Social Enterprise in Europe: A Critical Analysis from a Comparative Law Perspective*, 27(5) *European Business Law Review*, 2016.
- Fici, *The Essential Role of Co-operative Law and Some Related Issues*, in Michie, Blasi and Borzaga (eds.), *Mutual, Co-operative, and Co-Owned Business*, Oxford University Press, 2017
- Fischer, Goerg & Hamann, *Cui Bono, Benefit Corporation? An Experiment Inspired by Social Enterprise Legislation in Germany and the US*, in 11 *Review of Law and Economics*, 2015.
- Hamman, Loewenstein, & Weber, *Self-Interest through Delegation: An Additional Rationale for the Principal-Agent Relationship*, in 100(4) *American Economic Review*, 2010.
- Hansmann & Thomsen, 'Managerial Distance and Virtual Ownership: The Governance of Industrial Foundations' (2013), ECGI Working Paper Series in Finance, no. 372/2013.
- Rodrigues, *Entity and Identity*, in 60 *Emory Law Journal*, 2011.
- Sørensen & Neville, *Social Enterprises: How Should Company Law Balance Flexibility and Credibility?*, in 15 *European Business Organization Law Review*, 2014.

are not members or, more in general, to representatives of the community within which the cooperative operates.

⁶³ Cf. Fajardo, Fici et al., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports* (Cambridge, Intersentia, 2017) (forthcoming).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 39 (2016-2017), páxs. 55-88
ISSN: 1130-2682

**A REGULAÇÃO PÚBLICA DAS ENTIDADES
DA ECONOMIA SOCIAL**

PUBLIC REGULATION OF NON-PROFIT ORGANIZATIONS

RUTE SARAIVA*

Recepción: 20/6/2017 - Aceptación: 25/9/2017

* Professora auxiliar. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Alameda da Universidade, 1496-014 Lisboa. Email: rutesaraiva@fd.ul.pt.

RESUMO

O recorte da Economia Social vem desafiando a doutrina que demonstra dificuldades na conceptualização de um sector caracterizado pela heterogeneidade. Ora, paradoxalmente, na tradição continental europeia acaba por ser a regulação pública a circunscrever quem são as entidades relevantes e, em consequência, aclarar o que se entende por Terceiro Sector, contrariando séculos de construção histórica informal.

Assim, procura-se aqui, em primeiro lugar, esclarecer o que se entende por regulação pública em sentido próprio para depois perceber se deve ou não prevalecer, designadamente face a outras alternativas como a co-regulação ou a auto-regulação. De seguida, verifica-se a sua importância em termos de Direito Europeu e, finalmente, antes de se concluir, apura-se o seu alcance no plano português.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação; Terceiro Sector; Organizações.

ABSTRACT

The delimitation of Social Economy has been a defying task for scholars due to its heterogeneity. Paradoxically, in the continental European tradition, its relevant organizations are determined by public regulation, undermining centuries of informal historical construction.

Therefore, we firstly try to explain the technical meaning of public regulation and if it should prevail vis-à-vis other solutions such as co-regulation and self-regulation. Then, we analyse its importance at the European level and end with the assessment of the Portuguese legal framework.

KEY WORDS: Regulation; Non-profit Sector; Organizations.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. REGULAÇÃO ECONÓMICA E PÚBLICA? 3. REGULAÇÃO NECESSÁRIA?. 4. A QUEM CABERÁ REGULAR? ESCOLHA DE UM MODELO. 5. A REGULAÇÃO EUROPEIA. 6. REGULAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. PUBLIC ECONOMIC REGULATION? 3. NECESSARY REGULATION?. 4. WHO SHOULD REGULATE? THE CHOICE OF A MODEL. 5. EUROPEAN REGULATION. 6. PUBLIC REGULATION IN PORTUGAL. 7. FINAL REMARKS. 8. BIBLIOGRAPHY.

1 INTRODUÇÃO

O recorte exacto da definição de Economia Social¹, tanto em termos substantiais, como em termos formais (*i.e.* legais) vem desafiando a doutrina que demonstra dificuldades na conceptualização de um sector caracterizado pela heterogeneidade de organizações, fins e iniciativas, moldado por diferenças histórico-culturais, sociais, económicas e necessidades específicas encontradas no terreno e influenciado pela casualidade de muita da sua estrutura e actuação, até pela sua ligação de proximidade à comunidade, da qual vem obtendo a sua legitimidade e respeitabilidade.

Em termos de Direito comparado, verifica-se *grosso modo* uma diferença significativa entre a delimitação do Terceiro Sector anglo-saxónica e continental-europeia, referindo-se a primeira à sua actividade e à (não) prossecução do lucro, ou seja inclui organizações *nonprofit* e *charities*, enquanto a segunda se centra no tipo de instituições demarcadas legalmente, independentemente de serem ou não lucrativas, como sucede em Portugal no seguimento do n.º 1 do artigo 2.º da Lei de Bases da Economia Social (LBES)². Neste caso, é a regulação pública que vai permitir circunscrever quem são as entidades da Economia Social e, em consequência, aclarar o que se entende por Terceiro Sector. Não deixa de ser relevante e no mínimo paradoxal que aquele que surge entre nós, presentemente e na Constituição, em especial no seu artigo 82.º, como um sector independente e paralelo aos sectores privado e público não se afirme por si mesmo, precisando do recorte público, contrariando assim séculos de iniciativas materiais mais ou menos informais e de consolidação institucional próximas do pulsar social.

¹ Para efeitos deste artigo, utilizar-se-ão como sinónimas as expressões Economia Social, Terceiro Sector, Economia Solidária e Sociedade Civil, não se pretendendo aqui entrar do debate sobre a sua delimitação conceptual e diferenciação, ainda que o seu recorte tenha implicações práticas, em especial no alcance e objecto da regulação pública.

² Lei n.º 30/2013, de 8 de maio.

Cabe pois, deste modo, averiguar aqui o papel e a imperiosidade de regulação pública das organizações da Economia Social mais do que centrar as atenções na polémica em torno da sua conceptualização e análise detalhada do seu regime jurídico.

Para o efeito, procura-se, em primeiro lugar, esclarecer o que se entende por regulação pública em sentido próprio para depois perceber se deve ou não prevalecer, designadamente face a outras alternativas como a co-regulação ou a auto-regulação. De seguida, verifica-se a sua importância em termos de Direito Europeu e, finalmente, antes de se concluir, apura-se o seu alcance no plano nacional.

2 REGULAÇÃO ECONÓMICA E PÚBLICA?

A temática da regulação pública, velha questão doutrinária, envolve uma enorme complexidade por se ater à necessidade e intensidade da intervenção do Estado nos mercados, suscitando a apreciação de considerações e problemas de diversas dimensões, nomeadamente ideológicas, políticas, sociais, histórico-culturais, económicas, financeiras e técnicas.

Em sentido bastante impróprio, a regulação pública é a mais das vezes reconduzida a regulamentação (*i.e.* estabelecimento de normas) por parte de entidades públicas, tais como governamentais, administrativas ou legislativas. Já numa definição menos leiga, refere-se à actuação do Estado na Economia, mormente para a correcção de falhas de mercado, sendo, na Europa, comumente associada a operações em que o Estado assume o estatuto e papel de agente económico produzindo e fornecendo directamente bens e serviços.

Em sentido técnico, a regulação remete para a interferência pública nos mercados, não enquanto agente, mas através da imposição de comportamentos *ex ante* aos regulados, condicionando, coordenando e fixando o exercício da sua actividade económica (ex. preços, quantidades, qualidade, inovação) com dois fins principais não obrigatoriamente cumulativos:

- i. Promoção dos valores de mercado com o intuito de assegurar a efectiva abertura à concorrência de sectores económicos anteriormente vedados e públicos, por razões históricas, económico-sociais, estratégicas, políticas ou ideológicas, entre outras, ou seja a consolidação e garantia dos mercados, vulgo da concorrência (em boa parte por pressão do Direito Europeu, mesmo se este deveria reger-se por um princípio de neutralidade); e/ou
- ii. Promoção de “*determinados equilíbrios entre valores de mercado e outro tipo de valores, correspondentes a variadíssimas espécies de interesses*”

públicos”³, i.e. o fomento de outras condições que não a competitividade, para a estabilidade da iniciativa económica.

Em suma, por regulação (sectorial) pública, em regra entregue ao governo, a órgãos reguladores dependentes tutelados e/ou superintendidos pela estrutura governamental ou, numa tendência crescente⁴, a autoridades reguladoras independentes, entende-se uma actuação *ex ante* com o estabelecimento de início de “*condições relativamente padronizadas do exercício de certa actividade económica*” por forma a “*garantir o funcionamento equilibrado de uma actividade em função de um determinado objectivo público*”⁵.

Ora, se desta acepção decorre uma focalização na concorrência e na iniciativa económica, a questão que naturalmente se coloca prende-se com a sua aplicação a um sector que se quer autónomo, que se debruça sobre tarefas eminentemente sociais e de solidariedade e que se distingue (para alguns, até se opõe) dos mercados e da sua lógica de rentabilidade. A própria pergunta destapa um enviesamento tradicional (presente, sobretudo após o declínio do movimento institucionalista, na maioria dos manuais de Economia com uma simples dicotomia entre público/Estado e privado/mercado) de desconsideração da existência (e conseqüente teorização) do Terceiro Sector.

No entanto, a Economia Social, como a sua denominação indica, contém uma componente verdadeiramente económica. Aliás, o estudo da ciência económica não se reduz à análise dos mercados e à actuação (subsidiária) do Estado. Afinal, injustiças ou desajustes sociais têm repercussões no regular funcionamento dos mercados, obrigando à acção do Estado, mormente para acautelar pressupostos e condições fundamentais, tais como a confiança, a segurança e o equilíbrio nas relações de troca. A Economia Social não se traduz, portanto, num oximoro, exigindo uma compatibilização funcional e coesa entre as dimensões económica e social/solidária.

Destarte, a regulação económica em sentido próprio inclui objectos socio-económicos que “*transcendem (...) as puras condições de economicidade das actividades empresariais*”⁶.

Com efeito, e em primeiro lugar, o Terceiro Sector revela e resolve falhas de mercado, a saber externalidades (veja-se, por exemplo, a produção de externalidades positivas associadas a programas de vacinação, de educação ou de higiene por parte de ONG um pouco por todo o mundo ou, num plano mais abstracto,

³ PAZ FERREIRA, E., MORAIS, L., «A Regulação Sectorial da Economia - Introdução e Perspectiva Geral», in Luís Morais, Eduardo Paz Ferreira, Gonçalo Anastácio (coord.) Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 7-38 (11).

⁴ Veja-se a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes, a Lei n.º 67/2013.

⁵ PAZ FERREIRA, E., MORAIS, L., 2009, págs. 22.

⁶ PAZ FERREIRA, E., MORAIS, L., 2009, 23.

a Teoria dos Bens Públicos até pela inexistência de um equilíbrio de Lindhal⁷ e a consequente necessidade de arranjar alternativas), assimetrias informativas (nomeadamente entre os doadores e as organizações do Terceiro Sector – OTS, ou entre estas e os seus beneficiários, incrementadas por um distanciamento da sociedade civil no Estado Providência), e poder de mercado (mormente com uma concorrência monopolística entre OTS).

Em segundo lugar, estranho seria que o Terceiro Sector fosse o único que não sofresse a intervenção pública. Se, por um lado, o Estado vem regulando a sua própria actuação de modo a garantir maior transparência, qualidade, *accountability* e aproximação a uma lógica de mercado com o incremento da utilização de instrumentos privados e a criação de quasi-mercados; por outro, a partir do final da década de 70 e início dos anos 80, com a onda do Estado mínimo da Escola de Chicago e da Teoria da Escolha Pública, depois de um período conturbado por fenómenos de estagflação e de crise financeira e monetária que acentuam ao declínio do Estado Providência – com o incumprimento das promessas feitas devido a uma fragmentação dos serviços públicos e a uma ineficiente alocação de recursos –, verifica-se a regulação pública do sector privado, na decorrência de um processo progressivo e inexorável de liberalização e privatização, em que se assiste a uma transferência das tarefas do Estado para o mercado mas também, nalgumas áreas, para a Economia Social.

Destarte, e em terceiro lugar, verifica-se o fornecimento de bens e a prestação de serviços directamente à comunidade (*i.e.* no mercado)⁸ e até ao Estado por parte das OTS, em complemento e/ou substituição do Estado e dos privados, alguns dos quais com uma natureza indubitavelmente económica. Pense-se no caso das micro-finanças, especialmente em países menos desenvolvidos em que ONG trocam de lugar com as instituições de crédito. Ora, este movimento de transferência e de saliência da Economia Social vem-se acentuando com a machadada resultante da depressão financeira iniciada em 2007 e, sobretudo, pelo seu con-

⁷ ALMEIDA, V., Governação, Instituições e Terceiro Sector. As Instituições Particulares de Solidariedade Social, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, pág. 18.

⁸ Este é o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia que considera este elemento determinante para aplicar às OTS as mesmas regras de concorrência do que as que oneram as entidades privadas, defendendo, nesse caso, a desvalorização da sua (possível) dimensão não lucrativa. Ver entre outros, casos C-41/90 Höfner and Elser [1991] ECR I-1979; C-180/98 a C-184/98 Pavlov Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten [2000] ECR I-6451, par. 75; C-222/04 Ministero dell' Economia e delle Finanze v Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA [2006] ECR I-289, 89; C-244/94 Fédération Française des Sociétés d' Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie and Caisse d' Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs v Ministère de l' Agriculture et de la Pêche [1995] ECR I-4013, par. 21. Por todos, BREEN, O., «EU Regulation of Charitable Organizations: The Politics of Legally Enabling Civil Society», *International Journal of Not-for-Profit Law*, Vol. 10, n. 3 (2008), pág. 50-78 (65-67).

tágio às dívidas soberanas, que frisa a decadência do modelo do Estado Social e, simultaneamente, do Estado Neo-liberal.

Em quarto lugar, o objecto do Terceiro Sector tem valor *a se* e significado económico, não sendo forçosamente exterior à Economia, até porque serve amiúde de facilitador e enquadrador da iniciativa económica. Por outras palavras, torna-se difícil distinguir a dimensão puramente económica da social, devendo-se reconhecer o Terceiro Sector como “*dimensão da esfera pública nas sociedades civis, num campo de tensões sem fronteiras claras*”⁹, um “*welfare mix*”¹⁰.

Em quinto lugar, recorde-se que as OTS são também elas agentes económicos (por exemplo, enquanto consumidoras de recursos para o desenvolvimento da sua missão) e há OTS, como as mútuas, as cooperativas ou as sociedades comerciais detidas maioritariamente por OTS, que prosseguem o lucro. Mais, nos últimos anos, vem-se insistindo na evolução institucional para empresas sociais, numa aproximação organizacional e funcional ao mercado.

Por último, a dimensão económica do Terceiro Sector, hoje com cerca de 55 mil OTS em Portugal, evidencia-se pelo seu potencial de criação de emprego remunerado, estimando-se que represente cerca de 5,5% do total nacional e 2,8% do Valor Acrescentado Bruto, e de dinamização da Economia, como decorre do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro, que veio alterar o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social – EIPSS –, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro¹¹. Aliás, a doutrina e os *stakeholders* parecem reconhecer ser este o principal argumento por detrás do crescente interesse na regulação pública da Economia Social.¹²

Daqui infere-se a tentativa de caminhar para um novo modelo de Estado pós-social imbuído de uma lógica de descentralização e de rede baseada no princípio da subsidiariedade e de maior proximidade à comunidade, visto que hoje se vive uma “*dessocialização na base*”¹³ com uma massificação social e o rompimento com as solidariedades tradicionais. Logo o objectivo parece residir na substituição de uma lógica *top-down* por uma *bottom-up*, mais concreta e transparente, devido à complexificação da intervenção na Economia com o aumento de domínios de

⁹ LOPES; A., PARENTE, C., MARCOS, V., «Entre o Estado e o Terceiro Sector: Modelos de regulação. O Terceiro Sector em foco», in Cristina Parente (ed.), Empreendedorismo Social em Portugal, FL-UP, Porto, 2014, pág. 75-101 (85).

¹⁰ LOPES; A., PARENTE, C., MARCOS, V., 2014, pág. 83 ss.

¹¹ Alterado pelos Decretos- Leis n.ºs 9/85, de 9 de Janeiro, 89/85, de 1 de Abril, 402/85, de 11 de Outubro, e 29/86, de 19 de Fevereiro e ainda Lei n.º 76/2015, de 28 de Julho.

¹² European Center for Not-for-Profit Law - ECNL, 2009, Study on Recent Public and Self-Regulatory Initiatives Improving Transparency and Accountability of Non-Profit Organisations in the European Union, Budapeste, pág. 19. <http://www.ecnl.org/dindocuments/306_ECNL%20Accountability%20Study_published%20on%20DG%20JLS.pdf>.

¹³ LOPES; A., PARENTE, C., MARCOS, V., 2014, pág. 80.

actuação e ao desconhecimento das especificidades locais e individuais que fomentam abordagens cerradas e abstractas.¹⁴

Não se pense, porém, que a busca de um novo paradigma alicerçado na Economia Social resolve mágica e positivamente a satisfação das necessidades individuais e colectivas e ultrapassa as falhas de mercado e de intervenção que alimentaram as crises do Estado Neo-liberal e Providência. Basta atentar à percepção presente de crescentes situações de fraude ou de abusos por parte de OTS, com casos de alguma opacidade como a mediatização dos “lucros” (excessivos) da Cáritas ou da fragilidade da Associação Mutualista Montepio, que obrigam a um repensar crítico de alteração de modelo e da importância de alguma regulação pública das OTS. Efectivamente, não será despidiendo perguntar se este esforço de construção de um Estado Pós-Social Solidário não parirá um rato, tratando-se meramente uma roupagem diferente para um estafado Estado Providência. Enfim, observando mais de perto, identifica-se uma acrescida delegação de competências do Estado para as OTS acompanhada de uma vincada dependência destas em relação a um contínuo de subsídios automáticos, sujeitando-as não só a uma subordinação financeira mas, em simultâneo, à sua tutela e até superintendência pela Administração, da qual mais não são do que uma extensão. Ademais, também se apura uma submissão do Estado em relação às OTS, visto que várias o têm como principal cliente. Todavia, face à sua posição de monopsonista, o seu poder sobrepe-se, em particular através dos contratos de cooperação e de gestão celebrados, verdadeiros instrumentos de regulação pública indirecta. Resumindo, importa moderar as expectativas face à dimensão (r)evolucionária da (aparente) aposta na delegação de funções, competências e poderes na sociedade civil.

Nesta indagação sobre a aplicação do conceito técnico de regulação às OTS interessa igualmente avaliar a prossecução de valores de mercado. Posto de outro modo: fará sentido falar em promoção de concorrência ou de eficiência no contexto da Economia Social? Afinal, costuma-se atribuir um sentido diferenciado a cada um dos três sectores de produção reconhecidos constitucionalmente, conferindo o valor da concorrência ao sector privado e associando uma preocupação de regulação do espaço de cidadania, de comunidade e de solidariedade à Economia Social.

Contudo, como abordado anteriormente, não só a distinção clara entre o económico e o social se assemelha espinhosa, sobretudo face fortes interacções bilaterais, como os três sectores não se apresentam como sucedâneos perfeitos, denotando mesmo uma lógica de complementaridade. Além disso, a competitividade não é uma prerrogativa exclusiva do sector privado. Com efeito, não apenas o Terceiro Sector concorre contra o sector público e o sector privado para o fornecimento de bens e serviços, como se nota uma competição entre OTS. Veja-se a sua

¹⁴ LOPES; A., PARENTE, C., MARCOS, V., 2014, pág. 81.

multiplicação nos últimos anos, ultrapassando a marca da meia centena de milhar em Portugal, assim como a sua crescente diversificação quanto à forma, meios e fins. No fundo, procuram, através da sua diferenciação qualitativa, encontrar nichos de actuação e concorrem entre elas, a mais das vezes, por financiamento público e privado, vital para a sua mera existência e exercício de actividades. Ora, esta corrida permite, em teoria, uma maior racionalidade do Terceiro Sector, fomentando as boas práticas, combatendo ineficiências, incentivando a inovação e afastando OTS débeis e fraudulentas.¹⁵

Esta aproximação ao mercado separa ideologicamente a compreensão do papel do Terceiro Sector. Para a Direita, trata-se de um reformismo híbrido que busca sinergias entre sectores, *“em que o Terceiro Setor acaba por ser assumido como instrumento de governação e não tanto como parceiro”* *“na criação de novas rotas de solidariedade que se impõem sobre os constrangimentos dos imperativos do mercado”*.¹⁶ Para a Esquerda, o Estado assume o protagonismo na reforma na redistribuição da riqueza e na criação de um mercado social, ou seja, de um mercado ao serviço da sociedade, *“aparecendo o Terceiro Setor como parceiro, na criação de novas rotas de solidariedade que se impõem sobre os constrangimentos dos imperativos do mercado”*.¹⁷

Por outro lado, convém não esquecer que a regulação económica em sentido técnico não se esgota na defesa do mercado. Em matéria de Economia Social e OTS importa antes de mais acautelar dois valores estruturantes que devem coordenar-se com a economia de mercado: a solidariedade intra e inter-geracional e a confiança. No primeiro caso, quer-se reinscrever a solidariedade (e o auto-interesse limitado evidenciado pela Economia Comportamental, nos jogos do ultimato e do ditador, como conduta irracional e incongruente dos agentes económicos por não se focar na maximização da utilidade esperada) no seio da comunidade e dar maior visibilidade às relações solidárias, diminuindo, deste modo, a pressão da procura do Estado para a satisfação de necessidades. No segundo, pretende-se, num ambiente aberto e com assimetrias informativas, assegurar a credibilidade e reputação das OTS, afastando, assim, alguma desconfiança popular devido ao distanciamento histórico da sociedade civil resultante do Estado Providência, à divulgação mediática de situações de fraude, a rumores e mitos sobre práticas discriminatórias e oportunistas por parte das OTS, ao aumento exponencial de entidades, ao facto de as famílias lhes entregarem donativos (incluindo parte do seu rendimento ou poupanças) sem muitas vezes controlarem e verem a sua aplicação

¹⁵ Neste último caso, tal pode não acontecer de todo, alimentando ao contrário os parasitas e os “espertos”, como sustentam Akerlof e Shiller, afastando o mercado de um equilíbrio são. SHILLER, R. J., AKERLOF, G. A. Akerlof, À Pesca de Tolos - A Economia da Manipulação e do Logro, Actual Editora, Coimbra, 2016.

¹⁶ LOPES; A., PARENTE, C., MARCOS, V., 2014, pág. 83.

¹⁷ LOPES; A., PARENTE, C., MARCOS, V., 2014, pág. 83.

e, por fim, à exposição dos beneficiários, e em especial das suas debilidades, às OTS.

Resumindo, no Terceiro Sector, a regulação em sentido próprio irá prosseguir, antes de tudo, a promoção de valores exteriores ao mercado vitais para o seu regular funcionamento.

3 REGULAÇÃO NECESSÁRIA?

Sabendo agora qual o significado apropriado de regulação e aceitando-se que, em termos teóricos, ela possa recair sobre as OTS, principalmente para caucionar os valores da solidariedade e da confiança, urge perguntar se a mesma é, porém, imprescindível para o Terceiro Sector.

Naturalmente, a questão divide opiniões que alimentam um aceso debate entre defensores e oponentes da necessidade de regulação da Economia Social, tecendo e esgrimindo múltiplos argumentos, por vezes simétricos ou até mesmo ambivalentes. Entre outros:

- i. Intervenção a mais (ou a menos) do Estado;
- ii. (Des)caracterização do sector com a maior ou menor ingerência do Estado, sendo que a autonomia das OTS se assume como um princípio estruturante;
- iii. Aumento ou diminuição de desequilíbrios face à heterogeneidade do sector e ao agravamento dos custos, sobretudo para as OTS de pequena dimensão, ou garantia de um *level-playing field* para estas;
- iv. Formalização de uma realidade informal, com a introdução de uma lógica vertical e hierárquica num contexto marcado pela horizontalidade de relações colaborativas e de uma racionalidade centralizadora do Estado e de uma solidariedade geral num sector caracterizado por uma racionalidade descentralizada e com uma solidariedade cultural e de proximidade¹⁸;
- v. A ausência de provas empíricas que (não) justifiquem a necessidade de regulação, nomeadamente em matéria de fraude, branqueamento de capitais, terrorismo, eficiência ou boa governança¹⁹;
- vi. (Des)conhecimento do sector por parte do Estado, patente na dificuldade em recortá-lo tanto no plano nacional como europeu devido à sua natureza heterogénea e contextual ou, ao invés, pela entrega de tarefas tradicionalmente públicas às OTS. No fundo, o argumento (mais ou menos con-

¹⁸ LOPES, A., PARENTE, C., MARCOS, V., 2014, pág. 85-86.

¹⁹ Demonstrando que a imposição de regulação tem pouco impacto na boa governança das OTS, ver PEREGO, P., VERBEETEN, F., «Do 'good governance' codes enhance financial accountability? Evidence from managerial pay in Dutch charities», *Financial Accountability and Management*, Vol. 31, n.º 3 (2015), pág. 316-344 (20).

sensual) que uma regulacão “*one-size-fits-all*” não se adequa, devendo-se procurar soluçõs *taylor-made* consentâneas, designadamente, com a aplicação do princípio da proporcionalidade (como, aliás, já se pode conseguir através de contratos de cooperação ou de gestão);

- vii. Receio de que a regulacão seja instrumental para restringir a constituicão e o papel das OTS, esvaziando-as e, conseqüentemente, cerceando o espaço de organização cívica social. Tal pode ser observado em países como a China em que a lei de gestão das iniciativas domésticas de ONG estrangeiras vem dificultar a sua iniciativa, sobretudo no plano burocrático e procedimental (registro, supervisão, reporte *ex ante* e *ex post*, autorização para certas aççõs, restriçõs no exercício da actividade, nos fins prosseguidos e no acesso ao financiamento). O resultado destas medidas conduz à promoção das OTS alinhadas e úteis ao poder político instalado e à fragilização das restantes. Ao contrário, a regulacão poderá servir, pelo reconhecimento formal das OTS, por reforçar a sua dignidade, legitimidade, institucionalização e contributo com o esclarecimento das regras (mínimas) do jogo.

A polémica sobre a regulacão aqui resumida revela-se, todavia, após uma análise mais aprofundada dos discursos, como uma falsa questão. O problema não se prende com regular ou não regular mas com o modelo de regulacão: hétéro-regulacão, co-regulacão ou auto-regulacão. Por outras palavras, uma regulacão pelo Estado, um “consórcio” de *stakeholders* ou pelas próprias OTS? Nalguns países, o debate envolve também descortinar o melhor nível de regulacão: local, regional, federado ou federação. Em suma: quem deve regular?

Deixando esta discussão para um outro momento, assim como sobre a intensidade da intervenção (regulacão mínima e *soft* até máxima e *hard*), concentremo-nos agora na temática da necessidade de regulacão, apontando aqueles que nos parecem ser os argumentos principais para a sua (desejável) existênciã, independentemente da identidade/modelo do regulador.

A existênciã de falhas de mercado (aqui em sentido lato) tanto no sector privado como no próprio sector social e cooperativo como *supra* referido, bem como a concorrênciã deste último com interesses públicos justificam, para começar, a regulacão económica.

Por outro lado, e como se sublinhou anteriormente, esta apresenta-se como meio de garantir valores que o mercado, por si, não nutre mas que devem, em determinadas áreas, impor-se para o seu bom funcionamento. Em causa estão a solidariedade e a confiançã.

Acresce que as OTS lidam amiúde com a protecção e efectivação de direitos fundamentais e sócio-económicos e culturais, além de, por vezes, interagirem com beneficiários em situação de enorme fragilidade humana e sem capacidade (ou com capacidade diminuída) de se defenderem de eventuais abusos.

Aliás, nesta linha, constata-se actualmente a delegação de tarefas tipicamente públicas para OTS, um pouco como sucedeu para o sector privado, servindo estas de verdadeira extensão (exclusiva em certos casos) do Estado, designadamente com a provisão de bens e de serviços sociais (e económicos) de interesse geral, vulgo serviço público.

Ademais, as OTS lidam com fundos públicos e/ou com donativos, estes, em especial, associados a uma relação fiduciária pessoal, institucional e/ou filosófica (quanto aos meios empregues ou quanto aos fins prosseguidos). De certa maneira, este tipo de financiamento, desvalorizando a sua possível motivação altruísta, reveste uma certa proximidade com uma lógica de investimento com esperança em dividendos/retornos sociais.

Por último, mais recentemente, um outro argumento emerge, mormente nos Estados- Unidos e no Direito Europeu: o combate à fraude e ao branqueamento de capitais e à utilização das OTS por organizações terroristas, seja para efeitos de financiamento, formação ou da sua defesa.²⁰

Conquanto à primeira vista possa parecer estranho, a questão da regulação da Economia Social deve ser abordada similarmente à regulação dos mercados financeiros. Afinal, o económico-financeiro e o social interagem, a confiança deve ser alimentada e defendida de forma sustentada em ambas as situações enquanto valor a pesar com a concorrência e a economicidade, e as duas áreas apresentam algum carácter (in)explicavelmente “mágico”: num entregam-se as poupanças a ignotos, noutro, para lá da ruptura com a maximização da utilidade esperada vaticinada para os agentes económicos racionais, cede-se a garantia e efectivação dos mais básicos direitos humanos a estranhos que se nos apresentam à porta.

Observando este paralelismo algo paradoxal (para os que acreditam na oposição entre finanças e solidariedade), resulta a necessidade de dois grandes blocos regulatórios que se interrelacionam e que, em geral, se reforçam mutuamente embora às vezes se contradigam (o que obriga à sua hierarquização casuística): uma regulação prudencial e uma regulação comportamental.

A regulação prudencial debruça-se sobre a garantia da solidez, sustentabilidade, boa gestão e governança das OTS, no plano formal e procedimental, de maneira a cimentar o princípio da segurança que se pode subdividir em três vectores justificativos da previsão de mecanismos de salvaguarda: protecção, estabilidade e regularidade. No que respeita ao primeiro, está em causa a prevenção, gestão e resolução de irregularidades e de riscos, procurando-se oferecer garantias, até por uma questão de assimetrias informativas e de agência, aos operadores, beneficiários e financiadores. A estabilidade, por seu turno, prende-se com a capacidade de acui-

²⁰ BREEN, O., *Through the Looking Glass: European perspectives on non-profit vulnerability, legitimacy and regulation*, University College Dublin, Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies, Research Paper n.º 47/2011, Dublin, 2011.

telar o equilíbrio micro (funcionamento das OTS individualmente consideradas e as suas expectativas) e macro-económico (lógica de agregados), evitando danos reputacionais e fiduciários inibidores da actividade solidária devido aos elevados índices de incerteza associados. Vista de outro modo, a estabilidade traduz-se então na continuidade sustentada da provisão de bens e serviços sócio-económicos. Quanto à regularidade, pode ser entendida em sentido formal e em sentido material, ou seja o desenvolvimento das iniciativas solidárias de acordo com o Direito e a sua subordinação a princípios enformadores e à sua adequada ponderação. Recordem-se a título de exemplo os princípios orientadores consagrados no artigo 5.º da LBES ou, mais restritamente, os cooperativos considerados no artigo 3.º do Código Cooperativo (mesmo se alguns deles se integram melhor na regulação comportamental, como a transparência e a educação, formação e informação).

A segurança, nesta tripla acepção, obriga à previsão de normas prudenciais e, desejavelmente, de intervenção em situação de crise, sendo a alternativa a limitação da liberdade de iniciativa cooperativa e social com custos em termos de eficiência e de proximidade/democraticidade. Estas normas, eminentemente institucionais e organizativas, ligam-se, em especial, ao estatuto profissional dos membros dos órgãos das OTS e à admissão e exclusão destas ao acesso ao Terceiro Sector e ao exercício da iniciativa solidária. Pretende-se logo prevenir a existência e/ou laboração de entidades insustentáveis e fraudulentas, pese embora tal abordagem não elimine totalmente o risco e exija uma estreita (e onerosa) cooperação e partilha de informação entre as (potenciais) instituições solidárias e os reguladores/supervisores. Este fenómeno regulatório vem-se acentuando com o actual movimento de esbatimento das fronteiras entre os três sectores produtivos e com a crescente “comercialização” das OTS.

Em termos de Direito comparado e de propostas *de jure constituendo*²¹, as normas prudenciais mais frequentes envolvem:

- i. Estabelecimento de um registo²² (obrigatório ou voluntário) junto do Estado ou de uma entidade por este designada/acreditada, nomeadamente uma OTS “chapéu”, isto é uma OTS que agregue outras OTS da mesma área temática, geográfica ou institucional. O registo pode ter uma de duas funções. Nos sistemas de *Common Law*, assume-se como um acto de reconhecimento do Estado para efeitos de elegibilidade para apoio público. Já na família romano-germânica, o seu propósito reside na obtenção de personalidade jurídica e, a partir daqui, procurar assegurar isenções

²¹ Por exemplo, EAKIN, L. [et al.], A policy perspective on Canada’s non-profit maze of regulatory and legislative barriers Mapping the way forward for third sector organizations, Policy Brief, The Wellesley Institute, 2009.

²² Por vezes, em vez de um registo centralizado e único, opta-se por vários registos consoante o tipo institucional, missão ou delimitação geográfica.

fiscais básicas (apesar de, cada vez mais, estes benefícios fiscais adicionais serem concedidos a organizações que prossigam fins publicamente benéficos)²³;

- ii. Autorização/licenciamento para início e exercício de actividade (e licenças consoante os tipos e áreas de actuação), assim como validação e acreditação de certos actos;
- iii. Exigência de determinada estrutura organizativa e administrativa interna, com a definição de órgãos dirigentes/executivos, fiscais/fiscalizadores e, por vezes, consultivos, estabelecendo-se ainda a sua natureza preferencialmente colegial e as características dos mandatos (ex. duração, renovabilidade);
- iv. Imposições sobre o perfil do líder da OTS ou dos membros dos seus órgãos, mormente da Administração, solicitando-se como principais atributos a idoneidade e a competência técnica. Quanto à primeira, atente-se sobretudo ao carácter moral, registo criminal e conflitos de interesses (sendo interessante indagar se deverá ser permitido o desenvolvimento de acções políticas anteriores ou concomitantes). Na hipótese de OTS voluntárias, a idoneidade dos fundadores e dirigentes pode estar ligada à própria constituição da organização, obrigando-se ao respeito, entre outros, dos princípios da boa-fé, interesse público, cuidado e diligência, interesse associativo e/ou responsabilidade. No que respeita a segunda, importa não só a formação académica mas também a experiência adquirida;
- v. Determinação das regras quanto às remunerações e pagamento de ajudas de custo e de representação, bem como quanto a eventuais regalias, dos dirigentes mas igualmente dos funcionários, de modo a acautelar a probidade e a reputação institucional (minimizando escândalos mediáticos em torno de salários astronómicos²⁴, regalias sem fim, pagamento corrente e injustificado de deslocações, veículos, jantares, vestuário, obras de arte ou presentes);
- vi. Promoção e avaliação da boa gestão e governança, por exemplo através do fomento da participação em programas (mais ou menos voluntários) de *standards e accountability*²⁵;

²³ ECNL, 2009, pág. 12.

²⁴ Sobre os níveis salariais nas OTS e a sua conjugação com uma boa governança, ver PEREGO, P., VERBEETEN, F., 2015.

²⁵ Sobre os vários sentidos e dimensão de accountability a propósito das OTS, EBRAHIM, A., *The Many Faces of Nonprofit Accountability*, Harvard Business School, Working Paper n.º 10-069, Cambridge, 2010.

- vii. Obrigação de utilização de uma percentagem pré-definida dos donativos directamente na prossecução da missão institucional e não esgotá-los em gastos administrativos. Por exemplo, no Canadá, impõe-se o valor de 1%;
- viii. Contabilidade organizada, até para se perceber que parcela da receita provem do rendimento próprio ou de donativos privados, de financiamento público e a sustentabilidade financeira (e operacional) da OTS. Veja-se que, no sistema anglo-saxónico, o recorte do Terceiro Sector depende da componente não lucrativa. Pode-se além disso pensar na imposição da constituição de almofadas ou de reservas financeiras para situações de crise ou em maiores ou menores barreiras na transferência de montantes entre rubricas;
- ix. Estabelecimento de prazos adequados para o cumprimento das tarefas, tal como sucede na África do Sul;
- x. Intermediação de instituições financeiras para a atribuição e gestão de verbas (ex. subsídios, donativos), designadamente necessidade de abertura de conta bancária. Podem também ser consideradas limitações para certo tipo de investimentos e aplicações financeiras, tendo em conta a origem dos fundos (próprios, públicos, donativos);
- xi. Revisão regular do estatuto fiscal.

A fixação deste tipo de regras levanta, porém, algumas questões, a começar pela preocupação tantas vezes manifestada pelas OTS de perda ou cerceamento da sua verdadeira autonomia e identidade. Tomadas proporcionalmente, contudo, muitas das normas não restringem a liberdade de escolha do tipo institucional, dos seus dirigentes e funcionários, do plano de actividades ou do destino dos fundos na sua globalidade. O objectivo é, aliás, pelo contrário, o de reforçar essa independência, tanto face ao Estado e aos agentes privados como até face aos potenciais beneficiários.

Todavia, parecem legítimas duas outras preocupações. Por um lado, a dúvida sobre um efeito perverso associado a regras contabilísticas e de gestão económica, pela possibilidade de alterar o registo que se quer social e solidário das OTS para um registo de racionalidade económica e de mercado. Por outro, o receio de que as atenções se concentrem em torno de questões de registo ou de certificação, olvidando-se o papel das OTS e da sua ligação umbilical à sociedade civil.

No plano da regulação comportamental, a tónica centra-se em torno da relação entre a OTS e os seus beneficiários, com vista a assegurar a protecção destes últimos, enquanto parte mais fraca. Procura-se, então, através de normas de conduta de pendor mais substantivo, resolver assimetrias informativas e problemas de agência, garantindo maior transparência e corresponsabilidade *accountability* perante a comunidade (incluindo doadores e beneficiários), os seus pares (outras OTS),

o Estado e internamente²⁶, sobretudo quanto à prossecução da sua missão (fins/desempenho) e à utilização da sua estrutura organizativa e meios e dos fundos públicos e donativos privados obtidos (meios/governança)²⁷, com a prestação e partilha de informação em quantidade e qualidade suficiente e adequada, reduzindo, deste modo, os custos elevados de obtenção de dados por parte dos beneficiários e doadores. Estarão, portanto, em causa normas comportamentais antes de mais relativas a informação sobre as OTS (sua missão, instrumentos, programas e actividades, dirigentes, funcionários, origem do financiamento, situação financeira e contabilística e natureza dos bens e serviços prestados e suas condições), a sua integridade e sobre os dados recolhidos quanto aos beneficiários (sigilo profissional), para a conseqüente tomada de decisão livre e racional de potenciais doadores e beneficiários. Ou seja, regras de conduta intimamente ligadas às normas éticas e profissionais e à relação entre os *stakeholders*. Pense-se nos códigos deontológicos ou na temática da *corporate governance*. De forma simples, estão em causa regras que fixam a conduta profissional, também no interesse das OTS, com vista a acautelar internamente o estrito cumprimento da legalidade e uma postura ética firme.

Como soluções encontradas em vários ordenamentos ou sugeridas por *stakeholders* ou académicos realçam-se:

- i. Certificação da OTS e dos bens e serviços prestados, por exemplo considerando certos *standards* ou a regra ISO9001, *maxime* como condição de acesso a financiamento;
- ii. Sistema de *rating* e avaliações regulares de *performance* e de impacto, seja via agências de notação, OTS chapéu ou especificamente criada para o efeito ou por seguradoras, com um mecanismo de pontuação e graduação;
- iii. Obrigações de reporte, em especial a apresentação ao regulador e ao público em geral dos relatórios anuais de actividades e de contas. Pode-se ainda equacionar a submissão regular de descrições de boas práticas, de relatos fiscais, de extractos de contas e de avaliações de desempenho, bem como a *disclosure* pública de resultados alcançados, fornecendo um fluxo informativo duradouro entre *stakeholders*;
- iv. Mecanismos de participação associados à publicitação, discussão e até negociação dos fins, dos meios e das actividades e a abertura a intervenções cívicas²⁸;

²⁶ EBRAHIM, A., 2010, pág. 4-7.

²⁷ EBRAHIM, A., 2010, pág. 7-10.

²⁸ EBRAHIM, A., 2010, pág. 18-20.

- v. Estabelecimento de regras para a angariação de fundos privados, *maxime* donativos, de olhos postos no auxílio ao terrorismo, na fraude fiscal ou no branqueamento de capitais;
- vi. Identificação dos beneficiários e registo das relações havidas e desenvolvidas, assim como a definição dos seus parâmetros;
- vii. Formação continuada dos dirigentes e funcionários das OTS;
- viii. Definição dos padrões de inter-relacionamento entre sectores;
- ix. Fixação de critérios éticos²⁹ consoante a missão, tipo, recursos, área de intervenção e dimensão das OTS.

A previsão e aplicação destas normas de conduta, mormente no que concerne as obrigações de reporte ou a obtenção de certificação ou de notação, consubstanciam, sobretudo para pequenas OTS, um ónus que as poderá afastar do sector ou que desvia recursos humanos, físicos e monetários para o seu cumprimento e que poderiam ser decisivos noutras áreas. Algum cuidado e proporcionalidade deverão, portanto, ser equacionados na sua consagração pois, quanto mais não seja, poderia parecer desajustado fazer exigências tão ou mais apertadas do que as feitas ao Estado, quando este, além de nem sempre as satisfazer, ainda entrega (empurra) as suas tarefas para o Terceiro Sector (e para os privados). Além do mais, se as exigências de reporte e de avaliação forem demasiado focadas no desempenho, tal poderá originar um incentivo perverso para falsas narrativas e uma sobre-avaliação do desempenho por parte das OTS.³⁰

Questão concomitante prende-se em saber se mais do que uma regulação em sentido estrito baseada em normas *ex ante* (ex. registo ou autorização) não se deverá equacionar como alternativa ou então como complemento uma supervisão *stricto sensu*, numa lógica *ex post* como no contexto canadiano, *i.e.* acompanhamento, avaliação e fiscalização do cumprimento e determinação de medidas correctivas ou aplicação de sanções na hipótese de incumprimento, tais como vedação de acesso a financiamento público, revogação de licenças ou inclusão numa lista de incumpridores divulgada publicamente³¹. Também aqui se coloca uma vez mais a pergunta de saber a quem deveria ser entregue a supervisão: uma autoridade pública (mais ou menos independente), uma autoridade do Terceiro Sector, *accountability clubs* ou terceiros como agências de *rating*, auditoras ou *watchdog groups*?³² Mais, deverá essa supervisão, à semelhança da regulação,

²⁹ Daqui poderá resultar um conflito entre ordens normativas e os entendimentos jurídicos e morais subjacentes.

³⁰ EBRAHIM, A., 2010, pág. 24-25.

³¹ O ECNL, 2009, pág. 21, observa que se vem assistindo a um reforço continuado da supervisão e dos meios de investigação e sanção.

³² VAUGHAN, S. K., ARNSEAULT, S., *Managing non-profit organizations in a policy world*, SAGE-Copress, Thousand Oaks, CA, 2014, pág. 91-94.

ser preferencialmente *soft* ou *hard*, ou seja recorrer a mecanismos persuasivos ou imperativos? As dúvidas continuam a multiplicar-se.

4 A QUEM CABERÁ REGULAR? ESCOLHA DE UM MODELO

Chegados a este ponto, interessa perceber que modelo de regulação será mais adequado para as OTS: se um modelo de hétero-regulação (pública), se de co-regulação ou se de auto-regulação. Posto de outra forma, se a regulação deve ser entregue ao Estado (incluindo nível governamental, entidades sob sua superintendência ou tutela e pessoas colectivas públicas independentes), às próprias OTS ou a uma colaboração entre os vários interessados (Estado, OTS, beneficiários, doadores).

Do lado das OTS, é manifesta a preferência por uma solução de auto-regulação, até como reacção ao aumento de pedidos e estudos de regulação pública devido ao rebentamento de escândalos na Economia solidária (com problemas de legitimidade, transparência e *accountability*), ao alargamento notório do número de OTS e da sua influência na actividade económica e junto da comunidade e aos medos associados ao terrorismo e à criminalidade.

Como principais argumentos, as OTS e os seus representantes e defensores esgrimem um conjunto de razões, a saber³³:

- i. Ninguém melhor do que elas conhece o sector, as suas forças, fragilidades e potencialidades e, conseqüentemente, quem e qual o melhor nível para regular. Afinal, com uma lógica particular, a da solidariedade, o sector não pode ficar entregue e sujeito a normas estabelecidas por quem não a pratica ou entende, sob pena de perder a sua identidade;
- ii. A auto-regulação surge como a melhor defesa contra uma regulação pública estranguladora, desadequada, limitadora da liberdade de associação e de iniciativa social e cooperativa, tirânica, invasiva, onerosa e conseqüentemente ineficiente. Por outras palavras, impõe-se para garantir e reforçar os princípios do Terceiro Sector, mormente a sua autonomia, gestão democrática e participada e a sua finalidade solidária, sendo portanto fundamental para evitar que se torne numa simples marioneta na mão do Estado ou numa moda rapidamente estafada;
- iii. A auto-regulação desempenha, portanto, uma função de regulação contestável ou de denominador mais baixo que funciona como âncora para a hétero-regulação;

³³ Por todos, Panel on the Nonprofit Sector, Report to Congress and the Nonprofit Sector on Governance, Transparency, and Accountability, Independent Sector, Washington, DC, 2005; IRVIN, R. A., «State Regulation of Non-profit Organizations: Accountability regardless of the outcome», Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly, Vol. 34, n.º 2 (2005) pág. 161–178.

- iv. O estabelecimento interno de um conjunto de normas permite alterar a percepção do público em relação à Economia Social. Principalmente num contexto altamente mediatizado, uma maçã podre pode estragar todo o cesto. Assim, para efeito de protecção interna, interessa a previsão e o fortalecimento de *standards* organizativos, materiais, formais, funcionais decorrentes do conhecimento profundo do sector para separar o trigo do joio, verificando-se, na prática, em especial para as OTS muito dependentes de donativos, um esforço sério e consumidor de recursos na construção de uma regulação credível³⁴;
- v. Trata-se, ademais, de uma oportunidade de aprendizagem, formação e trabalho em rede, enriquecedora, consolidante e unificadora do sector, conferindo-lhe uma certa dimensão sistemática;
- vi. Permite-se então um reforço de dentro para fora que possibilita ao Terceiro Sector encontrar e ocupar o seu espaço e afirmar-se perante os sectores privado e público e, igualmente, perante a comunidade;
- vii. Recorda-se que o Estado não tem meios nem capacidade para controlar tudo, pelo que à semelhança do que sucede com o incentivo à (*social*) *corporate governance* nas empresas privadas e à *compliance* nas instituições financeiras, deve-se reconhecer que a regulação deve ser devolvida à OTS, garantindo maiores eficácia, efectividade e eficiência.

Apesar da força desta tese, no entanto, há que equacionar algumas limitações relevantes:

- i. A auto-regulação dificilmente ultrapassará o denominador mais baixo que não coincidirá necessariamente com o nível desejável ou até óptimo, muito porque é uma regulação interessada. Aliás, uma vez que mesmo no Terceiro Sector se encontram organizações de grandes dimensões e muito interligadas, não é de todo despropositado pensar que deterão mais poder e, conseqüentemente, que, sobrerrepresentadas, poderão capturar a regulação para servir os seus próprios interesses e características, criando pois desequilíbrios que podem fragilizar e até expulsar outras OTS e concentrar os seus poderes e aumentar o seu raio de acção;
- ii. A regulação só por si não é suficiente, importando a transição para a sua efectivação (*enforcement*);
- iii. As soluções de *nonprofit voluntary clubs* com a aposta na auto-regulação voluntária encontram obstáculos em ganhar escala (*scaling up*) face aos custos inerentes e à baixa taxa de participação nesses programas, devido,

³⁴ GURGETY, M. K., «Self-regulation, Voluntary Programs among Nonprofit Organizations», in Matthew Potoski, Aseem Prakash (eds.) *Voluntary Programs: A Club Theory Perspective*, MIT Press, Cambridge, 2009, Cap. 12 (274).

principalmente, à reduzida capacidade de muitas OTS em cumprirem as exigências e em alocarem recursos para a sua implementação, monitorização e reporte³⁵;

- iv. Deixada a regulação às OTS, até pela sua heterogeneidade, teme-se um labirinto e amontoado babélico de normas e programas em camadas nem sempre perfeitamente sobrepostas, num efeito de *layering* oneroso e ineficiente³⁶. A regulações individuais da OTS somam-se regulações consoante a sua forma jurídica, actividade, localização, alcance, dimensão, fontes de financiamento ou beneficiários, para além de especificações locais, regionais, nacionais e internacionais, entre outras³⁷;
- v. Haverá uma tentação para a manutenção do *statu quo* com custos para a inovação social e institucional;
- vi. Não é evidente a sustentabilidade financeira dos modelos auto-reguladores face aos custos inerentes e à escassez de meios de muitas das OTS que, amiúde, dependem de fundos públicos ou de donativos privados;
- vii. Cria-se um nicho para autoridades de auto-regulação que, perversamente, podem alimentar um enquadramento insuficiente e desadequado que exija continuamente o seu apoio e manutenção, servindo desta forma mais os seus interesses do que os do Terceiro Sector, e que podem ser volúveis a captura. Por outro lado, e ao contrário do Estado (assumindo que é democrático), a sua legitimidade, *accountability* e transparência, para os beneficiários e doadores, parecem frágeis.

A aposta numa regulação pública poderá auxiliar na ultrapassagem de alguns destes vieses. Todavia, terá de observar o princípio da proporcionalidade na sua tripla dimensão de necessidade, adequação e proibição de excesso, acrescida da condição de prossecução de fins legítimos, uma vez que estão em causa interesses públicos, com o intuito de afastar as “más” OTS sem afectar as “boas” ou as organizações que, sendo privadas, não prosseguem o lucro e que, não sendo públicas, prosseguem fins sociais. Ora, para se alcançar este nível óptimo de regulação, urge um conhecimento mais profundo do Terceiro Sector e da sua estrutura e dinâmica, o que realça a importância do desenvolvimento de mais estudos, a audição do conjunto das OTS e ponderação das suas recomendações e opiniões³⁸.

³⁵ GURGETY, M. K., 2009, pág. 275.

³⁶ O ECNL, 2009, pág. 18, identificou no espaço europeu cerca de 70 projectos de auto-regulação a somar a 65 de regulação pública.

³⁷ O ECNL, 2009, pág. 21, observa que a maioria das iniciativas de auto-regulação se verificam ao nível infra-nacional, sobretudo entre um conjunto restrito de OTS.

³⁸ LUO, Y., IYENGARD, G., VENKATASUBRAMANIAN, V., Soft Regulation with Crowd Recommendation: Coordinating Self-Interested Agents in Sociotechnical Systems under Imperfect Information, PLOS ONE Journal (2016).

Para além disso, considerando os vários motivos, seria de pesar uma terceira via, uma espécie de mediana, a co-regulação, que se caracteriza pelo envolvimento de partes com interesses diferenciados. Se por um lado se pode alegar que sofrerá tanto do mal da auto-regulação como do mal da regulação pública, agravados pelos custos de transacção inerentes a reunir e conciliar os diversos e heterogéneos *stakeholders*, por outro lado, pode-se defender que a participação alargada (cujos custos podem ser diminuídos através de um sistema de representação e pelo uso das novas tecnologias de comunicação), numa lógica coaseana, permite a construção de uma regulação óptima, que equilibra os interesses em jogo, minimizando capturas e ingerências, inclusivamente internas, assumindo-se como menos onerosa por, ao atender mais de perto às especificidades dos regulados, dos beneficiários e dos interesses públicos, arquitectar soluções, condutas e/ou *standards* menos discricionários e, logo, mais ajustados às características das OTS. Neste contexto, e assumindo que existe margem de negociação por parte das OTS, o recurso a contratos de gestão ou de cooperação entre OTS e o Estado pode ser caracterizado não apenas como uma forma de regulação indirecta mas igualmente de co-regulação. O mesmo sucede, na nossa concepção de co-regulação, se a lei impuser, em determinadas áreas ou para determinadas OTS, a elaboração de códigos de conduta.

Questão diferente prende-se com a intensidade da regulação ou, por outras palavras, com a sua imperatividade. Com efeito, poder-se-á optar por uma solução impositiva (*hard*) ou persuasiva (*soft*), tanto no estabelecimento de regras de conduta como na supervisão do seu cumprimento. Ora, no Terceiro Sector, em termos empíricos, observa-se uma preferência por soluções moles com, entre outros, códigos deontológicos, orientações, recomendações, princípios, manuais de boas práticas ou programas voluntários de *rankings*, *ratings* ou certificação, clubes de *accountability*, mecanismos de *comply or explain* ou de *shaming*.

A sua flexibilidade e menor onerosidade, assim como a sua aparente eficácia comprovada empiricamente e o potencial de fomento de um ambiente de aprendizagem colectivo, ajudam a justificar a sua preferência em nome do recurso à opção de menor restrição da iniciativa cooperativa e social.

Em termos de Direito comparado, recordem-se, a título exemplificativo, os *Principles for Good Governance and Ethical Practice: A Guide for Charities and Foundations* (EUA, 2007); *Principles of Accountability for International Philanthropy* (EFC e COF); *Montreux Initiative* (agora *Islamic Charities Project*); *Humanitarian Forum*; *Statement of Guiding Principles for Fundraising* (Irlanda, 2008); *Code of Corporate Governance for Irish Development Aid NGO's* (Irlanda, 2008); *Code for Good Governance of Community, Voluntary and Charitable Organizations in Ireland* (Irlanda, 2012).

5 A REGULAÇÃO EUROPEIA

Desde a sua fundação que a agora União Europeia não se preocupou com a regulação da Economia Social, deixando-a aos Estados-Membros, de acordo com o princípio da subsidiariedade. Seja por razões de negligência, com as atenções mais viradas para a promoção de uma concorrência saudável no sector privado, mesmo se em detrimento do sector público malgrado o princípio da neutralidade, seja por razões de parcimónia legislativa³⁹ até pelo reconhecimento da informalidade da Economia Social e das externalidades positivas que lhe estão associadas, a União tarda em tratar deste assunto sustentadamente, inclusive perante a sua dimensão sobrevinda, alcance inter-comunitário e papel significativo na construção de um Modelo Social Europeu, com pleno emprego e efectivação dos direitos fundamentais, económicos e sociais.⁴⁰

Destarte, no Tratado de Roma apenas se encontra uma referência negativa às OTS no agora artigo 54.º (ex. 48.º) do Tratado de Funcionamento da União Europeia - TFUE para as excluir, quando sediadas num Estado-Membro, do estabelecimento noutro, o que claramente revela a preferência pelo sector privado e lucrativo, não fosse esta uma comunidade económica⁴¹. É preciso esperar pelo Tratado de Nice para surgir uma menção à sociedade civil na governação europeia, com representação no Comité Económico e Social, no artigo 300.º n.º 2 (ex. 257.º) TFUE. Com o Tratado de Lisboa e o novo artigo 15.º TFUE promove-se a abertura e transparência das instituições europeias com a participação da sociedade civil, mesmo se não se foi tão longe quanto projectado nos trabalhos preparatórios.

Estranhamente, porém, quando se analisa o trabalho europeu nesta área, o panorama, além de pobre, demonstra abordagens restritivas e contraditórias com o desenvolvimento do potencial do Terceiro Sector: “*em primeiro lugar, os obstáculos criados pelas políticas «antitrust», que consideram as atividades cooperativas como «acordos» ou práticas que restringem a concorrência, devendo, por conseguinte, ser proibidas e, em segundo lugar, a atual revisão das políticas de apoio estatal e dos financiamentos de serviços de interesse geral; os únicos beneficiários que não são questionáveis são as cláusulas sociais e as associações sem fins lucrativos.*”⁴² Acresce também o facto da inexistência de harmonização

³⁹ BREEN, O., 2008, pág. 50.

⁴⁰ Para mais sobre o tratamento pelo Direito Europeu do Terceiro Sector, ver BREEN, O., 2008 e 2001; Comité Económico e Social Europeu pelo Centro Internacional de Pesquisa e Informação sobre Economia Pública, Social e Cooperativa - CIRIEC, A Economia Social na União Europeia - Relatório de Rafael Chaves e José Luis Monzón, 2012. <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/a_ces11042-2012_00_00_tra_etu_pt.pdf>.

⁴¹ Sobre outra interpretação do artigo, podendo significar o reconhecimento da incompetência da EU em matéria da Economia social, BREEN, O., 2008, pág. 61-62 e ainda a propósito do caso Stauffer (C-386/04 Stauffer [2006] ECR I-8203), pág. 67 ss.

⁴² CIRIEC, pág. 76.

fiscal e institucional das OTS dificultar o trabalho transeuropeu destas e não lhes possibilitar usufruir plenamente dos benefícios do mercado comum.⁴³ O Tribunal de Justiça, pelo seu lado, vem reconhecendo as OTS como sujeitas ao Direito Europeu em várias áreas, nomeadamente no Direito do Trabalho, e defende que têm os mesmos direitos que as entidades lucrativas no plano da liberdade de circulação de capitais.⁴⁴

Ademais, os esforços europeus esbarram em dois problemas de base, a saber, uma “*base jurídica desadequada e a sua definição conceptual insuficiente e generalizada, que se debate com a inexistência de referências expressas nos textos de base da UE (Tratado de Roma e Tratado de Maastricht) e uma definição (se existe) baseada mais na forma jurídica do que nas atividades desenvolvidas, bem como toda uma variedade de termos (terceiro setor, sociedade civil, etc.) que impedem o consenso quanto ao termo a empregar.*”⁴⁵ Se esta última limitação parece transversal ao enquadramento continental-europeu das OTS, incluindo ao nível nacional, a segunda prende-se com a dificuldade de reconduzir esta temática tanto ao artigo 114.º do TFUE como ao artigo (por defeito) 352.º do TFUE.⁴⁶

Ora, apesar dos apelos sucessivos, pese embora intermitentes, para a consagração de um estatuto europeu para as fundações, associações, mutualidades e cooperativas, mormente na sequência, em 1989, da Comunicação da Comissão ao Conselho sobre “*As empresas da economia social e a realização de um mercado europeu sem fronteiras*”, com o intuito de acautelar maior transparência e reduzir custos na iniciativa solidária, em particular transeuropeia, estes não só não se concretizaram como os últimos desenvolvimentos associados à vivência em sociedades sob ameaça terrorista e susceptíveis a criminalidade económico-financeira parecem sugerir uma opção restritiva do espaço de liberdade social e cívica⁴⁷.

Com efeito, a Recomendação Especial VIII da Financial Action Task Force (FATF) veio reconhecer e alertar para a vulnerabilidade das OTS a abusos terroristas, abrindo a janela para uma regulação intrusiva e cerceadora, apelando, primeiro, no seu *Best Practices Paper* de 2002, para a exigência de uma transparência quanto aos fins das OTS, de verificação programática e controlo administrativo, e, segundo, na sua *Interpretative Note* de 2006, à promoção de monitorização e fiscalização eficazes, à recolha e verificação de informação e a mecanismos de coo-

⁴³ BREEN, O., 2008, pág. 50.

⁴⁴ Com referências jurisprudenciais, BREEN, O., 2008, pág. 65 ss.

⁴⁵ CIRIEC, pág. 74.

⁴⁶ Sobre outras possíveis bases jurídicas e as dificuldades na sua utilização, BREEN, O., 2008, pág. 62-64.

⁴⁷ Sobre o potencial cerceador e anti-OTS da regulação em torno da fictícia/real ameaça terrorista, Transnational NPO Working Group on FATF, Recommendations: Financial Action Task Force Typology Review, 2014, <<http://www.charityandsecurity.org/sites/default/files/files/NPO%20Sector%20Typology%20Position%20Paper%20FATF.docx.pdf>>.

peração internacional adequados.⁴⁸ Por outro lado, a Comunicação da Comissão (2005) 620 final, intitulada “*Prevenir e combater o financiamento do terrorismo através de uma melhor coordenação a nível nacional e de uma maior transparência do sector não lucrativo*”, faz várias solicitações aos Estados-Membros, designadamente registos de OTS acessíveis ao público, a sua manutenção adequada, incluindo no plano da contabilidade, orientações de transparência financeira e o encorajamento do cumprimento do código de conduta que se pretende adoptar a nível europeu (mas que é mal recebido pelo Terceiro Sector, quer no plano procedimental como substantivo). Curiosamente, a Comunicação não apela nem determina um dever de coordenação dos Estados-Membros, nem equaciona problemas de implementação das suas propostas no nível nacional.

A União Europeia, porém, modera o tom ingerente um mês mais tarde, no Conselho da Europa de 1 e 2 de Dezembro de 2005, reconhecendo a responsabilidade das OTS e do Estado na salvaguarda da Economia Social; a importância de um conhecimento fortalecido e contínuo do Terceiro Sector pelos Estados; a base de confiança e de probidade das OTS residir na transparência, *accountability* e boa governança; a necessidade de um diálogo entre as OTS, o Estado e outros *stakeholders* na luta contra o terrorismo; e diminuição de propósitos e risco terroristas, nomeadamente por via de donativos, na hipótese de supervisão ajustada.

A avaliação das fragilidades do Terceiro Sector continua com a apresentação de três relatórios⁴⁹ quanto aos seus progressos em termos prudenciais e comportamentais, mas apesar das conclusões quanto à falta de dados para o estabelecimento de relações causais entre o modelo organizativo e de gestão das OTS, o crime financeiro e o terrorismo e das recomendações para se abordar de forma mais abrangente o problema através de um reforço da transparência e *accountability*, a Comissão volta a insistir na tecla do terrorismo em detrimento da boa governança na sua Comunicação (2009) 262 final e no seu *Discussion Paper* sobre orientações para as OTS, de Junho de 2010, em que propõe algumas medidas excessivamente onerosas para muitas entidades na lógica de uma avaliação de risco continuada de vulnerabilidade ao terrorismo, tais como manter registos auditados de transferências de fundos para países terceiros ou auditorias *in loco* a beneficiários.

Com a verdadeira carta aberta de vários e reputados académicos à Comissão Europeia, num grave contexto de crise económica e financeira na Europa, com a publicação do relatório “*From words to action: Supporting cooperative and social*

⁴⁸ Sobre esta matéria, insistindo nos perigos de uma regulação demasiado restritiva para as OTS, BREEN, O., 2011.

⁴⁹ Independent Scrutiny Report de 2007; Matrix Insight, Study to Assess the Extent of Abuse of Non-Profit Organisations for Financial Criminal Purposes at EU Level, 2008, <http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/terrorism/docs/study_abuse_non_profit_orgs_for_financial_criminal_purposes_avril09.pdf>; ECNL, 2009.

enterprises to achieve a more inclusive, sustainable and prosperous Europe”⁵⁰, com o Relatório Toia do Parlamento Europeu em 2009 e o parecer sobre a “*Diversidade de formas de empresas*” do Comité Económico e Social Europeu, a Comissão é empurrada para uma nova abordagem das OTS, em especial na sua vertente de empresas sociais.

Destarte, a Comissão apresenta, em 2011, três comunicações⁵¹ que se debruçam sobre a Economia Social com um tom menos restritivo e mais respeitador e fomentador da actividade social, sobretudo do empreendedorismo social.

Em suma, mesmo sem *hard law* específica para as OTS e muito embora o contributo do Terceiro Sector possa revelar-se uma pedra angular na construção de uma Europa social e mais coesa e num ganho significativo de democraticidade e proximidade aos cidadãos para a União Europeia, as suas iniciativas moles, particularmente da Comissão enquanto verdadeiro órgão supranacional, denotam não só um certo desconhecimento da Economia Social, dificilmente compatível com uma abordagem *top-down*, como alguma desconfiança. Não se estranha que as OTS reajam negativamente às suas propostas e defendam veementemente soluções de auto-regulação.

As dificuldades demonstradas pela Comissão e as limitações de uma abordagem *top-down* num contexto de complexidade e heterogeneidade institucional e de especificidades nacionais e locais, apesar do movimento presente generalizado de aproximação ao modelo de empresa (social), sugerem que mais do que uma harmonização legislativa e regulação europeias, que acabariam por ter que optar, para vingar, por um denominador comum mais baixo inoperativo e ineficaz, seria aconselhável começar, até por questões políticas, por uma construção jurisprudencial que tem, noutras áreas, comprovado a capacidade do Tribunal de Justiça em criar Direito adequado, revelar fragilidades das soluções europeias e fornecer, desta forma, matéria-prima para uma reflexão mais aprofundada, possibilitando o desenvolvimento consequente de uma arquitectura jurídica supranacional mais informada e balizada.⁵² Este caminho, além de mais prudente, permite igualmente

⁵⁰ European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises - EURICSE, From words to action: Supporting cooperative and social enterprises to achieve a more inclusive, sustainable and prosperous Europe, European Scholars, Trento, 2010. <http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/03/1322236001_n1860.pdf>.

⁵¹ Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, «Análise do “Small Business Act” para a Europa» (COM(2011) 78 final); Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, «Iniciativa de Empreendedorismo Social — Construir um ecossistema para promover as empresas sociais no centro da economia e da inovação sociais» (COM(2011) 682 final); Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões intitulada «Ato para o Mercado Único — Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua — “Juntos para um novo crescimento».

⁵² BREEN, O., 2008, pág. 60 ss, pág. 78.

evitar (em parte) as implicações fiscais e o arreigado (último) reduto da soberania fiscal.⁵³

6 REGULAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL

O regime jurídico das OTS em território nacional enreda-se numa intricada teia de diplomas, tanto por tipos de instituições (ex. cooperativas, mutualidades, misericórdias) como por actividades (ex. saúde, educação, desporto). A publicação tardia da LBES procura dar alguma sistematicidade ao labirinto jurídico, servindo de telhado e de elo de ligação entre os vários documentos.

Face à heterogeneidade das OTS e à amplitude do seu raio de acção, não se focarão nem analisarão aqui todos os diplomas, concentrando, destarte, as atenções nuns poucos, considerados significativos e/ou paradigmáticos, além de que se procurará tão-somente captar quais as opções jurídicas, formais, procedimentais e substantivas, que o legislador luso preferiu na sua regulação prudencial e comportamental, de modo a servir de exemplificação para os pontos *supra* desenvolvidos. Por esta razão, ficarão de fora vários tipos institucionais de OTS como as associações, as mutualidades ou as misericórdias, tal como legislação específica sobre a provisão de determinados bens ou serviços, com exigências de licenças, certificações de qualidade, entre outras, em matérias como alimentação, educação, cuidados de saúde, lares, apoio jurídico.

Pela sua natureza unificadora e enquadradora, começa-se pela LBES.

Em primeiro lugar, no estabelecimento dos princípios orientadores da Economia Social, no artigo 5.º, é possível antever alguma preocupação com questões tanto prudenciais como comportamentais, ainda que sem se explicitar a sua efectiva concretização (mas afinal está-se no plano dos princípios). Assim, na alínea c) defende-se o controlo democrático dos respetivos órgãos pelos seus membros, recordando a necessidade de gestão participada e a recusa de OTS que servem os interesses próprios de um líder, incluindo do seu ego. Nas alíneas f) e g) prosseguem achegas prudenciais com preocupações de independência face ao Estado e a privados e a adequada alocação dos recursos com a afetação dos excedentes à prossecução dos fins das OTS de acordo com o interesse geral. No plano comportamental, de assinalar, sobretudo a menção à transparência na alínea e), que volta a surgir, juntamente com a referência a “qualidade” no artigo 8.º. Não deixa de ser curioso que o corpo deste último preceito não esclareça quem se quer proteger com estas características. Resulta apenas da sua epígrafe, que não é de todo vinculativa, que se reporta aos membros da OTS, utilizadores e beneficiários. Ora, este alcance parece reduzido, *maxime* se atendermos a que o artigo 9.º e também o artigo 10.º tratam da relação com o Estado mas tão-somente na perspectiva

⁵³ BREEN, O., 2008, pág. 60.

Estado-OTS e não OTS-Estado e ao facto de muitas OTS terem como principal “cliente”/interlocutor o Estado. Por outro lado, além de não se equacionar expressamente (mesmo que por via da epígrafe) um dever de qualidade e de transparência para com o Estado, estranha-se que não haja uma palavra quanto a doadores. Contudo, estas omissões podem ser ultrapassadas pela já mencionada alínea e) do artigo 5.º ao consagrar um princípio geral, do qual o artigo 8.º é um corolário ou, pura e simplesmente, ao ignorar a epígrafe ou fazer uma interpretação extensiva (se considerarmos que os doadores e o Estado são uma espécie de utilizadores/beneficiários) ou, no limite, analógica do preceito.

Em segundo lugar, a previsão, no n.º 1 do artigo 6.º, da construção, publicação e actualização de uma base de dados pública permanente das OTS, mesmo se não se indiquem os seus conteúdos concretos, representa um passo no sentido da transparência porquanto a simples verificação por um beneficiário, doador ou até voluntário/potencial funcionário da (in)existência de uma OTS auxilia à confiança necessária no sector.

Em terceiro lugar, sublinhe-se que o artigo 8.º, *supra* citado, preconiza conjuntamente segurança interna (na relação com os membros da OTS) e externa (na relação com os utilizadores e beneficiários). Aqui valem uma vez mais os reparos feitos sobre a limitação desta solução com a diferença de neste caso não ser fácil reconduzir a extensão ao Estado e aos doadores a uma das alíneas do artigo 5.º.

Quanto aos artigos 9.º e 10.º, em certa medida retomados pelo artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho, que estabelece os princípios orientadores e o enquadramento a que deve obedecer a cooperação entre o Estado e as OTS, apesar da direccionalidade Estado-OTS, sugerem o apelo a uma regulação pública com uma componente tanto prudencial como comportamental: por um lado, garantindo a adequação da capacidade material, humana e técnica das OTS; a estabilidade na provisão de bens serviços ao Estado, de acordo com critérios de qualidade definidos por este; o reforço da auto-sustentabilidade económico-financeira das OTS e da inovação social e tecnológica; o fomento da gestão organizacional; por outro, incentivando a formação profissional (que também tem uma componente prudencial, *maxime* quando ligada aos órgãos dirigentes); assegurando a relação transparente entre as OTS e os seus membros; e, no geral, disseminando boas práticas.

No entanto, se atentarmos ao elemento literal, a aposta será mais na supervisão do que na regulação em sentido estrito, otimizando os recursos, nomeadamente através da utilização das estruturas de supervisão já existentes. Todavia, face à amplitude de tarefas a que o Estado se propõe nestes dois preceitos, haverá sempre lugar para a regulação em sentido estrito⁵⁴, regulação indirecta através dos

⁵⁴ Note-se que apesar da presunção do n.º 2 do artigo 9.º do CCiv., nem sempre o legislador escolhe ajustadamente a terminologia. Veja-se que a Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto surge como lei-quadro

contratos de cooperação e gestão e até para alguma desregulação. Com efeito, destaquem-se as expressões “*facilitar a criação de novas entidades da economia social*” e “*removendo os obstáculos que impeçam a constituição e o desenvolvimento das atividades económicas das entidades da economia social*”, da alínea c) do n.º 2 do artigo 10.º.

Parte desta iniciativa, se não conduzida directamente pelo Estado, poderá ser levada a cabo com o impulso da Cooperativa António Sérgio para a Economia Social - Cooperativa de Interesse Público de Responsabilidade Limitada, vulgo CASES, criada pelo Estado para substituir o instituto público INSCOOP - Instituto António Sérgio do Sector Cooperativo, I. P., e que agrega o Estado e outras entidades do sector cooperativo e da Economia Social, funcionando um pouco como uma OTS “chapéu”.

Ora, do Decreto-Lei n.º 282/2009, de 7 de Outubro, em particular das alíneas d), a f) do n.º 2 do artigo 4.º, cabe-lhe, entre outros, promover o reconhecimento e capacitação institucional das OTS, dinamizar a formação no sector, incluindo o reforço da qualificação dos profissionais e da sustentabilidade das OTS, reforçar a visibilidade da iniciativa das OTS e, conseqüentemente, a sua transparência. De outra banda, no sector cooperativo, tem especiais atribuições reforçadas em matéria de regulação e sobretudo de supervisão como decorre do n.º 4 do artigo 4.º, a saber, fiscalizar a utilização da forma cooperativa; comprovar através de credencial a constituição e funcionamento regulares das cooperativas; solicitar judicialmente a dissolução das cooperativas incumpridoras e fraudulentas e, junto do serviço do registo competente, das cooperativas cuja actividade não coincida com o objecto expresso nos estatutos; credenciar as cooperativas e suas organizações de grau superior; e manter uma base de dados actualizada sobre cooperativas.

No que respeita as OTS de natureza cooperativa, o Código Cooperativo⁵⁵ apresenta uma série de disposições que têm naturalmente reflexos na solidez institucional, na qualidade da governança, na transparência e *accountability*, a começar pela necessidade de registo para aquisição de personalidade jurídica (artigo 17.º), passando por alguns dos princípios, como a gestão democrática e a educação, formação e informação (artigo 3.º), e acabando nos modelos propostos de estrutura organizativa, em regra com órgão de gestão e de fiscalização interna colegiais (artigo 28.º).

Ao nível prudencial, recordem-se, entre outros, em nome da garantia de uma gestão sã e prudente, as causas de perda de mandato dos titulares dos órgãos do artigo 30.º associadas aos deveres consagrados no artigo 46.º para a administra-

das entidades reguladoras mas abrange entidades que fazem supervisão e que até a incluem na sua designação como a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões. Em ambas as situações regulação e supervisão surgem em sentido lato e conseqüentemente como sinónimos.

⁵⁵ Lei n.º 119/2015, de 31 de Agosto.

ção; as incompatibilidades do artigo 31.º; o papel da assembleia na apreciação e votação do relatório de gestão, do plano de actividades, orçamento e documentos de prestação e de certificação legal de contas, assim como na fixação dos juros a pagar aos membros da cooperativa e da distribuição dos excedentes (em especial, alíneas b) a f) do artigo 38.º); o zelo no cumprimento do Direito, em geral, e das regras de contabilidade, em particular, nas alíneas e) e h) do artigo 47.º; a) e c) do artigo 53.º e a), c) e d) do n.º 2 do artigo 70.º; a verificação de saldos de caixa e a existência de títulos e valores de qualquer espécie, na alínea d) do artigo 53.º e b) do n.º 2 do artigo 70.º; a definição do capital social, da sua realização, transmissão, aquisição, remuneração e reembolso dos títulos de capital nos artigos 81.º e seguintes; a emissão de títulos de investimento, artigos 91.º e seguintes, e de obrigações, artigo 95.º; a obrigação da constituição de uma reserva legal insusceptível de repartição nos termos do artigo 96.º e 99.º; e a credenciação anual da CASES, no artigo 117.º

No plano comportamental, assinalem-se, designadamente, os direitos dos cooperadores a informação interna sobre a cooperativa, numa lógica de controlo endógeno e de participação, e a usufruir de iniciativas de educação e formação (alíneas d) f) do artigo 21.º n.º 1), sendo que deve ser constituída uma reserva obrigatória para estas actividades (artigo 97.º); a comunicação obrigatória à CASES, prevista no artigo 116.º, para aumento da transparência e *accountability*, dos relatórios anuais de gestão, dos documentos anuais de prestação de contas e do balanço social.

Quanto ao Direito fundacional, concentrando-nos na Lei-Quadro das Fundações⁵⁶, e deixando de lado propositadamente, pelo seu mero carácter exemplificativo para o efeito desta análise sumária da regulação lusa das OTS, outros diplomas aplicáveis, registem-se várias normas de prudência e de conduta.

Por um lado, atente-se à aquisição de personalidade jurídica por reconhecimento que, na hipótese de fundações privadas, está entregue ao Primeiro-Ministro nos termos dos artigos 6.º e 40.º n.º 1, obrigando a um procedimento burocrático mais complexo quando se tratam de fundações de solidariedade social que actuem em determinadas áreas; à defesa do instituto fundacional, em particular nos n.º 1 a 3 do artigo 7.º, mormente através da prevenção de conflitos de interesse, incompatibilidades e a limitação, no caso das fundações públicas ou públicas de Direito privado, ao número de mandatos dos seus órgãos e ainda do reconhecimento de que a disposição de bens ou valores a favor do património fundacional não seja um acto praticado em prejuízo dos credores; à necessidade de registo e de constar de uma base de dados única, mantida e disponibilizada para consulta pública pelo Instituto dos Registos e do Notariado, até para recebimento de apoios financeiros públicos (n.º 3 a 5 do artigo 8.º); à limitação das despesas com pessoal e órgãos

⁵⁶ Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, alterada pela Lei n.º 150/2015, de 10 de Setembro.

da fundação, no caso de fundações privadas com estatuto de utilidade pública (e de fundações públicas), a um décimo dos seus rendimentos anuais, devendo pelo menos dois terços destes serem despendidos na prossecução directa dos fins estatutários para as fundações cuja atividade consista maioritariamente na concessão de benefícios ou apoios financeiros à comunidade, e de dois terços dos seus rendimentos anuais para as cuja atividade resida essencialmente na prestação de serviços à comunidade, sob pena da caducidade do estatuto de utilidade pública, de acordo com o artigo 10.º; à necessidade, sob pena de nulidade, de autorização da entidade competente para o reconhecimento para a alienação de bens que integrem o património inicial da fundação segundo o artigo 11.º; à imposição de um modelo organizativo (embora algo flexível) nos artigos 26.º e 27.º; à ponderação de encargo prejudicial aos fins da fundação como resulta do artigo 34.º.

Por outro lado, veja-se: o dever de aprovação de códigos de conduta e de boas práticas e de gestão transparente como estabelecido no n.º 1 do artigo 7.º, transparência essa que é desenvolvida no artigo 9.º através da imposição de uma série de actos de *disclosure* e de reporte informativo, quer em relação a instituições públicas, quer em relação ao público em geral através de uma página na internet a manter actualizada, servindo a possibilidade de acesso a fundos públicos como potencial moeda de troca (sublinhe-se, em especial, com repercussões em termos prudenciais, o facto de se exigir no n.º 4 que o relatório anual de actividades e de contas deva conter “*informação clara e suficiente sobre os tipos e os montantes globais dos benefícios concedidos a terceiros e dos donativos ou dos subsídios recebidos, bem como sobre a gestão do património da fundação*”); ademais, nos termos dos n.º 6 e 7 do artigo 9.º, as fundações estão sujeitas ao regime declarativo da Informação Empresarial Simplificada e ao regime de normalização contabilística para as entidades do sector não lucrativo (e as fundações públicas sujeitam-se ao regime de gestão económico-financeira e patrimonial considerado na lei-quadro dos institutos públicos).

Por último, a respeito das fundações (antes de mais de solidariedade social), sublinhe-se a previsão expressa de um sistema de supervisão entregue ao Primeiro-Ministro, serviços competentes do Ministério da Solidariedade, Emprego e Segurança Social e à Inspeção-Geral de Finanças que podem ordenar a realização de inquéritos, sindicâncias, inspecções e auditorias, sem prejuízo do disposto no EIPSS, de acordo com o artigo 41.º.

Em Portugal, a obtenção de estatuto de IPSS e a conseqüente submissão ao seu regime jurídico sujeita as OTS a um nível reforçado e uniformizado (independentemente da forma legal) de transparência, *accountability* e boa governança, como contrapartida de benefícios públicos.⁵⁷ A sua regulação é então reforçada e aproxima-se do exigido às sociedades comerciais.

⁵⁷ ECNL, 2009, pág. 20.

Em matéria de registo, cuja obrigatoriedade decorre do n.º 1 do artigo 7.º, observa-se uma solução mais sofisticada que advém do Regulamento de Registo das Instituições Particulares de Solidariedade Social do Âmbito da Acção Social do Sistema de Segurança Social, do Regulamento do Registo das Instituições Particulares de Solidariedade do Âmbito do Ministério da Educação, aprovados, respectivamente, pelas Portarias n.º 139/2007, de 29 de Janeiro, e 860/91, de 20 de Agosto, e, no caso de fundações de solidariedade social constituídas como IPSS com fins principais ou exclusivos de promoção e protecção da saúde, a Portaria n.º 466/86, de 25 de Agosto.

No que respeita a estrutura organizativa, de acordo com o n.º 1 do artigo 12.º, exige-se, sem excepção de natureza ou dimensão, pelo menos um órgão colegial de administração e outro com funções de fiscalização, ambos constituídos por um número ímpar de titulares, com a definição de incompatibilidades e impedimentos para os seus titulares nos artigos 15.º n.º 2, 15.º-A, 17.º n.º 5 e 21.º-B. No caso de se tratar de uma associação, o n.º 2 do mesmo preceito impõe uma assembleia geral de associados, garantindo-se, deste modo, um maior controlo interno da OTS. Esta preocupação com uma boa governança é acentuada nos artigos 13.º n.º 1 e 3, 14.º n.º 1, 18.º, 21.º-A e 21.º-C n.º 1 e 6, mormente com profissionais qualificados e idóneos, sobretudo nos órgãos de gestão e de auditoria; a fixação dos seus patamares máximos de remuneração, inclusivamente pesando a situação financeira da OTS; a duração e renovabilidade dos seus mandatos; a feitura de regulamentos internos; o estrito cumprimento legal; a elaboração e partilha interna do plano de actividades, orçamento e relatório e contas de gerência; uma contabilidade organizada, com as contas de exercício, segundo o regime mais estrito do artigo 14.º, a terem de obedecer ao Regime da Normalização Contabilística para as entidades do sector não lucrativo e a serem publicitadas obrigatoriamente no *site* da instituição.

Por questões prudenciais mas igualmente de transparência, determinam-se as regras para a realização de obras, alienação e arrendamento de imóveis no artigo 23.º. Acresce que, em termos de normas de conduta, se retira do n.º 1 do artigo 37.º a obrigação de qualidade na relação com os beneficiários, já que a par de comportamentos ilegais também graves condições de insalubridade, de inadequação das instalações ou deficientes condições de segurança, higiene e conforto dos beneficiários podem motivar o encerramento da IPSS.

Já na secção III do diploma prevê-se expressamente a supervisão pública, tanto no plano administrativo, com inquéritos, sindicâncias e inspeções levadas a cabo pelos serviços competentes do ministério responsável pela área da segurança social de acordo com o artigo 34.º, como no plano judicial, nos artigos 35.º e 35.º-A. Ademais, face à importância social das IPSS, um pouco como nas instituições de crédito (retomando o nosso paralelismo com os mercados financeiros), procura-se antes de as sancionar com a sua expulsão do mercado/sector, encerrando-as (ar-

tigo 37.º), corrigir as anomalias constituindo uma comissão provisória de gestão (artigo 35.º), recorrer a um procedimento cautelar (artigo 36.º) ou à requisição de bens (artigo 38.º).

Por último, enfatizar que, pese embora a regulação pública das OTS e das IPSS, em especial, o legislador reconhece limites à sua intervenção, até por imposição constitucional, seja quanto ao respeito pelos beneficiários como pela vontade dos fundadores, segundo os artigos 5.º e 6.º. Ou seja, parece procurar-se uma solução regulatória que não asfixie as OTS ao mesmo tempo que se protegem os beneficiários e os interesses públicos. Logo, talvez se ajude a explicar a revogação dos artigos 32.º e 33.º relativos a actos sujeitos a autorização e a visto, um pouco como dar com uma mão o que se tirou com a outra, *i.e.* com o refinamento da regulação pública com alterações aos preceitos e adição de novos com *standards* de boa governança e *accountability* mais exigentes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das páginas anteriores procede um conjunto de conclusões:

- i. A constitucionalidade e necessidade de regulação das OTS;
- ii. A necessidade de se apostar em modelos flexíveis de regulação, face à heterogeneidade e alguma informalidade salutar das OTS, assim como ao imperativo constitucional e à importância social no terreno de manter um sector solidário autónomo e uma verdadeira iniciativa cooperativa e social. Tal significa: combinar soluções de auto-regulação com um nível óptimo de regulação pública, não demasiado intrusiva e onerosa para as OTS nem lesiva dos beneficiários, apenas na proporção de acautelamento da parte da confiança não assegurada pela auto-regulação; preferir soluções moles quando estas se revelarem tão ou mais eficientes e eficazes do que respostas duras;
- iii. A regulação das OTS deverá assemelhar-se à das instituições financeiras, comportando uma componente prudencial e uma componente comportamental;
- iv. A regulação supranacional das OTS parece difícil e até, em parte, indesejável por procurar uma “normalização” de um sector que é histórica e culturalmente diverso. A regulação deverá ser deixada preferencialmente, na lógica da subsidiariedade, ao patamar nacional (e/ou infra-local, consoante a estrutura político-administrativa mas também social dos Estados-Membros);
- v. Em Portugal, à semelhança do que sucede noutros países, o labirinto regulatório é um facto, sugerindo a análise de alguns dos principais diplomas uma maior preocupação pública com questões prudenciais do que com-

portamentais, talvez por se considerar que, até por se estar no âmbito da Economia solidária, a dimensão ética das condutas deverá primeiramente vir de dentro.

Com a *débaçle* económico-financeira iniciada em 2007 com problemas com os produtos *subprime* e agravada por uma crise de dívidas soberanas, o número de OTS e da sua iniciativa nos últimos anos aumentou com o conseqüente apelo para uma maior regulação da sua actividade, seja pela fragilidade e número acrescidos dos beneficiários, seja pela mais eficiente alocação dos recursos públicos transferidos para o Terceiro Sector. Num período de (aparente) retoma, interessará saber se a Economia Social vai conseguir ou não manter o *momentum* e alterar o paradigma de Estado e como tal se irá reflectir no modelo e no plano quantitativo e qualitativo da sua regulação tanto mais que as fronteiras entre os três sectores se esbatem paulatinamente. Uma análise empírica alargada e transdisciplinar do impacto das actuais soluções regulatórias lusas (auto-, co- e hétero-) deveria ser desenvolvida para permitir desenhar a melhor solução e perceber se as conclusões teóricas retiradas continuam a fazer sentido no contexto sócio-cultural português. O desafio fica lançado.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, V., *Governação, Instituições e Terceiro Sector. As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.
- BREEN, O., «EU Regulation of Charitable Organizations: The Politics of Legally Enabling Civil Society», *International Journal of Not-for-Profit Law*, Vol. 10, n.º 3 (2008) pág. 50-78.
- BREEN, O., *Through the Looking Glass: European perspectives on non-profit vulnerability, legitimacy and regulation*, University College Dublin, Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies, Research Paper n.º 47/2011, Dublin, 2011.
- Centro Internacional de Pesquisa e Informação sobre Economia Pública, Social e Cooperativa - CIRIEC, *A Economia Social na União Europeia - Relatório de Rafael Chaves e José Luis Monzón*, 2012. <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/a_ces11042-2012_00_00_tra_etu_pt.pdf>.
- EAKIN, L. [et al.], *A policy perspective on Canada's non-profit maze of regulatory and legislative barriers Mapping the way forward for third sector organizations*, Policy Brief, The Wellesley Institute, 2009.
- EBRAHIM, A., *The Many Faces of Nonprofit Accountability*, Harvard Business School, Working Paper n.º 10-069, Cambridge, 2010.
- European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises - EURICSE, *From words to action: Supporting cooperative and social enterprises to achieve a more inclusive, sustainable and prosperous Europe*, European Scholars, Trento, 2010. <http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/03/1322236001_n1860.pdf>.
- European Center for Not-for-Profit Law - ECNL, 2009, *Study on Recent Public and Self-Regulatory Initiatives Improving Transparency and Accountability of Non-Profit*

- Organisations in the European Union*, Budapest. <http://www.ecnl.org/dindocuments/306_ECNL%20Accountability%20Study_published%20on%20DG%20JLS.pdf>.
- GURGETY, M. K., «Self-regulation, Voluntary Programs among Nonprofit Organizations», in Matthew Potoski, Aseem Prakash (eds.) *Voluntary Programs: A Club Theory Perspective*, MIT Press, Cambridge, 2009, Cap. 12.
- IRVIN, R. A., «State Regulation of Non-profit Organizations: Accountability regardless of the outcome», *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, Vol. 34, n.º 2 (2005) pág. 161-178.
- LOPES; A., PARENTE, C., MARCOS, V., «Entre o Estado e o Terceiro Sector: Modelos de regulação. O Terceiro Sector em foco», in Cristina Parente (ed.), *Empreendedorismo Social em Portugal*, FL-UP, Porto, 2014, pág. 75-101.
- LUO, Y., IYENGARD, G., VENKATASUBRAMANIAN, V., *Soft Regulation with Crowd Recommendation: Coordinating Self-Interested Agents in Sociotechnical Systems under Imperfect Information*, PLOS ONE Journal (2016).
- Panel on the Nonprofit Sector, *Report to Congress and the Nonprofit Sector on Governance, Transparency, and Accountability*, Independent Sector, Washington, DC, 2005.
- PAZ FERREIRA, E., MORAIS, L., «A Regulação Sectorial da Economia - Introdução e Perspectiva Geral», in Luís Morais, Eduardo Paz Ferreira, Gonçalo Anastácio (coord.) *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 7-38.
- PEREGO, P., VERBEETEN, F., «Do ‘good governance’ codes enhance financial accountability? Evidence from managerial pay in Dutch charities», *Financial Accountability and Management*, Vol. 31, n.º 3 (2015), pág. 316-344.
- SHILLER, R. J., AKERLOF, G. A. Akerlof, *À Pesca de Tolos - A Economia da Manipulação e do Logro*, Actual Editora, Coimbra, 2016.
- Transnational NPO Working Group on FATF, *Recommendations: Financial Action Task Force Typology Review*, 2014, <<http://www.charityandsecurity.org/sites/default/files/files/NPO%20Sector%20Typology%20Position%20Paper%20FATF.docx.pdf>>.
- VAUGHAN, S. K., ARNSEAULT, S., *Managing non-profit organizations in a policy world*, SAGE-Copress, Thousand Oaks, CA, 2014.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 39 (2016-2017), págs. 89-101
ISSN: 1130-2682

**COOPERATIVAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS:
CONTRIBUCIONES AL BIENESTAR COMUNITARIO
DESDE SU IDENTIDAD. ANÁLISIS A LA LUZ DE LA
LEGISLACION DE COOPERATIVAS DE EUSKADI**

*COOPERATIVES OF PUBLIC SERVICES: CONTRIBUTIONS
TO COMMUNITY WELFARE FROM THEIR IDENTITY.
ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE COOPERATIVE
LEGISLATION OF THE BASQUE COUNTRY*

VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE*

Recepción: 31/7/2017 - Aceptación: 25/9/2017

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad de Deusto. Dirección de correo electrónico:

RESUMEN

De acuerdo con la Declaración de Identidad Cooperativa aprobada en el año 1995 por la Asamblea General de la Alianza Cooperativa Internacional, la cooperativa puede definirse como una asociación autónoma de personas unidas voluntariamente para hacer frente a necesidades y aspiraciones comunes a través de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente controlada, regida por un sistema singular de principios y valores.

En el presente trabajo, se analiza la instrumentalización jurídica de la colaboración del cooperativismo en la prestación de servicios públicos como estrategia para su mejoramiento, en la que cobra especial importancia el séptimo principio cooperativo, que aboga por que estas entidades trabajen en pro del desarrollo sostenible de sus comunidades con arreglo a las políticas adoptadas por sus socios.

PALABRAS CLAVE: colaboración público-privada, colaboración público-cooperativa, servicios públicos, servicios asistenciales.

ABSTRACT

According to the Declaration of Cooperative Identity approved in 1995 by the General Assembly of the International Cooperative Alliance, the cooperative can be defined as an autonomous association of persons united voluntarily to meet common needs and aspirations through a company owned jointly and democratically controlled, governed by a unique system of principles and values.

In this paper, we analyze the legal instrumentation of cooperative collaboration in the provision of public services as a strategy for its improvement, in which the seventh cooperative principle, which advocates that these entities work for the sustainable development of their communities in accordance with the policies adopted by their partners.

KEY WORDS: public-private collaboration, public-cooperative collaboration, public services, services.

SUMARIO: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN. 2. LA COLABORACIÓN DEL COOPERATIVISMO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. 2.1. Aproximación al estado de la cuestión. 2.2. Especial referencia al papel de las cooperativas de iniciativa social. 3. IDENTIDAD COOPERATIVA PARA LA MEJORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. COOPERATIVE COLLABORATION IN THE PROVISION OF PUBLIC SERVICES. 2.1. Approach to the state of the matter. 2.2. Special reference to the role of social initiative cooperatives. 3. COOPERATIVE IDENTITY FOR THE IMPROVEMENT OF PUBLIC SERVICES. 4. CONCLUSIONS. 5. BIBLIOGRAPHY.

1 A MODO DE INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la Declaración de Identidad Cooperativa aprobada en el año 1995 por la Asamblea General de la Alianza Cooperativa Internacional¹, la cooperativa puede definirse como una asociación autónoma de personas unidas voluntariamente para hacer frente a necesidades y aspiraciones comunes a través de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente controlada, regida por un sistema singular de principios y valores².

Precisamente, lo que distingue a las sociedades cooperativas del resto de formas de empresa que operan en el mercado, no es tanto la clase de actividad que desempeñan, como la naturaleza intrínseca que refleja los principios y valores rectores de su organización y funcionamiento. Y es que encuentran sus bases en la autoayuda, la responsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad. Valores que, conforme a la precitada Declaración, se ponen en práctica por medio de los siguientes principios: adhesión voluntaria y abierta; gestión democrática; participación económica; autonomía e independencia; educación, capacitación e información; cooperación entre cooperativas; e interés por la comunidad.

En el supuesto que nos ocupa, a saber, la colaboración del cooperativismo en la prestación de servicios públicos como estrategia para su mejoramiento, cobra especial importancia el séptimo principio cooperativo, que aboga por que estas entidades trabajen en pro del desarrollo sostenible de sus comunidades con arreglo a las políticas adoptadas por sus socios. Según GADEA SOLER, SACRISTÁN

¹ Véase: <<http://www.aciamericas.coop/Principios-y-Valores-Cooperativos-4456>>. (Última consulta, 23 de enero de 2017).

² Tal como ha recogido MORILLAS JARILLO, desde su creación hasta la actualidad, “la ACI ha realizado tres declaraciones formales sobre los principios cooperativos, en 1937, en 1966 y en 1995, en las que explica cuáles son y cómo deben ser interpretados en cada uno de esos momentos”. MORILLAS JARILLO, María José. Las sociedades cooperativas. Iustel, Madrid, 2008, p. 37.

BERGIA y VARGAS VASSEROT, esto significa que, en las cooperativas, las acciones socialmente responsables no vienen determinadas por motivos externos —comerciales, principalmente—, sino que están medularmente ligadas a su identidad³. Es decir, es su propio carácter servicial lo que las conduce a favorecer el progreso socioeconómico de sus miembros y de su entorno, mirando siempre al futuro de las generaciones de hoy y de mañana⁴.

En este tenor, cabe afirmar que el movimiento cooperativo ha destacado desde sus orígenes por mantener un fuerte compromiso con la sociedad. Es más, suele presumirse que todas aquellas cooperativas que integran en su objeto social como fines prioritarios de su actuación la educación, la vivienda, la atención socio-sanitaria, la cooperación para el desarrollo o el medioambiente, entre otros, contribuyen a los intereses generales. Ahora bien, son las cooperativas sin ánimo de lucro y, dentro de éstas, las calificadas como de iniciativa social, las que, remitiéndonos a lo que se expondrá en el próximo capítulo, responden a los mismos de una manera más concreta.

Es por todo ello que las Administraciones Públicas, en el contexto actual de una economía global marcada por la crisis sistémica y el aumento de las desigualdades, precisan, cada vez más, del apoyo y la participación activa del Tercer Sector⁵, en general, y de las sociedades cooperativas, en particular, como agentes de desarrollo e innovación arraigados en nuestra comunidad y que conviven en armonía con ella, para la satisfacción eficaz y eficiente de las necesidades básicas de la ciudadanía.

2 LA COLABORACIÓN DEL COOPERATIVISMO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

2.1. Aproximación al estado de la cuestión

Hay que comenzar este apartado señalando que la simplificación administrativa se presenta como uno de los mayores retos y como el objetivo más inmediato del Derecho administrativo de nuestros días, esencial para la construcción de un nuevo modelo de Administración Pública que sirva con objetividad los intereses generales y actúe acorde con los principios reconocidos en el artículo 103 de la

³ GADEA SOLER, Enrique, SACRISTÁN BERGIA, Fernando, y VARGAS VASSEROT, Carlos. Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma. Dykinson S.L., Madrid, 2009, p. 46.

⁴ Para más detalle, véase: GIRALDO NEIRA, Octavio. Identidad, valores y principios cooperativos. Análisis y significados de la Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional. Cali, 2003, p. 128.

⁵ En la medida en que su fundamentación parte del papel y de las funciones que viene llevando a cabo en la sociedad. Ello, toda vez que, a diferencia de lo que ocurre con las empresas capitalistas, las entidades que lo conforman persiguen objetivos y tratan de dar respuesta a demandas que no se expresan en términos meramente económicos o monetarios.

Constitución⁶. Un nuevo paradigma estructural y funcional, así como de interacción con los ciudadanos, que se proponga lograr un desarrollo institucional, económico y social sostenible.

Al efecto, el fenómeno de la externalización se configura como una tendencia imparable de transformación de las Administraciones que, impulsado por las corrientes doctrinales de la denominada *Nueva Gestión Pública*, posibilita la incorporación a las mismas de destrezas y habilidades técnicas provenientes del resto de sectores, lo que se traduce en una gran oportunidad de obtener servicios públicos especializados e innovadores. No sólo eso. Abre la puerta, también, a que los agentes públicos conozcan los esquemas éticos y las prácticas responsables que presiden el día a día de otros actores económicos y sociales, como pueden ser las cooperativas, y se adhieran a ellos.

Por consiguiente, cabe apuntar a la gestión de ciertos servicios públicos a través de organizaciones de la economía social, y más concretamente, de sociedades cooperativas, como uno de los elementos clave en la instauración de una Administración Pública que tenga como meta la realización de los principios constitucionales de eficacia y eficiencia y, a su vez, la protección de los aspectos más sólidos del modelo productivo del sector en que se integra. Un protagonismo o, cuando menos, una creciente relevancia que, para ARGUDO PÉRIZ, estaría justificada por la vocación social y comunitaria y el desarrollo en el sector de servicios del cooperativismo.

En palabras del propio autor, tales argumentos determinan necesariamente “una confluencia en el campo de los servicios a las personas y a la comunidad [...]”⁷. Confluencia que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 28 de enero de 2016, ha respaldado expresamente respecto al ámbito de las prestaciones de índole social y sanitaria. Lo ha hecho por considerar que el Derecho de la Unión no se opone a las normativas nacionales que permiten a las autoridades locales atribuir la prestación de ciertos servicios mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a entidades sin ánimo de lucro, siempre que el marco legal y convencional en el que actúan contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y eficiencia presupuestaria⁸.

⁶ Para más detalle, véase: PALOMAR OLMEDA, Alberto. “Simplificación administrativa”. En: La ordenación de las actividades de servicios: comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. QUADRASALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (Dir.). Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 338-345.

⁷ ARGUDO PÉRIZ, José Luis. “Las cooperativas sin ánimo de lucro: ¿vuelta a los orígenes o respuesta a las nuevas necesidades sociales?”. Revista Vasca de Economía Social, n.º 3, 2007, p. 182.

⁸ Para más detalle, véase: GIMENO FELIÚ, José María. “Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias”. Observatorio de Contratación Pública, opiniones, n.º 232, de 9 de

Sin entrar ahora en el debate en torno a las especificidades del concepto del lucro en la esfera cooperativa, merece indicar que la Disposición Adicional Primera de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas⁹, establece que “*podrán ser calificadas como sociedades cooperativas sin ánimo de lucro las que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública [...]*”. Y es que hace alusión a la realidad que venimos apuntando a lo largo del trabajo. Claro que es preciso percatarse, conforme a la normativa estatal vigente y a las reflexiones de ARGUDO PÉRIZ, de que las cooperativas sin ánimo de lucro, cuyo exponente más destacado son las cooperativas calificadas como de iniciativa social que analizaremos a continuación, no constituyen una nueva clase de cooperativa, sino “una especialidad de cualquier tipo de cooperativa dentro de las clasificaciones que se contemplan legislativamente”¹⁰.

2.2. Especial referencia al papel de las cooperativas de iniciativa social

Las cooperativas de iniciativa social son, según el artículo 106.1 de la mencionada Ley de Cooperativas, aquéllas que, sin ánimo de lucro y con independencia de su clase, tienen por objeto social, bien la prestación de servicios asistenciales realizando actividades de naturaleza social, o bien el desarrollo de cualquier actividad económica que tenga por finalidad la integración laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social y, en general, la satisfacción de necesidades sociales no atendidas por el mercado.

Al igual que la norma estatal, la práctica totalidad de la legislación autonómica en vigor las prevé, bajo diferentes denominaciones, tales como de “bienestar social”, “integración social” o “servicios sociales”¹¹. En nuestro caso, la Ley

febrero de 2016: <<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/recategoria.208/relme.nu.3/chk.faf01cea691c17e6c632c328db10de0f>>. (Última consulta, 25 de enero de 2017).

⁹ España. Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. Boletín Oficial del Estado, n.º 170, de 17 de julio de 1999.

¹⁰ ARGUDO PÉRIZ, José Luis. “Las cooperativas sin ánimo de lucro: ¿vuelta a los orígenes o respuesta a las nuevas necesidades sociales?”, op. cit., p. 183.

¹¹ Véanse (en su versión actualizada): arts. 153 a 156 de la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura; arts. 125 y 126 de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de cooperativas de Galicia; art. 107 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid; art. 112 de la Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja; art. 124 de la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León; arts. 138 y 139 de la Ley 1/2003, de 20 de marzo, de cooperativas de las Illes Balears; arts. 130 y 131 de la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia; art. 78 de la Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra; arts. 183 y 184 de la Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas; arts. 148 y 149 de la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha; art. 94 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas; arts. 125 a 127 de la Ley de Cantabria 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria; art. 77 del Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el

4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi¹² dedica su artículo 127 a regular los sujetos y las modalidades de las cooperativas de integración social¹³, mientras que en su artículo 137.2 establece que “*las entidades cooperativas que contribuyan a la promoción del interés general de Euskadi mediante el desarrollo de sus funciones serán reconocidas de utilidad pública por el Gobierno Vasco [...]*”. Ley pionera en abordar esta posible calificación, sujeta a que la cooperativa –que, normalmente y por lógica, será de iniciativa social– en cuestión fomente la materialización de fines de interés general por medio de sus actividades, participando en la prestación de servicios públicos, por ejemplo.

En desarrollo de dichas previsiones, se aprobaron los Decretos 64/1999, de 2 de febrero, que recoge el Reglamento de sociedades cooperativas de utilidad pública del País Vasco¹⁴, y 61/2000, de 4 de abril, sobre cooperativas de iniciativa social¹⁵.

El primero, además de fijar los requisitos (artículos 5 y 6) y el procedimiento (artículos 7 a 12) para la declaración de utilidad pública de las cooperativas, determina que de su obtención derivan los siguientes derechos: utilizar la mención en todos sus documentos; ser oídas, a través de las Federaciones o Confederaciones correspondientes, en la elaboración de disposiciones generales relacionadas directamente con las materias de su actividad y en la elaboración de programas de trascendencia para las mismas; y gozar de las exenciones, bonificaciones, subvenciones y demás beneficios de carácter económico, fiscal y administrativo que en cada caso se acuerden. Luego no cabe duda de la conveniencia de alcanzar tal condición, en cuanto se refiere a las oportunidades de crecimiento y desarrollo de estas entidades, al acceso a las ayudas y a la protección de los poderes públicos, y al reconocimiento del servicio que prestan, no sólo a sus asociados, sino también al conjunto de la sociedad en general.

El Decreto 61/2000, por su parte, empieza advirtiendo que su contenido no interfiere con la norma que tipifica ciertas cooperativas como de “integración so-

texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón; art. 98 del Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana; y art. 143 de la Ley 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas de Cataluña.

¹² Euskadi. Ley 4/1993, de 24 de julio, de Cooperativas de Euskadi. Boletín Oficial del País Vasco, n.º 135, de 19 de julio de 1993.

¹³ Que deben estar constituidas mayoritariamente por disminuidos físicos o psíquicos, si bien es cierto que pueden participar como socios entidades públicas responsables de la prestación de cualesquiera servicios sociales.

¹⁴ Euskadi. Decreto 64/1999, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimientos y requisitos relativos a las sociedades cooperativas de utilidad pública. Boletín Oficial del País Vasco, n.º 33, de 17 de febrero de 1999.

¹⁵ Euskadi. Decreto 61/2000, de 4 de abril, por el que se regulan las Cooperativas de Iniciativa Social. Boletín Oficial del País Vasco, n.º 82, de 3 de mayo de 2000.

cial” según el precitado artículo 127 de la Ley de Cooperativas de Euskadi. Así pues, en su artículo 1 circunscribe la calificación de iniciativa social a aquellas cooperativas que, sin ánimo de lucro e independientemente de su clase, tienen un determinado objeto social que el propio precepto especifica y que coincide con lo expuesto respecto a su equivalente estatal. Supedita la carencia de ánimo de lucro a que las cooperativas incluyan de manera expresa en sus Estatutos: a) que los resultados positivos que se produzcan en un ejercicio económico no podrán ser distribuidos entre sus socios; b) que las aportaciones de los socios al capital social, tanto obligatorias, como voluntarias, no podrán devengar un interés superior al legal del dinero, sin perjuicio de su posible actualización; c) el carácter gratuito del desempeño de los cargos del Consejo Rector, sin perjuicio de las compensaciones económicas procedentes por los gastos en los que pudieran incurrir en su actuación; y d) que las retribuciones de los socios trabajadores o, en su caso, de los socios de trabajo y de los trabajadores por cuenta ajena, no podrán superar el 150% de las retribuciones que, en función de la actividad y categoría profesional, establezca el Convenio colectivo aplicable al personal asalariado del sector. Y a todo eso hay que añadir, acorde con su artículo 3 y con lo concluido en el apartado anterior, que estas cooperativas se rigen por las normas propias del concreto tipo de cooperativa en que se encuadran.

Si bien el Anteproyecto de Ley de Cooperativas de Euskadi presentado por el Gobierno Vasco el 24 de mayo del pasado año se remite mayormente a lo que acaba de exponerse —entre los cambios, sobresale el agregado de un nuevo artículo sobre cooperativas de inserción—, lo cierto es que el nuevo texto pretende aumentar la seguridad jurídica de las relaciones internas y externas de las cooperativas, adaptando la actividad de control y fomento cooperativo que ejerce la Administración Pública y que se explicará en el próximo capítulo al actual entorno jurídico, económico e institucional¹⁶.

En este sentido y para terminar, debe ponerse de manifiesto que el movimiento cooperativo constituye uno de nuestros principales motores de generación de riqueza y creación de empleo, dado su peso en el conjunto de la economía vasca. Por proporcionar algunos datos, en el año 2015 el 2,5% de la actividad empresarial se realizó con la forma jurídica de sociedad cooperativa, concentrando el 6,9% del empleo; la Seguridad Social registró 1.555 empresas cooperativas en alta, con un total de 55.343 trabajadores, lo que arroja un tamaño medio de 35,6 trabajadores por cooperativa, la ratio más elevada del Estado, cuyo promedio es de 14,8; y el Registro de Cooperativas de la Dirección de Economía Social del Gobierno Vasco cifró el número de cooperativas en 1.096, a las que se unen otras 844 entidades que son cooperativas pequeñas —figura con régimen y normativa

¹⁶ Para más detalle, véase: <http://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/contenidos/noticia/2016_05_24_32875/es_32875.html> (Última consulta, 27 de enero de 2017).

particulares, en virtud de la Ley 6/2008, de 25 de junio¹⁷— de modo que el total de cooperativas alcanzaba las 2.750 al finalizar el año¹⁸.

Todo ello, no olvidemos, en su apuesta por el desarrollo sostenible y la cohesión social y territorial de la Comunidad, trasladando a la práctica los principios y valores cooperativos. Y en ese desafío, las cooperativas de iniciativa social y/o de utilidad pública vienen desempeñando un papel elemental, por tratar de satisfacer necesidades colectivas de toda índole en aquellos espacios que la Administración no ha podido cubrir o no ha cubierto como corresponde. Contribuyendo, en definitiva, a la realización de finalidades públicas y de servicio a la sociedad.

3 IDENTIDAD COOPERATIVA PARA LA MEJORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La principal ventaja que representan las organizaciones del Tercer Sector y, en lo que aquí interesa, las sociedades cooperativas, para el sistema es, de acuerdo con ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “la generación de economías de proximidad”, como resultado de su especial enlace al territorio y a sus gentes¹⁹. Vínculo que, entendemos, deriva a su vez de la idiosincrasia participativa de estas entidades.

Haciendo nuestras las palabras de DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, “en las cooperativas, la participación de sus miembros es su fuerza endógena”²⁰. Es decir, bien su régimen particular de propiedad y de distribución de ganancias, bien el carácter democrático que debe ostentar su gestión, las separan de las estructuras de poder capitalistas y justifican su intenso arraigo social, su tendencia a la creación de empleo estable y de calidad, su flexibilidad para adaptarse a cambios y afrontar crisis y, a fin de cuentas, su potencialidad para conformar una alternativa sólida que impulse un verdadero desarrollo local sostenible.

Es por ello que nos parece esencial ofrecer una breve reflexión en torno al significado y el alcance de la colaboración del mundo cooperativo en la prestación de servicios públicos, como expresión de la evolución del rol de los ciudadanos en sus relaciones con los poderes públicos; una ciudadanía cada vez más exigente a la hora de conocer, influir y formar parte de cuantas decisiones afectan al fun-

¹⁷ Para más detalle, véase: Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi. Boletín Oficial del País Vasco, n.º 127, de 4 de julio de 2008.

¹⁸ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL VASCO. “Comunidad Autónoma del País Vasco. Memoria socioeconómica 2015” (pp.32-33): <<http://www.cesegab.com/Portals/0/Libros/MSE2015.pdf>> (Última consulta, 27 de enero de 2017).

¹⁹ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Juan Fernando. “El futuro de la economía social”. En: FAJARDO GARCÍA, Gemma, y SENENT VIDAL, María José. Economía social: identidad, desafíos y estrategias. RULESCOOP, Valencia, 2012, p. 410.

²⁰ DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, Javier. “Las cooperativas ante la crisis económica”. Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, n.º 44, 2010, p. 265.

cionamiento de unos servicios públicos a cuyo mantenimiento contribuyen con el pago de sus impuestos.

En esta línea, debe señalarse que el Derecho administrativo actual trata de introducir un nuevo modelo de gestión pública que se nutra de unas instituciones y represente unas prácticas más abiertas y accesibles, con una creciente implicación de los administrados en ellas. O lo que es lo mismo, que fomente una ciudadanía informada, dinámica y corresponsable para con la actividad de la Administración, en la que la prestación coparticipada de servicios públicos goce de mayor protagonismo.

Ello no obstante, cabe advertir que es el Derecho cooperativo el que, desde sus inicios, ha apuntado a la necesidad de que las Administraciones Públicas respalden esta otra forma de hacer empresa, más solidaria y cercana, que supone el fenómeno cooperativo y colaboren con él para el correcto desempeño de sus funciones y la consecución de su fin último, el bienestar común.

Así pues, el artículo 108 de la Ley 27/1999 de Cooperativas anuncia como tarea de interés general el fomento del cooperativismo. Cometido que encuentra su punto de partida y de llegada en la propia Constitución, por concederle ésta en su artículo 129.2 un reconocimiento expreso que asegura su desarrollo formal y funcional e integrarlo, al mismo tiempo, como vía para el cumplimiento de los objetivos de contenido social que procura. Y ello, con el propósito de potenciar, no sólo la figura más clásica de la economía social, sino, sobre todo, la más representativa de sociedad participativa²¹.

La Ley de Cooperativas de Euskadi va más allá y pide a los poderes públicos estimular la creación de cooperativas con la finalidad de desarrollar y mejorar los servicios públicos (artículo 137.1). A lo que el Anteproyecto de Ley que viene a sustituirla añade el deber de impulsar su participación en la gestión de éstos (artículo 145.4). A título de ejemplo, alude a la constitución de cooperativas de servicios públicos, cuyo marco de actuación deberá ser controlado, en todo caso, por las entidades públicas que las promuevan. Eso sí, entre las medidas concretas para la verdadera efectividad de dicho fomento destacan aquéllas tendentes a vivificar su presencia, cuantitativa y cualitativa, en la actividad prestacional de la Administración Pública vasca, que deberá encargarse, entre otros, de favorecer su participación en los procedimientos de contratación.

En este contexto, merece destacar que el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, máximo órgano de promoción y difusión del cooperativismo desde la década de los 80 en nuestra Comunidad, centra sus esfuerzos y su actuación en

²¹ Para más detalle, véase: GALLASTEGI ORMAETXEA, Itxaso. “El modelo subvencional para el fomento del cooperativismo, a debate”. Comunicación presentada en el XVI Congreso de Investigadores en Economía Social y Cooperativa “Economía Social: crecimiento económico y bienestar” organizado por CIRIEC-España y celebrado en Valencia los días 19-21 de octubre de 2016 (pp. 3-9).

asesorar a la Administración autonómica en materia cooperativa y en defender los intereses concertados en torno al proyecto cooperativo vasco, toda vez que asume, también, la representación de las cooperativas, componiendo el cauce para su integración y participación en la gestión pública²².

Habida cuenta de todo lo anterior y para acabar, podemos afirmar que la colaboración con cooperativas se manifiesta, no sólo como la opción preferente para dar respuesta a las necesidades sociales no suficientemente cubiertas por el Estado, sino también como la forma idea para que los ciudadanos participen más y mejor en los asuntos públicos. Para que, toda vez que se respeten los valores y principios cooperativos, los usuarios de los servicios públicos sean tomados en cuenta para su diseño, planificación y prestación, en aras de su accesibilidad e integridad y, por ende, su calidad.

Y es que no se equivocan JULIÁ IGUAL y MELIÁ MARTÍ al sostener que “[...] las cooperativas, hoy más que nunca, están llamadas a ser un elemento clave y dinamizador de un verdadero desarrollo social, económico y sostenible, ya que por sus especiales características permiten que éste sea más cohesionado social y territorialmente, algo a lo que una sociedad más justa y equitativa no puede renunciar”²³.

4 CONCLUSIONES

En el contexto actual, en el que se pone en cuestión el funcionamiento y la validez del denominado Estado del Bienestar, las Administraciones Públicas necesitan, cada vez más, la cooperación y participación activa del tercer sector como agente de innovación que trabaja para la satisfacción eficaz y eficiente de las necesidades sociales asistenciales, que no se expresan en términos económicos o monetarios.

El proceso de reestructuración, reforma e innovación de las Administraciones Públicas en clave de potenciar su competitividad, eficacia y eficiencia, apuesta por la interacción con los ciudadanos, quienes demandan un papel cada vez más activo en la planificación, la ejecución y la evaluación de las políticas públicas que tienen por objeto la prestación de servicios asistenciales a la población.

En este sentido, el movimiento cooperativo, basado en los valores de solidaridad, democracia, equidad, igualdad, autoayuda y auto-responsabilidad, ha destacado desde su origen por su contribución a la promoción del desarrollo y realiza-

²² La definición de su naturaleza jurídica, organización, competencias y funcionamiento están regulados en la Ley de Cooperativas de Euskadi, desarrollada a estos efectos por el Decreto 213/1999, de 11 de mayo, así como por el Reglamento interno del Consejo, aprobado por Acuerdo adoptado en sesión plenaria de 26 de julio de 1999.

²³ JULIÁ IGUAL Juan Francisco, y MELIÁ MARTÍ, Elena. “El futuro del cooperativismo en una Europa en construcción”. En: VVAA. El futuro de las cooperativas en una Europa en crecimiento. CIRIEC-España, Valencia, 2004, p. 56.

ción de fines de interés general, de tal forma y manera que se presume que sirven al interés general todas aquellas sociedades cooperativas que integren en su objeto social fines prioritarios tales como la asistencia socio-sanitaria, la educación, la vivienda, la protección y defensa del medio ambiente, el fomento de la economía social y la protección de la paz social y ciudadana, entre otros.

A tal efecto, merece significarse cómo la vigente Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco fue la primera en regular el reconocimiento o la posible clasificación de las sociedades cooperativas como “de utilidad pública”, cuando promuevan mediante su actividad el desarrollo y la realización de fines de interés general. En su desarrollo se aprobaron los Decretos 64/1999, de 2 de febrero y 61/2000, de 4 de abril, por los que se establece el régimen jurídico de las cooperativas de utilidad pública e iniciativa social respectivamente.

5 BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Juan Fernando. “El futuro de la economía social”. En: FAJARDO GARCÍA, Gemma, y SENENT VIDAL, María José. *Economía social: identidad, desafíos y estrategias*. RULESCOOP, Valencia, 2012, pp. 405-412.
- ARGUDO PÉRIZ, José Luis. “Las cooperativas sin ánimo de lucro: ¿vuelta a los orígenes o respuesta a las nuevas necesidades sociales?”. *Revista Vasca de Economía Social*, n.º 3, 2007, pp. 179-201.
- ARNÁEZ ARCE, Vega María. “La participación ciudadana en la prestación de servicios públicos. El supuesto de las cooperativas de utilidad pública en la Comunidad Autónoma del País Vasco”. *REVESCO*, n.º 116, 2014, pp. 7-32.
- ATXABAL RADA, Alberto, y ARNÁEZ ARCE, Vega María. “Las cooperativas de utilidad pública e iniciativa social. Aspectos administrativos y fiscales”. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n.º 47, 2013, pp. 199-228.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL VASCO. “Comunidad Autónoma del País Vasco. Memoria socioeconómica 2015”: <<http://www.cesegab.com/Portals/0/Libros/MSE2015.pdf>>. (Última consulta, 27 de enero de 2017).
- DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, Javier. “Las cooperativas ante la crisis económica”. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n.º 44, 2010, pp. 263-283.
- GADEA SOLER, Enrique, SACRISTÁN BERGIA, Fernando, y VARGAS VASSEROT, Carlos. *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma*. Dykinson S. L., Madrid, 2009.
- GALLASTEGI ORMAETXEA, Itxaso. “El modelo subvencional para el fomento del cooperativismo, a debate”. Comunicación presentada en el XVI Congreso de Investigadores en Economía Social y Cooperativa “Economía Social: crecimiento económico y bienestar” organizado por CIRIEC-España y celebrado en Valencia los días 19-21 de octubre de 2016.
- GIMENO FELIÚ, José María. “Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias”. Observatorio de Contratación Pública, opiniones, n.º 232, de 9 de febrero de 2016: <<http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/>>

id.232/recategoria.208/re/menu.3/chk.faf01cea691c17e6c632c328db10de0f>. (Última consulta, 25 de enero de 2017).

GIRALDO NEIRA, Octavio. *Identidad, valores y principios cooperativos. Análisis y significados de la Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional*. Cali, 2003.

JULIÁ IGUAL Juan Francisco, y MELIÁ MARTÍ, Elena. “El futuro del cooperativismo en una Europa en construcción”. En: VVAA. *El futuro de las cooperativas en una Europa en crecimiento*. CIRIEC-España, Valencia, 2004, pp. 13-60.

MORILLAS JARILLO, María José. *Las sociedades cooperativas*. Iustel, Madrid, 2008.

PALOMAR OLMEDA, Alberto. “Simplificación administrativa”. En: *La ordenación de las actividades de servicios: comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*. QUADRASALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (Dir.). Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 338-345.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 103-126
ISSN: 1130-2682

**LAS SOCIEDADES LABORALES Y LA NECESARIA
ADAPTACIÓN DE SUS ESTATUTOS A LA LEY
44/2015, DE 14 DE OCTUBRE, DE SOCIEDADES
LABORALES Y PARTICIPADAS**

*LABOUR COMPANIES ACT 44/2015, OF 14TH OCTOBER,
ON LABOUR AND PARTICIPATED COMPANIES, AND
THE NECESSARY ADAPTATION OF THEIR BY-LAWS*

RAFAEL JORDÁ GARCÍA*

Recepción: 2/8/2017 - Aceptación: 22/9/2017

* Abogado. Profesor Asociado de Derecho Mercantil Universidad de Murcia. Email: rafajorda@um.es.
El autor no ha contado con fuentes de apoyo financiero para la elaboración del presente trabajo.

RESUMEN

La nueva Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas actualizó el marco normativo aplicable a las sociedades anónimas o limitadas laborales, y estableció un plazo de dos años, desde su entrada en vigor, para la adaptación de sus estatutos sociales. El incumplimiento de dicha obligación conlleva el cierre registral, con mínimas salvedades, hasta que no se acredite la adaptación. Se encuentre la sociedad dentro o fuera del plazo legal para la adaptación tiene que revisar sus estatutos para modificar las cuestiones incompatibles con la nueva Ley. Analizaremos en este trabajo los principales aspectos que deberán ser objeto de adaptación, así como la posibilidad de aprovechar esta última para modificar voluntariamente, si los socios lo acuerdan, cuestiones en las que la nueva norma permite la autonomía de la voluntad.

PALABRAS CLAVE: Sociedades laborales, estatutos sociales, cierre registral.

ABSTRACT

The new Spanish Act 44/2015, of 14th October, on Labour and Participated Companies, actualized the regulatory framework applicable to labour public limited companies and labour limited liability companies, and established a two-year period, since the date of entry into effect, for the adaptation of their by-laws. The non-compliance with said obligation leads to denial of registration, with few exceptions, until the adaptation is proved. Whether the companies meet the legal deadline for said adaptation or not, their by-laws shall be reviewed in order to modify those aspects which are incompatible with the new act. We will analyze in this project the main aspects which must be subject to adaptation, as well as the possibility to use said adaptation to voluntarily modify, if the partners agree to do so, aspects in which the new law allows the freedom to establish the governing terms.

KEY WORDS: Labour companies, company by-laws, denial of registration.

SUMARIO: 1. OBLIGATORIEDAD DE ADAPTAR LOS ESTATUTOS A LA LEY 44/2015, DE 14 DE OCTUBRE, DE SOCIEDADES LABORALES Y PARTICIPADAS. 2. PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA ADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS SOCIALES. 3. ASPECTOS A REVISAR EN LA ADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE LAS SOCIEDADES LABORALES. 3.1. Cuestiones relativas al capital social y la participación de los socios laborales. A. Mismo valor nominal e idénticos derechos económicos. B. Prohibición de acciones y participaciones sin voto. C. Porcentaje de participación de los socios de la clase laboral. 3.2. Régimen de transmisión de las acciones o participaciones. A. Transmisión *inter vivos* de acciones y participaciones sociales pertenecientes a la clase laboral. B. Transmisión de acciones y participaciones en los supuestos de extinción de la relación laboral. C. Transmisión de acciones y participaciones *mortis causa*. 3.3. Derecho de suscripción preferente. 3.4. Órgano de administración. 3.5. Reserva especial. 3.6. Otras materias a valorar en la adaptación de estatutos. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. OBLIGATION TO ADAPT THE BY-LAWS TO ACT 44/2015, OF 14th OCTOBER, ON LABOUR AND PARTICIPATED COMPANIES. 2. PROCEDURE TO BE FOLLOWED WHEN ADAPTING THE BY-LAWS. 3. ASPECTS TO BE REVIEWED WHEN ADAPTING THE BY-LAWS OF LABOUR COMPANIES. 3.1. Aspects regarding share capital and participation of labour partners. A. Same nominal value and identical financial rights B. Prohibition of non-voting shares and participations. C. Participation of labour partners percentage. 3.2. Transfer of shares or participations regime. A. Inter vivos transfer of labour shares and participations. B. Transfer of shares and participations in case of expiry of the labour relation. C. Mortis causa transfer of shares and participations. 3.3. Pre-emptive right to subscribe. 3.4. Governing Body. 3.5. Special reserve. 3.6. Other aspects which should be considered when adapting the by-laws. 4. CONCLUSIONS. 5. BIBLIOGRAPHY.

1 OBLIGATORIEDAD DE ADAPTAR LOS ESTATUTOS A LA LEY 44/2015, DE 14 DE OCTUBRE, DE SOCIEDADES LABORALES Y PARTICIPADAS

La vigente Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (LSP), ha supuesto la actualización del marco normativo de las sociedades laborales hasta entonces reguladas por la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales (Ley 4/1997), “con el objetivo de dar un nuevo impulso a las sociedades laborales por su condición de empresas participadas por los socios trabajadores y abiertas a la integración como socios de los demás trabajadores de la empresa”¹.

¹ Exposición de motivos de la LSP.

Siendo las sociedades laborales entidades de economía social² y a su vez subtipos de sociedades anónimas o limitadas³, les son de aplicación con carácter supletorio los artículos previstos en la Ley reguladora de estas últimas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, Ley de Sociedades de Capital (LSC), en virtud de la Disposición final tercera LSLP, cuestión que ya resultaba de la Ley 4/1997⁴, y habiéndose producido numerosas modificaciones en la regulación de las sociedades de capital se hacía necesario, también por dicho motivo, actualizar la regulación de las sociedades laborales. Aunque la exposición de motivos solo refiere algunas de las leyes que modificaron el régimen de las SA y las SL, en concreto, la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal; la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales; la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, o el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, han sido muchas más las que se han producido, antes y después del referido texto refundido⁵.

² Las sociedades laborales son entidades de economía social (art. 5 Ley 5/2011, de 29 de marzo de Economía Social, y que con arreglo a los principios aplicables a estas entidades fomentan la creación de empleo y en concreto de un empleo estable). En concreto, la LSLP se dicta en cumplimiento de la Disposición Adicional séptima de la referida Ley de Economía Social (“previa consulta a las entidades representativas de la economía social, del Consejo para el Fomento de la Economía Social y de las Comunidades Autónomas, remitirá a las Cortes un proyecto de Ley que actualice y revise la Ley 4/1997”). Sobre la Economía Social, vid. Economía Social y Economía sostenible, Dir. ALFONSO SÁNCHEZ, R.

³ PANIAGUA ZURERA, M., “La singularidad tipológica de la sociedad laboral y su legislación adecuada...”, p. 194, se pregunta si la sociedad laboral es, o debe ser, un tipo social de la economía social o simplemente es, o debe ser, una sociedad mercantil de capital especial; a lo que responde que, sin proponer la salida del marco instrumental de la sociedad de capital cerrada, se han de aportar las reglas para garantizar la inserción de la sociedad laboral en nuestra Constitución económica y en el sector de la economía social, y así merecer las medidas de fomento público ex art. 129.2 de la Constitución Española.

⁴ Se reitera en la vigente Ley la Disposición final primera de la Ley 4/1997: “En lo no previsto en esta Ley, serán de aplicación a las sociedades laborales las normas correspondientes a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, según la forma que ostenten”.

⁵ Con carácter previo a la LSC, también se introdujeron modificaciones en las SA y/o SL en virtud de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, y la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea; y con carácter posterior, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento

Las novedades introducidas por la LSLP en cuestiones específicas para las sociedades laborales, más las novedades introducidas para las sociedades anónimas y limitadas, han llevado al legislador a establecer con carácter obligatorio (Disposición Transitoria Segunda) la adaptación de los estatutos sociales de todas las sociedades laborales preexistentes a su entrada en vigor. Y ello a diferencia de la Ley 4/1997 que, en su momento, estableció que respecto a los estatutos sociales de las sociedades laborales entonces ya constituidas “*no será necesaria su adaptación formal a las previsiones de esta Ley*”, y ello sobre la base de un principio que, aunque también reitera la vigente Ley, no ha derivado en la exoneración de la adaptación ahora exigida: “*el contenido de la escritura pública y estatutos de las sociedades laborales calificadas e inscritas al amparo de la normativa que ahora se deroga no podrá ser aplicado en oposición a lo dispuesto en esta Ley*” (Disposición Transitoria segunda tanto de la Ley 4/1997 como de la LSLP)⁶.

La Disposición transitoria segunda de la LSLP regula la adaptación de estatutos a las previsiones de dicha Ley, y comienza por determinar el plazo para que las sociedades laborales adapten sus estatutos, fijándolo en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de la LSLP⁷.

Dicha entrada en vigor se produjo a los treinta días de su publicación en el B.O.E, lo que tuvo lugar el 15 de octubre de 2015, por lo que la LSLP entró en vigor el 15 de noviembre de 2015, cumpliéndose los dos años concedidos para la adaptación de estatutos el 15 de noviembre de 2017.

Establece la Disposición transitoria segunda de la LSLP que transcurrido el plazo para la adaptación de los Estatutos de las sociedades laborales sin que ésta se haya realizado, no se inscribirá en el Registro Mercantil documento alguno

Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, y la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

⁶ Dicho principio, con semejante tenor literal se reflejaba en la LSA en su Disposición Transitoria Segunda (“Las disposiciones de las escrituras y estatutos de sociedades anónimas que se opongan a lo prevenido en esta Ley quedarán sin efecto a partir de su entrada en vigor”) y en la LSRL que en su Disposición Transitoria Primera señalaba que dicha Ley “se aplicará a todas las sociedades de responsabilidad limitada, cualquiera que sea la fecha de su constitución, quedando sin efecto a partir de su entrada en vigor aquellas disposiciones de las escrituras o estatutos sociales que se opongan a lo establecido en ella”. Ambas normas, antes de su derogación por la refundición operada con la LSC. Respecto al análisis con la LSRL, del alcance de la ineficacia de las disposiciones sociales contradictorias, del régimen de los actos originados pero no consumados bajo la Ley anterior y el respeto de los derechos adquiridos, vid. LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. “Disposiciones Transitorias”, pp. 1572-1574.

⁷ Dicho plazo es inferior al de tres años que para las SRL disponía la Disposición Transitoria Segunda de la LSRL para la adaptación de estatutos a dicha norma.

de la sociedad laboral hasta que no se haya inscrito la adaptación de los estatutos sociales. No obstante se exceptúan determinados documentos, en concreto, el acuerdo de adaptación a la presente Ley (aunque se ejecute fuera de plazo), los títulos relativos al cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores, a la revocación o renuncia de poderes, así como a la transformación de la sociedad o a su disolución, nombramiento de liquidadores, liquidación y extinción de la sociedad, y los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa⁸.

La consecuencia es similar a la que se producía en el caso de no adaptación de los estatutos de las SRL a la derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) en cuya Disposición Transitoria Tercera con idénticas excepciones, salvo que no se recogía la posibilidad de inscripción de los títulos que recogieran la liquidación y la extinción de la sociedad, en los supuestos de cierre registral.

Existe bastante paralelismo respecto al cierre registral de las sociedades de capital, que no presenten a depósito sus cuentas anuales previsto en el art. 282 LSC, que enumera las mismas excepciones de documentos inscribibles, si bien en el caso de cierre registral de las sociedades laborales por falta de adaptación, además de la propia escritura de adaptación, se añaden los títulos relativos a (i) la transformación de la sociedad (se entiende que para que deje de ser sociedad laboral o para continuar siéndolo pero cambiando el tipo social —por ejemplo de SAL a SLL— lo que conllevará la redacción de unos nuevos estatutos necesariamente conformes con la LSLP), y (ii) la liquidación y extinción de la sociedad y no sólo su disolución y el nombramiento de liquidadores, cuestión lógica en cuanto dichos asientos eliminan del tráfico a la sociedad laboral cuyos estatutos no se han adaptado⁹.

La Disposición Transitoria Segunda LSLP también establece que, con o sin adaptación, las escrituras y estatutos de sociedades laborales inscritas conforme a la legislación ya derogada no podrán ser aplicados en oposición a lo dispuesto en la LSLP¹⁰. Y en todo caso, aunque se exceda el plazo legal de dos años para la

⁸ Por el contrario, como señala LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. “Disposiciones Transitorias”, p. 1563, la LSA preveía tres sanciones fundamentales al incumplimiento del deber de adaptación que imponía: responsabilidad solidaria por las deudas sociales de los administradores o liquidadores entre sí y con la sociedad; multa o sanción pecuniaria (derogada esta sanción por la Disposición Adicional Segunda núm. 24 LSRL) y, solo para el caso de no adecuación de la cifra del capital al mínimo legal, cierre parcial del registro mercantil (en virtud de la LSRL que añadió un último párrafo a la Disposición Transitoria Tercera LSA 1989 relativa al cierre registral a partir del 31 de diciembre de 1995 para las sociedades anónimas que no hubieran adaptado sus estatutos).

⁹ A diferencia del cierre registral por falta de depósito de cuentas que no puede permitir la extinción de la sociedad sin haber regularizado el depósito de cuentas pendiente.

¹⁰ La LSLP deroga cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo previsto en esta Ley y, de forma expresa (Disposición derogatoria única LSLP); La Ley 4/1997 y la disposición

adaptación de estatutos, aunque se produzca el cierre registral, si se quiere evitar la alternativa de la disolución y liquidación de la sociedad laboral, seguirá siendo necesaria la adaptación de sus estatutos para la apertura de la hoja registral.

2 PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA ADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS SOCIALES

No prevé la LSLP la posibilidad de que las sociedades laborales que consideren que sus estatutos sociales son conformes a la nueva Ley puedan presentar los correspondientes títulos en el Registro Mercantil, tal y como preveía la Disposición Transitoria Segunda de la LSRL y que, al menos, permitía una calificación sobre la necesidad de la adaptación lo que facilitaba en último término el conocimiento por las sociedades limitadas de cuáles eran los aspectos que necesariamente debían modificar para su adaptación¹¹. Tal solución hubiera aliviado los costes de asesoramiento por parte de sociedades como las laborales que suelen responder a modelos de pequeñas y medianas empresas para las que el deber de adaptación puede suponer un coste y una carga relevante¹².

Por ello, a la hora de afrontar la adaptación de los estatutos de una sociedad laboral hemos de partir, lógicamente, de los estatutos sociales de la misma incluidas las modificaciones de estatutos realizadas con posterioridad a su constitución, y deberemos detectar los artículos que sean contradictorios o incompatibles con el nuevo régimen jurídico establecido por la LSLP para las sociedades laborales. Ello será más sencillo respecto de los artículos de los estatutos que se remitan al contenido de concretos artículos de la Ley 4/1997 cuyo contenido se haya modificado por la LSLP, o a artículos de la hoy derogadas Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y LSRL que fueron refundidas por la vigente LSC.

adicional cuadragésima séptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social relativa a la adaptación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social a la integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social.

¹¹ La LSRL permitía que fuera el propio Registrador Mercantil quien descargase a la sociedad del riesgo de decidir por sí misma si necesitaba o no adaptarse, o el alcance de la adaptación, sin perjuicio de que tal calificación, de forma indirecta, podía afectar a la posible responsabilidad de los administradores si no se realizaba la adaptación dentro de plazo al excluir la posible alegación de su no necesidad (RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. D., “Capítulo XXII. Derecho transitorio”, pp. 714 y 716).

¹² Como implícitamente se refiere en la Exposición de motivos de la LSLP: “Además, y en línea con la estrategia «Europa 2020», la participación financiera de los trabajadores puede constituir uno de los mecanismos para fortalecer la competitividad de las Pymes europeas, ya que aumenta la identificación con ellas y la vinculación de sus trabajadores cualificados —tanto en los buenos como en los malos tiempos—. Así, la participación financiera de los trabajadores también contribuirá a garantizar un futuro sostenible”.

A partir de ahí, quedará identificar aquellas materias que sin referencias al articulado de la LSL 1997 hubieran reproducido su contenido y el mismo haya sido modificado por la LSLP y sea necesaria su adaptación.

Además de la adaptación de los estatutos, los administradores y/o los socios de la sociedad laboral, de forma voluntaria, podrán proponer también la modificación de aquellos artículos estatutarios respecto de cuyo contenido permita la LSLP su regulación estatutaria por considerar el régimen legal de carácter subsidiario.

No permite la LSLP que la adaptación la apruebe el órgano de administración pese a que las modificaciones estatutarias derivadas de la adaptación puedan ser mera transcripción del nuevo régimen jurídico aplicable a las sociedades laborales. Como ocurriera, en su día, con la adaptación de los estatutos de las sociedades anónimas y limitadas a sus leyes reguladoras de 1989 y 1995, respectivamente, la competencia de la adaptación, en cuanto modificación de estatutos, corresponde a la junta general que deberá convocarse a tal fin. Ello, desde luego, permite un directo conocimiento por los socios de las novedades aplicables a su sociedad laboral en virtud de la LSLP y por otro permitirá debatir la posibilidad de no limitarse a la mera adaptación de estatutos sino incluso debatir la posible modificación de los mismos en aquellas materias en las que la nueva Ley se remite a lo pactado estatutariamente, si bien se deberán valorar las consecuencias que se pueden derivar de dichas modificaciones no obligatorias para los socios que no voten a favor¹³.

En cualquier caso, lo más habitual será que el órgano de administración sea el autor de la propuesta de la modificación de estatutos que conlleva la adaptación de los mismos a la nueva Ley, redactando el texto íntegro de las modificaciones propuestas y en sede de sociedades anónimas laborales el informe justificativo de cada una de ellas (art. 286 LSC)¹⁴.

En el anuncio de convocatoria de la junta general, deberán expresarse con la debida claridad los extremos que hayan de modificarse y hacer constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, el referido informe sobre la misma, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos (art. 287 LSC).

Por último, dejar señalado que la LSLP no prevé, como hizo la LSA en su momento, la exclusión de los quórum y mayorías estatutarios en materia de modifi-

¹³ Como referiremos posteriormente, la LSLP en sede de valoración de las acciones y/o participaciones a efectos de su transmisión o amortización (art. 7 LSLP) prevé que los socios de la sociedad laboral podrán acordar en los estatutos sociales los criterios y sistemas de determinación previa del valor de las acciones o participaciones para los supuestos de su transmisión o amortización, en cuyo caso prevalecerá este valor. Si bien, si se incorpora esta posibilidad una vez constituida la sociedad, no será de aplicación a los socios que no votaron a favor del acuerdo de modificación de los estatutos.

¹⁴ Sin perjuicio de que la propuesta pueda partir de los propios socios de la sociedad laboral.

cación de estatutos que superaran los establecidos legalmente, en aquel momento en el art. 103 LSA, para, entre otros supuestos, la modificación de los estatutos sociales (Disposición Transitoria Quinta LSA 1989)¹⁵.

Todo lo anterior, sin perjuicio, de que pueda ser recomendable aprobar un texto refundido de los estatutos sociales una vez realizada la adaptación y no solo una modificación de aquellos artículos de los estatutos que estén necesitados de adaptación, y ello para facilitar la consulta y manejo de los estatutos por los socios y administradores.

3 ASPECTOS A REVISAR EN LA ADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE LAS SOCIEDADES LABORALES

Vamos a concretar aquellas materias que por novedosas pueden suponer la necesidad de adaptación de los correspondientes artículos estatutarios de las sociedades laborales que hagan referencia a las mismas conteniendo el régimen de la Ley 4/1997 y por tanto de forma diferente a la prevista tras la entrada en vigor de la LSLP.

Aparentemente más sencilla será la adaptación de las referencias estatutarias a la LSA (o la LSRL, en su caso)¹⁶, debiendo sustituirse, si procede, por la referencia que proceda a la LSC que las refundió y derogó los referidos textos legales. El ejemplo más claro lo encontramos en materia de transmisión de acciones o participaciones, respecto al que el art. 7.6 de la Ley 4/1997 establecía un derecho de adquisición preferente, en última instancia, a favor de la propia sociedad siempre que se cumpliera con los límites y requisitos establecidos en los arts. 75 y siguientes de la LSA. Luego si se hubieran referenciado o reproducido dichos artículos en los estatutos, los mismos deberán ser adaptados¹⁷, sin perjuicio de

¹⁵ Pese a no aplicar los quóruns estatutarios en la adaptación de estatutos, si la misma iba acompañada de voluntarias modificaciones de los estatutos se podría plantear como actuar si no se alcanzaban los quóruns estatutarios más reforzados para las modificaciones voluntarias pero si los no reforzados para la adaptación; entendemos con MORRAL SOLDEVILA, R., “Artículo 103 Constitución. Supuestos especiales”, p. 1016, que para acuerdos con y sin quorum reforzado, debe esperarse a la segunda convocatoria si en la primera no hay suficiente quorum para tratar todos los asuntos, y si en segunda tampoco lo hay se podrán debatir solo los del quorum alcanzado. En la adaptación de las sociedades laborales el quorum será siempre el reforzado legal o estatutariamente.

¹⁶ Esta práctica puede presentar problemas cuando se modifica el régimen legal no imperativo en normas recogidas estatutariamente, bien a través de su reproducción, bien a través de una remisión (ARIAS VARONA, F.J. y MARTINIVA, A., “¿Qué efecto tiene una reforma legal sobre los estatutos sociales que regulan la redacción precedente?...”, p. 242.

¹⁷ Y ello, por claridad para los socios del régimen jurídico aplicable. Y ello, pese a que la LSLP establece como principio general que el contenido de la escritura pública y estatutos de las sociedades laborales calificadas e inscritas al amparo de la normativa que ahora se deroga no podrá ser aplicado en oposición a lo dispuesto en la propia LSLP y que la DGRN considera aplicable lo dispuesto en la norma vigente en el momento de aplicación de la misma (RDGRN 10 de octubre de 2012; RJ

reflejar también el nuevo régimen de derechos de preferencia para el ejercicio del derecho de adquisición preferente, que referimos posteriormente, y sin olvidar la nueva regulación expresa en materia de autocartera que realiza el art. 12 LSLP.

3.1. Cuestiones relativas al capital social y la participación de los socios laborales

Con la vigente LSLP se exige que las acciones y participaciones, cualquiera que sea su clase, deben tener el mismo valor nominal y conferir los mismos derechos económicos, sin que sea válida la creación de acciones o participaciones privadas del derecho de voto (art. 5.1 LSLP).

A. Mismo valor nominal e idénticos derechos económicos

Ninguna exigencia existía en relación a la igualdad de valor nominal y de derechos económicos en la Ley 4/1997 por lo que con arreglo a la legislación aplicable a las sociedades anónimas y limitadas tanto en las SAL (art. 94 a 96 LSC) como en las SLL (art. 23. d) LSC) cabía la posibilidad de que los estatutos reflejaran distintos valores nominales a las acciones o participaciones y/o distintos derechos económicos¹⁸.

Si la SAL o la SLL tenía en sus estatutos diferentes valores nominales o diferentes derechos económicos, deberá unificar el valor nominal e igualar los derechos económicos. La unificación de distintos valores nominales se podrá hacer mediante un “split”, término con el que se conoce la posibilidad de modificar el valor nominal de las acciones o participaciones asignando a cambio un número proporcional a las que el socio tuviera del valor nominal a extinguir respecto del valor nominal resultante.

2012\10978, que señala que es doctrina establecida en relación con los procesos de adaptación a nuevas Leyes que las referencias estatutarias sobre cualquier materia en que los socios se remiten al régimen legal entonces vigente, sea mediante una remisión expresa o genérica a la Ley o mediante una reproducción en estatutos de la regulación legal supletoria, han de interpretarse como indicativas de la voluntad de los socios de sujetarse al sistema supletorio querido por el legislador en cada momento). La RDGRN de 3 de febrero de 2016 (RJ 2016\1254), entre otras, entiende que dicha interpretación también procede cuando se hubiera transcrito literalmente las normas legales entonces vigentes y ahora hubiera una nueva regulación, porque de no aceptarse esta conclusión, las sociedades en cuyos estatutos se reprodujo, en el supuesto objeto de la resolución, el derogado artículo 149 de la LSA —o el análogo artículo 285.2 de la LSC en su redacción anterior a la Ley 9/2015— resultarían agravadas respecto de aquellas otras en las cuales, por carecer de previsión estatutaria o consistir ésta en una mera remisión a dichos artículos, el órgano de administración puede, desde la entrada en vigor de la nueva normativa, cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional.

¹⁸ Para GARCÍA RUÍZ, E., “El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva Ley 44/2015...”, p. 79, es acertada la previsión legal para dejar de hacerlo depender de la autonomía de la voluntad de los socios, y asegurar así, que el deseado control de la sociedad quede en manos de los socios trabajadores.

Respecto a la eliminación de posibles privilegios o derechos económicos, en las SLL el socio afectado se podrá oponer si se le perjudican sus derechos (art. 292 LSC)¹⁹ y en las SAL para que sea válida una modificación estatutaria que afecte directa o indirectamente a los derechos de una clase de acciones, será preciso que haya sido acordada por la junta general, con los requisitos establecidos en esta Ley, y también por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada (art. 293 LSC). Si los socios afectados se oponen a la privación de sus privilegios o derechos no podrá inscribirse en el Registro Mercantil el correspondiente artículo estatutario que contenga dichos privilegios o derechos y la adaptación quedará incompleta y, por tanto, se producirá el cierre registral referido *supra*. Pero como señala la Disposición Transitoria Segunda, *in fine*, el contenido de la escritura pública y estatutos de las sociedades laborales calificadas e inscritas al amparo de la normativa que ahora se deroga no podrá ser aplicado en oposición a lo dispuesto en esta Ley, con lo que los privilegios que se pretendan mantener no podrán ser exigidos a la sociedad laboral. Hubiera sido recomendable que el legislador hubiera establecido reglas aplicables con carácter excepcional para solventar la oposición de los perjudicados que puede impedir la adaptación (v.gr. regulando derechos de separación, compensaciones, etc.).

B. Prohibición de acciones y participaciones sin voto

Respecto a la prohibición de acciones y participaciones sin voto en las sociedades laborales, la Ley 4/1997 solo refería la misma para las acciones de la clase laboral, lo que podía tener cierto sentido al objeto de que todos los trabajadores tuvieran los mismos derechos, en especial el de voto.

La LSLP extiende a las acciones de la clase general dicha prohibición, cuestión discutible en la medida que pueden existir socios financieros no interesados tanto en la gestión como en los resultados²⁰. En cualquier caso, aquellos estatutos que hagan referencia a la existencia de acciones o participaciones sin voto, o a la posibilidad de su emisión o creación respecto a la clase general deberán ser adaptados eliminando dicha posibilidad²¹. Si las acciones o participaciones estuvieran creadas o emitidas con anterioridad a la LSLP, como referíamos *supra*, podría

¹⁹ Cuando la modificación afecte a los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados.

²⁰ La creación de participaciones sin voto y la emisión de acciones sin voto responde a una importante función como técnica de reserva de la gestión de la sociedad a determinados socios o de protección de las mayorías ya existentes en una sociedad (CAMPUZANO, A.B., "Sección Segunda. Participaciones y Acciones sin voto", p. 845), el legislador en la exposición de motivos justifica la exigencia del igual valor nominal y de que confieran los mismos derechos, en que ello permite evitar posibles divergencias entre la propiedad del capital y el control efectivo de la sociedad.

²¹ Habrá que adoptar, además, un acuerdo para la transformación de las acciones sin voto de la clase general.

debatirse sí las acciones o participaciones sin voto se convierten en acciones o participaciones con voto *ex lege* o sí al suponer una modificación estatutaria que perjudica a los titulares de las mismas (dividendo anual mínimo, no les afecta la reducción por pérdidas más que en último lugar, etc.) será necesario su consentimiento como hemos referido en el apartado A) anterior y por tanto con las mismas consecuencias. Será el registro mercantil quien resuelva dicho debate aceptando o no la conversión automática de las acciones o participaciones sin voto.

C. Porcentaje de participación de los socios de la clase laboral

Respecto a la participación en la sociedad laboral de los socios trabajadores (con contrato indefinido) y el porcentaje que deben representar respecto de los trabajadores no socios con contrato indefinido, la LSLP introduce como novedad que podrán obtener la calificación de “Sociedad Laboral” las SA o las SRL que cumplan, entre otros, el siguiente requisito: que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores (art. 1.2.c. LSLP)²².

La Ley 4/1997 en su art. 1.2, establecía dicho límite en un máximo del quince por ciento y si la sociedad tenía menos de 25 trabajadores se incrementaba dicho límite al veinticinco por ciento, por ello, en la medida que los estatutos de una sociedad laboral incluyeran dicho límite por la relevancia para la calificación como sociedad laboral²³.

Además los plazos concedidos por la vigente Ley, para la subsanación del incumplimiento de dichos límites, también se modifican por lo que cualquier referencia a los mismos también deberá ser adaptada²⁴.

²² No computará para el cálculo de este límite el trabajo realizado por los trabajadores con discapacidad de cualquier clase en grado igual o superior al treinta y tres por ciento.

²³ ANDREU MARTÍ, M.M., “Fomento de las sociedades laborales: su nuevo régimen jurídico”, p. 359. Destaca que no ha prosperado la Propuesta de Ley de Sociedades Laborales presentada por CONFESAL el 19 de febrero de 2013, de que dicho porcentaje no resultara de aplicación a las sociedades laborales de nueva creación durante sus primeros tres años de actividad, lo que a su juicio hubiera sido aconsejable para incentivar la elección por los emprendedores de este tipo social y facilitar la puesta en marcha de la empresa.

²⁴ El art. 1.2. c) LSLP concede un plazo de doce meses, prorrogables hasta un máximo de treinta y seis, si se acredita el avance en la subsanación, mientras que la Ley derogada (art. 1.2.) concedía directamente un plazo de tres años debiendo reducir cada año un tercio del porcentaje excedido. La diferencia es que ahora se necesita la prórroga expresa por el órgano del que dependa el Registro de Sociedades Laborales.

3.2. Régimen de transmisión de las acciones o participaciones

A. Transmisión inter vivos de acciones y participaciones sociales pertenecientes a la clase laboral.

El art. 7 de la Ley 4/1997 establecía un derecho de adquisición de preferente cuando un socio de la clase laboral pretendiese transmitir sus acciones o participaciones a persona que no ostentase la condición de trabajador por tiempo indefinido. Dicho derecho se establecía, en primer lugar, durante un mes, a favor de los trabajadores no socios con contrato indefinido, y en caso de no ejercicio por los mismos se trasladaba la oferta a los trabajadores socios, por otro mes, y de nuevo a falta de ejercicio por los trabajadores socios, se notificaba a los socios de la clase general y al resto de los trabajadores sin contrato de trabajo por tiempo indefinido que podían podrán optar a la compra, por ese orden. Y finalmente si ninguno de los anteriores ejercitaba el derecho de adquisición preferente podía adquirirlas la propia sociedad señalándose expresamente: “*con los límites y requisitos establecidos en los arts. 75 y siguientes de la LSA*”, referencia que, como hemos referido *supra*, ya no procede con la vigente LSC.

En el supuesto de transmisión de acciones o participaciones de la clase general, se establecía que si la misma lo era a favor de persona que no ostentase en la sociedad la condición de socio trabajador, estaba sometido a lo dispuesto en el párrafo anterior, con la diferencia de que la notificación del órgano de administración debía comenzar por los socios trabajadores.

En la medida que los estatutos de la sociedad laboral objeto de adaptación hubieran transcrito el referido art. 7 de la Ley 4/1997 los mismos deberán ser adaptados a lo dispuesto por la nueva Ley de sociedades laborales en dicha materia. La LSLP empieza por establecer que las acciones y participaciones, salvo previsión estatutaria en contra, podrán transmitirse libremente a los socios trabajadores y trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido, previa comunicación a la Sociedad. Debemos remarcar por un lado, que se unifica totalmente la transmisión de acciones de la clase laboral y general y, por otro, que se excepciona dicha libertad de transmisión cuando los estatutos así lo establecieran, cuestión que, permitiría ir en la adaptación más allá de la misma y proponer, en su caso, la modificación de los estatutos si se quiere modificar esa libertad de transmisión.

En el supuesto de voluntad de transmitir a personas distintas de las referidas, la LSLP establece que la sociedad trasladará la propuesta y condiciones, en un plazo de 10 días, simultáneamente a todos los posibles interesados (trabajadores indefinidos, socios trabajadores y socios generales), para su ejercicio en 20 días.

Luego en estatutos no es válida la reproducción de la Ley 4/1997 con sucesivas comunicaciones y reiterativos plazos²⁵.

Reducido el procedimiento de notificaciones, la LSLP establece que se comunicará al vendedor la identidad del o de los adquirentes, priorizándose los interesados, en caso de concurrencia, de acuerdo al siguiente orden de preferencia: 1.º Trabajadores indefinidos no socios, en relación directa a su antigüedad en la empresa; 2.º Socios trabajadores, en relación inversa al número de acciones o participaciones que posean; 3.º Socios de la clase general, a prorrata de su participación en el capital social, y 4.º la Sociedad. Desaparece así cualquier referencia a los trabajadores con contrato temporal que sí preveía la Ley 4/1997²⁶.

En definitiva, si los estatutos sociales de la sociedad laboral hacían una remisión general al régimen legal de las sociedades laborales (sin especificar el de la Ley 4/1997 derogada por la LSLP), no requerirán adaptación, sin perjuicio de que las remisiones a textos legales no son recomendables en cuanto no permiten a los socios conocer el régimen jurídico que les es aplicable. Por el contrario, si se reproduce el artículo 7 de la Ley 4/1997 la adaptación es necesaria en cuanto la libertad de pacto se limita a la posibilidad de reducir los supuestos de transmisiones libres.

²⁵ El nuevo precepto que regula la transmisión de acciones y participaciones inter vivos tiene una mayor claridad sintáctica y una más adecuada sistemática, distinguiendo el que pudiéramos denominar supuesto de transmisión libre del reglado. La Ley 4/1997 no formulaba esta distinción en su artículo 7, por más que cupiera naturalmente deducirla de forma implícita. El artículo 6 de la LSLP, sin embargo, acoge en sus dos primeros apartados esta diferenciación, con lo que se gana en claridad y sistemática, diferenciando sucesivamente dos supuestos de transmisión voluntaria inter vivos de las acciones o participaciones sociales: el realizado a los trabajadores de la empresa con contrato de trabajo por tiempo indefinido y el que se propone realizar a terceras personas ajenas, en principio, a la sociedad (BARRERO RODRÍGUEZ, E., “Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las sociedades laborales”, p. 274).

²⁶ La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito reservado a los posibles socios, se justifica, desde la perspectiva societaria, en la necesidad de asentar sobre bases sólidas su actividad, evitando continuos procedimientos de transmisión de acciones, a la vez que trata de dotar a las mismas de un imprescindible equilibrio y certidumbre, tanto en beneficio de su propia dinámica organizativa interna, como desde la que exige su imagen externa en el tráfico mercantil. La estabilidad en el empleo de socios asegura, de este modo, la propia de la sociedad. Pero además, el hecho de que el tipo de socio se circunscriba en exclusiva a los trabajadores estables, conecta con el conjunto de medidas que tratan de estimular, a través de incentivos y bonificaciones, el empleo indefinido en tanto instrumento que contribuya a la competitividad de las empresas, a la mejora del empleo y a la reducción de la temporalidad y rotación del mismo (MERCADER UGUINA, J.R., “Contrato de trabajo y contrato de sociedad: una larga historia de encuentros y desencuentros”, p. 56). Sin embargo para GARCÍA RUIZ, E., “El régimen societario de las sociedades laborales...”, p. 83, se ha optado legalmente por reforzar el régimen capitalista de esta estructura societaria, antes que potenciar la naturaleza social de estas sociedades, apostando por que estos trabajadores a tiempo parcial pudieran acceder a los medios de producción.

A lo anterior hay que añadir que la LSLP incorpora la novedad de que toda transmisión de acciones o participaciones, cualquiera que sea su clase y circunstancias, quedará sometida al consentimiento de la sociedad si con la misma se pueden superar los límites previstos en el art. 1 LSLP, lo que por claridad será conveniente reflejarlo en los estatutos²⁷. También podrá procederse con la misma finalidad respecto del principio general de que toda transmisión de acciones o participaciones que no se ajuste a lo previsto en la Ley, o en su caso, a lo establecido en los estatutos, no producirá efecto alguno frente a la sociedad.

Otra cuestión relevante en materia de transmisión de acciones o participaciones *inter vivos* es la valoración de las acciones o participaciones a los efectos de su transmisión o amortización, mediante reducción de capital. El precio, la forma de pago y demás condiciones de la operación siguen siendo tras la reforma los convenidos y comunicados al órgano de administración, y si la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, se sigue estableciendo que el precio será el fijado de común acuerdo por las partes o, en su defecto, lo será el valor razonable²⁸, por lo que en principio las referencias

²⁷ El consentimiento se expresará mediante acuerdo del órgano de administración en el plazo de un mes y sólo podrá denegarse si se propone, por parte de dicho órgano, la identidad de una o varias personas que adquieran las acciones o participaciones que sobrepasen los límites previstos en el artículo 1 LSLP.

²⁸ Se entiende por valor razonable el que determine un experto independiente, distinto al auditor de la sociedad, designado a este efecto por los administradores. Los gastos del experto independiente serán de cuenta de la sociedad. El valor razonable que se fije será válido para todas las enajenaciones que tengan lugar dentro de cada ejercicio anual. Si en las enajenaciones siguientes, durante el mismo ejercicio anual, el transmitente o adquirente no aceptasen tal valor razonable se podrá practicar nueva valoración a su costa. El valor razonable o de mercado de las participaciones de una sociedad es distinto de su valor en libros y para ello es necesario corregir algunos criterios contables, como el que determinados activos deban contabilizarse al coste de adquisición y no puedan revalorizarse voluntariamente por la sociedad, e incluso conceptos como el fondo de comercio, el valor de la clientela, el valor de los signos distintivos, el capital humano, etc. En tal sentido, LEÓN SANZ, F.J., El acuerdo de transformación de una sociedad anónima, p. 98, no considera acertado el criterio del valor teórico contable pues se utilizan criterios de valoración restrictivos como el coste histórico. E incluso ni siquiera considera suficiente el cálculo del valor patrimonial de la empresa (que trata de indagar en el valor de mercado de los elementos patrimoniales de la empresa, pues ninguno de los dos sistemas permite conocer la rentabilidad futura de la empresa). La RDGRN de fecha 4 de mayo de 2005 (RJ 2005/5539), reiterando la doctrina de resoluciones anteriores incide en que “el valor resultante del balance no puede equipararse al valor real, ni hoy día al valor razonable, por cuanto la contabilización del balance está sujeta a una serie de principios, tales como la prohibición de incluir determinados elementos como puede ser el fondo de comercio no adquirido a título oneroso, o la obligación de hacerlo con otros elementos esenciales del activo por el precio de adquisición, y en general el de prudencia que si impide la inclusión de beneficios potenciales obliga a hacerlo con las pérdidas y los riesgos que tengan tal carácter y que si son lógicos en cuanto a otros fines de interés público, en especial la protección de los acreedores sociales, quiebran a la hora de proteger el derecho del socio a obtener el valor de su participación en la sociedad si se fija en atención a los datos contables”.

estatutarias a esta materia incluidas en los estatutos sociales no necesitarían de adaptación.

No obstante lo anterior, separándose del criterio establecido para las sociedades de capital en general, la LSLP establece que los socios de la sociedad laboral podrán acordar en los estatutos sociales los criterios y sistemas de determinación previa del valor de las acciones o participaciones para los supuestos de su transmisión o amortización, en cuyo caso prevalecerá este valor²⁹. Si se quiere incorporar esta posibilidad en los estatutos sociales a adaptar deberán modificarse los estatutos, si bien la nueva redacción no será de aplicación a los socios que no votaron a favor del acuerdo de modificación de los estatutos. Se sustituye el derecho de separación previsto en las SRL a favor del socio que hubiera votado en contra del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales (art. 346.2 LSC), por el derecho a que no le resulte de aplicación el nuevo valor de transmisión de las participaciones y favoreciendo con ello la posibilidad de introducir la modificación de dicho valor de transmisión sin el riesgo de tener que satisfacer al socio que se separa el valor razonable de su participación.

B. Transmisión de acciones y participaciones en los supuestos de extinción de la relación laboral

En caso de extinción de la relación laboral del socio trabajador, la nueva regulación es muy semejante a la prevista en la Ley 4/1997 que en caso de extinción de la relación laboral del socio trabajador preveía que éste debiera ofrecer la adquisición de sus acciones o participaciones en el plazo de un mes desde la firmeza de la extinción de la relación laboral³⁰, y si nadie ejercitaba su derecho de adquisición, conservaba la cualidad de socio, si bien las acciones o participaciones que no hubiera transmitido pasaban a ser de la clase general³¹.

No obstante la LSLP, amplía los supuestos en los que los estatutos sociales pueden establecer normas especiales, añadiendo a los casos de jubilación e inca-

²⁹ La posibilidad de pacto en materia del valor a satisfacer a los socios por su participación en la sociedad también se prevé en las sociedades profesionales. El art. 16 LSP, establece que “el contrato social podrá establecer libremente criterios de valoración o cálculo con arreglo a los cuales haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación que corresponda a las participaciones del socio profesional separado o excluido, así como en los casos de transmisión mortis causa y forzosa cuando proceda”. Cuestión que se extiende a las transmisiones inter vivos por la libertad de pactos en dicho tipo social.

³⁰ Por el mismo orden que se establecía para el derecho de adquisición preferente previsto en las transmisiones inter vivos, en el entonces art. 7 del Ley 4/1997.

³¹ También se prevé en ambas normas que existiendo compradores de tales acciones o participaciones sociales, si el socio que, extinguida su relación laboral y requerido notarialmente para ello, no procede, en el plazo de un mes, a formalizar la venta, ésta podrá ser otorgada por el órgano de administración por el valor razonable o, en su caso, el establecido conforme a los criterios de valoración previstos estatutariamente, que se consignará a disposición de aquél, bien judicialmente o bien en la Caja General de Depósitos o en el Banco de España.

pacidad permanente del socio trabajador, el supuesto de socios trabajadores en excedencia, así como para los socios trabajadores que por subrogación legal o convencional dejen de ser trabajadores de la sociedad.

En principio, la inclusión en estatutos de estos nuevos supuestos no es necesaria pues es voluntario incluirlo en estatutos por lo que si se pretenden incluir reglas especiales para los nuevos supuestos deberá serlo mediante modificación de estatutos, si los socios lo consideran relevante.

C. Transmisión de acciones y participaciones mortis causa

La regulación de esta materia en la LSLP mantiene el principio general que establece que la adquisición de alguna acción o participación social por sucesión hereditaria confiere al adquirente, ya sea heredero o legatario del fallecido, la condición de socio³². No obstante se han modificado otras cuestiones, en particular en relación al derecho de adquisición preferente sobre las acciones de clase laboral, de forma que si en los estatutos se recogía respecto a dicho derecho una remisión al procedimiento previsto para las transmisiones *inter vivos*, conforme a lo entonces previsto en el art. 7 Ley 4/1997, ahora deberá de hacerse la misma al art. 6.2 LSLP.

Del mismo modo, en la regulación de dicho derecho de adquisición preferente, la LSLP sustituye la referencia al valor real, que tales acciones o participaciones tuvieran el día del fallecimiento del socio, por la del valor razonable³³, permitiéndose incluso que en vez de éste último se aplique el establecido conforme a los criterios de valoración previstos estatutariamente. Esta posibilidad no sería objeto en sí de adaptación sino de modificación de estatutos, si bien no se establece en la LSLP, como ocurre en las transmisiones *inter vivos*, referidas *supra*, la misma excepción allí recogida consistente en no aplicar el valor fijado estatutariamente a los socios que hubieran votado en contra de tal modificación.

En cualquier caso lo que sí que habrá que adaptar será los estatutos que recojan que el pago de las acciones a los herederos una vez ejercitado el derecho de adquisición preferente se debe realizar en cuatro meses conforme a la Ley 4/1997

³² Se mantiene el criterio de que no podrá ejercitarse el derecho de adquisición preferente estatutario si el heredero o legatario fuera trabajador de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido.

³³ Véase la SAP Madrid, de 23-12-2010 (AC 2010/87), en la que se refiere al valor razonable como “un concepto del acervo comunitario, derivado de la expresión anglosajona “fair value” que entronca con el “juste prix” de la jurisprudencia francesa anterior a la reforma del derecho societario de dicho país de 1966, que constituyó la primera formulación del concepto de derecho de sociedades europeo. En nuestro país fue acogido primero por la doctrina y luego encontró acomodo en distintos preceptos de la normativa societaria y registral mercantil, primero como “valor real”, actualmente, como consecuencia de las normas comunitarias sobre sociedades mercantiles, en la mayoría de los casos, como valor razonable”. Véase también la STS de 28-2-2011 (JUR 2011/86651).

al haberse reducido dicho plazo en la LSLP a tres meses, en ambos casos, a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.

3.3. Derecho de suscripción preferente

El art. 11 LSLP introduce como novedad la exclusión del derecho de suscripción preferente en las ampliaciones de capital con nuevas acciones o participaciones sociales, cuando el aumento de capital tenga como objeto la acomodación del capital a los límites a que se refiere el artículo 1.2. a. y b. LSLP³⁴, estableciéndose que en estos casos, el aumento de capital podrá adoptarse (i) por acuerdo de la Junta General con la mayoría ordinaria establecida para las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 198 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital³⁵, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y (ii) con el quórum de constitución y las mayorías establecidas para las sociedades anónimas en los artículos 193 y 201 de dicha Ley³⁶, lo que se realiza, en ambos casos, para facilitar la adopción de este tipo de acuerdos tendentes a mantener la condición laboral de la sociedad.

Si los estatutos recogen en su articulado alguna referencia al derecho de suscripción preferente o a los quórum o mayorías, deberá hacerse mención en la adaptación a la excepción referida en este apartado.

3.4. Órgano de administración

La LSLP enumera las competencias y obligaciones de los administradores de las sociedades laborales³⁷, si bien, en principio, su contenido no necesariamente

³⁴ Que la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten servicios retribuidos con relación laboral por tiempo indefinido y que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social.

³⁵ En las sociedades limitadas supone que el número de votos a favor del referido acuerdo de ampliación de capital solo va a exigir la mayoría de los votos emitidos siempre y cuando los votos a favor representen más de un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

³⁶ Los acuerdos ordinarios exigen un quorum de asistencia en primera convocatoria del veinticinco por ciento del capital social y no se exige quorum alguno en segunda convocatoria, frente al cincuenta por ciento en primera y veinticinco por ciento en segunda que se exige en casos especiales, de los que se excluye a la ampliación de capital que tenga como objeto la acomodación del capital a los límites previstos para las sociedades laborales. Además del quorum se rebajan las mayorías que exigiéndose más votos a favor que en contra del capital presente o representado (y no la mayoría absoluta ni la mayoría de dos tercios para los supuestos de asistencia en segunda convocatoria de menos del cincuenta por ciento de los derechos de voto).

³⁷ Dichas competencias y deberes específicos para los administradores, previstos en la LSLP, no excluyen la aplicación de los que recoge la LSC para todas las sociedades de capital. Para BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., Manual de Derecho Mercantil, Vol. I, p. 501, por un lado, respecto a la competencia señalan que se extiende tanto a los actos de gestión ordinaria como extraordinaria,

ha de figurar necesariamente en los estatutos sociales³⁸, sin perjuicio de que su inclusión puede ayudar a conocer a los socios el régimen legal aplicable sin necesidad de acudir al texto de la norma.

Donde sí va a ser más necesaria la adaptación es en los estatutos de las sociedades laborales limitadas que hubieran previsto en base a la Ley 4/1997 la posibilidad de los socios de la clase laboral de designar consejeros por el sistema de designación proporcional³⁹. Frente a la Ley derogada, que establecía dicho derecho sin más distinción entre las clases general y laboral que la relativa a poder prever que cuando existieran solo acciones o participaciones de la clase laboral, los miembros del Consejo de Administración podían ser nombrados por el sistema de mayorías, permitía aplicar el derecho de representación proporcional a la clase laboral⁴⁰. Ahora la LSLP establece que si la sociedad laboral estuviera adminis-

entendiendo por esta última aquellos actos que por su importancia, finalidad o excepcionalidad no pueden considerarse acontecimientos normales de una empresa, y por otro lado, respecto a los deberes resalta que la LSC realiza una enumeración completa de los deberes del administrador tras la reforma operada por la Ley 31/2014.

³⁸ Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad. En el caso de que los administradores deleguen la dirección y gestión de la sociedad, o confieran apoderamientos con esta finalidad, deberán adoptar medidas para delimitar claramente sus competencias y evitar interferencias y disfunciones (art. 13.1 LSLP). La actuación de los administradores debe ser diligente, leal, responsable, transparente y adecuada a las peculiaridades de la sociedad laboral como modelo de sociedad específico. Deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 13.2 LSLP). Asimismo, adoptarán políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia (art. 13.4 LSLP).

³⁹ La LSL 1997 extendía el sistema de representación proporcional a las sociedades de responsabilidad limitada, cuando ni siquiera está previsto en el régimen general de estas, para GARCÍA RUIZ, E., "El régimen legal de las sociedades laborales sometido a revisión", p. 263 es posible que la intención del legislador haya sido la de proteger a los socios inversores si los hubiera ya de por sí muy desprotegidos, imponiendo a la sociedad la obligación de respetar este sistema. Que esta sea la justificación no está del todo claro, y esta obligación ha sido muy criticada por un sector doctrinal que ha puesto en duda, desde el propósito que ha llevado al legislador a imponerla imperativamente, hasta su efectividad. Si el propósito de la misma, es la de preservar la proporcionalidad del capital en el consejo de administración en aras de proteger al socio minoritario, como piensa la mayoría de la doctrina, la sintaxis ha sido desafortunada, creando confusión sobre la intención perseguida por el legislador y, la consecuencia de la imposición de este sistema de nombramiento en caso de consejo de administración, ha sido desincentivadora pues, para sortear lo costoso y laborioso del sistema se suelen elegir las demás formas de administración.

⁴⁰ Art. 12 LSL 1997: "Si la sociedad estuviera administrada por un Consejo de Administración, el nombramiento de los miembros de dicho Consejo se efectuará necesariamente por el sistema proporcional regulado en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas y en las disposiciones que lo desarrollan. Si no existen más que acciones o participaciones de clase laboral, los miembros del Consejo de Administración podrán ser nombrados por el sistema de mayorías". En cualquier caso, la referencia a la LSA si se encuentra en los estatutos a adaptar hubiera sido necesario sustituirla por el art. 243 LSC.

trada por un Consejo, solo los titulares de acciones o participaciones de la clase general podrán agrupar sus acciones o participaciones sociales para nombrar a sus miembros conforme al sistema de representación proporcional previsto en el art. 243 LSC. Luego no se podrán mantener artículos estatutarios que prevean el referido derecho de representación proporcional a favor de la clase laboral, cuyo contenido deberá adaptarse a lo ahora indicado por la LSLP.

3.5. Reserva especial

Además de las reservas legales o estatutarias que procedan, las sociedades laborales estaban obligadas por la Ley 4/1997 a constituir un Fondo Especial de Reserva que debía dotarse con el diez por ciento del beneficio líquido de cada ejercicio, no estableciéndose límite cuantitativo a dicho Fondo Especial.

Ahora, el art. 14 LSLP mantiene la necesidad de dicho Fondo Especial si bien cambia su denominación por el más sencillo de “reserva especial”, y limita la obligación de dotarla hasta que el importe de la misma alcance al menos una cifra superior al doble del capital social.

Además, la LSLP crea un nuevo posible destino de la reserva especial que con la Ley 4/1997 solo podía destinarse a la compensación de pérdidas, en el caso de que no existieran otras reservas disponibles suficientes para este fin, y que con la nueva regulación se prevé que puede destinarse, también, a la adquisición de las propias acciones o participaciones sociales, que deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido, de acuerdo con lo dispuesto en materia de autocartera en el artículo 12 LSLP⁴¹.

⁴¹ El poder aplicar la reserva a la adquisición de autocartera por parte de la sociedad tiene por objeto facilitar su posterior enajenación a los trabajadores, todo ello en línea con uno de los objetivos principales de la Ley que es la articulación de mecanismos para procurar el acceso de los trabajadores a la condición de socios (MATEO HERNÁNDEZ, J.L., “Hacia una mayor participación de los trabajadores en la realidad empresarial a través de la nueva regulación de las sociedades laborales”, p. 338). Así, el art. 12.2 LSLP, señala que “Las acciones y participaciones propias adquiridas por la sociedad deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido en el plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de su adquisición, conforme al procedimiento y valoración previsto en los artículos 6 y 7 LSLP” y el art. 12.3: Transcurrido dicho plazo, las acciones o participaciones no enajenadas deberán ser amortizadas mediante reducción del capital social, salvo que en su conjunto las acciones o participaciones propias no excedan del veinte por ciento del capital social”. Además, las acciones y participaciones propias no computarán a los efectos de determinar si se cumple el requisito del artículo 1.2.a) de la LSLP relativo a que la mayoría del capital social deber ser propiedad de trabajadores con contrato indefinido. Respecto al régimen de autocartera de las sociedades laborales y la posibilidad de las sociedades limitadas laborales de tener en balance durante tres años dicha autocartera, a diferencia del régimen general de las sociedades limitadas, vid. JORDA GARCÍA, R. “Régimen jurídico del capital social (II), p. 123.

En consecuencia aquellas sociedades laborales cuyos estatutos hacían referencia al Fondo Especial de Reserva deberán adaptar su contenido en la medida que por reproducir la Ley anterior no recojan lo previsto en la LSLP.

3.6. Otras materias a valorar en la adaptación de estatutos

En los estatutos sociales de una sociedad laboral donde los socios no tienen por qué conocer el régimen jurídico de estas entidades, no se deberían escatimar esfuerzos por reproducir en ellos cuestiones que aun siendo de aplicación general, por lo dispuesto en la LSLP, puede ser interesante que los socios conozcan de forma directa mediante su lectura en los estatutos sociales y sin necesidad de acudir al texto legal.

Hacemos referencia a materias como, la pérdida de la calificación como sociedad “laboral”, ahora regulada en el art. 15 LSLP, pero cuyo contenido puede reflejarse en estatutos para un mayor conocimiento de las implicaciones de (i) la superación de los límites de participación establecidos y de las excepciones y plazos para su subsanación (art. 1 LSLP)⁴², (ii) del incumplimiento de las obligaciones de dotación de la reserva especial ya referida, y (iii) de la posibilidad de que sea la propia junta la que adopte un acuerdo en tal sentido⁴³. También los socios, para reforzar su interés en mantener la calificación de la sociedad como laboral, pueden establecer como causa de disolución la pérdida de tal calificación, lo que conllevará la correspondiente modificación y no adaptación de los estatutos.

Otro aspecto que se puede regular es la separación y exclusión de socios. Legalmente se permite que en estatutos se pueda reconocer el derecho de separación a los socios que voten en contra del acuerdo de la junta para descalificar a la sociedad como laboral, por lo que también se puede someter a la junta que apruebe la adaptación es la posibilidad de modificar los estatutos a tal fin.

Se pueden incorporar otras causas de separación, como en toda sociedad de capital, si bien el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos previsto en el artículo 348 bis LSC, no será de aplicación a los socios

⁴² El art. 5.4 LSLP incluye como novedad que la memoria anual de las sociedades laborales recogerá las variaciones de capital social que haya experimentado dicha sociedad durante el ejercicio económico de referencia, obligaciones legal que no estaría de menos recoger en los estatutos sociales para su cumplimiento por los administradores y el conocimiento por los socios.

⁴³ Adoptado con los requisitos y mayorías establecidas para la modificación de los estatutos. La válida adopción del acuerdo de descalificación no determina por sí sola la pérdida de la calificación laboral siendo necesaria la correspondiente resolución administrativa a petición de la sociedad la cual habrá que presentar en el Registro Mercantil (vid. LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. “Calificación y descalificación de sociedades laborales...”, p. 7.

trabajadores de la sociedad laboral (art. 16.2 LSLP)⁴⁴; y sí, por tanto, a los socios de la clase general.

Además, se puede contener en estatutos la posibilidad de que las sociedades laborales anticipen fondos, concedan créditos o préstamos, presten garantías o faciliten asistencia financiera para la adquisición de sus propias acciones o participaciones por los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido que no sean socios⁴⁵.

En materia de disolución de la sociedad, además de la inclusión o no de la pérdida de la condición de sociedad laboral como causa de disolución, se pueden incluir en estatutos los mismos pactos que se permiten en las sociedades de capital, como la determinación de quienes serán los liquidadores (art. 376 LSC), o el establecimiento del derecho de uno o varios socios a recibir la cuota de liquidación mediante las aportaciones no dinerarias realizadas u otros bienes sociales (art. 393.2 LSC).

4 CONCLUSIONES

A diferencia de lo dispuesto a la entrada en vigor de la Ley 4/1997, es obligatoria la adaptación de los estatutos de las sociedades laborales a la vigente LSLP, antes del 15 de noviembre de 2017. El incumplimiento de tal obligación conllevará el cierre registral de aquellas sociedades que no formalicen e inscriban la referida adaptación, salvo determinados asientos, en principio tendentes a fomentar la extinción de la sociedad laboral no adaptada. El legislador no ha permitido una previa calificación del registro mercantil de los estatutos a adaptar, como lo hizo con las SL, respecto de la LSRL.

Destacan las adaptaciones que derivan de los objetivos pretendidos por la nueva Ley como son (i) reducir los quóruns y mayorías, y excluir el derecho de suscripción preferente en las ampliaciones de capital con nuevas acciones o participaciones sociales, cuando el aumento de capital tenga como objeto la acomodación del capital a los límites exigidos en las sociedades laborales, y (ii) facilitar la entrada como socios a los trabajadores con contrato indefinido, permitiendo un nuevo destinar la reserva especial a la adquisición de las propias acciones o participaciones sociales para su enajenación a los trabajadores de la sociedad con

⁴⁴ Sobre la no aplicación de la causa legal de separación referida en el art. 348 bis LSC a los socios de la clase laboral, vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Separación y exclusión de socios en la sociedad laboral”, pp. 140 a 147.

⁴⁵ Existe una mayor permisividad en materia de asistencia financiera en las sociedades laborales, en particular para las sociedades limitadas laborales en cuanto en el régimen general de la LSC no les es aplicable la excepción, sí prevista para las SA relativa a facilitar la adquisición de participaciones por el personal de la propia empresa, cuestión relevante en las sociedades laborales (JORDA GARCÍA, R. “Régimen jurídico del capital social...”, pp. 132 y 133.

contrato por tiempo indefinido, de acuerdo con lo dispuesto en materia de auto-cartera en la LSLP.

Pero, son muchos los aspectos que por las novedades introducidas en el régimen de las sociedades laborales hay que contemplar en la adaptación de sus estatutos (límite de trabajadores indefinidos no socios, transmisión de acciones o participaciones —inter vivos, mortis causa, y en la extinción de la relación laboral—, mismo valor nominal y derechos económicos, prohibición de acciones y participaciones sin voto, etc.), junto con las que resultan necesarias por las modificaciones sufridas en el régimen general de las SA y SL desde la Ley 4/1997. En cualquier caso, la necesidad de adaptación va a depender en muchas ocasiones de cómo estén redactados los estatutos objeto de la misma, siendo más necesaria cuando reproduzcan la Ley anterior y menos cuando se remitan al régimen legal vigente que incluiría la LSLP.

Finalmente destacar dos cuestiones, por un lado, se podrá aprovechar la adaptación para modificar los estatutos en aquellos aspectos novedosos en los que la LSLP exige para su aplicación su inclusión voluntaria en los estatutos, y por otro, realizada o no la adaptación, el contenido de los estatutos de las sociedades laborales calificadas e inscritas al amparo de la normativa anterior no podrá ser aplicado en oposición a lo dispuesto en la LSLP.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. *El régimen jurídico de las sociedades laborales*, Dir. ANDREU MARTÍ, M.M., Aranzadi, Navarra (2017).
- AA.VV. *Fomento del trabajo autónomo y la economía social*, Dir. FARIAS, M. y FERRANDO, F.M., Aranzadi, Navarra, (2015).
- AA.VV. *Economía Social y Economía sostenible*, Dir. ALFONSO SÁNCHEZ, R., Aranzadi, Navarra, (2010).
- AA.VV. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Coord. ROJO, A. y BELTRÁN E., Civitas, (2011).
- AA.VV. *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Coord. ARROYO, I., EMBID, J.M. y GÓRRIZ, C., Tecnos, (2009).
- AA.VV. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Coord. ARROYO I. y EMBID, J.M., Tecnos, Madrid, (2001).
- AA.VV. *La sociedad de responsabilidad limitada*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., Aranzadi, (1998).
- ARIAS VARONA, F.J. y MARTINIVA, A., “¿Qué efecto tiene una reforma legal sobre los estatutos sociales que regulan la redacción precedente? A propósito de la competencia para el traslado del domicilio social”, RdS, núm. 46 (enero-abril 2016), pp.241-257.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E., “Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las sociedades laborales”, RdS, núm. 45 (julio-diciembre 2015), pp. 249-289.

- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *“Manual de Derecho Mercantil, Vol. I”*, Madrid (2015).
- GARCÍA RUIZ, E., *“El régimen legal de las sociedades laborales sometido a revisión”*, RdS, núm. 41, julio-diciembre 2013, pp. 249-279.
- GARCÍA RUÍZ, E., *“El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas”*, Revista de Estudios Cooperativos, n.º 123 (2017), pp. 64-93.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. *“Calificación y descalificación de sociedades laborales: coordinación entre el Registro Administrativo y el Registro Mercantil”*, La Ley mercantil, núm. 36, (mayo 2017), pp. 1-13.
- LEÓN SANZ, F.J., *El acuerdo de transformación de una sociedad anónima*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- MATEO HERNÁNDEZ, J.L., *“Hacia una mayor participación de los trabajadores en la realidad empresarial a través de la nueva regulación de las sociedades laborales”*, RdS, núm. 46 (enero-abril 2016), p. 329-340.
- MERCADER UGUINA, J.R., *“Contrato de trabajo y contrato de sociedad: una larga historia de encuentros y desencuentros”*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 172, enero 2015, pp. 21-60.
- PANIAGUA ZURERA, M., *“La singularidad tipológica de la sociedad laboral y su legislación adecuada (A propósito de la Proposición de Ley de sociedades laborales de Confesal y de la aplicación judicial de la Ley 4/1997)”*, RdS, núm. 44, enero-junio 2015, pp. 171 a 232.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 127-152
ISSN: 1130-2682

**SOCIEDADES LABORALES: APORÍAS EN LA
CONTRATACIÓN POR CUENTA AJENA**

LABOUR PARTNERSHIP: LABOUR CONTRACT MATTERS

JOSÉ MARÍA RIOS MESTRE*

Recepción: 6/7/2017 - Aceptación: 7/9/2017

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Politécnica de Cartagena. Email: josem.rios@upct.es. Correo postal: Facultad de Ciencias de la Empresa de la Universidad Politécnica de Cartagena, Calle Real, n.º 3, 30201, Cartagena. Esta actividad se enmarca en el proyecto de investigación “La necesaria y conveniente actualización del régimen jurídico de las sociedades laborales: su idoneidad al servicio del emprendedor” (19311/PI/14) financiado por la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia en el marco del PCTIRM 2011-2014.

RESUMEN

La Ley de Sociedades Laborales es una norma orientada hacia el Derecho mercantil. Por esta razón se plantean numerosos interrogantes de orden laboral. El propio contrato de trabajo de los socios trabajadores está sujeto a cambios por influencia de la sociedad. En el presente estudio se intenta dar respuesta a los despidos improcedentes de los trabajadores temporales y a las extinciones de contrato por voluntad del trabajador. También se plantea la duplicidad ante conductas contra la sociedad que podrán ser objeto de despido disciplinario y sanción societaria. Es un importante interrogante el carácter restrictivo de la actual Ley de Jurisdicción Social que solo se extiende a los servicios prestados. Es preciso realizar un análisis exhaustivo del régimen de Seguridad Social la Ley que abarque todas las situaciones posibles. Hay que prestar atención a los de socios administradores. La Ley resuelve de manera razonable los conflictos entre el régimen de autónomos y régimen general.

PALABRAS-CLAVE: Sociedad laboral, contrato de trabajo, socio trabajador.

ABSTRACT

The Law of Labour Partnerships is a law focused on Commercial Law. For that reason there are numerous questions about Labour Law. The labour contract itself of the working partners is subject to change by the influence of the partnership. This study tries to reach an answer about unfair dismissal of temporary workers and termination of contract by constructive dismissals. There is also a debate about behaviours against the partnership which can be pursued by double channels: labour dismissal and partner punishment. It is also an important matter the restrictive character of the Labour Jurisdiction which only allows to file suits about the services paid by the worker. About Social Security regime, we must pay attention to all possible situations, especially for managing partners. The Law solves in a reasonable way the conflicts between the self-employed regime and workers' regime.

KEY WORDS: Labour partnership, labour contract, working partner.

SUMARIO: 1. SOCIEDAD LABORAL, CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE SOCIEDAD. 2. CONTRATO DE TRABAJO Y SOCIO TRABAJADOR 2.1. Nacimiento del contrato de trabajo. 2.2. Clases de contratos de trabajo. 2.3. Competencias jurisdiccionales. 2.4. Período de prueba. 2.5. Extinción del contrato de trabajo. 3. LA SEGURIDAD SOCIAL DEL SOCIO TRABAJADOR DE SOCIEDADES LABORALES. 3.1 Introducción. 3.2. Encuadramiento de socios trabajadores. 3.3. Socio que realiza funciones gerenciales. 3.4. Extensión a los socios trabajadores de las sociedades laborales de los criterios de encuadramiento de los socios en las sociedades capitalistas y el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 2015. 4. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. *LABOUR PARTNERSHIP, LABOUR CONTRACT AND PARTNERSHIP CONTRACT* 2. *LABOUR CONTRACT AND WORKING PARTNER* 2.1. *Birth of labour contract.* 2.2. *Kinds of labour contracts.* 2.3. *Jurisdiction.* 2.4 *Probation time.* 2.5. *Termination of labour contract.* 3. *SOCIAL SECURITY OF WORKING PARTNER IN LABOUR PARTNERSHIPS* 3.1. *Introduction.* 3.2. *Framing of working partners in labour partnerships.* 3.3. *Managing partner.* 3.4 *Framing criteria for working partners in capitalist partnerships and Social Security Law 2015.* 4. *BIBLIOGRAPHY.*

1 SOCIEDAD LABORAL, CONTRATO DE TRABAJO Y SOCIEDAD

La distinción entre el contrato de trabajo y el contrato de sociedad es clásica como expresión de los problemas que plantea la calificación jurídica de la prestación del trabajo humano. No en vano, algunos autores creyeron en su día que la naturaleza jurídica del contrato de trabajo coincidía con la del contrato de sociedad (CHATELAIN, VALVERDE), y quizá por eso el artículo 458 del proyecto de CC de 1821 se refería a cierto «convenio temporal entre superior y dependiente (...) que constituye tácita sociedad de trabajo». Pero es que incluso el CC aprobado en 1889 ofrece argumentos que favorecen la confusión. En particular, porque siendo la sociedad «el contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias» (artículo 1665 CC) y estando admitida la posibilidad de que se constituya una sociedad en la que unos socios aporten dinero o bienes y otros sólo industria, la exoneración «de toda responsabilidad en las pérdidas» que el artículo 1691 CC autoriza en favor del «socio de industria», hace en la práctica extraordinariamente compleja su distinción respecto del trabajador asalariado remunerado completamente mediante participación en beneficios. A su vez, esta complejidad calificadoras sirve de base tanto a los frecuentes «intentos de disimular bajo ropajes societarios prestaciones de servicios claramente laborales», como a los igualmente repetidos ensayos para «camuflar al verdadero socio dentro de un aparente contrato de trabajo con la idea de lucrar los beneficios inherentes a la condición de

asalariado, particularmente en los casos de cierre de empresa o ante una ruptura de las relaciones entre los socios, o a los efectos de afiliación al RGSS»¹.

Estos problemas que plantea la calificación de una concreta prestación de servicios como derivada de un contrato de trabajo o como expresión de los derechos o deberes propios del socio encontraron a mediados de la década de los sesenta del siglo XX una original forma de expresión en las llamadas *Sociedades Anónimas Laborales*, la primera de las cuales fue la SALTUV valenciana constituida el 16 de diciembre de 1963².

En la medida de que se trata de verdaderas sociedades capitalistas puede predicarse la separación formal entre sociedad y socio y, por tanto, la contratación laboral de éste por aquella. Ahora bien, al mismo tiempo el hecho de que la mayoría del capital social este suscrito precisamente por los trabajadores que prestan sus servicios a la sociedad, hace que éstos dispongan de verdaderas facultades de dirección y control de la sociedad. El problema teórico que esta solución plantea tiene que ver con el cuestionamiento que de la nota laboral de dependencia inherente al dominio de la sociedad por parte de los trabajadores en cuanto propietarios de la mayoría del capital social. Sin embargo, en la práctica ello no tiene ninguna consecuencia porque ha sido el propio legislador el que, en norma con rango suficiente para hacerlo (*inclusión constitutiva*), ha decidido que estos socios sean sujetos de una relación laboral que les vincula con la sociedad. Otra cosa es que tal arreglo se compadezca bien con la paralela regulación de Seguridad Social, como la reforma de 1998 vino a demostrar.

En este sentido, y más allá de las especialidades señaladas en materia de calificación y de encuadramiento, la singularidad de las sociedades laborales sólo puede residir en sus aspectos mercantiles. Y por ello, tanto la vigente LSLP, como sus predecesoras han considerado siempre al trabajador en función de su condición como socio o no socio. Por ejemplo, para definir a los titulares del capital social (artículo 1º LSLP: «la mayoría del capital social (es) propiedad de trabajadores que prestan en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido»); para limitar el número de trabajadores no socios contratados por tiempo indefinido (artículo 1.2 LSLP); para distinguir los tipos de acciones o participaciones y definir derechos de adquisición preferente de las mismas (artículos 6 y 7 LSLP), etc.

¹ LUJÁN ALCARAZ, J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, págs. 163-164.

² Sobre su historia, véase PIÑOL AGUADE, J.M. “Acotaciones a las Sociedades Anónimas Laborales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1976, págs. 306 y ss. También MAGRIÑÁ, J., *La sociedad anónima laboral*, Biblioteca CEAC de Cooperativismo, Barcelona, 1986, pág. 20 y ss.

2 CONTRATO DE TRABAJO Y SOCIO TRABAJADOR

El reconocimiento de que el fundamento último de las sociedades laborales es la compatibilidad en la mayoría de sus integrantes de la doble condición de socio y trabajador se advierte claramente en el artículo 1.2 LSLP. Conforme al mismo, la calificación como «Sociedad Laboral» puede otorgarse a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido.
- b) Que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social³.
- c) Que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores⁴.

Interesa subrayar en este punto que una de las novedades más sobresalientes de la nueva LSLP es precisamente la regulación de las sociedades participadas por los trabajadores que por primera vez en nuestro país han sido definidas legalmente considerando «como tales no solo a las propias sociedades laborales, sino a cualesquiera otras sociedades en las que los socios trabajadores posean capital social y derechos de voto»⁵. Conforme al artículo 18 LSLP, «tendrán la consideración de sociedades participadas por los trabajadores las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos establecidos en el capítulo I (LSLP), pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores, y cumplan *alguna* de los siguientes requisitos:

- a) Que cuenten con trabajadores que posean participación en el capital y/o en los resultados de la sociedad.

³ Esta regla admite dos excepciones. La primera, que la sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido estando dividido tanto el capital social como los derechos de voto al cincuenta por ciento y con la obligación de ajustarse al límite general en el plazo máximo de 36 meses. La segunda excepción se refiere al caso de «socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social».

⁴ Téngase en cuenta que a estos efectos no computa el trabajo realizado por los trabajadores con discapacidad de cualquier clase en grado igual o superior al treinta y tres por ciento.

⁵ Exposición de Motivos LSLP.

- b) Que cuenten con trabajadores que posean participación en los derechos de voto y/o en la toma de decisiones de la sociedad.
- c) Que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.
- d) Que promuevan los principios recogidos en el (artículo 18 LSLP)».

Formalmente, la calificación como asalariados de los socios trabajadores de las sociedades laborales —y de los de las sociedades participadas por trabajadores— corresponde no a la LSLP, sino al TRLET. Es decir, serán asalariados de la sociedad si «voluntariamente prest[a]n sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Eso es lo que señala la propia LSLP cuando identifica como requisito que la mayoría del capital social sea propiedad de «trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral [...]».

Además, estos trabajadores han de estar vinculados por una relación laboral «por tiempo indefinido». Y este requisito es justamente el que hace de esta clase de entidades instrumentos idóneos para la promoción de empleo estable. Su razón de ser tiene fácil explicación, pues las sociedades laborales se inspiran en lo que se ha llamado una «filosofía obrera»⁶. Ello no obstante, la nueva LSLP mantiene la solución de su predecesora en punto a la exigencia o no de un régimen mínimo de jornada. Es decir, se decanta por la inexigencia que la Ley de 1997 asumió en contraste con la Ley de 1986 que sí exigía que la vinculación del socio trabajador fuese «por tiempo indefinido y en jornada completa». Consecuencia de ello, ya advertida en 1997, es que la relación entre socio trabajadores y socios no trabajadores no puede hacerse en función del número absoluto de trabajadores de una y otra clase, sino del número de horas de trabajo/año que totalizan unos y otros [artículo 1.2 c) LSLP].

No hay en el articulado de la LSLP la más mínima pretensión de fijar un marco jurídico laboral para los socios trabajadores. Dando por supuesta su condición laboral, el legislador de la LSLP deja que sea la legislación laboral la que se ocupe de la cuestión. Por tanto, y conforme al artículo 3 TRLET, habrá que estar al propio Estatuto y a sus normas de desarrollo; a los convenios colectivos que pudieran resultar aplicables según la empresa o actividad y a lo previsto en los correspondientes contratos de trabajo.

Quizá en algún momento pudo plantearse la conveniencia o no de configurar sobre la relación de trabajo del socio trabajador en las sociedades laborales una relación laboral especial. Pero lo cierto es que tal posibilidad está descartada y,

⁶ SAENZ GARCIA DE ALBIZU, J.C., “Notas para el estudio de una posible deformación del tipo legal mercantil”, *Revista de Trabajo*, núm. 87, 1987, pág. 15

a lo sumo, la LSLP contiene alguna regla especial en materia de extinción de la relación de trabajo y sus efectos sobre la relación societaria.

2.1. Nacimiento del contrato de trabajo

Las sociedades laborales integran la voluntad de los participantes de acudir a la estructura de sociedades capitalistas proporcionando una institución donde desarrollar la prestación personal propia del contrato de trabajo. Por tanto, los fundadores ostentan la condición de socios con carácter previo a la condición de socios trabajadores. Se trata de una prioridad en el tiempo de carácter lógico jurídico ya que son los administradores los que tienen atribuida la potestad para representar a la sociedad. Ello conlleva un auténtico fenómeno de autocontratación en el caso de los socios trabajadores.

No puede pretenderse que la condición de trabajador tenga su nacimiento en virtud de la constitución de la sociedad. Con indiferencia de lo dispuesto en los estatutos sociales, el trabajador adquiere tal condición por la celebración del contrato de trabajo. La posibilidad de que el contrato de trabajo nazca *ope legis* en virtud de una combinación de los estatutos sociales y la propia LSLP debe rechazarse.

La importancia de la cuestión radica en los elementos constitutivos del contrato de trabajo del socio trabajador, especialmente si se trata de socios fundadores. El elemento influenciado por todas las peculiaridades societarias es la causa del contrato. La causa del contrato de trabajo sufre una perturbación importante en el sentido de alterar el binomio prestación de servicios y retribución. La causa del contrato pasa a estar integrada igualmente por los elementos derivados de la condición de socio. Las manifestaciones prácticas de esta cualidad son muy numerosas, ya que la pérdida de la condición de socio en determinados supuestos y el cambio en la calificación podrán ser objeto de acciones propias del contrato de trabajo como se detallará más adelante. Cabe adelantar que los atributos sociales pueden ser considerados una condición sustancial y que bajo determinadas circunstancias su desaparición puede ser objeto de acciones rescisorias o extintivas ejercidas por el trabajador.

Las condiciones de socio y trabajador son realidades diferenciadas y sujetas a un régimen jurídico distinto. No obstante, los hechos acaecidos en la relación societaria o en la laboral y sus consecuencias jurídicas experimentarán influencias respectivamente como no puede ser de otra forma.

Todo lo anterior no decae debido a la existencia de una realidad opuesta en torno al nacimiento del contrato de trabajo de las sociedades ya constituidas que se transforman en sociedades laborales. En estos casos precede el nacimiento del contrato a la existencia de la sociedad laboral. No obstante la preexistencia del vínculo laboral no contradice lo sustentado más arriba, más bien al contrario pues

el mecanismo de pervivencia de la sociedad laboral consiste, en cierta forma, en la incorporación a la relación societaria de trabajadores indefinidos contratados.

2.2. Clases de contratos de trabajo

No exige la LSLP que el socio trabajador se vincule siempre y en todo caso mediante una relación laboral de carácter indefinido, sino simplemente que «al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores» que estén vinculados de esa manera. Por tanto, sí puede haber socios trabajadores vinculados mediante un contrato temporal cuya participación en el capital social computa en la parte minoritaria del mismo. Y, por supuesto, puede haber trabajadores no socios con contrato indefinido o temporal.

Aun así, de la lectura de los preceptos de la LSLP da la impresión de que la elección entre temporal o indefinido está subordinada a los intereses societarios. Ello es así porque donde existe una relación expresa que puede desequilibrarse, según el caso concreto, es entre trabajadores indefinidos socios y no socios. Nos encontramos con una ley en la que, a efectos de los contratos temporales, el patrón es el trabajador socio y el obrero es el trabajador temporal; y el indefinido es un aspirante a empresario. Está claro que la voluntad del legislador es anudar las posibilidades y consecuencias societarias a la condición de trabajador fijo.

Es verdad que conforme establece el artículo 13. 3 LSLP, los administradores tienen, entre otras obligaciones, el deber de «favorecer la generación de empleo estable y de calidad (y) la integración como socios de los trabajadores». Pero, por ejemplo, el artículo 12.2 LSLP establece que las acciones y participaciones propias adquiridas por la sociedad deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido en el plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de su adquisición. Y que conforme al artículo 11.3 a estos trabajadores se les atribuye un derecho de suscripción preferente de modo que, salvo acuerdo de la Junta General que adopte el aumento del capital social, «las acciones o participaciones no suscritas o asumidas por los socios de la clase respectiva se ofrecerán a los trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la forma prevista en el artículo 6».

La vinculación entre contrato laboral indefinido y socio es una solución que tiene su lógica ya que, en principio, la dinámica societaria no se compadece con la volatilidad del contrato temporal. Sin embargo, la lógica de esta idea plantea una cuestión de interés que versa sobre las consecuencias societarias de la contratación temporal en fraude de ley. Como es sabido, la típica consecuencia laboral de la contratación temporal en fraude de ley consiste en la consideración del contrato laboral como indefinido *ex tunc*. Esta proyección hacia el pasado evidencia una eventual *pérdida de oportunidad* en relación con la adquisición de participaciones sociales y la condición de socio. El sistema de transmisión *inter vivos* de las par-

ticipaciones establecido en el artículo 6 consiste básicamente en que las acciones y participaciones pueden transmitirse libremente a los socios trabajadores y a los trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido. El propietario de acciones o participaciones debe comunicar a la sociedad el número, características y términos económicos de las acciones o participaciones que se proponga transmitir para que ésta traslade la propuesta en el plazo máximo de diez días simultáneamente a todos los posibles interesados (trabajadores indefinidos, socios trabajadores y socios generales), que deberán manifestar su voluntad de adquisición de acciones en un plazo máximo de 20 días contados desde que les fue notificada la transmisión proyectada.

Recibidas las ofertas de compra, los administradores dispondrán de 10 días para comunicar al vendedor la identidad del o de los adquirentes, priorizándose los interesados, en caso de concurrencia, de acuerdo a un orden de preferencia en el que figura en primer lugar los «trabajadores indefinidos no socios, en relación directa a su antigüedad en la empresa».

Cabe preguntarse qué eficacia tiene sobre las transmisiones de participaciones societarias una sentencia del orden social declarativa de despido nulo o improcedente o del carácter indefinido de la relación social. Por ejemplo, en el supuesto de transmisiones en las que se ha ejercido el derecho de adquisición preferente por un trabajador indefinido que tiene menor antigüedad que el trabajador que ha visto reconocido judicialmente el carácter indefinido de su relación.

A lo largo de este estudio se ha venido sosteniendo que lo societario no es ajeno a la causa del contrato de trabajo, sino que, muy al contrario, forma parte de la misma en el caso de los socios trabajadores y, en menor medida pero también por las expectativas que se generan, en el caso de los restantes trabajadores indefinidos y temporales. Si se acepta este planteamiento se ha de señalar que tampoco serían ajenas por tanto las adquisiciones en las que haya resultado preterido el trabajador demandante. Sin embargo, cabe considerar que se trata de un supuesto de *res inter alios acta* y que si el adquirente posee buena fe, lo que se presume, no puede verse afectado por el reconocimiento del carácter indefinido. Ello nos deja, en el plano sustantivo, con una reclamación de daños y perjuicios frente a la sociedad.

2.3. Competencias jurisdiccionales

Desde la perspectiva competencial, queda claro que la materia societaria corresponde al orden jurisdiccional civil, mientras que al orden social corresponderán solo aquellas cuestiones que provengan del contrato de trabajo exclusivamente por la prestación de sus servicios. El artículo 2 c) LRJS es bastante restrictivo ya que atribuye competencia al orden social en las cuestiones litigiosas que se pro-

muevan «entre las sociedades laborales o las cooperativas de trabajo asociado, y sus socios trabajadores, *exclusivamente por la prestación de sus servicios*».

2.4. Período de prueba

El TRLET regula en su artículo 14 el periodo de prueba. Conforme al mismo, puede concertarse por escrito un periodo de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. Bien entendido que, en defecto de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. Y que en las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

El citado artículo 14 TRLET establece que en el supuesto de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 TRLET concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo.

En el caso de trabajadores no socios que ya hayan prestado servicios con anterioridad para la sociedad laboral, es claro que no podrá pactarse un nuevo periodo de prueba en el momento de la adquisición de la nueva condición de socio. En cambio, es más problemático el caso de la admisión de nuevos socios trabajadores que no hubieran prestado servicios con anterioridad en la correspondiente empresa. Fundamentalmente porque en estos casos el período de prueba y su libertad de ejercicio choca frontalmente con la vocación de permanencia y estabilidad propia del socio. Cabe señalar que la inclusión en el contrato de trabajo no está expresamente prohibida por la norma. Pero sería conveniente que los estatutos sociales establecieran los presupuestos y consecuencias del ejercicio de esta institución, no ya sobre el contrato de trabajo, sino sobre la condición de socio.

2.5. Extinción del contrato de trabajo

La extinción del contrato de trabajo es contemplada en el artículo 9 LSLP desde la óptica mercantil propia de esa norma. Es decir, el problema al que allí se quiere dar solución es cómo afecta a la relación societaria la extinción del contrato de trabajo del socio trabajador; pero no las posibles peculiaridades que en orden a esa extinción impone o puede imponer la singular naturaleza de la relación entre sociedad laboral y socio trabajador. Conforme al citado precepto, «en caso de extinción de la relación laboral del socio trabajador, éste habrá de ofrecer (a los socios trabajadores y a los trabajadores no socios) la adquisición de sus acciones o participaciones en el plazo de un mes desde la firmeza de la extinción de la relación laboral, (...) y si nadie ejercita su derecho de adquisición, conservará la cualidad de socio, si bien las acciones o participaciones que no haya transmiti-

do pasarán a ser de la clase general conforme al artículo 5». Se añade, además, que los estatutos sociales puedan «establecer normas especiales para los casos de jubilación e incapacidad permanente del socio trabajador, para los supuestos de socios trabajadores en excedencia, así como para los socios trabajadores que por subrogación legal o convencional dejen de ser trabajadores de la sociedad».

En los contratos de tracto sucesivo, especialmente si concurren prestaciones personales, debe de posibilitarse la extinción de la relación obligatoria a las partes (nadie puede ser obligado de por vida contra su voluntad). Son fórmulas habituales de terminación del contrato la denuncia unilateral y el mutuo disenso. El TR-LET recoge en su artículo 49.1 a) como causa de extinción del contrato de trabajo el *mutuo acuerdo de las partes*. Y en su apartado d) la dimisión del trabajador «debiendo mediar el preaviso que exijan los convenios colectivos o la costumbre del lugar». En estos casos concurren dos intereses contrapuestos cuando se trata de la relación del socio trabajador; por un lado la decisión de poner fin al contrato de trabajo y, por otro, la vocación societaria de permanencia. Entre ambos, es obvio que debe primar el interés laboral del trabajador en poner fin a su contrato, debiéndose adaptar la legislación mercantil en orden al mantenimiento o conclusión de la relación societaria, cuestión de la que trata el artículo 9 LSLP.

Respecto del despido propiamente dicho, la primera cuestión que se plantea es quién ostenta la facultad de ejercer dicha potestad. El artículo 13 LSLP establece que es competencia del órgano de administración la dirección y gestión de la sociedad. Pero también podría defenderse que facultad recayera en la asamblea. Y asimismo caben combinaciones tales como que, en situaciones conflictivas, el órgano de administración recabe la ratificación de la asamblea. Los estatutos sociales pueden establecer alguna previsión cuyo incumplimiento tendrá dudosos efectos laborales.

La doctrina de suplicación se encuentra dividida. Algunos Tribunales se decantan por conferir efectos laborales a los acuerdos y convenciones mercantiles. Cabe citar a título ilustrativo la STSJ Andalucía, Sevilla de 2 de noviembre de 1993 (rec. 2217/1993) en un supuesto en el que los incumplimientos favorecieron al trabajador. La Sala declara que «a la misma conclusión [la nulidad] ha de conducir la adopción de tal acto resolutorio con manifiesta infracción de la pertinente norma convencional, al haberlo sido por el Director de Área de Gestión y Relaciones Laborales, que a lo más sólo tiene facultad de sancionar por faltas leves -artículo 72.c) de los Estatutos de la entidad demandada-, si se le considera como Director General, al no constar haberse delegado en el mismo para tal menester sancionador por los órganos competentes para ello, conforme autoriza el artículo 70 párr. 2.º, no siendo bastante el tácito designio empresarial de resolver, por lo que tal despido enjuiciado ha de considerarse nulo a tenor también del artículo 108.2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral.»

La STSJ Murcia de 4 de marzo de 2004 (rec. 63/2002) recoge un supuesto interesante por la minuciosidad con la que se analizan a efectos de la validez del despido las normas civiles y mercantiles. En este caso la Sala expone que «si bien el artículo 23 de los Estatutos de la SA demandada confieren al Consejo de Administración la facultad de nombrar y separar el personal de plantilla, el artículo 33 de los mismos confiere al gerente la Jefatura directa de todo el personal al servicio de la empresa, así como todas las demás facultades que el Consejo de Administración le delegue, delegación que se hizo efectiva en virtud de los acuerdos adoptados en la reunión de 17 de julio de 1989, en el sentido de otorgar al Director Gerente de amplios poderes con expresas facultades para el nombramiento y cese del personal, que se reflejan en el poder que obra unido a los presentes autos (folios 55 y ss.), en el que no consta que el Notario autorizante formulara objeción por insuficiencia del acuerdo, constando que el mismo fue adoptado por quince votos a favor y una abstención. No cabe, por ello, apreciar que el Director Gerente careciera de facultades para proceder al despido del actor, por lo que la vulneración de los preceptos de la ley reguladora de las sociedades anónimas, que se invoca para fundamentar la improcedencia del despido, debe ser rechazada».

No obstante, la doctrina correcta parece ser la recogida en resoluciones como la STSJ Madrid de 27 de febrero de 2002 (rec. 4458/1991) para la que *«siendo claro que el despido fue acordado por el Consejo Rector y llevado a efecto por su órgano representativo, que es el Presidente, (es) irrelevante por tanto, que la notificación se efectuara por este último o por el Secretario, así como la forma de la notificación, pues se está en presencia, no de la comunicación de un acto administrativo, sino de una decisión laboral, cuyos requisitos de validez intrínseca vienen impuestos por el Estatuto de los Trabajadores, revistiendo en ese aspecto la comunicación el genuino y eficaz contenido de una carta de despido; por otro lado, es claro que reconoce y afirma el propio recurrente que el patronato posee plena personalidad jurídica, por lo que no resulta necesario insistir en el tema de que el Ayuntamiento era el único empresario, lo cual resulta además intrascendente en relación con la procedencia del despido»*.

En efecto, el TRLET exige que el acto extintivo en que consiste el despido se produzca por escrito. Mediante una carta de despido con determinadas formalidades. Una vez que el trabajador ha recibido un documento que reúne estas características resulta desorbitado exigir que cumpla con las formalidades mercantiles. Cabe señalar que en muchos supuestos la documentación mercantil que acredita la legitimación para despedir puede ir mucho más allá de la propia norma y de los estatutos, ya que el devenir de la sociedad genera numerosas escrituras públicas.

En materia de despido debe teneres presente que el artículo 16 LSLP, rubricado «Separación y exclusión de socios» establece en su apartado 3 que «la sociedad laboral podrá excluir al socio que incumpla las obligaciones previstas en esta ley en materia de transmisión de acciones y participaciones, o realice acti-

vidades perjudiciales para los intereses de la sociedad y por las que hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados. Las acciones o participaciones de los socios separados o excluidos deberán ser ofrecidas a los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido, conforme a lo previsto en el artículo 6 de esta ley. Las acciones o participaciones no adquiridas deberán ser amortizadas mediante reducción del capital social».

Este precepto plantea difíciles cuestiones. Se puede decir que da la espalda al Derecho del Trabajo y esta indiferencia del legislador deberá ser resuelta por los Tribunales. El supuesto de hecho consiste, como señala el precepto, en la realización de dos tipos de conductas. La primera de ellas es el incumplimiento de las previsiones contenidas en la LSLP sobre transmisión de acciones y participaciones sin que se exija la producción de daños y perjuicios. La segunda conducta consiste en la realización de actividades perjudiciales para los intereses de la sociedad por las que hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad de los daños y perjuicios causados. En este caso, la consecuencia jurídica que la ley vincula a la producción del supuesto de hecho es la exclusión cuando recaiga una condena por daños y perjuicios mediante sentencia firme; ahora bien, como los protagonistas de estas conductas además de socios son trabajadores, el acaecimiento de estos hechos provocará despidos disciplinarios.

Estos son los supuestos conocidos como *transgresión de la buena fe y abuso de confianza*. Estos deberes de conducta se han dividido en la *confianza ética* que está desconectada de la prestación de servicios y la *confianza profesional* que va ligada a la ejecución de la prestación profesional. En estos casos la conducta societaria y la laboral están unidas por no afirmar que son idénticas. Las actividades perjudiciales para los intereses de la sociedad vendrán dadas por la mala imagen o publicidad negativa que de ellas resulta, los comportamientos del trabajador en el lugar de trabajo, la lesión de la posición competitiva de la empresa, la vulneración de los deberes de confidencialidad, la concurrencia desleal, el aprovechamiento de la posición en la empresa para el lucro indebido, el aprovechamiento de la posición en la empresa para fines irregulares, el engaño a la empresa, la causación intencionada de daños a bienes de la empresa o de personas relacionadas con ellas, la transgresión de la buena fe por comportamientos que quiebran la *confianza profesional*, el abandono del trabajo, la impuntualidad o falta de asistencia, la falta de diligencia, el maltrato a los clientes, el incumplimiento de deberes deontológicos; el ocultamiento a la empresa, etc.⁷

Por su parte, en cuanto a la posibilidad y efectos de la extinción del contrato de trabajo del socio trabajador por incumplimientos del empresario al amparo del

⁷ Véase, entre otros, GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Despido disciplinario”, en AA.VV., *El despido*, Aranzadi, 2009, 2ª ed., págs. 247-289.

artículo 50 TRLET, hay que advertir que representa un desafío para la visión estricta de la competencia del orden social, toda vez que el elemento de imputación que utiliza el artículo 2 c) LRJS se identifica con las cuestiones derivadas de la prestación de servicios del trabajador.

3 LA SEGURIDAD SOCIAL DEL SOCIO TRABAJADOR DE SOCIEDADES LABORALES

3.1. Introducción

Más allá de la compleja naturaleza jurídica de la figura del *socio trabajador* de las sociedades laborales, el aspecto de su régimen jurídico que más peculiar resulta, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es, sin duda, el de su encuadramiento en esta última⁸.

La versión original de la derogada Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (en adelante, LSL), resolvió la cuestión en su artículo 21 —rubricado precisamente *Encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social*— de una manera muy sencilla. Conforme a la misma, «todos los socios trabajadores de las sociedades laborales estarán afiliados al Régimen General o a alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, incluidos los miembros de los órganos de administración, tengan o no competencias directivas».

3.2. Encuadramiento de socios trabajadores

Siendo verdaderos trabajadores por cuenta ajena —así los califica la misma LSLP siguiendo el ejemplo de sus predecesoras—, el encuadramiento en Seguridad Social de los socios trabajadores de las sociedades laborales no debería plantear ningún problema (y menos aún el de los trabajadores de las sociedades participadas). Su ubicación natural solo puede ser el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) o, en su caso, el régimen especial que corresponda por razón de actividad para el encuadramiento de los trabajadores asalariados, regímenes que actualmente solo son el de trabajadores del mar (REM) y el de la minería del carbón (REMC). Más aún, en cuanto verdaderos trabajadores por cuenta ajena ni

⁸ Sobre el *socio-trabajador* véase, entre otros, LÓPEZ GANDÍA, J., *Las sociedades laborales y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2006; MERCADER UGUINA, J.R., “La dimensión laboral de las sociedades laborales”, en *Economía social y cooperativismo* (Coord. Burgos Rosado y Morgado Panadero), 2006, págs. 313 y ss.; ELORZA GUERRERO, F., *Estudio sobre las implicaciones laborales, mercantiles y fiscales de la modificación estructural de la sociedad laboral*, Marcial Pons, 2011, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*, Thomson Aranzadi, 2008; GARCIA NINET, J.I., “Cooperativas de trabajo asociado, sociedades laborales y fomento del cooperativismo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 37, 2014. Véase también, CALVO ORTEGA, R., *Sociedades Laborales*, Civitas, 2013.

siquiera es necesaria una cláusula de inclusión expresa como ocurre en el caso de los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado.

Como es sabido, respecto de estos últimos, el artículo 14 TRLGSS-2015, heredero de la anterior DA 4ª TRLGSS-1995, dispone que «los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la cooperativa —en sus estatutos— entre las modalidades siguientes:

- a) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Dichas cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad.
- b) Como trabajadores autónomos en el régimen especial correspondiente»⁹ y ¹⁰).

La «natural adscripción» del socio trabajador de las sociedades laborales al RGSS tuvo acogida en el artículo 21 de la Ley 4/1987, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, a cuyo tenor «todos los socios trabajadores de las sociedades laborales estarán afiliados al Régimen General o a alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, incluidos los miembros de los órganos de administración, tengan o no competencias directivas».

Respecto de esta solución legal, pueden reiterarse las consideraciones hechas en otro lugar¹¹. A saber: que «aparentemente, el artículo 21 LSL [vino] a colmar una laguna en que había incurrido la [Ley de Sociedades Anónimas Laborales] de 1986, pues ésta omitió cualquier referencia al régimen de afiliación a la Seguridad Social de los socios-trabajadores. Sin embargo, es lo cierto que, en rigor, nunca existió tal laguna y sí, por el contrario, diversas dudas sobre la interpretación de las normas a aplicar, fundamentalmente sobre la condición del socio trabajador de las sociedades laborales que desarrolla funciones gerenciales o directivas como verdadero y propio trabajador por cuenta ajena». En este sentido, lo único que hizo el citado artículo 21 LSL fue reiterar lo ya dispuesto en la misma LGSS; esto es, que los socios-trabajadores de las sociedades laborales, cualesquiera que

⁹ Artículo 305 TRLGSS-2015 y preceptos concordantes.

¹⁰ La regla se completa con otras dos. Por un lado, la que advierte que «los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y los socios de trabajo a los que se refiere el artículo 13.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, serán asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de Seguridad Social». Y, por otro, la que establece que «en todo caso, no serán de aplicación a las cooperativas de trabajo asociado, ni a las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra ni a los socios trabajadores que las integran, las normas sobre cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial».

¹¹ LUJÁN ALCARAZ, J., “Las sociedades laborales: aspectos laborales y de Seguridad Social”, en ALONSO ESPINOSA (Dir.), *Régimen jurídico de las sociedades laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, págs. 149 y ss.

sean sus funciones, y por tanto también los que realizan cometidos de gestión, administración y dirección de la correspondiente sociedad «estarán afiliados» a un régimen de Seguridad Social. Ahora bien, preguntando al legislador qué régimen debía ser éste, su respuesta era bastante simple: el que «proceda».

Ahora bien, la libre elección del régimen que «proceda» que el artículo 21 LSL amparaba no debía llevar a conclusiones —se decía en 1997— «rayanas en el absurdo». Y eso es lo que se consideraba que sucedería si con amparo en aquella regla se pretendiese defender la afiliación del socio trabajador en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). Y es que, «cuando menos en abstracto, resulta de todo punto incongruente y opuesto a la propia naturaleza de las cosas la pretensión de incluir a quien indiscutidamente es *trabajador por cuenta ajena* (pues en otro caso ya no sería socio trabajador de una [sociedad laboral]) en un régimen de Seguridad Social que abre su campo de aplicación exclusivamente al «trabajador por cuenta propia o autónomo (...) que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, *sin sujeción por ella a contrato de trabajo* y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas»¹².

Por eso, «llevando a buena parte la interpretación del artículo 21 LSL, habría que entender que su alusión a los Regímenes Especiales de la Seguridad Social está referida a los casos en que, por *la actividad de la Sociedad Laboral*, sus trabajadores deban encuadrarse en Régimen distinto del General. Excluidos también por razones obvias los Regímenes Especiales de Funcionarios y Estudiantes, la afiliación sólo parece posible, aparte el Régimen General, en los Regímenes Especiales de Trabajadores del Mar y de la Minería del Carbón».

El estudio de los trabajos preparatorios de la LSL revela que la cuestión fue objeto de debate. Inicialmente, la *Proposición de Ley de Sociedades Laborales*, presentada el 27 de marzo de 1996 por el Grupo Socialista del Congreso, silenciaba toda referencia a un asunto que aparecería en el trámite de enmiendas. La presentada por el Grupo Popular postulaba la adición de un nuevo artículo 21 (la proposición solo tenía 20 artículos) para cobijar en él una regla según la cual «todos los trabajadores socios de las sociedades laborales estarán afiliados al Régimen General de la Seguridad Social, incluidos los miembros del órgano de Administración, tengan o no competencias directivas». Y ello justificado por la necesidad de «de dejar absolutamente claro cuál debe ser el Régimen por el que deben guiarse, a efectos de cotizaciones a la Seguridad Social, los socios trabajadores de las sociedades laborales». Por su parte, el grupo socialista también enmendó su propia proposición planteando la incorporación de una nueva disposición adicional quinta con un texto que finalmente terminaría siendo el definitivo del artículo 21. Esto es, que «los socios trabajadores de las sociedades laborales, incluidos

¹² Artículo 1.1 Decreto 2530/1970, de 20 agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos y artículo 305 TRLGSS-2015.

los miembros del órgano de administración, tengan o no facultades ejecutivas, se considerarán a todos los efectos trabajadores por cuenta ajena y estarán incluidos en el Régimen General o en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad». En este caso la razón de la adición era la «necesidad de determinar la condición del socio trabajador como trabajador por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el Régimen General o Especial de la Seguridad Social, según proceda» (sic).

Por su parte, el Grupo Federal IU-IC también propuso el añadido de una nueva DA 5ª, como el grupo socialista, aunque con una redacción más parecida a la propuesta por el grupo popular: «los socios trabajadores de las sociedades laborales, incluidos los miembros del órgano de administración, tengan o no facultades ejecutivas, se considerarán a todos los efectos trabajadores por cuenta ajena y estarán afiliados al régimen general de la Seguridad Social y les serán de aplicación las normas de afiliación, cotización y prestaciones».

La solución más matizada —que con el tiempo terminaría imponiéndose parcialmente— fue la planteada en la enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Catalán. También en una nueva DA este grupo defendió el siguiente texto:

«1. Los trabajadores socios de las sociedades laborales, incluidos los miembros del órgano de administración, tengan o no facultades ejecutivas, se considerarán a todos los efectos trabajadores por cuenta ajena y estarán afiliados al régimen general de la Seguridad Social con total aplicación de sus normas de afiliación, cotización y prestaciones.

2. No obstante, en las sociedades que por su reducida dimensión así lo aconseje, los socios podrán optar por el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos siempre que lo hagan constar en sus estatutos sociales y afecte a la totalidad de los socios trabajadores, incluidos los miembros del órgano de administración, tengan o no facultades ejecutivas. El encuadramiento de los socios trabajadores de la Sociedad Laboral en este régimen de afiliación a la Seguridad Social, deberá mantenerse al menos durante tres años, pasados los cuales podrán optar por continuar en el mismo o cambiar al régimen general. En caso de variación de régimen de encuadramiento, el plazo mínimo de pertenencia al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos se entenderá siempre por un período mínimo de tres años.

3. La condición de los socios trabajadores de las sociedades laborales se entenderá siempre que posea carácter laboral, y sólo excepcionalmente se podrá optar, según lo referido en el punto 2 anterior, por un régimen de encuadramiento en la Seguridad Social distinto del

Régimen General, circunstancia que se hará constar en sus estatutos sociales».

Estas dudas que reflejan los trabajos preparatorios de la LSL están directamente relacionadas con la defensa que en el ámbito administrativo tenía a la sazón la inclusión en el RETA de los socios trabajadores cuyo cometido fuese, precisa y exclusivamente, la realización de funciones gerenciales, administrativas o de dirección¹³. Dudas, a su vez, directamente enlazadas con las que tradicionalmente han atenazado la calificación del vínculo jurídico y consiguiente determinación del régimen de Seguridad Social aplicable al socio de las sociedades capitalistas que desarrolla para las mismas funciones gerenciales.

3.3. Socio que realiza funciones gerenciales

La correcta inteligencia del problema que ahora se plantea exige tomar como punto de partida la opinión tradicional del Tribunal Supremo respecto de la posibilidad de compatibilizar las condiciones de socio y de trabajador asalariado en las sociedades capitalistas. A saber, que la «coexistencia de situaciones jurídicas en el seno una misma empresa y en relación con la misma persona no puede sostenerse siempre y en todo caso, por cuanto para ello se precisa un efectivo y claro deslinde entre ambas, no sólo acreditado por el formal mantenimiento de un vínculo laboral, del tipo que sea, sino, también, por la *real y efectiva inconfusión de funciones empresariales y laborales*. Cuando de alguna manera y con notoria intensidad se produce el fenómeno de confusión entre las facultades empresariales y el ejercicio de pretendidas funciones laborales no es dable compatibilizar la concurrencia de esos dos tipos de vinculación jurídica». Y de este modo, «la confusión, en una misma persona, de funciones atinentes a la propia titularidad empresarial, con las correspondientes al cometido gerencial o directivo supone un fenómeno jurídico de retención de facultades propias, aunque delegables, que impide admitir la configuración de una simultánea relación de dependencia laboral»¹⁴.

Así pues, «como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como relación común de trabajo, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral»¹⁵.

¹³ Véase Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 23 de junio de 1992 y, sobre ella, el Oficio-Circular TGSS núm. 7/95, de 4 de mayo de 1995, sobre Régimen de encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores de Sociedades Anónimas Laborales.

¹⁴ STS de 29 de abril de 1991 (RJ 1991, 3393). Como precedentes, véanse STS de 29 de septiembre de 1988 (RJ. 1988, 7143) y STS de 21 de enero de 1991 (RJ 1991, 65).

¹⁵ STS de 27 de enero de 1992 (RJ 1992, 76).

La *última ratio* de esta doctrina es la consideración de ser «equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía»¹⁶. Por tanto, en la medida en que el consejero o administrador actúe esta función, «ya se trate de un administrador único, de administradores solidarios o de miembros de un consejo de administración, (su) actividad en cuanto órganos sociales queda excluida de la legislación laboral»¹⁷.

No obstante, la posibilidad de que un socio se vincule a la sociedad por medio de una relación laboral especial de alta dirección puede defenderse, bien en el caso de delegación de facultades gestoras realizada por el órgano supremo de administración y dirección de la sociedad en favor de persona, socio o no, ajena a dicho órgano¹⁸; bien ante la previsión estatutaria de un órgano subordinado al propio consejo que actúe estas funciones ejecutivas¹⁹. Aparte la posibilidad que el nuevo artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, redactado por Ley 31/2014, parece ofrecer a los miembros del consejo de administración para que concierten con ésta contratos cuyo objeto sea el desarrollo de funciones ejecutivas.

Esta manera de entender el problema que se está planteando terminó llevándose al texto de la TRLGSS-1994 por medio de reformas acometidas en el corto espacio de unos meses.

La primera de ellas —que sale al paso de la doctrina sentada por SSTs de 4, 6 y 12 de junio de 1996 (RJ 1996, 4882, 4996, 5064)— fue ordenada por Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuya disposición adicional 43.2 modificó los apartados a) y k) del artículo 97 TRLGSS-1994.

A resultas de la modificación, el primero de ellos, que hasta entonces simplemente ordenaba la obligatoria inclusión en el RGSS del «personal de alta dirección a que se refiere el artículo 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores» en cuanto «trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado 1.a) del artículo 7 (LGSS)», pasó a señalar que tal inclusión lo sería únicamente en el caso de que tales altos directivos «no forme[n] parte del órgano de admi-

¹⁶ STS 3 junio 1991 (RJ. 1991, 5123). En la misma línea, SSTs.SOC 21 enero 1991 (RJ. 1991, 65); 29 septiembre 1988 (RJ. 1988, 7143) y 3 junio 1991 (RJ. 1991, 5123).

¹⁷ STS de 21 de enero de 1991 (1991, 65).

¹⁸ STS de 29 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7142).

¹⁹ En este último caso, la presencia en el organigrama de la sociedad de puestos directivos diferenciados de los órganos de administración social en sentido estricto, permite que uno o varios integrantes de este último compatibilicen la doble condición de consejero o administrador y alto cargo laboral. Vid. SSTs de 13 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3906) y de 27 de enero de 1992 (RJ 1992, 76).

nistración social desempeñando en el mismo funciones de dirección y gerencia de la sociedad». La novedad se completó en la letra k) del mismo artículo 97.2 TRLGSS-1994 con la definición nuevo supuesto de inclusión expresa en el RGSS, la de «los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas que no formen parte del órgano de administración de las mismas con funciones de dirección y gerencia, cuando ni por su participación, directa o indirecta en el capital social, ni por cualquier otro medio posean un control efectivo de la sociedad».

Por su parte, la misma DA 43^a, ahora en su apartado 3, añadió al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social una nueva disposición adicional 27^a, con el siguiente tenor:

«1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos:

- a) Quienes presten servicios retribuidos para sociedades mercantiles capitalistas formando parte de su órgano de administración, siempre que su actividad en el mismo no se limite al mero ejercicio de funciones consultivas y de asesoramiento, sino que comprenda la dirección y gerencia de la sociedad.
- b) Los administradores sociales a que se refiere el apartado anterior, aun cuando no sean retribuidos por desempeñar tal cargo, si perciben otra remuneración como contraprestación de servicios realizados para la misma sociedad, incluso cuando pudieran calificarse como relación laboral común o especial de no concurrir con funciones de administración social.
- c) Quienes presten servicios retribuidos por cuenta de una sociedad mercantil capitalista, siempre que posean el control efectivo de ésta por su participación directa o indirecta en el capital social o por cualquier otro medio. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

2. No estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social los socios, sean o no administradores, de sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios.

3. Se considerarán debidas las altas que se hubieran practicado y las cotizaciones ingresadas en cualquier Régimen de la Seguridad Social, incluidas las cotizaciones por los conceptos de recaudación conjunta, respecto de los trabajadores a los que se refiere el apartado

1 de la presente disposición, con anterioridad al 1 de enero de 1998, siendo de aplicación, en su caso, las normas de cómputo de cuotas entre Regímenes de la Seguridad Social a efectos de reconocimiento de las prestaciones otorgadas por el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

4. Lo establecido en los apartados anteriores no afectará a la asimilación establecida en el artículo 4 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que aprueba el texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.»

Como ya se ha dicho, esta reforma tendría escaso recorrido, pues la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, volvió reformar las letras a) y k) del artículo 97.2 y la DA 27ª TRLGSS-1994²⁰. En la letra a) se identifican como sujetos obligatoriamente encuadrados en el RGSS a «los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, *aun cuando sean miembros de su órgano de administración*, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 en la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley». Por su parte, la nueva letra k) califica «como asimilados —a efectos de su inclusión en el RGSS— a trabajadores por cuenta ajena, *con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas*, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley, *cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad*, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma».

En concordancia, estos cambios se incorporaron a la DA 27ª de la LGSS. Con alguna modificación menor, estas últimas redacciones han sido las incluidas por el nuevo TRLGSS-2015, de 30 de octubre, en sus artículos 136 y 305.

3.4. Extensión a los socios trabajadores de las sociedades laborales de los criterios de encuadramiento de los socios en las sociedades capitalistas y el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 2015

En cualquiera de las versiones que se acaban de señalar, la suerte de los socios trabajadores de las sociedades laborales que desempeñan en ellas funciones direc-

²⁰ Y, conforme a ellos, el artículo 21 LSL.

tivas o gerenciales ha corrido paralela a la de los socios que desarrollan funciones análogas en las sociedades capitalistas. Y ello, al margen de la singularidad de aquellas sociedades y de la distinta naturaleza de la relación societaria que une al socio y a la sociedad.

De este modo, inicialmente se diferenciaron dos únicas hipótesis: a) que los socios trabajadores de las sociedades laborales no pertenecieran a los órganos de administración, lo que conducía a su afiliación al RGSS o en el Régimen Especial que corresponda por razón de la actividad desarrollada. O b), que los socios trabajadores sí estuviesen integrados en tales órganos, lo que a su vez obligaba a distinguir según que se hubiera efectuado o no algún tipo de delegación de facultades; y, en caso afirmativo, a afirmar que el ejercicio de funciones directivas o gerenciales, unidas a la pertenencia al Consejo, determinaba la exclusión del RGSS y la consiguiente inclusión en el RETA.

La consideración de los socios trabajadores de las sociedades laboral bajo los parámetros de los socios con funciones ejecutivas de las sociedades capitalistas ha planteado, sin embargo, algunos problemas de índole práctica (el derivado de la contradicción conceptual en que se incurre al hacer esa asimilación está hace tiempo «descontado»). En concreto, se planteó hace unos años el problema de la falta de cobertura de prestaciones de FOGASA y desempleo de los socios de sociedades laborales que forman parte de los órganos de administración como resultado de la aplicación del artículo 97.2 k) TRLGSS-1994. Para paliar los efectos negativos de esta regla en economías bien distintas a las de las sociedades capitalistas, la DA 47ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social dispuso —en solución más coherente con la naturaleza de estas sociedades— que «los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuando el número de socios no sea superior a veinticinco, aun cuando formen parte del órgano de administración social, tengan o no competencias directivas, disfrutarán de todos los beneficios de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena que corresponda en función de su actividad, así como la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial»²¹.

Este paralelismo entre la situación de los socios que desarrollan funciones gerenciales en las sociedades capitalistas y los socios trabajadores que realizan las mismas funciones en las sociedades laborales y participadas ha sido asumido de manera expresa por la LSLP cuya DF 1ª ordena la modificación del artículo 97.2 TRLGSS-1994 para dar nueva redacción a la letra m) incorporando la regla de la DA 47ª Ley 27/2011, que es expresamente derogada.

Conforme al artículo 97.2 m) TRLGSS-1994 deben estar encuadrados en el RGSS «*los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuya participación*

²¹ PANIZO ROBLES, J.A., “La Seguridad Social de los socios de las sociedades laborales y participadas (con ocasión de la Ley 44/2015, de 14)”, *CEF Laboral Social*, octubre, 2015, págs. 6-7

en el capital social se ajuste a lo establecido en el artículo 1.2.b) de la Ley de Sociedades Laborales y Participadas y no posean el control de la sociedad en los términos previstos por la disposición adicional vigésima séptima bis de esta ley.

Dichos socios trabajadores se integrarán como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, salvo que el número de socios de la sociedad laboral no supere los 25, cuando por su condición de administradores sociales realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su vinculación simultánea a la sociedad laboral mediante una relación laboral de carácter especial de alta dirección.

La inclusión a que se refiere esta letra no se producirá en el Régimen General cuando, por razón de su actividad, los socios trabajadores de las sociedades laborales deban quedar comprendidos como trabajadores por cuenta ajena o como asimilados a ellos en algún régimen especial de la Seguridad Social».

Fuera de estas reglas, no contiene la LSLP ningunas otras sobre «Régimen de afiliación a la Seguridad Social» que era la rúbrica del artículo 21 LSL-1997. Con buen criterio, el legislador mercantil entiende que esa es materia social y lo que hace es ordenar la modificación de la LGSS. Además, la tramitación paralela de la LSPL (BOE 15 de octubre de 2015) y del TRLGSS (BOE 31 de octubre de 2016) ha permitido que el legislador refundidor opte por una regulación en espejo del encuadramiento de los socios trabajadores que prestan sus servicios en las sociedades capitalistas y en las sociedades laborales y participadas que clarifica mucho la cuestión.

De este modo, deben estar encuadrados en el RGSS conforma al artículo 136.2 TRLGSS-2015:

«b) Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de las sociedades de capital, aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.b).

c) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, los consejeros y administradores de las sociedades de capital, siempre que no posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.b), cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma.

Estos consejeros y administradores quedarán excluidos de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial.

d) Los *socios trabajadores de las sociedades laborales*, cuya participación en el capital social se ajuste a lo establecido en el artículo 1.2.b) de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, y aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.e).

e) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, *los socios trabajadores de las sociedades laborales* que, por su condición de administradores de las mismas, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su vinculación simultánea a la sociedad laboral *mediante una relación laboral de carácter especial de alta dirección*, y no posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.e).

Estos socios trabajadores quedarán excluidos de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, salvo cuando el número de socios de la sociedad laboral no supere los veinticinco.»

Por su parte, y como complemento de estas normas, el artículo 305.2 e) TRLGSS-2015 delimita el ámbito de aplicación subjetivo del RETA ordenando la incorporación al mismo de «los socios trabajadores de las sociedades laborales cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado con los que convivan alcance, al menos, el 50 por ciento, salvo que acrediten que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares».

Debe advertirse de la diferente regla que rige para las sociedades capitalistas toda vez que, según el artículo 305.2 b) se hallan obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del RETA «quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una *sociedad de capital*, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social». Y, además, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado. 2.º Que su participación

en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo. 3.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

La solución finalmente alcanzada mejora claramente la existente con anterioridad. Sobre el cambio registrado en 2011, las sucesivas intervenciones normativas parecen haberse orientado muy correctamente en la dirección de respetar lo específico de las sociedades laborales y participadas; esto es, que sus socios trabajadores lo son porque son trabajadores asalariados de la sociedad. Y, por tanto, lo que cabe esperar es que se hallen encuadrados en el RGSS. Solo de manera excepcional se admite el encuadramiento en el RETA; pero se trata de supuestos en los que, precisamente por el presupuesto de control societario, lo que está en cuestión es la misma naturaleza laboral de la sociedad.

4 CONCLUSIONES

Uno de las tensiones que surgen debido a la dualidad laboral societaria la posible existencia de dobles escalas salariales respecto de los trabajadores temporales. Esto se produce debido a que los estatutos sociales pueden prever desplazamientos patrimoniales a favor de los trabajadores socios que por naturaleza son fijos. Mientras que los trabajadores temporales carecerán de dichas ventajas patrimoniales. Para eliminar o reducir los inconvenientes de esta situación resulta aconsejable que se elijan representantes de los trabajadores y que se negocie un convenio colectivo a nivel de empresa.

Resultará enormemente positivo que se realice un protocolo de conductas proscritas por atentar contra la buena fe que sea comunicado a los trabajadores como tales. De esta forma se abordan desde el plano laboral incumplimientos que la LSL solo percibe como societarios.

La LRJS solo prevé que los tribunales del orden social tengan competencia en relación con la prestación de servicios. Sin embargo pueden surgir conflictos en los que la causa del incumplimiento provenga del empleador. Por ejemplo falta de pago de salarios, falta de ocupación efectiva en los que se pueda formular demanda como trabajador y no como socio. Estas demandas serán, pese al tenor literal del artículo 2º de la LRJS, competencia del orden social.

En relación con los referidos conflictos que traen su causa en incumplimientos de la empresa pueden plantearse situaciones de mayor gravedad como vulneraciones de los derechos fundamentales, en particular, supuestos de acoso moral o sexual. Para solventar estos problemas es útil contar con un protocolo que prevea solución extrajudicial de los problemas de esta índole.

5 BIBLIOGRAFÍA

- CALVO ORTEGA, R., *Sociedades Laborales*, Civitas, 2013.
- ELORZA GUERRERO, F., *Estudio sobre las implicaciones laborales, mercantiles y fiscales de la modificación estructural de la sociedad laboral*, Marcial Pons, 2011,
- GARCIA NINET, J.I., “Cooperativas de trabajo asociado, sociedades laborales y fomento del cooperativismo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 37, 2014.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Despido disciplinario”, en AA.VV., *El despido*, Aranzadi, 2009, 2ª ed.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*, Thomson Aranzadi, 2008
- LÓPEZ GANDÍA, J., *Las sociedades laborales y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2006; MERCADER UGUINA, J. R., “La dimensión laboral de las sociedades laborales”, en *Economía social y cooperativismo* (Coord. Burgos Rosado y Morgado Panadero), 2006
- LUJÁN ALCARAZ, J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994
- LUJÁN ALCARAZ, J., “Las sociedades laborales: aspectos laborales y de Seguridad Social”, en ALONSO ESPINOSA (Dir.), *Régimen jurídico de las sociedades laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997
- MAGRINÁ, J., *La sociedad anónima laboral*, Biblioteca CEAC de Cooperativismo, Barcelona, 1986
- PANIZO ROBLES, J.A., “La Seguridad Social de los socios de las sociedades laborales y participadas (con ocasión de la Ley 44/2015, de 14)”, *CEF Laboral Social*, octubre, 2015
- PIÑOL AGUADE, J.M. “Acotaciones a las Sociedades Anónimas Laborales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1976
- SAENZ GARCIA DE ALBIZU, J.C., “Notas para el estudio de una posible deformación del tipo legal mercantil”, *Revista de Trabajo*, núm. 87, 1987.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), págs. 153-184
ISSN: 1130-2682

LA EXENCIÓN EN EL IVA PARA LAS ENTIDADES SIN
ÁNIMO DE LUCRO. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN
Y CALIFICACIÓN RESPECTO DE LOS CONCEPTOS QUE
INTEGRAN EL ARTÍCULO 20. UNO. 12 DE LA LEY DEL IVA

*VALUE ADDED TAX EXEMPTION FOR NON-PROFIT ENTITIES.
THE ISSUE OF LEGAL INTERPRETATION AND LEGAL
QUALIFICATION REGARDING THE CONCEPTS INCLUDED
IN THE ARTICLE 20.ONE.12 OF THE VALUE ADDED TAX L*

MÓNICA GARCÍA FREIRÍA*

Recepción: 24/6/2017 - Aceptación: 19/7/2017

* Doctoranda del área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Vigo. Becaria predoctoral de la Xunta de Galicia. Email: mogarcia@uvigo.es.

RESUMEN

El artículo 20. Uno.12 de la vigente Ley del IVA regula una exención prevista para los organismos o entidades sin ánimo de lucro. Sin embargo, no se aprecia en su articulado una definición de lo que se consideran entidades sin fines lucrativos. De esta indefinición legal (a nivel tanto interno como europeo) surge la problemática de qué han de considerarse entidades sin fines lucrativos, así como si dicho concepto coincide con el que ofrece la legislación mercantil o nos encontramos, por el contrario, ante un concepto tributario autónomo.

De todas estas cuestiones interpretativas y de calificación nos ocuparemos a lo largo del presente estudio. Y junto a ello se analizarán también otros conceptos incluidos dentro de la citada exención que exigen una labor interpretativa en aras a determinar los límites reales del precepto.

PALABRAS CLAVE: Calificación, entidades sin ánimo de lucro, exención tributaria, impuesto sobre el valor añadido, interpretación.

ABSTRACT

Article 20. One.12 from the current Value Added Tax Law regulates an exemption planned for the organisms or non-profit entities. Nevertheless, a definition of what are considered non-profit entities is not appreciated on its articles. As a consequence of such a lack of legal definition (at internal and European level) arises the following issue: what should be considered non-profit entities? And, does that concept coincide with the one used in commercial law or, otherwise, are we faced with and only-tax concept?

We are going to focus on all these questions related to legal interpretation and categories under law all through the present study. And all together, it will be analyzed some other concepts that require a legal interpretation included in the aforementioned exemption, for the sake of determining the real extension and limits of the legal norm.

KEY WORDS: Category under law, legal qualification, non-profit entities, tax exemption, Value Added Tax.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE EXENCIÓN TRIBUTARIA EN NUESTRA DOCTRINA. 2.1. Sobre la naturaleza de la exención del artículo 20.Uno.12 de la Ley del IVA. 2.2. Requisitos exigidos por el precepto. 3. CUESTIONES INTERPRETATIVAS EN TORNO AL PRECEPTO Y SU CONCRECIÓN A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DE NUESTROS TRIBUNALES Y DEL TEAC. 3.1. La forma jurídica como requisito exigido por el precepto. 3.2. Sobre el objeto del organismo o entidad. 3.3. La ausencia de ánimo de lucro. 4. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. BASIC APPROACHES TO THE CONCEPT OF TAX EXEMPTION IN OUR DOCTRINE. 2.1. On the nature of the exemption regulated at the article 20.One.12 of the Value Added Tax Law. 2.2. Requirements by the precept. 3. THE ISSUE OF LEGAL INTERPRETATION REGARDING THE CONCEPTS INCLUDED IN THE ARTICLE AND THEIR CONCRETION BY THE PRECEDENTS SETTLED BY OUR COMMUNITY OR NATIONAL COURTS AND THE SPANISH "TEAC". 3.1. The legal form as requirement by the precept. 3.2. The object of the organism or entity. 3.3. The absence of profit motive. 4. CONCLUSIONS AND FINAL CONSIDERATIONS. 5. BIBLIOGRAPHY.

1 INTRODUCCIÓN

En virtud de lo establecido en el artículo 20.Uno.12 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido se regula una exención destinada a las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a las mismas efectuadas directamente a sus miembros por organismos o entidades sin ánimo de lucro siempre que se realicen para la consecución de sus finalidades específicas y que los beneficiarios de tales operaciones no perciban contraprestación alguna distinta de las cotizaciones fijadas en sus estatutos. Asimismo, los objetivos de tales entidades han de ser de naturaleza política, sindical, religiosa, patriótica, filantrópica o cívica.

Por lo tanto el citado artículo, así como su correspondiente regulación reglamentaria, son transposición de lo dispuesto en el artículo 13 de la anteriormente vigente VI Directiva y de los artículos 131 a 137 de la actual Directiva 2006/112/CE. En concreto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había interpretado este artículo 13 de la Sexta Directiva¹, considerando que en el ámbito de un

¹ Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de mayo de 2005, Kingscrest Associates Ltd, asunto C-498/03 en la que se señalaba que "la sujeción al IVA de una determinada prestación o su exención no pueden depender de su calificación en Derecho nacional. En otras palabras, las exenciones son conceptos autónomos de derecho comunitario y, por tanto, aun cuando los Estados Miembros puedan establecer determinadas condiciones en su aplicación, no cabe afectar a su naturaleza y calificación".

impuesto armonizado como el IVA y, dentro de éste en el de las exenciones, nos encontramos ante conceptos autónomos de Derecho comunitario que deben definirse para toda la Comunidad.

En este sentido resulta ser de especial importancia el artículo 132, apartado uno, letra l) de la Directiva 2006/112/CE, precepto incluido dentro del Capítulo 2 de su Título IX, dedicado a las exenciones aplicables a ciertas actividades de interés general cuyo objeto es garantizar una aplicación uniforme de las disposiciones de la Directiva en todos los Estados miembros².

Partiendo del nivel comunitario, para poder comprender el alcance de la citada exención es necesario poner en relación los conceptos que configuran la misma en el ámbito tributario interno con la regulación contenida en otras leyes, buscando de este modo la coherencia dentro del Ordenamiento.

La Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, a diferencia de la ya derogada Ley de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada de actividades de interés general, sólo regula el régimen fiscal especial de las entidades sin fines lucrativos pero no aborda el régimen común civil y administrativo de dichas entidades. En ella se regulan las exenciones y demás beneficios tributarios de esas entidades en diferentes tributos, así como los incentivos fiscales al mecenazgo. No obstante, no se aprecia en su articulado una definición de lo que han de considerarse entidades sin fines lucrativos. De forma que tanto esta Ley como la Ley del IVA no contienen una definición expresa de “organismos o entidades legalmente reconocidos que no tengan finalidad lucrativa”. Lo mismo ocurre con la Directiva 2006/112/CE.

Por otra parte, el concepto de Fundación aparece definido en el artículo 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Se consideran como tal “*las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*”. No obstante, dicha definición resulta bastante incompleta y, reconociendo su utilidad, la misma no sería sin embargo aplicable a otros organismos sin finalidad lucrativa que hayan adoptado otra forma jurídica distinta a la Fundación.

Dada esta situación de partida se plantea un problema de aplicación del Derecho. Y más concretamente, un problema de interpretación pero también de calificación respecto de la exención prevista en el artículo 20.Uno.12 de la Ley del

² En el citado precepto se indica que los Estados miembros eximirán, entre otras, las siguientes operaciones: “las prestaciones de servicios, y las entregas de bienes directamente relacionadas con ellas, facilitadas a sus miembros en interés colectivo de éstos, mediante una cotización fijada de conformidad con los estatutos, por organismos sin fin lucrativo que persigan objetivos de naturaleza política, sindical, religiosa, patriótica, filosófica, filantrópica o cívica, con la condición de que esta exención no sea susceptible de provocar distorsiones de la competencia”(sic.).

IVA. Para poder comprender qué definición ha de darse a los conceptos que se incluyen en el citado precepto puede resultar necesario acudir a la definición que se le da a éstos en otras ramas de nuestro Ordenamiento jurídico (especialmente en el ámbito civil-mercantil). Aunque también podría pensarse que el legislador tributario ha pretendido dar a dicho concepto una definición autónoma, creando de este modo un concepto tributario propio.

No obstante, como ya señaló en su momento el profesor FERREIRO LAPATZA, la capacidad delimitadora de una norma depende, en cierto modo, del rigor con que en ella se utilicen los conceptos y términos técnicos elaborados por la Ciencia del Derecho; de forma que *“el lenguaje técnico-jurídico a utilizar en el ámbito tributario ha de alejarse lo menos posible del lenguaje técnico-jurídico utilizado en el resto del ordenamiento para procurar la imprescindible coherencia del conjunto”*³.

2 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE EXENCIÓN TRIBUTARIA EN NUESTRA DOCTRINA

La formulación de un concepto de exención en el ámbito tributario viene de la mano del profesor SÁINZ DE BUJANDA que lo definió como *“una técnica impositiva que puede afectar a todos los elementos estructurales de la relación impositiva —al presupuesto de hecho, a la base imponible, a los tipos de gravamen, a los sujetos o a las cuotas— y que, con relación a la carga que la aplicación normal del tributo traiga consigo, se dirige a provocar un efecto desgravatorio total o parcial en beneficio de ciertas personas o de determinados supuestos fácticos”*⁴.

Dichas normas de exención, siguiendo al profesor, no se limitan a recortar el ámbito del impuesto señalando los hechos y las personas sujetas sino que excluyen o eliminan de dicho ámbito a determinados supuestos o personas de forma que la norma se dirige a liberar del cumplimiento de la obligación tributaria nacida a determinadas personas o respecto a ciertos supuestos de hecho⁵.

En cualquier caso, no procede calificar a las exenciones como un privilegio sino como un instrumento técnico del tributo⁶. Tampoco se puede decir que es-

³ Vid. FERREIRO LAPATZA, J.J.: “Los esquemas dogmáticos fundamentales del Derecho Tributario”, Revista Española de Derecho Financiero, núm. 104, año 1999, pág. 672.

⁴ Cfr. SÁINZ DE BUJANDA, F.: “Teoría jurídica de la exención tributaria. Informe para un coloquio”, en Hacienda y Derecho, volumen III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pág. 465.

⁵ Cfr. SÁINZ DE BUJANDA, F.: “Teoría jurídica de la exención tributaria. (...)”opus cit., pág. 431.

⁶ En dicho sentido se pronuncia PONT CLEMENTE, J.F.: La exención tributaria (Análisis jurídico general con especial aplicación al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y al IVA), EDERSA, Madrid, 1986, pág. 5.

temos ante una norma excepcional, sino que los preceptos que establecen exenciones pueden considerarse especiales en cuanto que su efecto desgravatorio sólo recae sobre supuestos específicos⁷.

Y como señala PONT CLEMENTE, entre otros, no existe exención sin un hecho imponible previo, ni puede declararse exento lo que antes no ha sido declarado sujeto⁸.

Asimismo es necesario distinguir entre dos supuestos en apariencia afines como son la exención y la no sujeción. Mientras que la no sujeción es el resultado interpretativo de una sola norma, la exención deriva de la confluencia de dos normas distintas: por un lado la que determina la sujeción y, por otro, la que establece los supuestos de exención⁹.

Como expresa HERRERA MOLINA, para la doctrina resulta difícil incardinar este instituto en una categoría jurídica concreta de forma que algunos la han calificado como acto administrativo, otros como situación jurídica subjetiva¹⁰ y, finalmente, existe una corriente doctrinal mayoritaria que la califica como norma. Para el citado autor, “*la exención constituye una situación jurídica objetiva, integrada en el instituto tributario, que produce un efecto desgravatorio especial*”¹¹.

Se puede concluir, por tanto, que la exención tiene naturaleza normativa. No obstante, más que norma de exención en sentido estricto algún sector doctrinal prefiere hablar de técnica configuradora del tributo o de meros preceptos que de-

⁷ Sobre las diferentes críticas al concepto de exención como norma excepcional véase HERRERA MOLINA, P.M.: *La Exención Tributaria*, Editorial Colex, Madrid, año 1990, págs. 210 a 212.

⁸ Véase PONT CLEMENTE, J.F.: *La exención tributaria* (...) opus cit., pág. 21: “*Toda exención hace referencia a un hecho que la norma ha acotado como susceptible de generar la obligación tributaria. Y hace referencia a él de manera que tal hecho, al producirse bajo determinadas circunstancias, que cuida de definir la norma de exención, queda sometido a un régimen nuevo caracterizado por el no nacimiento de la obligación tributaria en las exenciones razione materiae o por la exoneración de determinados sujetos, independientemente de lo que ocurra con los otros obligados al pago, en las exenciones razione personae*”.

⁹ *Ibidem*, pág. 21. Para un conocimiento más exhaustivo sobre las distinciones entre exención y no sujeción puede consultarse también HERRERA MOLINA, P.M.: *La Exención Tributaria* (...) opus cit., págs. 36 y ss.

¹⁰ Se manifiesta en contra de esta forma de entender la exención, entre otros, LOZANO SERRANO, C.: [*Exenciones tributarias y derechos adquiridos*, Editorial Tecnos, Madrid, año 1988, pág. 114] cuando afirma que “*la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos a las exenciones se encuentra con el grave obstáculo de que en éstas no hay una situación jurídica individualizada constituida para satisfacer un interés del particular. Al contrario, cabe entenderlas como una forma de imposición a través de la cual el tributo persigue cubrir determinadas necesidades sociales o incluso de justicia financiera, y en atención a ellas el legislador estima oportuno dar un alcance o un contenido diferente al deber de contribuir*”. De este modo el particular no ostentaría un derecho subjetivo o una situación jurídica individualizada frente a la Hacienda Pública, además de que en materia de exenciones no existen derechos adquiridos.

¹¹ Cfr. HERRERA MOLINA, P.M.: *La Exención Tributaria* (...) opus cit., pág. 60.

limitan el hecho imponible o los elementos cuantitativos del tributo. En base a que “*estas disposiciones exoneradoras no contienen un mandato independiente de la norma de sujeción, que determina el nacimiento de la obligación tributaria cuando se realiza el hecho imponible*”¹².

2.1. Sobre la naturaleza de la exención del artículo 20.Uno.12 de la Ley del IVA

A pesar de que se ha ofrecido ya una definición de exención con carácter general, la exención prevista en el precepto citado *ut supra* presenta ciertas peculiaridades o características específicas que es necesario poner de relieve.

La Ley del IVA regula por un lado aquellas exenciones que afectan a las operaciones interiores y, por otro, las referentes a las importaciones y exportaciones. Dentro de las primeras se pueden distinguir tres categorías: aquellas exenciones de interés general, las exenciones técnicas y, finalmente, una tercera categoría que agrupa exenciones cuya motivación responde a diversas causas.

Evidentemente, el precepto objeto de estudio regula un tipo de exención que responde a la categoría de exenciones por razones de interés general que se hallan reguladas en el artículo 20.Uno de la Ley del IVA. Estamos ante exenciones muy distintas que tienen que ver con aspectos tan diversos como la educación, la sanidad, actividades culturales deportivas, actividades sociales,... etc.

En cualquier caso, todas ellas son “*exenciones tributarias en el sentido jurídico estricto (...), pues atienden al principio de capacidad económica para reducir la tributación de determinadas actividades en base al interés general*”¹³.

Algunos afinan un poco más y clasifican a las exenciones del artículo 20.Uno. en sus apartados 6 y 12 de la Ley del IVA como exenciones que se aplican a las entidades sin ánimo de lucro por los servicios prestados a sus asociados o miembros, en contraposición a las exenciones concretas reguladas en el IVA aplicables con carácter general, y junto a las anteriores, a las entidades sin ánimo de lucro como son las relativas a la prestación de servicios de asistencia social (*ex.* artículo 20.Uno.8 LIVA), a los servicios directamente relacionados con las actividades deportivas o de educación física (*ex.* artículo 20.Uno.13 LIVA) y, por último, para las entidades que realizan actividades culturales (*ex.* artículo 20.Uno.14 LIVA)¹⁴.

¹² *Ibidem*, pág. 83.

¹³ Cfr. PONT CLEMENTE, J.F.: La exención tributaria (...) opus cit., pág. 158.

¹⁴ Véase al respecto, BLÁZQUEZ LIDOY, A.: El IVA en las entidades no lucrativas (cuestiones teóricas y casos prácticos), CEF, Madrid, 2002, págs. 93 y 108. En el mismo sentido vid. GARCÍA- MAURINO BLANCO, E. et al.: Régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, año 2004, págs. 343 y ss.

Sin perjuicio de que todas ellas tienen la consideración de exenciones que se conceden para la protección de intereses de carácter general.

Asimismo, las exenciones previstas en la Ley del IVA se clasifican a su vez en exenciones plenas y exenciones limitadas. Mientras que las plenas permiten la deducción del IVA soportado, las limitadas no lo permiten que son las que afectan, en general, a las entidades sin ánimo de lucro.

No obstante, para que sea posible la aplicación de la citada exención es necesario que, efectivamente, estemos ante un sujeto pasivo del IVA.

La exención es el resultado de la aplicación combinada de dos normas, la que determina la sujeción y la que establece el supuesto de exención¹⁵. De tal modo que en la presente exención que está siendo objeto de estudio debe existir una norma previa que determine la sujeción al impuesto.

En este sentido los entes sin ánimo de lucro son sujetos pasivos del IVA ya que el hecho de carecer de finalidad lucrativa no es relevante a efectos del funcionamiento del impuesto. A tenor de lo establecido en el artículo 4. Tres de la Ley del IVA, la sujeción al impuesto se produce con independencia de los fines o resultados perseguidos en la actividad empresarial o profesional o en cada operación en particular. No obstante, no tendrán la consideración de empresarios o profesionales los que realicen exclusivamente entregas de bienes o prestaciones de servicios a título gratuito (*ex. artículo 5.uno.a*) de la Ley del IVA).

Sin embargo, en el presente supuesto de exención se establece por el precepto que los beneficiarios de tales operaciones (entiéndase, los propios miembros de los organismos o entidades sin ánimo de lucro) no podrán percibir contraprestación alguna distinta de las cotizaciones fijadas en sus estatutos, estableciéndose así la onerosidad de la operación en base a las cuotas de sus asociados.

Por el contrario, cuando una Fundación o cualquier otra entidad sin ánimo de lucro realiza actividades destinadas a la consecución de fines de interés general con cargo a donaciones, subvenciones u otros recursos económicos procedentes de donantes privados o públicos que no tienen derecho a recibir nada a cambio de dichas aportaciones, la entidad no se considerará sujeto pasivo del IVA ya que su actividad no tiene el carácter de económica a efectos del impuesto¹⁶.

En este sentido, algún autor considera que es posible distinguir entre “*entidades sin ánimo de lucro que sólo operan gratuitamente en el cumplimiento de sus fines fundacionales*” en cuyo caso no serán sujetos pasivos del tributo y, por otro lado, “*entidades que en el cumplimiento de sus fines realicen actividades econó-*

¹⁵ Y más concretamente señala LOZANO SERRANO, C.: [Exenciones tributarias y derechos adquiridos (...) opus cit., pág. 18] que “el mecanismo jurídico merced al cual se alcanza este resultado es el de una norma que enerva los efectos de la realización del presupuesto de hecho del tributo”.

¹⁶ Véase al respecto CALVO VÉRGEZ, J.: *El IVA en las entidades sin fin de lucro*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 32.

micas por las que cobren un precio menor del de mercado". Asimismo, existen también entidades cuyo objeto social coincide con el objeto de sus actividades empresariales y actúan con precios cercanos al de mercado por lo que podrán acogerse a la exención en el IVA. Y, por último, estarían aquellas "*entidades que realizan su actividad fundacional gratuitamente y además ejercen una actividad económica desvinculada de la misma con el objeto de que los ingresos de la misma sirvan de fuente de financiación para el cumplimiento de sus fines de interés general*" en cuyo caso habrá que acudir a la regla de la prorrata¹⁷. Por lo tanto, no en todos estos supuestos será aplicable la exención objeto de estudio.

A tenor de lo ya expuesto, para que una entidad sin ánimo de lucro pueda acogerse a la exención del artículo 20.Uno.12 de la Ley del IVA, debe estar sujeta previamente al citado impuesto como si de un empresario o profesional se tratase¹⁸.

2.2. Requisitos exigidos por el precepto

Antes de entrar a valorar los problemas interpretativos existentes dentro del artículo 20.Uno.12 de la Ley del IVA se hace preciso deslindar todos aquellos elementos y conceptos que lo integran a modo de recapitulación.

En numerosas resoluciones del TEAC se ha establecido que el precepto objeto de estudio exige dos tipos de condiciones o requisitos para el reconocimiento de la exención prevista en dicho artículo¹⁹.

Por un lado nos encontramos con requisitos subjetivos o de estado que han de cumplir los sujetos pasivos. Y, en concreto, tales requisitos serían la condición de entidad legalmente reconocida, además de que tal entidad no puede poseer finalidad lucrativa y, por último, sus objetivos deben ser de naturaleza política, sindical, religiosa, patriótica, filantrópica o cívica. Como ha señalado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo, dicha exención se encuentra "*vinculada al carácter interno de las prestaciones propias de fines cívicos, sólo retribuidas con las cuotas de los miembros de la entidad legalmente reconocida y sin ánimo de lucro*"²⁰.

En concreto han de analizarse separadamente los tres elementos que integran este requisito subjetivo: el reconocimiento legal vendría dado por el hecho de que la entidad figure inscrita en el correspondiente Registro de Asociaciones; la ausencia de finalidad lucrativa se podrá inferir de lo establecido en sus Estatutos

¹⁷ Cfr. BLÁZQUEZ LIDOY, A.: El IVA en las entidades no lucrativas (...) opus cit., pág.14.

¹⁸ Sobre esta cuestión señala BLÁZQUEZ LIDOY, A.: [El IVA en las entidades no lucrativas (...) opus cit., pág. 10] que "cuando un impuesto que trata de gravar el consumo generado en el tráfico empresarial se aplica a entidades que carecen del ánimo de lucro propio de las actividades típicamente mercantiles la mecánica del IVA pierde consistencia".

¹⁹ Véase, por ejemplo, la Resolución del TEAC de 28 de marzo de 2007 (JT\2007\949).

²⁰ Así se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1998 (RJ 1998/3935).

y, por último, la cuestión de mayor controversia tiene que ver con el hecho de que los objetivos de la entidad puedan encuadrarse dentro de los enumerados de manera taxativa en el precepto.

Por otra parte se encuentran los requisitos de actividad en el sentido de que las entregas de bienes o las prestaciones de servicios deben efectuarse directamente a sus miembros y, además, por dichas operaciones no podrá percibirse contraprestación distinta de las cuotas fijadas en los Estatutos de la entidad.

No obstante, aun cumpliéndose tanto los requisitos subjetivos como los de actividad, la exención está condicionada al cumplimiento del principio de neutralidad del IVA y así lo reconoce la Ley cuando condiciona la concesión de la exención a que no sea susceptible de producir distorsiones en la competencia²¹.

3 CUESTIONES INTERPRETATIVAS EN TORNO AL PRECEPTO Y SU CONCRECIÓN A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DE NUESTROS TRIBUNALES Y DEL TEAC

A continuación se llevará a cabo un estudio individualizado de cada uno de los elementos que integran la exención objeto de estudio, tanto desde el punto de vista de nuestra doctrina, como desde la interpretación que hacen de los mismos los Tribunales y el TEAC. Sin embargo, previamente a este análisis, se hace imprescindible resaltar algunas cuestiones interpretativas de relevancia que permitirán comprender mejor la problemática que gira en torno al artículo 20.Uno.12 de la Ley del IVA.

Siguiendo a VANONI²² se pueden distinguir tres clases de interpretación según la relación existente entre el texto de la ley y el sentido que el intérprete atribuye a la norma: una interpretación declarativa o literal, una restrictiva y, por último, una interpretación extensiva cuando se considera que la fórmula del precepto no expresa plenamente la idea que la informa.

La interpretación extensiva, por cuanto es la que aquí más nos interesa, no constituye una extensión del precepto legal más allá de la norma, sino que se trata de identificar la efectiva voluntad de la ley (es teleológico- finalista).

²¹ Véase, por ejemplo, la Resolución del TEAC de 28 de marzo de 2007 (JT\2007\949) donde se señalaba que en una entidad si los servicios en cuestión o las entregas de bienes propios de su actividad empresarial constituyen una actividad que concurre con el objeto a su vez de entidades con ánimo de lucro “su exención produciría una notable distorsión de la competencia; quedaría sin gravamen una actividad por el mero hecho de que sea prestada por una organización patronal, mientras que la misma actividad, en el caso de que se contratara su prestación con una entidad mercantil, quedaría gravada con la correspondiente cuota de IVA”.

²² Vid. VANONI, E.: *Naturaleza e interpretación de las leyes tributarias*, Obras básicas de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales- Ministerio de Hacienda, año 1973, pág. 335.

A pesar de que durante bastante tiempo se consideró que las normas que establecían exenciones no eran susceptibles de interpretación extensiva, en la actualidad la doctrina y la jurisprudencia han aceptado que las normas tributarias y las que regulan exenciones sean susceptibles de ésta. Ya que en realidad lo que no sería posible es la aplicación analógica de la norma de exención²³.

Por otra parte, y teniendo en cuenta las fuentes de las que deriva la interpretación, podemos diferenciar siguiendo al citado autor entre interpretación auténtica, judicial y doctrinal. En el presente estudio nos centraremos especialmente en la interpretación que se le ha dado a los conceptos tanto por nuestra doctrina como por los órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios.

Hoy en día es pacífico en nuestra doctrina admitir que la interpretación de la norma tributaria se llevará a cabo con arreglo a los criterios generales admitidos en Derecho, como así viene a reconocer el artículo 12.1 de la Ley General Tributaria que, a su vez, nos remite a lo dispuesto en el artículo 3.1 de nuestro Código Civil. Es decir, las normas de interpretación jurídico- financieras son las mismas que las que establece la teoría general del Derecho²⁴; y puesto que las normas que regulan las exenciones no son normas de carácter excepcional, éstas se habrán de interpretar con los mismos criterios y métodos que el resto de normas jurídicas²⁵. Además de que en la interpretación de la norma tributaria debe estar siempre presente como referente el principio de capacidad económica, y esto se aplica igualmente a la norma que regula la exención²⁶.

Dentro del artículo 12 LGT referido a la interpretación, cada uno de sus tres apartados hace referencia a una regla interpretativa distinta. En concreto interesa la regla contenida en el apartado 2 del citado precepto que hace referencia a los términos con un significado no unívoco.

En este sentido, los términos se interpretarán tal y como se definen en la normativa tributaria. Y cuando falte tal definición expresa, se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda; en cuyo caso, la tarea de elección del sentido corresponderá al intérprete que, siguiendo los principios ge-

²³ Para una reflexión más profunda sobre la interpretación e integración de las leyes tributarias en general véase BERLIRI, A.: Principios de Derecho Tributario, Volumen I, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, año 1964, págs. 89 y ss.

²⁴ Véase, entre otros, PONT CLEMENTE, J.F.: La exención tributaria (...) opus cit., pág. 87.

²⁵ Existe, siguiendo a PONT CLEMENTE, J.F. [La exención tributaria (...) opus cit., pág. 88] una corriente doctrinal amplia en la que destacan, entre otros, JARACH, BERLIRI, CALVO ORTEGA, ... según la cual en materia de interpretación de las normas tributarias constitutivas de exenciones no existen criterios interpretativos específicos.

²⁶ Como muy bien ha expresado LOZANO SERRANO, C.: [Exenciones tributarias y derechos adquiridos (...) opus cit., pág. 48] "no sólo existe deber de contribuir cuando hay que pagar el tributo, sino también cuando no hay que pagarlo en virtud de una exención". En este sentido, el principio de capacidad económica se considera fundamento también de las exenciones.

nerales propios del Ordenamiento tributario, concederá relevancia a uno u otro significado según proceda.

El mayor problema se presenta en el caso de conceptos jurídicos procedentes de otras ramas del Ordenamiento (civil o mercantil, fundamentalmente) que se incorporan a las normas tributarias²⁷. En este supuesto habrá que preguntarse qué significado deberá tener el concepto, si el mismo que tiene en la rama del ordenamiento del que procede o si estamos ante un concepto tributario autónomo²⁸.

No obstante, no hay ni supremacía ni subordinación del Derecho Tributario al Derecho Civil sino que en cada supuesto concreto el legislador tributario podrá acudir al concepto tal y como se define en el ámbito civil o, por el contrario, apartarse de esa presunción de interpretación coincidente cuando el principio de capacidad contributiva así lo exija.

En la mayor parte de los pronunciamientos que se han analizado en el presente estudio los Tribunales han llevado a cabo una interpretación teleológico-finalista del artículo 20.Uno.12 de la Ley del IVA. Como bien ha señalado algún autor, *“sólo se resalta la finalidad de una medida desgravatoria cuando la letra del precepto que la establece no refleja la amplitud de su espíritu, de modo que la labor del intérprete conduce a un resultado extensivo”*²⁹.

Como conclusión puede señalarse que la interpretación de las exenciones, y en concreto también de la prevista en el artículo 20.Uno.12 de la Ley del IVA, no se encuentra sometida a especiales criterios interpretativos. A su vez, dentro de los criterios interpretativos cobran especial importancia el elemento teleológico y el sistemático, dando lugar en muchas ocasiones a una interpretación extensiva.

En definitiva, se pretende conocer mediante el presente estudio el valor atribuible a los términos empleados por el legislador tributario en un supuesto como éste donde los conceptos que integran el precepto han sido elaborados con anterioridad en el contexto de una rama jurídica distinta. En tal supuesto estamos ante no

²⁷ Sobre esta cuestión viene a expresar RUIZ ALMENDRAL, V.: [El fraude a la Ley Tributaria a examen, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, año 2006 (1ª edición), pág. 34] que existen hasta tres posibilidades: la primera es que la norma tributaria acoja el concepto privado tal cual se define en el derecho privado; la segunda es que la norma tributaria asuma el concepto privado de una forma más o menos analógica, como una representación usual o manifestación más normal o frecuente de la capacidad económica que se pretende gravar, utilizando tal concepto como ejemplo y, por último, la tercera posibilidad es que la norma tributaria establezca conceptos tributarios propios.

²⁸ Véase MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J.M. y CASADO OLLERO, G.: Curso de Derecho Financiero y Tributario, Editorial Tecnos, Madrid, año 2015 (26ª edición), pág. 175. Los citados autores señalan que “la posibilidad de que el ordenamiento tributario califique autónomamente sus propios institutos ha sido expresamente aceptada por el Tribunal Constitucional español (...) en la que ha afirmado que el legislador fiscal es autónomo y no está obligado a acomodarse estrechamente a la legislación civil”.

²⁹ Vid. HERRERA MOLINA, P.M.: La Exención Tributaria (...) opus cit., pág. 220.

sólo un problema de interpretación sino también de calificación jurídica, ambos dentro del procedimiento de aplicación del Derecho.

De la posible calificación de la entidad como organismo sin finalidad lucrativa dependerá la posibilidad de poder acogerse o no a la norma de exención, lo que pone de manifiesto no sólo la necesidad de la labor interpretativa sino también de su correcta calificación.

3.1. La forma jurídica como requisito exigido por el precepto

Algún sector doctrinal considera que respecto a la forma jurídica exigida por el precepto *“la misma se circunscribe a aquellas entidades sin ánimo de lucro que cuenten con miembros, quedando en consecuencia excluidas las fundaciones, que carecen de miembros, no pudiendo además fijarse en sus estatutos cuota alguna”*³⁰. En este sentido la exención sólo sería aplicable a las asociaciones (sin ánimo de lucro).

No obstante, ésta parece ser una interpretación excesivamente literal³¹ que no es compartida por otros autores que apuestan por una interpretación extensiva o más bien teleológico-finalista del precepto respecto a la consideración de las entidades y asociaciones sin fines lucrativos como punto de referencia para la comprensión del precepto. Al referirse la norma a entidades no lucrativas que tengan miembros se podría pensar que se excluyen las fundaciones, puesto que éstas no poseen miembros ni en sus estatutos se fija ninguna cuota por prestación de servicios. Sin embargo, como afirman algunos *“es posible que los estatutos de una Fundación sí tengan otros órganos, distintos del patronato, donde haya miembros. Es decir, que ciertas personas se pueden hacer socios de una Fundación, sin que eso suponga que tengan ningún derecho político ni económico”*³². De tal forma que la exención sería aplicable, desde un punto de vista subjetivo, tanto a las asociaciones sin fines lucrativos como a las Fundaciones³³.

³⁰ Cfr. CALVO VÉRGEZ, J.: El IVA en las entidades sin fin de lucro (...) opus cit., pág. 71.

³¹ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013 (asunto C-18/12) en la que se señala que es posible una interpretación estricta pero sin privar de efectos a la propia norma por lo que “procede interpretar esos términos a la luz de su contexto y los objetivos y la sistemática de la Directiva IVA, atendiendo particularmente a la ratio legis de la exención prevista”. En el mismo sentido, la STJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-594/13).

³² Vid. BLÁZQUEZ LIDOY, A.: Análisis crítico del IVA en las entidades sin fin de lucro, IEF, Madrid, 2007, pág. 177.

³³ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2006 (asunto C-415/04) donde se considera a la Fundación como institución sin ánimo de lucro a efectos de aplicación de la exención.

En primer lugar, y dada la falta de una definición tributaria expresa³⁴, se hace necesario acudir a otras leyes para determinar el alcance de la expresión “*organismos o entidades legalmente reconocidos que no tengan finalidad lucrativa*”.

El artículo 2 de la Ley 49/2002 establece que se considerarán entidades sin fines lucrativos a efectos de dicha Ley: a) Las fundaciones. b) Las asociaciones declaradas de utilidad pública (entre otras).

A su vez, el concepto de asociación que se ha construido por la doctrina civil ha destacado como elementos de la persona jurídica constituida como tal: la existencia de una pluralidad de miembros, un fin lícito y determinado para cuya consecución se unen, y la existencia de una organización. No obstante, el artículo 5 de la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de asociación (que deja fuera de su ámbito aplicativo a las asociaciones con ánimo de lucro) establece en su artículo 5 que las asociaciones “*se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, y se dotan de los Estatutos que rigen el funcionamiento de la asociación*”. Este concepto de connotaciones constitucionales o administrativas es algo más amplio que el formulado por la doctrina civil.

En cualquier caso, y a diferencia de lo que ocurre con las Fundaciones, la puesta en común de actividades o medios que lleva a cabo la asociación debe ir encaminada a la consecución de fines también comunes, aunque dichos fines asociativos pueden ser de interés general o particular. Por lo tanto, no hay ninguna exigencia específica respecto de los fines que pueden perseguir las asociaciones, salvo que sean comunes a sus miembros y lícitos. De esta regulación se deriva la existencia de dos tipos de asociaciones (sin ánimo de lucro) como son las de interés general o las de interés particular.

Igualmente, a las asociaciones que persigan fines de interés general y que hayan obtenido la declaración de utilidad pública se les aplicará en principio el régimen fiscal privilegiado de las entidades sin fines lucrativos que se regula en la Ley 49/2002.

Para algunos las asociaciones de interés público³⁵ se identifican con las asociaciones de interés general. Mientras que en las de interés particular, desde el

³⁴ En las Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer de 22 de febrero de 2005 (asunto C-498/03) se destacaba la relevancia del criterio lingüístico como criterio de interpretación, de suerte que el contenido de los artículos del IVA que regulan las exenciones de interés general sólo podían entenderse a través de las categorías particulares de cada derecho nacional.

³⁵ En este sentido, el artículo 32 de la Ley 1/2002 de Asociaciones establece que las asociaciones serán declaradas de utilidad pública cuando sus fines estatutarios “*tiendan a promover el interés general, en los términos definidos por el artículo 31.3 de esta Ley, y sean de carácter cívico, educativo, científico, cultural, deportivo, sanitario, de promoción de los valores constitucionales, de promoción de los de-*

punto de vista legal, se asocia a estas personas jurídicas el ánimo de lucro (sociedades civiles y mercantiles). En cambio, en la Ley de Asociaciones el interés particular no se hace equivalente al de ánimo de lucro³⁶. Este matiz tiene relevancia en los pronunciamientos jurisprudenciales analizados y será puesto de manifiesto en las páginas posteriores.

Por otra parte, el concepto de Fundación aparece definido en el artículo 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Se consideran como tal “*las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*”.

La configuración de este artículo responde a una concepción moderna de las fundaciones que reconoce como elementos esenciales de las mismas: la existencia de un bien o conjunto de bienes que se adscriben al cumplimiento de un fin, en concreto, un fin de carácter general y, por último, ha de existir una organización³⁷.

Por lo que respecta al concepto de asociación, la doctrina mercantilista tradicional consideraba que éstas se caracterizaban, entre otros aspectos, por carecer de fin lucrativo aunque esta distinción no se ajusta al concepto amplio de sociedad que defiende algún sector mercantilista más moderno³⁸.

Las asociaciones, incluso las de utilidad pública, pueden desarrollar una actividad empresarial que, por lo general, será marginal. Pero también puede ocurrir que el ejercicio de la actividad empresarial se realice de modo principal o exclu-

rechos humanos, de víctimas del terrorismo, de asistencia social, de cooperación para el desarrollo, de promoción de la mujer, de promoción y protección de la familia, de protección de la infancia, de fomento de la igualdad de oportunidades y de la tolerancia, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía social o de la investigación, de promoción del voluntariado social, de defensa de consumidores y usuarios, de promoción y atención a la personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales, económicas o culturales, y cualesquiera otros de similar naturaleza” (sic.).

³⁶ Vid. GIL DEL CAMPO, M.: *Fiscalidad de fundaciones, asociaciones y del mecenazgo*, Editorial CISS, Valencia, 2005, 2ª edición, pág. 87.

³⁷ Véanse al respecto, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *La persona jurídica*, Cívitas, Madrid, 1984, pág. 293 así como DÍEZ- PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, págs. 646 y ss. En el mismo sentido SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 126.

³⁸ En este sentido señala SÁNCHEZ CALERO, F.: [Instituciones de Derecho Mercantil (...) opus cit., pág. 344] que la asociación al igual que la sociedad crea una organización, pero “mientras en la sociedad se busca un fin común para los socios, los cuales aparecen vinculados por él a la propia sociedad, en el caso de la asociación se produce una escisión entre el interés promovido por ella y el de los socios, debiendo buscarse la línea divisoria entre la sociedad y la asociación en determinados elementos constitutivos de ésta, como su organización corporativa, su duración indeterminada, (...) El fin altruista de los asociados se manifiesta, por ejemplo, en el hecho de que los beneficios que pueda obtener la asociación derivados del ejercicio de actividades económicas en ningún caso pueden repartirse entre los asociados”.

sivo. Tal circunstancia no modifica la naturaleza de la asociación misma, siempre que se realice de manera instrumental respecto de los fines de la asociación. No es incompatible con la asociación la obtención de beneficios, pero lo que se prohíbe es que dichos beneficios se repartan entre los asociados en lugar de destinarse a los fines de la asociación. Por su parte, las fundaciones como organizaciones sin ánimo de lucro cuyo patrimonio está afecto de modo duradero a la realización de fines de interés general, también pueden ejercitar actividades empresariales cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales³⁹.

Una vez expuestas las principales consideraciones doctrinales sobre los conceptos de asociación y fundación en otras ramas del Ordenamiento debemos tener presentes los mismos como punto de referencia interpretativa, dada la falta de definición legal de dichos conceptos en la normativa tributaria. No obstante, nuestros Tribunales no han prestado especial atención a la forma jurídica sino que se han centrado en la concreción de otros elementos de la norma de exención, como la naturaleza de sus fines o la ausencia de ánimo de lucro.

3.2. Sobre el objeto del organismo o entidad

La indeterminación del precepto se aprecia también en la propia diversidad de fines que puede perseguir la organización sin ánimo de lucro para poder disfrutar de este beneficio fiscal y que se limita a una lista tasada⁴⁰. De ahí que nuestros Tribunales hayan tenido que perfilar tales contornos a través de los diversos supuestos que han sido sometidos a su enjuiciamiento.

No obstante, y a pesar de la diversidad de fines de interés general que pueden perseguir estas entidades, esta enumeración no resulta tan amplia como la contenida en la Ley 49/2002 de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos o en la Ley 50/2002 de Fundaciones⁴¹.

³⁹ Véase URÍA GONZÁLEZ, R. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. et al: Curso de Derecho Mercantil, Volumen I, Editorial Thomson Civitas Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 107.

⁴⁰ Vid. al respecto, BLÁZQUEZ LIDOY, A.: El IVA en las entidades no lucrativas (...) opus cit., pág. 98.

⁴¹ El artículo 3.1 de la citada Ley hace referencia a los fines de interés general de tales entidades y señala “los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, los de asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, defensa del medio ambiente, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, económicas o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de fomento de la economía social, de desarrollo de la sociedad de la información, de investigación científica, desarrollo o innovación tecnológica y de transferencia de la misma hacia el tejido productivo como elemento impulsor de la productividad y competitividad empresarial.”(sic.). En parecidos términos se regulan estos fines de interés general en el artículo 3.1 la Ley 50/2002 de Fundaciones que establece una lista amplia que no tiene carácter de *numerus clausus* sino que es meramente enunciativa.

Sin embargo los Tribunales han dado una interpretación muy amplia a los fines de interés general que puede perseguir una entidad para que pueda beneficiarse de la exención que, sin llegar a incluir todos aquellos que se contienen en la regulación mercantil, incluyen gran parte de los fines que se enumeran en el artículo 3.1 de la Ley de Fundaciones mediante su encaje dentro del concepto de actividades de naturaleza cívica⁴². Sin existir, por tanto, una correspondencia exacta entre la regulación mercantil y la tributaria, los Tribunales han acudido con cierta frecuencia a la amplitud de fines de interés general que describe la Ley de Fundaciones para reconocer la exención en el ámbito fiscal mediante su vinculación, en especial, con los fines cívicos.

En cualquier caso, para que estas entidades sin fines lucrativos puedan ser consideradas como tal a efectos fiscales no pueden tener como objeto la acumulación de patrimonios sin afectación real de dichos elementos patrimoniales o de sus rentas a la realización de actividades de interés general⁴³.

Como ha manifestado CHECA GONZÁLEZ, uno de los supuestos de mayor problemática es el referido a los fines de naturaleza cívica⁴⁴.

Por su parte, la Directiva del IVA incluye dentro de los objetivos que dan derecho a la deducción los de carácter filosófico que, sin embargo, la Ley del IVA no ha recogido por lo que algunos autores consideran que resulta de aplicabilidad directa⁴⁵.

Una gran parte de la jurisprudencia así como de la doctrina administrativa que se han ocupado del precepto objeto de estudio se han centrado especialmente en determinar el concepto de cívico. Según algunos autores esto es así porque el resto de los términos (naturaleza política, sindical, religiosa,...) están acotados por su sentido usual⁴⁶. Conviene traer de nuevo a colación lo establecido en el artículo 12.2 de la LGT el cual viene a señalar que los términos se interpretarán tal y como se definen en la normativa tributaria. Y cuando falte tal definición expresa (como ocurre en el presente caso), se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda. En este segundo supuesto, la tarea de elección del senti-

⁴² V. gr. se consideró que las actividades desarrolladas por el Real Club Náutico de Vigo se consideraban fines de interés general (en concreto, deportivos) según Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2001, así como las del Casino de Palencia que se consideraron fines cívicos (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1999).

⁴³ Vid. GIL DEL CAMPO, M.: *Fiscalidad de fundaciones, asociaciones y del mecenazgo (...)* opus cit., pág. 51.

⁴⁴ Cfr. CHECA GONZÁLEZ, C.: *IVA: Supuestos de No Sujeción y Exenciones en Operaciones Interiores*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1998, pág. 130.

⁴⁵ En tal sentido se pronuncia BLÁZQUEZ LIDOY, A.: *Análisis crítico del IVA en las entidades sin fin de lucro (...)* opus cit., pág. 177.

⁴⁶ Vid. al respecto BLÁZQUEZ LIDOY, A.: *El IVA en las entidades no lucrativas (...)* opus cit., pág. 105.

do corresponde al intérprete según el caso concreto. No obstante, a pesar de que BLÁZQUEZ LIDOY considera que la definición del resto de conceptos, salvo el de cívico, debe establecerse según su sentido usual no parece que éste sea el planteamiento más adecuado⁴⁷.

Sobre el concepto de naturaleza cívica así como del alcance de tales objetivos se ha producido una evolución en la doctrina tanto administrativa como jurisprudencial ofreciendo cada vez una interpretación más extensiva del concepto⁴⁸.

Se ha considerado, por ejemplo, que una Asociación deportivo- cultural cuyos objetivos establecidos en sus estatutos eran los de desarrollo y fomento de la práctica del deporte en todas sus modalidades, así como de otro tipo de actividades culturales, tenía derecho a la exención respecto de los servicios prestados por ésta en la persecución de sus objetivos estatutarios y a favor de sus miembros⁴⁹.

No resultó polémica la calificación como de entidad sin ánimo de lucro de la Asociación deportivo- cultural sino que se consideró que tenía tal personalidad jurídica sólo porque así se establecía en sus estatutos fundacionales.

Sin embargo, dicha ausencia de ánimo de lucro debe completarse con la existencia de unos determinados objetivos de entre los que se enumeran en el precepto. En concreto se consideró que existían objetivos cívicos por parte de la asociación que había desarrollado una intensa labor cultural con un beneficio directo inmediato respecto de la colectividad en algunos casos.

Volviendo de nuevo al concepto de cívico se han dado dos interpretaciones bien distintas por parte de la jurisprudencia y de la doctrina administrativa. El TEAC ha llevado a cabo una interpretación restrictiva del precepto al entender que los objetivos cívicos tienden a solidarizar intereses comunes en beneficio de la colectividad y no el interés particular de un determinado grupo⁵⁰.

⁴⁷ Como el mismo autor [BLÁZQUEZ LIDOY, A.: El IVA en las entidades no lucrativas (...) opus cit., pág. 105] llega a manifestar, “el TJCE ha señalado en su Sentencia de 12 de noviembre de 1998 (Asunto C- 149/1997) que el término sindical alcanza a trabajadores, empresarios o profesionales liberales u operadores que ejerzan una actividad económica dada y que debe tener por objetivo principal la defensa de los intereses de sus miembros y, además, la representación frente a terceros”. Desde mi punto de vista esto es un ejemplo de que la afirmación respecto de la interpretación de los términos del precepto según su sentido usual no se sostiene ya que es evidente que la definición que le da la jurisprudencia al concepto sindical no es el de uso común.

⁴⁸ En tal sentido CHECA GONZÁLEZ, C.: [IVA: Supuestos de No Sujeción (...) opus cit., págs. 132 y ss.] lleva a cabo una enumeración muy exhaustiva de cuáles han sido los principales pronunciamientos existentes al respecto ofreciendo así una visión muy amplia de esta evolución del concepto de cívico.

⁴⁹ Vid. Resolución del TEAC de 21 de febrero de 2001 (JT\2001\678).

⁵⁰ Véase, entre otras, la Resolución del TEAC de 3 de febrero de 1988 donde se establecía que poseen naturaleza cívica “aquellos objetivos que tienden a solidarizar determinados intereses, con el fin de promover el bien común en beneficio de toda la colectividad”.

En idéntico sentido se puede destacar la argumentación del TEAC respecto de una asociación cultural que agrupaba a personas con interés por la fotografía con el objetivo de fomentar su conocimiento mediante la realización de actividades relacionadas con el mundo de la fotografía destinadas no sólo a sus asociados sino a todos los habitantes de la zona según lo establecido en sus estatutos. En este supuesto el Tribunal consideró que la actividad desarrollada no podía considerarse como de exclusivo carácter cívico *“ya que no tiende con carácter único a promover el bien común sino que dado su carácter cultural tiende a solidarizar intereses comunes de un determinado grupo de personas que sienten interés por la fotografía”*⁵¹.

Desde mi punto de vista, ésta resulta ser una forma inadecuada de entender el concepto de cívico ya que éste no hace referencia en exclusiva a actividades que llevan aparejadas un beneficio para la colectividad, sino que las mismas contemplarían también el interés de sus propios asociados.

No obstante, con posterioridad el TEAC cambiaría la interpretación que venía dándole al concepto reconociendo que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que *“no se identifica con el servicio público o el bien inmediato de la colectividad, sino que apunta a la realización de actividades que, si bien, en principio contemplan el interés de sus propios asociados, producen también un beneficio mediato para la colectividad”*⁵².

Mientras, el Tribunal Supremo ha interpretado el concepto de una manera mucho más amplia⁵³. El carácter cívico deja de asociarse a fines colectivos para vincularse con los destinatarios concretos de las prestaciones, es decir, los socios o asociados de tal suerte que éste no desaparece *“por el hecho de que sean los socios los más directamente beneficiados o favorecidos por las actividades de la Asociación, pues ésa es una nota consustancial a todas y por ello no se extingue el beneficio general que la Sociedad obtiene con la evidente acción cultural que producen”*⁵⁴.

Asimismo, se ha reconocido la procedencia de la exención en el caso de una Entidad Urbanística de Conservación al considerarse por el Tribunal que *“el elemento asociativo que constituye el substrato de las Entidades Urbanísticas de Conservación, junto con la obligatoriedad de pertenencia, legalmente exigida, y*

⁵¹ Véase la Resolución del TEAC de 10 de marzo de 2000 (JT\2000\667).

⁵² Cfr. Resolución del TEAC de 21 de febrero de 2001 (JT\2001\678).

⁵³ Vid., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2002 (3600/2002) donde se definió el concepto de actividades cívicas como *“(...) aquellas que tienen por objeto promover la relación, amistad y conocimiento entre sí de los vecinos y habitantes de una ciudad, de una región o de un país, con el propósito de lograr el progreso cultural, la integración social, e incluso la sana diversión y esparcimiento”*.

⁵⁴ Véase en tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio de 2002 (RJ 2002\7298).

*la naturaleza pública de las funciones que realiza la entidad, obliga a concluir, primero, que se trata de una actividad objetivamente exenta, y, segundo, que en el ejercicio de esa actividad, los individuos, por actuar obligatoriamente asociados, llevan a cabo la actividad exenta*⁵⁵. No obstante, dicha exención alcanza a los servicios de conservación de la obra urbanizadora, de los espacios libres de dominio y uso público, pero con exclusión de la exención respecto de la conservación de la obra urbanizadora, de los espacios libres de dominio y uso privados.

La calificación en el supuesto arriba enunciado no dependió de la consideración de si la Entidad Urbanística de Conservación cumplía o no los requisitos para considerarse “entidad legalmente reconocida sin finalidad lucrativa” sino que se limitaba a valorar el requisito de su actividad y en el que por la naturaleza pública de tales funciones se concluyó que era una actividad objetivamente exenta, asimilando dicha naturaleza pública con los objetivos de naturaleza cívica de los que habla el precepto. En este sentido, se amplía nuevamente el concepto de entidad sin ánimo de lucro al conceder dicha exención a una entidad que posee naturaleza jurídico- administrativa⁵⁶. Tal conclusión nos conduce a pensar que el legislador tributario ha querido establecer un concepto autónomo que supera los límites de la interpretación coincidente con el Derecho Civil de tal forma que “entidad sin ánimo de lucro” posee unos contornos mayores que los que posee el mismo concepto en el ámbito mercantil⁵⁷.

Respecto al primero de los requisitos (los propiamente subjetivos) el Tribunal Supremo lleva a cabo una interpretación teleológico-finalista de la norma al afirmar que determinadas entidades (Colegios profesionales, Cámaras Oficiales, Organizaciones patronales y Federaciones) por sus características propias reconocidas constitucionalmente son apropiadas para perseguir aquellos objetivos que la Ley busca proteger. De tal modo que el legislador lo que pretende es concretar el cumplimiento de determinados requisitos subjetivos o de estado en determinados tipos de asociaciones. Es decir, cuando el legislador establece que se entienden incluidas dentro del precepto las entidades ya citadas, en realidad, viene a ampliar

⁵⁵ Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2005 (RJ\2005\6717). En el mismo sentido se pronuncian la Audiencia Nacional en sus Sentencias de 21 de enero de 2009 (JT\2009\714), 29 de abril de 2009 (JUR\2009\206923), o 3 de junio de 2009 (JT\2009\1084); así como el TEAC en su Resolución de 11 de mayo de 2010 (3758/2007), acogiendo de este modo la citada doctrina del Tribunal Supremo respecto de las Entidades Urbanísticas de Conservación.

⁵⁶ En concreto, las mismas se encuentran reguladas en el artículo 24.2 y 3 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana de lo que se deduce la naturaleza jurídico- administrativa de tales entes.

⁵⁷ Véanse las Conclusiones del Abogado General Melchior Wathelet de 21 de diciembre de 2016 (asunto C-633/15) partidario de la concesión de la exención a las entidades sin ánimo de lucro de Derecho público o privado y donde venía a considerar indiferente que la explotación se llevase a cabo por una entidad sin ánimo de lucro de Derecho público o una de Derecho privado.

el requisito subjetivo y extiende más allá de su definición legal los límites del concepto “*entidad sin finalidad lucrativa*” por la naturaleza de los objetivos que las mismas persiguen.

Al incluir el precepto expresamente a los citados entes y no estar expresamente enunciados en la actual Directiva de IVA debe entenderse que se trata de entidades cuyo objeto es de carácter cívico⁵⁸. Sin embargo, desde el punto de vista de CALVO VÉRGEZ resulta del todo cuestionable el reconocimiento de dicha exención para los Colegios Profesionales⁵⁹.

Por lo tanto, y como ya he tenido ocasión de mencionar, no sólo es relevante el requisito subjetivo sino que ha de completarse con la naturaleza de los objetivos o actividad⁶⁰ que desarrolla la entidad en cuestión. En este sentido se declaró la improcedencia de la exención en el supuesto del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ciudad Real⁶¹, de Cuenca⁶² o de Albacete⁶³.

No obstante, este tipo de asociaciones cumplirán con este requisito subjetivo “*respecto de aquellas actividades o fines propios de la entidad que no excedan de la defensa de los intereses comunes de los asociados*”⁶⁴.

⁵⁸ Véase al respecto BLÁZQUEZ LIDOY, A.: Análisis crítico del IVA en las entidades sin fin de lucro (...) opus cit., pág. 177.

⁵⁹ Señala CALVO VÉRGEZ, J.: [El IVA en las entidades sin fin de lucro (...) opus cit., pág. 71] que existen motivos suficientes para considerar que estamos en presencia de un supuesto de no sujeción (y no de exención) al tratarse de entidades de carácter público, aunque no formen parte de la Administración.

⁶⁰ Puede consultarse, ad exemplum, la STJUE de 28 de noviembre de 2013 (asunto C-319/12) en la que se señala que el carácter comercial de una actividad no excluye su consideración como actividad de interés general.

⁶¹ Vid. la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2006 (JT\2007\406).

⁶² En la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2007 (JT\2007\1145) se llegó a la conclusión de que los Colegios Profesionales “se insertan dentro de la Administración Corporativa, tienen por ello encomendadas funciones al servicio del interés público, y en tal función actúan potestades exorbitantes propias de la Administración Pública. Ahora bien, junto a tal ejercicio de potestades exorbitantes, pueden ejercer otras funciones ajenas al interés público y a las que por Ley se les encomienda. (...) actúan como Administración Pública, y como entes privados”. A su vez, en esa actuación como entes privados para poder acogerse a la exención no deberían percibir de los beneficiarios contraprestación alguna distinta de las cotizaciones fijadas en los estatutos, extremo que en presente supuesto no se cumplía ya que existía una contraprestación específica.

⁶³ Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de septiembre de 2007 (JUR\2008\128567) en la que se declara la improcedencia de la exención respecto de la prestación del servicio de facturación de recetas prestado por el citado Colegio en base a que “la contraprestación no se configura como cuota fija a cargo de todos los colegiados, sino como contrapartida a un servicio concreto, recibido no por todos sino sólo por algunos colegiados, vinculada al mismo servicio, y establecida en función del montante del importe de la facturación”.

⁶⁴ Cfr. Resolución del TEAC de 28 de marzo de 2007 (JT\2007\949).

En cualquier caso, señalan algunos que el acudir a los fines de la Asociación o Fundación para valorar si persiguen o no intereses generales es una cuestión excesivamente problemática dada la falta de concreción legal existente. Es por ello que consideran que es más adecuado examinar el correcto cumplimiento de la necesidad de no discriminación de los beneficiarios⁶⁵, tomando de este modo como referencia la Ley de Fundaciones que establece que las mismas están obligadas a actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios [ex. artículo 23.c) de la Ley de Fundaciones].

3.3. La ausencia de ánimo de lucro

Como ya he señalado anteriormente, el interés general⁶⁶ y la ausencia de ánimo de lucro⁶⁷ son elementos esenciales de estas entidades. Desde el punto de vista de la doctrina civilista lo que provoca que una entidad tenga finalidad lucrativa no sería la obtención de rentas o ganancias con motivo de la realización de actividades diversas (el denominado lucro objetivo), sino el que se repartan dichas ganancias entre sus socios o asociados (lucro subjetivo). En este sentido, las sociedades civiles y mercantiles tendrían ánimo de lucro no por obtener beneficios derivados de las actividades de su objeto social sino por proceder a su reparto⁶⁸.

El establecimiento en el precepto de la necesidad de carecer de ánimo de lucro excluiría a las sociedades mercantiles como entidades que puedan acogerse a la exención así como a las personas físicas. Y esto sería así porque *“las personas humanas pueden actuar sin ánimo de lucro objetivo, y de la misma manera lo pueden hacer las sociedades mercantiles, pero, en cambio, el lucro subjetivo sólo puede controlarse en caso de que haya un régimen jurídico que impida a la persona quedarse con el posible beneficio. (...) La ausencia de ánimo de lucro alude a la prohibición de que estas entidades se repartan las eventuales ganancias, lo*

⁶⁵ Vid. GIL DEL CAMPO, M.: Fiscalidad de fundaciones, asociaciones y del mecenazgo (...) opus cit., pág. 51.

⁶⁶ Véanse las SSTJUE de 3 de abril de 2003, Hoffmann, (asunto C-144/00) y de 26 de mayo de 2005, Kingscrest Associates y Montecello (asunto C-498/03) en las que el Tribunal de Justicia ya ha declarado de forma genérica que el carácter comercial de una actividad en principio no excluye que dicha actividad revista el carácter de una actividad de interés general en el sentido del artículo.

⁶⁷ En la STJUE de 28 de noviembre de 2013 (asunto C-319/12), se pone de manifiesto el carácter esencial de este requisito en la configuración de la exención objeto de estudio al señalarse que “cuando el legislador de la Unión Europea ha querido reservar la atribución de las exenciones previstas en el artículo 132, apartado 1, letra i), de la Directiva IVA a determinadas entidades sin ánimo de lucro o desprovistas de carácter comercial, lo ha indicado expresamente, como resulta de las letras l), m) y q), de esta disposición”. En concreto, el artículo 20.Uno. 12 LIVA se correspondería con la citada letra m.

⁶⁸ Vid. GIL DEL CAMPO, M.: Fiscalidad de fundaciones, asociaciones y del mecenazgo (...) opus cit., págs. 43-44.

*que nada tiene que ver con que se puedan obtener beneficios*⁶⁹. Se considera que las sociedades mercantiles tienen siempre ánimo de lucro subjetivo por la forma.

Por lo tanto, y respecto a la finalidad lucrativa de las entidades que son objeto de estudio, hay que distinguir según nuestra doctrina, pues, entre ánimo de lucro subjetivo en el sentido de que los beneficios no están destinados a ser repartidos sino que se aplicarán a fines de interés general; frente al lucro objetivo que viene a referirse a que la entidad realiza una actividad económica donde se obtiene un saldo positivo entre costes e ingresos⁷⁰.

Nuestra jurisprudencia en alguna de sus Sentencias ha llegado a conceder la calificación de entidad sin ánimo de lucro a efectos del reconocimiento de la exención en el IVA a una Sociedad cooperativa o, en relación con su obra benéfico-social, a las Cajas de Ahorro en coherencia con la propia jurisprudencia comunitaria⁷¹. Incluso las asociaciones no declaradas de utilidad pública en cuyos estatutos se enuncie el carácter de ausencia de ánimo de lucro pueden considerarse entidades sin ánimo de lucro.

Sin embargo, la doctrina mercantilista más moderna considera que lo esencial en cualquier tipo de sociedad, civil o mercantil, no es la búsqueda de una ganancia sino que exista un fin común entre los socios. Además de que consideran que lo relevante no es la forma jurídica ya que ésta no predetermina las finalidades de los sujetos en ella personificados por lo que no siempre la persecución del ánimo de lucro es un fin esencial de las sociedades mercantiles⁷². De tal forma que el ánimo de lucro no debe considerarse como una nota conceptual del empresario.

Mientras, para la doctrina mercantilista tradicional los socios tenían como finalidad común la persecución de un ánimo lucrativo (entendido éste como el reparto de los beneficios que obtuviese la sociedad) pero, siguiendo a SÁNCHEZ CALERO, ese fin lucrativo no debe considerarse esencial en todo contrato de so-

⁶⁹ Cfr. BLÁZQUEZ LIDOY, A.: Análisis crítico del IVA en las entidades sin fin de lucro (...) opus cit., pág. 111.

⁷⁰ *Ibidem.*, pág. 113.

⁷¹ Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de julio de 2016 (asunto C-543/14) en la que se declaraba que un Estado miembro no puede aplicar dichas exenciones respecto de los servicios prestados por entidades privadas con ánimo de lucro sobre la base de la mera apreciación del carácter de dichos servicios sin tener en cuenta, en particular, los objetivos que persiguen dichas entidades consideradas globalmente y la estabilidad de su compromiso social.

⁷² Señala en este sentido SÁNCHEZ CALERO, F.: [Instituciones de Derecho Mercantil (...) opus cit., págs. 122 a 123] que “desde un punto de vista formal, en nuestro Derecho nos encontramos con que son calificadas como sociedades mercantiles las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y las comanditarias por acciones, aunque hayan abandonado el ánimo de lucro (...). El mismo resultado lo tenemos en la sociedad cooperativa (...) pero la sociedad cooperativa en cuanto tal carece de ese ánimo de lucro (que por otro lado sería incompatible con el de ahorro, o de lucro si se quiere, de los cooperativistas). También en la empresa pública, o más precisamente, en el empresario público, puede faltar el ánimo lucrativo”.

ciudad sino que la clave se encontraría en la persecución de un interés particular para sus socios⁷³.

En el ámbito de las entidades sin fines lucrativos (Fundaciones y Asociaciones) se han ido aprobando diversas disposiciones legislativas a través de las cuales *“se ha pasado de un concepto claro de lo que eran estas instituciones, basado en la persecución de intereses generales y en la no búsqueda de ánimo de lucro, a una situación como la actual en la que cada vez son más difusas sus características fundamentales y su distinción con las sociedades mercantiles”*⁷⁴.

No existen en la regulación mercantil actual significativas limitaciones a la obtención de beneficios (lucro objetivo) por parte de las Fundaciones, aunque sigue existiendo la prohibición del reparto de esos beneficios o excedentes. Tampoco en el ámbito de las asociaciones donde tan sólo existe la prohibición del ánimo de lucro subjetivo⁷⁵.

Esto significa que a la hora de interpretar el concepto de “ausencia de ánimo de lucro” en el ámbito tributario para el reconocimiento de la exención se debe tomar como referencia interpretativa lo establecido por la doctrina civil-mercantil, en el sentido de que ha de tratarse de un ánimo de lucro subjetivo el de la entidad en cuestión.

Por lo tanto, la clave interpretativa de esta exención fiscal objeto de estudio no se encontraría tanto en la forma jurídica adoptada por el ente (fundación o una asociación propiamente) sino en la persecución de fines de interés general y en la ausencia de ánimo de lucro en su objeto social, ya que en algún supuesto la fundación puede ejercitar una actividad empresarial de forma directa hasta el punto de convertirse en empresario⁷⁶. La relevancia interpretativa recae en la naturaleza de su objeto social y en las actividades que desarrolle en las cuales la característica principal sea la ausencia de ánimo de lucro.

Sin embargo, algunos consideran que el concepto de ánimo de lucro en el ámbito fiscal es muy distinto al de otras ramas como en el ordenamiento jurídico-penal o en el mercantil⁷⁷. No obstante, desde mi punto de vista, el concepto tal y como se entiende en la doctrina mercantilista moderna no difiere del que se prevé en nuestra legislación tributaria ni tampoco de las líneas interpretativas seguidas por la jurisprudencia de nuestros Tribunales. Y es más, muchos de esos

⁷³ *Ibídem*, pág. 333.

⁷⁴ Cfr. GIL DEL CAMPO, M.: *Fiscalidad de fundaciones, asociaciones y del mecenazgo (...)* opus cit., pág. 46.

⁷⁵ *Ibídem*, págs. 48 a 49.

⁷⁶ Véase en este sentido SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil (...)* opus cit., pág. 127.

⁷⁷ Se ha manifestado en tal sentido GIL DEL CAMPO, M.: *Fiscalidad de fundaciones, asociaciones y del mecenazgo (...)* opus cit., pág. 51.

pronunciamientos han acudido para definir el ánimo de lucro al ámbito mercantil, entendido éste como la voluntad o intención de obtener una ganancia repartible entre los asociados.

A su vez, este criterio de la ausencia de lucro en el ánimo de la asociación, *“debe exigirse mediante una declaración de este tenor que figure en sus estatutos o al menos, que de los mismos no pueda inferirse lo contrario”*⁷⁸. En este sentido, la concreción de tal requisito viene a exigir un análisis caso por caso de dichos Estatutos.

Asimismo, se hace preciso distinguir entre la falta de ánimo de lucro respecto de la actividad para la que se solicita la exención de la falta de dicho ánimo en la entidad en general. Y es que puede existir una entidad que no siendo “entidad sin ánimo de lucro” como tal pueda desarrollar actividades no lucrativas ya que una entidad de servicios, por ejemplo, puede tener diversos objetos sociales, unos con ánimo de lucro, y en consecuencia susceptibles de producir beneficios, y otros sin él, susceptibles de beneficiarse de la exención⁷⁹.

Es preciso diferenciar también, entre la exención del artículo 20.Uno.12 de la Ley del IVA de la establecida en el apartado 8 del mismo precepto, que no está pensada para miembros de la propia entidad, a pesar de que para ambas exenciones se exija la ausencia de ánimo de lucro en la entidad. Sin embargo, y aunque se trataba en este caso del reconocimiento como “entidad de carácter social”⁸⁰ (ex. artículo 20.Uno. 8 LIVA), el Tribunal Supremo ha considerado en algunas de sus resoluciones que tal expresión es equivalente a “entidades cuyos objetivos sean exclusivamente de naturaleza cívica” (ex. artículo 20.Uno. 12 LIVA)⁸¹.

Igualmente, el Tribunal Supremo respecto a la consideración de una Sociedad Cooperativa de trabajo asociado como entidad sin ánimo de lucro a efectos del reconocimiento de la exención en el IVA razonaba lo siguiente: *“la constitución de una cooperativa en los términos indicados, que supone desde el primer momento la integración de medios personales y materiales, en orden a la realización*

⁷⁸ *Ibídem*, pág. 52.

⁷⁹ Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002 (RJ\2002\8082).

⁸⁰ Véanse al respecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1999 (RJ 1999/3598) y de 31 de enero de 2002 (RJ 2002/1044) donde se califica a las Cajas de Ahorro como entidades sin ánimo de lucro mercantil por el hecho de realizar una actividad crediticia con el propósito de destinar los beneficios o excedentes empresariales a la consecución de fines de carácter social. Entiende, pues, que en las Cajas de Ahorro pueden coexistir actividades puramente altruistas y socialmente benéficas que deben ser exceptuadas del IVA, con otras distintas no susceptibles de recibir el mismo tratamiento fiscal. En el mismo sentido véanse las Sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2002 (JUR\2006\282946) y de 26 de noviembre de 2002 (JUR\2006\266388).

⁸¹ Así se razonaba en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2004 (RJ\2005\971). Razonamiento que, desde mi punto de vista, tiende a dificultar la distinción entre ambos tipos de exenciones. Véase también en sentido idéntico la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de junio de 2002 (JT\2003\340).

de una actividad económica o profesional, de producción de bienes o servicios destinados a terceros, con lo que ello conlleva de retribución del capital y trabajo empleados, no significa por sí solo que la entidad persiga un ánimo de lucro y que, en consecuencia, no pueda obtener la calificación —entiéndase la de entidad sin ánimo de lucro— (...) En cambio, lo que impide claramente la calificación es la existencia de un beneficio excedentario y reparto subsiguiente entre los asociados”⁸². Esto supone implícitamente admitir que el concepto de entidad sin ánimo de lucro en el ámbito de la exención objeto de estudio (el tributario) posee unos perfiles más amplios que el mismo concepto en el ámbito mercantil, o al menos que éste viene a completarse con otros elementos más allá de la forma jurídica adoptada.

De lo expuesto parece concluirse que la calificación de entidad sin ánimo de lucro no dependería tanto de la forma jurídica elegida (en el presente caso, una sociedad cooperativa, y no una asociación o fundación) sino del carácter que tienen las actividades que se describen en sus estatutos, atendiendo así a la naturaleza real de la actividad a partir de la cual la entidad pretendería acogerse a la exención. Por lo tanto, una sociedad cooperativa podría llegar a acogerse a la exención prevista en el artículo 20.Uno.12 de la Ley del IVA a pesar de no ser exactamente una entidad sin ánimo de lucro tal y como se entiende en el ámbito mercantil pero sí por la naturaleza de sus actividades y el reconocimiento de la ausencia de lucro en su objeto social.

También es necesario profundizar en el concepto de Entidad sin ánimo de lucro que ha definido la jurisprudencia europea ya que la misma ha de operar como referente interpretativo del precepto que regula la exención. En tal sentido merecen especial atención las Conclusiones del Abogado General de 13 de diciembre de 2001⁸³ donde se suscitaba un problema interpretativo sobre qué aspectos de la actividad de un organismo debían tenerse en cuenta para determinar si su fin era o no lucrativo.

En primer lugar se nos indica que todas las versiones lingüísticas del artículo vinculan directamente la calificación de “sin fin lucrativo” a “organismo” por lo que dicha condición debe determinarse teniendo en cuenta todas las actividades del mismo y no sólo las que puedan acogerse a la exención.

En segundo lugar señala que el concepto se refiere a un “*organismo al que pueden exigírsele los requisitos de no perseguir la consecución sistemática de beneficios y de no distribuir en ningún caso los posibles beneficios, sino de destinarlos al mantenimiento o a la mejora de los servicios prestados*”.

⁸² Vide la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2008 (RJ\2008\3745).

⁸³ Véanse las Conclusiones del Abogado General Jacobs de 13 de diciembre de 2001 (Asunto C-174/00).

Es evidente que el concepto de entidad sin ánimo de lucro ya existe en las legislaciones de varios Estados miembros. Sin embargo, a efectos de la Directiva del IVA, se hace necesaria una definición autónoma y uniforme para toda la Comunidad, que no se corresponderá forzosamente en todos los aspectos con esos conceptos.

Como punto de partida debe tenerse en cuenta que el concepto de organismo sin ánimo de lucro se contrapone, esencialmente, al de una empresa comercial gestionada en beneficio de los que la controlan o tienen intereses económicos en ella.

Además habrá que centrarse en los objetivos del organismo de que se trate y no en sus resultados, ya que el mero hecho de que una entidad no obtenga beneficios en un período determinado no es suficiente para atribuirle la condición de organismo sin ánimo de lucro⁸⁴. Los objetivos a valorar son, asimismo, los inherentes al organismo y no los que éste pueda perseguir en un determinado momento.

Por tanto, para analizar los objetivos es necesario, aunque no suficiente, examinar el objeto expreso del organismo según se establece en sus estatutos, además de si el objetivo de obtener y distribuir beneficios puede deducirse del modo en que funciona en la práctica. Y, para ello, tampoco bastaría con limitarse a examinar si se han distribuido abiertamente beneficios.

No sería razonable considerar que un organismo tiene ánimo de lucro simplemente por intentar que los ingresos ordinarios superen a los gastos ordinarios a fin de disponer de un presupuesto para los gastos extraordinarios⁸⁵. El hecho de que un organismo tenga por objeto la consecución sistemática de un superávit destinado a los servicios que presta no excluye que pueda ser considerado organismo sin ánimo de lucro. Esto vendría a ser lo que la doctrina denomina como lucro objetivo.

El organismo sin ánimo de lucro al que se hace referencia en la Directiva es aquel que no tiene por objeto el enriquecimiento de personas físicas o jurídicas y que, efectivamente, no se gestiona con el fin de obtener o intentar obtener dicho

⁸⁴ Véase, por ejemplo, la STJUE de 26 de mayo de 2005 (asunto C-498/03) donde se nos indica que el requisito de no perseguir la obtención sistemática de beneficios se confunde con el criterio del organismo sin fin lucrativo de forma que a juicio del Tribunal no estamos en presencia de conceptos equivalentes.

⁸⁵ Y más concretamente viene a señalar el Abogado General en las conclusiones del asunto referenciado ut supra que “negarle la condición de organismo sin ánimo de lucro simplemente porque ha acumulado un superávit con este fin equivaldría a disuadirle de gestionar sus asuntos con criterios económicos, (...) Además, los organismos podrían adquirir o perder su derecho a la exención en función de su situación presupuestaria, pese a que su carácter fundamental y sus objetivos seguirían siendo los mismos. A mi juicio, el legislador no puede haber tenido esa intención cuando estableció la categoría de organismos sin fin lucrativo”. Esta matización es coherente con las definiciones doctrinales a las que hemos hecho referencia que parten de esa distinción entre lucro objetivo y lucro subjetivo.

enriquecimiento (para la doctrina, lucro subjetivo). Los beneficios que tal entidad pueda obtener se considerarían un excedente de los ingresos sobre los gastos pero no una forma de un enriquecimiento (es decir, beneficios que por su propia naturaleza son distribuidos).

Sin embargo, sobre el concepto de ausencia de ánimo de lucro se había pronunciado el Tribunal Supremo anteriormente aunque siguiendo un razonamiento distinto al expresado en el que afirmaba que “*no existe identidad conceptual entre actividad económica productora de un excedente o beneficio, y actividad económica realizada con ánimo de lucro*”⁸⁶.

Sin duda, esta forma de entender el concepto sería más acorde con la doctrina mercantilista más tradicional, pero no con los planteamientos seguidos por la jurisprudencia comunitaria donde se adopta una perspectiva más coherente con el concepto tal y como se entiende por la doctrina mercantilista más moderna.

Desde mi punto de vista resultaba más coherente con la línea jurisprudencial comunitaria un pronunciamiento previo del Tribunal Supremo en el que claramente afirmaba que “*la mera existencia de beneficios, no es incompatible con la ausencia de finalidad lucrativa*”⁸⁷. No es posible equipar automáticamente finalidad lucrativa con obtención de beneficios, obviando la posibilidad de que las ganancias no constituyan un fin en sí mismo, sino sólo el necesario instrumento para lograr una finalidad distinta, de carácter social.

También merece especial atención el razonamiento llevado a cabo por el Tribunal respecto al hecho de que existan servicios complementarios no destruye la ausencia de ánimo de lucro⁸⁸.

Sobre la concreción del concepto de ausencia de finalidad lucrativa resulta particularmente interesante la asimilación que ha hecho en alguna ocasión el Tribunal Supremo entre este concepto y el de persecución de objetivos de carácter benéfico⁸⁹.

En definitiva, y a tenor de todo lo anteriormente expuesto, debemos concluir que nuestra doctrina y también la jurisprudencia otorgan al concepto organismo o entidad legalmente reconocidos que no tengan finalidad lucrativa un significado extenso⁹⁰.

⁸⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1999 (RJ\1999\3598).

⁸⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1995 (RJ 1995\4345).

⁸⁸ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2001 (RJ\2001\6292).

⁸⁹ Vid., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002 (RJ\2002\8082).

⁹⁰ En tal sentido destaca, ad exemplum, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1999 (RJ\1999\9658).

4 CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

1. No existen criterios interpretativos específicos respecto de las exenciones sino que las mismas han de interpretarse conforme a los criterios generales admitidos en Derecho. Al faltar una definición expresa de ciertos conceptos dentro de la normativa tributaria se hace preciso acudir a su sentido jurídico y, en especial, a conceptos jurídicos de otras ramas del Ordenamiento para valorar si el significado que se incorpora al ámbito tributario es coincidente con el de esas otras ramas.

2. La finalidad del precepto es un elemento a tener en cuenta en la interpretación de la presente exención. Y siendo una exención establecida para la protección de intereses generales, los criterios interpretativos (en especial, el teleológico-sistemático) permiten una interpretación extensiva del mismo ampliándose enormemente su ámbito subjetivo.

3. La relevancia para el reconocimiento de la exención no se encuentra en la forma jurídica empleada. La clave interpretativa no reside en la naturaleza de la entidad (elemento subjetivo) sino en el resto de conceptos que se integran dentro del precepto como son la persecución de fines de interés general y la ausencia de ánimo de lucro en su objeto social.

Se han reconocido como entidades sin ánimo de lucro algunas que en otras ramas de nuestro Ordenamiento no tendrían tal carácter. Por ejemplo, se está ampliando el concepto de entidad sin ánimo de lucro contenido en el artículo 20.Uno.12 de la Ley del IVA cuando se concede dicha exención a una entidad que posee naturaleza jurídico-administrativa como son las Entidades Urbanísticas de Conservación o incluso a una Sociedad cooperativa. Pero el propio legislador ya amplía el requisito subjetivo al incluir expresamente dentro del precepto a los Colegios Profesionales, las Cámaras Oficiales, las Organizaciones Patronales o las Federaciones. De este modo puede intuirse que la relevancia interpretativa no recae tanto en la forma jurídica de la entidad sino en la naturaleza de los fines que ésta persigue. Sólo esto explicaría que hayan sido consideradas como entidades sin fines lucrativos, a efectos puramente tributarios, las asociaciones no declaradas de utilidad pública (entre otras). En cualquier caso, deben rechazarse las interpretaciones literales del precepto por lo que la exención sería aplicable tanto a las Asociaciones como a las Fundaciones.

4. A la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales analizados parece que el concepto tributario de entidad sin ánimo de lucro posee unos contornos más amplios que el mismo concepto en el ámbito civil o mercantil. No obstante, esto no destruye la existencia de una interpretación coincidente puesto que la jurisprudencia se ha apoyado en numerosos conceptos de raigambre mercantil para definir los elementos que integran la norma de exención.

5. Los Tribunales han llevado a cabo una interpretación extensiva respecto de los fines de la entidad o incluso de lo que ha de entenderse como ausencia de lucro

en el ánimo del organismo. Al tratarse de una exención basada en el interés general, es posible que éstos hayan tendido a ampliar el significado de los conceptos que se recogen en el precepto con el objetivo de dar entrada a un mayor número de supuestos, basándose en la premisa de que la norma de exención trata de establecer un régimen más favorable para las entidades sin ánimo de lucro.

6. Sin existir, por tanto, una correspondencia exacta entre la regulación mercantil y la tributaria, los Tribunales han acudido con cierta frecuencia a la amplitud de fines de interés general que describe la Ley de Fundaciones para reconocer la exención en el ámbito fiscal mediante su vinculación, en especial, con los fines cívicos. Por lo tanto, nuevamente acuden a una interpretación extensiva en la que se permite la coexistencia de un beneficio directo para los propios asociados unido a un beneficio mediato para la colectividad.

7. El concepto de ánimo de lucro que se aplica para la interpretación del precepto también es el defendido por la doctrina mercantilista moderna en el que la existencia de beneficios no es incompatible con la ausencia de finalidad lucrativa ya que la característica que define a la entidad como no lucrativa es que ésta no posea lucro subjetivo, es decir, que no proceda al reparto de dichos beneficios entre sus asociados. Por tanto, la entidad puede desarrollar una actividad empresarial en la que se obtengan beneficios sin que por ello se le limite su posibilidad de acogerse a la exención.

8. En definitiva, existe una interpretación claramente coincidente con los conceptos tal y como se definen en el ámbito mercantil pero cuya consecuencia respecto de la aplicación del precepto que regula la exención es que nos conduce a la creación de un concepto tributario propio que no parece dañar, no obstante, la coherencia dentro del Ordenamiento jurídico. Y esto es así porque al reconocerse la exención por la naturaleza de los fines que persigue la entidad o porque la misma carece de ánimo de lucro, sin prestar especial atención a la forma jurídica adoptada, la consecuencia implícita es que se amplía el elemento subjetivo de la norma de exención; es decir, lo que puede considerarse entidad sin ánimo de lucro. De ahí que el concepto presente en el ámbito de la exención unos contornos mayores respecto de otras ramas del Ordenamiento jurídico.

5 BIBLIOGRAFÍA

- BERLIRI, A.: *Principios de Derecho Tributario*, Volumen I, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, año 1964.
- BETTI, E.: *Teoria generale della interpretazione*, Ed. Dott. A. Giuffrè Editore S.P.A., Milán, año 1990.
- *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Ed. Dott. A. Giuffrè Editore S.P.A., Milán, año 1971.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A.: *El IVA en las entidades no lucrativas (cuestiones teóricas y casos prácticos)*, CEF, Madrid, 2002.

- *Análisis crítico del IVA en las entidades sin fin de lucro*, IEF, Madrid, 2007.
- “El IVA y las entidades sin ánimo de lucro. Algunas cuestiones controvertidas (I)”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 13, año 2000, págs. 9 a 25.
- “El IVA y las entidades sin ánimo de lucro. Algunas cuestiones controvertidas (II)”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 14, año 2000, págs. 9 a 23.
- CALVO VÉRGEZ, J.: *El IVA en las entidades sin fin de lucro*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CHECA GONZÁLEZ, C.: *IVA: Supuestos de No Sujeción y Exenciones en Operaciones Interiores*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1998.
- CRUZ AMORÓS, M. et al.: *La fiscalidad de las entidades sin ánimo de lucro: estímulo público y acción privada*, CIDEAL / Pricewaterhouse Coopers, 2004, págs. 121 a 122.
- DICIOTTI, E.: *Interpretazione della legge e discorso rationale*, G. Giappichelli Editore, Turín, año 1999.
- FERREIRO LAPATZA, J.J.: “Los esquemas dogmáticos fundamentales del Derecho Tributario”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 104, año 1999, págs. 669 a 685.
- GARCÍA-MAURINO BLANCO, E. et al.: *Régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, año 2004.
- GIL DEL CAMPO, M.: *Fiscalidad de fundaciones, asociaciones y del mecenazgo*, Editorial CISS, Valencia, 2005, 2ª edición.
- GUASTINI, R.: *Interpretare e argomentare*, Ed. Dott. A. Giuffrè Editore S.P.A., Milán, año 2011.
- HERRERA MOLINA, P.M.: *La Exención Tributaria*, Editorial Colex, Madrid, año 1990.
- LA ROSA, S.: *Principi de Diritto Tributario*, G. Giappichelli Editore, Turín, año 2009 (3ª edición).
- LOZANO SERRANO, C.: *Exenciones tributarias y derechos adquiridos*, Editorial Tecnos, Madrid, año 1988.
- MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J.M. y CASADO OLLERO, G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Editorial Tecnos, Madrid, año 2015 (26ª edición).
- MELIS, G.: *L'interpretazione nel Diritto Tributario*, Editorial CEDAM, Milán, año 2003.
- MULEIRO PARADA, L. M.: “La exención en el IVA de las prestaciones directamente relacionadas con la asistencia social y con la Seguridad Social realizadas por organismos de Derecho público u otras entidades a las que se reconozca su carácter social (STJUE de 15 de noviembre de 2012)”, *Revista Crónica Tributaria*, n.º 2 / 2014.
- PALLARÉS RODRÍGUEZ, R.: “Las entidades sin fines lucrativos en la Ley 49/2002 y el impuesto sobre el valor añadido”, *Revista Técnica Tributaria*, n.º 73/ 2006.
- “Las entidades sin fines lucrativos de la Ley 49/2002 y el impuesto sobre el valor añadido”, *Revista Técnica Tributaria*, n.º 76/ 2007.
- PÉREZ ROYO, F. et al.: *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, Editorial Tecnos, Madrid, 10ª edición, año 2016.
- PONT CLEMENTE, J.F.: *La exención tributaria (Análisis jurídico general con especial aplicación al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y al IVA)*, EDERSA, Madrid, 1986.

- RUIZ ALMENDRAL, V.: *El fraude a la Ley Tributaria a examen*, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, año 2006 (1ª edición).
- SÁINZ DE BUJANDA, F.: “*Teoría jurídica de la exención tributaria. Informe para un coloquio*”, en *Hacienda y Derecho*, volumen III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- VANONI, E.: *Naturaleza e interpretación de las leyes tributarias*, Obras básicas de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales- Ministerio de Hacienda, año 1973.

II

XURISPRUDENCIA

II.1. COMENTARIOS XURISPRUDENCIA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 187-204
ISSN: 1130-2682

**CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA ENTREGA DE
FONDOS QUE EFECTÚA EL SOCIO A LA COOPERATIVA
AGRARIA: UN ANÁLISIS A PROPÓSITO DE LA
SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE
BURGOS (SECCIÓN 2.^a), N.º 141/2016 DE 31 DE MARZO**

*LEGAL QUALIFICATION OF THE DELIVERY OF
FUNDS MADE BY THE PARTNER TO THE AGRARIAN
COOPERATIVE: AN ANALYSIS FOR THE PURPOSE OF
THE SENTENCE OF THE PROVINCIAL AUDIENCE OF
BURGOS (SECTION 2), N° 141/2016 31TH OF MARCH*

ANGÉLICA DÍAZ DE LA ROSA*

Recepción: 15/6/2017 - Aceptación: 12/9/2017

* Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña, acreditada Titular de Universidad.
Email: angelicadiaz@udc.es.

RESUMEN

En la presente sentencia se trata de determinar quien es competente para conocer de esta cuestión contenciosa: el Juzgado de Primera Instancia o bien Juzgado de lo Mercantil. Para establecer esta competencia se analiza si la entrega de fondos que realiza el socio a una cooperativa ganadera puede ser calificada de simple compraventa o si estamos ante una actuación societaria. Si llegásemos a la primera de las conclusiones, resultaría competente el Juzgado de Primera Instancia pero si, como hace esta Sentencia, después de analizar el concepto, naturaleza y régimen jurídico de la actividad cooperativizada, entendemos que la entrega de fondos constituye la participación del cooperativista en la actividad cooperativizada, la competencia corresponde al Juzgado de lo Mercantil.

PALABRAS CLAVE: actividad cooperativizada, entrega de fondos, masa de gestión económica, titularidad de las entregas.

ABSTRACT

The present decision tries to determine who is competent to hear this contentious issue: the Court of First Instance or the Commercial Court. In order to establish this competence it is analyzed if the delivery of funds that the partner makes to the cooperative can be described as simple sale and if we are before a corporate action. If we reach the first of the conclusions, the Court of First Instance would be competent, but if, as this decision does, after analyzing the concept, nature and legal regime of the cooperative activity, we can to the conclusion that the delivery of funds constitutes the participation of the cooperative In the cooperative activity, the jurisdiction corresponds to the Commercial Court.

KEY WORDS: cooperative activity, delivery of funds, mass of economic management, ownership of deliveries.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. RESUMEN DE LOS HECHOS DE LA SENTENCIA. 3. COMENTARIO. 3.1. Concepto de actividad cooperativizada. 3.2. Entrega de fondos como manifestación de la participación en la actividad cooperativizada. 4. CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. SUMMARY OF THE FACTS OF THE SENTENCE. 3. COMMENTARY. 3.1. Concept of activity cooperativizada. 3.2. Delivery of funds as a manifestation of the participation in the cooperativizada activity. 4. CONCLUSIONS. 5. BIBLIOGRAPHY.

1 INTRODUCCIÓN

La sentencia que está siendo objeto de análisis, trata de determinar la naturaleza jurídica del título en virtud del cuál el socio cooperativista realiza la entrega de ganado a la propia sociedad cooperativa. De esta calificación dependerá la competencia para conocer de la Litis del Juzgado de Primera Instancia —como así sucedió— o bien del Juzgado de lo Mercantil.

Si se entiende que la entrega de ganado a la cooperativa se produce como consecuencia de un contrato de compraventa, habríamos de concluir que la competencia para conocer de esta cuestión es del Juzgado de Primera Instancia; si, por el contrario entendemos que esta entrega se efectúa como una forma de hacer efectiva la participación del socio en la actividad cooperativizada —tal y como, finalmente, reconoce esta sentencia— la competencia será del Juzgado de lo Mercantil habida cuenta el tenor literal del art. 86.ter.2.a) in fine LOPJ que reza de la siguiente manera: “a) [...] de todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas”.

Por este motivo, el Tribunal entendió que se debía apreciar de oficio la falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la demanda, pues dicha competencia le corresponde al Juzgado de lo Mercantil al plantearse en ella una cuestión que está bajo el amparo de la normativa de las sociedades cooperativas. Por esta razón y de conformidad con el art. 48.2 LEC, declaró la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes para ejercitar sus acciones ante el Juzgado de lo mercantil.

2 RESUMEN DE LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

La demandante GRAOLI, S.L, en situación de concurso, reclama a la demandada, COOPERATIVA AVÍCOLA GANADERA DE BURGOS, ante el juzgado

de primera Instancia de Burgos, el pago del precio del ganado comprado a la misma. El Tribunal de primera Instancia falla a favor de la demandante y condena a la demandada al pago de 108.423,31 euros de principal y a los intereses de demora. Contra esta sentencia, la COOPERATIVA AVÍCOLA GANADERA DE BURGOS, interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Burgos.

La parte apelante ha sostenido —tanto en la demanda como en el escrito de recurso— que con carácter previo a las cuestiones procesales y de fondo planteadas, ha de plantearse la cuestión de la competencia objetiva del órgano judicial para conocer de la controversia que se suscita. En este sentido, se señala que la operación que reclama —la demandante/apelada— es una operación propia de la actividad cooperativizada y que no se trata de una compraventa, razón por la cual, la competencia correspondería al Juzgado de lo Mercantil. A pesar de haber sido planteada, quedó imprejuzgada; si bien, el Juzgador de Primera Instancia reconoció implícitamente su competencia al calificar la operación de compraventa. El Tribunal de apelación da traslado de esta cuestión al Ministerio Fiscal y éste se pronuncia a favor de la calificación de la operación como compraventa y, por tanto, a favor de la competencia del Juzgado de Primera Instancia.

Por su parte, el Tribunal de apelación entró a determinar la naturaleza jurídica de la actuación consistente en la entrega de ganado porcino por parte de la demandante —GRAOLI— a la demandada —COOPERATIVA AVÍCOLA GANADERA DE BURGOS— de la que es socio, ya que si e califica como compraventa determina la competencia del Juzgado de primera Instancia, mientras que si se califica de actividad cooperativizada, hemos de aplicar la normativa cooperativa y la competencia sería del Juzgado de lo Mercantil.

3 COMENTARIO

3.1. Concepto de actividad cooperativizada

La sentencia concibe la actividad cooperativizada como “aquella que consiste en la entrega de bienes o en la prestación de servicios por el socio a la cooperativa o en el uso o consumo por los socios de los bienes o servicios suministrados por la cooperativa establecida para el cumplimiento del objeto social de la cooperativa”.

Antes de establecer si, efectivamente, en el caso que nos ocupa, nos encontramos ante la participación en la actividad cooperativizada, resulta necesario establecer una serie de puntualizaciones previas¹. En primer lugar, hemos de señalar que es frecuente en el ámbito del derecho cooperativo, llegar a confundir dos conceptos que se hallan muy próximos, me refiere al objeto social y la actividad cooperativizada. El “objeto social” se relaciona con la noción de fin social, aun-

¹ DÍAZ DE LA ROSA, A., *El naviero cooperativo*, ARANZADI, Pamplona, 2010, págs. 291 y sigs.

que —como veremos— es distinta de ésta: el objeto social alude a toda actividad económica a cuyo ejercicio se dedique la sociedad en cuestión. En principio, cualquier actividad económica lícita podrá integrar el objeto de una sociedad y en el caso de las cooperativas cualquier actividad empresarial lícita puede serlo, en este sentido el art. 1.2 LC establece que: “*Cualquier actividad económica lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una sociedad constituida al amparo de la presente Ley.*” Y en términos prácticamente idénticos se pronuncia el art. 1.2 de la LCCyL: “*Cualquier actividad económica y social lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una sociedad constituida al amparo de la presente Ley*”

Un sector doctrinal cooperativista identifica, sin más, el objeto social con otro término de importantísima relevancia en la materia, pues entorno a él se articulan muchos de los derechos y obligaciones de los socios; me refiero al concepto de actividad cooperativizada. Así, resulta fundamental analizar qué entendemos por “actividad cooperativizada”, para poder apreciar y comprender mejor la índole mutualística de las sociedades cooperativas y, al propio tiempo, determinar que personas pueden acceder a la condición de socios en estas sociedades.

El *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española define el término “Actividad” como “*Conjunto de actos que tiene como común denominador el pretender el mismo fin*”. Si a esta definición le añadimos el calificativo “cooperativizada” nos estaremos refiriendo, entonces, a un tipo de “conjunto de actos” caracterizados, en primer lugar, porque se enmarcan en el seno de una pluralidad de personas unidas “*ex voluntate*” en una relación societaria; y en segundo lugar, porque el fin unificador de esta actividad colectiva presenta un rasgo específico: el fin cooperativo; y éste no es otro que el de satisfacer las necesidades comunes de los socios; necesidades que son satisfechas por la empresa cooperativa, precisamente mediante la participación directa de sus propios socios en dicha actividad cooperativizada, precisamente como consecuencia de su condición de socio. En este mismo sentido se recoge en el art. 15 de la LC, al establecer las obligaciones de los socios, se refiere a la actividad cooperativizada diciendo que es obligación de los socios:

“Participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la Cooperativa en el cumplimiento de su fin social...”

Y, en términos similares, se pronuncia el art. 33.3 de la LCCyL que es la ley de cooperativas que resulta aplicable, en primer término, al supuesto litigioso. La participación en la actividad cooperativizada también se contempla en la normativa cooperativa desde una perspectiva positiva —no sólo como una obligación sino también como un derecho— y en este sentido se recoge en los art. 16 de la LC y en los art. 34 y 35 de la LCCyL.

La mayoría de la doctrina patria considera que la actividad cooperativizada coincide plenamente con el término “Objeto social”. De hecho, la superposición de ambos conceptos ha llegado hasta tal punto que hay quien ha afirmado que “*actividad cooperativizada es una forma de hacer referencia a “objeto social de la cooperativa”*”². Sin embargo, nosotros consideramos que no se puede hacer, sin más, una identificación de ambos conceptos, y buena prueba de ello es que el artículo 1 de la LC establece lo siguiente:

“la cooperativa es una sociedad constituida... para la realización de actividades empresariales.”

A la vista de lo establecido en este artículo se aprecia que el “Objeto social”, en sí mismo, no presenta ninguna especialidad, porque se trata de una actividad económica constitutiva de empresa, y tal actividad puede ser de cualquier índole o naturaleza. La especialidad de estas sociedades no está, pues, en la actividad económica que realizan, ni en cómo la llevan a cabo, ya que operan como cualquier otro agente económico.

Por su parte, la actividad económica constitutiva del objeto social de las sociedades cooperativas —al igual que sucede en otros tipos sociales— consiste en la organización o en la combinación de los factores de producción —capital y trabajo— para la producción o suministro de bienes y servicios; de cualesquiera bienes y servicios. Por este motivo, en principio, la especialidad de la cooperativa no se encuentra en el objeto social. Bien por el contrario, lo que realmente caracteriza a este tipo social mutualístico es la satisfacción de las necesidades comunes llevada a cabo mediante la participación de los socios en el objeto social en forma de actividad cooperativizada.

Así las cosas, concebimos al “Objeto social” como un concepto más amplio que el de “actividad cooperativizada”³, ya que abarcaría todo un conjunto de actos

² En este sentido, MORILLAS JARILLO, M. J., FELIU REY, M. I., *Curso de Cooperativas*, 2ª ed., TECNOS, Madrid, 2002, pág. 51, contemplan la actividad cooperativa en los siguientes términos: “es la actividad empresarial que se organiza desarrolla mediante la sociedad cooperativa”. Por su parte, TRUJILLO DIEZ, I. J., *Cooperativas de Consumo y Cooperativas de Producción*, ARANZADI, Pamplona, 2000, pág. 34, define la actividad cooperativizada desde una perspectiva genérica como “*aquella fase del proceso de productivo en cuya participación el socio encuentra el instrumento directo de satisfacción de su interés*”. En concreto, la actividad cooperativizada de la cooperativa de consumo es concebido por este autor como “actividad económica que constituye el objeto social de la cooperativa y destinada a desarrollarse con los socios como clientes de la empresa social”, y por lo que respecta a las cooperativas de producción se concibe como “la prestación de su trabajo o, más genéricamente, de su actividad profesional por el socio en la empresa común”.

³ GÓMEZ CALERO, J., “Sobre la mercantilidad de las cooperativas”, *RDM* 135-136 (1975), pág. 324, nos habla de un “específico objeto social” -esto coincidiría con lo que nosotros concebimos como actividad cooperativizada-. Señala que : “Siendo esto así, “los actos de comercio extraños a la

tendente a la consecución del fin social realizado por los cooperativistas. Ahora bien; si todos esos actos integran el objeto social, no todos constituyen actividad cooperativizada, sino sólo aquellos que integran una parte que se puede definir y delimitar del modo que a continuación se expone.

En la actividad económica constitutiva de empresa podemos diferenciar dos momentos: un primer momento, o primer segmento, en el que se produce la integración de los factores de producción —capital y trabajo— en el proceso productivo; y un segundo momento o segundo segmento, que sería el de la producción o suministro de bienes y servicios que se desarrolla con los factores económicos integrados en la primera fase. Pues bien, lo característico de la institución cooperativa es la mutualización de uno de estos segmentos; de modo que, en el caso de la cooperativa de producción se cooperativiza el primer segmento mediante la participación de los socios en la prestación de trabajo; mientras que, en las cooperativas de Consumo se mutualiza el segundo de los segmentos, a través del disfrute por los socios de los bienes o servicios adquiridos o producidos por la Cooperativa. Pero esa obligación de participación del socio cooperativo en alguno de estos dos segmentos de la actividad económica, se deriva de su pertenencia a la sociedad, del hecho de ser parte del contrato social.

mutualidad” serían los negocios jurídicos mercantiles celebrados por la cooperativa con quienes no tienen la condición de cooperativistas, y los actos de comercio objetivos que sean ajenos al específico objeto social cooperativo, realizado por la misma”. Así los actos de comercio extraños a la mutualidad serían aquellos actos que no se encuentran dentro del “específico objeto social” y por lo tanto tampoco dentro de la actividad cooperativizada. La expresión “específico objeto social” que emplea este autor, nos lleva a la idea de que existe un objeto social más genérico que podría englobar al “específico objeto social” y a los actos extraños a la mutualidad. Por su parte TRUJILLO DÍEZ, *Cooperativas de consumo y Cooperativas de Producción*, pág. 35, excluye de la actividad cooperativizada: 1.- Las actividades instrumentales, que necesariamente habrá de realizar la cooperativa para el cumplimiento de su objeto social; 2.- Las actividades extracooperativas, propias de la actividad cooperativizada pero desarrolladas con no socios; 3.- las actividades extraordinarias, distintas no ya de la actividad cooperativizada sino del propio objeto social; 4.- las que quedan fuera de la específica actividad cooperativizada, aun constituyendo una actividad propia del objeto social. PRIETO JUÁREZ, J. A., “La participación de los socios en los procesos de producción y distribución de la sociedad cooperativa: los socios consumidores de bienes y/o servicios”, en MOYANO FUENTES, J. (coord.), *La Sociedad Cooperativa: Un análisis de sus características societarias y empresariales*, Edit. Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2001, pág. 173, quien sostiene que: “... el objeto social es comprensivo de toda actuación llevada a cabo en el seno de la sociedad, de tal manera que siendo éste único, pueden ser múltiples las actividades desarrolladas por la cooperativa para dar cumplida satisfacción al mismo”. Por su parte, la actual Ley Valenciana (Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana), en su artículo primero habla de actividad cooperativizada y de otras actividades instrumentales del objeto social, lo que nos permite entrever que el legislador valenciano concibe el objeto social como un término omnicomprendivo de todas las actividades que lleve a cabo la cooperativa y no sólo de la actividad cooperativizada. Esta misma Ley, en su artículo segundo, nos ofrece una definición de actividad cooperativizada y la concibe como : “conjunto de prestaciones y servicios que, sin mediar ánimo de lucro, realiza la cooperativa con sus socios, en cumplimiento del fin de la cooperativa”.

Por consiguiente, dentro del “Objeto social” habría un núcleo central en el que se encontraría la actividad económica —más estrechamente vinculada a los fines específicos de la sociedad cooperativa de que se trate— que será llevada a cabo por los propios socios y que es la actividad cooperativizada. Y, por otra parte, estaría también, aquella otra actividad que pueden realizar los no mutualistas —o los terceros no socios— y que, a pesar de no ser actividad cooperativizada, forma también parte del objeto social —así, por ejemplo, en las cooperativas de crédito la captación de depósitos no tendrá la consideración de actividad cooperativizada, pero sí integra su objeto social, en la medida en que contribuye a la consecución del fin social propio de estas cooperativas—, y —sobre todo— porque se inscribe en la descripción de la actividad recogida en la cláusula “Objeto” de los Estatutos sociales.

En conclusión, cabe afirmar que las actividades que conforman el objeto social son lo que podríamos denominar como “actividades neutras”, esto es, son las mismas con independencia de quien sea el destinatario final. Ahora bien, cuando estas actividades se llevan a cabo por y para los socios se produce una mutualización del objeto social que es comunicado por el propio fin de las cooperativas. En este caso estaremos ante la denominada “actividad cooperativizada”.

La segunda cuestión que hemos de precisar se refiere al fin social, resulta necesario delimitarlo frente al objeto social⁴. En relación con el fin social existen, básicamente, dos posturas doctrinales; a saber: una primera admite que las dos nociones de objeto y fin social pueden unirse en el caso de las “Sociedades Cooperativas”, ya que en ellas, el fin social consistiría —para esta postura— en el mismo ejercicio de la propia actividad cooperativizada; es decir: en el propio desarrollo del “objeto social”. Y otra postura ecléctica podría ser la de aquéllos autores —refiriéndose a este concepto desde una perspectiva general, no referida exclusivamente a las cooperativas—, como SAENZ GARCIA DE ALBIZU, que consideran que hay que distinguir entre un “fin próximo”, consistente en el ejercicio del “objeto social”, y un “fin mediato”, que sería el “Fin social”, en la acepción más estricta del término⁵.

Ahora bien; en mi opinión, objeto social y causa de la sociedad, son nociones relacionadas, pero que no pueden identificarse ni confundirse. Existe entre ellas una relación de subordinación instrumental, puesto que el objeto social “*es un*

⁴ DÍAZ DE LA ROSA, *El naviero cooperativo*, págs. 291 y sigs.

⁵ SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., *La innavegabilidad del buque en el transporte marítimo*, CIVITAS, Madrid, 1992, págs. 33 y sigs.; MORILLAS JARILLO/FELIÚ REY, *Curso de Cooperativas*, pág. 111.

instrumento al servicio de la causa”, pero ciertamente no es la Causa misma, ni forma —propiamente— parte de ella⁶.

Existe una “Causa” (genérica) de la Sociedad, que coexiste con causas “específicas” correspondientes a cada uno de los concretos tipos societarios⁷. Pues bien, en el caso del tipo social cooperativo la causa sería la satisfacción de las necesidades y aspiraciones comunes de los socios de índole económicas o social, y el objeto social sería el conjunto de actividades —entre las que se encuentran la actividad cooperativizada— tendente a la consecución de ese fin social.

3.2. Entrega de fondos como manifestación de la participación en la actividad cooperativizada

Determinado lo que debemos entender por actividad cooperativizada, procede ahora, siguiendo con el análisis de la sentencia, recordar que los propios estatutos de la COOPERATIVA AVÍCOLA GANADERA DE BURGOS, proclaman que *“Para el cumplimiento del objeto social (el mejor aprovechamiento de las explotaciones de los socios) se establece la actividad cooperativizada de entrega de productos agrícolas y ganaderos (en el caso de litis, ganado porcino) por parte del socio a la cooperativa, y de suministro, entre otros productos, de pienso por parte de la cooperativa al socio y la prestación de otros servicios que se detallan en el art. 4 estatutos, folio 131.”* Por tanto, la forma prevista estatutariamente para la participación de los socios en la actividad cooperativizada consiste, precisamente, una actividad que podríamos calificar de de “flujo cruzado”, esto es: por un lado, la entrega de ganado o productos agrícolas a cargo de los cooperativistas y, por el otro, el suministro de productos y prestación de servicios a los cooperativistas a cargo de la propia sociedad cooperativa. La cuestión fundamental que se plantea en este caso —y que determinará la competencia de unos u otros juzgados— se centra en determinar que título jurídico da cobertura a esta entrega de fondos del cooperativista a la sociedad cooperativa y de esta manera comprender quien es el titular dominical de los mismos. A los fondos que provienen de la entrega de bienes que efectúa el cooperativista como una manifestación de su participación en la actividad cooperativizada se les viene denominando “Masa de Gestión Económica” o “interposición gestoria”. La cuestión nuclear será, pues, determinar a quien corresponde la titularidad de esta masa de gestión económica, es decir, si pasan a integrarse en el patrimonio de la sociedad cooperativa o, por el contrario, continúan siendo de titularidad de los socios cooperativistas.

La sentencia plantea, básicamente, dos posibilidades:

⁶ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Derecho de sociedades*, Apuntes inéditos; ILLESCAS ORTIZ, R., “El derecho del Socio al dividendo hoy: un apunte”, *RDN*, 21 (2012), pág. 25.

⁷ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, T. I, parte general “Sociedades colectivas y comanditarias” Madrid, 1976, pág. 200.

1.- Que la entrega pueda tener su origen en un contrato de compraventa, es decir, el cooperativista entrega el ganado y la cooperativa le paga del precio del mismo

2.- Que la entrega se lleva a cabo como cumplimiento de la obligación a cargo del cooperativista, legalmente establecida, de participar en la actividad cooperativizada, de modo que, la cooperativa lleva a cabo la función de gestión de los servicios y del resultado de esta gestión se derivan las ganancias o pérdidas en el patrimonio de los cooperativistas y no de la cooperativa. Si esto es así, deberíamos preguntarnos si esta forma de actuar se puede derivar sólo del contrato de sociedad cooperativa o si, por el contrario, se precisa de la celebración de un contrato adicional que permita la gestión de negocios ajenos.

Queda una tercera posibilidad que no se plantea la sentencia, y que creemos que puede resultar más adecuada, consistente en que la entrega se efectúe como aportación a la sociedad.

La primera de las posibilidades es rechazada por la sentencia y, acertadamente a nuestro entender, nos recuerda que: “En este sentido, la sentencia, acertadamente, nos recuerda que *“La operación de litis a que se refiere la demanda no se traduce, pues, en una mera entrega de un bien a cambio de un precio, como si de una compraventa se tratara”*

En el segundo de los casos, habrá que determinar quién es el titular de los fondos, si entendemos que siguen en manos del socio, el riesgo de la actividad de gestión realizada por la cooperativa será directamente para los socios, mientras que si se entienden que los fondos se integran en el patrimonio de la cooperativa —ora sea por una entrega de los fondos a la cooperativa por un contrato de compraventa ora porque tal transmisión se ha producido en virtud de una aportación— las ganancias o las pérdidas son de la cooperativa

En este sentido señala la Prof. FAJARDO GARCÍA *“En consecuencia, puede afirmarse que, cuando la cooperativa adquiere la propiedad de las entregas realizadas por el socio, compra esos bienes y por lo tanto el riesgo comercial de la gestión de esos productos debería ser asumido por la cooperativa, y los socios sólo serían creadores del precio previamente pactado en la entrega”* continúa afirmando esta autora que, en esta hipótesis, la cooperativa actúa como un auténtico empresario que compra para vender y lucrarse con la reventa y, el cooperativista percibe a la cooperativista como un posible cliente al que vender su producción.

Si la cooperativa no adquiere la propiedad de la masa de gestión económica y está continúa en manos de los socios, las ganancias y las pérdidas van directamente al patrimonio del socio porque el resultado de la gestión que realice la cooperativa ha de ser para el socio cooperativo. La Sentencia señala que existe una idea generalizada de que *“las ganancias que se generan por las actividades cooperativizadas que se realicen con los socios no son de la cooperativa sino que*

se han producido en el patrimonio del socio al que deben retornar, de ahí que, una vez que se acrediten esas ganancias o, mejor, excedentes a los socios —lo que se hace en proporción a la actividad cooperativizada realizada por cada socio con la cooperativa—, se hable de retorno cooperativo y de devolución -no distribución- del mismo. Y esta idea tiene un generalizado reconocimiento jurídico positivo en los arts. 58.4 de la Ley 27/1999, de 16 de Julio, de cooperativas (en lo sucesivo, LC ESTADO) y, por lo que al presente caso interesa, en el art. 74.4 de la Ley 4/2004, de 11 de Abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León (en lo sucesivo, LC CYL).” Siguiendo esta razonamiento, también defendido por un sector doctrinal, las pérdidas derivadas de la actividad cooperativizada no son pérdidas de la sociedad sino que son pérdidas del socio y, en este sentido señala la Sentencia que: “han de imputarse a los socios en proporción a la actividad cooperativizada realizada por cada uno mediante un especial régimen de compensación o de imputación. Retorno y pérdidas de aplica con criterios de actividad cooperativizada y no en función de las aportaciones al capital social”.

Continúa argumentado la sentencia que la explicación a esta particular forma de funcionamiento de la cooperativa se debe al hecho de que las ganancias y las pérdidas derivadas de la gestión de servicios realizada por la cooperativa no son de la sociedad sino que se imputen directamente al patrimonio de los socios y no en el de la cooperativa. Ahora bien, para que las ganancias o las pérdidas puedan imputarse al socio es necesario que la cooperativa no integre en su patrimonio las entregas efectuadas por los socios, sino que sigan siendo de titularidad de los cooperativistas, de modo que la cooperativa actúe como mero gestor de negocios ajenos.

Esta posibilidad sería perfectamente válida al amparo del Reglamento de cooperación de 1943 y del de 1971⁸, en los que se proclamaba que “*las aportaciones para la obtención de los servicios sociales, constituyen siempre una propiedad del socio*” y que “*son embargables por los acreedores personales de los asociados*”. Esto supone que las entregas que efectuaban los socios para el desarrollo de la actividad cooperativizada no pasaban a formar parte del patrimonio de la sociedad, sino que siguen en manos de los cooperativistas y, por tanto, no pueden ser embargados por los acreedores de la sociedad y sí por sus propios acreedores.

De este modo, se afirmaba que la sociedad cooperativa no adquiriría la propiedad de las entregas, sino que se limita a gestionarlas⁹, lo que para algunos auto-

⁸ Vid. art. 12 del Reglamento de Cooperación de 11 de noviembre de 1943 y art. 16 del Reglamento de Cooperación de 13 de Agosto de 1971.

⁹ FAJARDO GARCÍA, I. G., *La gestión económica de la cooperativa: la responsabilidad de los socios*, TECNOS, Valencia, 1997, pág. 85

res¹⁰ presupone la existencia de dos contratos: uno, el societario, del que nace la cooperativa como persona jurídica independiente de sus socios, y otro, el contrato por el cual se le confía a la Sociedad la gestión de las entregas efectuadas por los cooperativistas. Este último contrato sería un contrato de comisión, en virtud del cual, la cooperativa —como comisionista— se encargaría de realizar algún acto jurídico o a participar en un contrato mercantil por cuenta del cooperativista —comitente—. Para que podamos hablar de comisión —y no simple mandato civil— se precisa que al menos una de las partes contratantes tenga la condición de empresario, en el caso que nos ocupa este papel lo desempeñaría la sociedad cooperativa, en cuanto que sociedad mercantil.

Concretamente estaríamos hablando de un contrato de comisión con representación indirecta, es decir, cuando el comisionista —la cooperativa— actúa en su propio nombre (representación impropia o indirecta), quedando obligada directamente con la persona con la que haya celebrado el negocio, las consecuencias jurídicas se producen directamente en el patrimonio de la cooperativa y, posteriormente, habrá de trasladar los efectos del mismo al comitente (art. 246 C de Com). El comitente (socio cooperativo) tiene la obligación de aceptar los resultados de la comisión, siempre que el Comisionista haya cumplido debidamente el encargo y haya observado, en su caso, las instrucciones del comitente. No podemos perder de vista que con esta forma de actuar del comisionista los resultados de su actuación no se producen directamente en el patrimonio de los cooperativistas sino que primero pasarían a formar parte de la cooperativa y, posteriormente se trasladarían a los cooperativistas.

Una consecuencia de que la titularidad continúe en manos de los socios, es, precisamente, que los cooperativistas serán los que soporten los riesgos de la gestión y, por tanto, los resultados de la misma se tendrán que distribuir entre los socios, tanto si se trata de resultados positivos, como —en este caso— negativos (pérdidas). Esta teoría conduce a afirmar que no son “pérdidas sociales”, sino “pérdidas del socio”, que se generan como consecuencia de los anticipos excesivos o de pagos insuficientes que hace la cooperativa al socio, en el desarrollo de la actividad cooperativizada, propia de cada clase de cooperativas¹¹. Parte de esta teoría es compartida por la sentencia cuando a que firma que “*Las pérdidas deri-*

¹⁰ MANRIQUE ROMERO, F. y RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, J. M., “La cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”, RDN 109-110 (1980), págs. 29 y sigs.

¹¹ En este mismo sentido, MANRIQUE ROMERO/RODRIGUEZ POYO-GERRERO, “La cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”, pág. 46. Sin embargo, PANIAGUA ZURERA, M., “La sociedad cooperativa, Las sociedades mutuas y las entidades mutuales. Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca”, Vol. I, en *Tratado de Derecho mercantil*, G. Jiménez Sánchez (Coord.), MARCIAL PONS, Madrid, 2005, pág. 290 señala, acertadamente a nuestro entender, que tal diferencia entre pérdidas del sociales y del socio no tenían sentido ni con la anterior LGC ni con la actual porque so auténticas pérdidas sociales experimentadas por el patrimonio social durante el ejercicio económico que están sometidas a un régimen singular de abono o compensación.

vadas de tales actividades no deben permanecer en la sociedad cooperativa, sino que han de imputarse a los socios en proporción a la actividad cooperativizada realizada por cada uno...”

Ahora bien, La formulación legal cambia a partir de la Ley de cooperativas de 19 de diciembre de 1974, en la que simplemente se establece que las entregas y los pagos a la cooperativa no integran capital social, afirmación por otro lado lógica porque no podemos olvidar que —a pesar de las peculiaridades propias de la cooperativa en la que los socios tiene la condición de usuario— se trata de operaciones propias de la explotación de la empresa (piénsese en cualquier otra empresa en la que los pagos de clientes o a proveedores no se consideran capital social, sino que son partidas de la cuenta de resultados —ingresos o gastos respectivamente—). Ahora bien; que semejantes activos no integren el capital social, no impide que puedan formar parte del patrimonio de la Cooperativa. En este último sentido se pronuncian muchas de las leyes de cooperativas autonómicas¹² y la propia LC, que en su art. 52.3, establece que “*los bienes de cualquier tipo entregados por los socios para la gestión cooperativa y, en general, los pagos para la obtención de los servicios cooperativizados, no integran capital social y están sujetos a las condiciones fijadas y contratadas con la sociedad cooperativa*”.

Así pues, de conformidad a la LC y de la LCCyL, estos fondos pueden pasar a formar parte del patrimonio de la cooperativa en virtud de una aportación social que —al igual que en el caso de la aportación de trabajo— no es un aportación a capital social sino una aportación a la sociedad, sin que se precise un contrato de compraventa adicional; la propia configuración legal de la cooperativa permite realizar estas entregas como una manifestación de la participación del socio en la actividad cooperativizada. En este sentido parece haberlo concebido la LCCyL al situar estas entregas realizadas por los cooperativistas en el Cap. 6º Secc. 2ª bajo la denominación “Aportaciones que no forman parte del capital social”¹³. Se trata, pues, de aportaciones realizadas en el seno de un contrato de sociedad y no de compraventa. Algunos autores entienden que cuando las entregas pasan a formar parte del patrimonio de la sociedad, el título jurídico que permite esa traslación ha de ser la compraventa¹⁴, sin embargo, como acabamos de exponer, la transmisión

¹² Sin embargo, la LCG en su art. 65.3 vuelve a la formulación original y establece que las entregas no integran el patrimonio de la cooperativa y no pueden ser objeto de embargo por los acreedores sociales. Por su parte, la LCV declara expresamente en su art 64.3 que “Los bienes o fondos entregados por los socios para la gestión cooperativa o la utilización de sus servicios, no constituyen aportaciones sociales, ni tampoco integran el patrimonio cooperativo, salvo que estatutariamente se establezca lo contrario”.

¹³ En este mismo sentido, el art. 52.3 las conceptúa como aportaciones que no forman parte del capital social.

¹⁴ FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa: la responsabilidad de los socios*, pág. 92.

de la propiedad de los fondos puede traer su causa en el contrato de sociedad, en las aportaciones que no integran el capital social, porque, en derecho societario rige la máxima de que, a menos que se demuestre lo contrario, las aportaciones que los socios realizan a la sociedad se hacen a título de dominio, es decir, que se aporta la sociedad a la cooperativa.

Pero, además, concebir que la entrega de fondos siguen siendo propiedad de los cooperativistas y que, por tanto, las pérdidas o ganancias derivadas de la gestión también han de ser suyas, casa mal con el funcionamiento que la propia normativa establece para la sociedad cooperativa, no podemos olvidar que el socio no sólo responde hasta el importe del coste de los productos suministrados, sino que en la partida de las pérdidas se incluyen conceptos como los pagos y las provisiones por responsabilidad contractual y extracontractual frente a terceros.

Y no sólo eso, sino que, las pérdidas sociales, como señala la normativa cooperativa —incluida la LCCyL— pueden ser enjugadas con las reservas de la cooperativa, y en definitiva, con el patrimonio social¹⁵; El art. 75.2 de la LCCyL recoge expresamente que. “*En la compensación de pérdidas, la cooperativa deberá sujetarse a las siguientes reglas: a) A los fondos de reserva voluntarios, si existiesen, podrá imputarse la totalidad de las pérdidas. b) Se podrá imputar al Fondo de Reserva Obligatorio el porcentaje sobre dichas pérdidas que fijen los Estatutos, que en ningún caso podrá ser superior al 50 por ciento de las mismas. c) La cuantía no compensada con los fondos obligatorios y voluntarios se imputará a los socios en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada uno de ellos con la cooperativa*”. Por tanto, antes de imputar las eventuales pérdidas al socio estas podrán cubrirse con el patrimonio de la propia sociedad. Este hecho viene a demostrar que las pérdidas no son del socio sino de la sociedad cooperativa.

Por otro lado, hemos de recordar que el socio sólo tendrá derecho al retorno del excedente neto del ejercicio cuando así se acuerde por la Asamblea General; es decir, que el retorno no procederá siempre que fuese positivo el resultado de gestión de las entregas efectuadas por el socio a la cooperativa, sino, solamente, cuando se acuerde por el órgano social asambleario, por tanto las ganancias tampoco pasan directamente al patrimonio de los socios. Esto supone que, tanto las pérdidas como los retornos, son tamizadas a través de la propia sociedad cooperativa y no pertenecen en exclusiva al socio.

¹⁵ PANIAGUA ZURERA, “Determinación y distribución de resultados en la sociedad cooperativa”, *RDN* 66 (1996), pág. 10, señala de forma certera que se trata de pérdidas sociales y no del socio porque son experimentadas por el patrimonio de la sociedad como evidenciaba el art. 87 LGC cuando aludía a pérdidas del ejercicio económico y que regulaba también la imputación de pérdidas derivadas de la actividad cooperativa con no socios. Pero además estas pérdidas sociales pueden ser absorbidas en su totalidad por las reservas legales o voluntarias.

También hemos de recordar que la LCCyL y la LC- permiten llevar una contabilidad conjunta de las actividades cooperativas y de las extracooperativas, si así se prevé en los estatutos¹⁶ (art. 73.3 LCCyL y 57.4 LC), de manera que las pérdidas extracooperativas derivadas de operaciones con no socios, y a las pérdidas que tuvieran su origen en operaciones extraordinarias se diluyen con las pérdidas cooperativas, que la cuenta de explotación¹⁷ no especifique cuáles son los resultados procedentes de operaciones con terceros no socios y los procedentes de operaciones realizadas con los propios socios. En este caso las pérdidas dejan de ser pérdidas del socio para convertirse en pérdidas sociales, por lo que pierde cierto sentido la justificación antes señalada para imputar las pérdidas al socio. En este sentido VICENT CHULIA afirma que “*si la cooperativa no separa contablemente los ingresos, gastos y resultados de las operaciones con sus socios y con terceros, la ventaja mutualística —que debe reservarse exclusivamente a terceros— se diluye...*”¹⁸; y esto es, precisamente, lo que sucede con la actual ley de cooperativas en la mano al permitir la contabilidad conjunta de resultados cooperativos y extracooperativos (art. 57.4).

Es más, aun cuando no se lleve una contabilidad separada podemos llegar a alcanzar un resultado similar al anterior por la vía de la aplicación del art. 57.3 *in fine* LC y del art. 73.5 LCCyL *in fine*, cuando afirman que “Para la determinación de los resultados extracooperativos se imputará a los ingresos derivados de estas operaciones, además de los gastos específicos necesarios para su obtención, la parte que, según criterios de imputación fundados, corresponda de los gastos generales de la cooperativa.” Por tanto, los gastos cooperativos derivados de la actividad cooperativizada pueden ser imputados a los resultados extracooperativos.

Ahora bien; admitido lo anterior, y reconducidas —por tanto— las pérdidas a una única categoría, como pérdidas “sociales”, la cuestión de que hayan de ser soportadas por los socios tampoco plantea ningún problema jurídico insalvable. En este sentido, sostener la participación de los socios en las pérdidas sociales, no supone ninguna anomalía incomprensible, ni injustificada, sino todo lo contrario, porque es de esencia a todas las sociedades —civiles o mercantiles, personalistas, capitalistas o mutualísticas— el que los socios asumen un cierto grado de riesgo,

¹⁶ Incluso la propia EM de la LC señala que ante la dificultad y el coste de gestión que supone la contabilidad separada se faculta para que se pueda llevar a cabo una contabilidad conjunta de los cooperativos y extracooperativos.

¹⁷ La cuenta de resultados es un documento contable en el que se recogen los ingresos y gastos que tiene la empresa durante el ejercicio económico; la diferencia de estos nos dará el beneficio o pérdida de la sociedad. Dentro de esta cuenta se distinguen entre los resultados ordinarios —que son los derivados de la actividad empresarial ordinaria—, los resultados financieros y los resultados extraordinarios.

¹⁸ Como señala, VICENT CHULIA, F., “Ley General de Cooperativas”, en *Comentarios al Código de Comercio y a la Legislación mercantil especial*, T. XX, Vol. 3.º, REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Madrid, 1990, pág. 336.

materializado en la aleatoriedad de los beneficios y en la posibilidad —asimismo, eventual— de soportar pérdidas. No podemos olvidar que, en el régimen de la Sociedad Civil, que constituye el arquetipo de todas las sociedades, se contempla con carácter genérico (art. 1689), que las ganancias y las pérdidas se repartirán entre los socios conforme a lo pactado. De hecho, en una sociedad como la S. A., es evidente que los socios soportan el riesgo de pérdidas, porque con beneficios no repartidos, obtenidos en ejercicios anteriores, se forman —ora por ministerio de la ley, ora por voluntad de los socios— las reservas sociales, y el destino de las reservas es, precisamente, enjugar las pérdidas de la sociedad, lo que es tanto como decir que los socios no van a poder apropiárselas, en forma de distribución de beneficios: esto es —también—, soportar las pérdidas; asumir el riesgo económico de pérdida. Lo que sucede es que, en la S. A. o en la S. R. L., ese riesgo es *limitado: sólo se puede perder hasta el límite de lo que se ha aportado*, y no más.

Así pues, parece claro que las entregas del ganado porcino no pueden ser calificadas de compraventa sino que hemos de enmarcarlas dentro del ámbito societario. Ahora bien, las entregas de bienes que efectúan los socios cooperativos a la propia cooperativa a la que pertenecen —en este caso la entrega de ganado porcino— no constituyen una aportación a capital de los cooperativistas sino que pasan a formar parte de los fondos propios de la cooperativa, que como bien afirma la Sentencia, “*Se trata del capital mutualístico o masa de gestión económica de la cooperativa, que constituye una parte de los fondos propios, por cuanto este capital está afecto al riesgo empresarial.*”

La Sentencia parece reconocer, pues, que los fondos son de titularidad cooperativa y no del socio, sin embargo, continúa afirmando que las pérdidas y las ganancias se producen en el patrimonio de los socios y esto es algo que difícilmente puede conciliarse con la proclamación de los fondos propios que también realiza. O son fondos propios de la cooperativa y, por tanto, las ganancias y las pérdidas también son de ella o, por el contrario, los fondos siguen estando en manos de los socios y los resultados de la gestión que lleve a cabo la cooperativa con los mismos pasa a ser directamente imputables al socio.

4 CONCLUSIÓN

La sentencia establece de forma clara que la entrega de ganado porcino por parte del socio a la sociedad cooperativa no se realiza al amparo de un contrato de compraventa sino que constituye una forma de participación del socio en la actividad cooperativizada.

Una vez establecido esto, la sentencia parece defender dos teorías/posturas contradictorias, por un lado, sostiene que las entregas de fondos que realizan los socios cooperativistas pasan formar parte del patrimonio de la cooperativa, y así parece deducirse de la siguiente afirmación: “*Como consecuencia de la realiza-*

ción por el socio de actividad cooperativizada —entrega de bienes, prestaciones de servicios, trabajo, consumo...— se genera en la sociedad cooperativa un tipo de fondo propio del que carecen las sociedades de capital. Se trata del capital mutualístico o masa de gestión económica de la cooperativa, que constituye una parte de los fondos propios, por cuanto este capital está afecto al riesgo empresarial.” Y, por otro lado, sostienen que las pérdidas y ganancias han de producirse en el patrimonio de los socios y no de la sociedad, algo que solo puede justificarse si la propiedad de los fondos continúa en manos del cooperativista y la sociedad se limita a gestionarlos, de modo que, las ganancias y las pérdidas son directamente del cooperativista. Estamos de acuerdo con la sentencia en que los fondos pasan a formar parte del patrimonio de la sociedad, por tanto, debería haber considerado que las posibles ganancias o pérdidas del socio son de la sociedad y no del socio.

Estamos de acuerdo, también, en que la transmisión de esos fondos no se realiza mediante un contrato de compraventa, y ello no porque sigan estando en manos de los socios, sino porque dicho cambio de titularidad dominical se produce bajo la técnica societaria de la aportación no integrante del capital social. En consecuencia las ganancias y las pérdidas son de la sociedad cooperativa, son ganancias o pérdidas sociales y no del socio y, todo ello, sin perjuicio de que la propia sociedad cooperativa pueda acordar imputar de esas pérdidas sociales a los propios socios (art. 59 LC y 75 LCCyL).

5 BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ DE LA ROSA, A., *El naviero cooperativo*, ARANZADI, Pamplona, 2010.
- FAJARDO GARCÍA, I. G., *La gestión económica de la cooperativa: la responsabilidad de los socios*, TECNOS, Valencia, 1997.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Derecho de sociedades*, Apuntes inéditos.
- GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, T. I, parte general “Sociedades colectivas y comanditarias” Madrid, 1976.
- GÓMEZ CALERO, J., “Sobre la mercantilidad de las cooperativas”, *RDM* 135-136 (1975).
- ILLESCAS ORTIZ, R., “El derecho del Socio al dividendo hoy: un apunte”, *RDN*, 21 (2012).
- MANRIQUE ROMERO, F. y RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, J. M., “La cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”, *RDN* 109-110 (1980), págs. 29 y sigs.
- MORILLAS JARILLO, M. J., FELIU REY, M. I., *Curso de Cooperativas*, 2.ª ed., TECNOS, Madrid, 2002.
- PANIAGUA ZURERA, M., “La sociedad cooperativa, Las sociedades mutuas y las entidades mutuales. Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca”, Vol. I, en *Tratado de Derecho mercantil*, G. Jiménez Sánchez (Coord.), MARCIAL PONS, Madrid, 2005.
- “Determinación y distribución de resultados en la sociedad cooperativa”, *RDN* 66 (1996).
- PRIETO JUÁREZ, J. A., “La participación de los socios en los procesos de producción y distribución de la sociedad cooperativa: los socios consumidores de bienes y/o servicios”, en MOYANO FUENTES, J. (coord.), *La Sociedad Cooperativa: Un análisis de sus*

- características societarias y empresariales*, Edit. Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2001.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., *La innavegabilidad del buque en el transporte marítimo*, CIVITAS, Madrid, 1992.
- TRUJILLO DIEZ, I. J., *Cooperativas de Consumo y Cooperativas de Producción*, ARANZADI, Pamplona, 2000.
- VICENT CHULIA, F., “Ley General de Cooperativas”, en *Comentarios al Código de Comercio y a la Legislación mercantil especial*, T. XX, Vol. 3.º, REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Madrid, 1990.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 205-219
ISSN: 1130-2682

**REINTEGRO DE APORTACIONES DEL SOCIO
Y CUMPLIMIENTO DEL OBJETO SOCIAL
DE UNA COOPERATIVA DE VIVIENDAS.
COMENTARIO A LA SENTENCIA 115/2016 DEL
JUZGADO DE LO MERCANTIL DE VIGO**

*REIMBURSEMENT OF CONTRIBUTIONS OF A PARTNER
AND FULFILMENT OF THE CORPORATE PURPOSE OF A
HOUSING COOPERATIVE. COMMENT TO THE JUDGMENT
115/2016 OF THE COMMERCIAL COURT OF VIGO*

SARA LOUREDO CASADO*

Recepción: 12/6/2017 - Aceptación: 1/9/2017

* Becaria FPU del Área de Derecho Mercantil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Universidad de Vigo. Email: saralouredo@uvigo.es.

RESUMEN

Es objeto de este comentario es la sentencia 115/2016 de 14 de abril del Juzgado de lo Mercantil de Vigo en la que un socio —D. Baltasar— demanda a la cooperativa —Monte Alba Sociedad Cooperativa Gallega— la devolución de sus aportaciones financieras (que él considera un préstamo) como consecuencia de la baja cooperativa.

El interés de la resolución reside tanto en la exposición de los tipos de bajas-voluntarias, obligatorias, justificadas e injustificadas- así como en el análisis del cumplimiento del objeto social por parte de una cooperativa de viviendas.

PALABRAS CLAVE: cooperativas de viviendas, objeto social, aportaciones financieras, compromiso de espera.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the judgment 115/2006 of 14th April from the Juzgado de lo Mercantil (Commercial Court) of Vigo in which a partner – Mr. Baltasar – pleads the reimbursement of his financial contributions (that he considers a loan), as consequence of his leave from the society.

The resolution reveals herself interesting both because it gives a clear explanation of the different types of leave – voluntary, compulsory, justified and unjustified ones – and it analyzes the fulfillment of the corporate purpose of a housing cooperative.

KEY WORDS: housing cooperatives, corporate purpose, financial contributions and waiting obligation.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA. 2. COMENTARIO. 2.1. El funcionamiento de una cooperativa de viviendas. 2.2. El marco jurídico: la LCG. 2.3. El cumplimiento del objeto social. 2.4. Consideración de la baja. 2.5. Consideración de las cantidades aportadas por el socio. 2.6. Validez del compromiso de espera. 2.7. Conclusión. 3. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. BACKGROUND OF THE JUDGMENT. 2. COMMENTARY. 2.1. *The functioning of a housing cooperative.* 2.2. *The legal framework: the Galician Cooperative Law.* 2.3. *The fulfilment of the corporate purpose.* 2.4. *Consideration of the leave.* 2.5. *Consideration of the partner's contributions.* 2.6. *Validity of the waiting obligation.* 2.7. *Conclusion.* 3. BIBLIOGRAPHY.

1 ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA

La resolución de primera instancia trae causa en una demanda que interpone D. Baltasar frente a Monte Alba Sociedad Cooperativa Gallega en la que se suplicaba que se reintegrase *“al actor la cantidad de 22.620,97 € como consecuencia del préstamo realizado en su día, y subsidiariamente para el caso de que se entienda que no es un préstamo sino aportaciones financieras, se condene a la devolución de la cantidad de 20.811,29€ por haber transcurrido un año desde la baja del demandante junto con los intereses legales correspondientes desde la entrega de las mismas”*.

D. Baltasar era socio de la cooperativa de viviendas desde 2002. Dicha cooperativa construyó las viviendas y las adjudicó a los socios. Sin embargo, una parte de los garajes y entreplantas no habían sido enajenados aun en el momento en que se interpone la demanda.

En 2007, D. Baltasar prestó a la entidad la cantidad de 29.457,62 €. Y en marzo de 2008 se suscribió un documento privado entre el actor y la cooperativa en forma de “compromiso de espera”, según el cual el socio recuperaría los importes sobre los que tenía un derecho de reembolso una vez se produjese la venta de los elementos no vinculados que quedasen pendientes.

El 28 de octubre de 2013, con un preaviso de 3 meses, el socio solicitó causar baja, la cual tuvo plenos efectos tres meses más tarde, el 28 de enero de 2014. El motivo alegado de la baja fue la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones gravemente onerosas derivadas de acuerdos de la asamblea general —no contempladas estatutariamente—. El actor también suplicaba al juzgado que se estableciese que el objeto social de la cooperativa ya se había cumplido.

Por ello, en la demanda, el actor solicita que se establezca que MONTE ALBA, S.C.G. ha cumplido su objeto social, que se condene a la misma a entregar al actor

el estado de cuentas económico en el momento de la baja del demandante, y que se la condene a reintegrar al actor o bien la cantidad de 22.620,97€ si se considera que la aportación del socio se corresponde con un préstamo, o bien 20.811,29€ si se califican como aportaciones financieras.

La sociedad cooperativa demandada contestó con los siguientes argumentos: que el objeto social no se había cumplido porque no se produjo la entrega a los socios de la totalidad de elementos que componen la edificación y que las cuentas solicitadas por el demandante serían las de 2014, de las que aun no dispone la cooperativa. Además, debido a la suscripción de un compromiso de espera el actor ha de cumplir lo estipulado en el mismo y no puede darse de baja antes de que se produzca la enajenación de todas las instalaciones construidas.

Con estos antecedentes, el Juzgado de lo Mercantil de Vigo dicta una sentencia breve pero no por ello menos interesante.

2 COMENTARIO

2.1. El funcionamiento de una cooperativa de viviendas

Se hace necesario, antes de comentar algunas cuestiones jurídicas destacables de esta sentencia, explicar el funcionamiento y la relación de la cooperativa con otros operadores del sector de la construcción.

Los socios que deciden formar una cooperativa de viviendas pretenden cubrir su necesidad de disponer de un espacio físico en el que habitar. En principio, dichos socios podrían, de forma individual, comprar un terreno y, según el proyecto de un arquitecto, acometer la construcción de una casa conforme a la legalidad vigente. Este proceso resulta más sencillo si el socio pretende habitar una casa, pero no es posible si lo que se pretende es adquirir un piso en un edificio. Para este caso, el socio habría de acudir a una agencia inmobiliaria o contactar con una promotora que impulse una obra nueva.

Sin embargo, si varias personas con esta misma necesidad se agrupan pueden ser ellas las que lleven a cabo esa actividad de promoción mediante la constitución de una sociedad cooperativa. Este fenómeno se ha producido en nuestro país desde el s. XX debido al ahorro de costes y a los beneficios de la organización social. Además, las cooperativas de viviendas han constituido un instrumento muy útil en manos del gobierno para proporcionar una residencia a los miembros más desfavorecidos de la población —por ejemplo, mediante los planes de “casas baratas”— o para urbanizar y habitar nuevas áreas de suelo.

La constitución de una cooperativa, como la de otras sociedades, requiere la aportación de financiación en un momento inicial —aportaciones al capital social—, la cual, en el caso de las cooperativas de viviendas se ha considerado testimonial en comparación con otras aportaciones. Una vez constituida la coope-

rativa, ésta operará por cuenta de los socios, siendo su objeto social el de procurar edificaciones para viviendas a aquéllos —con la posibilidad de otras instalaciones complementarias—. Este derecho de los socios a obtener la vivienda supone la correlativa obligación de la sociedad de ofrecérsela. Sin embargo, ese derecho de los socios también supone la obligación de financiar esa actividad —por tanto, la cooperativa tiene, por su parte, el derecho de obtener de los socios los recursos financieros necesarios para desarrollar la promoción—.

Esta financiación se instrumenta mediante las aportaciones a cuenta que los miembros realizan a lo largo de la vida de la sociedad para cubrir los gastos asociados al proceso de construcción y aquéllos que son necesarios para poder habitar la vivienda (como la expedición de licencias).

Como dijimos, la cooperativa actuará por cuenta de los socios en la actividad de promoción y contratará a una empresa constructora que ejecutará materialmente la obra. Según la Ley de Ordenación de la Edificación española¹, es promotor “*cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título*” (art. 9). Por su parte, el constructor “*es el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de ellas*” con sujeción al proyecto y al contrato” (art. 11³).

Cuando la construcción finalice, las viviendas y locales se pondrán a disposición de la cooperativa, la que los adjudicará a los socios. Cuando se produce esta operación y no quedan ya edificaciones ni locales en posesión de la cooperativa, se entiende que se ha cumplido el objeto social y debería disolverse, según la Ley de Cooperativas de Galicia⁴.

2.2. El marco jurídico: la LCG

El ámbito de aplicación de la LCG que recoge el art. 2 resulta un tanto indeterminado⁵. Según el precepto, la Ley se aplica a las cooperativas que “*desarrollen su actividad cooperativizada con carácter principal en esta Comunidad Autónoma*”

¹ Ley 38/1999, de 5 de noviembre.

² Resaltado de la autora.

³ Junto a la figura del constructor, en lo que se refiere a la ejecución material de la obra, aparecen el director de obra y el director de la ejecución de la obra (arts. 11 y 12).

⁴ Ley 5/1998, de 18 de diciembre. En adelante, LCG. Ésta no contempla la permanencia temporal de una misma cooperativa para más de una promoción de viviendas.

⁵ BOTANA AGRA, M., “Análisis comparativo del régimen jurídico de las cooperativas de viviendas en las leyes españolas de cooperativas”, en BOTANA AGRA, M. y MILLÁN CALENTI, A. (Coords.), *As Cooperativas de Vivendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Cecoop, Santiago,

ma”. Sin embargo, en las cooperativas de viviendas esta cuestión es más clara ya que el lugar que determina la aplicación de la ley es aquél en que se lleva a cabo la construcción de las viviendas, que en el presente caso es suelo gallego.

Pues bien, este tipo de cooperativas se regulan en los arts. 120 a 123, con una redacción bastante similar a otras leyes autonómicas y a la ley estatal. Sin embargo, una cuestión que ha sido apuntada por numerosos autores es la imposibilidad —que sólo contempla nuestra ley autonómica— de emplear una misma cooperativa con el objetivo para realizar varias promociones de viviendas. En Galicia, para cada promoción o fase habrá de constituirse una cooperativa distinta⁶. Esta situación manifiesta una opción legislativa que no fomenta la pervivencia en el tiempo de las cooperativas de viviendas⁷.

Sin embargo, un punto en común entre la LCG y la LC es la imposibilidad de remunerar a los miembros del Consejo Rector por el ejercicio de su cargo —”*sin perjuicio de su derecho a ser resarcidos por los gastos que (se) les origine*”⁸—. Algunos autores consideran positiva la retribución de estos miembros para obtener una mayor profesionalización del órgano de gobierno⁹, lo cual desincentivaría la disposición gallega.

2.3. El cumplimiento del objeto social

El objeto social de las cooperativas de viviendas gallegas abarca, según el art. 120.2 la procura “*de viviendas preferentemente habituales y/o locales para sus personas socias*”¹⁰. A este fin principal se añaden una serie de actividades que se entienden expresamente incluidas en dicho objeto: “*procurar edificaciones e*

2007, pág. 19. El autor destaca la dificultad de definir qué se entiende por “desarrollo de la actividad cooperativizada con carácter principal”.

⁶ Art. 120.3 LCG y, a sensu contrario de lo dispuesto en el art. 90 LC.

⁷ Frente a este modelo circunstancial que se agota con la misma finalización de la promoción, nos encontramos con cooperativas que se presentan con vocación de permanencia en el mercado de la promoción, buscando con ello, entre otras cosas, minimizar los costes fijos al ser compartidos los mismos por todas las promociones (MERINO HERNÁNDEZ, S., “Cooperativas de viviendas” en PEINADO GRACIA, J.I., *Tratado de Derecho de Cooperativas*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1408 y 1409).

⁸ Art. 89.6 2º párrafo LC y 121.5 2º párrafo LCG.

⁹ MERINO HERNÁNDEZ, S., “Cooperativas ...op.cit., págs. 1413-1414.

¹⁰ El derecho a una vivienda se contempla en el art. 47 de la CE, el cual sin ser un derecho fundamental se considera una aspiración merecedora de protección por parte del Ordenamiento jurídico: “*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*”. Es lógico puesto que la vivienda es uno de los ejes sociales sobre los que el ser humano construye su vida.

instalaciones complementarias, y rehabilitación de viviendas, locales, elementos, zonas o edificaciones e instalaciones complementarias”.

Esta actuación de la cooperativa “en favor de los socios” hace que, como ha apuntado TATO PLAZA a la luz de cierta jurisprudencia¹¹, no pueda considerarse a la sociedad como promotora en sentido estricto, sino sólo como mediadora. Sin embargo, en relación a locales e instalaciones que serán enajenadas a terceros sí realiza las funciones de una promotora constructora¹², con las consecuencias que ello implica a efectos de responsabilidad decenal.

Pues bien, una de las cuestiones discutidas en la sentencia es el momento en que se entiende cumplido el objeto social de la cooperativa. A juicio del actor este hecho ya se ha producido porque, una vez construidas, se han adjudicado las viviendas a los socios. Sin embargo, para la sociedad el objeto social sólo puede entenderse cumplido cuando se enajenen la totalidad de los elementos construidos, también aquellos que no serán adjudicados¹³ a los socios.

Para determinar esta cuestión es fundamental conocer si el suministro de edificaciones e instalaciones complementarias se concibe como meramente accesorio al fin principal (suministrar viviendas/locales a los socios). Si así fuera, el objeto social se entendería cumplido cuando se adjudicaran las viviendas a los socios cooperativos. Para VIDAL PORTABALES, la redacción del precepto de la Ley gallega plantea este interrogante. Sin embargo, dicha interpretación parece excesivamente restrictiva. Además, el artículo 120.3 LCG es claro cuando indica que la cooperativa debe disolverse “*por cumplimiento de su objeto social finalizada la ejecución de la promoción y entrega de viviendas y locales...*”¹⁴.

En la sentencia analizada, el juez realiza una lectura conjunta del art. 120.2 LCG y del art. 4 de los Estatutos sociales y considera que el objeto social no puede entenderse cumplido en la medida en que no se han enajenado algunas plazas de garaje y entreplantas. Dicho precepto estatutario dispone lo siguiente: “*constituye*

¹¹ STS de 3 octubre 1996 y SAP Álava 29 septiembre 1999, entre otras.

¹² TATO PLAZA, A., “As cooperativas de viviendas e a condición del promotor”, en BOTANA AGRA, M. y MILLÁN CALENTI, A. (Coords.), *As Cooperativas...op.cit.*, págs. 70 y 71.

¹³ Precisamente en relación a la adjudicación de viviendas a los cooperativistas ha de destacarse que la sociedad no efectúa una verdadera transmisión porque lo aportado por los miembros para la construcción de viviendas no ingresa en el capital ni en el patrimonio cooperativo, sino que constituye la “masa de gestión económica” en la que cada socio tiene su parte (FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “La adjudicación de la vivienda al socio” en BOTANA AGRA, M. y MILLÁN CALENTI, A. (Coords.), *As Cooperativas...op.cit.*, pág. 135). Por tanto, *a sensu contrario*, la cooperativa actúa como transmitente respecto a las instalaciones que no serán adjudicadas a los socios, ya que en estos casos las cantidades percibidas ingresarán en el patrimonio cooperativo y serán aplicadas según acuerde la asamblea general (Art. 120.2 LCG).

¹⁴ VIDAL PORTABALES, I., “Algunos aspectos de la disolución y liquidación de las cooperativas gallegas de viviendas”, en BOTANA AGRA, M. y MILLÁN CALENTI, A. (Coords.), *As Cooperativas...op.cit.*, pág. 164.

el objeto social de esta sociedad cooperativa procurar a sus socios para sí y sus familiares viviendas y/o locales. Así como edificaciones e instalaciones complementarias para el uso de viviendas y locales de los socios, mediante el desarrollo de cuantas actividades sean necesarias para lograr dichos fines...". Además, se apoya el juzgador en la testifical del gestor de la cooperativa que corrobora la falta de enajenación de estos elementos.

2.4. Consideración de la baja

El actor considera que su baja es justificada, mientras que la cooperativa entiendo lo contrario. La calificación de la baja resulta relevante por cuanto se aplicarán más o menos deducciones a las aportaciones reembolsables al socio. Uno de los méritos de la sentencia analizada es exponer de forma resumida cuáles son las posibles calificaciones de las bajas según la Ley.

La baja de una cooperativa es libre: el cooperativista puede darse de baja por cualquier causa y en cualquier momento —a su voluntad— siempre que no esté incurso en un expediente disciplinario. Ello es consecuencia del principio cooperativo de puertas abiertas, que implica tanto la libre entrada del socio como su salida sin más restricciones que las que correspondan legalmente¹⁵. Frente a estas bajas que tienen su origen en la voluntad del socio, se encontrarían aquellas otras en que la baja viene motivada por el incumplimiento sobrevenido de alguno de los requisitos necesarios para continuar siendo miembro de la cooperativa. Se trataría, entonces, de una baja denominada obligatoria —por oposición a las bajas voluntarias—.

Por otro cauce discurre la clasificación de la baja como justificada o no justificada. Para cierta línea jurisprudencial, estas categorías sólo serían predicables respecto a las bajas voluntarias y no en relación a las obligatorias. Sin embargo, nos parece más adecuada la interpretación que entiende que esta calificación es autónoma respecto a las anteriores y puede aplicarse tanto a las bajas voluntarias como a las obligatorias (en este último caso, por ejemplo, si la pérdida de los requisitos estatutariamente exigidos responde a un propósito deliberado del socio de eludir sus obligaciones frente a la cooperativa o beneficiarse indebidamente de una baja obligatoria¹⁶).

Según expone la sentencia comentada, son justificadas aquellas bajas que tengan su origen en la adopción de acuerdos por la asamblea general que impliquen obligaciones o cargas gravemente onerosas, no contempladas estatutariamente, si la persona socia hubiese salvado expresamente su voto o, estando ausente, mani-

¹⁵ Art. 20.1 LCG.

¹⁶ PULGAR EZQUERRA, J., "La pérdida de la condición de socio en el marco cooperativo: su baja y expulsión", en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Estudios de Derecho Mercantil*, Cizur Menor, Navarra, 2010, págs. 1043-1061.

festase su disconformidad mediante un escrito dirigido al órgano de administración de la cooperativa. Igualmente, son justificadas las bajas a las que se otorgue esta consideración por Ley o por los estatutos. En estos casos, además de ser justificadas, las bajas serían voluntarias en la medida en que es el socio quien decide apartarse de la cooperativa. Por otra parte, estarían las bajas justificadas obligatorias, que son las que derivan de una pérdida en el socio de los requisitos para reunir esa condición, como una pérdida de capacidad de obrar o su fallecimiento.

Y en cuanto a las bajas no justificadas, éstas pueden producirse porque el motivo alegado por el socio no se ampara en ninguno de los contemplados en el art. 20.3 LCG o se incumple el plazo de preaviso o el compromiso de permanencia, en el caso de las bajas voluntarias. Y en cuanto a las bajas obligatorias injustificadas, éstas traen causa en el deliberado propósito del socio de eludir sus obligaciones ante la cooperativa o beneficiarse indebidamente con su baja obligatoria.

Según el actor, su baja ha de ser considerada justificada porque la Asamblea General adoptó una serie de acuerdos que implican obligaciones o cargas gravemente onerosas¹⁷. Ahora bien, como pone de manifiesto el juez, este supuesto conlleva la justificación de la baja a condición de que el socio salve expresamente su voto, lo que no ocurrió en el presente caso, en la asamblea de cuatro de octubre de 2013.

La calificación de una baja como no justificada implica una serie de consecuencias económicas. Se producen, en estos casos, las “deducciones causales” en la liquidación de la aportación del socio a la sociedad —contrapuestas a las consideradas deducciones necesarias, que se producen cuando la baja se considera justificada—.

Como ha puesto de manifiesto PENDÓN MELÉNDEZ, el importe correspondiente al reembolso de aportaciones se calcula en dos fases diferenciadas. En primer lugar, es necesario contar con el balance de cierre del ejercicio en que se produce la baja (art. 5.11 LC y 64.1 LCG), estimando una cifra a que la que se ha denominado “valor acreditado de las aportaciones”. En segundo lugar, se aplican al referido importe las deducciones derivada, en primer lugar, de las pérdidas imputadas e imputables al socio y reflejadas en el balance de cierre del ejercicio. A continuación, se aplicarían las deducciones relacionadas con la causa de la baja¹⁸.

La sentencia acude, en esta cuestión, a los Estatutos sociales que, en su art. 60 dispone las consecuencias y la forma en que se lleva a cabo el reembolso de apor-

¹⁷ En estos casos, la ley estatal exige que el socio dirija un escrito al Consejo Rector dentro de los 40 días siguientes a la recepción del acuerdo. Además, algunas normas autonómicas precisan la categoría de “obligaciones o cargas gravemente onerosas” haciendo recaer dicha onerosidad sobre su capacidad económica.

¹⁸ PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., “Régimen económico” en PEINADO GRACIA, J.I., *Tratado Derecho de Cooperativas*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 608 y 609.

taciones. El apartado 7 estipula que *“para el caso de no ser sustituido por otro socio, el reembolso de las cantidades entregadas para financiar el pago de las viviendas y locales deberá efectuarse en todo caso en un año desde que se produjo la baja”*. Es decir, se impone en este punto una obligación temporal de devolución de aportaciones que ha de cumplir la sociedad cooperativa y beneficia al socio.

A continuación, el apartado 7 del mismo artículo estatutario prescribe que *“de cualquier forma, en caso de baja del socio, a las cantidades entregadas para financiar el pago de las viviendas y locales podrá serles aplicada una deducción de... hasta el 8% en caso de baja no justificada”*.

El juez, con base en estos apartados, concluye que la demandada ha de reembolsar las aportaciones financieras realizadas por el socio en la cantidad de 20.811,29€, a los que aplica, en efecto, el descuento del 8% (22.620,97- (22.620,97 x 0,08)= 20.811,29€).

2.5. La consideración de las cantidades aportadas por el socio

La conclusión anterior que alcanza el juez respecto a la cantidad exacta que la cooperativa ha de devolver al socio es consecuencia de una previa calificación jurídica de la cantidad aportada por el socio, en su día, como aportación financiera y no como préstamo.

En el suplico de la demanda el actor pedía que se considerase que su aportación era un préstamo financiero (y según ello, la sociedad debía devolverle 22.620,97€) o, subsidiariamente, que se trataba de una aportación financiera (y según ello, la cantidad debida era de 20.811,29€). El juez se decantó por esta última opción pero se hace necesario profundizar en la argumentación subyacente.

Como quedó apuntado, en una cooperativa de viviendas, los socios realizan, por una parte, aportaciones para la constitución de la sociedad —como en cualquier otra cooperativa— y, por otra, aportaciones que suponen una suerte de depósito que la sociedad cooperativa emplea para financiar la construcción de las viviendas de cada uno. Las primeras se incardinan dentro de la relación societaria mientras que las segundas forman parte de la relación mutualista¹⁹.

Una particularidad de este tipo de cooperativas es que las aportaciones al capital social son prácticamente testimoniales, especialmente si se comparan con las aportaciones a cuenta de la adjudicación de viviendas. Éstas se configuran como auténticas masas de gestión económicas tendentes a la consecución de un

¹⁹ También lo ha entendido así MERINO HERNÁNDEZ, S., “Cooperativas ...op.cit.”, págs.1406-1407: *“Podemos diferenciar la relación societaria que se establece, derivada de su obligada participación en el capital social (participación económica) y en los órganos sociales (participación en la gestión) de la que se establece por su participación en la actividad cooperativizada (relación mutualista). Esta actividad deriva del derecho del socio a obtener una vivienda, con la correlativa obligación de la cooperativa de procurársela.*

fin: cubrir el coste necesario para llevar a cabo la promoción e individualización física y jurídica para cada uno de los socios (escrituración e inscripción del suelo, declaración de obra nueva y división horizontal, préstamo hipotecario, seguros de percepción de cantidades a cuenta y amortización de crédito, así como otros análogos). El resto de actividades que desarrolla la cooperativa —como la construcción de otras instalaciones que no serán adjudicadas a los socios— han de financiarse mediante otro tipo de aportaciones²⁰.

En el presente caso, la sentencia no llega a calificar las cantidades que los socios prestaron a la compañía en el año 2007. Se trataba de aportaciones dinerarias —no en especie— y obligatorias. Además son sobrevenidas porque se adoptan por un acuerdo de la Asamblea General y no están recogidas en los estatutos. Tienen el objetivo de permitir a la cooperativa autofinanciarse²¹. En este sentido, la sentencia en su fundamento cuarto expone “que en el año 2007, y como consecuencia de las malas previsiones realizadas por la entidad gestora..., todos los socios debieron prestar a la cooperativa cantidades superiores a 20.000 €...”. Parece que los socios asumen esta obligación para saldar deudas consecuencia de la construcción de las viviendas. Estas cantidades, por tanto, no pueden ser entendidas como integrantes del capital social de la cooperativa porque no permanecerán en ella sino que serán entregadas a acreedores.

Pues bien, el juez consideró que se trataba de aportaciones financieras a la cooperativa, y no de un préstamo, basándose en dos circunstancias. En primer lugar, el documento en que se recogió la entrega de las cantidades las calificaba como necesarias para “*terminación de la obra en su conjunto, socio n.º 85*”, lo cual implica claramente que el socio aporta recursos a la cooperativa para que ésta pueda desarrollar la actividad que le es propia: la construcción de viviendas y otras edificaciones. Por otra parte, entendiendo que el objeto social de la cooperativa no se había cumplido, las nuevas cantidades aportadas por los socios se destinarían, de modo lógico, a tal fin.

2.6. La validez del compromiso de espera

Uno de los argumentos de la cooperativa para afirmar la imposibilidad del actor de reclamar las cantidades aportadas a la sociedad es el compromiso que aquél asumió de esperar para el reembolso de las cantidades debidas hasta que se produjese la venta de los elementos no vinculados que quedasen pendientes. Se trata de un documento privado firmado por el actor y la demandada que impone al actor una obligación de espera de un plazo indeterminado: la fecha en que se enajenen los elementos no vinculados pendientes.

²⁰ Ídem.

²¹ PENDÓN MELÉNDEZ, M.I., “Régimen...op.cit.”, págs. 588-589.

Parece tratarse de un verdadero compromiso de permanencia, regulado en el art. 20.2 LCG: *“Los estatutos podrán exigir el compromiso de la persona socia de no darse de baja voluntariamente, sin justa causa que la califique de justificada, hasta el final del ejercicio económico en que quiera causar baja o hasta que hubiera transcurrido, desde su admisión, el tiempo que fijen los estatutos, que no podrá ser superior a diez años”*. El incumplimiento de esta permanencia, sin justa causa, equivaldrá normalmente a la consideración de la baja como no justificada.

El compromiso de permanencia pretende evitar que los socios se aparten de la cooperativa en cualquier momento del ejercicio y exijan la devolución de sus aportaciones, con el grave perjuicio económico que esto puede ocasionar a la cooperativa. También podrían producirse situaciones de fraude en que el socio se beneficiase de la cooperativa y se apartase de ella desde el momento en que le resultase menos conveniente. Ya que, si bien el socio puede darse de baja de la sociedad libremente, también es lícito que ésta establezca algunos mecanismos para minimizar las consecuencias económicas de dichas bajas.

Sin embargo, en el presente caso, no es una disposición estatutaria la que prevé este compromiso sino una suerte de “pacto parasocial” que no tiene además una duración determinada sino inconcreta: el socio no puede recuperar sus aportaciones sobre las que tiene un derecho de reembolso hasta que se produzca la venta de los elementos no vinculados que queden pendientes. Resulta fundamental destacar que tampoco el compromiso encaja totalmente con un supuesto de permanencia sino con una obligación de espera, porque no se trata de imponer al socio el deber de no darse de baja de la cooperativa sino de esperar para recuperar los importes a los que tiene derecho como consecuencia de esa baja.

Considera el juez que “el documento ataca frontalmente (con) un derecho fundamental del socio regulado en los Estatutos de la cooperativa, como norma reguladora de las relaciones entre cooperativa y socios, a saber, el socio tiene derecho a darse de baja de la cooperativa, y el ejercicio de ese derecho debe llevar necesariamente todas las consecuencias accesorias, entre ellas la devolución de las cantidades, aún con las limitaciones que establezcan a causa de ser esta baja justificada o no justificada, por lo que no cabe atender a lo dispuesto en aquel documento...”. Se remite, en esta cuestión, al art. 1255 CC en que se estipula que *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”*. Esta contrariedad a los estatutos y al derecho de darse de baja libremente es lo que invalida el compromiso de espera.

2.7. Conclusión

La promoción de la vivienda a través de la legislación no es un fenómeno nuevo en nuestro país ya que, si bien no ha ocurrido siempre a través de leyes de

cooperativas, otras normativas como las de asociaciones o la relativa a las “casas baratas” han acercado la vivienda al ciudadano. Este tipo de legislación se ha empleado por el Gobierno como instrumento útil para llevar a cabo la urbanización de algunas áreas y para proporcionar una residencia digna a los colectivos más desfavorecidos.

El impulso de la vivienda social es una forma de garantizar el acceso a una vivienda digna que, como tercera generación de derechos, recoge el art. 47 de la Constitución —y también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración de Derechos del Hombre—.

Una vía que ha demostrado ser útil y ventajosa para acceder a una vivienda digna es la constitución de cooperativas con este objeto social, en que se combinan los objetivos económicos con los principios y valores cooperativos. No sólo las sinergias, consecuencia de la organización como sociedad, sino también el tratamiento fiscal favorable que se ha otorgado a este tipo de compañías, han supuesto el principal incentivo de la opción por este instrumento.

Sin embargo, el sector de la construcción ha experimentado en España las consecuencias de la crisis económica mundial de una forma especialmente agudizada, debido a la propia idiosincrasia española, en que prevalece la adquisición en propiedad al alquiler. Durante, aproximadamente, una década, el sector inmobiliario experimentó un constante crecimiento. Según informaciones publicadas en el diario *The New Yorker*, en diez años se construyeron en España más casas que las construidas en Francia, Alemania y el Reino Unido juntos y este sector suponía un 43% del Producto Interior Bruto²². Paradójicamente, según el INE, en 2011 casi 3,5 millones de residencias permanecieron vacías.

El periodo de crecimiento de la industria inmobiliaria se reflejó en el mercado financiero de las hipotecas, cuyos costes se incrementaron de forma desmedida, con la aparición de pactos —en ocasiones abusivos— como la cláusula suelo, que mostraban el claro poder negociador de los bancos y la insignificante o nula capacidad de pactar del ciudadano.

Las cooperativas de viviendas no han sido ajenas a este cambio en las “reglas del juego”, si bien por sus principios y valores cooperativos se han mantenido algo más al margen —en la mayoría de las ocasiones— del vicioso círculo de la especulación. Sin embargo, el aumento de los precios del suelo y de la construcción de viviendas ocasionó, en muchas cooperativas, la necesidad de realizar nuevas aportaciones a la sociedad, como en el caso analizado. Algunos de los socios, ante esta situación, decidían darse de baja de la cooperativa, lo que dificultaba cada vez más la obtención de la financiación necesaria para acabar las obras y adjudicar las viviendas.

²² PAUMGARTEN, N., “The hangover: The euro-zone’s fourth-largest economy has become its biggest liability”, *The New Yorker*, 25 de febrero 2013.

El primer principio cooperativo, tal y como han sido propuestos en 1995, es el de la asociación voluntaria y abierta de sus miembros. A aquél se ha denominado comúnmente principio de “puertas abiertas”, ilustrando gráficamente la libertad de los socios de entrar a formar parte de la sociedad y de salir de la misma cuando voluntariamente lo decidan. En relación a este último caso, la cooperativa no debe imponer al socio más restricciones que las legalmente establecidas, que suelen ser la espera de un determinado plazo y/o la reducción de las cantidades que han de ser reembolsadas —medidas racionales que pretenden proteger a la cooperativa del perjuicio económico que la baja del socio ocasiona—. La actuación de la cooperativa demandada en la sentencia analizada ha sido, hasta cierto punto, obstructiva, ya que no facilitó al actor el estado de cuentas económico del año en que éste causó baja en la cooperativa.

Al hilo de ciertas actuaciones poco transparentes de la cooperativas (como la falta de respuesta de los órganos cooperativos ante una petición de baja o la imposición de obligaciones a los socios de firmar compromisos de espera para recuperar cantidades aportadas), así como de la falta de adaptación de algunas de estas sociedades a los cambios en la adquisición de financiación, se han alzado voces cuestionando el fenómeno cooperativo. La pregunta es si estas sociedades actualmente son —y serán, de cara al futuro— operadores efectivos en el mercado, que se configuren como verdaderas alternativas a las sociedades de capital.

En mi opinión, el modelo cooperativo no ha fracasado, ya que la unión se revela generalmente como una forma más útil de alcanzar unos objetivos que la actuación individual. La asociación de los interesados genera sinergias y les coloca en mejor posición para ser visibles y actuar frente a los poderes públicos. Las cooperativas de viviendas, además, han demostrado su utilidad histórica para satisfacer el derecho de los ciudadanos de disponer de una vivienda digna. Ahora bien, los propios socios han de ser conscientes del contexto económico en el que constituyen la sociedad y actuar en consecuencia, los órganos sociales han de ser democráticos y razonables en la toma de decisiones y ha de respetarse el valor cooperativo de la solidaridad. Por su parte, los poderes públicos han de incentivar y promover mediante políticas adecuadas la formación y permanencia de este tipo de sociedades.

3 BIBLIOGRAFÍA

- BOTANA AGRA, M., “Análisis comparativo del régimen jurídico de las cooperativas de viviendas en las leyes españolas de cooperativas”, en BOTANA AGRA, M. y MILLÁN CALENTI, A. (Coords.), *As Cooperativas de Vivendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Cecoop, Santiago, 2007, pág. 19.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “La adjudicación de la vivienda al socio” en BOTANA AGRA, M. y MILLÁN CALENTI, A. (Coords.), *As Cooperativas de Vivendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Cecoop, Santiago, 2007, pág. 135.

- LAMBEA RUEDA, A., *Cooperativas de viviendas: promoción, construcción y adjudicación de la vivienda al socio cooperativo*, Comares, Granada, 2007.
- MERINO HERNÁNDEZ, S., “Cooperativas de viviendas” en PEINADO GRACIA, J.I., *Tratado de Derecho de Cooperativas*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1408 y 1409.
- PAUMGARTEN, N., “The hangover: The euro-zone’s fourth-largest economy has become its biggest liability”, *The New Yorker*, 25 de febrero 2013.
- PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., “Régimen económico” en PEINADO GRACIA, J.I., *Tratado Derecho de Cooperativas*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 608 y 609.
- PULGAR EZQUERRA, J., “La pérdida de la condición de socio en el marco cooperativo: su baja y expulsión”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Estudios de Derecho Mercantil*, Cizur Menor, Navarra, 2010, págs. 1043-1061.
- TATO PLAZA, A., “As cooperativas de viviendas e a condición del promotor”, en BOTANA AGRA, M. y MILLÁN CALENTI, A. (Coords.), *As Cooperativas de Vivendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Cecoop, Santiago, 2007, págs. 70 y 71.
- VIDAL PORTABALES, I., “Algunos aspectos de la disolución y liquidación de las cooperativas gallegas de viviendas”, en BOTANA AGRA, M. y MILLÁN CALENTI, A. (Coords.), *As Cooperativas de Vivendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Cecoop, Santiago, 2007, pág. 164.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 221-237
ISSN: 1130-2682

SÃO OS DIRETORES DA COOPERATIVA
RESPONSÁVEIS PELAS DÍVIDAS DESTA?
COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA
RELAÇÃO DE GUIMARÃES DE 31 DE MARÇO DE 2016

*ARE THE COOPERATIVES MANAGERS RESPONSIBLE
FOR THE COOPERATIVES DEBTS?
COMMENTS ON THE JUDGEMENT DELIVERED BY
GUIMARÃES COURT OF APPEAL ON THE 31TH MARCH 2016*

MARIA ELISABETE RAMOS*

Recepción: 24/7/2017 - Aceptación: 25/9/2017

* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Auxiliar da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Email: mgramos@fe.uc.pt. Endereço postal: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Av. Dias da Silva, 165, 3004-512 Coimbra.

RESUMO

O presente trabalho comenta a decisão tomada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, no Acórdão de 31 de março de 2016. Neste Acórdão está em causa a questão de saber de que fundamentos jurídicos depende a responsabilidade direta dos diretores de cooperativa para com os credores desta. O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães enquadra esta questão à luz dos arts. 65º do CCoop (1996), 9º do CCoop e 79º do CSC. No entanto, à luz do CCCop de 1996, a responsabilidade civil dos diretores da cooperativa deveria ser enquadrada à luz dos arts. 9º do CCoop e 78º do CSC.

PALAVRAS-CHAVE: cooperativas, responsabilidade civil dos diretores, credores da cooperativa.

ABSTRACT

The current paper comments the ruling delivered by the Guimarães Court of Appeal, on the 31th march 2016. This ruling addresses the cooperatives manager's liability towards the creditors. According to the Court of Appeal, this legal problem shall be solved by the enforcement of the articles 9 and 65 of the Portuguese Cooperative Code (1996) and the article 79 of the Portuguese Commercial Companies Code. The commentary argues that the correct legal framework is given by the articles 9 of the Cooperative Code and 78 of the Portuguese Commercial Companies Code.

KEY WORDS: cooperatives, managers' liability, cooperative's creditors.

SUMÁRIO: 1. O LITÍGIO E O JUÍZO JURISPRUDENCIAL. 2. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA ADMINISTRAÇÃO DA COOPERATIVA, SEGUNDO ART. 65º, 1, DO CCOOP 2.1. Responsabilidade civil para com a cooperativa 2.2. Responsabilidade civil para com terceiros. 2.3. Responsabilidade para com os credores sociais. 3. SÃO OS DIRETORES RESPONSÁVEIS PELO PAGAMENTO DE DÉBITOS DA COOPERATIVA? 3.1. O dever de prestar informações verdadeiras 3.2. Violação do dever de apresentar a cooperativa à insolvência 4. CONCLUSÃO. 5. BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1. THE LITIGATION AND THE RULING OF THE COURT OF APPEAL. 2. LIABILITY FOR THE ADMINISTRATION OF THE COOPERATIVE, ACCORDING THE ARTICLE 65º OF THE PORTUGUESE COOPERATIVE CODE. 2.1. Liability towards the cooperative. 2.2. Liability towards third parties. 2.3. Liability towards the cooperatives' creditors. 3. ARE THE COOPERATIVES' MANAGERS RESPONSIBLE FOR THE PAYMENT OF THE COOPERATIVE DEBTS? 3.1. The duty to disclose accurate information 3.2. The breach of the cooperative's duty to file for insolvency. 4. CONCLUSION. 5. BIBLIOGRAPHY.

1 O LITÍGIO E O JUÍZO JURISPRUDENCIAL

O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães resolve um litígio que opõe a Autora (credora da Cooperativa C) aos Réus (Diretores da já dissolvida Cooperativa C) em que a Autora reclama destes o pagamento dos honorários de que é devedora a Cooperativa C.

Em 2010, a Autora e a Cooperativa C celebraram entre si um contrato que o Tribunal da Relação de Guimarães qualificou como contrato de prestação de serviços, mediante o qual a Autora se obrigou a elaborar um projeto de execução de um centro de atividades ocupacionais e lar residencial para pessoas com mobilidade reduzida. Pelos serviços prestados pela Autora a Cooperativa obrigou-se a pagar, a título de honorários, a quantia de € 27.000,00, a que acresce o IVA à taxa legal. A Autora cumpriu integralmente as obrigações a que se vinculou no contrato celebrado com a Cooperativa C.

Acontece que, segundo a factualidade dada como provada, a Cooperativa C não cumpriu pontualmente o contrato de prestação de serviços porque não pagou parte dos honorários estipulados. Ficou, portanto, provado o incumprimento do contrato de prestação de serviços por parte da Cooperativa C.

Entretanto, em 15 de setembro de 2012, foi deliberada a dissolução e liquidação da cooperativa, bem como a aprovação das contas e do balanço do exercício final, reportados à data da dissolução. De acordo com aquele documento, a Presidente da Direção da Cooperativa C informou que, à data da dissolução, o património da Cooperativa não tinha qualquer dívida a terceiros nem ativos fixos.

Foi dado como provado que esta informação prestada pela Presidente da Direção da Cooperativa não é verdadeira porque, à data da deliberação de dissolução, a Cooperativa C devia à Autora, a título honorários, a quantia de 10.568,52 + IVA.

Confrontada com o incumprimento da Cooperativa C, a Autora intentou uma ação declarativa de condenação contra os Diretores da referida Cooperativa, pedindo a condenação solidária destes a pagar-lhe a quantia de € 10.568,52 acrescida de IVA e de juros legais, desde a citação até efetivo e integral pagamento.

Em síntese, a Autora alega que os Réus (Diretores da dissolvida Cooperativa C) são responsáveis pelo pagamento do montante devido pela Cooperativa C porque: *a)* dissolveram e encerraram a Cooperativa, declarando a inexistência de passivo, bem sabendo da existência do crédito da Autora; *b)* violaram o dever de apresentação à insolvência da Cooperativa C, uma vez que o art.º 18º, n.º 1 do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE) faz impender sobre o devedor o dever de requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência; *c)* o comportamento dos Réus configura uma clara fraude à lei, uma vez que a dissolução e o encerramento da Cooperativa visou o não pagamento dos créditos assumidos e a fuga ao escrutínio de um administrador da insolvência quanto aos atos praticados pelos Diretores da devedora/insolvente.

Os Réus contestaram a ação, impugnando a matéria alegada pela Autora, dizendo que: *a)* nada contrataram com ela, tendo sido a Cooperativa C quem celebrou com a autora um contrato de prestação de serviços; *b)* que não existe qualquer disposição legal que imponha aos membros da direção da cooperativa a obrigação de responder pelas obrigações contratuais daquela entidade, perante a autora; *c)* o preço acordado entre as partes não foi o alegado, mas sim € 25.000,00, acrescido de IVA; *d)* a Autora não cumpriu pontualmente o contrato; *e)* por consequência, nada estava em dívida à data da dissolução da cooperativa; *f)* a cooperativa não foi (nem tinha que ser) declarada insolvente; *g)* não tendo a cooperativa sido declarada insolvente, também não houve incidente de qualificação.

O Tribunal de primeira instância (Instância Local, Secção de Competência Genérica de Vieira do Minho) pronunciou-se a favor da Autora condenando os Réus-Diretores da Cooperativa no pagamento do montante reclamado.

Desta decisão, os Réus interpuseram recurso para o Tribunal da Relação de Guimarães. O Tribunal de recurso revogou a decisão recorrida (decisão da primeira instância) e absolveu os Réus-Diretores da Cooperativa do pedido contra eles formulado.

O juízo de absolvição dos Réus formulado pelo Tribunal da Relação de Guimarães sustenta-se nos seguintes fundamentos jurídicos: *a)* recai sobre o Autor o ónus de alegação e de prova dos factos constitutivos da responsabilidade civil extracontratual em que incorrem os Réus; *b)* a Autora logrou provar a ilicitude do

comportamento dos Réus, traduzida “na omissão da dívida perante a Assembleia geral, a quem a presidente propôs a dissolução e o encerramento da cooperativa”; c) a Autora não logrou provar o nexo causal entre o facto ilícito e o dano.

Do ponto de vista jurídico, a questão que se discute é a de saber se à luz do Código Cooperativo de 1996, os diretores, titulares do órgão de administração e de representação, são civilmente responsáveis para com os credores da cooperativa quando esta não cumpre contrato por si celebrado. Será que pode ser assacada aos diretores de cooperativa uma posição de garante de credores da cooperativa que lhes imponha a responsabilidade de satisfazer os créditos não satisfeitos de credores da cooperativa? À luz do Código Cooperativo de 1996¹ – são estas as disposições jurídicas aplicadas pelo Tribunal da Relação de Guimarães no Acórdão de 31 de março de 2016 –, há fundamento jurídico para os credores da cooperativa responsabilizarem diretamente os diretores da cooperativa por débitos desta não cumpridos?

Essencialmente, interessa averiguar de que pressupostos jurídicos depende a responsabilidade civil dos diretores da cooperativa perante os credores desta. Clarificada esta questão, cumpre determinar, se à luz da factualidade dada como provada pelo Tribunal da Relação de Guimarães, os Diretores da Cooperativa C deveriam ou não ser condenados no pagamento à Autora dos montantes devidos pela dissolvida Cooperativa C.

Uma vez que o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães decidiu o litígio à luz das normas jurídicas inscritas no já revogado Código Cooperativo de 1996, é à luz de tais disposições que também desenvolverei o meu comentário.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA ADMINISTRAÇÃO DA COOPERATIVA, SEGUNDO ART. 65º, I, DO CCOOP

2.1. Responsabilidade civil para com a cooperativa

Com o CCoop. de 1980, a ordem jurídica portuguesa passou a dispor de um *regime jurídico-cooperativo* da «responsabilidade dos órgãos das cooperativas». Este regime previsto nos arts. 62.º a 66.º do CCoop. de 1980 foi recebido, com modestas alterações, nos arts. 64.º a 68.º do CCoop. de 1996².

No art. 65.º do CCoop. (intitulado «Responsabilidade dos diretores, dos gerentes e outros mandatários») é estatuída a responsabilidade pessoal e solidária dos diretores, gerentes e outros mandatários perante a cooperativa e terceiros pela

¹ Entretanto revogado pela Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto, que aprova o novo Código Cooperativo.

² Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas – uma introdução», CES 32 (2009-2010), p. 35-54, «Responsabilidade civil pela administração da cooperativa. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de outubro de 2012», CES, 35 (2012-2013), pp. 349-361.

violação da lei, dos estatutos, dos regulamentos internos e deliberações da assembleia geral. Há alguma proximidade, até de linguagem, com que se estatua no (já revogado) art. 173.º do CCom., porque este previa a responsabilidade pessoal e solidária dos administradores perante a sociedade e terceiros.

Acresce que, entre as fontes da responsabilidade, o art. 65.º, n.º 1, do CCoop. integra a inexecução do mandato – os diretores, gerentes e outros mandatários são responsáveis se tiverem «deixado de executar fielmente o seu mandato». Ora a inexecução do mandato era, no contexto do art. 173.º do CCom., uma das fontes de responsabilidade dos diretores das sociedades anónimas.

Embora o art. 65º do CCoop. não o refira expressamente, a responsabilidade de que este preceito trata é a responsabilidade civil pela *administração da cooperativa*. Os diretores (e só da responsabilidade destes cuidarei) podem também, como qualquer cidadão, ser responsabilizados por atos praticados fora do seu exercício profissional e sem qualquer ligação com esta. Pense-se, por exemplo, em responsabilidade civil automóvel sem qualquer ligação com o exercício profissional. Mas não é destes factos externos e alheios ao exercício profissional dos diretores que cuida o art. 65º do CCoop. Deve, então, entender-se que o âmbito de aplicação do art. 65º do CCoop. tem a ver com atos ou decisões praticados no e por causa do cargo de diretor de cooperativa, no contexto das funções de administração e de representação dela.

O art. 65º, 1, do CCoop. esclarece que os diretores são «responsáveis civilmente», mas também acrescenta a possibilidade de responsabilização criminal e de aplicação de outras sanções. Em minha opinião, são inúteis estas últimas remissões, tendo em conta que este preceito do CCoop. de 1996 destina-se a regular a responsabilidade civil pela administração da cooperativa. Outras sanções relacionadas com atos praticados na administração da cooperativa resultarão de fontes legais próprias – *ça va sans dire*.

Por outro lado, o art. 65º, 1, do CCoop. elege a violação de *lei*, dos *estatutos da cooperativa*, dos *regulamentos internos*, das *deliberações da assembleia geral* e do *mandato* como *comportamentos ilícitos* dos diretores. Em rigor, o art. 65º, 1, do CCoop. preocupa-se em identificar a *ilicitude* relevante para os efeitos da responsabilização dos diretores perante a «cooperativa e terceiros». Sabendo-se que o art. 65º do CCoop. constitui um exemplo de responsabilidade *civil por factos ilícitos*, é necessário que, além da ilicitude, estejam reunidos os restantes requisitos legais – facto voluntário, culpa, dano e nexó de causa entre o facto ilícito e o dano, conforme o que resulta do 483º, 1, do CCiv.

Na verdade, a *violação do mandato* dos diretores e, em regra, a violação dos estatutos, dos regulamentos internos e das deliberações da assembleia geral determina a *responsabilidade dos diretores para com a cooperativa*.

Trata-se de um caso de responsabilidade civil de *natureza contratual* em que a culpa dos diretores é presumida e que é efetivada pela cooperativa, através do direito de ação contra diretores, nos termos do art. 68º do CCoop.

Para efetivar este direito de ação da cooperativa é necessária deliberação da assembleia geral (art. 49º, *n*), do CCoop.), tomada por, pelo menos, dois terços dos votos expressos (art. 51º, 2, do CCoop.). A propositura da ação social de responsabilidade sem a deliberação social exigida pelo art. 51º, 2 do CCoop determina as consequências processuais previstas no art. 29.º, 1, do CPC: fixação de prazo para a tomada da deliberação e suspensão dos termos da causa. Se o vício da falta de deliberação não for sanado, o administrador demandado será absolvido da instância (arts. 29.º, 2, 576.º, 2, do CPC) a falta de deliberação dos sócios sobre a ação social de responsabilidade é *exceção dilatória* (art. 577.º, d), do CPC)³.

O art. 65º, 1, do CCoop identifica a *violação da lei* como um dos comportamentos ilícitos dos diretores que determinará indistintamente quer a responsabilidade destes para com a «cooperativa e terceiros». Será juridicamente correta esta leitura? Ou seja, a circunstância de a letra da lei colocar cooperativa e terceiros a par, tem o significado jurídico de serem comuns os factos que determinam a responsabilidade civil dos diretores perante uma e outros? Trata-se de matéria relacionada com o *dever de legalidade* que cumpre analisar com um pouco mais de profundidade.

A matéria relativa ao *dever de legalidade* tem sido estudada, essencialmente, a propósito dos administradores de sociedades. De uma maneira geral, é defendido que os membros da administração, nas suas relações com a sociedade, não têm o dever de cumprir as obrigações contratuais da sociedade para com terceiros⁴. Reconhece-se, a este propósito, um espaço de discricionariedade empresarial. O comportamento da sociedade que não cumpre é ilícito; mas em determinados casos pode corresponder ao interesse da sociedade expor-se ao risco de constituição de uma obrigação de indemnização, como será, por exemplo, uma crise aguda de liquidez⁵. Em outras circunstâncias, pode ser vantajoso para a sociedade prestar a indemnização. Se o administrador tem em conta, de modo diligente, os riscos de a sociedade ter de indemnizar pelo incumprimento, é opinião dominante que não atua ilicitamente⁶.

³ J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, “Artigo 75º”, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coord. de Coutinho de Abreu, vol. I, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 939.

⁴ HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht und “nützlich” Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern», ZIP, 2005, p. 144.

⁵ HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 144.

⁶ HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 144.

Na doutrina portuguesa, Raúl Ventura e Brito Correia consideraram que o administrador tem o «dever funcional» de cumprir todas as obrigações perante terceiros e que tal dever integra o dever de gestão⁷. Carneiro da Frada, já na vigência do CSC, defendeu a necessidade de observância pelos administradores de prescrições legais⁸. Coutinho de Abreu sustenta que o administrador não tem ou não tem sempre o dever perante a sociedade de cumprir as obrigações contratuais da sociedade para com terceiros⁹.

Mais recentemente, destacam-se os estudos de Pedro Caetano Nunes¹⁰ e de Carneiro da Frada¹¹ que, em particular, estudam o dever de legalidade a cargo dos administradores. Pedro Caetano Nunes rejeita «a perspectiva de que o administrador tem perante a sociedade um dever de legalidade externa, enquanto refração automática sobre a esfera jurídica do administrador, na relação contratual com a sociedade, das normas jurídicas que impõem condutas à sociedade»¹². Conclui este Autor que «a inobservância das normas jurídicas que impõem condutas à sociedade tende a constituir uma violação do dever de gestão»¹³.

Carneiro da Frada assinala ao dever de legalidade dos administradores pode comportar um duplo sentido. Na *primeira aceção*, este dever de legalidade apresenta-se como um «conceito-quadro» que «expressa a multiplicidade de todos aqueles deveres que sujeitam os administradores»¹⁴ *de modo direto e imediato*.

Neste sentido, o dever de legalidade não tem autonomia, porquanto expressa «a multiplicidade de todos aqueles deveres que sujeitam os administradores»¹⁵. Na segunda aceção, o *dever de legalidade dos administradores* já alcança autonomia porque «representa uma adstrição fundamental – distinta – que decorre mediatamente para os administradores, da sujeição da sociedade a regras impositivas e proibitivas»¹⁶.

⁷ RAÚL VENTURA/LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, Lisboa, 1970, p. 109, ss..

⁸ CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 121.

⁹ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade*, 2.ª ed., Coimbra: IDET/Almedina, 2010, p. 11, nt. 11.

¹⁰ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 345, s., 455, s., 494, s.

¹¹ CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores», DSR 8 (2012), p. 65, s..

¹² PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 494.

¹³ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...*, cit., p. 495.

¹⁴ CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade...», cit. p. 67.

¹⁵ CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade...», cit., p. 67.

¹⁶ CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade...», cit., p. 70.

Carneiro da Frada sustenta que «o dever dos administradores de promoverem ou assegurarem uma conduta da sociedade conforme a lei é, numa palavra, um dever perante a sociedade. Um dever relativo, portanto, decorrente da função de administração, que é também ela, relativa»¹⁷.

Do que acaba de ser escrito deve retirar-se a conclusão de que a *violação da lei* determina, em regra, a responsabilidade civil dos titulares do órgão de administração e de representação da cooperativa para com esta. Também será de afirmar, a propósito da gestão das cooperativas, o *dever de legalidade a cargo dos gestores da cooperativa*. Não devem restar dúvidas de que quem gere a cooperativa deve tomar decisões que cumpram a lei (lei tributária, lei laboral, lei ambiental, lei administrativa, lei da concorrência *etc.*) que vincula a cooperativa. Sendo tomadas decisões ilegais e, desta forma, sendo causados danos à cooperativa, poderá a cooperativa responsabilizar os administradores.

Por outro lado, os exemplos que se alinham no art. 65º, 1, do CCoop. de 1996 configuram, as mais das vezes, violações do dever de lealdade dos titulares do órgão de administração e de representação da cooperativa perante esta. São os casos das alíneas *b)*, *c)*, *d)* e *e)* do n.º 1 do art. 65º do CCoop. de 1996. A violação do dever de lealdade é um *comportamento ilícito* que, reunidos os restantes pressupostos de responsabilidade civil, pode constituir os titulares do órgão de administração e de representação na obrigação de indemnizar a cooperativa.

2.2. Responsabilidade civil para com terceiros

O art. 65º do CCoop. põe a par a responsabilidade perante a cooperativa e a responsabilidade perante terceiros, induzindo o entendimento de que são os mesmos os factos geradores de responsabilidade civil dos diretores perante cada um destes sujeitos. Ora, não é assim. Efetivamente, são diferentes muitos dos factos constituintes da responsabilidade dos diretores para com a sociedade e para com os terceiros¹⁸.

Perguntar-se-á em que situações podiam os «terceiros» responsabilizar os diretores da cooperativa, ao abrigo do art. 65º do CCoop. de 1996. Como seria de esperar, o CCoop de 1996 não identifica os “terceiros”.

Parece-me que, para os efeitos da responsabilidade civil dos titulares do órgão de administração e de representação da cooperativa, *terceiros* são os sujeitos que

¹⁷ CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade...», cit., p. 71. Trata-se de uma regra que comporta exceções. Vejam-se, a título de exemplos, as hipóteses dos arts. 78º e 79º do CSC. Sobre estas duas hipóteses de responsabilidade civil dos administradores v. J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 78º», «Artigo 79º», em *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 892, s., 955, s.

¹⁸ Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 79º», cit., p. 970.

não são a cooperativa, nem os titulares do órgão de administração e representação nem os cooperadores (enquanto tais). Assim, integram a lista dos “terceiros” os trabalhadores da cooperativa, os fornecedores, os clientes, os cooperadores enquanto terceiros e o Estado¹⁹.

E os credores da cooperativa? Não restam dúvidas de que os credores da cooperativa são terceiros em relação aos titulares do órgão de administração e de representação. É a cooperativa, representada pelos membros do órgão de administração, que participa e celebra os negócios jurídicos. E os respetivos efeitos jurídicos de tais negócios jurídicos repercutem-se na esfera jurídica da cooperativa.

Pois bem, sou da opinião que, à luz do CCoop de 1996, para a responsabilização de diretores perante os terceiros, é necessário valermos-nos do art. 9º do CCoop. e aplicar subsidiariamente o art. 79º do CSC.

O art. 9º do CCoop., relativo ao direito subsidiário aplicável a situações não previstas no CCoop., determina que o intérprete/aplicador do direito há de recorrer à «legislação complementar aplicável aos diversos ramos do sector cooperativo» e, se esta via não se mostrar satisfatória, pode aplicar «na medida em que se não desrespeitem os princípios cooperativos, o Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente os preceitos aplicáveis às sociedades anónimas».

Esta remissão para o CSC surge associada a duas condições: por um lado, a solução a que se chegue não pode desrespeitar os princípios cooperativos e, por outro, dentro do espaço constituído pelo Código das Sociedades Comerciais deve dar-se prioridade aos preceitos aplicáveis às sociedades anónimas.

Numa primeira aproximação pode surgir estranha esta especial remissão para as sociedades anónimas, porque este tipo societário: a) está vocacionado para a captação do aforro de pequenos investidores que, tendencialmente, não participam na vida da sociedade (é a chamada «apatia racional»); b) é-lhe própria uma matriz plutocrática mais do que democrática – é-lhe estranha a ideia um homem um voto; c) é-lhes conhecida a realidade dos sócios controladores; d) fenómenos de dominação/subordinação são vistos como manifestações fisiológicas do universo societário.

Uma das razões que terá levado o legislador cooperativo a privilegiar o direito das sociedades anónimas como direito subsidiário terá sido a circunstância de as cooperativas terem o seu capital representado por títulos. As sociedades anónimas têm o capital dividido em ações (art. 271º do CSC).

Em matéria da responsabilidade civil dos diretores de cooperativas pela gestão destas, a remissão do art. 9º do CCoop. autoriza que sejam aplicadas às cooperativas as disposições que regulam a responsabilidade civil pela constituição, ad-

¹⁹ Neste sentido, mas para os efeitos do art. 79º do CSC, v. J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, “Artigo 79º”, cit., p. 970.

ministração e fiscalização da sociedade anónima. Refira-se que o CSC português optou por prever um *regime uniforme de responsabilidade civil* pela constituição, administração e fiscalização da sociedade aplicável a todos os tipos de sociedades e não só à sociedade anónima. Em coerência com a refira opção normalizadora, o regime jurídico-societário de responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade está integrado sistematicamente na Parte Geral (arts. 71.º, ss. do CSC). A convocação com êxito desta disciplina subsidiária está dependente, como já vimos, de que o intérprete/aplicador do direito apure, em cada caso, que os princípios cooperativos não são desrespeitados.

Determina o n.º 1 do art. 79º do CSC que «os gerentes ou administradores respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros pelos danos que diretamente lhes causarem no exercício das suas funções». A remissão para os termos gerais deve ser entendida como a remissão para os arts. 483º e ss. do CCiv e, por conseguinte, os titulares do órgão de administração e de representação da cooperativa são responsáveis por *condutas ilícitas e culposas*. No que tange a ilicitude, os titulares do órgão de administração e de representação da cooperativa são responsáveis pela violação de direitos absolutos dos terceiros, pela violação de normas legais de proteção de terceiros (2ª variante de ilicitude do art. 483º, 1, do CCiv) ou, ainda, pela violação de deveres jurídicos específicos²⁰.

2.3. Responsabilidade para com os credores sociais

O art. 65º, 1, do CCoop., ao incluir os credores da cooperativa no lote dos “terceiros”, parece não identificar pressupostos específicos de que depende a responsabilidade civil dos diretores para com os credores sociais. Efetivamente, o art. 65º, 1, do CCoop. não individualiza os pressupostos específicos de que depende a responsabilidade civil dos diretores perante os credores da cooperativa. No entanto, em minha opinião, tal silêncio legislativo do CCoop de 1996 não *deve ser assimilado a uma lacuna jurídica*.

Os pressupostos específicos de que depende a responsabilidade civil direta dos diretores da cooperativa perante os credores desta resultam da conjugação do art. 9º do CCoop. com o art. 78º, 1, do CSC. E, deste modo, na *vigência do Código Cooperativo de 1996*, os diretores da cooperativa respondem perante os credores da sociedade nos termos estabelecidos pelo art. 78º, 1, do CSC. Assim, os diretores da cooperativa são responsáveis para com os credores desta quando pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes o património da cooperativa se torna insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos.

²⁰ J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, “Artigo 79º”, cit., p. 971.

Caberá ao intérprete, caso a caso, identificar quais são as normas legais destinadas a proteger os credores da cooperativa. Pense-se, por exemplo, nas normas relativas à constituição e utilização da reserva legal. Ou, ainda, a proibição de distribuição de excedentes fictícios. E, por fim, fora do CCoop. considere-se a norma do art. 18º e também do art. 19º do CIRE que prescrevem o dever de os administradores, verificadas certas circunstâncias, apresentarem a cooperativa à insolvência.

Vimos atrás que, em regra, a violação da lei – e estando reunidos os restantes pressupostos – determina a responsabilidade do diretor perante a cooperativa. Em casos especificamente previstos na lei – e que não constituem a regra geral –, *a violação da lei pode fundar a responsabilidade civil dos diretores perante os credores sociais*. Para tanto, à luz do art. 9º do CCoop. e do art. 78º, 1, CSC, a violação de normas legais destinadas à proteção dos credores da cooperativa constitui comportamento ilícito.

O Código Cooperativo de 2015 torna *explícita* a distinção entre os pressupostos da responsabilidade civil dos administradores de cooperativas perante credores desta e perante terceiros. Tal distinção resulta claramente dos atuais arts. 73º e 74º do CCoop. de 2015. Acresce que o art. 73º do CCoop. de 2015 exemplifica comportamentos ilícitos relevantes para os efeitos da responsabilização dos administradores para com os credores da cooperativa. São eles: *a)* distribuição pelos cooperadores da reserva legal; *b)* distribuição de outras reservas obrigatórias; *c)* distribuição de excedentes fictícios.

3 SÃO OS DIRETORES RESPONSÁVEIS PELO PAGAMENTO DE DÉBITOS DA COOPERATIVA?

3.1. O dever de prestar informações verdadeiras

A Autora, credora da Cooperativa C no montante de € 10.568,52 + IVA, pretende que os Réus, enquanto membros da direção da devedora-Cooperativa, sejam condenados no pagamento do referido débito da Cooperativa.

Ficou provado que entre a Autora e a Cooperativa C foi celebrado um contrato de prestação de serviços. A Autora cumpriu integralmente as obrigações a que se vinculou, mas a Cooperativa devedora não pagou parte dos honorários que tinham sido acordados entre as partes.

Como se sabe, a devedora do montante reclamado pela Autora é a Cooperativa C e não os Diretores desta última. Os Diretores, enquanto membros do órgão de administração e de representação, representaram a Cooperativa no referido negócio jurídico e, por conseguinte, todos os efeitos jurídicos do referido contrato de prestação de serviços repercutem-se na esfera jurídica da Cooperativa.

O que acaba de ser escrito não é contestado no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães que aqui se comenta. No entanto, sublinhe-se, não é este o

argumento usado pelo Tribunal da Relação Guimarães para absolver os Diretores demandados do pedido formulado pela Autora. Os Réus são absolvidos do pedido porque, no juízo do Tribunal da Relação de Guimarães, não lograram provar o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano da Autora.

Não merece contestação que é de *natureza extracontratual* a responsabilidade civil dos diretores da cooperativa perante os credores desta e que, segundo as normas relativas a esta modalidade de responsabilidade civil, é *onus* a cargo do lesado provar os factos constitutivos do seu direito à indemnização. A que acresce que o credor-lesado (no caso, a Autora) não beneficia de presunção de culpa (arts. 9º do CCoop., 78º, 1, do CSC e 342º do CCiv).

Segundo o Tribunal da Relação de Guimarães, a Autora logrou provar o comportamento ilícito dos Diretores da Cooperativa C “consistente na omissão da dívida perante a Assembleia geral, a quem a presidente propôs a dissolução e o encerramento da cooperativa”.

Não se questiona que este é um comportamento ilícito e culposo dos Diretores da Cooperativa. Como salienta o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, um dos deveres legais dos Diretores é, justamente, o de prestar aos cooperadores informações verdadeiras sobre a situação da cooperativa, também na assembleia convocada para deliberação de dissolução da cooperativa.

O que já deve merecer análise crítica é o facto de, aparentemente, o Tribunal da Relação de Guimarães ter considerado que o comportamento ilícito provado releva para efeitos da responsabilização direta dos diretores da cooperativa para com os credores desta.

Ora, como vimos atrás, o art. 78º, 1, do CSC (aplicável *ex vi* art. 9º do CCoop) recorta a ilicitude relevante para efeitos da responsabilização direta dos diretores perante os credores desta – *violação de normas legais ou contratuais* (deve ler-se, estatutárias) *destinadas à proteção dos credores da cooperativa*.

A inobservância de normas de proteção leva à responsabilização dos administradores para com os credores sociais desde que tal inobservância cause (nexo de causalidade) uma diminuição do património social (dano direto da sociedade) que o torna insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos (dano indireto dos credores sociais)²¹. Tem de haver, portanto, *dano para a sociedade*. E decorrente da violação de normas de proteção dos credores sociais. Um dano causado à sociedade pela violação de outras normas é suscetível de conduzir à responsabilidade para com a sociedade, não para com os credores sociais – ainda que estes sejam afetados, mediatamente, por aquele dano²².

²¹ J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, “Artigo 78º”, cit., 960.

²² J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, “Artigo 78º”, cit., 960.

Diferente é a delimitação da ilicitude para os efeitos do art. 79º, 1, do CSC que, quando aplicado às cooperativas, consagra a responsabilidade civil dos diretores perante terceiros.

Aliás, cumpre salientar que o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, a propósito do caso decidendo, invoca o art. 79º, 1, do CSC. No entanto, se bem vejo o litígio que foi objeto de decisão por parte do Tribunal da Relação de Guimarães, o que está em causa não é, em rigor, um caso de responsabilidade dos diretores da Cooperativa perante terceiros, mas sim um caso em que uma credora desta (a Autora) pede que os Diretores sejam condenados a pagar um crédito que a cooperativa-devedora não satisfaz e não tem património para satisfazer.

Portanto, atendendo à causa de pedir e ao pedido, os factos dados como provados deveriam ter sido enquadrados à luz do art. 78º, 1, do CSC e não do 79º do CSC. A invocação do art. 79º, 1, do CSC parece deslocada, tendo em conta os factos dados como provados pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães.

Repare-se que os Diretores da Cooperativa não são responsáveis subsidiários pelas dívidas daquela nem lhes deve ser atribuída uma posição de garantes dos terceiros.

Em resumo: o Tribunal da Relação de Guimarães deveria ter enquadrado o caso decidendo à luz dos arts. 9º do CCoop e 78º do CSC e deveria ter-se pronunciado no sentido de que a violação do dever de prestar informação verdadeira *aos cooperadores* não configura a violação de norma legal destinada a proteger os interesses dos credores da cooperativa. Na verdade, o dever de prestar informações verdadeiras e fidedignas aos cooperadores é, desde logo, um dever legal específico perante a cooperativa e, eventualmente, perante os cooperadores que, baseados em tais informações, tomam decisões.

O comportamento dos Diretores da Cooperativa C dado como provado é ilícito e reprovável. No entanto, o âmbito de aplicação do art. 78º do CSC não deve ser interpretado como uma via para responsabilizar os diretores da cooperativa pelas dívidas desta não cumpridas. Não é este o sentido jurídico do art. 78º, 1, do CSC.

Cumpre, a propósito do comportamento dos Diretores dado como provado pelo Tribunal da Relação de Guimarães, recordar o que decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra no Ac. de 2.3.2016: «Comete o crime de falsificação de documento, p. e p. pelo artigo 256.º, n.º 1, alínea d), do CP, o agente, legal representante de uma sociedade por quotas, que lavra uma acta com teor não correspondente à realidade relativa à declarada inexistência de activo e passivo, destinada a requerer – como efectivamente requereu, com sucesso – na Conservatória do Registo Comercial, procedimento especial de extinção imediata do dito ente colectivo».

3.2. Violação do dever de apresentar a cooperativa à insolvência

A Autora imputa, ainda, aos Diretores da Cooperativa C “a violação do dever de apresentação à insolvência da Cooperativa C, uma vez que o art.º 18º, n.º 1 do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE) faz impender sobre o devedor o dever de requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência”.

Alega a Autora que “não tendo a Cooperativa qualquer activo, tinha contudo, desde Janeiro de 2012, uma dívida de 10.568,52€ (acrescido do IVA) que constituía, pelo menos, o seu passivo. O mesmo é dizer que a Cooperativa se encontrava à data da dissolução em situação de insolvência, não cumprindo os Réus com o dever de apresentação à insolvência, conforme lhes impunha a lei”.

Efetivamente, nos termos do art. 3º, 1, do CIRE, é “considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas”. E o art. 3º, 2, do mesmo Código prescreve que “as pessoas colectivas e os patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta, são também considerados insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao ativo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis.”.

O teor do Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães não esclarece se a Cooperativa C é de responsabilidade limitada ou ilimitada. No entanto, os factos dados como provados mostram a *insuficiência do património* da Cooperativa C para pagar o débito à Autora e mostram também que a Cooperativa C estava impossibilitada de cumprir obrigações vencidas. Além disso, os Diretores não apresentaram a cooperativa à insolvência, mas sim promoveram a sua dissolução, apresentado documentos que não espelhavam fielmente o passivo da cooperativa.

Ora, nos termos do art. 19º do CIRE, “não sendo o devedor uma pessoa singular capaz, a iniciativa da apresentação à insolvência cabe ao órgão social incumbido da sua administração, ou, se não for o caso, a qualquer um dos seus administradores”. Perante a impossibilidade de cumprir determinada pela insuficiência do património, os membros da Direção deveriam ter apresentado a cooperativa à insolvência, nos termos dos arts. 18º e 19.º do CIRE.

A norma do art. 18º do CIRE configura uma *norma de proteção dos credores da cooperativa*²³. A violação deste dever por parte dos diretores da cooperativa constitui um comportamento ilícito relevante para os efeitos da sua responsabilidade direta para com os credores. No entanto, ainda que esteja cumprido o requisito da ilicitude, ele não é suficiente para constituir a obrigação de os Diretores da Cooperativa indemnizarem os credores desta. Na verdade, é essencial que, no

²³ V. para as sociedades, J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 78º», cit., p. 959.

caso concreto, estejam reunidos os restantes pressupostos: culpa, dano e nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo e o dano dos credores da cooperativa.

Os factos dados como provados mostram que o comportamento dos Diretores é culposo e ilícito. Também foi dada como provada a insuficiência do património da cooperativa (não tinha qualquer ativo) para satisfazer o crédito da Autora. Foi dado como provado a não satisfação do crédito da Autora. E, claro, foi dado como provado o dano da Autora-credora da Cooperativa.

Já não é tão claro que se possa afirmar o nexo causal entre a violação do dever à apresentação à insolvência e a insuficiência do património da cooperativa para satisfazer os créditos dos seus credores.

4 CONCLUSÃO

Os Diretores de Cooperativa não são garantes das dívidas da cooperativa. Devedora é a cooperativa e não os titulares do órgão de administração e de representação da cooperativa.

Em regra, pelo incumprimento do contrato responde a cooperativa contratante e não os Diretores desta.

À luz das normas do Código Cooperativo de 1996, a responsabilidade dos diretores perante os credores desta dependia, essencialmente, da aplicação dos arts. 9º do CCoop e do art. 78º, 1, do CSC. E, por consequência, o comportamento ilícito relevante para esta responsabilização consistia na violação de normas legais destinadas à proteção de credores da cooperativa. A violação do dever legal específico de prestar informações verdadeiras sobre o passivo da cooperativa não configura, juridicamente, a violação de norma legal de proteção dos credores da cooperativa.

Já a violação do dever legal específico de apresentar a cooperativa à insolvência configura violação de norma legal destinada à proteção de credores da cooperativa. No entanto, a responsabilidade civil direta dos Diretores da Cooperativa C exige que se possa afirmar o nexo de causalidade entre o comportamento ilícito e culposo e a insuficiência do património da cooperativa para satisfazer os débitos perante os seus credores.

Não resulta claramente da factualidade dada como provada que a insuficiência do património da cooperativa tenha sido causada pela violação do dever legal específico de os Diretores apresentarem a cooperativa à insolvência.

Não podem ser ignoradas a ilicitude e a gravidade do comportamento dos Diretores da Cooperativa C. O Tribunal da Relação de Coimbra, em caso de contornos semelhantes, já se pronunciou pela relevância penal do comportamento do representante legal.

5 BIBLIOGRAFIA

- ABREU, J. M. COUTINHO DE, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade*, 2.^a ed., Coimbra: IDET/Almedina, 2010.
- ABREU, J. M. COUTINHO DE / RAMOS, MARIA ELISABETE, “Artigo 75º”, em *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2017, pp. 935-942.
- ABREU, J. M. COUTINHO DE / RAMOS, MARIA ELISABETE, «Artigo 78º», em *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2017, pp. 955-967.
- ABREU, J. M. COUTINHO DE / RAMOS, MARIA ELISABETE, «Artigo 79º», «Artigo 79º», em *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2017, 968-978.
- FLEISCHER, HOLGER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht und “nützlich” Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005.
- FRADA, CARNEIRO DA, *Direito civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, Coimbra: Almedina, 2006.
- FRADA, CARNEIRO DA, «O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores», *Direito das Sociedades em Revista* 8 (2012), pp. 65-74.
- NUNES, PEDRO CAETANO, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 2012.
- RAMOS, MARIA ELISABETE, «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas – uma introdução», *CES* 32 (2009-2010), pp. 35-54.
- RAMOS, MARIA ELISABETE, «Responsabilidade civil pela administração da cooperativa. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de outubro de 2012», *CES*, 35 (2012-2013), pp. 349-361.
- VENTURA, RAÚL/CORREIA, LUÍS BRITO, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, Lisboa, 1970.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 239-252
ISSN: 1130-2682

**COOPERATIVAS, EMPRESAS E SOCIEDADES
(COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA
RELAÇÃO DE COIMBRA DE 6.7.2016, PROC. N.º 209/14.
OT8LRA.C1; RELATOR: CARVALHO MARTINS)**

*COOPERATIVES, UNDERTAKINGS AND COMPANIES
(COMMENT TO THE JUDGMENT OF THE SECOND INSTANCE
COURT – TRIBUNAL DA RELAÇÃO – OF COIMBRA,
PROC. N.º 209/14.OT8LRA.C1; CARVALHO MARTINS)*

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS*

Recepción: 28/6/2017 - Aceptación: 28/6/2017

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Email: soveralm@fd.uc.pt.

RESUMO

No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra comentado foi entendido que uma cooperativa não era empresa, nem empresa comercial, nem comerciante. Por isso, não estaria sujeita ao regime do art. 102.º do Código Comercial português, que contém um regime relativo aos juros quanto a créditos de empresas comerciais. O autor procura demonstrar que a boa solução é a de admitir que as cooperativas podem ser vistas como titulares de empresas, empresas em sentido subjetivo, empresas comerciais e comerciantes (quando tenham objeto comercial), e podem ficar sujeitas ao disposto no art. 102.º do Código Comercial.

PALAVRAS-CHAVE: cooperativa, empresa, empresa comercial, comerciante, código comercial português.

ABSTRACT

The Second Instance Court of Coimbra decided that a cooperative may not be qualified as undertaking, commercial undertaking or merchant. Therefore, art. 102.º of the Portuguese Commercial Code may not be applied to cooperatives. The author tries to prove that the appropriate solution is to consider that cooperatives may be considered owners of undertakings (as objects), and may also be considered commercial undertakings (as entities) and merchants (if and when their objects clause is of commercial nature). Art. 102.º of the Commercial Code may also be applied to cooperatives.

KEY WORDS: cooperative, undertaking, commercial undertaking, merchant, portuguese commercial code.

SUMÁRIO: 1. OS FACTOS RELEVANTES 2. UMA COOPERATIVA PODE SER TITULAR DE UMA EMPRESA (EM SENTIDO OBJETIVO) E SER EMPRESA (EM SENTIDO SUBJETIVO) 3. UMA COOPERATIVA PODE PRATICAR ATOS DE COMÉRCIO OBJETIVOS E SER TITULAR DE UMA EMPRESA COMERCIAL. 4. UMA COOPERATIVA PODE SER COMERCIANTE. 5. UMA COOPERATIVA PODIA FICAR SUJEITA AO REGIME DO DL 32/2003.

CONTENTS: 1. RELEVANT INFORMATION 2. A COOPERATIVE MAY BE THE OWNER OF A UNDERTAKING (AS AN OBJECT) AND MAY BE CONSIDERED AS A UNDERTAKING (AS AN ENTITY) 3. A COOPERATIVE MAY PRACTICE OBJECTIVE COMMERCIAL ACTS AND MAY BE THE OWNER OF A COMMERCIAL UNDERTAKING 4. A COOPERATIVE MAY BE CONSIDERED AS A MERCHANT 5. DL 32/2003 MAY BE APPLIED TO A COOPERATIVE.

1 OS FACTOS RELEVANTES

Uma sociedade anónima intentou uma ação declarativa de condenação contra uma Cooperativa Agrícola pedindo o pagamento de uma determinada quantia, juros vencidos e juros vincendos à taxa de 7,15% «ou de outra que sobrevir e ainda no pagamento de custas, procuradoria e mais legal».

A Autora alegou que vendeu à Ré maçãs e que esta última não lhe pagou o preço que a primeira considerava devido. O tribunal de primeira instância considerou a ação parcialmente procedente e a Ré recorreu, tendo a Autora pedido a ampliação do âmbito do recurso. E foi precisamente a propósito dessa ampliação que foram discutidas as questões que suscitam o nosso comentário.

O objeto social da Autora era «a produção, comercialização, importação, exportações de frutas e produtos hortícolas, valorização das mesmas adquiridas aos seus accionistas e nos mercados nacional e internacional, através da concentração, embalagem, transformação e sua comercialização, preparação e conservação de frutos e de produtos hortícolas por outros processos». Tratava-se de um objeto comercial: compra para revenda de coisas móveis, revenda de coisas móveis adquiridas para esse fim, indústria transformadora (arts. 463.º, 1 e 3, e 230.º, 1, do Código Comercial). Por sua vez, a Ré tinha como objeto social «a recolha, a concentração, a transformação, a conservação, a armazenagem e o escoamento de bens e produtos provenientes das explorações dos seus membros;- A instalação e a prestação de serviços às explorações dos seus membros, nomeadamente de índole organizativo, técnica, tecnológica, económica, financeira, comercial, administrativa e associativa;- A promoção da prática da protecção e ou produção integrada das culturas». Também este objeto é comercial: a compra de coisas móveis para

revenda é ato de comércio objetivo; a revenda de coisas móveis adquiridas para esse fim é ato objetivo; a atividade transformadora desenvolvida no quadro de uma empresa é comercial. E foi no âmbito dessas atividades que a Ré comprou à Autora as maçãs em causa.

Porém, para o Tribunal da Relação de Coimbra a Ré não fazia do comércio profissão. Além disso, aquele Tribunal também entendeu que «uma cooperativa que prossiga a actividade que a Ré desenvolve (e deverá desenvolver) dificilmente poderá ser qualificada como uma empresa no sentido e contexto do mercado e da actividade económica nele desenvolvida, ainda que a lei lhe atribua essa qualidade sob o ponto de vista organizacional e/ou, sobretudo, para efeitos contabilísticos e fiscais».

O Tribunal da Relação de Coimbra considerou que não seria convocável para o caso o art. 102.º do Código Comercial, na redação aplicável. Com efeito, o preceito referido sofreu várias alterações ao longo dos tempos. De acordo com os factos dados como provados, a compra e venda entre Autora e Ré teve lugar em 2010, tendo as faturas sido emitidas, aparentemente, entre 17.8.2010 e 16.9.2010.

Para o Tribunal da Relação de Coimbra no art.º 102º do Código Comercial «e regulamentação conexa» apenas estariam abrangidas «as verdadeiras empresas comerciais, ou seja, as que efectivamente praticam actos de comércio e não aquelas às quais nega a qualidade de comerciais ou comerciantes». Por outro lado, também concluiu «que a taxa de juros moratórios relativamente aos créditos de que sejam titulares empresas comerciais não é aplicável às cooperativas, quer surjam na qualidade de entidade credora [...], quer na de entidade devedora e, como tal, sendo a Ré uma mera cooperativa (...), e não uma entidade empresarial, não está obrigada ao pagamento dos juros comerciais reclamados, devendo pagar os juros civis moratórios», tal como fixados».

No sumário do Acórdão pode ainda ler-se, entre outras coisas, o seguinte:

«10. Do regime jurídico instituído pelo DL n.º 32/2003, de 17.02, se retiram decisivos elementos no sentido de que o legislador, nas sucessivas alterações que tem vindo a introduzir ao art.º 102º, do Código Comercial, e regulamentação conexa, tem demonstrado o intuito de abranger, apenas, as verdadeiras empresas comerciais, ou seja, as que efectivamente praticam actos de comércio e não aquelas às quais nega a qualidade de comerciais ou comerciantes.

11. Neste enquadramento, conclui-se que a taxa de juros moratórios relativamente aos créditos de que sejam titulares empresas comerciais não é aplicável às cooperativas, quer surjam na qualidade de entidade credora, quer na de entidade devedora e, como tal, sendo a Ré uma mera cooperativa (...), e não uma entidade empresarial,

não está obrigada ao pagamento dos juros comerciais reclamados, devendo pagar os juros civis moratórios, tal como fixados.

12. De harmonia com o disposto no art. 805.º do Cód. Civil (*momento da constituição da mora*), o devedor só fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir, sendo a citação um dos modos de fazer a interpelação. Mesmo sendo o crédito ilíquido, o devedor fica constituído em mora a partir da citação, no caso de responsabilidade por facto ilícito».

Como se vê, o Tribunal considerou, designadamente, que uma cooperativa não é empresa comercial nem é sequer empresa, tal como não é comerciante. E, parece, também entendeu que uma cooperativa não pratica atos de comércio.

Pela nossa parte, consideramos que, perante o direito comercial português, uma cooperativa pode ser empresa e empresa comercial. Pode, também, praticar atos de comércio e pode ser comerciante se tiver objeto comercial. Além disso, uma cooperativa poderia ficar sujeita ao regime contido no DL 32/2003, de 17.2, no que diz respeito à taxa de juro aplicável. A esses pontos dedicaremos as páginas seguintes.

2 UMA COOPERATIVA PODE SER TITULAR DE UMA EMPRESA (EM SENTIDO OBJETIVO) E SER EMPRESA (EM SENTIDO SUBJETIVO)

Uma empresa é uma organização concreta de fatores produtivos como ou enquanto valor de posição no mercado¹. Esta é uma noção que olha para a empresa enquanto objeto: objeto de negócios, objeto de direitos.

Uma cooperativa pode ser titular de uma empresa e pode explorar uma empresa². Mal seria que assim não pudesse ser. Uma cooperativa pode criar uma empresa: pode arrendar imóveis, pode contratar trabalhadores, pode registar sinais distintivos do comércio, pode adquirir mercadorias que guarda no armazém e que coloca à venda, pode comprar um veículo de transporte de mercadorias, etc., etc.. Uma cooperativa pode também organizar todos esses elementos e fazer surgir uma empresa em sentido objetivo, entendida esta como estabelecimento.

Uma cooperativa pode igualmente adquirir uma empresa já criada por outrem. Isso pode acontecer, designadamente, através de compra e venda. Mas aquela

¹ ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das coisas*, Centelha, Coimbra, 1977, p. 196. Para outras noções, v., p. ex., COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 295,

² Sobre as empresas que são instrumento de cooperativas, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit., p. 290 e ss..

aquisição também pode acontecer porque um cooperador realizou uma entrada em espécie³.

A cooperativa não se confunde com a empresa (em sentido objetivo) de que é titular. A cooperativa pode existir antes de ser titular de uma empresa. E pode continuar a existir depois de alienar essa empresa.

Enquanto for titular e exploradora de uma empresa em sentido objetivo a cooperativa será, certamente, empresa em sentido subjetivo: será sujeito jurídico que exerce uma atividade económica⁴. E se a cooperativa é titular de uma empresa mercantil e, através dela, pratica atos de comércio, será, certamente, uma empresa comercial (o termo empresa é agora utilizado em sentido subjetivo).

Mas poderá uma cooperativa praticar atos de comércio objetivos? É o que veremos em seguida.

3 UMA COOPERATIVA PODE PRATICAR ATOS DE COMÉRCIO OBJETIVOS E SER TITULAR DE UMA EMPRESA COMERCIAL

Uma empresa em sentido objetivo é comercial quando é utilizada para a prática de atos objetivamente mercantis (atos de comércio em sentido objetivo). São atos de comércio em sentido objetivo, desde logo, os que estão «especialmente regulados» no Código Comercial, como dita o seu art. 2.º, 1.ª parte. Mas não só.

Tendo em conta o art. 4.º da Carta de Lei de 28 de junho de 1888, serão atos de comércio objetivos, em regra, os que estão regulados em lei que substitui preceitos do Código Comercial: «Toda a modificação que de futuro se fizer sobre matéria contida no Código Comercial será considerada como fazendo parte dele e

³ Sobre o regime das entradas em espécie nas cooperativas, v. o art. 84.º do Código Cooperativo.

⁴ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit., p. 220. JOSÉ TAVARES, *Sociedades e empresas comerciais*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1924, colocava de um lado o sentido subjetivo de empresa (organismo, pessoa jurídica do organismo económico) e do outro o sentido objetivo (os atos que a constituem, o complexo das forças e funções económicas que constituem o organismo). Distinguindo na empresa três perfis (o subjetivo – atividade ou conjunto de atividades do sujeito –, o objetivo – conjunto de meios detido pelo sujeito – e institucional ou corporativo – a sua existência como entidade no mercado), CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 42 e s.. Identificando cinco sentidos jurídicos para a palavra empresa (subjetivo, objetivo ou patrimonial, funcional, corporativo, institucional), CATARINA SERRA, *Direito comercial. Noções fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 19. Admitindo que uma cooperativa represente «uma estrutura jurídica da empresa», OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, vol. I, Lisboa, 1998/99, p. 484; referindo-se às «empresas cooperativas», COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, cit., p. 290. Defendendo que a cooperativa deve organizar-se como empresa, DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no direito português: o capital social*, Vida Económica, Porto, 2009, p. 43.

inserida no lugar próprio, quer seja por meio de substituição de artigos alterados [...]»⁵.

Serão, ainda, atos de comércio objetivos os que estão como tal regulados em legislação comercial. E serão atos de comércio objetivos os que assim possam ser qualificados recorrendo à analogia⁶.

Pois bem. Nada impede que uma cooperativa pratique atos de comércio objetivos. Nada impede que uma cooperativa pratique um ou mais atos objetivos acima referidos. Em regra, os atos de comércio objetivos não dependem da qualidade dos sujeitos que os praticam para serem... atos de comércio objetivos. Por isso também é que são chamados atos de comércio... objetivos.

Uma cooperativa, é certo, não tem fins lucrativos. Mas um ato de comércio não tem que ser praticado com fim lucrativo. Esse requisito não resulta da lei. Pelo contrário, o que resulta é a possibilidade de serem praticados atos de comércio objetivos sem fim lucrativo: basta lembrar que, segundo o art. 404.º do Código Comercial, o «depositário terá direito a uma gratificação pelo depósito, salva convenção expressa em contrário»⁷. Se existir essa convenção expressa em contrário, o ato ainda será objetivamente mercantil.

4 UMA COOPERATIVA PODE SER COMERCIANTE

Discute-se em Portugal se as cooperativas são ou podem ser comerciantes. Para procurar resolver essa dúvida é fundamental recorrer ao art. 13.º do Código Comercial: «São comerciantes: 1.º As pessoas, que, tendo capacidade para praticar atos de comércio, fazem deste profissão; 2.º As sociedades comerciais». Porém, como veremos, aquele não é o único preceito que, no sistema jurídico português, qualifica sujeitos como comerciantes.

Na opinião de Oliveira Ascensão⁸, as cooperativas que fazem do comércio profissão devem ser consideradas comerciantes, aplicando-lhes o art. 13.º, 1, do Código Comercial.

Coutinho de Abreu⁹ considera, por seu lado, que as cooperativas que tenham objeto comercial são comerciantes por força do art. 13.º, 1, do Código Comercial. Para aquele Professor, as «pessoas» a que o preceito se refere tanto podem ser singulares, como coletivas. E estas últimas podem ter «profissão». Esta última

⁵ Lembrando isso mesmo, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit., p. 80.

⁶ V., mais uma vez, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, cit., p. 82 e ss., com muitas referências bibliográficas. Defendendo que só deve ser admitido o recurso à analogia entre empresas, CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português*, cit., p. 97.

⁷ Lembrando isso mesmo, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, cit., p. 76.

⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, cit., p. 483.

⁹ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, cit., p. 126.

conclusão é retirada, aliás, do teor do art. 14.º daquele mesmo Código: «É proibida a profissão do comércio: 1.º Às associações ou corporações que não tenham por objeto interesses materiais [...]». Como se pode ver, reconhece-se no preceito que associações ou corporações tenham profissão, embora se proíba a profissão do comércio a tais entidades. Mas só faz sentido proibir o que pudesse ter lugar...

Também Pedro Pais de Vasconcelos entende que o art. 13.º, 1, do Código Comercial «não se restringe aos comerciantes individuais», abrangendo todas as «pessoas jurídicas que, tendo capacidade para exercer o comércio, façam dele – do comércio – profissão», dando precisamente o exemplo das cooperativas.

Cassiano dos Santos¹⁰ defende igualmente que o art. 13.º, 1, do Código Comercial será aplicável não apenas às pessoas humanas, mas ainda aos «demais sujeitos» que não sejam sociedades comerciais. Fica, porém, a dúvida sobre se aceitará que as cooperativas sejam comerciantes.

Já Paulo Olavo Cunha¹¹ exige que a cooperativa, para ser comerciante, tenha objeto comercial, esteja inscrita no registo comercial e faça do comércio profissão.

Pela nossa parte, consideramos que a qualificação de uma cooperativa como comerciante quando tenha objeto comercial é difícil através do art. 13.º, 1, do Código Comercial. Ter objeto comercial não é o mesmo que fazer do comércio profissão. A menos que se entenda que é possível dizer que uma pessoa coletiva faz do comércio profissão pelo simples facto de ter esse comércio previsto no seu objeto.

Hoje, parece-nos que é necessário revisitar a possibilidade de aplicar por analogia o disposto no art. 13.º, 2, daquele mesmo Código às cooperativas que tenham objeto comercial. Haverá, certamente, quem diga que tal aplicação por analogia não fará sentido porque o referido preceito contém um regime excecional¹².

Importa, porém, chamar a atenção para duas coisas.

Em primeiro lugar, há que ter em conta que as cooperativas eram consideradas sociedades pelo próprio Código Comercial de 1888¹³. O revogado art. 207.º do Código Comercial estabelecia que as «sociedades cooperativas são especializadas pela variabilidade do capital social e pela illimitação do numero de sócios». O regime das sociedades cooperativas surgia no Capítulo V de um Título (o II) dedicado às sociedades. Lia-se no art. 104.º que uma sociedade seria comercial se tivesse por objeto praticar um ou mais atos de comércio e se fosse constituída

¹⁰ CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 104 e s..

¹¹ PAULO OLAVO CUNHA, *Lições de direito comercial*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 108.

¹² É essa a leitura de CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português*, cit., p. 105, ao referir-se a «um sistema excecional de aquisição» [da qualidade de comerciante].

¹³ Mas v., considerando-as associações, ALBERTO LUÍS, «Natureza jurídica das cooperativas em Portugal», ROA, 1966, p. 172 e s..

de acordo com os preceitos do Código Comercial¹⁴. Assim, uma cooperativa que tivesse objeto comercial e que se constituísse segundo o regime previsto para o efeito naquele Código seria sociedade comercial e, por isso comerciante.

Impõe-se averiguar se a cooperativa constituída de acordo com o disposto no Código Cooperativo pode ser considerada comerciante através do disposto no art. 13.º, 2, do Código Comercial quando tem objeto comercial. Nesse caso, será defensável a aplicação, por analogia, do disposto no art. 13.º, 2, do Código Comercial? Também as sociedades comerciais são comerciantes e, para serem sociedades comerciais, devem ter objeto comercial. Não se trata de ver se as cooperativas são sociedades comerciais. Trata-se, isso sim, de ponderar outra coisa: se as sociedades são comerciais porque têm objeto comercial e, sendo sociedades comerciais, são comerciantes, isso justificará que também se considerem como comerciantes outras pessoas coletivas que tenham objeto comercial?

Em 1888, não eram muitas as outras pessoas coletivas. Poderia então dizer-se que, se as cooperativas eram sociedades e podiam ser sociedades comerciais, e se os arts. 14.º e 17.º do Código Comercial se ocupavam das associações, corporações, Estado, distrito, município, paróquia, misericórdias, asilos e outros institutos de beneficência e caridade, pouco mais sobraria.

Mas isto, convenhamos, é pouco para se sustentar hoje a aplicação por analogia do art. 13.º, 2, do Código Comercial às cooperativas com objeto comercial. Contra essa aplicação poderia argumentar-se que as cooperativas não seriam, hoje, sociedades. Com efeito, as cooperativas reguladas no Código Cooperativo não têm fim lucrativo: «As cooperativas são pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles». E o fim lucrativo surge exigido pela noção de sociedade apresentada no art. 980.º do Código Civil¹⁵. Além disso, as cooperativas têm que obedecer aos princípios cooperativos.

No entanto, a verdade é que o Regulamento (CE) 1435/2003 do Conselho, de 22 de julho de 2003 (o «Regulamento»), contém o regime das Sociedades Cooperativas Europeias (SCE). Isto é, aquele Regulamento considera que são sociedades as SCE. É certo que, na sua versão em língua portuguesa, o Regulamento não estabelece que a SCE não deve ter um fim lucrativo. O art. 1.º, 3, do Regulamento

¹⁴ Aceitando que uma cooperativa pudesse ser sociedade comercial, ADRIANO ANTHERO, *Comentário ao Código Commercial Portuguez*, vol. I, Artes & Letras, Porto, 1913, p. 67, CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Commercial Português*, vol. I, Empreza Editora J.B., Lisboa, 1914, p. 212.

¹⁵ Lembrando isso ao abrigo do Código Cooperativo aprovado pela L 51/96, RUI NAMORADO, *Introdução ao direito cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 254-255, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Commercial*, vol. II, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 42.

faz referência, isso sim, ao objeto principal («a satisfação das necessidades e/ou o desenvolvimento das atividades económicas e/ou sociais dos seus membros [...]»). Contudo, na versão em língua alemã surge antes, no mesmo preceito, a palavra *Hauptzweck*. Ora, *zweck* é «alvo, fim, desígnio m., intenção f., intento m.»¹⁶. Parece, realmente, que é do fim que se trata ali. Se assim for, então está demonstrado que não repugna ao direito positivo vigente entre nós que se considere como sociedade uma cooperativa. E isso poderá obrigar a repensar a noção de sociedade em Portugal. Como é sabido, um Regulamento, para além de ter carácter geral, é «obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados Membros» (art. 288.º do TFUE).

A isso acresce que o Considerando (7) do Regulamento revela, inequivocamente, que foram tidos ali em conta os princípios específicos a que se sujeitam as cooperativas: estas «são, antes de mais, agrupamentos de pessoas ou entidades jurídicas que obedecem a princípios de funcionamento específicos, diferentes dos outros operadores económicos. Esses princípios incluem o princípio da estrutura e controlo democráticos e a distribuição do lucro líquido do exercício numa base equitativa». E não foi isso que impediu a sua qualificação como sociedades. Se a SCE tiver objeto comercial, parece que terá de ser considerada sociedade comercial e, por isso, comerciante por força do teor do art. 13.º, 2, do Código Comercial (agora, sem necessidade de recurso à analogia).

Ainda, porém, que não se aceite a aplicação por analogia do disposto no art. 13.º, 2, do Código Comercial para qualificar as cooperativas com objeto comercial como comerciantes¹⁷, sempre se poderia invocar o regime a que estão sujeitos os Agrupamentos Europeus de Interesse Económico. Estes últimos são considerados comerciantes quando tenham por objeto praticar atos de comércio (art. 3.º, 2, do DL 148/90). E a verdade é que também os mencionados Agrupamentos não têm escopo lucrativo: v. o art. 3.º, 1, do Regulamento (CEE) 2137/85.

5 UMA COOPERATIVA PODIA FICAR SUJEITA AO REGIME DO DL 32/2003

Atendendo à data em que foram praticados os factos sujeitos à apreciação do Tribunal da Relação de Coimbra, era-lhes aplicável o DL 32/2003, de 17 de fevereiro. Este último foi, entretanto, alterado pelo DL 107/2005, de 1 de julho, e pela L 3/2010, de 27 de abril. No entanto, o DL 32/2003 acabou por ser revogado pelo DL 62/2013, de 10 de maio, mas com exceção dos arts. 6.º e 8.º «no que respeita

¹⁶ Recorremos a H. MICHAELIS, *Novo diccionario da língua portuguesa e alemã enriquecido com os termos técnicos do commercio e da industria, das sciencias e das artes e da linguagem familiar*, parte segunda, 5.ª ed., Brockhaus, Leipzig, 1899.

¹⁷ CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português*, cit., p. 105, considera que «só as sociedades comerciais justificam um sistema excepcional de aquisição» [da qualidade de comerciante].

aos contratos celebrados antes da entrada em vigor» do próprio DL revogatório. A primeira destas exceções é particularmente importante, pois o art. 6.º do DL 32/2003 contém uma alteração ao art. 102.º do Código Comercial relativa à contagem de juros relativamente a créditos de que sejam titulares empresas comerciais.

O DL 32/2003 transpõe a Diretiva 2000/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de junho, e o DL 62/2013 transpõe a Diretiva 2011/7/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de fevereiro de 2011. Essas Diretivas devem ser tidas em conta na altura de interpretar as disposições que as transpuseram.

Regressemos ao caso que convoca a nossa atenção. Na nossa opinião, o crédito que a Autora tinha sobre a Ré deveria ficar sujeito ao regime contido no art. 102.º do Código Comercial, pois tratava-se de um crédito de que era titular empresa comercial (neste caso, coletiva). Mas há mais. É que o DL 32/2003 era aplicável «a todos os pagamentos efetuados como remunerações de transações comerciais» (art. 2.º, 1)¹⁸. E considerava-se transação comercial «qualquer transação entre empresas ou entre empresas e entidades públicas, qualquer que seja a respetiva natureza, forma ou designação, que dê origem ao fornecimento de mercadorias ou à prestação de serviços contra uma remuneração» (art. 3.º, a)¹⁹. Empresa, por sua vez, era «qualquer organização que desenvolva uma atividade económica ou profissional autónoma, mesmo que exercida por pessoa singular» (art. 3.º, b)²⁰.

Importa sublinhar que a transação comercial não se confundia com «contrato de fornecimento». O que interessava era que a transação, «qualquer que seja a respetiva natureza, forma ou designação», desse origem ao fornecimento de mercadorias ou à prestação de serviços contra remuneração. O contrato celebrado entre Autora e Ré não era um contrato de fornecimento, mas era um contrato que, inquestionavelmente, deu origem a um fornecimento de mercadorias.

Pois bem. O que víamos ainda escrito no art. 4.º, 1, do DL 32/2003 era que os «juros aplicáveis aos atrasos de pagamento das transações previstas no presente diploma são os estabelecidos no Código Comercial». Ou seja: o regime do art. 102.º do Código Comercial acabava por aplicar-se não apenas aos casos nele expressamente previstos, mas também aos atrasos de pagamento nas transações «comerciais» previstas no DL 32/2003. E transações comerciais eram as que como tal eram entendidas no referido diploma. Tratava-se de um conceito com uma dimensão que ía (e vai) além das fronteiras nacionais, uma vez que estávamos perante a transposição da Diretiva 2000/35/CE. Com efeito, líamos também no

¹⁸ V. hoje o art. 2.º, 1, do DL 62/2013.

¹⁹ V. hoje o art. 3.º, b), do DL 62/2013.

²⁰ V. hoje o art. 3.º, d), do DL 62/2013, que define empresa como sendo «uma entidade que, não sendo uma entidade pública, desenvolva uma atividade económica ou profissional autónoma, incluindo pessoas singulares». No preâmbulo do DL 62/2013 é, aliás, usada a expressão «operadores económicos», que também surge frequentemente nos Considerandos da Diretiva 2011/7/UE..

art. 2.º, 1, desta Diretiva que, para efeitos da mesma, «transação comercial» devia ser entendida como «qualquer transação entre empresas ou entre empresas e entidades públicas que dê origem ao fornecimento de mercadorias ou à prestação de serviços contra uma remuneração»²¹.

Assim, mesmo que se entendesse que a Ré não era empresa comercial olhando apenas para o significado que o termo «comercial» pode ter à luz do direito interno, a verdade é que uma transação comercial abrangida pelo DL 32/2003 não era, necessariamente, um ato de comércio objetivo nos termos em que tais atos são assim entendidos em Portugal. E mesmo que a Autora fosse membro da Ré²², não vemos como afastar o negócio entre ambos realizado (compra e venda ou não) do conceito de «transação comercial» tal como o mesmo era visto no DL 32/2003 e na Diretiva 2000/35/CE.

A tudo o que foi dito acresce ainda que o negócio entre Autora e Ré deveria ficar sujeito ao regime do art. 4.º, 2, do DL 32/2003: os juros venceriam automaticamente nos termos ali estabelecidos e, portanto, sem necessidade de interpelação. E isso deveria ter levado à condenação da Ré no pagamento de juros vencidos antes da citação.

O que defendemos faz sentido. Até porque tanto o regime da Diretiva 2000/35/CE como o do DL 32/2003 tinham em vista combater os atrasos de pagamentos nas transações comerciais. Veja-se, por exemplo, o teor do Considerando (7) da Diretiva mencionada: «Recaem sobre as empresas, particularmente as de pequena e média dimensão, pesados encargos administrativos e financeiros, em resultado de prazos de pagamento excessivamente longos e de atrasos de pagamento. Além disso, estes problemas são uma das principais causas de insolvência, ameaçando a sobrevivência das empresas e resultando na perda de numerosos postos de trabalho». E mais adiante, no Considerando (16), acrescenta-se: «Os atrasos de pagamento constituem um incumprimento de contrato que se tornou financeiramente atraente para os devedores na maioria dos Estados-Membros, devido às baixas taxas de juro que se aplicam aos atrasos de pagamento e/ou lentidão dos processos de indemnização». O mesmo tipo de preocupações surge no preâmbulo do DL 32/2003, onde lemos, por exemplo, que ali se estabelecia «um valor mínimo para a taxa de juros legais de mora, por forma a evitar que eventuais baixas tornem financeiramente atraente o incumprimento». E isto depois de se fazer igualmente menção ao fato de recaírem «sobre as empresas, particularmente as de pequena e média dimensão, encargos administrativos e financeiros em resultado de atrasos de pagamentos e prazos excessivamente longos. Estes problemas são uma das

²¹ Cfr. hoje o art. 2.º, 1, da Diretiva 2011/7/UE.

²² Esse é um aspeto que não é claro tendo em conta a matéria de facto dada como provada. Olhando para o objeto da cooperativa, parece que a Autora seria cooperadora da Ré.

principais causas de insolvência dessas empresas, ameaçando a sua sobrevivência e os postos de trabalho correspondentes».

A Diretiva 2011/7/UE retomou a mesma linha. Assim, no Considerando (6), depois de se lembrar a Comunicação «Think Small First», acrescentou-se «a necessidade de facilitar o acesso das pequenas e médias empresas (PME) ao financiamento e de criar um ambiente legal e empresarial favorável à pontualidade dos pagamentos nas transações comerciais». E acrescenta-se no Considerando (12) que os «atrasos de pagamento constituem um incumprimento de contrato que se tornou financeiramente aliciante para os devedores [...] visto serem baixas ou inexistentes as taxas de juro que se aplicam aos atrasos de pagamento [...]».

Vemos, assim, como pode ser perigosa a doutrina defendida no Acórdão comentado. Por um lado, pode servir para proteger cooperativas incumpridoras. Mas, por outro, irá prejudicar as cooperativas cumpridoras. E muitas delas são, precisamente, pequenas e médias empresas.

Não se esqueça também que o art. 2.º, 2, do DL 32/2003 excluía do seu âmbito de aplicação os «contratos celebrados com consumidores», os «juros relativos a outros pagamentos que não os efetuados para remunerar transações comerciais» e os «pagamentos efetuados a título de indemnização por responsabilidade civil, incluindo os efetuados por companhias de seguros»²³. Se fosse querido que as transações comerciais em que intervissem cooperativas não ficassem sujeitas ao mencionado regime, então as mesmas seriam incluídas naquele art. 2.º, 2.

Uma nota final para lembrar o regime contido no DL 118/2010, de 25 de outubro²⁴, entretanto alterado pelo DL 2/2013, de 9 de janeiro. Está ali previsto um conjunto de regras aplicáveis a «prazos de vencimento máximos para efeitos da obrigação de pagamento do preço nos contratos de compra e venda ou de fornecimento de bens alimentares celebrados entre empresas comerciais, singulares ou coletivas, em que a obrigação de pagamento do preço ocorra após a entrega dos bens». O regime aplica-se quanto a certos credores (art. 2.º, 1), mas não se aplica relativamente a certos devedores (art. 2.º, 2).

O que sobretudo pretendemos agora destacar é que no art. 2.º, 2, c), do DL 118/2010 é possível ler que este não se aplica a «transações comerciais entre as cooperativas constituídas ao abrigo da Lei n.º 51/96, de 7 de setembro, e os seus cooperantes, bem como entre as organizações de produtores reconhecidas ao abrigo do Despacho Normativo n.º 11/2010, de 20 de abril, e da Portaria n.º 1266/2008, de 5 de novembro, e os respetivos membros». Daqui se retira que é a aplicação do referido DL que é afastada quanto à relação entre as ditas cooperativas e os seus cooperantes. Mas também dali se extrai que as relações entre as men-

²³ Cfr. hoje o art. 2.º, 2, do DL 62/2013.

²⁴ O DL 118/2010 é ressalvado pelo DL 62/2013 no seu art. 2.º, 3, a).

cionadas cooperativas e os seus cooperantes podem ser... transações comerciais. E pode ainda acrescentar-se que o art. 2.º, 2, c), do DL 118/2010, ao afastar a aplicação deste diploma às referidas relações, revela que, se a mesma intenção tivesse existido quanto ao DL 32/2003, teria sido utilizada a mesma técnica legislativa: isto é, também no DL 32/2003 teria existido uma norma a afastar a sua aplicação quanto às transações comerciais entre as cooperativas e os respetivos cooperantes.

**COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL
DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO DE 28/9/2016, PROCESSO
0001924-29.2014.5.03.0134: O DIREITO COOPERATIVO E
O DIREITO DO TRABALHO, CONFLITOS E EDUCAÇÃO**

*COMMENTS ON THE JUDGMENT OF THE REGIONAL
LABOR COURT OF THE 3RD CIRCUIT OF 9/28/2016,
PROCEDURE 0001924-29.2014.5.03.0134: LABOR LAW AND
COOPERATIVE LAW, CONFLICTS AND EDUCATION*

MARIANNA FERRAZ TEIXEIRA* - MARÍLIA FERRAZ TEIXEIRA**

Recepción: 29/6/2017 - Aceptación: 20/10/2017

* Advogada. Especialista em Direito e Processo nos Tribunais Superiores pelo Centro Universitário de Brasília, pós-graduanda do MBA de Gestão de Cooperativas de Crédito pela Universidade de São Paulo, cursou mestrado em Direito Tributário pela Universidad Austral (Argentina). Endereço postal: SRTVS Quadra 701, Bloco O, Ed. Novo Centro Multiempresarial, Sala 360, CEP: 70.340-000, Brasília/DF. Email: marianna.tfadvogados@uol.com.br.

** Advogada. Pós-graduanda do MBA de Gestão de Cooperativas de Crédito pela Universidade de São Paulo, cursou mestrado em Direito Penal pela Universidad Austral (Argentina). Endereço postal: SRTVS Quadra 701, Bloco O, Ed. Novo Centro Multiempresarial, Sala 360, CEP: 70.340-000, Brasília/DF. Email: marilia.tfadvogados@uol.com.br.

RESUMO

O presente trabalho visa à análise do acórdão proferido, no processo n. 0001924-29.2014.5.03.0134, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região e publicado no dia 28 de setembro de 2016. De acordo com o tribunal laboral brasileiro, às relações havidas entre a cooperativa e o seu associado não se aplica o Direito do Trabalho.

Para tanto, será realizada a abordagem de conceitos típicos do Direito do Trabalho, assim como será apontada a localização desta área de estudo na legislação brasileira, a fim de evidenciar as distinções entre as suas características e as peculiaridades doutrinárias e legislativas inerentes ao cooperativismo. Ademais, serão expostos os conflitos resultantes da incompreensão destas diferenças para, ao final, apontar o quinto princípio cooperativo como diretriz essencial para reduzir as disputas judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Cooperativo, Direito do Trabalho, cooperativas de trabalho, educação cooperativa, relação de Trabalho.

ABSTRACT

The present work aims to analyse the judgment delivered in Case n. 0001924-29.2014.5.03.0134, by the Regional Labor Court of the 3rd Circuit and published on September 28, 2016. According to the Brazilian labor court, the Labor Law is not applicable to the relations between the cooperative and its associates.

Therefore, the approach of typical concepts of Labor Law and the position of this area of study in Brazilian legislation will be presented in order to highlight the distinctions between its characteristics and the inherent peculiarities, both doctrinal and legislative, of cooperativism. In addition, the conflicts resulting from the misunderstanding of these differences will be exposed, in order to point out the fifth cooperative principle as an essential guideline to reduce judicial disputes.

KEY WORDS: Cooperative Law, Labor Law, labor cooperatives, cooperative education, labor relation.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ARGUMENTOS PARA SOLUÇÃO JUDICIAL DO CONFLITO. 3. A RELAÇÃO EMPREGADO X EMPREGADOR NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO E SUAS DISTINÇÕES COM O DIREITO DO TRABALHO PORTUGÊS. 4. COOPERATIVAS DE TRABALHO NO BRASIL. 4.1. Características. 4.2. Relação com os associados. 4.3. Debate judicial. 5. EDUCAÇÃO COOPERATIVA E SEUS EFEITOS NA GOVERNANÇA. 6. CONCLUSÃO. 7. BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. ARGUMENTS FOR JUDICIAL CONFLICT SOLUTION. 3. THE RELATION EMPLOYEE VS. EMPLOYER ON BRAZILIAN LABOR LAW AND THEIR DISTINCTIONS WITH PORTUGUESE LABOR LAW. 4. LABOR COOPERATIVES IN BRAZIL. 4.1. Characteristics. 4.2. Relation with associates. 4.3. Judicial debates. 5. COOPERATIVE EDUCATION AND THEIR EFFECTS AT GOVERNANCE. 6. CONCLUSION. 7. BIBLIOGRAPHY.

1 INTRODUÇÃO

O acórdão a ser analisado pelo presente trabalho resume-se na confirmação, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, da decisão de primeira instância proferida no bojo de reclamação trabalhista movida por associada contra a cooperativa da qual fazia parte. O intuito da reclamante era a conferência do vínculo empregatício, inexistente na relação entabulada entre cooperativa e cooperado, a fim de receber as verbas advindas da relação laboral.

A decisão proferida observa que, em cooperativas de trabalho nas quais se verificam todas as características inerentes a este tipo societário, sobretudo a prática dos princípios da dupla qualidade do associado e da retribuição pessoal diferenciada, o vínculo de emprego deve ser afastado, por inexistir subordinação entre as partes litigantes, nos termos da legislação cooperativa e trabalhista pátria.

Desta feita, os comentários adiante buscam diferenciar as características existentes entre a relação empregatícia e aquela estabelecida entre cooperativa e seus membros, demonstrando o escopo da cooperativa do ramo trabalho e a necessidade de promover entre os associados constante formação acerca da doutrina cooperativa.

A promoção da educação cooperativa, prevista pelo quinto princípio do cooperativismo, tem o intuito de transformar a realidade dos cooperados, proporcionando o conhecimento acerca das bases necessárias para que se comprometam solidariamente com a sociedade da qual fazem parte, refletindo, assim, em uma gestão mais democrática e participativa. Desse modo, evitam-se demandas judiciais por incompreensão a respeito das particularidades do tipo societário ao qual são associados.

2 ARGUMENTOS PARA SOLUÇÃO JUDICIAL DO CONFLITO

A associada ajuizou Reclamação Trabalhista¹ contra a Cooperativa de Reciclagem dos Catadores da Rede de Economia Solidária – CATAUNIDOS –, na primeira instância da Justiça do Trabalho de Minas Gerais, argumentando inexistir elementos caracterizadores de cooperativismo na relação estabelecida entre as partes, o que geraria configuração de vínculo de emprego.

Aduziu ter sido contratada para exercer função de triadeira e que, posteriormente, foi dispensada sem justa causa, o que resultaria na obrigatoriedade de pagamento dos encargos trabalhistas devidos, em razão da existência da relação de emprego que buscava comprovar por intermédio da ação.

A cooperativa, em sua defesa, negou existir vínculo empregatício entre as partes litigantes, visto que a reclamante iniciou sua atividade como associada exercendo a função de catadora de material reciclável e que tal atribuição é desenvolvida por todos os catadores dentro do sistema de autogestão da cooperativa.

Diante dos fatos e dos documentos apresentados, a juíza de primeiro grau concluiu que a cooperativa exercia a atividade a qual se propunha e que a reclamante laborava em atividade relacionada a ele, sendo responsável por receber, transportar, classificar, padronizar, beneficiar, armazenar, industrializar e comercializar materiais recicláveis.

Ressaltou, ainda, que o fato de a associada receber, durante alguns meses, o valor invariável de sobras não caracterizava vínculo empregatício, uma vez que o montante não era fixo e, como política da cooperativa, seus associados deviam retirar uma quantia mínima mensal, independentemente da produção.

A vinculação pleiteada foi afastada sob o argumento de que o cooperativismo tem como fundamentos a união para a busca de objetivos comuns, a ideia de emancipação, de iniciativa própria, de eliminação do lucro e de mudança social. Ademais, destacam-se, nesse tipo societário, valores sociais como a ajuda mútua, a solidariedade, a democracia, a participação e a igualdade, que se refletem na conquista da cidadania e da inclusão social, especialmente nas hipóteses de trabalhadores colocados à margem dos direitos trabalhistas, como o caso de catadores.

Inconformada com a decisão, a reclamante recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – TRT3 –, segunda instância da Justiça do Trabalho cuja jurisdição abrange todo o estado de Minas Gerais, requerendo a reforma da decisão do juízo *a quo*, a fim de reconhecer a relação de emprego entabulada entre a CATAUNIDOS e ela.

Para tanto, insistiu que sua contratação se deu sob os moldes celetistas, em virtude de trabalhar de forma subordinada, de não receber participação nos lucros, e de,

¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário n. 0001924-29.2014.5.03.0134*. Relatora Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães. Publicado no Diário de Justiça eletrônico de 21/09/2016. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br>>. Acesso em 14 fev. 2017>.

tampouco, participar de reuniões ou possuir autonomia para tomar decisões relevantes dentro da cooperativa. Por sua vez, a cooperativa, em sede de defesa, argumentou que o labor se deu de modo autônomo, além de a reclamante atuar como cooperada, descaracterizando, portanto, a relação de emprego.

A desembargadora relatora do caso, ao analisar o processo, estabeleceu que o cooperativismo, amparado pela Constituição Federal, possui princípios que justificam suas peculiaridades, notadamente o da dupla qualidade e o da retribuição pessoal diferenciada.

Conforme esclarecido pelo TRT3, o primeiro deles indica que o associado deve ser, ao mesmo tempo, cooperado e cliente, auferindo as vantagens dessa duplicidade de situações, sendo legalmente imposto às cooperativas que prestam serviços a seus associados, nos termos do artigo 7º da Lei n. 5.764/71². De outro lado, o segundo princípio permite que o cooperado receba uma retribuição pessoal, em virtude de sua atividade autônoma, superior àquilo que obteria caso não estivesse associado.

Aduziu, ainda, que para que seja caracterizado o vínculo empregatício é necessária a presença concomitante dos requisitos estipulados no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – (pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação jurídica)³.

Dessa forma, não tendo sido verificada qualquer irregularidade na cooperativa ou na relação de associação estabelecida entre ela e seus membros, a Quarta Turma do TRT3 considerou inexistente a subordinação, razão pela qual, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário.

3 A RELAÇÃO EMPREGADO X EMPREGADOR NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO E SUAS DISTINÇÕES COM O DIREITO DO TRABALHO PORTUGUÊS

O Direito do Trabalho surgiu em decorrência da Revolução Industrial, como forma de o Estado intervir na relação de trabalho, limitando a liberdade das partes envolvidas (empregado e empregador), coibindo abusos e assegurando a dignidade do homem, de forma a garantir proteção ao trabalhador.

Desta feita, esse ramo do direito tornou-se, nas palavras de Gustavo Garcia, “o mecanismo essencial de sustentação do próprio sistema econômico-social, man-

² Art. 7º As cooperativas singulares se caracterizam pela prestação direta de serviços aos associados. BRASIL. *Lei n. 5.764*, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2017.

³ Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

BRASIL. *Decreto Lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2017.

tendo-o em patamares (social e humanamente) aceitáveis e garantindo o progresso e o desenvolvimento”⁴.

Ele também pode ser definido como “o ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas, as instituições jurídicas e os princípios que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho em sua estrutura e atividade”⁵.

No Brasil, o Direito do Trabalho encontra proteção constitucional, amparado como direito social pelo Título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, e legal, sistematizado pela Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943).

Uma vez que essa área do direito busca resguardar a relação de emprego, formalizada mediante um contrato de trabalho – negócio jurídico em que o empregado, pessoa natural, presta serviços de forma pessoal, subordinada e não-eventual ao empregador, recebendo a remuneração⁶ como contraprestação –, torna-se imprescindível a definição dos sujeitos envolvidos: empregado e empregador.

De acordo com o artigo 3º da CLT, empregado é toda pessoa física prestadora de serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante o recebimento salário, ou seja, é o destinatário das normas protetoras que constituem o direito laboral⁷, enquanto empregador, para o artigo 2º do mesmo diploma legal, será a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços⁸.

Para Orlando Gomes, empregador é o “devedor da contraprestação salarial e outras acessórias, o credor da prestação de trabalho e de sua utilidade, é ele a figura central da empresa, no seu dinamismo econômico, social e disciplinar”⁹. Desse modo, verifica-se que o vínculo estabelecido entre os sujeitos do contrato de trabalho, a fim de que seja configurada a relação de trabalho, necessita de quatro requisitos concomitantes, pessoalidade, onerosidade, continuidade/não-eventualidade e subordinação.

⁴ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 33.

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 31 ed.. São Paulo: LTr, 2005, p. 69.

⁶ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 156.

⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 82.

⁸ BRASIL. *Decreto Lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2017.

⁹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 106.

Especificamente, tem-se que a pessoalidade significa a prestação de serviços pelo próprio trabalhador, sem que seja substituído com constância por terceiros. A onerosidade revela que o serviço prestado terá como contraprestação o recebimento de remuneração. Já a continuidade, também descrita como não-eventualidade, dispõe que o trabalho será permanente, habitual e contínuo.

Por fim, a subordinação, considerada como o requisito de maior relevância, pode ser conceituada como a “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”¹⁰.

Este pressuposto é fonte de direito para ambos os contratantes; para o empregador serão os direitos de direção, de comando, de controle e de aplicação de penas disciplinares, enquanto para o empregado serão os de obediência, diligência e fidelidade¹¹. Portanto, a fim de que o vínculo de emprego seja consolidado e de que os direitos trabalhistas sejam aplicados à relação estabelecida entre os contratantes, se faz necessária a presença dos quatro requisitos legalmente previstos, sobretudo da subordinação.

Por sua vez, o direito do trabalho português, em seu Código do Trabalho (Lei n. 7/2009), para tratar das relações laborais, dispõe sobre o contrato de trabalho e sobre a presunção de laboralidade em seus artigos 11º e 12º, respectivamente.

No primeiro caso, a delimitação do contrato de trabalho, como aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou a outras pessoas, no âmbito de organização e sob autoridade destas, ganha importância para diferenciá-lo de outros contratos, como por exemplo, o contrato de prestação de serviços¹², tendo como elemento distintivo fundamental a subordinação ou dependência do trabalhador perante o credor¹³.

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 31 ed.. São Paulo: LTr, 2005, p. 196.

¹¹ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. I. 22 ed. atual.. São Paulo: LTr, 2005, pp. 246-247.

¹² De acordo com o Código Civil português, o contrato de prestação de serviços é “aquele pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição” Para Yara Eloy Moita, a distinção entre o contrato de prestação de serviços e o contrato de trabalho é observada em três diferentes esferas, quais sejam: a) o objeto contratual (enquanto no contrato de trabalho trata-se da atividade em si, no contrato de prestação de serviços trata-se do resultado de uma determinada atividade; b) a existência de subordinação jurídica no contrato de trabalho, enquanto no contrato de prestação de serviços verifica-se a existência de autonomia e c) a existência de retribuição no contrato de trabalho, que pode ou não existir no contrato de prestação de serviços.

MOITA, Yara Eloy. *Presunção de laboralidade em Portugal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19459/presuncao-de-laboralidade-em-portugal>>. Acesso em 19 out. 2017.

¹³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo Código do Trabalho – breves notas*. In: *Centro de Estudos Judiciários. Jurisdição*

Já o segundo tem como fim evitar a dissimulação da relação de trabalho encoberta e determinar a existência da subordinação¹⁴, ao delimitar características que permitam configurar essa relação¹⁵.

Diante do exposto, vislumbra-se que a distinção da caracterização da relação laboral entre Brasil e Portugal vai além da existência de um dispositivo que aponta expressamente o que é o contrato de trabalho, posto que em Portugal, para os casos em que não exista um contrato formal, basta a perfectibilização de alguns indícios presentes no artigo 12º do Código do Trabalho para que se reconheça a conformação da subordinação e, conseqüentemente, da relação trabalhista, o que no Brasil ocorre sempre que presentes os quatro elementos descritos no teor do artigo 3º da CLT.

Em ambos os casos, inexistente correspondência com o vínculo estabelecido entre cooperativa de trabalho e seu associado, uma vez que a relação aí havida goza de características próprias, devidamente tuteladas pelo direito cooperativo.

do Trabalho e da Empresa: Trabalho Subordinado e Trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário, dez/2013, p. 32-50 (36). Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/trabalho_subordinado_trabalho_autonomo.pdf>. Acesso em 19 out.2017.

¹⁴ AMADO, João Leal. Presunção de Laboralidade: nótula sobre o art. 12º do novo Código do Trabalho e seu âmbito temporal de aplicação. In: *Centro de Estudos Judiciários. Jurisdição do Trabalho e da Empresa: Trabalho Subordinado e Trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, dez/2013, p. 20-31 (29). Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/trabalho_subordinado_trabalho_autonomo.pdf>. Acesso em 19 out. 2017.

¹⁵ Artigo 12.º

Presunção de contrato de trabalho

1 - Presume-se a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre a pessoa que presta uma atividade e outra ou outras que dela beneficiam, se verificarem algumas das seguintes características:

- a) A atividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado;
- b) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertencam ao beneficiário da atividade;
- c) O prestador de atividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma;
- d) Seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de atividade, como contrapartida da mesma;
- e) O prestador de atividade desempenhe funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa.

2 - Constitui contraordenação muito grave imputável ao empregador a prestação de atividade, por forma aparentemente autónoma, em condições características de contrato de trabalho, que possa causar prejuízo ao trabalhador ou ao Estado.

3 - Em caso de reincidência, é aplicada a sanção acessória de privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidade ou serviço público, por período até dois anos.

4 - Pelo pagamento da coima, são solidariamente responsáveis o empregador, as sociedades que com este se encontrem em relações de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, bem como o gerente, administrador ou diretor, nas condições a que se referem o artigo 334.º e o n.º 2 do artigo 335.º

PORTUGAL. *Lei n. 7/2009, de 12 de fevereiro*. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2017.

4 COOPERATIVAS DE TRABALHO NO BRASIL

4.1. Características

Desde o seu surgimento, em 1844, na Inglaterra, o cooperativismo tem por base, essencialmente, a adesão livre e voluntária, o controle democrático pelos sócios, a participação econômica dos sócios, a autonomia e independência, a educação, o treinamento e informação, a cooperação entre cooperativas e a preocupação com a comunidade¹⁶.

Estes elementos mostram-se fundamentais para a caracterização e permanência deste movimento que nasceu como oposição não só ao liberalismo econômico, como também ao socialismo marxista e aos movimentos paralelos que possuíam o poder compensador como meio de integração¹⁷.

E, em função disso, o movimento cooperativo, ao conjugar o trabalho e a solidariedade de maneira harmônica, com o intuito de buscar o bem-estar das pessoas envolvidas, revelou-se um instrumento hábil a devolver a independência e a liberdade ao homem¹⁸. Além disso, tem fim mutualístico, característica que a distingue das outras entidades e, mais ainda, o que a identifica, de fato, é a ausência de um escopo autônomo que seja distinto dos interesses dos seus membros¹⁹.

No Brasil, o cooperativismo é dividido em treze diferentes ramos, estando, dentre eles, o trabalho, que teve sua origem nos movimentos cooperativistas franceses, como reação à Revolução Industrial e como uma alternativa ao desemprego, tendo em vista a participação democrática e a equidade na distribuição dos rendimentos deste ramo societário.

Na legislação brasileira, foram primeiramente conceituadas pelo artigo 24, do Decreto-lei n. 22.232/32, como as sociedades constituídas por “operários de uma determinada profissão ou de ofício ou de ofícios vários de uma mesma classe”, com o fim precípua de incrementar a remuneração e melhorar as condições de trabalho de seus associados, além de se propor a operar coletivamente ou por grupos, dispensando a intervenção de um patrão ou empregado²⁰.

¹⁶ TEIXEIRA JÚNIOR, Amílcar Barca; CIOTTI, Livio Rodrigues. *Participação de Cooperativas em Procedimentos Licitatórios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, pp. 107-119.

¹⁷ MIRANDA, José Eduardo de; SOUZA, Leonardo Rafael. «Entre el adecuado tratamiento fiscal y el tratamiento fiscal privilegiado: una propuesta de inmunidad tributaria a las cooperativas en razón de la causa del cooperativismo». In: *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n. 50 (2016), p. 161-176 (165).

¹⁸ Idem.

¹⁹ MEIRA, Deolinda A.. «Reflexões em torno da reserva para a educação e formação cooperativas». In: TEIXEIRA, Marianna Ferraz; TEIXEIRA, Marília Ferraz (Organ.). *O Pensamento Feminino na Construção do Direito Cooperativo*. Brasília: Vincere Associados, 2016, p. 59.

²⁰ Art. 24. São cooperativas de trabalho aquelas que, constituídas entre operários de uma determinada profissão ou de ofício ou de ofícios vários de uma mesma classe, têm como finalidade primordial me-

A cooperativa de trabalho, denominada por alguns doutrinadores como cooperativa de mão-de-obra, é, portanto, a sociedade formada por operários, artífices, ou pessoas da mesma profissão ou ofício, ou de vários ofícios de uma mesma classe, que, na qualidade de associados, prestam serviços a terceiros por seu intermédio, expressos em forma de tarefa, obra ou serviço, com os seus contratantes, pessoas físicas ou jurídicas, não produzindo bens ou serviços próprios²¹.

A Lei n. 5.764/71 e, posteriormente, a Lei n. 8.949/94 afirmam a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados. Atualmente, as cooperativas de trabalho são regidas pela Lei n. 12.690/12, que, em seu artigo 2º, as define como a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

A autonomia deve ser exercida de forma coletiva e coordenada, mediante a fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos, enquanto a autogestão é o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da sociedade, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos nos termos da lei²².

Esse ramo tem como objetivo melhorar os ganhos de seus associados, assim como as condições de trabalho de seus membros, que podem ter ou não a mesma profissão, desde que pertençam a uma mesma classe. Isso significa que o associado tem uma identidade de interesses em virtude da atividade laborativa realizada, de modo que, além de ser o dono do capital do empreendimento cooperativo, é autogestor dos negócios comuns²³.

lhorar os salários e as condições de trabalho pessoal de seus associados e, dispensando a intervenção de um patrão ou empresário, se propõem contratar obras, tarefas, trabalhos ou serviços públicos ou particulares, coletivamente por todos ou por grupos de alguns.

BRASIL. *Decreto-lei n. 22.232*, de 19 de dezembro de 1932. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2017.

²¹ ALMEIDA, Rachel Pereira de; KACZUROWSKI, Sofia. «*Cooperativismo na Previdência Social*». In: KRUEGER, Guilherme (Coord.). *Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas, Tomo II*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 187.

²² BRASIL. *Lei n. 12.690*, de 19 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 31 mai. 2017.

²³ POLONIO, Wilson Alves. *Manual das Sociedades Cooperativas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 54.

4.2. Relação com os associados

Uma cooperativa nasce da vontade e da necessidade de um grupo de pessoas para a troca de soluções, nela prevalecendo o interesse do associado²⁴. Nesse sentido, são conceituadas pela Aliança Cooperativa Internacional – ACI – como uma associação autônoma de pessoas reunidas de forma voluntária para atender às suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais comuns por intermédio de uma empresa de propriedade conjunta e democraticamente controlada²⁵.

Para José Eduardo de Miranda e Leonardo Rafael de Souza, as empresas capitalistas exercem um poder de dominação sem contrapartida, provocando, ao longo da história, um ciclo contínuo de miséria, exploração, opressão e alienação dos trabalhadores, enfraquecendo seus direitos e colocando-os em condições não humanas de trabalho²⁶.

Uma sociedade cooperativa, ao contrário, tem como fim a promoção do bem geral de seus membros, uma vez que seu exercício transcende a satisfação de necessidades econômicas, buscando a solução de problemas de ordem moral e social dos próprios associados²⁷.

No que se refere aos aspectos jurídicos, a relação concretizada entre a cooperativa de trabalho e seu associado tem natureza societária e é ditada pelos próprios cooperados, os quais dirigem a sociedade de acordo com o prescrito pelo artigo 38, *caput*, da Lei n. 5.764/71²⁸.

O cooperado, ao relacionar-se com a cooperativa, o faz por intermédio do que é denominado contrato de sociedade cooperativa, nos moldes do art. 3º da Lei n.º 5.764/71²⁹. Nesse caso, jamais se falará em subordinação, pois os membros da

²⁴ MEINEN, Ênio; PORT, Márcio. *Cooperativismo financeiro: percurso histórico, perspectivas e desafios*. Brasília: Confebrás, 2014, p. 50.

²⁵ INTERNACIONAL. ACI. Disponível em <<https://ica.coop/en/what-co-operative>>. Acesso em 26 jun. 2017.

²⁶ MIRANDA, José Eduardo de; SOUZA, Leonardo Rafael. «Entre el adecuado tratamiento fiscal y el tratamiento fiscal privilegiado: una propuesta de inmunidad tributaria a las cooperativas en razón de la causa del cooperativismo». In: *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n. 50 (2016), p. 161-176 (164, 166 e 167).

²⁷ Idem.

²⁸ Art. 38. A Assembleia Geral dos associados é o órgão supremo da sociedade, dentro dos limites legais e estatutários, tendo poderes para decidir os negócios relativos ao objeto da sociedade e tomar as e soluções convenientes ao desenvolvimento e defesa desta, e suas deliberações vinculam a todos, ainda que ausentes ou discordantes.

BRASIL. Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2017.

²⁹ Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

sociedade encontram-se em pé de igualdade, inexistem superiores e subordinados, em razão da gestão democrática do negócio. O vínculo percebido é decorrente da *affectio societatis* – vontade de colaboração ativa³⁰.

Os cooperados, saliente-se, não são empregados da cooperativa, nem, tampouco, prestam serviços a ela. Por sua vez, são as cooperativas que prestam serviços a seus cooperados, pois agenciam a prestação de serviços entre tomador e prestador de serviço.

Cumpra destacar que a cooperativa laboral “não se enquadraria nas hipóteses de terceirização, mas na hipótese de secundarização, como vêm sendo chamada por militantes do meio cooperativista, justamente porque não há a figura da empresa interposta³¹”. Inclusive, essa prática é vedada, conforme disposto na Lei n. 12.690/12, que em seu artigo 5º dispõe que a cooperativa de trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.

4.3. Debate judicial

Frente às questões suscitadas que diferenciam a relação laboral da relação existente entre a cooperativa de trabalho e seus membros, percebe-se que o acórdão em comento analisou detidamente o conjunto fático-probatório, bem como a legislação cooperativa, aplicando-a corretamente de modo a afastar a incidência das características determinantes para concretização do contrato de trabalho entre as partes litigantes.

Além disso, mostrou-se em total consonância com a jurisprudência brasileira, já que, de modo geral, a Justiça do Trabalho brasileira, seja por intermédio do Tribunal Superior do Trabalho – TST –, seja pelas duas instâncias dos Tribunais Regionais do Trabalho – TRTs –, em observância ao disposto no art. 90 da Lei 5.764/71³², afasta o vínculo de emprego entre cooperativa e cooperado.

Não é demais reiterar que o caso em estudo não é isolado. Em decisão mais recente, de maio de 2017, o TST também afastou a existência de vínculo celetista entre associado e cooperativa e suscitou, ainda, a aplicação do princípio da primazia da realidade, de maneira que se torna imprescindível a verificação do tipo

BRASIL. Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2017.

³⁰ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da Silva. *Cooperativas de Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 90-91.

³¹ CARDONE, Vanessa. *Cooperativas de trabalho: legalidade e subsistência*. São Paulo: Antigua, 2007, p. 31 e 32.

³² Art. 90. Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados.

BRASIL. Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jun. 2017.

de “relação efetivamente estabelecida entre as partes, em detrimento da relação jurídica convencional”³³.

Para tanto, considera, em caso similar, ser necessário que o conjunto probatório das reclamações trabalhistas que envolvam cooperativa e cooperado demonstre a inexistência de fraude³⁴ nesse tipo societário, assim como a existência das finalidades do cooperativismo, quais sejam, os princípios da dupla qualidade do associado e da retribuição pessoal diferenciada³⁵, anteriormente discriminados.

Do mesmo modo, o TRT da 1ª Região considerou não ser possível examinar o pedido de vínculo com a cooperativa a partir da premissa de que todas elas são fraudulentas, a fim de não “prejudicar as que cumprem à risca os seus objetivos e a legislação, exercendo uma função social”³⁶.

Inclusive, vale ressaltar que o Ministério Público do Trabalho combate as fraudes havidas por intermédio de sociedades que se denominam cooperativas de trabalho, mas que não observam os princípios do cooperativismo, a fim de proteger os cooperados e de evitar que elas se esquivem do pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias^{37,38}.

Assim, como a realidade da cooperativa parte no acórdão que ora se comenta, desde que a cooperativa seja constituída e atue em conformidade aos princípios e valores cooperativos, que no caso brasileiro do ramo trabalho estão elencados no artigo 3º da Lei n. 12.690/12³⁹, não lhe será atribuída responsabilidade, tampouco será caracterizado vínculo de emprego.

³³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR n. 907-41.2013.5.02.0065*. Relatora Ministra Maria Helena Mallmann. Publicado no Diário de Justiça eletrônico de 09/06/2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em 13 jun. 2017.

³⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR n. 0011624-55.2014.5.15.0085*. Relator Ministro Antonio José de Barros Levenhagen. Publicado no Diário de Justiça eletrônico de 12/05/2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em 01 jun. 2017.

³⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR n. 129200-88.2000.5.15.0011*. Relator Ministro Maurício Godinho Delgado. Publicado no Diário de Justiça de 13/06/2008. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em 01 jun. 2017.

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *RO n. 0010233-94.2014.5.01.0266*. Relator Desembargador Álvaro Luiz Carvalho Moreira. Publicado no Diário de Justiça eletrônico de 16/03/2016. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322140352/recurso-ordinario-ro-102339420145010266-rj>>. Acesso em 21 jun. 2017.

³⁷ TEIXEIRA JÚNIOR, Amílcar Barca e CIOTTI, Lívio Rodrigues. *Cooperativas de Trabalho na Administração Pública*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, pp. 353-357.

³⁸ Idem. pp. 49-58.

³⁹ Art. 3º A Cooperativa de Trabalho rege-se pelos seguintes princípios e valores:

- I - adesão voluntária e livre;
- II - gestão democrática;
- III - participação econômica dos membros;
- IV - autonomia e independência;

5 EDUCAÇÃO COOPERATIVA E SEUS EFEITOS NA GOVERNANÇA

Afora a necessidade do cumprimento dos preceitos do cooperativismo desde a sua constituição, a fim de afastar qualquer vínculo de emprego com seus membros em eventuais reclamações trabalhistas, imprescindível se faz a prática constante da educação cooperativa de modo a conscientizar seus associados acerca do movimento cooperativo e, conseqüentemente, trazê-los à participação e à gestão desse tipo societário.

Os filósofos pré-socráticos ensinavam que o princípio – *arché* – é aquilo do qual derivam as coisas e é, ao mesmo tempo, o seu constitutivo principal⁴⁰, propiciando a explicação ou o entendimento de algo⁴¹. No cooperativismo, percebe-se a aplicação deste conceito grego ao analisar seus sete princípios, uma vez que a observância de cada um deles⁴² permite a compreensão das particularidades inerentes a este tipo societário, sem as quais ele, em si, deixa de existir, assim como propicia o delineamento dos caminhos a serem trilhados.

Em sentido amplo, difundir e por em prática o princípio cooperativo da educação, formação e informação possibilita o fortalecimento do cooperativismo e, conseqüentemente, favorece o desenvolvimento da humanidade, uma vez que a prática da cooperação possibilita maior equidade, igualdade e solidariedade na vida em comunidade⁴³.

V - educação, formação e informação;

VI - intercooperação;

VII - interesse pela comunidade;

VIII - preservação dos direitos sociais, do valor social do trabalho e da livre iniciativa;

IX - não precarização do trabalho;

X - respeito às decisões de assembleia, observado o disposto nesta Lei;

XI - participação na gestão em todos os níveis de decisão de acordo com o previsto em lei e no Estatuto Social.

BRASIL. *Lei n. 12.690*, de 19 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 31 mai. 2017.

⁴⁰ FRAILE, Guillermo. *Historia de la filosofía*. APUD. YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2014. p. 51.

⁴¹ YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2014. p. 51.

⁴² Os princípios cooperativos são o da adesão livre e voluntária, da gestão democrática, da participação econômica dos membros, da autonomia e independência, da educação, formação e informação, da intercooperação e do interesse pela comunidade.

Para o Dr. José Eduardo de Miranda, o princípio da educação, formação e informação deve ser considerado o princípio mais importante, por ser aquele que torna possível a observância e a aplicação dos demais, impulsionando o cooperativismo adiante.

MIRANDA, José Eduardo de. *Filosofia Cooperativa: análisis del proceso de conformación del cooperativismo*. Curitiba: Juruá, 2017. pp.110-130.

⁴³ MUÑOZ C., Luis Arturo. «*Nuevos principios para nuevos tiempos*». In: *AEC* - 1996. Bilbao: Universidad de Deusto (1997), pp. 113-114.

Assim, tem-se que o quinto princípio cooperativo traduz-se na necessidade de as cooperativas proverem educação e formação para os seus membros, representantes eleitos, administradores e empregados para que eles possam contribuir efetivamente para o desenvolvimento de suas cooperativas. Além disso, elas devem informar o público em geral, particularmente os jovens e formadores de opinião, sobre a natureza e os benefícios do cooperativismo⁴⁴.

Historicamente, foi por acreditarem na educação como instrumento hábil para o homem lutar pela vida e pela cidadania, assim como “somente em uma população alfabetizada e intelectualmente apta germinaria a semente complexa e visionária que estavam semeando” que os Pioneiros de Rochdale dedicaram especial atenção à educação de seus membros⁴⁵.

Já em 1844, no nascimento do cooperativismo, acreditava-se que a educação deveria visar ao aperfeiçoamento pessoal dos associados, a fim de que eles pudessem compreender o mundo e os seus processos em curso, por intermédio do impulso à “educação de base cultural, educação para os bons costumes, educação para a democracia, educação para a vida em comum”⁴⁶.

Não se pode perder de vista que um movimento que “se assume como transformador da realidade e vocacionado a alicerçar bases solidárias nas relações humanas, tem na educação de seus membros o instrumento indispensável para progredir nesse caminho”⁴⁷, de modo que a prática do quinto princípio seja capaz de corrigir os desníveis provocados pela deseducação generalizada, com o objetivo de possibilitar o avanço do movimento cooperativo⁴⁸.

Para o professor Rui Namorado, o cooperativismo representa uma série de utopias, dentre as quais está a utopia pedagógica e educacional, por se harmonizar plenamente com a aprendizagem cooperativa e “por atribuir à educação e à formação um papel propulsor do desenvolvimento humano, situando-a no âmago das práticas cooperativas”⁴⁹.

Nesse sentido, entende-se que a consumação do “redundante binômio: educação e, mais uma vez, educação” é responsável por possibilitar a execução do prin-

⁴⁴ INTERNACIONAL. ACI. Disponível em <<https://ica.coop/en/what-co-operative>>. Acesso em 26 jun. 2017.

⁴⁵ GUARCO, Ariel. *O cooperativismo argentino: una esperanzadora mirada al futuro*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Intercoop, 2013. p. 239.

⁴⁶ MENEZES, Antonio. *Nos rumos da Cooperativa e do Cooperativismo*. Brasília: Stilo, 2005. p. 28/29.

⁴⁷ LAVEGA, Sergio Reyes et al. *Derecho Cooperativo Uruguayo*. Montevideu: Fundación de Cultura Universitaria, 2012. p. 49. (Tradução livre).

⁴⁸ MOURA, Valdiki. *Notícia do cooperativismo brasileiro*. Washington, DC: Seção de Informações Sociais e Trabalhistas da União Panamericana, 1947. p. 32.

⁴⁹ NAMORADO, Rui. *Cooperatividade e Direito Cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 11.

cipal objetivo do cooperativismo⁵⁰, descrito por George Fauquet como a formação de homens responsáveis e solidários a fim de que cada um deles se eleve a uma vida pessoal plena e, todos juntos, a uma completa vida social⁵¹.

Para além do campo teórico, o quinto princípio deve “proporcionar aos membros da cooperativa conhecimentos acerca dos princípios e métodos cooperativos”, de forma a fazê-los, entre outros resultados positivos, “participar ativamente na sua cooperativa”, além de “fornecer aos empregados os conhecimentos técnicos e doutrinários necessários para o seu correto desempenho”.⁵²

Desse modo, o associado, que em geral ingressa na cooperativa com o intuito de obter vantagens individuais e imediatas⁵³, deverá ser instruído dentro da cultura cooperativista, a fim de que essa sociedade cumpra com todas as suas funções sociais, pois é essencial que o potencial humano da sociedade acredite no que faça, aumentando, assim, a produtividade e viabilidade do negócio⁵⁴.

Isso porque, ao expressar o objetivo de contribuir eficazmente para o desenvolvimento de uma cooperativa, o princípio da educação, formação e informação deixa claro que ele é um elemento fundamental não só para o seu desenvolvimento⁵⁵, como também para a sobrevivência deste tipo societário especial num mercado competitivo⁵⁶.

No que tange à informação, é importante perceber que ela se apresenta sob duas perspectivas, uma interna, que atende à estrutura participativa da cooperativa, e outra externa, que se dirige ao grande público⁵⁷. É nesse sentido o posicionamento da ACI para as Américas, conforme se verifica na Declaração de Montevideu, aprovada na ocasião da IV Cúpula Cooperativa das Américas.

Nela, foi proposto, em primeiro lugar, como forma de aprofundar a participação do cooperativismo na economia em todos os níveis de integração local,

⁵⁰ FRANKE, Walmor. *Direito das sociedades cooperativas: direito cooperativo*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 5.

⁵¹ Idem.

⁵² MEIRA, Deolinda Maria Moreira Aparício. *O Regime Econômico das Cooperativas no Direito Português: o capital social*. Porto: Grupo Editorial Vida Económica, 2009. p.61.

⁵³ SEIBEL, Ivan. «Abrangência da Educação Cooperativista na UNIMED Vales do Taquari e Rio Pardo». In: SCHNEIDER, Jose Odelso. *Educação cooperativa e suas práticas*. Brasília: SESCOOP, 2003, p. 213.

⁵⁴ VEGA, Daniel Navas. «Los desafíos del Siglo XXI y las nuevas estrategias para la Educación Cooperativa en América Latina». In: AEC, 1996. Bilbao: Universidad de Deusto (1997), pp. 86-102.

⁵⁵ NAMORADO, Rui. *Cooperatividade e Direito Cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 35.

⁵⁶ MEIRA, Deolinda Aparício. *O Regime Econômico das Cooperativas no Direito Português: o capital social*. Porto: Vida Económica, 2009. p. 61

⁵⁷ Idem. p. 62

nacional, regional e mundial a consolidação do desenvolvimento endógeno⁵⁸ para empreender a ação exógena da cooperativa, “permeando, pelo território, seus valores, aportando e contribuindo para o desenvolvimento da sua comunidade”⁵⁹.

Significa dizer, portanto que a prática do princípio estudado deve iniciar pela pessoa do cooperado e embrenhar-se nas engrenagens administrativas e operacionais da cooperativa até que se reproduza no viver dentro e fora dela, de forma a instruir e guiar seus agentes para uma vida plenamente solidária e transformadora, com juízo crítico do mundo⁶⁰.

É em razão da importância do princípio da educação, formação e informação, essencial inclusive para a prática dos demais princípios, em especial o do controle democrático⁶¹, que ele é entendido não como uma alternativa ou como uma opção, mas como necessidade e obrigação⁶².

O controle democrático, imprescindível para o funcionamento da cooperativa, deve seguir os objetivos da governança corporativa, conceituada como um sistema que tem como fim o aumento do valor societário, a facilitação do acesso ao capital, além da contribuição para a longevidade da empresa, por meio da direção e monitoramento da sociedade, envolvendo as relações entre membros, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle⁶³.

Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC –, as sociedades que adotam os princípios da governança corporativa, além de profissionalizarem sua administração e gestão, também melhoram sua competitividade, já que ampliam a eficácia de seus controles e criam, assim, uma distinção na condução negocial. Para tanto, devem fomentar sua atividade, agregando valor aos seus membros, desde que em consonância com os objetivos do cooperativismo⁶⁴.

⁵⁸ O desenvolvimento endógeno inclui, de acordo com a Declaração de Montevideu, a capacitação dos associados, bem como o fortalecimento da identidade do sócio para com a sua cooperativa.

⁵⁹ INTERNACIONAL. ACI. Disponível em: <http://www.aciamericas.coop/public_files/Declaracion-Montevideo.pdf>. Acesso em 26 jun. 2017. Tradução livre.

⁶⁰ MENEZES, Antônio. *Nos rumos da Cooperativa e do Cooperativismo*. Brasília: CONFEBRÁS, 2005, p. 53.

⁶¹ LAVEGA, Sergio Reyes et al. *Derecho Cooperativo Uruguayo*. Montevideu: Fundacion de Cultura Universitaria, 2012. p. 49.

⁶² GUARCO, Ariel. *O cooperativismo argentino: una esperanzadora mirada al futuro*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Intercoop, 2013. p. 241.

⁶³ VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira (coord. geral); FONTES FILHO, Joaquim Rubens; SOARES, Marden Marques (coord.). *Governança Cooperativa: diretrizes e mecanismos para fortalecimento da governança em cooperativas de crédito*. Brasília: BCB, 2009, p. 33. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em 05 out. 2017.

⁶⁴ IBGC. *Guia das melhores práticas de Governança para Cooperativas*. São Paulo: IBGC, 2015, p. 19. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br>>. Acesso em 05 out. 2017.

Ao realizar a distribuição de poder entre sócios e gestores, torna-se essencial a tomada de decisões coletivas por meio de processos adequados⁶⁵ de maneira ética. Essa deliberação ética visa ao bem comum, pois considera a identidade da organização e os impactos das decisões, consolidando, assim, a identidade, a coerência entre toda a forma de atuação da sociedade, sua reputação, o que, por fim, reflete em sua cultura⁶⁶.

Isso, por fim, só é possível se houver comprometimento dos membros e gestores, o que é observado através do constante aprendizado e disseminação dos princípios cooperativos em razão da efetivação da educação cooperativa.

Destarte, o conseqüente fortalecimento dos vínculos da associação em razão da aquisição de conhecimentos essenciais da doutrina cooperativista resultante do processo de educação, formação e informação, elementos considerados importante cláusula pétrea do movimento⁶⁷, possibilitará a redução do volume de demandas judiciais trabalhistas propostas pelos associados contra a cooperativa.

Isso porque a melhor compreensão acerca das condições associativas e dos objetivos, princípios e valores cooperativos, o associado de uma cooperativa de trabalho que tem acesso a uma constante formação endógena, dentro da perspectiva cooperativa, é capaz de compreender que o objetivo da sociedade a qual integra é o proveito comum, por meio da autonomia e autogestão, a fim de obter melhores condições econômicas e de trabalho.

6 CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho consistia em estudar o acórdão proferido, no processo n. 0001924-29.2014.5.03.0134, pelo TRT da 3ª Região, que afastou a aplicação das regras trabalhistas às partes litigantes por considerar que entre elas havia sido firmado contrato de sociedade cooperativa e não contrato de trabalho.

Para tanto, citado acórdão fundamentou sua percepção de que o cooperativismo tem como fundamentos a união para a busca de objetivos comuns, a ideia de emancipação, de iniciativa própria, de eliminação do lucro e de mudança social, destacando-se, nesse tipo societário, valores sociais como a ajuda mútua, a solidariedade, a democracia, a participação e a igualdade, que se refletem na conquista

⁶⁵ VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira (coord. geral); FONTES FILHO, Joaquim Rubens; SOARES, Marden Marques (coord.). *Governança Cooperativa: diretrizes e mecanismos para fortalecimento da governança em cooperativas de crédito*. Brasília: BCB, 2009, p. 12. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em 05 out. 2017.

⁶⁶ IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed.. São Paulo: IBGC, 2015, p. 17. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br>>. Acesso em 05 out. 2017.

⁶⁷ PINHO, Diva Benevides. «A Educação Cooperativa nos anos 2000: valorizando a cidadania brasileira». In: SCHNEIDER, Jose Odello. *Educação cooperativa e suas práticas*. Brasília: SESCOOP, 2003, p. 136.

da cidadania e da inclusão social, o que concretiza os princípios da dupla qualidade e da retribuição pessoal diferenciada e afasta os critérios necessários para configuração da relação laboral.

Dessa forma, foram apontados os elementos essenciais para a configuração da relação laboral no Brasil e o comparativo com a legislação portuguesa, a fim de demonstrar diferenças possíveis na caracterização da relação de emprego, bem como assinalaram-se as características típicas das cooperativas de trabalho, indicando, ainda, a quais dispositivos legais cada atributo se relaciona.

Tem-se, portanto, que, enquanto o vínculo empregatício se determina com a conformação dos requisitos da pessoalidade, da onerosidade, da não-eventualidade e da subordinação jurídica, nas cooperativas de trabalho, observa-se a prevalência dos princípios da dupla qualidade e da retribuição pessoal diferenciada, que afastam qualquer tipo de subordinação.

Apresentadas as distinções, observa-se que o acórdão objeto do comentário aplicou adequadamente a legislação cooperativa e afastou o vínculo laboral pleiteado, demonstrando, ainda, total consonância com os tribunais laborais brasileiros, que tem adotado posicionamento no sentido de não aceitar a responsabilização das cooperativas de trabalho para pagar as verbas trabalhistas provenientes de relação de emprego, em total consonância com a legislação pátria, ressalvadas as hipóteses em que constata a utilização do tipo societário em discussão para práticas trabalhistas fraudulentas.

Ao final, buscou-se demonstrar que a falta de conhecimento sobre as peculiaridades do cooperativismo por parte de seus membros é a força motriz para a existência de conflitos entre a cooperativa e os associados, o que pode ser sanado mediante a aplicação e prática constante do princípio da educação, formação e informação.

O quinto princípio cooperativo, conforme demonstrado, é indispensável para de garantir a execução dos demais princípios cooperativos, sobretudo o do controle democrático, pois permite que seus membros possam se comprometer com a cultura societária e, assim, busquem o bem comum e a perenidade do negócio, tornando-se fundamental para reduzir o volume de demandas judiciais envolvendo as cooperativas de trabalho.

7 BIBLIOGRAFIA

Doutrina

ALMEIDA, Rachel Pereira de; KACZUROWSKI, Sofia. <Cooperativismo na Previdência Social>. In: KRUEGER, Guilherme (Coord.). *Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas – Tomo II*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

AMADO, João Leal. Presunção de Laboralidade: nótula sobre o art. 12º do novo Código do Trabalho e seu âmbito temporal de aplicação. In: *Centro de Estudos Judiciários. Jurisdição*

- do Trabalho e da Empresa: Trabalho Subordinado e Trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, dez/2013, p. 20-31 (29). Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/trabalho_subordinado_trabalho_autonomo.pdf>. Acesso em 19 out.2017.
- CARDONE, Vanessa. *Cooperativas de trabalho: legalidade e subsistência*. São Paulo: Antigua, 2007.
- FRANKE, Walmor. *Direito das sociedades cooperativas: direito cooperativo*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1978.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- GUARCO, Ariel. *O cooperativismo argentino: una esperanzadora mirada al futuro*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Intercoop, 2013.
- LAVEGA, Sergio Reyes et al. *Derecho Cooperativo Uruguayo*. Montevideu: Fundacion de Cultura Universitaria, 2012.
- MEINEN, Ênio; PORT, Márcio. *Cooperativismo financeiro: percurso histórico, perspectivas e desafios*. Brasília: Confedbrás, 2014.
- MEIRA, Deolinda Maria Moreira Aparício. *O Regime Econômico das Cooperativas no Direito Português: o capital social*. Porto: Grupo Editorial Vida Económica, 2009.
- MEIRA, Deolinda A. <*Reflexões em torno da reserva para a educação e formação cooperativas*>. In: TEIXEIRA, Marianna Ferraz; TEIXEIRA, Marília Ferraz (Organ.). *O Pensamento Feminino na Construção do Direito Cooperativo*. Brasília: Vincere Associados, 2016.
- MENEZES, Antônio. *Nos rumos da Cooperativa e do Cooperativismo*. Brasília: CONFEBRÁS, 2005.
- MIRANDA, José Eduardo de. *Filosofía Cooperativa: análisis del proceso de conformación del cooperativismo*. Curitiba: Juruá, 2017.
- MIRANDA, José Eduardo de; SOUZA, Leonardo Rafael. «*Entre el adecuado tratamiento fiscal y el tratamiento fiscal privilegiado: una propuesta de inmunidad tributaria a las cooperativas en razón de la causa del cooperativismo*». In: *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n. 50 (2016).
- MOITA, Yara Eloy. *Presunção de laboralidade em Portugal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19459/presuncao-de-laboralidade-em-portugal>>. Acesso em 19 out.2017.
- MOURA, Valdiki. *Notícia do cooperativismo brasileiro*. Washington, DC: Seção de Informações Sociais e Trabalhistas da União Panamericana, 1947
- MUÑOZ C., Luis Arturo. <*Nuevos principios para nuevos tiempos*>. In: *AEC* – 1996. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997.
- NAMORADO, Rui. *Cooperatividade e Direito Cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 31 ed.. São Paulo: LTr, 2005.
- PINHO, Diva Benevides. <*A Educação Cooperativa nos anos 2000: valorizando a cidadania brasileira*>. In: SCHNEIDER, Jose Odelso. *Educação cooperativa e suas práticas*. Brasília: SESCOOP, 2003.

- POLONIO, Wilson Alves. *Manual das Sociedades Cooperativas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo Código do Trabalho – breves notas*. In: *Centro de Estudos Judiciários. Jurisdição do Trabalho e da Empresa: Trabalho Subordinado e Trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, dez/2013, p. 32-50 (36). Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/trabalho_subordinado_trabalho_autonomo.pdf>. Acesso em 19 out.2017.
- SEIBEL, Ivan. <*Abrangência da Educação Cooperativista na UNIMED Vales do Taquari e Rio Pardo*>. In: SCHNEIDER, Jose Odelso. *Educação cooperativa e suas práticas*. Brasília: SESCOOP, 2003.
- SILVA FILHO, Cícero Virgulino da Silva. *Cooperativas de Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. I. 22 ed. atual.. São Paulo: LTr, 2005.
- TEIXEIRA JÚNIOR, Amílcar Barca; CIOTTI, Livio Rodrigues. *Participação de Cooperativas em Procedimentos Licitatórios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- TEIXEIRA JÚNIOR, Amílcar Barca e CIOTTI, Lívio Rodrigues. *Cooperativas de Trabalho na Administração Pública*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- TEIXEIRA JÚNIOR, Amílcar Barca e CIOTTI, Lívio Rodrigues. *Cooperativas de Trabalho e o Termo de Conciliação Judicial AGU-MPT*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- VEGA, Daniel Navas. <*Los desafíos del Siglo XXI y las nuevas estrategias para la Educación Cooperativa en América Latina*>. In: AEC, 1996. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997.
- VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira (coord. geral); FONTES FILHO, Joaquim Rubens; SOARES, Marden Marques. *Governança Cooperativa: diretrizes e mecanismos para fortalecimento da governança em cooperativas de crédito*. Brasília: BCB, 2009. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em 05 out. 2017.
- YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2014.

Legislação

- BRASIL. *Decreto-lei n. 22.232*, de 19 de dezembro de 1932. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2017.
- BRASIL. *Decreto Lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 5.764*, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 12.690*, de 19 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 31 mai. 2017.
- PORTUGAL. *Lei n. 7/2009, de 12 de fevereiro*. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2017.

Jurisprudência

- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário n. 0001924-29.2014.5.03.0134*. Relatora Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães.

- Publicado no Diário de Justiça eletrônico de 21/09/2016. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br>>. Acesso em 14 fev. 2017.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR n. 129200-88.2000.5.15.0011*. Relator Ministro Maurício Godinho Delgado. Publicado no Diário de Justiça de 13/06/2008. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em 01 jun. 2017.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR n. 0011624-55.2014.5.15.0085*. Relator Ministro Antonio José de Barros Levenhagen. Publicado no Diário de Justiça eletrônico de 12/05/2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em 01 jun. 2017.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR n. 907-41.2013.5.02.0065*. Relatora Ministra Maria Helena Mallmann. Publicado no Diário de Justiça eletrônico de 09/06/2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em 13 jun. 2017.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *ROn. 0010233-94.2014.5.01.0266*. Relator Desembargador Álvaro Luiz Carvalho Moreira. Publicado no Diário de Justiça eletrônico de 16/03/2016. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322140352/recurso-ordinario-ro-102339420145010266-rj>>. Acesso em 21 jun. 2017.

Documentação

- IBGC. *Guia das melhores práticas de Governança para Cooperativas*. São Paulo: IBGC, 2015. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br>>. Acesso em 05 out. 2017.
- IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed.. São Paulo: IBGC, 2015. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br>>. Acesso em 05 out. 2017.
- INTERNACIONAL. ACI. Disponível em <<https://ica.coop/en/what-co-operative>>. Acesso em 26 jun. 2017.
- INTERNACIONAL. ACI. Disponível em: <http://www.aciamericas.coop/public_files/DeclaracionMontevideo.pdf>. Acesso em 26 jun. 2017.

A PONDERAÇÃO ENTRE O INTERESSE COMUNITÁRIO E O
INTERESSE PÚBLICO: EQUIPAMENTO PÚBLICO EM BALDIOS
COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA, 6.^a SECÇÃO, DE 17 DE MAIO DE 2016,
PROFERIDO NO PROCESSO 1118/09.0TBCHV,G1.
S1 [RELATOR PINTO DE ALMEIDA]

*PONDERATION BETWEEN COMMUNITY INTEREST AND
PUBLIC INTEREST: PUBLIC EQUIPMENT IN EMPTY LOTS
COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT
OF JUSTICE, 6TH SECTION, OF MAY 17, 2016, DELIVERED IN
CASE 1118 / 09.0TBCHV, G1.S1 [JUDGE PINTO DE ALMEIDA]*

FERNANDA PAULA OLIVEIRA* - DULCE LOPES**

Recepción: 26/7/2017 - Aceptación: 7/10/2017

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Email: fpaula@fd.uc.pt.

** Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Email: dulce.rdgr@gmail.com.

RESUMO

O Acórdão que comentamos põe em evidência os problemas colocados pela sucessão de competências na administração de Baldios, sobretudo quando estes são parcialmente usados para finalidades públicas e não comunitárias. Aproveita-se o ensejo não só para esclarecer aspetos institucionais da figura dos baldios, como para dar conta do seu figurino constitucional e legal e da sua importância nos dias que correm.

PALAVRAS-CHAVE: baldios, intangibilidade da obra pública, boa-fé, ponderação de interesses.

ABSTRACT

The commented judgment puts into evidence the problems caused by the succession of competences regarding communal land (baldios) administration, mostly when they are partially used for public and not communitarian purposes. We take the opportunity also to clarify institutional aspects regarding the “baldios” institute, their constitutional and legal regime and their nowadays importance.

KEY WORDS: communal land, intangibility of public works, good faith, balancing of interests.

SUMÁRIO: 1. ANÁLISE DA FIGURA DOS BALDIOS. 2. ASPETOS INSTITUCIONAIS DOS BALDIOS. 3. PONDERAÇÃO ENTRE INTERESSE COMUNITÁRIO E INTERESSE PÚBLICO. 4. IMPORTÂNCIA HODIERNA DOS BALDIOS.

CONTENTS: 1. ANALYSIS OF COMMUNAL LAND REGULATION. 2. INSTITUTIONAL ASPECTS. 3. BALANCING OF COMMUNAL AND PUBLIC INTERESTS. 4. NOWADAYS IMPORTANCE OF COMMUNAL LAND.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de maio de 2016, versa sobre alguns aspetos relevantes do regime jurídico dos baldios, aprovado, à data da sua prolação, pela Lei n.º 68/93, de 4 de setembro, alterada, por último, pela Lei n.º 72/2014, de 2 de setembro, com a retificação n.º 46/2014, de 29 de outubro. Hoje, apesar de aquele regime jurídico estar vertido na Lei n.º 75/2017, de 17 de agosto, e de esta ter assumido alguns pressupostos diferenciados relativamente à figura dos baldios¹, a solução dada pelo Tribunal não diferiria sobremaneira, como veremos, daquela que foi tirada no Acórdão em anotação.

Em particular, discute-se a possibilidade de as áreas de baldios, que se encontram intimamente ligadas à satisfação de *interesses comunitários* (das respetivas comunidades locais), poderem ser afetadas a finalidades de *interesse público*, no caso de localização de infraestruturas de saneamento e abastecimento de água por parte de uma entidade concessionário do respetivo sistema multimunicipal.

Relacionada com esta questão encontra-se outra, mais de índole organizacional, que se prende com a sucessão das entidades administradoras dos baldios e das tensões entre elas existentes.

Iniciaremos a nossa anotação por uma análise da figura dos baldios (1.); ao que se sucederá a reflexão sobre os aspetos institucionais que resultam do Acórdão em anotação (2.) e sobre a ponderação feita pelo mesmo dos interesses comunitários e públicos em confronto (3.). Terminaremos com uma alusão à importância hodierna dos baldios (4.).

¹ Sem prejuízo de outras alterações que se possam afirmar importantes a outros propósitos, interessamos ressaltar que foi objetivo do legislador contrariar a ampla colocação no mercado dos terrenos baldios, voltando atrás na intenção da promoção do seu máximo aproveitamento económico, ainda que por terceiros. Visou-se recenrar a função comunitária dos baldios no permitido pelos “*usos e costumes locais*” ou por outras potencialidade económicas, mas que terão de ser definidas por lei (artigo 3.º, n.º 2 do referido Decreto), ao mesmo tempo que se determina a não renovação ou conversão dos contratos de arrendamento já celebrados sobre baldios e a sua inviabilização futura (artigo 51.º).

I ANÁLISE DA FIGURA DOS BALDIOS

Se se questionou durante muito tempo a autonomia da figura dos baldios, é hoje indiscutível, em face da sua previsão constitucional e regulação legal, que os baldios são *bens comunitários*, não fazendo parte nem do setor público, nem do setor privado, antes integrando o setor cooperativo e social. Neste se integram, efetivamente, além de outros, “*os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais*” [alínea b) do n.º 4 do artigo 82.º da Constituição da República Portuguesa].

Como refere Henrique Mesquita, em anotação ao Acórdão da Relação de Coimbra de 12 de abril de 1994, publicado na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3847:

“... as coisas dominiais e os baldios constituem duas categorias de bens completamente distintas. No conceito de domínio público, como é sabido, abrangem-se todos aqueles bens, pertencentes ao Estado ou a outros entes públicos, afectados à satisfação de necessidades colectivas, tanto podendo tratar-se de bens cujo uso é facultado a qualquer pessoa (caso, v.g., das vias de comunicação), como de bens que os particulares não podem usar, mas que, não obstante isso, satisfazem interesses gerais da colectividade (caso, por exemplo, das obras de defesa militar).

Nos baldios, diversamente, há sempre um uso dos bens pelos particulares, uso esse que se destina a satisfazer apenas necessidades de natureza privada.

Por outro lado, a situação dos utentes, nos baldios, encontra-se subjectivada: o uso que cada um deles faz dos bens assenta num direito próprio, com características iguais às dos vulgares direitos de natureza real.”

Isto significa que são as *comunidades locais*, enquanto *comunidade de habitantes* que se apresentam como titulares dos seus direitos coletivos (sejam de gozo, de uso, ou de *domínio*), valendo, quanto a elas, os princípios da *autoadministração* e *autogestão*². De facto, em face da Constituição e da Lei n.º 68/93, de 4 de setembro – que esteve na base do Acórdão aqui em anotação –, a propriedade

² Impressionantemente, veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 96/2012, segundo o qual “Na verdade, os baldios não são matéria que, à partida, deva ser considerada de poder local. Havendo assembleia de compartes é a esta, como conjunto de compartes de um bem comunitário gerido e possuído pela comunidade, e não aos eleitores recenseados que cabe decidir as questões que aos baldios respeitam”.

dos baldios pertence aos *compartes*, já que a lei lhes atribui hoje não só a *posse* e a *fruição* dos baldios, mas também a respetiva *gestão* (artigos 1.º, n.º 1 e 11.º e seguintes da Lei n.º 68/93), configurando, assim, uma forma de *propriedade comum ou coletiva*. Da mesma forma, a Lei n.º 75/2017 atualmente em vigor, define baldios como os terrenos com as suas partes e equipamentos integrantes, possuídos e geridos por comunidades locais [artigo 2.º, alínea a)], considerando os *compartes* os titulares dos baldios (artigo 7.º, n.º 1).

Esta propriedade encontra-se enformada por um regime próprio que apresenta traços próximos da propriedade pública dominial – por se determinar que os atos ou negócios jurídicos de apropriação ou apossamento, tendo por objeto terrenos baldios, bem como da sua posterior transmissão, são nulos³, e que os baldios podem ser objeto de cessão de exploração – e da propriedade privada – por se admitir quer a extinção, alienação ou arrendamento de baldios, quer por se determinar a sua sujeição a inscrição matricial, equiparando-os a patrimónios autónomos para certos efeitos⁴.

Porém, não se trata apenas de uma mescla destes dois regimes, antes de um regime *especial* mais *completo*⁵ e *complexo*, que hoje, inclusive, pode ser aplicado não apenas a terrenos que se hajam tradicionalmente como baldios (ainda que posteriormente submetidos a regimes de direito público, como os de reserva florestal, ou objeto de apossamento por particulares), como ainda a terrenos passíveis de uso e fruição por comunidade local que tenham sido licitamente adquiridos por uma tal comunidade e afetados ao logradouro comum da mesma (artigo 2.º).

De facto, os bens comunitários mantêm-se na titularidade das respetivas comunidades locais, as quais não passam, por essa razão, a confundir-se com os entes territoriais locais nos quais se situam⁶. Titularidade esta que, para além de prevista constitucional e legislativamente, tem merecido ampla proteção por parte do Tribunal Constitucional que no Acórdão n.º 325/89 considerou inconstitucionais nor-

³ Sendo, desde logo, insusceptíveis de aquisição por usucapião (artigo 4.º da Lei n.º 68/93).

⁴ No regime anterior à Constituição de 1976, oscilava-se entre a qualificação dos baldios ora como coisas públicas ora como coisas privadas. Por exemplo, José Tavares, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Coimbra, 1929, pág. 258, assimilava as coisas comuns às públicas. Já o Código Administrativo de 1940 os considerava coisas particulares, considerando-as alienáveis e admissível a sua aquisição por usucapião. Também Rogério Soares, “Sobre os Baldios”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano xvi, Coimbra, 1967, p. 291, considerou os baldios coisas privadas do património das autarquias com afetação especial ao uso pelos seus habitantes, de acordo com o costume.

⁵ A regulamentação da Lei dos Baldios foi efetuada pelo Decreto-Lei n.º 165/2015, de 17 de agosto, mas cessou a sua vigência de acordo com a Resolução da Assembleia da República n.º 35/2016, de 19 de fevereiro.

⁶ Cfr., inequivocamente no sentido desta qualificação, M. Lopes Rocha, «Dos baldios», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 35.º, setembro-dezembro, 1976, e, mais recentemente, J. Casalta Nabais, “Alguns perfis da propriedade coletiva nos países de civil law”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. 61, 2001, pp. 223-261.

mas que visavam indiretamente integrar terrenos baldios no “domínio público” da freguesia, pois o que resultaria seria “*uma mutação dominial inconstitucional traduzida na substituição das comunidades de utentes dos baldios como titulares últimos do domínio cívico pelas entidades territoriais autárquicas, violando os princípios da «autodisposição», «auto-administração» e «autogestão» constitucionalmente caracterizadas da propriedade colectiva e da posse útil e gestão dos bens comunitários*”.

2 ASPETOS INSTITUCIONAIS DOS BALDIOS

Nos termos da Lei dos Baldios de 1993, a administração destes que tenha sido transferida de facto para qualquer entidade administrativa, nomeadamente para uma ou mais juntas de freguesia, e que nessa situação se mantenha à data da entrada em vigor da referida lei, considera-se delegada nestas entidades com os correspondentes poderes e deveres e com os inerentes direitos. Mantendo-se nessa situação até que a delegação seja expressamente confirmada ou revogada nos moldes legalmente prescritos (artigo 36.º). Moldes estes que hoje, à luz da Lei n.º 75/2017, requerem formalização por escrito, mesmo relativamente a delegações de poderes anteriormente à sua entrada em vigor (artigo 35.º, n.º 3 e 6).

Também o artigo 22.º, n.º 1 da Lei dos Baldios de 1993 e, hoje, o artigo 35.º, n.º 1 da Lei dos Baldios de 2017, confirmam que “*os compartes podem delegar poderes de administração dos baldios, em relação à totalidade ou a parte da sua área, em junta de freguesia ou na câmara municipal da situação do baldio, bem como em serviço ou organismo da administração direta ou indireta do Estado competente para a modalidade ou modalidades de aproveitamento a que a delegação se reporte*”.

Ainda nos termos da Lei 75/2013, de 12 de setembro, que, sucintamente, estabelece o regime jurídico das autarquias locais, dá conta que compete às juntas de freguesia “*Proceder à administração ou à utilização de baldios sempre que não existam assembleias de compartes*” [alínea oo) do artigo 16.º].

De facto, durante largos anos, foram as juntas de freguesia que administraram áreas de baldios, considerando-se nelas delegados, interregamente, os vários poderes e deveres que incumbiriam, em primeira linha, à administração dos baldios, através dos seus órgãos. Donde forçosamente ter de se concluir que, na ausência dos órgãos próprios da Administração dos baldios, as juntas de freguesia que por lei lhes sucedem nas suas competências, gozarão dos mesmos *poderes de administração*, que devem exercer de *forma originária* (na ausência de um ato expresso de delegação).

Refira-se que ainda que estes poderes não se alarguem à *disposição* sobre os baldios, uma vez que ficará vedado às juntas de freguesia a apropriação dos mesmos ou, em regra, a sua extinção (artigo 26.º da Lei dos Baldios de 1993 e artigo

38.º da nova Lei dos Baldios), julgamos que uma adequada administração dos mesmos poderá implicar a realização de atos como os previstos no artigo 15.º, n.º 1, alínea j), de acordo com o qual competia à assembleia de compartes “*deliberar sobre a alienação, arrendamento ou a cessão de exploração de direitos sobre baldios, nos termos do disposto na presente lei*” (sublinhado nosso). Atualmente, a nova Lei dos Baldios repete esta formulação no seu artigo 24.º/1, alínea m), ainda que tenha eliminado a possibilidade de arrendamento sobre os baldios, de modo a evidenciar a sua subtração ao comércio jurídico privado dito normal.

Se não se colocam especiais problemas quanto à possibilidade de a administração dos baldios pelas juntas de freguesia poder implicar, à altura da prolação do Acórdão, o *arrendamento* ou *cessão de exploração* dos baldios, já dúvidas se podem colocar quanto à possibilidade de *alienação que decorra de situações de expropriação* (no momento de aquisição por via do direito privado) ou de *alienação voluntária*. É que estas situações são simultaneamente formas de *extinção*, ainda que usualmente parcial, dos baldios, ao mesmo tempo que resultam de necessidades gestionárias impostas por outras entidades públicas ou demandadas pela satisfação de interesses públicos primordiais.

Julgamos, porém, que esta possibilidade existe, na medida em que não se trata, nestes casos, de uma disposição estritamente *voluntária* dos baldios, mas de formas da sua afetação à satisfação de interesses públicos que de outra forma se veriam preteridos.

Esta aquisição (alienação) *induzida* é clara nas situações de expropriação (artigo 29.º) nas quais se assinala que a aquisição por via do direito privado não o é verdadeiramente, uma vez que o procedimento expropriativo subjacente continuará mesmo na ausência de acordo, ficando o proprietário *sujeito* a declaração de utilidade pública, para efeitos de expropriação.

Da mesma forma, a *alienação por razões de interesse local* (artigo 31.º da Lei dos Baldios de 1993 e artigo 40.º da legislação atual), fundamenta-se em comprovadas necessidades urbanísticas (que devem contar inclusive com informação prévia sobre a viabilidade da pretensão emitida pela câmara municipal), e é limitada por critérios de estrita necessidade (quanto à área a alienar) e de vinculação subjetiva (ao impedir-se a posterior alienação a terceiros, a não ser que se processe a título gratuito e para os mesmos fins). O que significa que, também aqui o legislador identificou um tipo de interesses que devem, em princípio, prevalecer sobre a manutenção dos baldios.

Pensamos poder suportar esta posição no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 96/2012, que se pronunciou pela ilegalidade do referendo local que a Assembleia de Freguesia de Pindelo dos Milagres, do concelho de São Pedro do Sul, deliberou realizar acerca do arrendamento de terreno baldio propriedade da Freguesia, para instalação de uma fábrica. Neste caso, não obstante haver um ato de

delegação de poderes de gestão na junta de freguesia, o Tribunal entendeu que, na medida em que não estava em causa uma competência própria ou sequer partilhada, aquele arrendamento (por 50 anos) excedia o âmbito dos poderes delegados, acrescentando que *“existindo assembleia de compartes, apenas as competências próprias do conselho executivo são delegáveis na junta de freguesia. E, assim, competindo àquela assembleia deliberar sobre a cessão de exploração do baldio – e, por identidade de razão caso se entenda que a lei o não proíbe, também sobre o arrendamento –, não pode a junta de freguesia tomar qualquer decisão nesse sentido, por não deter competência (ainda que delegada) para o efeito”*. Caso, porém exista uma competência própria para administrar o baldio, que apenas ocorre no caso de inexistência de assembleia de compartes, já parece não se aplicarem estritamente as conclusões extraídas do Acórdão referido.

Deste modo, não obstante no caso do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que aqui estamos a comentar o contrato promessa de doação celebrado pela junta de freguesia e a empresa concessionária do sistema multimunicipal tenha sido declarado nulo por se tratar de uma *“alienação gratuita de um terreno baldio”*, julgamos que, em sede de princípio, não estaria impedida aquela alienação, por se cingir esta, ainda, à administração dos baldios *originariamente* assegurada pela freguesia.

Aliás é o próprio Acórdão em comentário que o afirma ao expressar o seguinte:

“No caso, a obra realizada pela ré é de indiscutível interesse para a população por ela abrangida, como decorre do diploma que instituiu o sistema de abastecimento e de saneamento e que constituiu a sociedade ré. Tratando-se de instalação de infra-estrutura de interesse colectivo, a parcela do terreno baldio podia ser alienada para esse fim, a título oneroso – al. b) do n.º 1 do art. 31º.

E, apesar de os depósitos de água não constituírem propriamente um equipamento social, convém ter presente que, se o fossem, o terreno podia ser alienado, mesmo a título gratuito – art. 31º, n.º 4.

Como é evidente, ao invocar este regime, não se pretende contrariar o que foi já reconhecido e decidido, mas tão só sublinhar que existem casos justificados em que é permitida legalmente a alienação de baldios e que, as circunstâncias descritas, ponderadas pela própria autarquia, tornam de algum modo compreensível o negócio que esta celebrou, não se podendo dizer que a invalidade tenha sido cometida de forma grosseira e chocante, por absolutamente injustificada.”

Naturalmente que a decisão de declaração de nulidade do contrato – a que não tivemos acesso – tomou em consideração a natureza gratuita do negócio celebrado, sendo que, neste caso, terá tomado em linha de conta não apenas a lei então

vigente (na formulação da Lei dos Baldios em vigor em 2004, data da celebração do contrato, a alienação gratuita apenas era possível para equipamentos sociais, o que não sucedia no caso)⁷; mas também, provavelmente, o facto de tal negócio transformar, afinal, um ato de administração num ato de pura disposição, sem que dele resultassem as devidas contrapartidas para o baldio.

3 PONDERAÇÃO ENTRE INTERESSE COMUNITÁRIO E INTERESSE PÚBLICO

Em qualquer caso, tendo a nulidade sido declarada, questiona-se – e é esta a questão central do Acórdão em anotação – se a parcela ocupada (sem título) deve ser restituída à comunidade dos compartes.

Esta questão coloca-nos perante a tensão latente entre interesse comunitário e interesse público, tensão esta que tem acompanhado a história dos baldios em Portugal. E se um dos primeiros focos dessa tensão se deu em razão da política de ocupação florestal dos terrenos baldios⁸, hoje a mesma centra-se nas ocupações urbanísticas que encontram nos baldios a sua sede.

No que concerne à questão de saber se, na sequência do reconhecimento da nulidade do contrato, o terreno devia ou não ser devolvido à comunidade dos compartes, o Acórdão aqui em anotação acabou, no caso em apreço, por *negar tal restituição*, ainda que tenha reconhecido haver uma efetiva, ainda que não substancial, perda das utilidades que o terreno proporcionava aos compartes. E, por este motivo veio reconhecer que aquela perda, atento o carácter permanente da obra realizada, assume uma *natureza expropriativa* com a consequente *necessidade do pagamento de uma justa indemnização*.

Não deixa de se realçar (e aplaudir) aqui o facto de o tribunal, neste caso, não ter invocado o “*princípio da intangibilidade da obra pública*”, ainda que tenha reconhecido uma *prevalência do interesse público subjacente à obra realizada* sobre o *interesse dos compartes* e, deste modo, chegado a uma solução similar à que decorreria da sua aplicação.

Como se sabe, este é um princípio muito discutido na doutrina e na jurisprudência, tendo o Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais da Relação aceite, com frequência, a sua invocação, designadamente no domínio das expropriações (em

⁷ Posteriormente o n.º 4 do artigo 31.º adotou um sentido mais amplo abarcando as seguintes finalidades de interesse local: instalação de equipamentos sociais, culturais, desportivos ou outros equipamentos coletivos sem fins comerciais ou industriais. Idêntica formulação consta hoje do n.º 4 do artigo 40.º da Lei n.º 75/2017.

⁸ Cfr., para uma análise do descontentamento gerado por esta ocupação florestal de imposição pública, Dulce Freire, “Os baldios da discórdia: as comunidades locais e o Estado”, in *Mundo Rural: transformação e resistência na Península Ibérica no século XX*, Lisboa, Edições Colibri/Centro de Estudos de Etnologia Portuguesa, 2004, pp. 191-224.

particular as concretizadas sem título, isto sem, declaração de utilidade pública precedente, ou que foram para além desse título).

Cite-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de maio de 2011, Processo n.º 666/03.0TBLNH.L1, segundo qual:

“Essa restituição iria não só afectar a parcela indevidamente apropriada mas também a parcela devidamente expropriada e a obra pública que nela se acha legitimamente edificada, extravasando, claramente, a finalidade que se visa com tal restituição e provocando prejuízos, transtornos e despesas muito superiores aos reclamados pela restituição, afigurando-se-nos, nessa medida e com base ao referido «princípio da intangibilidade» da obra pública e em nome do interesse público (coletivo) que, neste caso, se sobrepõe, ao interesse do particular em recuperar parte do seu prédio ilegalmente ocupado, que ordena a entrega tem de ser substituída pelo seu equivalente em dinheiro (indenização), conforme se acha previsto, enquanto princípio geral, no art.º 566.º, n.º 2 do CC.”

E cite-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29 de março de 2011, no Processo 1120/08.9TBSJM, onde se defendeu que, em obediência a este princípio,

“Ocupada pela autarquia uma faixa de terreno não expropriada que ficou integrada na rua cujo alargamento foi determinativo da expropriação (...), pode ser recusa da entrega do prédio ocupado.”

E, ainda, do mesmo tribunal, o Acórdão de 29 de outubro de 2012, no Processo n.º 705/08.8TBVCD.P2, segundo o qual:

“pese embora a nulidade que inquina o acto administrativo de declaração de utilidade pública, vício que contamina o acto judicial de adjudicação da propriedade, face à prevalência do interesse público colectivo, tutelado pelo princípio da intangibilidade da obra pública, não é viável a declaração do direito de propriedade dos autores/recorrentes, com a conseqüente devolução da parcela expropriada “no estado em que se encontrava à data da ocupação”.

Veja-se, por fim, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de abril de 2010, no Processo n.º 1857/05.4TBMAL.S1, onde se afirma:

“O denominado princípio da “intangibilidade da obra pública”, princípio geral do direito das expropriações, a operar, nomeadamente, quando tendo havido um princípio de actuação legal expropriativa não ocorra um atentado grosseiro ao direito de proprieda-

de, conduz a que o julgador já não deverá colocar a Administração numa posição idêntica à de um qualquer particular, determinando a restituição do bem ou demolição da obra como meios de fazer cessar uma “via de facto”, mas, atendendo ao interesse geral que a obra pública representa, abster-se de ordenar a restituição e limitar-se a conceder ao proprietário uma indemnização pela privação do gozo da coisa, enquanto ela se verificar”.

E se é certo que este princípio tem vindo a ser rejeitado, como regra, pelo Supremo Tribunal Administrativo, tal não significa que não se reconheça a existência de casos em que o mesmo deva ser convocado. Assim, reconhece-se a natural relevância do *facto consumado* para um juízo a emitir pelo Tribunal em sede de declaração de *causa legítima de inexecução* do julgado anulatório (cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de fevereiro de 2001, de 4 de fevereiro de 2003 e de 16 de janeiro de 2008).

E de acordo com o Tribunal Central Administrativo, Acórdão de 27 de outubro de 2011, Processo 00695/06.1BEVIS,

*“a reposição da legalidade em reintegração da pretensão do demandante com “eliminação”, no plano dos factos e do direito, daquela situação perspectiva-se senão numa situação de impossibilidade pelo menos uma situação produtora dum excepcional prejuízo para o interesse público, o que obsta à procedência da pretensão e determina a modificação objectiva da instância nos termos do n.º 1 do art. 45.º do CPTA aplicável “ex vi” art. 49.º do mesmo código”.*⁹

Em vez de invocar este princípio, o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão aqui em anotação, ainda que tenha chegado a uma solução idêntica, optou por trilhar uma via diferente.

No seu juízo o Tribunal concluiu que, apesar de não acompanhar em todos os pontos a fundamentação da decisão da 1ª instância (designadamente no que respeita à “cruzea” com que retrata a utilização atual dos baldios)¹⁰, se lhe afigura correta a sua decisão de impedir a restituição com base no abuso do direito, tendo deste modo revogado o Acórdão do Tribunal da Relação que havia, precisamente, determinado essa restituição.

⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre a evolução deste princípio e uma sua abordagem do ponto de vista do direito comparado cfr. A. Pereira da Costa, “A intangibilidade da obra pública: fim à vista?”, *RevCEDOUA*, 2/2016, p. 35 a 53. Em especial sobre a visão crítica deste princípio, que partilhamos, e os problemas que a possibilidade da sua mobilização acarreta cfr. p 51 a 53.

¹⁰ Esta decisão havia concluído pela não devolução do terreno aos compartes e demolição dos depósitos construídos.

Para esta conclusão concorreu não o *princípio da intangibilidade da obra pública* – que não foi sequer citado em algum momento do Acórdão –, mas a *ponderação dos interesses em confronto*, tendo em conta os dados do caso concreto e apelando ainda para a aplicação de outros princípios jurídicos, designadamente o da *boa fé*.

Nesse confronto de interesses relevaram os seguintes aspetos:

- (i) ser a parcela objeto de ocupação de reduzida dimensão comparando com a área total deste baldio (área de cerca de 1.600 m² de um terreno baldio que tem a área atual de 5.000 m²), e a área mais vasta de baldios da mesma freguesia (que inclui outro com a área de 80.000 m² e outro, ainda, com a área de 3.500 m²);
- (ii) ser a entidade que procedeu à celebração do contrato em causa, a entidade que à data tinha os poderes de administração sobre a mesma (a junta de freguesia), por a Assembleia de Compartes, o Conselho Diretivo e Comissão de Fiscalização terem sido constituídos em data posterior à da celebração do negócio em causa;
- (iii) estar a obra que ocupou aquela pequena parcela integrada no sistema multimunicipal de abastecimento de água e saneamento de BB (reservatório R6A previsto no *Projeto dos Subsistemas de Abastecimento de Água do MM*), com vista a solucionar os problemas de abastecimento de água e tratamento de águas residuais das populações dessa região, potenciando a auto sustentabilidade e ecoeficiência desse sistema;
- (iv) ser a ré a entidade concessionária do referido sistema com a finalidade de o gerir e desenvolver, dispondo para o efeito de poderes expropriativos;
- (v) ser este projeto de manifesto interesse para as populações locais, podendo ser assumido como uma infraestrutura de interesse coletivo que poderia até ter justificado a sua alinação a título oneroso¹¹;
- (vi) não prejudicar, a ocupação da parcela por aquela infraestrutura, a fruição que os compartes faziam daquele baldio;
- (viii) ter a obra sido efetuada em 2005/2006, já depois da constituição da Assembleia de Compartes, do Conselho Diretivo e da Comissão de Fiscalização dos Baldios.

Todos estes fatores foram colocados nos “pratos da balança” e devidamente sopesados: de um lado, o *indiscutível interesse público da obra efetuada*, que visa solucionar o problema de abastecimento de água das populações (a que acrescenta o seu custo avultado) e, de outro lado, a *reduzida área de terreno ocupada* (quer

¹¹ O tribunal invoca este facto não, como vimos, para contrariar o que havia sido reconhecido e decidido na primeira e segunda instância quanto à nulidade do contrato, mas tão só para sublinhar que existem casos justificados em que é permitida legalmente a alienação de baldios e que as circunstâncias descritas, ponderadas pela própria autarquia, tornavam de algum modo compreensível o negócio que a freguesia celebrou, não se podendo dizer que a invalidade do negócio jurídico tenha sido cometida de forma *grosseira e chocante*, por *absolutamente injustificada*.

em termos absolutos, quer tendo em atenção a extensa área remanescente que fica ainda reservada para logradouro comum), a que acresce o *tipo de uso que dela se vinha fazendo pelos compartes*.

Fazendo um raciocínio que apela mais para a mobilização do princípio de matriz jusadministrativista da *proporcionalidade* do que para o da *intangibilidade da obra pública*, o Tribunal acabou por cotejar o prejuízo imposto aos compartes pela perda da parcela em causa com o prejuízo que a restituição da mesma (e consequente demolição da infraestrutura em causa) teria para as populações. E concluiu que aquele primeiro prejuízo perde relevo comparando com este segundo “*pela reduzida extensão da ocupação e tendo em conta a importância que hoje assume a utilização que as populações fazem dos terrenos baldios, caracterizada por actividades tradicionais que estão notoriamente em franco declínio (roçar mato, apanha de lenha, pastoreio, etc.)*”.

Esta solução, resultante da ponderação feita a partir das variáveis do caso (dos factos provados) e dos interesses públicos e privados nele envolvidos [e que levou, no caso em apreço, à prevalência do interesse subjacente à construção dos reservatórios de água (interesse público) em detrimento do interesse comunitário dos compartes], seria outra – é o que concluímos da argumentação apresentada pelo Tribunal – se o equilíbrio de interesses fosse diferente, designadamente, se a parcela ocupada pelas infraestruturas de abastecimento de água e tratamento de águas residuais tivesse uma dimensão significativa ou, em especial, se a utilização dada ao baldio tivesse, como cada vez mais vem tendo, conforme referiremos no último ponto da presente anotação, um papel relevante na economia rural¹²⁻¹³.

¹² O método da ponderação corresponde, precisamente, à técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de interesses contrapostos: como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre os outros, o que se exige é que, tendo presente o caso concreto, se alcance uma solução que permita a realização simultânea de todos, solução que pode ser obtida, designadamente, através de concessões recíprocas entre eles, sacrificando o mínimo de cada um. A *ponderação* surge assim, sempre que exista a necessidade de “*encontrar o direito*” para resolver “*casos de tensão*” entre bens juridicamente protegidos, sendo característico destas situações a impossibilidade de cada um dos bens em tensão serem realizados ou otimizados em todas as suas potencialidades.

Enquanto método jurídico, a ponderação não responde, necessariamente, a exigências de segurança jurídica: os resultados da sua aplicação revelam-se sempre imprevisíveis, havendo uma remissão para a *justiça do caso concreto*, com a consequência da ampliação do poder de quem tem competência para decidir em último termo. Não se trata, porém, de um modelo de abertura para uma *justiça casuística*, pelo que não dispensa uma cuidadosa descrição da situação de conflito existente, nem uma justificação devida da solução encontrada através dela.

Trata-se de um método cujo relevo decorre de dele resultarem *soluções de preferência* que vão sendo dadas caso a caso, mas que passarão a valer, posteriormente, para todas as decisões equivalentes que venham a verificar-se (diretivas para casos futuros). Isto sem prejuízo da necessidade de atender sempre às circunstâncias do caso concreto, pelo que, se em determinadas situações são uns os interesses que devem prevalecer, noutras, a solução poderá ser, precisamente, a inversa.

¹³ Assim, numa situação similar àquela de que curamos, o Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de junho de 2014, proferido no processo 310/09.1TBVLN.G1. S1, considerou que a realização de obras

Note-se que o abuso do direito previsto no artigo 334º do Código Civil, segundo o qual *“é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”* apenas foi invocado no Acórdão aqui em anotação por este ter dado relevo ao facto de a obra ter sido realizada nos anos de 2005/2006, já depois da constituição dos órgãos das comunidades locais que fruem estes baldios e de esses órgãos terem chamado a si a gestão e administração dos baldios, pois tal significa que a obra foi levada a cabo *“à vista de toda a gente”* sem que tenha havido qualquer oposição à mesma, tendo a ação de pedido de restituição da parcela sido interposta apenas em 2009, três anos depois da conclusão da obra.

Segundo o Acórdão:

“se a utilização do terreno baldio assumia uma importância tão fundamental para os compartes que tradicionalmente dele beneficiavam, justificava-se uma atitude mais pronta e veemente de oposição à construção dos depósitos, que impedia essa utilização, não se compreendendo que tenham assistido passivamente a tal construção, deixando concluir esse avultado investimento, só depois, anos depois, vindo alegar a ilegalidade da ocupação.”

E atentas estas circunstâncias, entendeu que a pretensão do autor de ver restituído o terreno ocupado pela ré, com destruição da obra aí edificada, afrontaria, de forma flagrante, o *princípio da boa fé* e o *fim social e económico do direito* (de uso e fruição comunitária) exercido sobre tal terreno.

de saneamento, com passagem de condutas, por parte de uma empresa (ao que parece, também ela concessionária de serviço público), por terrenos baldios e desocupados há mais de 80 anos, configurava um ato ilícito.

De facto perante alegações que o terreno pertencia à freguesia por esta, durante mais de 20 e 30 anos ter praticado atos de gestão e de posse sobre o terreno em apreço como se fosse proprietária do mesmo, sem oposição, considerou o Tribunal que era inadmissível a usucapião, uma vez que se trata de *“bens comunitários afectos à satisfação das necessidades primárias dos habitantes de uma circunscrição administrativa ou parte dela e cuja propriedade pertence à “comunidade” formada pelos utentes de tais terrenos que os receberam dos seus antepassados, para, usando-os de acordo com as necessidades e apetências, os transmitirem intactos aos vindouros”*. Não antevendo qualquer abuso de direito por parte dos Autores, que reclamavam a devolução do terreno baldio, o Tribunal considerou que as alegações de que todos os habitantes do município ficariam sem o fornecimento de água potável nas suas habitações durante todo o período em que durarem as obras de retirada das condutas existentes no terreno em apreço e os procedimentos necessários à implantação de novas condutas num novo lugar, ao não terem sido objeto de pronunciado assentimento na matéria de facto comprovada pelas instâncias, não poderiam ser atendidos. Assim, pronunciou-se indiretamente no sentido da não atendibilidade de princípios invocados como os da salvaguarda do interesse público e da proporcionalidade, por oposição a um caso de abandono ostensivo pelo recorrido.

Naturalmente numa situação destas, e como teria feito caso tivesse invocado o princípio da intangibilidade da obra pública, o que fica por discutir, como concluiu o Acórdão, é o *quantum* da compensação devida pela ocupação (assumindo aqui relevo o facto de o autor e a junta de freguesia já terem acordado a afetação de metade do “*benefício económico*” que aquele venha a obter da ré).

Donde ter concluído que apesar de ser recusada a restituição do terreno, ter de se reconhecer que há uma efetiva perda das utilidades que o terreno propiciava aos compartes do baldio o que, tendo em conta a natureza permanente da obra, se traduz numa verdadeira expropriação, com a necessidade do pagamento de uma justa indemnização, tendo, assim, deixado ressalvada a possibilidade de exercício desse direito.

4 IMPORTÂNCIA HODIERNA DOS BALDIOS

No Acórdão em anotação, um dos critérios de ponderação para a tomada de decisão foi o tipo de utilização que as “*populações fazem dos terrenos baldios, caracterizada por actividades tradicionais, notoriamente em franco declínio (roçar mato, apanha de lenha, pastoreio)*”.

Este critério, ainda que possa fazer sentido no concreto baldio, não pode ser generalizado, já que os baldios têm vindo a assumir um papel crescente na economia rural.

Como refere Sara Simões, “*na história da evolução dos baldios podem identificar-se quatro momentos distintos relativamente às formas de exercício da propriedade por parte das comunidades locais*”¹⁴.

- (i) Num primeiro momento, as comunidades locais faziam usos tradicionais do baldio, centralizados nos compartes, constituindo uma extensão das suas economias individuais;
- (ii) Num segundo momento, as comunidades locais perderam a propriedade jurídica dos seus baldios, que passaram a estar sob a tutela dos Serviços Florestais após a sua submissão ao regime florestal e ocorreram significativas limitações à utilização dos recursos do baldio por parte das comunidades locais, sobretudo relacionadas com o pastoreio;
- (iii) Com a Lei 39/76, que marca o terceiro momento, os baldios foram restituídos às comunidades locais mas ainda que estas tivessem recuperado a propriedade jurídica dos seus terrenos comunitários, mantinha-se um desfazamento entre esta e a posse económica dos terrenos.

¹⁴ Sara Simões, “Baldios No Norte De Portugal: O Papel da Propriedade Comunitária no Desenvolvimento Local”, VII Congresso Português de Sociologia, Universidade do Porto, 2012, p. 6-7.

(iv) Finalmente, num quarto momento, refere a Autora, “*ocorreram usos exteriores não praticados pelos compartes, nem traduzidos em benefícios para a entidade gestora, sendo exemplos o turismo e lazer, aliados aos recursos ambiente e património. O baldio passou a ser um espaço de novas procuras por parte de novos agentes, que dele retiram benefícios, sem que as comunidades locais deles beneficiem ou os controlem*”, considerando que, como se assiste a uma transição da propriedade comunitária, onde as atividades tradicionais praticadas como suporte das economias individuais, declinaram, é importante redefinir ou refundar a propriedade comunitária no sentido da sua economia se inserir no desenvolvimento local, valorizando os seus recursos de forma integrada, sob o controlo e em benefício das comunidades.

Esta intenção de relançamento e valorização dos baldios esteve expressamente na base do Projeto de Lei n.º 528/XII/3.^a, que esteve na origem da Lei n.º 72/2014.

De acordo com a respetiva exposição de motivos visava-se proceder a “*uma adequação do quadro legal em vigor*” às profundas transformações sofridas “*ao longo dos últimos 50 anos*” pela “*relação da sociedade com o território*”.

Ainda de acordo com aquela exposição de motivos, o “*crescente aumento de receitas resultantes da exploração de terrenos baldios e os processos de negociação em curso, tendo em vista a instalação de [...] equipamentos electroprodutores, nomeadamente para a produção de energia eólica e hídrica, tem conduzido a um fenómeno de criação de novas delimitações de baldios e à sua conseqüente atomização*”, o que, contrariando “*a necessidade de aumento de escala necessária para assegurar a coesão do espaço rural, e garantir [...] a viabilidade do investimento na gestão e no ordenamento do território*”, impôs a adoção de novas soluções.

Assim se pretendeu com a alteração legislativa criar uma nova dinâmica na gestão dos espaços comunitários liberta das “*barreiras anteriormente impostas e, simultaneamente, habilitar as entidades gestoras dos baldios a aproveitar de forma mais eficaz os mecanismos financeiros colocados à disposição de quem neles investe, quer o investimento seja realizado pelos conselhos diretivos dos baldios ou outros com quem aqueles venham a contratualizar a gestão, uma vez obtida a concordância dos compartes*”¹⁵.

¹⁵ Em face desta intenção, no Acórdão n.º 595/2015, o Tribunal Constitucional considerou compreensível que enquanto os terrenos cívicos tiveram por função basicamente a subsistência dos respetivos condóminos ou compartes, se tivesse mantido confinamento do universo dos compartes a um núcleo restrito de membros da comunidade de residentes. Todavia, quando os mesmos bens coletivos passam a ser objeto de uma exploração de carácter empresarial e planificada, traduzida numa atividade de produção para troca, por via de regra monetária, já parece não se justificar essa restrição.

Deste modo, se compreendia que, ainda que os baldios constituíssem, em regra, logradouro comum, designadamente para efeitos de apascentação de gados, de recolha de lenhas ou de matos, de culturas, se admitissem e até promovessem outros aproveitamentos dos recursos dos respetivos espaços rurais, designadamente o energético, o cinegético, o turístico ou o agroindustrial (artigo 3.º da Lei n.º 68/93).

Mais recentemente, com a Lei n.º 75/2017, visou-se recentrar, como vimos, a função comunitária dos baldios no permitido pelos “usos e costumes locais” (incluindo-se expressamente a apascentação de gados, de recolha de lenhas e de matos, de culturas e de caça e de produção elétrica) ou por outras potencialidade económicas, atuais ou futuras, mas que terão de ser definidas por lei (artigo 3.º, n.º 2). Julgamos, porém, que esta previsão legal não deverá ser entendida de forma demasiado restritiva, devendo ser ajustada às necessidades de gestão social, ambiental e urbanisticamente sustentável dos baldios, o que permite que se continuem a desenvolver atividades económicas dotadas de maior grau de modernidade em terrenos baldios.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 293-311
ISSN: 1130-2682

AS JOIAS E O PRINCÍPIO DA ADEÇÃO VOLUNTÁRIA E LIVRE
COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA
RELAÇÃO DE GUIMARÃES DE 25 DE MARÇO DE 2016

*THE ADMISSION FEE AND THE PRINCIPLE OF
VOLUNTARY AND OPEN MEMBERSHIP
COMMENTS ON THE JUDGEMENT DELIVERED BY
GUIMARÃES COURT OF APPEAL ON THE 25TH MARCH 2016*

DEOLINDA A. MEIRA*

Recepción: 22/7/2017 - Aceptación: 1/10/2017

* Professora Adjunta do Instituto Politécnico do Porto/ISCAP/CEOS.PP. Email: meira@iscap.ipp.
pt. Correio postal: Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Rua Jaime Lopes
de Amorim, 4465-004 S. Mamede de Infesta, PORTUGAL.

RESUMO

O presente trabalho comenta a decisão tomada pelo Tribunal da Relação de Guimarães, no Acórdão de 25 de março de 2016. Neste Acórdão está em causa a questão de saber se uma norma estatutária que prevê o pagamento de uma joia de entrada para os novos membros, de montante desproporcionado face ao valor de subscrição dos títulos de capital, viola o *Princípio cooperativo da adesão voluntária e livre*. O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães enquadra adequadamente esta questão, considerando essa disposição estatutária nula, por violação de preceitos legais imperativos. Consideramos, no entanto, que entre esses preceitos legais deveria ter sido incluído o art. 80.º do CCoop, dado estarmos perante uma transformação encapotada da cooperativa numa sociedade comercial.

PALAVRAS-CHAVE: cooperativas, cooperador, joia, princípio da adesão voluntária e livre.

ABSTRACT

The current paper comments the ruling delivered by the Guimarães Court of Appeal, on the 25th march 2016. This ruling addresses the question whether a statutory rule which provides for the payment of an admission fee for the new members disproportionate to the subscription value of the capital contributions, violates the cooperative principle of voluntary and open membership. The Judgment of the Court of Appeal of Guimarães adequately frames this question, considering this statutory provision null, for violation of mandatory legal precepts. We believe, however, that among these legal precepts should have included art. 80 of CCoop, given that we are faced with a covert conversion of the cooperative into a commercial company.

KEY WORDS: cooperatives, co-operator member, admission fee, principle of voluntary and open membership.

SUMÁRIO: 1. APRESENTAÇÃO DO LITÍGIO. 2. COMENTÁRIO. 2.1. Nulidade da disposição estatutária por violação do art. 80.º do CCoop. 2.2. Nulidade da disposição estatutária por violação do princípio cooperativo da adesão voluntária e livre. 2.3. Requisitos económicos de aquisição da qualidade de cooperador. 2.3.1. A contribuição obrigatória de capital e trabalho. 2.3.2. A joia de admissão. 2.3.2.1. Noção e regime. 2.3.2.2. Finalidades da joia. 2.3.2.3. A problemática da determinação do montante da joia. 4. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1. PRESENTATION OF THE LITIGATION. 2. COMMENTARY. 2.1. Nullity of the statutory provision for violation of art. 80 of CCoop. 2.2. Nullity of the statutory provision for breach of the co-operative principle of voluntary and open membership. 2.3. Economic requirements for acquiring the status of cooperador. 2.3.1. The obligatory contribution of capital and labor. 2.3.2. The admission fee. 2.3.2.1. Concept and regime. 2.3.2.2. Purposes of the admission fee. 2.3.2.3. The problem of determining the amount of the admission fee 4. CONCLUSION. BIBLIOGRAFIA.

1 APRESENTAÇÃO DO LITÍGIO

Os Autores, dezasseis trabalhadores, aspirantes a cooperadores de uma cooperativa de ensino (Ré), intentaram contra esta uma ação declarativa de condenação, pedindo que fosse declarada nula a norma estatutária que previa o pagamento de uma joia de entrada para os novos membros da cooperativa (doravante, Ré) de 150 000,00 EUR, e que a cooperativa fosse condenada a admiti-los como seus cooperadores, contra o pagamento dos títulos de capital previstos estatutariamente ou outro valor equitativamente fixado.

Os Autores alegavam serem trabalhadores da cooperativa e que pretendiam assumir a qualidade de seus membros cooperadores, reunindo todos os requisitos estatutariamente previstos para o efeito.

Acontecia que, por deliberação da Assembleia Geral da cooperativa, ocorrida em 2005, foram alterados os estatutos desta última, resultando dessa alteração a fixação, para admissão de novos membros, de uma joia no valor de 150 000,00 EUR. Diziam que, até à década de 80, os trabalhadores eram estimulados a tornarem-se cooperadores, mas que, com o crescimento da atividade da cooperativa, do seu património e dos seus excedentes, com o conseqüente aumento da possibilidade de, sob as mais diversas formas, distribuir tais excedentes pelos seus membros, a cooperativa passou a dificultar a admissão de novos membros.

Defendiam os Autores que a norma estatutária, que estabeleceu o valor da joia em 150 000,00 EUR, coartava, na prática, a entrada de novos membros na cooperativa, sendo desproporcional o valor fixado em relação ao valor dos títulos de capital.

Alegavam, igualmente, que as dificuldades de acesso ao estatuto de cooperador foram introduzidas com a intenção de manter o estatuto privilegiado dos cooperadores relativamente aos não cooperadores, desde as regalias de natureza patrimonial até à segurança no emprego e à organização e extensão dos horários, e possibilitar aos cooperadores, quando lhes interessar, transmitir as suas quotas/títulos de capital, recebendo por eles valores elevados, tal como se de quotas de sociedades comerciais se tratasse. Concluíam, assim, que, ao estabelecer a joia de 150 000,00 EUR, a cooperativa violava o *Princípio da liberdade de adesão* (ou da «porta aberta») e o *Princípio da equidade económica* aos quais alude o art. 3.º do CCoop e, ainda, o disposto nos arts. 2.º e 18.º do mesmo diploma (estes quanto ao carácter variável da sua composição e do seu capital), bem como o art. 82.º da Constituição da República.

Sustentou a cooperativa, na contestação, que a alteração estatutária visou ajustar o valor da joia à sua realidade económica, decorrente esta do seu crescimento. Invocou, igualmente, a razoabilidade do valor em causa, tendo em consideração a situação económico-financeira de que beneficiava a cooperativa, cujo património, incluindo imobiliário e reservas, ascendia a mais de 10 milhões de euros.

Contrapuseram os Autores que, depois de estabelecido o valor de 150 000,00 EUR a título de joia, não mais houve qualquer admissão de novos cooperadores, com a exceção de quatro membros admitidos ao abrigo de uma disposição transitória. A única alteração à composição da Ré decorreu da transmissão de títulos dos cooperadores, que deixaram de o ser, em benefício de parentes ou de terceiros a quem venderam os respetivos títulos por valores elevados, funcionando a cooperativa em circuito fechado, sem entrada de verdadeiros novos membros.

O Tribunal de primeira instância julgou a ação improcedente.

Inconformados, os Autores interpuseram recurso desta decisão para o Tribunal da Relação de Guimarães, o qual proferiu um Acórdão, em 25 de maio de 2016, que julgou o recurso procedente, considerando nula a referida cláusula dos estatutos da cooperativa, por violar o art. 3.º do Código Cooperativo, artigo este que consagra o princípio da livre adesão de novos cooperadores. Sustentou, ainda, que o montante da joia, de 150 000,00 EUR, se revelava desproporcionado relativamente ao valor da subscrição dos títulos de capital, no montante de 500,00 EUR, violando o princípio da equidade entre os membros anteriores e os atuais. Concluiu o Tribunal que a referida disposição estatutária violava preceitos legais de carácter imperativo, o que determinava a sua nulidade.

É sobre este Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães que nos iremos debruçar neste Comentário.

Dado que o Acórdão em comentário decidiu o litígio à luz das normas jurídicas constantes do já revogado Código Cooperativo de 1996 (L. n.º 51/96, de

7 de setembro), será à luz de tais disposições que também será desenvolvido o comentário¹.

2 COMENTÁRIO

A questão fulcral discutida neste Acórdão prende-se com o regime jurídico da joia de admissão nas cooperativas, designadamente os motivos que justificam a sua exigência, a problemática da fixação do seu montante e a sua necessária compatibilização com o *Princípio cooperativo da adesão voluntária e livre*.

Nesta cooperativa, ao estabelecer-se uma joia excessiva, obstaculiza-se a admissão de novos cooperadores, converte-se a cooperativa em uma organização fechada e, conseqüentemente, assiste-se a um aumento do volume das operações com terceiros.

Antecipando os resultados deste comentário, pode dizer-se que todo este processo tem como consequência a desmutualização da cooperativa. Poderá, inclusivamente questionar-se se este expediente não configurará uma transformação encapotada em sociedade comercial, com a conseqüente violação do art. 80.º do CCoop.

Defenderemos, por isso, que a nulidade da disposição estatutária resulta, não apenas da violação da disposição estatutária do art. 3.º do CCoop (tal como é defendido no Acórdão), mas também da violação da proibição do art. 80.º do CCoop (temática sobre a qual o Acórdão não incide de forma direta).

Nas linhas que se seguem desenvolveremos esta nossa argumentação.

2.1. Problematização da eventual nulidade da norma estatutária por violação da proibição do art. 80.º do CCoop

As cooperativas são «pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entajuda dos seus membros, com obediência aos *princípios cooperativos*, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles» (n.º 1 do art. 2.º do CCoop).

Esta definição tem, implícitos, dois elementos: um elemento positivo — o fim mutualístico — e um elemento negativo — a ausência de um fim lucrativo. Assim,

¹ A primeira lei cooperativa portuguesa foi a *Lei Basilar do Cooperativismo* (L. de 2 de julho de 1867). Em 1888, as cooperativas passaram a ser regidas pelo Código Comercial de Veiga Beirão. Em 1980, entrou em vigor um Código Cooperativo (DL n.º 454/80, de 9 de outubro). Em 1997, entrou em vigor um novo Código (L. n.º 51/96), que foi, entretanto, alterado: pelo DL n.º 343/98, de 6 de novembro; pelo DL n.º 131/99, de 21 de abril; pelo DL n.º 108/2001, de 6 de abril; pelo DL n.º 204/2004, de 19 de agosto; e pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de março. Em 30 de setembro de 2015, entrou em vigor o atual Código Cooperativo (L. n.º 119/2015, de 31 de agosto).

o objeto social da cooperativa surge intimamente ligado à sua vocação mutualista, pelo que toda a atividade da cooperativa visa a promoção dos interesses dos cooperadores, ou seja, a satisfação das suas necessidades económicas, sociais e culturais².

De facto, diversamente de uma sociedade comercial, as cooperativas desenvolvem uma atividade económica que prossegue um fim mutualístico e não lucrativo.

As cooperativas não têm um fim próprio ou autónomo face aos seus membros, sendo um instrumento de satisfação das necessidades individuais (de todos e de cada um) dos cooperadores, que, no seio dela, e através dela, trabalham, consomem, vendem e prestam serviços³.

No acórdão em comentário, estamos perante uma cooperativa de ensino, constituída em 15 de julho de 1975, que, quanto ao seu objeto, é uma cooperativa polivalente (ministra educação pré-escolar, escolar e extraescolar, cursos técnicos e de formação profissional, prestação de serviços para formação cultural, social e profissional dos seus membros, trabalhadores e respetivos familiares e desenvolvimento de atividades de investigação) e que, quanto aos seus membros, é uma cooperativa de produtores de serviços.

Nestas cooperativas de produtores de serviços, previstas na al. 1) do n.º 1 do art. 4.º do CCoop e no DL n.º 323/81, de 4 de dezembro, os cooperadores pretendem exercer a sua profissão em condições de trabalho aceitáveis e justas, sem dependerem de um poder externo, seja ele público ou privado, prestando um serviço sob a responsabilidade de todos os que trabalham na cooperativa.

A atividade da cooperativa orienta-se, assim, necessariamente para os seus membros, que são os destinatários principais das atividades económicas e sociais que esta leva a cabo. Deste modo, as cooperativas de produtores de serviços, como é o caso da cooperativa em análise, serão formadas por pessoas que querem cooperar entre si ou, mais especificamente, querem trabalhar conjuntamente. Para cumprir este propósito, constituem uma pessoa coletiva (a cooperativa) no âmbito da qual exercem a sua atividade laboral.

Diz-se, por isso, que as cooperativas têm um escopo mutualístico, sendo este escopo que distingue as cooperativas de outras entidades. Mais do que a ausência de escopo lucrativo, que não é um exclusivo das cooperativas (pois há outras en-

² Sobre estas especificidades v. Study Group on European Cooperative Law (SGECOL), *Draft Principles of European Cooperative Law* (draft PECOL), May 2015, <<http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/04/PECOL-May-2015.pdf>> (última consulta em 29 de maio de 2017), pp. 18 e ss.

³ Sobre esta instrumentalidade da cooperativa v. PAULO DUARTE, «Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pelas cooperativas de habitação e construção», in DEOLINDA APARÍCIO MEIRA (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2012, pp. 484-487.

tidades que não têm no lucro a sua finalidade principal), o que verdadeiramente identifica a cooperativa é a própria ausência de um escopo autónomo que se diferencie dos interesses dos cooperadores. Na decorrência do escopo mutualístico da cooperativa, os cooperadores assumem a obrigação de participar na atividade da cooperativa, cooperando mutuamente e entreajudando-se em obediência aos *princípios cooperativos* [al. c) do n.º 2 do art. 34.º do CCoop]. A esta atividade realizada entre a cooperativa e os seus cooperadores para o fornecimento de bens, serviços ou trabalho chamamos atividade cooperativizada⁴.

Contudo, este fim mutualístico não implica que as cooperativas desenvolvam atividade apenas com os seus membros, podendo também realizar operações com terceiros. Nesta decorrência, o CCoop, no seu art. 2.º, n.º 2, estabeleceu que «as cooperativas, na prossecução dos seus objetivos, poderão realizar operações com terceiros, sem prejuízo de eventuais limites fixados pelas leis próprias de cada ramo».

Ainda que a lei não defina o que se deve entender por terceiro, parece ser doutrina assente que, na esteira dos ensinamentos de Rui Namorado: «Terceiros, de um ponto de vista cooperativo, são todos aqueles que mantenham com uma cooperativa relações que se enquadrem na prossecução do seu objeto principal, como se fossem seus membros embora de facto não o sejam»⁵. Por outras palavras, as operações com terceiros abrangem a atividade entre cooperativas e membros não-cooperadores (terceiros) para o fornecimento de bens, serviços ou trabalho, do mesmo tipo dos fornecidos aos membros cooperadores.

Tal significa que as atividades com terceiros, de que fala o legislador, se reportarão a atividades do mesmo tipo da atividade desenvolvida com os cooperadores. No acórdão em comentário, nesta cooperativa de ensino, que, quanto aos membros, é, como vimos, uma cooperativa de produtores de serviços, terceiros serão os professores não cooperadores (em que se incluem os Autores), que, tal como os cooperadores, ministram a educação e o ensino, enquanto docentes vinculados à Ré cooperativa por contratos de trabalho.

Admite-se que as operações com terceiros possam ser objeto de limitações na legislação setorial dos diferentes ramos do setor cooperativo. Ora, ainda que previstas expressamente no art. 9.º do DL n.º 523/99, de 10 de dezembro (cooperati-

⁴ Adotamos o conceito de atividade cooperativizada defendido por CARLOS VARGAS VASSE-ROT [*La actividad cooperativizada y las relaciones de la Cooperativa con sus socios y con terceros*, Monografía asociada a *RdS*, n.º 27, 2006, Editorial Aranzadi, p. 67], segundo o qual esta atividade se concretiza num conjunto de operações em que se verificam três circunstâncias, a saber: que sejam operações internas, isto é, que ocorram no âmbito da cooperativa; que sejam realizadas pelo cooperador com a cooperativa ou vice-versa; que estejam intimamente ligadas à prossecução do objeto social da cooperativa.

⁵ RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativo. Estudos e Pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 184-185.

vas de comercialização), no art. 7.º do DL n.º 313/81, de 19 de novembro (cooperativas culturais), no art. 14.º do DL n.º 502/99, de 19 de novembro (cooperativas de habitação e construção), no art. 6.º do DL n.º 309/81, de 16 de novembro (cooperativas de produção operária), no art. 6.º do DL n.º 323/81, de 4 de dezembro (cooperativas de serviços) e no art. 24.º, n.ºs 2 e 3 do DL n.º 24/91, de 11 de janeiro (cooperativas de crédito agrícola), apenas esta última norma estabelece limites às operações de crédito com não associados (35% do respetivo ativo líquido total, o qual poderá ser elevado para 50%, mediante autorização do Banco de Portugal).

Do exposto resulta que, no ordenamento português, as cooperativas se caracterizarão por «um escopo prevalentemente, mas não exclusivamente, mutualístico, podendo desenvolver limitadamente operações com terceiros»⁶.

No entanto, as cooperativas que desenvolvam operações com terceiros devem conceder-lhes a possibilidade de se tornarem membros cooperadores, devendo informá-los dessa possibilidade. Não esqueçamos que, em si mesmas, as operações com terceiros são estranhas à forma jurídica cooperativa, pelo que quando o volume de operações desenvolvidas com terceiros ultrapassa claramente o volume de operações com membros poderá estar em causa o escopo mutualístico destas entidades.

Associada a esta questão está a problemática da natureza jurídica dos resultados provenientes das operações com terceiros, que o legislador (arts. 70.º, n.º 2, al. b), 72.º e 73.º) e também o acórdão designam inapropriadamente de excedentes.

O excedente cooperativo é o termo utilizado na doutrina e na legislação para designar os resultados económicos positivos que decorrem da prossecução do escopo mutualístico pela cooperativa, correspondendo à diferença entre as receitas e os custos da atividade cooperativizada com os membros. Trata-se de um valor provisoriamente pago a mais pelos cooperadores à cooperativa ou pago a menos pela cooperativa aos cooperadores, como contrapartida da participação destes na atividade da cooperativa. O excedente resulta, assim, de operações da cooperativa com os seus cooperadores, sendo gerado à custa destes, constituindo «o resultado de uma renúncia tácita dos cooperadores a vantagens cooperativas imediatas»⁷.

Ora, os resultados gerados nas operações da cooperativa com terceiros não são excedentes, mas lucros. Por isso, o legislador cooperativo impede que esses resultados provenientes de operações com terceiros sejam repartidos entre os cooperadores, quer durante a vida da cooperativa, quer no momento da sua dissolução (n.º

⁶ V. DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, «As operações com terceiros no Direito Cooperativo Português (Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 2007)», *RCEJ*, Porto, ISCAP, n.º 17, 2010, pp. 93-111.

⁷ RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativo. Estudos e Pareceres*, cit., p. 183.

1 do art. 73.º e art. 79.º do *CCoop*), sendo transferidos integralmente para reservas irrepartíveis, aumentando a capacidade económica da cooperativa⁸.

A cooperativa, objeto deste acórdão, apresenta ativos elevados, dado o volume das operações com terceiros.

No que aqui interessa, parece-nos que nesta cooperativa, ao estabelecer-se estatutariamente uma joia de admissão tão elevada, que, na prática, impede os não cooperadores que exercem atividade na cooperativa enquanto professores (terceiros), e que preenchem os requisitos previstos nos estatutos para serem cooperadores, de aderir à cooperativa (como desenvolvermos mais adiante), fazendo elevar o volume de operações com terceiros, se assiste a uma situação de desmutualização.

Ainda que esta problemática não tenha sido suscitada no Acórdão, entendemos, em sede de comentário, que se deverá questionar se esta desmutualização poderá encapotar uma transformação desta cooperativa numa sociedade comercial, violando a proibição do art. 80.º do *CCoop*.

Esta norma dispõe que «é nula a transformação de uma cooperativa em qualquer tipo de sociedade comercial, sendo também feridos de nulidade os atos que contrariem ou iludam esta proibição legal», proibindo, deste modo, quer as operações em que o resultado final é uma verdadeira transformação, quer qualquer ato que permita às cooperativas acederem ao regime das sociedades comerciais⁹.

Ao contrário do que acontece com as cooperativas, as sociedades comerciais não se constituem para negociar com os sócios, mas para tentar obter benefícios, através do estabelecimento de relações com pessoas que lhe são alheias. Logo, nas sociedades comerciais, os lucros são obtidos no mercado, fora do universo dos sócios.

Com efeito, nas sociedades comerciais a vantagem económica é gerada à custa de terceiros, enquanto nas cooperativas é gerada à custa dos próprios membros.

Ora, no Acórdão em comentário, foi dado como provado que o estabelecimento de tal joia impede que $\frac{3}{4}$ dos trabalhadores da Ré possam ser cooperadores. Não esqueçamos que a prestação de trabalho à Ré é condição necessária para a obtenção e manutenção do estatuto de cooperador.

⁸ V., sobre a distinção entre excedente e lucro na cooperativa, ISABEL-GEMMA FAJARDO GARCÍA, «orientaciones y aplicaciones del principio de participación económica», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, Monográfico, n.º 27, 2015, pp. 215 e ss.

⁹ V., sobre esta questão, JOÃO ANACORETA CORREIA/MARIA JOÃO RODRIGUES DIAS, «A associação da cooperativa com outras pessoas coletivas e a transformação encapotada de cooperativa em sociedade comercial: análise dos artigos 8.º e 80.º do Código Cooperativo», in DEOLINDA MEIRA (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2012, pp. 387-403.

Esta situação de desmutualização pode fundamentar uma ação de responsabilidade civil contra os membros dos órgãos de administração e de fiscalização (arts 64.º a 66.º do CCoop) e, em último caso, dar causa a um procedimento administrativo de dissolução da cooperativa, promovido pela *Cooperativa António Sérgio para a Economia Social (CASES)*, enquanto fiscalizador externo das cooperativas em Portugal, com base na não coincidência da atividade cooperativa com o objeto expresso nos estatutos (n.º 2 do art. 89.º do CCoop)¹⁰.

Em suma, um dos fundamentos da nulidade da disposição estatutária que prevê a joia de admissão poderá ser a violação do art. 80.º do CCoop, por configurar um ato que contraria ou ilude a proibição legal da transformação da cooperativa em sociedade comercial.

2.2. Nulidade da norma estatutária por violação do princípio cooperativo da adesão voluntária e livre

No desenvolvimento do seu objeto social, as cooperativas devem observar os *princípios cooperativos*, que aparecem enunciados no art. 3.º do CCoop: adesão voluntária e livre; gestão democrática pelos membros; participação económica dos membros; autonomia e independência; educação, formação e informação; intercooperação; e interesse pela comunidade.

No ordenamento português, os *princípios cooperativos* são de obediência obrigatória, sendo inclusivamente acolhidos pela própria CRP. Neste sentido, o art. 61.º, n.º 2, da CRP dispõe que «a todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos». Por sua vez, a al. a) do n.º 4 do art. 82.º da CRP consagra que o subsector cooperativo «abrange os meios de produção possuídos e geridos por cooperativas, em obediência aos princípios cooperativos».

Daí que, no seu funcionamento, o desrespeito da cooperativa pelos *princípios cooperativos* constituirá causa de dissolução da mesma [al. h) do n.º 1 do art. 112.º do CCoop]. Trata-se de uma causa de dissolução compulsiva por via judicial.

A gravidade das consequências deste desrespeito resulta do facto de o mesmo implicar a negação da *Identidade Cooperativa* definida pela ACI, em Manchester,

¹⁰ A CASES, criada pelo Decreto-Lei n.º 282/2009, de 7 de outubro, é uma cooperativa de interesse público que congrega o Estado e diversas organizações da economia social. A CASES assume-se como uma peça central de um sistema de relações entre o Estado e as cooperativas, desenvolvendo importantes funções de supervisão do setor cooperativo em Portugal. Assim, tendo em conta o disposto nos arts. 87.º a 89.º do CCoop, competirá à CASES fiscalizar, nos termos da lei, a utilização da forma cooperativa, com respeito pelos *princípios cooperativos*, e normas relativas à sua constituição e funcionamento. Para o efeito, as cooperativas estão obrigadas a remeter à CASES cópia dos atos de constituição e de alteração dos estatutos, dos relatórios anuais de gestão, dos documentos anuais de prestação de contas e do balanço social.

em 1995 — a qual assenta num conjunto de princípios (os *Princípios Cooperativos*¹¹), num conjunto de valores (os *Valores Cooperativos*¹²) que enformam aqueles princípios e numa *Noção de Cooperativa*^{13/14}.

Este comentário terá, por isso, em conta que o regime jurídico das cooperativas se baseia numa lógica própria que resulta das características específicas do seu objeto social e da necessária obediência aos *princípios cooperativos*.

De entre estes princípios destaca-se o *Princípio da adesão voluntária e livre* que aparece formulado, no art. 3.º do *CCoop*, nos seguintes termos: «As cooperativas são organizações voluntárias, abertas a todas as pessoas aptas a utilizar os seus serviços e dispostas a assumir a responsabilidade de membro, sem discriminações de sexo, sociais, políticas, raciais ou religiosas».

Este princípio corresponde ao tradicional *Princípio da porta aberta* que poderá ser encarado através de duas perspetivas, a saber: em primeiro lugar, a adesão deverá ser voluntária, uma vez que dependerá da vontade do cooperador; em segundo lugar, a adesão deverá ser aberta a todas as pessoas, desde que estas, como candidatas a cooperadores, preencham duas condições: a possibilidade de fruírem a utilidade própria da cooperativa e a aceitação das responsabilidades inerentes à filiação.

Portanto, este princípio preconiza que a ninguém poderá ser recusada a entrada numa cooperativa sem uma razão objetiva, ou seja, sem uma razão que, pela sua própria natureza, possa significar uma qualquer discriminação (social, racial, política ou religiosa). Também ninguém poderá ser obrigado a entrar para uma cooperativa ou a permanecer nela contra a sua vontade, assim como não poderá ser excluído da cooperativa sem uma razão objetiva comprovada. Diremos, então, que o *Princípio da adesão voluntária e livre* comporta duas vertentes: a voluntariedade na adesão e a liberdade na saída.

¹¹ V. RUI NAMORADO, *Os Princípios Cooperativos*, Fora do Texto, Coimbra, 1995, *passim*.

¹² Os valores que funcionam como uma estrutura ética dos *princípios cooperativos* são: i) os valores de autoajuda, responsabilidade individual, democracia, igualdade, equidade e solidariedade, nos quais assenta a atividade das cooperativas como organizações; ii) os valores da honestidade, transparência, responsabilidade social e altruísmo que se dirigem ao comportamento individual dos cooperadores enquanto tais. Para uma análise desenvolvida dos valores cooperativos, v. JUAN LUIS MORENO, «Los valores según la Alianza Cooperativa Internacional (ACI)», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 25, 2014, pp. 371-393.

¹³ A *ACI* estabeleceu que «uma cooperativa é uma associação autónoma de pessoas unidas voluntariamente para prosseguirem as suas necessidades e aspirações comuns, quer económicas, quer sociais, quer culturais, através de uma empresa comum e democraticamente controlada».

¹⁴ Sobre o conceito de «identidade cooperativa», v. RUI NAMORADO, «A Identidade Cooperativa na Ordem Jurídica Portuguesa», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 157, março de 2001, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, *passim*; e ANTONIO FICI, «Cooperative Identity and the Law», *European Business Law Review*, n.º 24, 2013, pp. 37-64.

A voluntariedade na adesão significa que, dado o fim mutualista da cooperativa, qualquer pessoa interessada — e que cumpra os requisitos de admissão exigidos — deverá poder ingressar como membro na cooperativa e beneficiar dos serviços que esta lhe oferece. Isto significa que, para poder ingressar como membro na cooperativa, não será necessário adquirir a participação social de outro cooperador ou esperar que a cooperativa realize um aumento de capital.

Contudo, o candidato a membro de uma cooperativa não tem um direito de admissão sem limites ou condições, devendo, assim, falar-se de uma relatividade do *Princípio da adesão voluntária e livre*. Efetivamente, poderão existir limitações, quer condicionadas pela natureza específica dos interesses que os membros prosseguem em comum, quer baseadas em critérios objetivos — como, por exemplo: a cláusula profissional, pela qual só poderão ser cooperadores as pessoas que sejam proprietárias de determinado tipo de empresa ou que exerçam determinada profissão (v. g. as cooperativas de pesca servem sobretudo pescadores; as cooperativas de artesanato servem sobretudo artesãos); a cláusula de residência, através da qual só poderão ser cooperadores as pessoas que vivam na zona de atividade da cooperativa; razões de natureza técnica, resultantes dos limites da dimensão da empresa ou do objeto social da cooperativa, ou, ainda, a vinculação a determinada entidade¹⁵.

O que não se permite são limitações arbitrárias. Nesta linha, RUI NAMORADO sustenta que «qualquer restrição à livre entrada de novos cooperadores deve resultar da própria natureza da cooperativa e não de um juízo arbitrário de rejeição, potencialmente discriminatório, por ser de mera incidência individual»¹⁶. Assim, ter-se-á de verificar, em concreto, a aptidão do candidato a cooperador, quer para utilizar os serviços da cooperativa ou para desenvolver o trabalho que a integração na cooperativa implicará, quer para aceitar a cultura e *Valores Cooperativos*.

O legislador estabeleceu que os estatutos de cada cooperativa deverão conter as «condições de admissão» dos membros [al. a), do n.º 2, do art. 15.º do *CCoop*]; e, se um candidato preencher essas condições, a proposta de admissão terá ainda que ser objeto de deliberação da Direção e/ou da Assembleia geral [arts. 49.º e 56.º, al. d), do *CCoop*]¹⁷. Esta deliberação terá carácter constitutivo, quanto à aquisição da qualidade de cooperador.

¹⁵ WILSON ALVES POLÓNIO [*Manual das Sociedades Cooperativas*, 2.ª ed., Atlas, São Paulo, 1999, p. 46] destaca, como exemplo, o das cooperativas de consumo de grupos empresariais, em que somente os empregados das empresas pertencentes ao grupo empresarial fundador da cooperativa poderão ser admitidos como cooperadores.

¹⁶ RUI NAMORADO, *Os Princípios Cooperativos*, Fora do Texto, cit., p. 61.

¹⁷ Cite-se, a este propósito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21/3/1995 [*Sumários da Coletânea de Jurisprudência*, IV, 1991 a 1995, pág. 143], o qual dispunha: «I. Só em concreto e fundando-se em justa causa surge o direito de os membros de uma cooperativa se oporem à entrada

Não haverá, por isso, em regra, um verdadeiro direito subjetivo a ser admitido como membro de uma cooperativa. Estaremos perante uma simples expectativa jurídica, ou seja, perante uma posição ativa que, embora tenha relevância jurídica, não dispõe dos mecanismos de garantia que correspondem aos direitos subjetivos)¹⁸.

Todavia, no âmbito das relações de trabalho cooperativas existem verdadeiros direitos de admissão para os candidatos a cooperadores. Neste sentido, o art. 6.º do DL n.º 303/81, de 12 de novembro (cooperativas de artesanato); art. 8.º do DL n.º 309/81, de 16 de novembro (cooperativas de produção operária); e art. 8.º, do DL n.º 323/81, de 4 de dezembro (cooperativas de serviços), depois de consagrarem que a admissão dos cooperadores só poderá ser recusada «com fundamento em inaptidão patente do interessado para o desenvolvimento da sua atividade profissional ou na desnecessidade de momento dessa atividade para o prosseguimento dos fins da cooperativa», estipulam que «a admissão não poderá em caso algum, ser recusada com base em qualquer dos fundamentos enunciados no número anterior, às pessoas que, em regime de contrato de trabalho», desenvolvam a sua atividade há mais de dois anos ao serviço da cooperativa.

Em qualquer caso exigir-se-á a fundamentação da recusa de admissão, a qual poderá ser motivada, quer por razões de ordem subjetiva (por exemplo, o aspirante a cooperador não preencher as condições de admissão previstas na lei ou nos estatutos), quer por razões de ordem objetiva (por exemplo, a dimensão da empresa ou as condições de mercado não aconselharem, naquele momento, o aumento do número de cooperadores).

Ora, no caso em apreço, e no que aqui interessa, ficou provado que não existem razões de ordem subjetiva e/ou objetiva que possam motivar a recusa de admissão. Com efeito, os Autores, enquanto aspirantes a cooperadores reúnem as condições para acederem à condição de membros/cooperadores, pois já são colaboradores da cooperativa há mais de três anos.

O problema prende-se com um dos requisitos económicos de aquisição da qualidade de cooperador, temática que analisaremos no ponto seguinte.

2.3. Requisitos económicos de aquisição da qualidade de cooperador

Nesta cooperativa, os requisitos económicos de aquisição da qualidade de cooperador abrangem: (i) requisito económico principal imposto por lei, traduzido na subscrição de títulos de capital e, dado que se trata de uma cooperativa de pro-

de novos membros. II. Assim, não têm aqueles o direito de exigir antecipadamente que a Direção se abstenha de admitir novos cooperadores».

¹⁸ V. DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Vida Económica, Porto, 2009, p. 108.

dutores de serviços, na realização de uma contribuição em trabalho; (ii) requisito económico estatutário, traduzido na realização de uma joia de admissão.

2.3.1. A contribuição obrigatória de capital e trabalho

O aspirante a cooperador deverá realizar uma entrada para o capital social da cooperativa, a qual poderá consistir em dinheiro, espécie e indústria. Assim, no direito português, o n.º 1 do art. 21.º do CCoop dispôs que o capital subscrito das cooperativas pudesse ser realizado em dinheiro, em bens, em direitos, em trabalho ou em serviços.

Em alguns ramos cooperativos, exige-se uma contribuição obrigatória de capital e de trabalho. É o caso das cooperativas dos produtores de serviços (n.º 1 do art. 7.º do DL n.º 323/81, de 4 de dezembro). A contribuição de trabalho consistirá na prestação, segundo regras definidas pela Assembleia Geral ou pela Direção, da atividade profissional dos cooperadores ao serviço da cooperativa. Esta contribuição obrigatória com trabalho só não será exigível quanto aos «membros que posteriormente à admissão se incapacitem para o trabalho por razões de acidente, de doença ou de idade». Nestas cooperativas, a aquisição e manutenção da qualidade de membro da cooperativa dependerá, obrigatoriamente, da sua contribuição para a cooperativa com capital e trabalho. Esta contribuição com trabalho fará então parte do conteúdo do ato jurídico através do qual se opera a aquisição da qualidade de membro, sendo por isso um elemento necessário à aquisição da qualidade de cooperador.

Esta questão é de particular relevância para o Acórdão em comentário, pois a Ré é, como vimos, uma cooperativa de produtores de serviços, pelo que a prestação de trabalho é condição necessária para a obtenção do estatuto de cooperador. Ora, foi dado como provado que os Autores, enquanto aspirantes a cooperadores, reúnem os requisitos para a aquisição desse estatuto.

Quanto à contribuição em capital, o princípio cooperativo que se refere à «participação económica dos membros» fala numa contribuição equitativa para o capital das cooperativas que impende sobre os membros. A este propósito, defende Rui Namorado que poderá «sustentar-se que o montante das entradas de cada cooperador pode ser qualquer um decidido pelos cooperadores, desde que seja equitativo. Por exemplo, pode ligar-se o montante do capital a subscrever por cada cooperador com o volume das operações que realize com a cooperativa, ajustando-o anualmente enquanto tal for necessário ao seu bom funcionamento»¹⁹. Nesta decorrência, o legislador cooperativo estabeleceu como regra que as entradas mínimas de capital, a subscrever por cada cooperador, seriam determinadas pela legislação complementar aplicável aos diversos ramos do setor cooperativo ou pelos

¹⁹ RUI NAMORADO, «Estrutura e organização das Cooperativas», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 138, Março de 1999, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, pp. 8-9.

estatutos, mas que não poderiam, em nenhum caso, ser inferiores ao equivalente a três títulos de capital (art. 19.º do CCoop).

O capital social surgirá, assim, dividido em títulos, designados de «títulos de capital», cujo valor não poderá ser inferior a 5,00 EUR cada um (n.º 1 do art. 20.º do CCoop) e cada cooperador deverá efetuar uma entrada mínima de três títulos de capital.

No caso específico que nos ocupa, a aquisição da qualidade de cooperador estava dependente da subscrição de dez títulos de capital, no valor de 50,00 EUR cada, ou seja um total de 500,00 EUR, que os Autores sempre se disponibilizaram a subscrever.

2.3.2. A joia de admissão

2.3.2.1. Noção e regime

A figura da «joia» está prevista no art. 25.º do CCoop, nos termos do qual «os estatutos da cooperativa podem exigir a realização de uma joia de admissão, pagável de uma só vez ou em prestações periódicas». Esta possibilidade também se encontra expressamente prevista no regime jurídico das cooperativas de ensino (art. 17.º do DL 441-A/82, de 6/11).

Na organização financeira da cooperativa, a joia ingressa no património da cooperativa e não no capital social, pelo que o cooperador não terá direito a recuperá-la em caso de demissão. Assim, o n.º 2 do art. 25.º do CCoop dispôs que o montante das joias «reverte para reservas obrigatórias, conforme constar dos estatutos, dentro dos limites da lei». Um mínimo de 5% do valor das joias reverterá para a reserva legal até que esta «atinga um montante igual ao máximo do capital atingido pela cooperativa» (art. 69.º, n.ºs 2 e 3, do CCoop). O valor remanescente das joias deverá reverter para a reserva para a educação e formação cooperativas [al. a) do n.º 2 art. 70.º do CCoop].

2.3.2.2. Finalidades da joia

Nos termos da lei cooperativa, a joia poderá ser exigida, quer no momento da constituição da cooperativa, quer em caso de admissão de novos membros.

Entendemos que, no primeiro caso, a exigência da joia funcionará como um contributo a fundo perdido, reclamado a cada cooperador e motivado pelas despesas que a sua admissão implica, as quais serão suportadas pela cooperativa (despesas de instalação de novos instrumentos de trabalho, despesas de manutenção acrescidas, e outras).

No segundo caso, a joia funcionará como uma forma de compensar, em parte, a contribuição dos anteriores cooperadores para o património comum da cooperativa. Como destaca Fajardo García, um tratamento igual de todos os cooperadores — como é característico da cooperativa — seria injusto para os cooperadores

mais antigos, designadamente para os cooperadores fundadores, que constituíram a cooperativa (cumpriram todas as exigências legais para que a entidade adquirisse personalidade jurídica e tivesse uma existência válida no mundo do direito), organizaram a sua estrutura económica para pôr em marcha uma atividade empresarial que servisse os interesses dos membros, ou seja, dedicaram à cooperativa tempo e trabalho, o que resultou numa empresa desenvolvida e em funcionamento, que é como a encontra o cooperador que ingressa posteriormente²⁰. Assim, de modo a obter um tratamento igual de todos os cooperadores, o legislador arbitrou fórmulas que permitissem a obtenção dessa igualdade, entre as quais se inclui a exigência, aos novos cooperadores, de joias de admissão que complementarão a sua entrada de capital.

2.3.2.3. A problemática da determinação do montante da joia

Na determinação do montante da joia deveremos ter sempre presente o *Princípio cooperativo da adesão voluntária e livre*, que impedirá o estabelecimento de condições de admissão excessivamente gravosas para os aspirantes a membros da cooperativa. Com efeito, o estabelecimento de quantias elevadas para a joia constituirá um obstáculo ao direito de admissão. Consciente desse risco, o Código Cooperativo de 1980 (art. 27.º) estabelecia um valor máximo do montante da joia, que era então definido por uma percentagem sobre o capital social reportado ao último balanço aprovado. No Código de 1996, o legislador cooperativo português eliminou o valor máximo da joia. Acompanhamos o acórdão em comentário quando refere que o desaparecimento desta eliminação resulta da intenção do legislador de conferir às cooperativas maior liberdade na determinação do valor da joia a realizar pelos novos membros, aquando da sua admissão. No entanto, esta liberdade não pode contender com o *Princípio da adesão voluntária e livre*.

Aponte-se como uma boa solução para o cálculo da joia de admissão a solução prevista no ordenamento espanhol para o cálculo da *cuota de ingreso* (que corresponde à figura da joia no ordenamento português). O n.º 2 do art. 52.º da *Ley Estatal de Cooperativas* estabeleceu que a importância da *cuota de ingreso* não poderia ser superior a 25% da entrada obrigatória para o capital social exigida para o ingresso na cooperativa. Ora, no caso em análise, sendo de 500,00 EUR a subscrição de capital e o valor da joia de 150 000,00 EUR, constata-se que este excede 300 vezes o valor do capital.

Há, por isso, uma clara desproporção entre o valor da joia e o valor da entrada em títulos de capital.

Acresce que, tal como é destacado pelos Autores e reforçado no Acórdão em comentário, ao aferir-se o valor da joia pela situação económica e financeira da cooperativa e pelo seu património atual, está-se a equiparar a participação numa

²⁰ V. ISABEL-GEMMA FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 59-60.

cooperativa à participação numa sociedade comercial, esquecendo a existência na cooperativa de um património coletivo irrepartível. Efetivamente, é referido no Acórdão que, diversamente das sociedades comerciais, o novo cooperador não adquire o direito a uma quota ideal do seu património, pois uma parte do património cooperativo não é apropriável pelos cooperadores.

Com efeito, uma das especificidades de maior relevo do regime económico das cooperativas resulta da distinção clara que nelas se estabelece entre património repartível e património irrepartível. O património repartível será constituído pela parte do património correspondente ao capital social que cada cooperador trouxe para a cooperativa e, sob certas condições, pela quota-parte que possa corresponder ao cooperador das reservas livres que a cooperativa eventualmente constituir. O património irrepartível abrangerá os ativos correspondentes à reserva legal e à reserva de educação e formação cooperativas, mantendo-se essa *característica da irrepartibilidade* com carácter absoluto tanto durante a vida da cooperativa, como no momento da liquidação da mesma (arts. 72.º e 79.º do *CCoop*). Explicitando um pouco mais: uma parte do património cooperativo (constituído pela reserva legal e pela reserva de educação e formação cooperativas) nunca poderá ser apropriada individualmente, devendo manter o seu carácter cooperativo, mesmo que a cooperativa desapareça, sem que lhe suceda qualquer outra entidade cooperativa nova. Neste sentido, a doutrina fala da existência, na cooperativa, de um património «coletivo» irrepartível²¹.

Na verdade, em caso de liquidação da cooperativa, o *CCoop* estabelece que o cooperador só terá direito a recuperar as suas entradas para o capital social e os juros que lhe correspondam [al. c) do n.º 1 do art. 79.º do *CCoop*].

Efetivamente, no momento da liquidação do património da cooperativa, o art. 79.º dispõe, no seu n.º 2, que o montante da reserva legal — não afetado à cobertura das perdas de exercício e que não seja suscetível de aplicação diversa — «pode transitar com idêntica finalidade para a nova entidade cooperativa que se formar na sequência de fusão ou cisão da cooperativa em liquidação». Mas, nos termos do n.º 3, do mesmo artigo do *CCoop*, estabeleceu-se que «quando à cooperativa em liquidação não suceder nenhuma entidade cooperativa nova, a aplicação do saldo de reservas obrigatórias reverte para outra cooperativa, preferencialmente do mesmo município, a determinar pela federação ou confederação representativa da atividade principal da cooperativa». O n.º 4 foi ainda mais longe ao dispor que «às reservas constituídas nos termos do art. 71.º deste *Código* é aplicável, em matéria de liquidação e no caso de os estatutos nada dizerem, o estabelecido

²¹ V. FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, as Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial (coord. de SÁNCHEZ CALERO / MANUEL ALBALA-DEJO), Tomo XX, Vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 377; e MARÍA LUÍSA LLOBREGAT HURTADO, *Mutualidad y empresas cooperativas*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 376.

nos números 2 e 3 deste artigo», o que significa que este regime poderá abranger, igualmente, as reservas livres, caso os estatutos sejam omissos.

Esta impossibilidade de distribuir o património residual, em caso de liquidação, deriva da função social que a cooperativa é chamada a cumprir e que implica que o seu destino, após a liquidação, seja a promoção do cooperativismo (o chamado *Princípio da distribuição desinteressada*).

Tal significa que, sendo os valores das joias afetados à reserva legal e à reserva de educação e formação cooperativas, serão irrepartíveis entre os cooperadores, não sendo, por isso, em caso algum valores recuperáveis pelos cooperadores que os realizaram.

Neste contexto, não procede o argumento invocado pela Ré, no sentido de que a alteração estatutária do valor da joia visou ajustar esse valor à realidade económica da cooperativa.

4 CONCLUSÃO

Face aos factos vertidos no Acórdão, acompanhamos o entendimento de que a imposição do valor de 150 000,00 EUR, a título de joia, viola o *Princípio da adesão voluntária e livre*, pois impede, na prática, os aspirantes a cooperadores de se tornarem membros, apesar de reunirem os demais requisitos para o efeito.

No entanto, a fundamentação invocada para a nulidade da norma estatutária poderia ser levada mais longe. Ao estabelecer-se estatutariamente uma joia de admissão tão elevada, impede-se os não cooperadores que exercem atividade na cooperativa enquanto terceiros (terceiros), e que preenchem os requisitos previstos nos estatutos para serem cooperadores, de aderir à cooperativa, fazendo elevar o volume de operações com terceiros, assistindo-se a uma situação de desmutualização, a qual poderá ser entendida como um expediente que configura uma transformação encapotada desta cooperativa numa sociedade comercial, violando, deste modo, a proibição do art. 80.º do CCoop.

BIBLIOGRAFIA

CORREIA, JOÃO ANACORETA/ DIAS, MARIA JOÃO RODRIGUES, «A associação da cooperativa com outras pessoas coletivas e a transformação encapotada de cooperativa em sociedade comercial: análise dos artigos 8.º e 80.º do Código Cooperativo», in DEOLINDA MEIRA (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2012, pp. 387-403.

DUARTE, PAULO, «Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pelas cooperativas de habitação e construção», in DEOLINDA APARÍCIO MEIRA (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários*

- a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2012, pp. 479-497.
- FAJARDO GARCÍA, ISABEL-GEMMA, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, Madrid, 1997.
- FAJARDO GARCÍA, ISABEL-GEMMA, «orientaciones y aplicaciones del principio de participación económica», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, Monográfico, n.º 27, 2015, pp. 205-241.
- FICI, ANTONIO, «Cooperative Identity and the Law», *European Business Law Review*, n.º 24, 2013, pp. 37-64.
- LLOBREGAT HURTADO, MARÍA LUÍSA, *Mutualidad y empresas cooperativas*, Bosch, Barcelona.
- MEIRA, DEOLINDA, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Vida Económica, Porto, 2009.
- MEIRA, DEOLINDA APARÍCIO, «As operações com terceiros no Direito Cooperativo Português (Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 2007)», *RCEJ*, Porto, ISCAP, n.º 17, 2010, pp. 93-111.
- MORENO, JUAN LUIS, «Los valores según la Alianza Cooperativa Internacional (ACI)», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 25, 2014, pp. 371-393.
- NAMORADO, RUI, *Os Princípios Cooperativos*, Fora do Texto, Coimbra, 1995.
- NAMORADO, RUI, «Estrutura e organização das Cooperativas», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 138, Março de 1999, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.
- NAMORADO, RUI, «A Identidade Cooperativa na Ordem Jurídica Portuguesa», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 157, março de 2001, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.
- NAMORADO, RUI, *Cooperatividade e Direito Cooperativo. Estudos e Pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005.
- POLÓNIO, WILSON ALVES, *Manual das Sociedades Cooperativas*, 2.ª ed., Atlas, São Paulo, 1999.
- Study Group on European Cooperative Law (SGECOL), *Draft Principles of European Cooperative Law* (draft PECOL), May 2015, <<http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/04/PECOL-May-2015.pdf>> (última consulta em 29 de maio de 2017).
- VARGAS VASSEROT, CARLOS, *La actividad cooperativizada y las relaciones de la Cooperativa con sus socios y con terceros*, Monografía asociada a *RdS*, n.º 27, 2006, Editorial Aranzadi.
- VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Ley General de Cooperativas*, as Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial (coord. de SÁNCHEZ CALERO / MANUEL ALBALADEJO), Tomo XX, Vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.

II

XURISPRUDENCIA

II.2.1. ANOTACIÓNS XURISPRUDENCIA (PORTUGAL)

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 315-325
ISSN: 1130-2682

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA
RELAÇÃO DE LISBOA, DE 19 DE ABRIL DE 2016
A PROIBIÇÃO DE NEGOCIAR COM A COOPERATIVA
QUE IMPENDE SOBRE OS MEMBROS DOS SEUS
ÓRGÃOS DE GESTÃO E FISCALIZAÇÃO

*NOTES TO THE JUDGMENT OF THE COURT
OF LISBON, OF APRIL 19TH 2016
THE PROHIBITION TO NEGOTIATE WITH THE
COOPERATIVE THAT IS IMPOSED ON THE MEMBERS
OF ITS MANAGEMENT AND SUPERVISORY BOARD*

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO*

* Professora Associada da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Email: mribeiro@upt.pt. Correio postal: Rua Diogo de Botelho, 1327, 4169-005 Porto – Portugal.

No acórdão ora em anotação está, fundamentalmente, em causa o alcance da proibição que impende sobre um director de uma cooperativa de, directa ou indirectamente, negociar com esta – e, por conseguinte, das consequências legais da sua violação.

1 O CASO A DECIDIR

O director de uma cooperativa de habitação e construção propôs contra a mesma, em 2001, acção declarativa com processo ordinário, pedindo a sua condenação no pagamento de “comissões em dívida”. Da matéria de facto dada como provada salientam-se os factos mais relevantes quanto ao tema a tratar. A direcção da cooperativa, para promover as vendas das moradias em construção, decidiu “interessar” nesses negócios os membros da própria cooperativa, seus familiares ou terceiros, atribuindo-lhes um esquema de incentivos ou comissões; esta medida foi aprovada em assembleia geral da cooperativa. Em virtude da sua disponibilidade, este director assumiu a mediação da venda das moradias, tendo-se intitulado intermediário na venda de 168 delas – directamente, ou através de uma sociedade por quotas da qual era sócio e único gerente. Na verdade, terá sido a cooperativa quem efectivamente promoveu e contratou a venda das moradias, sendo que em mais de 90% dos casos o director tomava conhecimento do nome dos compradores quando era necessário proceder à negociação do contrato. O director veio peticionar os montantes relativos a cerca de 30% das comissões a que teria direito (tendo a percentagem restante já sido paga, a si ou à sociedade referida). Por seu turno, uma vez que o próprio director tinha comprado duas moradias à cooperativa sem que tivesse ainda pago o respectivo preço, pedia a compensação dos créditos respectivos. O Tribunal da Relação de Lisboa, confirmando a sentença de primeira instância, decidiu que, atenta a proibição de negociação dos directores com a cooperativa, era nulo o acordo em virtude do qual lhe seriam pagos pela cooperativa os serviços de promoção e mediação na venda das moradias e, por conseguinte, não teria aquele o direito a receber os montantes peticionados, mais devendo restituir à cooperativa as quantias entretanto recebidas a título de “comissões”.

Na fundamentação jurídica da decisão partiu-se exclusivamente da resposta dada à questão de saber se os negócios celebrados entre o director e a cooperativa, de cujo cumprimento pelo director teriam nascido os créditos por si peticionados, eram válidos (independentemente da qualificação jurídica dos mesmos ou do apuramento de efectiva realização de prestação, por parte do director, que justificasse a existência desses créditos) – para se concluir que não, por caírem no âmbito

da proibição de celebração de negócios entre os directores e as cooperativas que administram¹.

2 O SENTIDO DA PROIBIÇÃO DE NEGOCIAÇÃO COM A COOPERATIVA QUE IMPENDE SOBRE OS TITULARES DO SEU ÓRGÃO DE ADMINISTRAÇÃO

A proibição de negociação com a cooperativa resulta hoje do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 46.º do Código Cooperativo de 2015, aprovado pela Lei n.º 119/2015, de 31 de Agosto (“Aos administradores da cooperativa é vedado: a) Negociar, por conta própria, directamente ou por interposta pessoa, com a cooperativa, sem prejuízo da prática dos atos inerentes à qualidade de cooperador”), mas já, antes disso, encontrava consagração legal expressa no artigo 64.º do Código Cooperativo de 1996, aprovado pela Lei n.º 51/96, de 7 de Setembro (“Os directores, os gerentes e outros mandatários, bem como os membros do conselho fiscal, não podem negociar por conta própria, directamente ou por interposta pessoa, com a cooperativa nem exercer pessoalmente actividade concorrente com a desta, salvo, neste último caso, mediante autorização da assembleia geral”) e, ainda antes, em termos similares, no artigo 62.º do Código Cooperativo de 1980, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 454/80, de 9 de Outubro (“Os directores, os gerentes e outros mandatários e os membros do conselho fiscal não podem negociar por conta própria, directamente ou por interposta pessoa, com a cooperativa, nem exercer pessoalmente actividade económica idêntica ou similar à desta, salvo, no último caso, mediante autorização da assembleia geral”). Trata-se, portanto, de uma proibição cuja consagração legal não tem sofrido alterações significativas (embora seja de afirmar que, como se verá, a redacção actual permite responder, inequivocamente, a questões que podiam resultar dos textos anteriormente vigentes).

A proibição de negociação com a cooperativa, que impende (nomeadamente) sobre os seus directores, visa acautelar situações de conflitos de interesses – e, consequentemente, prevenir a preterição dos interesses da cooperativa por parte

¹ Curiosamente, nunca se cuidou na acção (porque não terá sido alegado) de saber se estes actos não acabariam também por consubstanciar um desvio de oportunidade de negócio, hoje expressamente proibido nos termos do disposto na alínea c) do n.º 2 do artigo 46.º do CCoop (o que, entre nós, ainda não acontece no âmbito do direito societário) – mas, mesmo antes de tal previsão legal expressa, indubitavelmente violador do dever de lealdade que impende sobre os membros do órgão de administração de uma cooperativa, a exemplo do que se entende para as sociedades comerciais. Note-se que, neste caso (ao contrário do que, como se verá, acontece relativamente à proibição de negociação), a autorização da assembleia geral poderia legitimar o aproveitamento da oportunidade de negócio pelo titular do órgão de administração – desde que, em qualquer caso, essa deliberação não fosse em si mesma violadora do fim da cooperativa e/ou de normas imperativas, caso em que seria nula e não poderia produzir o efeito pretendido. Sobre o tema, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias”, in RCEJ, n.º 20, 2011, 23-59, *passim*.

daqueles a quem cabe, em primeira linha, a sua prossecução; o risco de violação do interesse da cooperativa existe, precisamente, porque os titulares do órgão de administração da mesma estão munidos de informação privilegiada e detêm o poder de decidir (estando também, frequentemente e por variadas razões, em posição de influenciar as deliberações da assembleia geral, quando a esta caiba esse poder)². A *ratio* desta proibição será, pelo menos, tão controvertida como a daquelas previstas nos artigos 397.º e 270.º-F do CSC³, normas que constituirão de algum modo, por motivos diferentes, lugares paralelos relativamente às normas que, sucessivamente, consagram a proibição de negociação com a cooperativa nos sucessivos Códigos Cooperativos portugueses.

Tendencialmente, procura-se a subsunção destas normas à proibição genérica de celebração de contrato consigo mesmo⁴: o artigo 261.º do CC determina a

² Para a análise dos problemas de *corporate governance* que, tendo a sua origem histórica nas sociedades anónimas, podem também afectar o governo das cooperativas, particularmente no que toca aos possíveis conflitos de interesses entre os titulares do órgão de administração da cooperativa e ela própria, cfr. DEOLINDA APARÍCIO MEIRA/MARIA ELISABETE RAMOS, *Governança e Regime Económico das Cooperativas. Estado da Arte e Linhas de Reforma*, Vida Económica, Porto, 2014, pp. 15 ss..

³ O artigo 397.º determina, nos seus n.ºs 2 e 5, que são nulos os contratos celebrados entre a sociedade e os seus administradores, directamente ou por pessoa interposta, se não tiverem sido previamente autorizados por deliberação do conselho de administração, na qual o interessado não pode votar, e com o parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria, afastando este regime quando se trate de acto compreendido no próprio comércio da sociedade e nenhuma vantagem especial seja concedida ao contraente administrador. Já o artigo 270.º-F impõe que os negócios jurídicos celebrados entre o sócio único e a sociedade unipessoal por quotas sirvam a prossecução do objecto da sociedade e obedeçam à forma escrita (se forma mais solene não for legalmente prescrita), bem como consagra a obrigatoriedade de que os documentos de que eles constam sejam patenteados conjuntamente com o relatório de gestão e os documentos de prestação de contas, podendo qualquer interessado, a todo o tempo, consultá-los na sede da sociedade, sob pena de nulidade dos negócios e de *responsabilização ilimitada* do sócio único.

⁴ ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Código das Sociedades Comerciais – Alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 257/96, de 31 de Dezembro”, in *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, vol. I, 1998, 305-318, p. 313, nota 12, entende que o regime do artigo 270.º-F do CSC se aproxima daquele que vigora para os negócios celebrados entre a sociedade anónima e os seus administradores, no artigo 397.º do CSC, e que determina a nulidade destes negócios, a menos que tenham sido previamente autorizados por deliberação do conselho de administração (na qual, naturalmente, o interessado não pode votar) e tenham o parecer favorável do conselho fiscal. Mas não se esqueça que a doutrina tendia a considerar a norma que precedeu no tempo o artigo 397.º, n.ºs 1 e 2, do CSC (ou seja, o artigo 173.º, § 3.º, do CCom), também, uma manifestação da proibição do contrato consigo mesmo. Já antes da consagração legal expressa, com carácter geral, deste princípio, foi defendido entre nós que o facto de um representante de outrem “contratar consigo mesmo, como representante e em seu nome”, é potencialmente “perigoso” se os interesses das duas partes forem opostos, uma vez que é de temer “que o representante sacrifique os do representado a favor dos seus”. Cfr. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Contrato consigo mesmo”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 91.º, 1959, 179-181, 195-204, 212-215, 227-231, 243-247, pp. 179 e 180; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 3.ª edição, Lex, Lisboa, 1965 (reimpressão de 1995), pp. 318 e ss.. Entretanto, já se via na proibição constante no artigo 173.º, § 3, do CCom (que dispunha ser

anulabilidade do negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, a menos que o representado “tenha especificadamente consentido na celebração”, ou que o negócio “exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses”. A tutela desta norma dirige-se ao interesse directo do próprio representado (visa evitar um benefício do representante em prejuízo do representado), razão pela qual o consentimento deste afasta a invalidade do negócio.

Ora, no caso em apreço (tal como, de resto, no das referidas normas do CSC), existem alguns aspectos de regime que não permitem a total identificação desta proibição de negociação com a cooperativa com a proibição de celebração de contrato consigo mesmo. Desde logo, a aplicação deste regime pressuporia que nos negócios celebrado entre um director e a cooperativa aquele agisse simultaneamente em seu nome e em representação da cooperativa (o que, formalmente, nem sempre se verifica); e pressuporia ainda a existência de conflito ou oposição entre o interesse do director em causa e o interesse da cooperativa (o que, concretamente, pode não se verificar, embora seja de reconhecer que o grau de probabilidade é elevado)⁵. Isto posto, deve ponderar-se a circunstância de um director, mesmo não agindo em representação da cooperativa, condicionar, directa ou indirectamente, a actuação daquele que age em representação desta, determinando desse modo que a sua actuação sirva os interesses pessoais do director, em detrimento do interesse da cooperativa⁶.

expressamente proibido aos directores das sociedades anónimas negociar por conta própria, directa ou indirectamente, com a sociedade cuja gerência lhes estivesse confiada), aplicável às sociedades por quotas por força do disposto no artigo 31.º da Lei de 11 de Abril de 1901, uma manifestação positiva da proibição do contrato consigo mesmo. Cfr. ANTÓNIO ARRUDA DE FERRER CORREIA, *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Livraria Atlântida, Coimbra, 1948, pp. 312 e ss.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Contrato entre a sociedade anónima e o seu director”, in *O Direito*, 1955, 12-28, pp. 12 e ss., e 18 e ss.; ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Contrato consigo mesmo e negociação de directores ou gerentes de sociedades anónimas ou por quotas com as respectivas sociedades (algumas considerações)”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 100.º, 1967, 81-83, 97-101, 129-131, 161-165, 177-179, 193-197, pp. 83 e ss.

⁵ Para a análise da questão relativamente ao regime do artigo 270.º-F do CSC, sobretudo quanto à dificuldade sentida pela generalidade da doutrina portuguesa na identificação de um possível conflito de interesses entre o sócio único e a sociedade unipessoal, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores das Sociedades por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2.ª reimpressão da edição de 2009, pp. 376 ss.

⁶ Note-se que INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Contrato entre a sociedade anónima e o seu director”, cit., pp. 18 e ss., e 24 e ss., interpretava o artigo 173.º, § 3.º, do CCom, de modo a que a proibição que resultava dessa norma apenas se aplicasse à situação em que o director actuasse em representação da sociedade consigo próprio (excluindo, portanto, aquela em que a sociedade fosse representada por outro director). Por seu turno, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos. I. Conceito. Fontes. Formação*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 147, nota 198, reconhece a qualidade de contrato consigo mesmo àquele que é celebrado entre o sócio único e a sociedade unipessoal, mas apenas quando esse sócio seja também seu administrador único ou o único administrador que intervém em representação da sociedade.

Contudo, alguns dos aspectos do regime da proibição de negociação com a cooperativa parecem afastá-lo do regime legal do negócio consigo mesmo: a aplicação das consequências estabelecidas para a violação da proibição não está efetivamente dependente do facto de a pessoa que representa a cooperativa no negócio ser o próprio director; a norma é imperativa e, não determinando o legislador uma consequência directa específica para a sua violação, ela será necessariamente a nulidade do negócio, o que revela uma clara intenção de tutela de interesses que ultrapassam os interesses das partes no mesmo (*in casu*, especificamente, o interesse da cooperativa); o consentimento do lesado, ou seja, da cooperativa, não afasta a invalidade do negócio; e a nulidade do negócio também não fica afastada pelo facto de ele não ser, em si mesmo, apto para causar qualquer prejuízo à cooperativa.

Então, cabe encontrar no regime da proibição da negociação com a cooperativa um fim distinto daquele que se consubstancia na mera protecção dos interesses da cooperativa em causa – até porque a esse resultado sempre conduziria de modo satisfatório a consequência da anulabilidade ou da ineficácia, relativamente à cooperativa, dos negócios de que se tratasse. Esse outro fim só poderá ser, em nosso entender, o da protecção dos credores da cooperativa: uma vez que apenas o património desta pessoa colectiva responde pelas suas dívidas, cabe assegurar a tutela dos respectivos credores (no fundo, do mercado, para o qual está legalmente autorizada a transferência do risco da exploração da empresa, por força da regra da irresponsabilidade dos membros cooperadores pelas dívidas da cooperativa)⁷ relativamente ao risco de actuação dos membros dos órgãos da cooperativa que, contrariando as regras de bom governo e a estrita afectação do património da cooperativa ao cumprimento das suas obrigações, possam pôr em causa a sua satisfação.

3 O ALCANCE DA PROIBIÇÃO DE NEGOCIAÇÃO COM A COOPERATIVA

Quanto ao alcance da proibição, cumpre salientar que ela não é nem poderia ser absoluta: sendo certo que, tradicionalmente, todos os titulares do órgão de administração de uma cooperativa eram forçosamente cooperadores (e estes ainda devem, à luz do artigo 29.º do CCoop de 2015, constituir a totalidade ou esmagadora maioria dos seus membros), não faria qualquer sentido que assim fosse.

Por outras palavras, caberia e cabe sempre assegurar que um cooperador que aceite ser titular do órgão de administração da cooperativa pode continuar a praticar todos os actos inerentes à sua qualidade de cooperador, satisfazendo as necessidades e aspirações que o levaram, precisamente, a ser seu membro (determina o artigo 2.º do CCoop que as cooperativas são pessoas colectivas “que, através da

⁷ Sobre o tema, cfr. DEOLINDA APARÍCIO MEIRA/MARIA ELISABETE RAMOS, *Governança e Regime Económico das Cooperativas. Estado da Arte e Linhas de Reforma*, cit., pp. 75 ss.

cooperação e entajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a *satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles*⁸). Ou seja, um director não perde, por o ser, a sua qualidade de cooperador, nem os principais direitos que dela decorrem, a não ser, evidentemente, na estrita medida em que tal se justifique – isto, tendo em conta a *ratio* da norma proibitiva e, ainda, porque o entendimento contrário implicaria uma injustificada penalização dos directores, incompatível com a imposição de que estes fossem necessariamente cooperadores. Admitindo-se retirar tais consequências da proibição de negociação, os cooperadores ver-se-iam frequentemente dissuadidos de assumir a titularidade do órgão de administração; por outro lado, imposta esta restrição àqueles cooperadores que a assumissem, ela redundaria claramente em prejuízo da própria actividade económica da cooperativa (o que poderia ser particularmente gravoso em determinadas áreas: atente-se, por hipótese, no caso de uma cooperativa cujo objecto fosse, por exemplo, a recolha e concentração de produtos agrícolas, por aquela solução implicar que a produção de cada um dos seus directores, quantas vezes a maioria ou até a totalidade dos respectivos cooperadores, ficasse excluída da actividade da empresa).

Porém, uma vez que até 2015 a lei era omissa neste ponto, poderia entender-se que a proibição de negociação abrangia até “os negócios inseridos na actividade da cooperativa e praticados em condições de mercado, não apresentando a contratação com a cooperativa qualquer vantagem para o cooperador nem qualquer desvantagem ou prejuízo para a cooperativa”⁹. Hoje, o texto legal determina expressamente que a proibição de negociação existe “sem prejuízo da prática dos atos inerentes à qualidade de cooperador”¹⁰. Embora seja de louvar o facto de a

⁸ Itálico nosso.

⁹ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, “Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas – uma introdução”, in CES, 32, 2009/2010, 35-54, pp. 48 ss.

¹⁰ Esta formulação permite evitar as dúvidas que possivelmente resultariam da alternativa, presente em normas que, como se indica em texto, podem constituir lugares paralelos, que é a de se excluírem da proibição os *negócios que prossigam o objecto da sociedade* (cfr. o n.º 1 do artigo 270.º-F do CSC) ou os *actos compreendidos no próprio comércio da sociedade* (cfr. o n.º 5 do artigo 397.º do CSC). De facto, é discutível que um acto ou negócio que possa ser considerado apto para prosseguir o objecto da cooperativa ou compreendido no seu comércio deva estar abrangido pela exclusão da proibição em análise. Pense-se, por exemplo, no caso de que se trata nesta anotação: o cooperador negociou com a cooperativa a realização de operações que, directa e indirectamente, prosseguem o seu objecto e estão compreendidas no seu comércio; mas elas não constituem a *prática de actos inerentes à sua qualidade de cooperador* e, por isso, devem considerar-se proibidas – tendo em conta a própria *ratio* da proibição de negociação com a cooperativa, não parece possível outro entendimento. Além do mais, as formulações do Código das Sociedades Comerciais constituem desnecessária fonte de insegurança, uma vez que a determinação exacta do que constituam aqueles actos e negócios, por referência à prossecução do objecto ou até à compreensão no próprio comércio da pessoa colectiva, pode apresentar dificuldades. Porém, parece-nos que teria sido útil a “importação”, para o texto da alínea a) do n.º 2 do artigo 46.º do CCoop, da parte do n.º 5 do artigo 397.º do CSC pela qual se acrescenta que a exclusão da proibição apenas pode ter lugar se, adicionalmente, *nenhuma vantagem especial for concedida ao*

letra da lei não permitir que actualmente a questão se coloque, em nosso entender esta também seria a melhor interpretação a retirar dos textos legais entretanto revogados, pelas razões que se expuseram: os negócios inseridos na actividade da cooperativa e inerentes à qualidade de cooperador sempre seriam de considerar excluídos da proibição de negociação com a cooperativa que impedia sobre os directores.

A norma em análise é imperativa, não podendo portanto ser afastada pela vontade das partes, o que decorre da sua própria *ratio*, mas ainda de outros elementos da interpretação: o legislador autoriza expressamente que sejam afastadas outras proibições que impendem sobre os titulares do órgão de administração (a de exercício de atividade concorrente com a da cooperativa e a de aproveitamento de oportunidades de negócio da cooperativa em benefício próprio, tal como resulta do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 48.º do CCoop¹¹), não o fazendo neste caso. Isto significa que não está ao alcance de nenhum dos órgãos da cooperativa (quer se trate da assembleia geral, quer do órgão de administração) deliberar no sentido de autorizar um titular do órgão de administração a negociar com a cooperativa¹². Tais deliberações, afastando regime legal imperativo, seriam nulas, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 56.º do CSC. Outra das consequências, já referida, da imperatividade da norma é a nulidade dos actos que a violem, por força da aplicação do disposto no artigo 294.º do CC.

A proibição de negociação com a cooperativa abrange os casos de negociação *indirecta*, ou seja, aqueles nos quais a negociação é levada a cabo, não pelo director, mas por pessoa, singular ou colectiva, relacionada com ele em termos tais que seja possível imputar-lhe a actuação em causa – isto resulta expressamente da lei, sendo portanto desnecessário recorrer a figuras como a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade comercial para o efeito de imputar a actuação

contraente administrador (embora também relativamente à aplicação desta parte do n.º 5 do artigo 397.º do CSC possam surgir dificuldades; cfr. a análise de J. M. COUTINHO DE ABREU, “Artigo 397.º Negócios com a sociedade”, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário. Volume VI (Artigos 373.º a 480.º)*, coord. J. M. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2013, 325-333, pp. 329 ss.).

¹¹ O mesmo já se verificava no Código Cooperativo de 1980, em cujo artigo 62.º se proibiam os directores, os gerentes e outros mandatários e os membros do conselho fiscal de negociar por conta própria, directamente ou por interposta pessoa, com a cooperativa, e de exercer pessoalmente actividade económica idêntica ou similar à desta, “salvo, *no último caso*, mediante autorização da assembleia geral” (itálico nosso). Era, então, evidente que apenas o exercício de actividade económica idêntica ou similar à da cooperativa podia ser autorizado pela assembleia geral. O artigo 64.º do Código Cooperativo de 1996 teve redação idêntica (excepto no que respeita à referência à *actividade económica idêntica ou similar* à da cooperativa – passou a falar-se de *actividade concorrente*).

¹² Ao contrário do que expressamente permite o n.º 5 do artigo 397.º do CSC: nas sociedades anónimas, o órgão de administração da sociedade pode autorizar a celebração de contratos com os administradores (nessa deliberação o interessado, naturalmente, não pode participar).

violadora da proibição de negociação a sócio que, de algum modo, a controle¹³. Este aspecto é particularmente relevante, na medida em que, *in casu*, a violação da norma que proíbe a negociação com a cooperativa terá sido maioritariamente levada a cabo por uma sociedade de que o director era sócio.

Ao exposto deve ainda acrescentar-se que o director que viole a proibição de negociação com a cooperativa pode também ser responsabilizado por esta pelos danos que tal actuação tenha causado (e que a declaração de nulidade não consiga eliminar – pense-se, por exemplo, na hipótese de o pagamento indevido destas avultadas quantias ter colocado a cooperativa em situação de grande debilidade financeira, forçando-a a recorrer a meios de financiamento particularmente onerosos, ou, na ausência destes, levando-a a abandonar a execução de determinados projectos), nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 71.º do CCoop e, especificamente neste caso, também das alíneas b) e e) do seu n.º 2. Aliás, se verificados os respectivos pressupostos (imagine-se o caso de a violação da proibição de negociação ter tornado o património da cooperativa insuficiente para a satisfação dos respetivos credores), este director poderia até ser directamente responsável perante os credores da cooperativa, como decorre do artigo 73.º do CCoop (uma vez que já se expôs *supra* ser nosso entendimento que a norma que regula a proibição de negociação com a cooperativa visa, também, a tutela dos credores desta).

4 A DECISÃO

Com este enquadramento, decidiu-se bem no acórdão em anotação. O director terá negociado com a cooperativa em dois domínios distintos: por um lado, na promoção e venda das moradias da cooperativa, contra o pagamento de “comissões”; por outro, na aquisição à cooperativa de duas moradias (cujo preço ainda não havia pago integralmente, razão pela qual pedia a compensação desse débito com os créditos peticionados). Ora, o tribunal, apesar de ao caso ser aplicável o Código Cooperativo de 1980 (em cujas normas não se excepcionavam expressamente da proibição os actos inerentes à qualidade de cooperador), em momento algum ponderou considerar nulos também os contratos de compra e venda das moradias em causa, uma vez que se tratava precisamente desse tipo de actos – e considerou, portanto (bem), ser devido o pagamento do respectivo preço.

Já quanto às “comissões” peticionadas, e porque a fonte de tais obrigações seria um acordo celebrado entre a cooperativa e um dos seus directores, relativos à prática de actos que não eram inerentes à sua qualidade de cooperador, decidiu-se não serem devidas, tendo em conta justamente a nulidade deste acordo, por

¹³ Como acontece, nomeadamente, em no caso de violação de determinadas obrigações de não concorrência. Sobre o tema, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores das Sociedades por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pp. 126 ss., nota 109 e pp. 316 ss., nota 389.

violação da proibição de negociação – e, também com acerto, consideraram-se irrelevantes, neste âmbito, as alegadas formas de “autorização” dos diferentes órgãos da cooperativa à celebração do mesmo.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 327-333
ISSN: 1130-2682

**ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DE LISBOA, EM 25 DE FEVEREIRO DE 2016**

*COMMENTARY TO THE DECISION OF THE COURT
OF APPEAL OF LISBON OF 25TH FEBRUARY 2016*

PAULO VASCONCELOS*

* Professor Coordenador da Área Científica de Direito do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto. CECEJ. Advogado. Correio postal: Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Rua Jaime Lopes de Amorim, 4465-004 S. Mamede de Infesta, PORTUGAL. Email: paulo_v@iscap.ipp.pt / www.paulovasoncelos.pt.

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de fevereiro de 2016, de que foi relatora Maria Manuela B. Santos G. Gomes, trata da importante questão do direito dos associados à prestação de contas por parte de uma cooperativa, questão que assume ainda mais relevo quando se está, como é o caso, perante uma cooperativa de habitação, em que os sócios investiram somas importantes na perspectiva de adquirirem uma habitação a preços moderados.

No caso em apreço, recheado de peripécias processuais, um cooperante intentou uma ação com processo especial de prestação de contas contra uma cooperativa de habitação e os seus diretores, pedindo a sua citação para apresentarem as contas do programa habitacional em que estava integrado e do qual havia desistido.

Os diretores vieram arguir a sua ilegitimidade, defendendo-se por exceção, alegando que o dever de prestar contas apenas recaía sobre a cooperativa. Esta, por sua vez, apresentou contas, mas indicando desde logo que as mesmas não tinham sido aprovadas, nos termos regulamentares das cooperativas, por dificuldades logísticas.

O autor contestou as contas apresentadas, mas pediu a condenação da Cooperativa no pagamento do saldo confessado, e que no mais, fossem declaradas não prestadas e lhe fosse devolvido o direito de as apresentar. Posteriormente, a Cooperativa veio declarar que estava desativada, que não tinha já ninguém ao seu serviço, e que ninguém aparecia nas assembleias gerais, não podendo já movimentar contas bancárias.

O Tribunal, face ao exposto, com fundamento em erro na forma do processo, pôs termo ao processo, absolvendo os Réus da instância. Na sequência desta decisão, o Autor agravou para o Tribunal da Relação de Lisboa, que a final deu provimento ao recurso. Assentou este a sua decisão em dois fundamentos: que o pedido formulado na petição se adequava à ação de prestação de contas prevista nos artigos 1014º do Código do Processo Civil, pelo que inexistia qualquer vício processual, por um lado, e por outro, que o Tribunal de primeira instância já havia decidido da obrigação de prestação de contas, o que não foi objeto de recurso, pelo que se tinha já formado caso julgado material sobre a obrigação de os requeridos prestarem contas.

Assim sendo, em consequência desta decisão da Relação de Lisboa, o processo baixou à primeira instância para prossecução da ação de prestação de contas.

Sucedo que, agora com fundamento na ilegitimidade do Autor, o Tribunal de primeira instância de novo absolveu os Réus da instância, pondo assim de novo termo ao processo.

Dessa decisão voltou a recorrer o Autor para o Tribunal da Relação de Lisboa.

Neste recurso, para além das questões processuais em causa, relacionadas com a formação de caso julgado material sobre a obrigação de prestação de contas, a questão central que o Tribunal é chamado a decidir prende-se com legitimidade do autor para intentar uma ação especial de prestação de contas contra a cooperativa da qual foi membro e da qual se demitiu.

O Tribunal da Relação de Lisboa, tendo considerado que não existia qualquer processo especial para que um cooperante pudesse exigir contas à cooperativa, entendeu aplicar o artigo 988.º do Código Civil, por remissão dos artigos 9º do Código Cooperativo e 2º do Código das Sociedades Comerciais, concluindo que a lide era própria e o Autor estava revestido de legitimidade para agir como agiu. Acrescentou ainda que, ainda que assim se não entendesse, sempre a decisão sob apelo teria que ser revogada, por ter ofendido o caso julgado.

Sumariamente descritos os termos da lide, vejamos então a questão do direito de os cooperantes exigirem a prestação de contas, que é, do ponto de vista do direito cooperativo, a questão que mais relevo assume neste caso.

Antes de mais há uma clarificação que importa fazer, procedendo-se à distinção entre as situações de demissão da cooperativa das meras desvinculações de um programa da mesma, neste caso, um programa habitacional. Esta clarificação é relevante pois dela depende a questão de saber se estamos perante um ex-sócio de uma cooperativa, que assim se apresentará necessariamente como um terceiro face a esta, ou perante um associado que pretende fazer valer os seus direitos sociais, invocando a sua qualidade de membro da cooperativa.

Este ponto é importante não só pelas diferentes respostas que a partir daí se poderão equacionar, mas também porque, com frequência, os envolvidos não estão conscientes da posição que assumem, confundido a sua participação na cooperativa com a sua integração num plano habitacional. O que não se estranhará, na medida em que, em muitos casos, a participação do associado na cooperativa apenas deriva do seu interesse no programa habitacional que eleger, equiparando-se assim a sua posição à de um promitente comprador.

Ora, da leitura do acórdão não se consegue concluir com segurança qual a situação subjacente, pois tanto se afirma que o Autor “desistiu de participar no referido programa [habitacional] sem que tivesse sido reembolsado daquelas quantias” com mais à frente se refere que a “questão fulcral a decidir prende-se com a legitimidade do Autor para intentar ação especial de prestação de contas contra a Ré Cooperativa da qual foi cooperante e se demitiu”.

A distinção entre estas duas situações não é de menor importância, como facilmente se alcança e no entanto, o tribunal não se debruçou sobre ela. Não obstante, a decisão final, ainda que criticável nos seus fundamentos, parece-nos acertada na substância: determinou que o processo prosseguisse para a prestação de contas pela Cooperativa.

É sabido que, de acordo com o disposto no artigo 9.º do Código Cooperativo, para colmatar as lacunas do direito cooperativo deve recorrer-se, na medida em que não se ofendam os princípios cooperativos, ao Código das Sociedades Comerciais.

Ora, inexistindo normas especiais do Código Cooperativo sobre o exercício do direito à prestação de contas deve, pois, recorrer-se ao regime aplicável às sociedades Comerciais.

Nos termos do Código das Sociedades Comerciais, a prestação de contas é um dever que recai sobre os gerentes e administradores, nos termos do disposto no artigo 65.º, n.º 1, do CSC¹, e a sua injustificada não apresentação no prazo legalmente estabelecido pode constituir justa causa para a sua destituição². Deste modo, é sobre os administradores das cooperativas que recai o dever de prestar contas aos membros daquelas.

Por outro lado, de acordo com o regime societário, caso a administração não apresente tempestivamente as contas a que está obrigada, os sócios podem recorrer aos tribunais para obter a sua apresentação. De facto, a partir do momento em que se completarem dois meses após o termo do prazo para a sua apresentação sem que a administração o tenha feito, qualquer sócio pode requerer «que se proceda a inquérito», nos termos do artigo 67.º, n.º 1, do CSC.

Não se trata, porém, de realizar um verdadeiro inquérito judicial, como sucede nos casos previstos nos artigos 216.º e 292.º do CSC. Trata-se, outrossim, de obter por via judicial a apresentação aos sócios do relatório de gestão, das contas do exercício e demais documentos de prestação de contas.

Assim, perante a falta de apresentação, no referido prazo, destes documentos de prestação de contas por parte da administração, e independentemente do facto causador de tal falta, pode qualquer sócio, seja qual for a fração de capital de que seja titular, desencadear o mecanismo previsto neste artigo 67.º do CSC³, em ação intentada contra a sociedade e contra os titulares dos órgãos sociais em causa (gerentes e administradores), como decorre também do previsto no artigo 1479.º do Código do Processo Civil.

Caso o Tribunal considere procedentes as razões invocadas para o atraso nas contas, fixará um prazo adequado para a sua apresentação. Caso contrário, as

¹ Ao mesmo dever se deve entender que estão sujeitos os administradores das Cooperativas. O atual Código Cooperativo de 2015, no artigo 47.º, alínea a), prevê que é obrigação do Conselho de Administração “*elaborar anualmente e submeter ao parecer dos órgãos de fiscalização e à apreciação e aprovação da assembleia geral o relatório de gestão e os documentos de prestação de contas*”. Esta norma corresponde ao anterior artigo 56.º, alínea a).

² Cf. artigos 257.º, n.º 6 e 403.º, n.º 4, ambos do CSC.

³ Cf. Acórdão do STJ, de 15 de março de 1994 (Ramiro Vidigal), Acórdão do STJ, de 28 de março de 1995 (Adriano Cardigos) e Acórdão do TRC, de 8 de fevereiro de 2000 (António Geraldês).

razões invocadas para o atraso na apresentação das contas e demais documentos de prestação de contas não são atendíveis (ou caso não sejam prestadas quaisquer justificações para o incumprimento do prazo), encarregará um gerente ou administrador de, no prazo que lhe for fixado, elaborar e apresentar os documentos em falta⁴.

Certo é que, existe um relativo consenso que, face à falta de prestação de contas nas sociedades comerciais, não é possível o recurso ao processo especial de prestação de contas previsto no artigo 941.º e ss, do CPC, como já sustentámos⁵.

Assim sendo, caso o Cooperante ainda mantenha esse estatuto, porque apenas se demitiu do programa habitacional, parece-nos que terá sempre legitimidade para pedir a prestação de contas à sociedade, caso as mesmas não tenham sido apresentadas no momento exigível, regime aqui aplicável por remissão do artigo 9.º do Código Cooperativo, como se referiu.

Ao invés, se o associado se demitiu da cooperativa, deixando de ter a qualidade de cooperante, isto é, de membro da pessoa coletiva em causa, já não faz sentido o recurso ao processo de inquérito para a obtenção de informações. Até porque tal processo visa em primeira mão a prestação de contas pelos gerentes e administradores perante a própria sociedade.

Nesse caso, deve antes recorrer-se ao disposto no citado artigo 941.º e ss, do CPC, que determina que «A ação de prestação de contas pode ser proposta por quem tenha o direito de exigi-las ou por quem tenha o dever de prestá-las e tem por objeto o apuramento e aprovação das receitas obtidas e das despesas realizadas por quem administra bens alheios e a eventual condenação no pagamento do saldo que venha a apurar-se.»

Registe-se que entre estas duas vias processuais existe diferença estrutural. Daí que se entenda que se está perante uma “diferença irreduzível entre as duas formas de processo em confronto”, pelo que a apresentação de ação de prestação de contas, quando se deveria ter pedido um inquérito nos termos do artigo 67.º do CSC, conduz à absolvição da instância, nos termos do disposto no artigo 288.º, n.º 1, b), do CPC⁶. Isto porque, nos termos do artigo 67.º as contas não se destinam a ser apreciadas pelo Tribunal, mas pelos sócios. Nem as contas são prestadas ao sócio requerente, mas à sociedade (ou à cooperativa, neste caso), ao contrário do que sucede no caso de se optar pela ação especial de prestação de contas prevista no artigo 941º do CPC. De resto, neste último caso, o processo destina-se não só a

⁴ Para mais desenvolvimentos, cf. PAULO ALVES DE SOUSA DE VASCONCELOS, *Apuramento e Aplicação de Resultados*, Almedina, 2016, p. 126 e ss.

⁵ Cf. PAULO ALVES DE SOUSA DE VASCONCELOS, *Apuramento e Aplicação de Resultados*, Almedina, 2016, p. 130 e ss.

⁶ Cf. o Acórdão do STJ, de 22 de novembro de 1995 (Herculano Lima) e Acórdão do STJ, de 16 de maio de 2000 (Ribeiro Coelho).

obter a prestação de contas, mas também a condenação no pagamento do saldo, o que manifestamente não sucede no caso da via processual prevista no artigo 67.º do CSC.

Uma última nota se impõe: no caso em apreço, aparentemente, o cooperante peticiona a prestação de contas do programa habitacional e não a prestação de contas da própria cooperativa. Sucede que, sustenta o seu pedido, além do mais, no direito a ser restituído do montante dos títulos de capital realizados, com fundamento no artigo 36.º do Código Cooperativo⁷. Ora, sucede que, o que com toda a probabilidade, os valores entregues no âmbito do programa habitacional não o foram a título de capital, mas entregas para a aquisição de uma habitação, de acordo com o regime nele previsto. A sua restituição não se coloca, pois, na sequência direta da desistência de um programa da cooperativa, mas sim como consequência da sua demissão⁸.

⁷ Hoje, artigo 89.º do Código Cooperativo de 2015.

⁸ Registe-se que o reembolso dos títulos de capital, nos termos do atual artigo 89.º do Código Cooperativo de 2015, pode ser limitado, dando acolhimento a uma preocupação de “conferir alguma estabilidade ao capital social cooperativo” – Cf. DEOLINDA APARÍCIO MEIRA / MARIA ELISABETE RAMOS, *Governança e Regime Económico das Cooperativas*, Vida Económica, 2014, p. 145.

A LEGALIDADE CONCORRENCIAL DAS FARMÁCIAS
MANTIDAS POR COOPERATIVAS MÉDICAS:
ANOTAÇÕES À DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO BRASIL, DE 16 DE MAIO DE 2016

*THE COMPETITIVE LEGALITY OF PHARMACIES
KEPT BY MEDICAL COOPERATIVES: ANNOTATIONS
TO THE DECISION OF THE SUPERIOR COURT
OF JUSTICE OF BRAZIL, MAY 16, 2016*

RONALDO GAUDIO* - ENZO BAIOCCHI**

* Professor convidado da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado. Mestrando em Direito, na linha de pesquisa Desenvolvimento, Regulação, Concorrência e Inovação pela Universidade Cândido Mendes. MBA em “*Business Law*” pela FGV. Presidente do IBECOOP – Instituto Brasileiro de Estudos em Cooperativismo. Email: gaudio@gn.adv.br. Correio postal: Av. Rio Branco, nº 151, gr. 603, Centro, Rio de Janeiro/RJ – Brasil. CEP: 20.070-022.

** Professor Doutor de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado e consultor no Rio de Janeiro. Doutor e Mestre em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität München, Alemanha. Email: enzo.baiocchi@direito.ufrj.br. Correio postal: Faculdade Nacional de Direito (UFRJ), Rua Moncorvo Filho, nº 8, Centro, Rio de Janeiro/RJ – Brasil. CEP: 20.211-340.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro, objeto desta breve anotação¹, revisita a divergência acerca da possibilidade de sociedades cooperativas constituídas por médicos poderem registrar e manter farmácias em seu nome, fornecendo medicamentos a preço de custo para seus membros e para utentes de seus serviços. Além de se tratar de decisão mais recente na matéria em questão, evidencia a consolidação de entendimento da corte com base nos precedentes que menciona.

Os precedentes, que foram citados na decisão ora comentada, igualmente priorizam a não aplicação da vedação constante do artigo 16, alínea “g” do Decreto nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932, que regula o exercício de algumas profissões ligadas à saúde, dentre elas a farmacêutica e medicina. A despeito do referido artigo estar mais relacionado à dimensão ética da profissão do médico, vedando que este faça parte de sociedade empresária que explore o mercado de produtos farmacêuticos ao mesmo tempo em que exerça a medicina, a decisão inclui fundamentos como a inexistência de concorrência desleal pelo fornecimento a preço de custo e até por um suposto não enquadramento das sociedades cooperativas no conceito jurídico de empresa.

Neste segundo contexto, o entendimento merece um refinamento, qual seja a possibilidade do exercício da empresa pelas sociedades cooperativas. Apesar de poderem ostentar o elemento de empresa, que as caracterizaria como sociedades empresárias (artigo 982, *caput*, Código Civil brasileiro - CCB), as cooperativas não o serão por expressa exclusão legal. Isso porque, de acordo com o CCB, a sociedade cooperativa é considerada sempre uma sociedade do tipo simples (i.e. de natureza civil, não empresarial), independentemente do seu objeto (parágrafo único do mesmo artigo 982). Surpreende o equívoco de somente se conceber o exercício capitalista da atividade econômica ainda presente na doutrina (e.g. TAVARES BORBA, J. E., *Direito Societário*. 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2015, p. 9).

De longa data, a doutrina do Direito Comercial com tradição em matéria de cooperativismo aponta que o propósito econômico pode não ser o lucro (BULGARELLI, W., *Concentração de empresas e direito antitruste*. São Paulo, Atlas, 1997, p. 59). Há autores, como Ulhôa Coelho (ULHÔA COELHO, F., *Manual de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 31-36 e 40), que já retificaram sua compreensão a esse respeito. Assim sendo, as cooperativas, por não existirem para distribuir excedentes ao capital, não atuam com interesse econômico pró-

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.587.788, Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgamento em: 16 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=61144216&num_registro=201600514515&data=20160520&formato=PDF>. Acesso em: 18 jun. 2017.

prio, mas atuam no interesse econômico e social de seus membros – sendo esta sua finalidade, ao invés do lucro. Sob uma perspectiva mais precisa, a questão importante para consideração do STJ não repousaria numa ausência de caráter empresarial ou comercial das cooperativas, mas na forma como essas sociedades exploram atividade empresarial.

A esse respeito, inclusive, é válido explicitar que os trabalhadores ou consumidores que se tornam sócios das sociedades cooperativas exercem o direito fundamental relacionado à livre iniciativa, mas o fazem sob o perfil desse modelo econômico distinto, caracterizando a livre iniciativa cooperativista (GRAU, E. R.. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 2000). Eros Roberto Grau, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal brasileiro, reconhece o diferencial estrutural próprio das atividades das cooperativas como caracterizante de uma forma típica de exercício de atividade econômica recepcionada na ordem constitucional brasileira. Mais que recepcionada, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB) vincula o Estado no sentido de se abster de interferir no livre funcionamento das cooperativas (artigo 5º XVII e XVIII), além do dever de fomentar o cooperativismo (artigo 174, § 2º), que constitui um dos princípios gerais da atividade econômica previstos na CFRB.

Esses parâmetros são importantes para análises que procuram averiguar se o modelo de negócios de uma cooperativa estaria a projetar uma prática anticoncorrencial. É o caso da decisão em comento, que afirma ser a venda de medicamentos a preço de custo incapaz de induzir “concorrência desleal”. Sob uma perspectiva do Direito Cooperativo (e do Direito da Concorrência, certamente), não é em razão de uma suposta ausência de caráter empresarial que o ilícito concorrencial deixaria de se configurar. *In casu*, o exercício da atividade cooperativa envolve o fornecimento de bens sem propósito lucrativo, induzindo naturalmente que possam ser entregues a preço de custo, seja para o consumo de seus sócios, seja para o dos utentes dos planos de saúde.

O exercício da atividade cooperativa, ausente de lucros no fornecimento de medicamentos, faz naturalmente que os mesmos sejam entregues a preço de custo, seja para o consumo de seus sócios, seja para os utentes dos planos de saúde. Há aproveitamento econômico nesse modelo, ainda que não sob a forma de lucro, para os seus membros, mas não para a cooperativa. Numa cooperativa que procura realização de atos de consumo com seus sócios, o lucro suprimido redundaria em menores preços para o consumidor cooperado; naquela em que o cooperado trabalha, a supressão do lucro tem por objetivo produzir remuneração ou condições gerais de trabalho ao sócio.

Esses vetores estruturais envolvem a geração de um regime jurídico próprio, pois reordenam sobre sua própria metodologia os elementos econômicos (fatores de produção), estabelecendo relações próprias e diferenciadas entre as pessoas envolvidas, especialmente entre as cooperativas e os seus sócios. No Brasil, a

chamada “Lei Geral de Cooperativas – LGC” (Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que definiu a Política Nacional de Cooperativismo e instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas) recepcionou, de forma pioneira, as relações jurídicas típicas das cooperativas como uma modalidade de negócio jurídico próprio, ou seja, o ato cooperativo (regulado pelo artigo 79, LGC). A especificidade do regime dos negócios nas cooperativas foi também recepcionada pela CFRB, quando reconheceu a necessidade de um “adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas” (artigo 146, III, “c”, CFRB).

O tratamento jurídico adequado, ademais, está intimamente ligado com o estímulo ao segmento, ambos vinculantes para o Estado pela CFRB. O tratamento incompatível (incongruente) com essa estrutura diferenciada é desestimulador. Sendo o apoio e estímulo impostos pelo texto constitucional, passam esses elementos a integrar o próprio sentido de adequação do regime jurídico das cooperativas no Brasil. Lei que desestime o cooperativismo é inadequada ao regime jurídico das cooperativas brasileiras e é explicitamente inconstitucional. Esta evidente interdependência entre estímulo e regime jurídico compatível é explicitamente o padrão reconhecido inclusive em outras constituições, tais como na Espanha (FAJARDO GARCIA, I.G., Chapter 33 – Spain, *International Handbook of Cooperative Law*. Berlin: Springer, 2013, pp. 703-704) e Itália (FICCI, A., Chapter 22 – Italy, *Idem*, p.481). Portugal possui a Constituição que mais dedicou dispositivos ao reconhecimento do regime das cooperativas, chegando a incorporar a principiologia do cooperativismo (NAMORADO, R. Chapter 29 – Portugal, *Idem*, pp. 636-638). Conquanto não tenha recepcionado explicitamente no texto legal o ato cooperativo como espécie própria de negócio jurídico, a doutrina o considera o “núcleo específico das práticas cooperativas” (NAMORADO, R. *Cooperatividade e direito cooperativo - estudos e pareceres*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 96).

Vaticina a doutrina que a finalidade das cooperativas, ausente de objetivo de lucro, é elemento estruturante desse regime jurídico e integrante da própria identidade das cooperativas (APARÍCIO MEIRA, D. A. *O regime económico das cooperativas no direito português: o capital social*. Porto: Vida Económica, 2009, pp. 39-57). Portanto, negar a regularidade dessa estruturação própria cooperativista para a formação de preços é negar a própria vigência desse regime jurídico farramente recepcionado em distintos ordenamentos jurídicos. E mais, seria negar a livre iniciativa aos consumidores e trabalhadores organizados em cooperativas.

Não é factível analisar esse regime sob uma perspectiva imprópria, como uma forma ordinária de incursão capitalista no mercado, e sim sob sua perspectiva peculiar (FORGIONI, P. As sociedades cooperativas no Brasil: muito além dos preconceitos e das questões tributárias. In: CRACOGNA, Dante (coord.), *Congreso Continental de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires: Intercoop, 2014, pp. 57-60). Analisados sob premissas inadequadas, os preços nas cooperativas tenderão a ser identificados, por exemplo, como preços predatórios, ainda que eles não decorram

de artificialidades, mas de sua natural forma de organização dos elementos econômicos, do seu método de exploração da atividade econômica.

Essas sociedades, assim sendo, não desafiam a configuração de ilícitos concorrenciais *per se*. A rigor, uma das virtudes na doutrina do cooperativismo é o estabelecimento do preço justo para remuneração do trabalho ou para o bem ou serviço consumido – livre do impacto econômico da intermediação especulativa (GIDE, C. *O cooperativismo*. Brasília: Confedbrás, 2008, pp. 93-94) –, favorecendo a concorrência.

Outro elemento essencial das cooperativas costuma produzir polêmica em matéria de concorrência: a cooperação – o elemento comportamental que justamente o designa o nome do modelo cooperativismo.

A cooperação em geral é fato inerente à vida social e é empregada tanto para fins reprimidos quanto fomentados ou simplesmente aceitos pelo Direito. No caso da cooperação estruturada sob a metodologia do cartel, tem-se uma conduta contrária e reprimida pelo Direito Concorrencial (SALOMÃO FILHO, C., *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 295), pois gera poder no mercado e, portanto, efeitos negativos para a concorrência e para o próprio desenvolvimento. No caso do cooperativismo, ao contrário, a ordem constitucional estimula e apoia essa forma de cooperação. Assim, a cooperação neste modelo tem a finalidade própria das cooperativas, benéficas ao desenvolvimento e, sendo, portanto, apoiada e estimulada pela ordem econômica constitucional. Fomentada pelo Direito, essa cooperação também possui características próprias. Não é uma cooperação qualquer, senão aquela cooperação entre sócios de uma sociedade específica em que consumirão ou trabalharão. Trata-se de fato econômico que produz consequências jurídicas correspondentes, na medida em que impõe um comportamento adaptado dos seus membros (BENEVIDES PINHO, *Economia e cooperativismo*. São Paulo: Saraiva: 1977, 2ª pg da Introdução).

Essa cooperação contempla estudos em diferentes campos do conhecimento (Sociologia, Economia, Direito, Psicologia), sendo, provavelmente o elemento mais rico e mais axiológico do cooperativismo (GAUDIO, R C. Desenvolvimento econômico e cooperativismo: fundamentos e desafios para implementação do art. 174, §2º, da Constituição Federal, a partir das características essenciais das sociedades cooperativas. In: MIRANDA, J. E. *et al* (coord.). *Ordem econômica constitucional: compreensão e comparativo da ordem econômica na Constituição de 1988 com outros sistemas jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 533-535).

No campo da Economia, esse padrão de cooperação é econômico, estabelecido entre consumidores ou trabalhadores com objetivos comuns, que se fazem “donos” do negócio, sócios da sociedade cooperativa que agirá no interesse deles, realizando suas aspirações de consumo ou de trabalho, sem caráter especulativo próprio. A cooperação com tal identidade pode ser tipificada como “cooperação

cooperativa” (BENECKE, D. W., *Cooperação e desenvolvimento. O papel das cooperativas no processo de desenvolvimento econômico nos países de terceiro mundo*. Porto Alegre: Coorjornal, 1980, p. 82). Não se trata de uma cooperação com a finalidade ilícita, reprovada pelo Direito, típica de práticas colusivas.

No cooperativismo, também a cooperação cooperativa pode redundar em concentrações horizontais ou verticais (BULGARELLI, W., *Op. cit.*, p. 59), pois se estabelecem não só entre pessoas físicas inseridas em uma mesma estrutura empresarial (arts. 3º, 4º e 79, LGC). Também se manifesta de forma típica por cooperativas entre si, com a mesma atividade econômica e finalidade (concentração horizontal) ou hierarquizando a operação para torná-la viável, para obter ganho de escala, mais eficiência, para beneficiamento de produtos, para eliminar intermediários, entre outros interesses, tudo de acordo com o modelo de negócios (concentração vertical). Estas hipóteses acontecem, respectivamente, entre cooperativas que se cooperam entre si para operarem cada uma em distintos mercados relevantes geográficos, ou através da associação de cooperativas de primeiro grau às centrais ou confederações de cooperativas. Ambas são realizações de ato cooperativo, previsto no art. 79, LGC.

A pulverização de cooperativas como agentes econômicos distribuídos em distintas localidades (ao invés da constituição de uma única pessoa jurídica de grande porte e com atuação nacional) é característica típica desse modelo. Por um lado, sendo um modelo de sociedade constituída pelos próprios consumidores e trabalhadores cooperados, a cooperativa costuma ter limitações de capital inicial, dedicando-se mais a empreendimentos locais ou inicialmente menos expansivos. Além, como modelo de empreendimento democrático, a lei costuma restringir a área de admissão de sócios à capacidade de reunião dos mesmos junto ao centro decisório (no Brasil, artigo 4º, VI e XI, LGC). Assim, cooperação entre cooperativas (“intercooperação”) é o método pelo qual as cooperativas costumam conseguir formar grandes redes ou sistemas de cooperativas, com perfeita recepção legislativa (especialmente nos artigos 6º, incisos II e III e 79, LGC).

Não analisar, compreender ou tutelar essas manifestações da cooperação pela perspectiva própria do modelo cooperativista significa também desconsiderar o seu regime jurídico. Como demonstra vivamente a doutrina, é “diluir a especificidade cooperativa” produzindo uma “inútil renição a lógicas alheias” (NAMORADO, R. *Horizonte Cooperativo – política e projecto*. Coimbra: 2001, p. 34). O impacto concreto dessa perspectiva inapropriada é a perda de oportunidades de desenvolvimento.

Veja-se que, ao contrário daquelas colusões vocacionadas para a produção de efeitos anticoncorrencias – ilícitos –, a cooperação cooperativa tem finalidade própria e que, além de lícita, é apoiada pelo Direito, na medida em que está inclinada a produzir importantes diferenciais de superioridade para o desenvolvimento socioeconômico sustentável, manifestando-se em dimensões macroeconômicas,

meta econômicas e de interesse individual dos consumidores e trabalhadores cooperados (BENECKE, D. W., *Op. cit.*, pp. 109-134). Não é por outra razão que as constituições prescrevem o estímulo ao modelo, pois ele se alinha com vantagem aos objetivos da ordem econômica. Não é também por mero acaso que, no Brasil, a defesa da livre concorrência, a repressão ao abuso do poder econômico e o estímulo ao cooperativismo figuram no mesmo capítulo na Constituição Federal, como instrumentos para atingir a finalidade da ordem econômica (artigos 170, inciso IV; 173, § 4º; e 174, § 2º, CRFB).

Considerando que a ilicitude das práticas restritivas à concorrência se caracteriza pelos efeitos negativos à ordem econômica e, em contrapartida, diante dos efeitos esperados do cooperativismo, não deve militar em seu desfavor qualquer presunção de que seu exercício seja um ilícito *per se*. Pelo contrário, ele tende a ser favorável ao desenvolvimento, objetivo último da ordem econômica e da disciplina antitruste. No Brasil, assim como na abordagem preponderante na Europa, a legislação antitruste possui caráter instrumental, não sendo a concorrência um fim em si, senão um instrumento para o desenvolvimento (FORGINI, P. A., *Fundamentos do antitruste*. 8ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 186-188).

A rigor, as cooperativas são conhecidas pela correção dos efeitos deletérios do capitalismo concorrencial (FORGINI, *Op. cit.*, 2014, p. 59-60). Trata-se, inclusive, de um importante instrumento de política pública utilizado na atualidade, por meio da abertura das cooperativas de crédito ao mercado financeiro [(MEINEN, E. e GAUDIO, R. C., “Sobre o diferencial estrutural e desafios das instituições financeiras cooperativas no ambiente regulatório brasileiro”. BAID 49 (2015), p. 137-179 (142)].

De tal maneira, o diálogo das fontes pode se estabelecer em nível constitucional a partir do desenvolvimento. O Sistema de Defesa da Concorrência, como regime geral, comporta sua harmonização necessária com microssistemas e regimes especiais (FORGINI, P. A. *Op. cit.*, 2015, p. 201-211), como é o das cooperativas.

Mesmo em caso de eventual constatação de práticas restritivas à concorrência, o Direito Antitruste brasileiro, por seu caráter instrumental, contempla a possibilidade até mesmo da não aplicação da Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste), quando relevante para aplicação de uma política econômica (Idem, p. 190) vantajosa como o fomento às cooperativas².

² A esse respeito, cabe lembrar que a Organização das Nações Unidas tem preconizado que os governos favoreçam as cooperativas por sua aptidão para o desenvolvimento sustentável. Vide: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=54390#.WUXeumjyuUm>> Acesso em 17 jun 2017.

A IMPENHORABILIDADE RELATIVA DOS BENS AFETOS AOS
FINS DE UTILIDADE PÚBLICA: ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA DE 28 DE ABRIL DE 2016

*THE RELATIVE UNSEIZABILITY OF THE ASSETS
AFFECTED FOR THE PURPOSES OF PUBLIC
UTILITY. COMMENTARY TO THE DECISION OF THE
COURT OF APPEAL OF ÉVORA, APRIL 18, 2016*

MARIA JOSÉ CAPELO*
com colaboração de INÊS ISABEL PAIVA DE CARVALHO**

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pátio da Universidade, 3004-545 Coimbra. Email: mjcapelo@fd.uc.pt.

** Mestranda em Ciências Jurídico-Civilísticas, com Menção em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Email: ines_paiva@outlook.pt.

BREVE DESCRIÇÃO DOS TERMOS DO LITÍGIO

No âmbito de uma execução para pagamento de quantia certa, movida contra uma Instituição Particular de Solidariedade Social, com base num documento particular, esta deduziu oposição à execução e à penhora, alegando a inexistência de título executivo e a impenhorabilidade do imóvel, sede da Executada, por estar afecto aos fins sociais desta. O Tribunal de 1.ª instância considerou ambas as oposições improcedentes. Desta decisão foi interposto recurso para a Relação de Évora (Acórdão de 28 de Abril de 2016), o qual confirmou a decisão recorrida, e sobre nos debruçamos.

Relativamente a inexistência de título executivo, fundou-se a Executada, nas suas alegações, no facto de os documentos particulares terem deixado de ter força executiva por força da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, que aprovou o novo Código Processo Civil (cfr. artigo 703.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Civil). O artigo 703.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processual Civil, estipula que à execução apenas podem servir de base – entre outros – os documentos exarados ou autenticados, por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal, que importem a constituição ou o reconhecimento de qualquer obrigação.

Antes de 2013, constituíam títulos executivos os documentos particulares, assinados pelo devedor, que importassem a constituição ou o reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante fosse determinado ou determinável por simples cálculo aritmético, ou de obrigação de entrega de coisa ou de prestação de facto (artigo 46.º, n.º 1, alínea c) do anterior Código de Processo Civil).

No regime transitório (artigo 6.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho) estipulou-se que as novas regras, relativamente a títulos executivos, se aplicavam às execuções iniciadas após a sua entrada em vigor, ou seja, 1 de Setembro de 2013.

Junto do Tribunal Constitucional, suscitou-se a conformidade à Constituição da interpretação que impunha a aplicação artigo 703.º a documentos particulares emitidos em data anterior à da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil e então exequíveis por força do artigo 46.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Civil de 1961.

Com fundamento no princípio da proteção da confiança, ínsito no princípio do Estado de Direito democrático, que se encontra consagrado no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa, o Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 408/2015, de 23 de Setembro de 2015) declarou, com força obrigatória geral, declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma que aplica o artigo 703.º do Código de Processo Civil, aprovado em anexo à Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, a documentos particulares emitidos em data anterior à sua entrada

em vigor, então exequíveis por força do artigo 46.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Civil de 1961, constante dos artigos 703.º do Código de Processo Civil, e 6.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho. Alicerçado neste Acórdão, o Tribunal da Relação de Évora limitou-se a afirmar que o título dado à execução constituía título exequível de acordo com a lei em vigor ao tempo em que foi emitido (a sua emissão ocorreu em 15-02.2011 conforme decorre dos autos).

Esta declaração de inconstitucionalidade pacificou esta questão, pelo que optamos por centrar a nossa análise sobre os fundamentos que determinaram a improcedência da oposição à penhora do imóvel.

O Tribunal da Relação de Évora, confirmando a decisão do tribunal recorrido, considerou que o bem imóvel não estava isento de penhora, porquanto a impenhorabilidade relativa, prevista no n.º 1 do artigo 737.º do Código de Processo Civil (correspondente ao n.º 1 do artigo 823.º do anterior Código de Processo Civil), pressupõe que o bem (penhorado) esteja vinculado ao exercício dos fins sociais e de utilidade pública da Executada. Ora, ficou provado que a Executada não exercia qualquer atividade no imóvel, já que o “Lar de Infância e Juventude”, que aí funcionava, estava encerrado desde 7 de Fevereiro de 2011.

De igual modo, as Instâncias consideraram, de forma linear, inaplicável o n.º 2 do artigo 737.º do Código de Processo Civil à hipótese concreta, pelo facto de a Executada já não exercer qualquer actividade. Este número determina a impenhorabilidade dos instrumentos de trabalho ou objetos indispensáveis ao exercício de uma atividade profissional

A fundamentação do Acórdão da Relação assentou na qualificação da Executada como pessoa coletiva de utilidade pública (A), considerando que esta não beneficiava da isenção da penhora uma vez que o imóvel não estava afectado a fins públicos (B), nem este bem estava abrangido pela impenhorabilidade (relativa) respeitante a “instrumento de trabalho” ou “objecto indispensável ao exercício da atividade” (C).

A) A EXECUTADA COMO PESSOA COLETIVA DE UTILIDADE PÚBLICA

Segundo o artigo 737/1º do Código de Processo Civil, *“estão isentos de penhora, salvo tratando-se de execução para pagamento de dívida com garantia real, os bens do Estado e das restantes pessoas coletivas públicas, de entidades concessionárias de obras ou serviços públicos ou de pessoas coletivas de utilidade pública, que se encontrem especialmente afetados à realização de fins de utilidade pública”*.

No caso *sub judice*, a Executada era uma pessoa coletiva de utilidade pública, um dos requisitos para poder beneficiar da impenhorabilidade plasmada no n.º 1 do preceito referido.

Nos termos do artigo 1/1º do DL 172-A/2014, de 14 Novembro, as instituições particulares de solidariedade social são «*peças coletivas, sem finalidade lucrativa, constituídas exclusivamente por iniciativa de particulares, com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de justiça e de solidariedade, contribuindo para a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos, desde que não sejam administradas pelo Estado ou por outro organismo público*» (itálico nosso).

O Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social foi sujeito a múltiplas e consecutivas revisões, tendo na sua génese o Decreto-Lei n.º 519G2/79, de 29 de dezembro. Ao abrigo e no desenvolvimento da Lei de Bases da Economia Social, o dito Estatuto voltou a ser repensado, encontrando-se regulamentado atualmente no Decreto-Lei n.º 172- A/2014, de 14 de novembro (modificado, entretanto, pela Lei n.º 76/2015 de 26/06).

No Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 172- A/2014, de 14 de novembro afirma-se que as Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS) têm assumido “uma posição de enorme preponderância no estabelecimento e desenvolvimento de um conjunto de respostas sociais, em todo o território nacional, alicerçado no quadro axiológico da solidariedade social e desenvolvendo-se num modelo de atuação que é revelador de uma abordagem mais humanista, mais próxima, menos dispendiosa para o Estado e mais benéfica para os cidadãos”.

Quanto à natureza, decorre do referido Decreto-Lei n.º 172-A/2014 (tal como já decorria de anterior regulamentação, nomeadamente do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 119/83 de 25/02) que após o registo (nos termos regulamentados pelas respetivas portarias), estas Instituições adquirem automaticamente a categoria pessoas coletivas de utilidade pública (cfr. artigos 7.º e 8.º).

Perante tais dados legislativos, não suscitou dúvidas a qualificação da Executada como pessoa coletiva de utilidade pública. Contudo, como assinalaremos, não estão preenchidos todos os pressupostos do n.º 1 do artigo 737.º do Código Processo Civil para efeitos da Executada beneficiar de uma isenção de penhora.

B) FALTA DE VERIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA IMPENHORABILIDADE RELATIVA CONSAGRADA NO N.º I DO ARTIGO 737.º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A lei consagra o princípio da patrimonialidade da obrigação, segundo o qual, em regra, respondem pela obrigação todos os bens do devedor que sejam suscetíveis de penhora (artigos 601º, 817º, 818º do Código Civil e 735/1º do Código de Processo Civil).

A penhora “tem por objeto toda e qualquer situação jurídica ativa disponível de natureza patrimonial, integrante da esfera jurídica do executado, cuja titulari-

dade possa ser transmitida forçadamente na venda executiva” (Pinto, Rui, *Manual da Execução e do Despejo*, Coimbra Editora, 2013, p. 479, itálico do autor).

Excetua-se, no entanto, deste princípio, casos de impenhorabilidade de origem convencional (artigos 602.º e 603.º do Código Civil), bens abrangidos por regime de indisponibilidade e todas aquelas hipóteses em que se pretende tutelar certos interesses (sejam interesses gerais, ou específicos do executado ou de terceiro) em detrimento da tutela do interesse do credor exequente (FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *A Ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6.ª Edição, Coimbra Editora, 2014, p. 246)

A lei processual configura a impenhorabilidade sobre uma tripla modalidade: (i) bens absoluta ou totalmente impenhoráveis (artigo 736º do Código de Processo Civil); (ii) bens relativamente impenhoráveis (artigo 737º do Código de Processo Civil); (iii) bens parcialmente impenhoráveis (artigo 738º do Código de Processo Civil).

No artigo 736º, a lei prevê a impossibilidade absoluta de penhora de alguns bens ou direitos do executado, e no artigo 738.º consagra casos em que os bens que só podem ser penhorados em certa parte (GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Lições de Processo Civil Executivo*, Almedina, 2016, pp. 241 e ss). São, por exemplo, absolutamente impenhoráveis as coisas ou direitos inalienáveis, os bens do domínio público do Estado e das restantes pessoas coletivas públicas, mas já parcialmente penhoráveis os vencimentos, salários, prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social (embora esta impenhorabilidade tenha limites máximo e mínimo – cfr. n.º 3 do artigo 738.º do Código de Processo Civil).

Nos termos do artigo 737º do Código de Processo Civil (correspondente ao anterior artigo 823º), um bem é relativamente impenhorável “quando os bens podem ser penhorados apenas em determinadas circunstâncias ou para o pagamento de certas dívidas” (FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *ob.loc.cit.*).

Note-se que, no caso em análise, não se verifica nem a impenhorabilidade relativa prevista no n.º 1 nem a do n.º 2 artigo 737.º. Como já referimos, ao tempo da execução, a atividade social da Executada tinha cessado e o “Lar de Infância e da Juventude”, que funcionava no imóvel apreendido, foi encerrado. Logo, o bem penhorado tinha deixado de ser “útil” e relevante para a consecução dos fins, até então, prosseguidos pela Executada.

No contexto do n.º 1 do artigo 737.º, alguns Autores explicitam que “o que interessa é a real afetação daquele bem em concreto e a impossibilidade da satisfação por outros meios das necessidades públicas a que o mesmo se destina” e “por isso, os imóveis, móveis, automóveis ou contas bancárias pertencentes a essas entidades, poderão ser penhorados, salvo se, em concreto, estiverem afetados a uma determinada finalidade de interesse público geral que não possa ser satisfeita

de outro modo “(RIBEIRO, VIRGÍNIO DA COSTA/REBELO, SÉRGIO, *A Ação executiva anotada e comentada*, 2.^a Edição, Almedina, 2016, p.271).

C) O NÃO PREENCHIMENTO DA HIPÓTESE DO N.º 2 DO ARTIGO 737.º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A situação em análise também não preenche a hipótese do n.º 2 do artigo 737.º do Código de Processo Civil. Este preceito isenta de penhora os instrumentos de trabalho e os objetos indispensáveis ao exercício da atividade ou formação profissional do executado, salvo se o executado os indicar a penhora, a execução se destinar ao pagamento do preço da sua aquisição ou do custo da sua reparação. À luz do Código de Processo Civil de 1939, cuja diretriz de salvaguarda dos interesses do executado era semelhante à atual, o ilustre processualista José Alberto dos Reis referiu que “protege-se o *ganha-pão* do advogado, do médico, do engenheiro, isto é, o exercício das chamadas profissões liberais, como se protege o *ganha-pão* dos que exercem ofícios mecânicos e dos que vivem de qualquer trabalho manual, como os sapateiros, alfaiates, serralheiros, lavradores e trabalhadores rurais” (*Processo de Execução*, I, 3.^a edição Reimpressão, Coimbra Editora, 1985, p. 379).

A jurisprudência pronuncia-se no sentido da inaplicabilidade deste preceito às pessoas coletivas. O Tribunal da Relação do Porto (Acórdão de 14/10/2002, processo JTRP00034983, disponível in www.dgsi.pt) teve ocasião de se debruçar sobre o âmbito desta impenhorabilidade relativa e foi peremptório ao afirmar que: “(...) a mencionada exceção à regra da penhorabilidade radica em razões intrinsecamente pessoais, ou seja, o legislador ao isentar da penhora os objetos indispensáveis ao exercício da atividade do executado teve em vista as pessoas singulares (como, por exemplo, o advogado, o pedreiro, o lavrador, etc...) e não as pessoas coletivas, nomeadamente as sociedades comerciais, como é o caso da executada”. (cfr. no mesmo sentido, o Acórdão da Relação de Lisboa de 11. 06.2003, proc. 2089/2003-4, disponível in www.dgsi.pt).

De qualquer modo, de acordo com o princípio da especialidade do fim, todos os bens ou utensílios pertencentes a uma pessoa coletiva estão em princípio, vinculados ao prosseguimento da sua atividade. Dai que, se esta norma fosse aplicável às pessoas coletivas, estas entidades veriam o seu património isento de penhora, por todo ele se encontrar, de forma direta ou indireta, adstrito ao prosseguimento da sua atividade comercial (MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Lições de Processo Civil Executivo*, cit., pp. 251-252).

No entanto, mesmo que assim se não entenda, e se considere aplicável esta impenhorabilidade relativa ao caso *sub judice*, a executada não podia legitimamente fazer-se valer do mesmo, porquanto já tinha cessado a sua atividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No caso *sub judice*, estava em causa uma execução movida contra uma Instituição Particular de Solidariedade Social, que já tinha cessado a sua atividade ao tempo da execução, com a conseqüente desafetação do imóvel penhorado aos fins de utilidade pública.

À Executada não bastava a qualidade de pessoa coletiva de utilidade pública da Executada para efeitos de beneficiar de uma isenção de penhora prevista no n.º 1 do artigo 737.º do Código de Processo Civil, exigindo-se a demonstração que o bem é necessário à prossecução da atividade da Instituição.

A impenhorabilidade relativa dos bens das Instituições particulares de Solidariedade Social destina-se a evitar que aqueles sejam desviados das funções a que se encontram destinados. Logo, se estiverem desafetados desses objetivos, nada obsta a que sejam penhorados e vendidos numa execução para satisfação dos credores da pessoa coletiva de utilidade pública.

De igual modo, a Instituição Particular de Solidariedade Social também não gozava da isenção de penhora chancelada no n.º 2 do artigo 737.º do Código de Processo Civil, pelo facto de a impenhorabilidade relativa, aí prevista, atendendo à sua *ratio*, ter como alvo de proteção interesses vitais de pessoa singular e presupor, em todo o caso, o exercício de uma atividade, o que não se verificava ao tempo da execução.

II

XURISPRUDENCIA

II.2.2. ANOTACIÓNS XURISPRUDENCIA (ESPAÑA)

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 353-359
ISSN: 1130-2682

AS PRESTACIÓNS DE SERVIZOS DE ASISTENCIA
SOCIAL EXENTAS NO IVE. Á PROPÓSITO DA
STXUE, DE 21 DE XANEIRO DE 2016

*THE SOCIAL ASSISTANCE SERVICES EXEMPT FROM
VAT (CJUE, 21 JANUARY 2016, CASE C-335/14)*

LUIS MIGUEL MULEIRO PARADA*

* Profesor Contratado Doutor de Dereito Financeiro e Tributario; Universidade de Vigo. Email: lmuleiro@uvigo.es.

Os nosos sistemas tributarios configuran o IVE coma o imposto estatal indirecto e harmonizado máis importante desde o punto de vista recaudatorio, cuxo obxecto son os bens ou servizos obxecto de tráfico empresarial facendo tributar o seu consumo ou o gasto realizado neles. As operacións gravadas no imposto integrantes do seu feito imponible son: as entregas de bens e prestacións de servizos (operacións interiores), as adquisicións intracomunitarias de bens e as importacións. Nas operacións exentas do imposto o lexislador regula supostos nos que non nace a obrigaón tributaria, de maneira que non existe deber de liquidar e ingresar a correspondente cota nin tampouco obriga de repercusión da mesma. Precisamente, as exencións no IVE, dentro da habilitación comunitaria, presentan como nota característica que o suxeito pasivo non ten obriga de repercusión aínda que si estea obrigado a soportar o IVE repercutido polos seus provedores. Fóra das exencións referidas a entregas de bens que van dar lugar a adquisicións intracomunitarias ou importacións, polo seu funcionamento e tributación en destino, a xeneralidade dos supostos de exención non permiten ao suxeito pasivo deducir o IVE soportado nas súas operacións non suxeitas a gravame.

Entre as exencións reguladas polo lexislador tributario no IVE que responden a motivos de interese público atópanse determinadas prestacións de servizos de asistencia social. Ao garantir un trato máis favorable en materia de IVE a certas prestacións de servizos de interese xeral realizadas no sector social, a exención trata de reducir o custo destes servizos e de facelos máis accesibles aos particulares que poidan beneficiarse das referidas exencións. O TXUE examinou desde hai tempo, sobre a base da normativa comunitaria, as facultades estatais para a regulación e o recoñecemento da exención. Neste sentido estudáronse cales son, poden e deben ser os requisitos aplicables e non aplicables ás entidades que non sexan de Dereito Público, argumentando sobre a base do principio de neutralidade fiscal a que responde desde a súa base o IVE. Na sentenza de 21 de xaneiro de 2016 (Caso *Les Jardins de Jouvence SCRL contra État belge*), o TXUE analiza se en Bélxica podería beneficiarse da exención no IVE a posta a disposición de aloxamentos adaptados a persoas maiores facilitados por unha residencia de vivendas asistidas, así como as prestacións que teñan por obxecto garantir a asistencia ás persoas maiores e dispensar coidados a estas. O asunto ten por obxecto unha petición de decisión prexudicial exposta, con arranxo ao artigo 267 TFUE, pola *Cour d'appel de Mons* (Tribunal de apelación de Mons, Bélxica). As dúbidas suscitadas viraban ao redor de se as residencias belgas de vivendas asistidas podían ser consideradas coma un organismo de carácter eminentemente social proporcionando prestacións exentas de IVE e, ademais, se era relevante que para as prestacións de servizos se obtivese financiamento público.

Antes de comezar co contido do pronunciamento faise necesario unha breve análise da normativa comunitaria establecida na materia. Neste senso, o artigo 13 da Sexta Directiva 77/388/CEE do Consello, de 17 de maio de 1977, en materia de harmonización das lexislacións dos Estados Membros relativas aos impostos sobre o volume de negocios, apartado 1, parte A), letra g) recollía esta exención entre as previstas en favor de certas actividades de interese xeral, dentro das exencións no interior do país, ao regular coma exentas: as prestacións de servizos e as entregas de bens directamente relacionadas coa asistencia social e coa Seguridade Social, realizadas por Entidades de Dereito público ou por outros organismos aos que o Estado membro de que se trate recoñeza o seu carácter social. A propia normativa comunitaria, no seu segundo apartado, letra b), indicaba que as prestacións de servizos e as entregas de bens estaban excluídas ao dárense calquera das seguintes circunstancias:

1ª) Se non fosen indispensables para a realización das operacións exentas;

2ª) Se estivesen esencialmente destinadas a procurar ao organismo uns ingresos suplementarios pola realización de operacións efectuadas en competencia directa coas das empresas comerciais sometidas ao IVE.

Ademais, o mesmo precepto, no seu segundo apartado, letra a) recoñecía aos Estados membros a facultade de subordinar a concesión a organismos que non fosen de Dereito público, ao cumprimento dunha ou de varias das condicións seguintes:

- os organismos de que se trate non deberán ter por obxecto a consecución sistemática de beneficios, non podéndose distribuír en ningún caso os mesmos, que deberán destinarse ao mantemento ou á mellora das prestacións fornecidas;
- deberán ser xestionados e administrados, con carácter esencialmente filantrópico, por persoas que non teñan, por si mesmas ou por persoas interpostas, ningún interese directo nin indirecto nos resultados da explotación;
- deberán aplicar uns prezos homologados polas autoridades públicas ou que non sexan superiores aos así homologados ou, polo que se refire ás actividades non susceptibles de homologación, uns prezos inferiores aos esixidos para operacións análogas polas empresas comerciais sometidas ao IVE;
- as exencións non deberán ser susceptibles de provocar distorsións da competencia en prexuízo das empresas comerciais suxeitas ao IVE.

A normativa comunitaria conserva toda a súa actualidade dado que hoxe atópase recollida na Directiva 2006/112/CE do Consello, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema común do IVE. En particular, o artigo 13, parte A) apartado 1, letra g) da Sexta Directiva correspóndese co actual artigo 132, apartado 1, letra g) da Directiva 2006/112/CE. O seu apartado 2, letra a), primeiro a cuarto

guión correspóndese co artigo 133, parágrafo primeiro, letras a) a d) da Directiva 2006/112/CE. E, finalmente, o artigo 13, parte A, apartado 2, letra b), primeiro e segundo guión da Sexta Directiva incorporouse como artigo 134, letras a) e b) da Directiva 2006/112/CE.

Os diferentes Estados membros na súa normativa interna adaptaron a comunitaria facendo uso da marxe de actuación que se lle concedía desde a propia Unión Europea, tendo en conta as limitacións na articulación da exención derivadas da normativa europea. Así, por exemplo, no noso ordenamento a saúde e a asistencia social integran actividades de interese xeral declaradas exentas no IVE, resultando merecedoras dun tratamento tributario favorable. A asistencia social definiuse pola Secretaría Xeral Técnica do Ministerio de Asuntos Sociais coma «o conxunto de accións e actividades desenvolvidas polo Sector Público ou por Entidades ou persoas privadas fóra do marco da Seguridade Social, destinando medios económicos, persoais ou organizatorios a atender, fundamentalmente, estados de necesidade e outras carencias de determinados colectivos (anciáns, menores e novos, minorías étnicas, drogadictos, refuxiados e asilados, etc.) ou outras persoas en estado de necesidade, marxinação ou risco social».

No Código do IVE belga modifícase que están exentas as prestacións de servizos e as entregas de bens directamente relacionadas coa asistencia social, a seguridade social e a protección da infancia e a mocidade, realizadas por entidades de Dereito público ou por outros organismos aos que as autoridades competentes recoñezan o seu carácter social. Inclúense, en particular, os organismos que teñan como cometido o coidado das persoas maiores. No litixio exposto o TXUE analiza a posibilidade de exención no IVE, na rexión de valona, da posta a disposición de aloxamentos adaptados a persoas maiores facilitados por unha residencia de vivendas asistidas, así como as prestacións que teñan por obxecto garantir a asistencia ás persoas maiores e dispensar coidados a estas.

A normativa regulamentaria valona define a residencia de vivendas asistidas como «un ou varios edificios, calquera que sexa a súa denominación, que constitúan un conxunto funcional, administrado por unha autoridade organizadora que, a título lucrativo, ofrece a persoas cunha idade mínima de sesenta anos aloxamentos particulares que lles permitan levar unha vida independente e que dispoña obrigatoriamente de servizos aos que estas poidan recorrer libremente». En Bélxica as residencias da terceira idade e as residencias de vivendas asistidas deben responder a normas precisas en relación con certos servizos coma: os cubertos polo prezo de aloxamento ou de acollida; a alimentación, a hixiene e os coidados sanitarios; o regulamento de orde interna debe respectar o libre acceso da residencia da terceira idade á familia, aos amigos... En particular, os aloxamentos individuais que as residencias de vivendas asistidas poñen a disposición dos usuarios deben incluír polo menos un salón, unha cociña equipada, unha habitación, un cuarto de baño e servizos privados. Ademais, deben tamén responder a normas precisas polo que se

refire aos servizos opcionais que o administrador debe obrigatoriamente organizar ou pór a disposición cando os residentes así o soliciten, ademais dos requisitos para acceder aos devanditos servizos. Por outra banda, aplican prezos definidos baixo o control do Ministerio de Asuntos Económicos. Deben obrigatoriamente fornecer o mantemento dos locais comúns, os arranxos exteriores e do material posto a disposición dos residentes, o mantemento dos cristais no interior e no exterior, información sobre as actividades de lecer organizadas no municipio, así como a visita dun delegado da autoridade organizadora alomenos dúas veces ao ano. Finalmente, as residencias de vivendas asistidas deben obrigatoriamente pór a disposición dos residentes os seguintes servizos opcionais, aos que estes poden libremente acceder: 1) a posibilidade de tomar tres comidas ao día, unha delas obrigatoriamente unha comida quente completa, no salón común da residencia de vivendas asistidas previsto para a restauración e a animación, no restaurante da residencia da terceira idade ou da residencia onde reciben tamén coidados vinculada funcionalmente á residencia de vivendas asistidas, ou no aloxamento privado do residente (as comidas servidas aos residentes anótanse diariamente nun rexistro, mencionando o nome do beneficiario e as indicacións necesarias para a súa facturación); 2) a posibilidade de que os aloxamentos privados se limpen polo menos unha vez por semana; 3) a posibilidade de que se lave a roupa do residente.

O TXUE destaca que, en primeiro lugar, é fundamental determinar se as residencias de vivendas asistidas, en particular dunha das partes, está comprendida no ámbito de «outros organismos aos que o Estado membro de que se trate recoñeza o seu carácter social» e, en segundo lugar, se as prestacións dispensadas por unha residencia de vivendas asistidas, como a controvertida no asunto principal, están «directamente relacionadas coa asistencia social e coa seguridade social». Aínda sendo cuestións que deberá dilucidar finalmente o xuíz nacional, o TXUE dá parámetros fundamentais para a resolución da cuestión. Así con respecto aos sucesos que teñen acceso á exención destácase que as autoridades nacionais deben tomar en consideración varios elementos, de acordo co Dereito da Unión e baixo o control dos tribunais nacionais. Entre os devanditos elementos poden figurar a existencia de disposicións específicas, tanto nacionais como rexionais, legais ou de carácter administrativo, fiscais ou de seguridade social, o carácter de interese xeral das actividades do suxeito pasivo de que se trate, o feito de que outros sucesos pasivos que desenvolvan as mesmas actividades gocen xa dun recoñecemento similar, así como a posibilidade de que seguros de enfermidade ou outros organismos de seguridade social se fagan cargo, en gran parte, do custo das prestacións en cuestión. Tamén poderá terse en conta o feito de que na Rexión valona as residencias de vivendas asistidas son obxecto dunha única regulamentación, xunto cos fogares de anciáns e os centros de acollida diúrna, que pretende servir de marco ás distintas formas institucionalizadas de asistencia e coidados ás persoas maiores. Así mesmo que a obtención da autorización expedida polo Goberno valón,

estando suxeita ao respecto dun certo número de normas e requisitos, algúns fan referencia a materias comúns ás residencias de vivendas asistidas e ás residencias da terceira idade. Mesmo outros coma o feito de que as residencias de vivendas asistidas aplican prezos definidos baixo o control do Ministerio de Economía.

No requisito concernente a que as prestacións de servizos deben estar directamente relacionadas coa asistencia social e coa seguridade social, o Alto Tribunal europeo destaca que, tanto se se trata de prestacións de servizos obrigatorias ou opcionais, o esencial a analizar é que teñan por obxecto garantir a asistencia ás persoas maiores e dispensar coidados a estas e que correspondan ás que os fogares de anciáns tamén están obrigadas a ofrecer con arranxo á normativa nacional. Incluso se teñen carácter indispensable para a realización das prestacións exentas. Ademais, é completamente irrelevante se se recoñeceron á explotación dunha residencia de vivendas asistidas, como a controvertida no litixio principal, subvencións ou calquera outra forma de vantaxe ou de intervención financeira por parte dos poderes públicos. Neste sentido, convén lembrar que a inexistencia de axuda financeira dos poderes públicos a favor das entidades de asistencia social e a non asunción do prezo das prestacións efectuadas por organismos de seguridade social non afectan o carácter das prestacións fornecidas.

A sentenza obxecto deste comentario serve como botón de mostra para comprobar que, a nivel comunitario, a posible aplicación da exención no IVE por prestacións de servizos directamente relacionadas coa asistencia social foi obxecto dunha interpretación ampla e flexible. Na mesma liña, seguiuise unha regulación do beneficio fiscal cada vez máis favorable por parte das normativas internas dos Estados membros. Neste ámbito valoramos positivamente as últimas reformas da normativa reguladora do IVE no noso país onde se suprimiron o requisito de recoñecemento previo do carácter social da entidade por parte da Administración tributaria e a referencia a que o obxecto das entidades sexa de natureza política, sindical, relixiosa... Ao noso xuízo isto resulta coherente coa finalidade do beneficio tributario ao tratar de reducir o custo destes servizos e de facelos máis accesibles aos particulares. No entanto, existen outras cuestións pendentes no tratamento da asistencia social no IVE, dado que a Lei reconduce aos tipos reducidos aquelas operacións nas que o prestador carece da condición de entidade de carácter social a efectos da exención, supostos nos que poden atoparse entidades lucrativas e sen ánimo de lucro. É posible cuestionarse que sentido ten que unha mesma actividade poida dar lugar a unha exención ou a aplicación do tipo reducido en función da natureza xurídica do prestador dos devanditos servizos. Desde esta perspectiva quizais o principio de igualdade, ou a necesaria neutralidade do tributo, poderían servir de fundamento a unha revisión parcial do noso tratamento tributario da asistencia social no IVE. A espera dunha posible reforma, a normativa tributaria mantén requisitos para o acceso ao beneficio fiscal tanto desde o punto de vista obxectivo como subxectivo.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), págs. 361-364
ISSN: 1130-2682

LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES DE
LA ASAMBLEA GENERAL EN LAS SOCIEDADES
COOPERATIVAS. ANOTACIÓN A LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1ª)
N.º 486/2016, DE 14 DE JULIO (RJ2016\2965)

*THE OBJECTION OF SOCIAL AGREEMENTS OF THE GENERAL
ASSEMBLY OF A COOPERATIVE COMPANY. ANNOTATION
TO THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT (CIVIL
ROOM, SECTION 1ST) 486/2016, JULY 14 TH (RJ2016\2965)*

E. KOSTKA FERNÁNDEZ*

* Abogado en Ejercicio. Dr. en Ciencias Políticas y Doctorando en el Área de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña. Email: kostka@knm-abogados.es.

1 INTRODUCCIÓN

La Sentencia que analizamos versa sobre un acuerdo adoptado por una Asamblea General de una cooperativa y sobre la interposición de una demanda dentro del plazo fijado por la Ley, aunque fuera ante tribunal territorialmente incompetente.

El procedimiento judicial tiene origen en la solicitud de la nulidad de un acuerdo adoptado por la Asamblea General de una sociedad cooperativa, acuerdo por el cual se imponían determinadas sanciones a uno de los socios. El juzgado de instancia, el Juzgado de lo Mercantil de Elche, estimó la demanda declarando la nulidad del acuerdo adoptado por la Asamblea. Frente a la anterior resolución, la Cooperativa Sunriver formuló recurso de apelación, siendo éste estimado íntegramente, por entender la Audiencia Provincial de Alicante que la acción de nulidad se encontraba caducada.

La cooperativa demandada alegó, en primer lugar y con imposibilidad de entrar en el fondo del asunto, la caducidad de la acción, al entender que cuando se presentó la demanda ya había transcurrido el plazo de caducidad de un mes, que fija el artículo 18 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. Dicha caducidad, según alegaba la demandada, encuentra su justificación en la confusión de los demandantes por presentar la demanda en un juzgado carente de competencia territorial. El procedimiento se inició ante el Juzgado de lo Mercantil de Murcia, siendo el Tribunal que ostentaba la competencia territorial el Juzgado de lo Mercantil de Alicante, en concreto, en el marco de dicho procedimiento, el Juzgado de lo Mercantil de Elche.

Tras ser estimado el recurso de apelación, la parte vencida interpuso Recurso de Casación por interés casacional, con fundamento en la infracción del artículo 18.3 de la Ley 27/99 de Cooperativas y la jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, en concreto las sentencias de 99/09 de 13 de mayo (AC 2009, 1075), rec. 84/09 y 133/09 de 16 de junio, rec. 89/09, en las que se sostiene que basta con la presentación de la demanda ante la jurisdicción ordinaria, aunque más tarde el juzgado no resultase territorialmente competente, a efectos de excluir la prescripción de la acción; y la sección 8.ª de Alicante, Sentencias 144/14 de 19 de junio (recurrida) y 11/12 de 13 de enero, rec. 702/11, donde se sostiene la tesis de que la presentación de una demanda ante un Juzgado carente de competencia objetiva, no tiene incidencia en materia de caducidad.

2 LA DECISIÓN ADOPTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo en la sentencia que analizamos comienza distinguiendo entre la falta de competencia objetiva y territorial; así, dispone que la falta de competencia objetiva determina la nulidad de pleno derecho de lo actuado, a tenor de lo establecido en el artículo 238.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, mientras que la falta de competencia territorial no, que será objeto de examen por el tribunal una vez presentada la demanda, de forma inmediata y antes de su admisión, conforme al artículo 404 y 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, remitiéndose de oficio las actuaciones al juzgado competente territorialmente.

Concluye el Alto Tribunal en el sentido de establecer que la infracción de las normas de competencia territorial, no conlleva la nulidad de lo actuado, sino la remisión de las actuaciones al órgano territorialmente competente, siendo válidas las realizadas con anterioridad, teniendo, por tanto, la presentación de demanda ante un juzgado carente de competencia territorial, incidencia en el instituto de la caducidad.

El Tribunal Supremo estima el Recurso de Casación disponiendo que cuando la demanda se presentó, aunque fuera ante un órgano territorialmente incompetente, aún no se había cumplido el plazo de caducidad y, por ello, debe revocarse la Sentencia de la Audiencia Provincial, dictando una nueva sentencia que resuelva el Recurso de Apelación, una vez excluida la caducidad de la acción ejercitada.

3 CONCLUSIONES

En consecuencia, la infracción de las normas sobre determinación de la competencia territorial en el momento de interponer la demanda, no comporta la nulidad de lo actuado, sino la remisión de actuaciones al órgano territorialmente competente siendo válidas las realizadas con anterioridad. Así las cosas, la Sentencia recurrida consideró que la cuestión planteada no era otra que la incidencia que tiene en el instituto de la caducidad el ejercicio de la acción ante un órgano falto de competencia territorial, considerando la Audiencia que, como ya había resuelto al respecto en su Sentencia 11/2012, de 13 de enero, en la que sostuvo que la presentación de una demanda ante un juez que carece de competencia objetiva para conocer el asunto no tiene incidencia alguna en materia de caducidad, citando diversas resoluciones que inciden “*en la falta de relevancia, en sede de caducidad, de demandas presentadas ante órganos que carecen de jurisdicción o competencia para conocer del asunto [...]*”. En definitiva el Alto Tribunal entiende que la demanda se presentó inexplicablemente ante un órgano territorialmente incompetente pero, a pesar de ello, se formula antes de transcurrir el plazo de un mes fijado para la impugnación del acuerdo, por lo que tratándose de una falta de competencia territorial, se debe entrar a resolver el fondo del asunto.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 365-370
ISSN: 1130-2682

LA RETRIBUCIÓN DE LOS SOCIOS TRABAJADORES
EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO
(ANOTACIÓN A LA SENTENCIA 73/2016 DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE ZAMORA [SECCIÓN 1.^a], DE 1 DE ABRIL)

*THE REMUNERATION OF WORKING PARTNERS IN WORKER
COOPERATIVES (ANNOTATION TO THE JUDGMENT OF THE
PROVINCIAL COURT OF ZAMORA [SECTION 1] OF APRIL 1)*

SINESIO NOVO FERNÁNDEZ*

* Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción 1 de Redondela.
Email: sineno@yahoo.es.

1 En primera instancia, el actor, arquitecto de profesión, reclama a la cooperativa ZARCO SOCIEDAD COOPERATIVA LIMITADA el importe no cobrado de una serie de facturas giradas a la demandada por la realización de trabajos profesionales. El demandante acompaña a su escrito un conjunto de documentos que tienen por objeto justificar la relación contractual de arrendamiento de servicios o de obra que lo unía a la cooperativa demandada. Dicha mercantil, por su parte, fundamenta la contestación a la demanda en que la relación jurídica que mantenía con el actor es su posición de socio cooperativista. La sociedad demandada tenía como finalidad proporcionar a sus socios puestos de trabajo a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros. El demandante ingresó en la cooperativa como socio mediante acta en la que se acuerda que recibirá periódicamente percepciones a cuenta de los excedentes y en función de su coeficiente. Por lo tanto, considera la cooperativa que el importe de las facturas reclamadas no representa la contraprestación de servicios prestados u obras realizadas, sino los emolumentos que corresponderían al socio siempre que la cooperativa tuviera liquidez.

Finalmente, la sentencia del juzgado de 1ª Instancia desestima las pretensiones del actor por entender que era socio de la cooperativa demandada y no mero colaborador con el que pactaba contratos de arrendamiento de servicios o de obra.

2. El demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia del juzgado de Zamora con fundamento en una serie de motivos de entre los que destacaremos los dos que consideramos de mayor interés. El primero consiste en el error en la valoración de las pruebas que llevó al juzgador de primera instancia a calificar erróneamente la relación que unía a las partes. Para la Audiencia este motivo debe decaer. Considera que cuando el demandante adquirió la condición de socio era consciente de que la cooperativa a la que entraba a formar parte era una cooperativa de trabajo asociado cuya finalidad consistía en proporcionar a sus socios puestos de trabajo. En consecuencia, el demandante realizó los servicios en cumplimiento de sus obligaciones como socio trabajador y a cambio de percepciones periódicas a cuenta de los excedentes de la cooperativa, denominadas anticipos societarios.

Frente a la posibilidad de que el actor hubiera formado parte de la cooperativa como colaborador, el artículo 26 de la Ley de Castilla y León exige que los estatutos de la sociedad la contemplen, algo que no sucede en el caso que estamos analizando. Así las cosas, si el actor fue admitido como socio trabajador, el tribunal de apelación no encuentra razonable pensar que la cooperativa lo hubiera contratado para realizar tareas que debería de llevar a cabo, en todo caso, por la propia naturaleza de la relación entre ambos. Es más, la realización por los socios

trabajadores de los mismos servicios que integran el objeto social de la cooperativa está estatutariamente tipificada como falta muy grave.

Respecto a las facturas aportadas por el recurrente para justificar la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios, la sentencia de apelación considera que el actor facturaba a la cooperativa por los trabajos realizados a los solos efectos fiscales, puesto que el importe de las facturas se correspondía con el de los anticipos laborales. Esto significa, para el tribunal, que el actor prestaba sus servicios a la cooperativa como socio trabajador de la misma.

El apelante también alega la valoración errónea que el tribunal de primera instancia realizó de la prueba consistente en las cotizaciones a la Seguridad Social. El tribunal sentencia que no solo el actor, sino todos los socios trabajadores, figuraban como autónomos. Ello no supone que los servicios realizados para la cooperativa constituyan el objeto de un contrato de arrendamiento convenido con profesionales independientes con medios de producción propios. La Audiencia Provincial de Zamora expone que los cupones son cargados en una cuenta bancaria titularidad de la sociedad, cuando si el actor hubiera actuado como profesional independiente las cotizaciones a la Seguridad Social deberían correr a su cargo.

3. Dejando al margen las cuestiones sobre las pruebas de la relación existente entre las partes litigiosas, el recurrente alega, asimismo, incongruencia entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia. Argumenta que, toda vez que las facturas están reconocidas y había fondos para hacer frente a ellas, la resolución recurrida debió haber condenado a la demandada al pago de lo reclamado aún cuando no existiese contrato de arrendamiento.

Según la sentencia de apelación no existe tal incongruencia. El actor reclama el impago de facturas con base, únicamente, en la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios convenido con la demandada. Distinta a esta acción es pretender el pago de las facturas incluso reconociendo que el actor fue socio trabajador de la cooperativa. Esta segunda acción exige acreditar que había excedentes en la cooperativa para hacer frente al pago del anticipo societario asignado al socio por la cooperativa. En vista de que el actor ejercita únicamente la primera de las acciones enumeradas, no habría que entrar a valorar ninguna otra cuestión. Ahora bien, incluso aceptando la reclamación con fundamento en la segunda acción, el tribunal considera que no habría lugar a su estimación. El cobro mensual de los anticipos laborales está en función de las expectativas de la existencia de excedentes. Si a medida que avanza el ejercicio económico la cooperativa no genera fondos, tampoco puede pagar los anticipos sociales, como así sucedió en el presente supuesto.

4. La cuestión principal de la que se ha ocupado la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora versa sobre la naturaleza jurídica de la relación entre el actor y la cooperativa demandada. Como hemos visto, estamos ante la reclamación

de cantidad de un antiguo socio de dicha sociedad por la realización de una serie de trabajos. Para entender la importancia de la relación que unía a ambas partes litigiosas tenemos que partir del tipo de cooperativa ante la que nos encontramos. En este caso, como recogen sus estatutos, se trata de una cooperativa de trabajo asociado. Son una clase de sociedades que se distinguen del resto de cooperativas por la actividad cooperativizada: la prestación del trabajo personal de los socios. Por ello, la cooperativa debe asociar, fundamentalmente, a socios trabajadores, que tienen como derecho y deber participar en la actividad cooperativizada. Así se entiende que los estatutos suelen acoger la exigencia, para el socio trabajador, de dedicación exclusiva a la cooperativa en la prestación de su trabajo personal y la prohibición de realizar por sí o mediante persona interpuesta actividades que entren en competencia con la actividad empresarial de la cooperativa (COSTAS COMESAÑA, J., “Cooperativas de Trabajo Asociado”, *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1210 y sigs.). Por lo que respecta al régimen económico del socio trabajador, la legislación le reconoce el derecho a obtener percepciones periódicas denominadas “anticipos laborales” o “anticipos societarios”. La particularidad de este tipo de retribuciones es que se perciben a cuenta de los excedentes o resultados cooperativos y extracooperativos de la sociedad, por lo que se podría sostener que no existe obligación legal de abonarlas si la cooperativa carece de recursos cooperativos (COSTAS COMESAÑA, op. cit., págs. 1237 y sigs.).

Además de la figura del socio trabajador, y siempre bajo previsión estatutaria, las cooperativas de trabajo asociado también pueden contar con socios colaboradores o asociados. En el supuesto que nos atañe, los estatutos de la cooperativa demandada no contemplan tal posibilidad, por lo que todos sus socios son necesariamente trabajadores.

Así las cosas, y siendo hecho indubitado la pertenencia del actor a la cooperativa, entendemos perfectamente la categorización del mismo como socio trabajador y, en consecuencia, la consideración de sus trabajos como practicados en cumplimiento de sus obligaciones como tal. Asimismo, la retribución al socio por su desempeño está sujeta a la existencia de excedentes societarios que, por otro lado, no se han producido.

No obstante, las alegaciones principales del demandante no se han centrado en discutir acerca de la existencia de dichos excedentes, sino en afirmar la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios convenido con la sociedad. Por lo apuntado, compartimos el parecer de ambas instancias. Un contrato de tal naturaleza entre una cooperativa con su socio solo podría tener lugar si se trata de un socio colaborador, figura que no permiten los estatutos de la sociedad demandada. Los contratos de arrendamiento de servicios entre la cooperativa de trabajo asociado y sus socios trabajadores estarían proscritos por la prohibición estatutaria de realizar actividades en competencia con las que son objeto de la cooperativa. Más

allá de la tipificación de estas conductas como falta muy grave, su existencia sería contraria a toda lógica empresarial. Si la cooperativa tiene socios trabajadores cuya obligación es desempeñar la actividad cooperativizada, carece de finalidad lícita que contrate con estos para la realización del mismo tipo de actividad.

RESPONSABILIDADE SOLIDARIA E OBXECTIVA DOS
MEMBROS DO CONSELLO REITOR FRONTE AOS
ACREEDORES DA SOCIEDADE POLAS DÉBEDAS SOCIAIS
XERADAS UN MES DESPOIS DE QUE SE CONSTATARA A
CAUSA QUE XUSTIFICA A DISOLUCIÓN OU DECLARACIÓN
DE CONCURSO DA COOPERATIVA. INCUMPRIMENTO DO
DEBER LEGAL DE CONVOCAR A ASEMBLEA XERAL OU
DE SOLICITAR A DISOLUCIÓN XUDICIAL. COMENTARIO
Á SENTENZA 52/2016 DO XUZGADO N.º 2 DO MERCANTIL
DA REXIÓN DE MURCIA DE 2 DE MARZO DO 2016.

*SOLIDARY AND OBJECTIVE RESPONSIBILITY OF THE
COOPERATIVE'S GOVERNING COUNCIL AGAINST THE
CREDITORS OF THE SOCIETY FOR THE SOCIAL DEBTS
GENERATED A MONTH AFTER THE CAUSE THAT JUSTIFIES
THE DISSOLUTION OR DECLARATION OF INSOLVENCY
OF THE COOPERATIVE WAS CONFIRMED. BREACH OF
THE LEGAL DUTY TO CALL THE GENERAL ASSEMBLY OR
TO REQUEST THE JUDICIAL DISSOLUTION. ANNOTATION
TO THE JUDGMENT OF THE COMMERCIAL COURT OF
MURCIA NUM. 52/2016, 2ND OF MARCH OF 2016*

ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS*

* Avogada do Ilustre Colexio de Avogados de Santiago de Compostela. Email: isabel.cabanelas@gmail.com.

O obxecto deste comentario é a sentenza 52/2016 do Xuzgado n.º 2 do Mercantil da Rexión de Murcia ditada o 2 de marzo do 2016 no procedemento ordinario núm. 0000005/2013.

A actora, ÁLVAREZ ESPIN HNOS S. L., insta na demanda unha reclamación de cantidade contra LA BALSICA SOCIEDAD COOPERATIVA e unha acción de responsabilidade individual e solidaria contra todos os membros do Consello Reitor da mesma.

A cantidade reclamada deriva das obrigas comerciais que, con vencemento no ano 2009, foron asumidas por LA BALSICA SOCIEDAD COOPERATIVA coa demandada, ÁLVAREZ ESPÍN HNOS S. L., cando xa transcurrira máis dun mes dende que a demandada estaba incurso en causa de disolución e non tendo os administradores convocado a Asemblea Xeral para adoptar o pertinente acordo nen instado a disolución da sociedade ou a declaración de concurso ante o órgano xurisdiccional competente.

Fundamenta a demandante a súa reclamación na Lei 8/2006 de 16 de novembro de Cooperativas da Rexión de Murcia e no Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de decembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Sociedades Anónimas á que a primeira remite no seu artigo 61.

1 ANTECEDENTES

LA BALSICA SOCIEDAD COOPERATIVA é unha cooperativa da Rexión de Murcia que deixa de presentar as súas contas anuais no Rexistro no ano 2007. Pese a isto, a cooperativa non se declara en liquidación, disolución ou concurso e continua coa súa actividade mercantil.

En exercicio desa actividade mercantil mantén entre os anos 2009 e 2011 relacións comerciais con ÁLVAREZ ESPÍN HNOS S. L. Froito desas relacións a cooperativa adebeda á S. L. a cantidade de 41.508,12 euros.

Como a cooperativa non abona voluntariamente a débeda, ÁLVAREZ ESPÍN HNOS S.L. interpón ante o Xuzgado n.º 2 do Mercantil da Rexión de Murcia unha acción de reclamación de cantidade contra a LA BALSICA SOCIEDAD COOPERATIVA e unha acción de responsabilidade individual contra todos os membros do Consello Reitor da mesma.

No curso do procedemento, que se desenvolve en rebeldía, o maxistrado, estima probada a existencia e a esixibilidade da cantidade reclamada á cooperativa polo que falla estimando íntegramente a demanda por reclamación de cantidade formulada fronte a LA BALSICA SOCIEDAD COOPERATIVA.

Asemade, respecto á posible responsabilidade obxectiva dos administradores, o maxistrado entende probado que dende o ano 2007 a sociedade cooperativa estaba incurso nunha das causas de disolución contempladas no artigo 96 da Lei 8/2006 de Sociedades Cooperativas da Rexión de Murcia. Neste senso, no terceiro fundamento de dereito afírmase que: *“En el presente caso consta acreditado que las últimas cuentas anuales presentadas por la demandada corresponden al ejercicio 2007. Ante la falta de depósito de cuentas de los ejercicios siguientes y de contraprueba por quien tiene en su poder y disposición los medios probatorios, hay que afirmar que ante las deudas acreditadas y en las circunstancias fácticas descritas, la situación patrimonial de la sociedad hay que entenderla incurso en el supuesto de la letra h) del citado artículo 96 en el ejercicio 2009”*.

Considera igualmente probado que, pese á situación da cooperativa os administradores non convocaron a Xunta Xeral para que fose adoptado o acordo de disolución nen solicitaron a disolución xudicial da cooperativa ou o concurso tal como esixe o artigo 97 da Lei 8/2006 de Cooperativas da Rexión de Murcia. Por último, entende o maxistrado que polas probas presentadas queda sobradamente acreditado que as débedas da cooperativa coa demandada vencían no ano 2009, ano no que a cooperativa estaba de facto incurso en causa de disolución. A suma destas circunstancias anteriormente enumeradas determina, segundo o maxistrado, a responsabilidade solidaria dos membros do Consello Reitor por todas as débedas sociais xeneradas un mes despois de que se constatará a causa que xustifica a disolución ou declaración de concurso.

Finalmente, entende o maxistrado que a responsabilidade dos administradores é de natureza obxectiva e polo tanto non é necesario acreditar a existencia de culpa na conducta dos membros do Consello Reitor. Antes ben, a responsabilidade existe porque concorre o suposto obxectivo que contempla o artigo 96 da Lei 8/2006 de Sociedades Cooperativas da Rexión de Murcia.

2 COMENTARIO

O conflito de intereses que da pé a esta resolución trae causa na suma de cinco factores probados:

- O primeiro elemento probado no curso do procedemento sería que a actividade comercial entre ambas sociedades xera unha débeda a favor da demandante por importe de 41.508,12 euros;
- O segundo elemento probado é o feito de que a cooperativa no momento en que contrae a citada débeda estaba no suposto de disolución contemplado no artigo 96 h) da Lei 8/2006 de cooperativas da Rexión de Murcia *“La sociedad cooperativa se disolverá: h) Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social mínimo fijado en los Estatutos sociales, a no ser que, en el plazo*

de un año, éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal”;

- O terceiro elemento acreditado é que os administradores da cooperativa, sabendo que non presentaban as contas anuais dende o ano 2007 e sabendo que a cooperativa estaba en situación de disolución, non convocaron a Asemblea Xeral para adoptar o acordo incumprindo así coa obriga legal establecida no artigo 97 da Lei 8/2006 que di o seguinte: *“En los casos previstos en el artículo 96.1, letras e), f), g), h) y j), la disolución requerirá acuerdo de la Asamblea General adoptado por la mayoría simple de votos, salvo que los estatutos sociales exigieran otra mayor. El Consejo Rector deberá convocar la Asamblea General en el plazo de un mes desde que haya constatado la existencia de la causa, para que adopte el acuerdo de disolución y, en su caso, de solicitud de declaración de concurso”*.
- O cuarto elemento probado é o feito de que ao incumprir a obriga legal de convocar a Asemblea Xeral para acordar a disolución ou solicitar a declaración de concurso, os administradores pasaron a ser responsables solidarios da débeda social tal como afirma a Lei 8/2006 no artigo 97 puntos 3 e 4, *“3. Si la Asamblea General no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el apartado primero de este artículo, el Consejo Rector o los socios que representen la décima parte del total de los de la sociedad cooperativa podrán instar la disolución de la sociedad o la declaración de concurso ante el órgano jurisdiccional competente. 4. El incumplimiento de la obligación de convocar la Asamblea General o de solicitar la disolución judicial o la declaración de concurso determinará la responsabilidad solidaria de los miembros del Consejo Rector por todas las deudas sociales generadas un mes después de que se constatará la causa que justifica la disolución o declaración de concurso”*.

O recoñecemento da responsabilidade solidaria dos administradores implica que a mesma pode ser esixida a todos os membros do Consello Reitor, de xeito que calquera deles pode verse obrigado a indemnizar a totalidade ou parte dos 41.508,12 euros que adebeda LA BALSICA SOCIEDAD COOPERATIVA á demandante.

- O quinto e derradeiro elemento a ter en conta é a natureza obxectiva da responsabilidade dos administradores pola súa inactividade. Este carácter obxectivo da responsabilidade recóllese na seguinte afirmación do maxistrado: *“Se establece, por tanto, con la indicada regulación, la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales cuando concurra una causa de disolución de las previstas y no se proceda por dichos administradores a convocar la Junta General o a solicitar la disolución judicial de la entidad o el concurso de la sociedad. Siendo la responsabilidad estable-*

cida por estos artículos una responsabilidad objetiva en la que no es necesario probar la culpa sino que se produce cuando concurre el supuesto objetivo que determina la ley”.

Do exposto anteriormente pódese concluir que os elementos determinantes da responsabilidade dos administradores das cooperativas da Comunidade Autónoma de Murcia segundo a lexislación vixente no momento da tramitación do procedemento eran: a situación patrimonial da cooperativa, incurso en causa de disolución; o carácter solidario da responsabilidade e a súa natureza obxectiva. Sen embargo o marco normativo é hoxe en día outro, xa que o texto refundido da Lei de Sociedades Anónimas (ao que remite a Lei de cooperativas da Rexión de Murcia e a nivel estatal a Lei 27/1999 de Cooperativas), foi derogado polo Real Decreto Lexislativo 1/2010, de 2 de xullo, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Sociedades de Capital. Este novo marco legal regula a responsabilidade dos administradores no artigo 367. Según o artigo 367, os administradores da sociedade responden solidariamente das débedas sociais posteriores á causa legal de disolución se non convocan a Xunta Xeral no prazo de dous meses para que a mesma poida acordar a disolución ou ben, se convocada a mesma, non acordase a disolución e non a solicitan xudicialmente. Outro elemento a ter en conta na responsabilidade dos administradores en sociedades cooperativas en situación de disolución é que a carga da proba está invertida, posto que deberán ser os administradores os que proben que no momento en que foi asumida a débeda non coñecían a situación patrimonial de disolución da sociedade. Así o artigo 367 establece que: “1.- *Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.* 2 *En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior”.*

Para rematar, é preciso sinalar que tendo en conta o novo marco normativo debe entenderse que, en situación legal de disolución dunha cooperativa, os seus acreedores poden exercer ante os xuzgados do mercantil unha acción de reclamación de cantidade contra a sociedade para reclamar o pago das débedas así como unha acción de responsabilidade individual contra os membros do Consello Reitor sendo ambas accións acumulables no mesmo procedemento. Asemade, de acordo co novo marco legal, os administradores da sociedade responderán solidariamente das débedas sociais posteriores á situación de disolución (artigo 360 e

seguintes da Lei de Sociedades de Capital), se non convocan a Asemblea Xeral no prazo de dous meses dende que a sociedade está incurso en causa de disolución obrigatoria para que sexa a propia Asemblea a que adopte o pertinente acordo de disolución. Responderán tamén os administradores que non soliciten a disolución xudicial ou, se procede, o concurso da sociedade, no prazo de dous meses a contar dende a data prevista para a celebración da Xunta, cando esta non foi constituída, ou dende o día da Xunta, cando o acordo adoptado foi contrario á disolución.

Nestes casos, as obrigas sociais reclamadas presumiranse de data posterior ao acaecemento da causa legal de disolución da sociedade, salvo que os administradores acrediten que son de tempo posterior.

III CRÓNICA

PRINCÍPIOS DA LEGISLAÇÃO COOPERATIVA EUROPEIA

PRINCIPLES OF EUROPEAN COOPERATIVE LAW

GEMMA FAJARDO¹ - ANTONIO FICI² - HAGEN HENRY³ - DAVID HIEZ⁴
DEOLINDA MEIRA⁵ - HANS-H.MÜNKNER⁶ - IAN SNAITH⁷

¹ Professora Titular de Direito Mercantil e Diretora do Mestrado em Economia Social na Universidade de Valencia, Espanha. Email: fajardo@uv.es.

² Professor Catedrático de Direito Privado da Universidade de Molise, Itália. E-mail: antonio.fici@unimol.it.

³ Professor Adjunto de Direito Comparado da Universidade de Helsínquia. E-mail: hagen.henry@helsinki.fi.

⁴ Professor Catedrático de Direito Civil da Universidade do Luxemburgo. E-mail: david.hiez@uni.lu.

⁵ Professora Adjunta de Direito Comercial do Politécnico do Porto/ISCAP/CEOS.PP. Email: meira@iscap.ipp.pt.

⁶ Professor Emérito de Direito Cooperativo da Universidade de Marburg, Alemanha. E-mail: muenkner@mail.uni-marburg.de.

⁷ Professor Emérito do Departamento de Direito da Universidade de Leicester, Reino Unido. E-mail: isn605@gmail.com.

Os Princípios do Direito Cooperativo Europeu, também conhecidos como PECOL (*Principles of European Cooperative Law*), são um conjunto de normas que se apresentam como «ideais» na regulação das cooperativas europeias e que refletem os seus traços mais característicos.

Estas normas foram elaboradas por um grupo de docentes e investigadores especialistas em direito cooperativo (SGECOL - *Study Group on European Cooperative Law*), depois de uma investigação comparada da legislação cooperativa e das melhores práticas em sete ordenamentos europeus (Alemanha, Espanha, Finlândia, França, Itália, Portugal e Reino Unido)⁸.

O PECOL não tem como objetivo específico o de promover a harmonização das legislações nacionais sobre cooperativas, mas aspira a que estes princípios possam ser reconhecidos e assumidos pelas organizações cooperativas e possam constituir uma referência para o legislador aquando da regulação jurídica das cooperativas⁹.

Com este objetivo, os Princípios do Direito Cooperativo Europeu foram difundidos¹⁰ e debatidos com especialistas na área do Direito e organizações representativas das cooperativas europeias¹¹.

Este estudo foi publicado em setembro de 2017, por *Intersentia Cambridge*¹², e compreende os Princípios do Direito Cooperativo Europeu, o comentário de cada um deles, bem como os relatórios sobre o direito cooperativo aplicável em cada um dos países objeto de estudo.

⁸ Sobre a criação do SGECOL, os objetivos do PECOL e o seu método de trabalho, ver FAJARDO, G; FICI, A; HENRÝ, H; HIEZ, D; MÜNKNER, H e SNAITH, I. «El nuevo grupo de estudio en Derecho Cooperativo Europeo y el proyecto “Los Principios del Derecho Cooperativo Europeo”», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 39, 2012, pp. 609-618; e CIRIEC. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 24, 2013, pp. 331-350.

⁹ A Aliança Cooperativa Internacional, no seu Plano de Ação para uma Década Cooperativa, publicado em 2012, por ocasião do Ano Internacional das Cooperativas, destacava que a investigação comparada sobre a legislação cooperativa na Europa desenvolvida pelo SGECOL «favorecerá a tomada de consciência e compreensão da legislação cooperativa no seio das comunidades jurídicas, universitárias e governamentais aos níveis nacional, europeu e internacional».

¹⁰ Os princípios do direito cooperativo europeu do SGECOL estiveram disponíveis em: <<http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/04/PECOL-May-2015.pdf>>.

¹¹ Destaque-se o Encontro: “*Cooperative Law: The importance of a regulatory framework at the EU level*”, realizado em Bruxelas, na sede do Comité Económico e Social Europeu, no dia 9 de junho de 2015.

¹² FAJARDO, G; FICI, A; HENRÝ, H. HIEZ, D.; MEIRA, D; MÜNKNER, H. and SNAITH, I. *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*. Ed. Intersentia, Cambridge (September 2017); <<http://intersentia.com/en/principles-of-european-cooperative-law.html>>.

Seguidamente, oferece-se, para difusão, a tradução para português dos referidos princípios.

CAPÍTULO I. DEFINIÇÃO E OBJETIVOS DAS COOPERATIVAS

Secção 1.1. Definição e objetivos das cooperativas

1. As cooperativas são pessoas coletivas de direito privado que exercem qualquer atividade económica que vise, sem fins lucrativos e a título principal, a satisfação das necessidades dos seus membros, enquanto consumidores, fornecedores ou trabalhadores da empresa cooperativa.
2. Sem fins lucrativos significa que os lucros obtidos são afetados principalmente ao pagamento de juros, dividendos ou prémios pelo dinheiro investido, depositado, ou emprestado à cooperativa ou a qualquer outra pessoa.
3. Para efeitos do n.º 1, «empresa cooperativa» pode incluir empresas detidas pela cooperativa através de uma filial, se tal for necessário para a satisfação das necessidades dos seus membros e desde que estes detenham o controlo dessa filial.
4. Podem, igualmente, ser constituídas cooperativas para o exercício de uma atividade económica que vise a satisfação do interesse geral da comunidade (cooperativas de interesse geral).
5. As cooperativas devem incluir na sua denominação a expressão «cooperativa», a abreviatura «coop» ou similar. Estas expressões não poderão ser incluídas no nome de entidades não constituídas nem geridas como cooperativas, de acordo com a legislação cooperativa, e com os valores e princípios cooperativos internacionalmente reconhecidos.

Secção 1.2. Legislação aplicável e estatutos das cooperativas

1. As cooperativas reguladas por leis especiais em função do tipo de cooperativa (incluindo as cooperativas de interesse geral) estão sujeitas à legislação cooperativa geral apenas na medida em que esta seja compatível com as suas especificidades.
2. Enquanto pessoas coletivas autónomas, as cooperativas são livres de se autorregular pelos seus estatutos, dentro dos limites da legislação cooperativa. Para este efeito, os estatutos devem incluir quer a ata de fundação quer os estatutos, os quais constarão de documento anexo.
3. Quanto a matérias parcialmente ou não reguladas pela legislação cooperativa e pelos estatutos da cooperativa, pode ser aplicada outra legislação, incluindo legislação societária, desde que esta seja compatível com a sua natureza específica.

Secção 1.3. Requisitos de admissão

1. Os membros de uma cooperativa podem ser membros cooperadores ou não-cooperadores.
2. Os membros cooperadores são pessoas singulares ou coletivas que se comprometem a participar na atividade da cooperativa como consumidores, fornecedores ou trabalhadores da empresa cooperativa.
3. Os membros não-cooperadores são pessoas singulares ou coletivas (tais como investidores, voluntários ou entidades públicas) que não participam na atividade cooperativa, mas que estão interessadas na prossecução dos objetivos da cooperativa.
4. Uma cooperativa deve integrar sempre, no mínimo, dois membros cooperadores. Uma cooperativa de interesse geral deve integrar sempre, no mínimo, dois membros, independentemente de serem cooperadores ou não-cooperadores.
5. As cooperativas só podem admitir membros não-cooperadores se os seus estatutos assim o estipularem.
6. Os estatutos da cooperativa podem fazer depender a admissão do cumprimento de requisitos razoáveis relacionados com o seu tipo e objetivos, mas sem discriminação de sexo, social, étnica, racial, política ou religiosa ou qualquer outra restrição artificial.

Secção 1.4. Atividade cooperativizada

1. As cooperativas prosseguem os seus objetivos principalmente através da realização de atividades com os seus membros cooperadores (atividade cooperativizada) para o fornecimento de bens, serviços ou trabalho. Esta disposição também se aplica às cooperativas de interesse geral.
2. Na determinação e prossecução da atividade cooperativizada, as cooperativas devem respeitar o princípio da igualdade de tratamento dos membros cooperadores.
3. Os estatutos da cooperativa devem incluir disposições sobre a participação dos membros cooperadores na atividade cooperativizada, designadamente quanto à extensão e/ou ao nível mínimos dessa participação.
4. Sem prejuízo do recurso a outras vias legais, o não cumprimento, por parte do cooperador ou da cooperativa, da atividade cooperativizada constitui fundamento, respetivamente, para a expulsão ou para a demissão do membro.

Secção 1.5. Operações com terceiros

1. As operações com terceiros abrangem a atividade entre cooperativas e membros não-cooperadores (terceiros) para o fornecimento de bens, serviços ou trabalho, do mesmo tipo dos fornecidos aos membros cooperadores.
2. Sem prejuízo do disposto no n.º 1 da Secção 1.4, as cooperativas podem realizar operações com terceiros, salvo disposição em contrário dos seus estatutos.
3. As cooperativas que desenvolvam operações com terceiros devem conceder-lhes a possibilidade de se tornarem membros cooperadores, devendo informá-los dessa possibilidade.
4. Quando as cooperativas realizem operações com terceiros, devem organizar uma contabilidade separada dessas operações. Esta disposição também se aplica às cooperativas de interesse geral.
5. Os lucros provenientes das operações com terceiros são afetados a reservas irrepartíveis.

CAPÍTULO II. GOVERNAÇÃO COOPERATIVA

Secção 2.1. Princípios gerais da governação cooperativa

1. As cooperativas são administradas e controladas pelos membros ou em seu nome, membros esses que detêm, em última instância, o controlo democrático da cooperativa através do seu modelo de governação.
2. A governação cooperativa reflete a sua natureza mutualista, democrática e autónoma; e funciona de acordo com os valores e princípios cooperativos internacionalmente reconhecidos, incluindo a responsabilidade social cooperativa.
3. Os órgãos de governação da cooperativa são estruturados para prosseguirem atividades económicas centradas, principalmente, no interesse dos seus membros cooperadores. Nas cooperativas de interesse geral os órgãos de governação são estruturados para prosseguirem tais atividades centradas, principalmente, no interesse geral da comunidade.
4. Os modelos de governação cooperativa podem variar de acordo com:
 - a) a dimensão e o tipo de empresa cooperativa;
 - b) o setor em que opera;
 - c) se se trata de uma cooperativa de interesse geral.
5. Os modelos de governação cooperativa devem sempre assegurar a autonomia cooperativa e o controlo por parte dos membros.

Secção 2.2. Adesão voluntária e livre

1. Sem prejuízo do disposto na Secção 1.3, a admissão numa cooperativa deve ser aberta a qualquer pessoa apta a utilizar os serviços e disposta a assumir as responsabilidades de membro.
2. Os estatutos da cooperativa devem assegurar que:
 - a) os pedidos de admissão sejam apreciados por um órgão designado e dentro de um prazo razoável;
 - b) a recusa seja fundamentada;
 - c) o candidato possa recorrer para a assembleia geral se a admissão tiver sido recusada por outro órgão;
 - d) o candidato tenha o direito de ser ouvido antes da decisão final.
3. Ninguém tem um direito subjetivo de admissão numa determinada cooperativa. A entidade responsável pelo registo e/ou a entidade de auditoria prevista na Secção 4.3 deve assegurar que a adesão seja voluntária e livre, de acordo com o n.º 1.
4. Os estatutos da cooperativa devem regular os fundamentos e os procedimentos aplicáveis à extinção por qualquer das partes da relação cooperativa. Os estatutos devem regular, nomeadamente:
 - a) o prazo de pré-aviso exigido;
 - b) o reembolso e/ou liquidação das entradas de capital ou de outros compromissos financeiros;
 - c) outras consequências dessa extinção.
5. A extinção da relação por iniciativa da cooperativa está sujeita:
 - a) ao direito do membro a ser ouvido antes da tomada da decisão;
 - b) ao direito do membro a ser informado das razões que motivaram a decisão;
 - c) ao direito do membro de recorrer para a assembleia geral contra uma decisão desfavorável e ao direito de exercer qualquer outra ação legal.

Secção 2.3. Direitos e obrigações dos membros

1. As obrigações dos membros cooperadores incluem:
 - a) a participação na atividade cooperativizada numa medida e/ou nível mínimos, quando seja exigível nos termos do n.º 3 da Secção 1.4;
 - b) entradas de capital, quando aplicável, de acordo com os n.ºs 1 e 2 da Secção 3.2;
 - c) um nível mínimo de participação na governação da cooperativa;

- d) a participação nas ações de educação e formação previstas para os membros;
 - e) outras obrigações impostas pela lei ou pelos estatutos da cooperativa, que podem, em alguns casos, incluir a obrigação de assumir uma parte das dívidas ou perdas da cooperativa.
2. As obrigações dos membros investidores incluem a realização do capital subscrito, mas não a participação na governação. Os membros investidores devem respeitar os limites das suas atribuições e a necessidade de os membros cooperadores controlarem a cooperativa.
 3. Os estatutos de uma cooperativa de interesse geral devem especificar as obrigações e os direitos dos membros cooperadores e não-cooperadores, incluindo as diferentes atribuições dos diversos grupos na prossecução do interesse geral da comunidade.
 4. Os membros cooperadores têm os seguintes direitos individuais:
 - a) participar nas ações de educação e formação adequadas às suas funções na cooperativa;
 - b) participar na governação da sua cooperativa, em princípio assistindo e participando ativamente em reuniões presencialmente ou, se necessário, por procuração;
 - c) votar nas eleições para os titulares dos órgãos ou em qualquer assunto decidido por votação direta dos membros (presencialmente, eletronicamente, ou por correio);
 - d) apresentar-se como candidato a eleições;
 - e) requerer e receber informações de natureza financeira e informações relevantes de outra natureza, nos termos da lei ou dos estatutos da cooperativa;
 - f) receber os juros pelas suas contribuições de capital, nos termos dos estatutos da cooperativa;
 - g) quando aplicável, participar na atividade cooperativizada e receber o retorno cooperativo nos termos da lei ou dos estatutos da cooperativa, depois de assim deliberado pelo órgão competente.
 5. Conjuntamente com o número de membros estabelecido pela legislação ou pelos estatutos da cooperativa, os membros têm um direito coletivo a:
 - a) receber ou solicitar qualquer informação necessária para o desempenho das suas funções como membro da cooperativa;
 - b) propor candidatos para serem eleitos como administradores ou delegados em outro órgão ou assembleia;
 - c) requerer a convocatória de uma assembleia geral;

- d) apresentar propostas de deliberação ou acrescentar assuntos à ordem de trabalhos de uma assembleia geral;
- e) exigir uma auditoria à cooperativa, nos termos constantes da Secção 4.3;
- f) propor a alteração dos estatutos da cooperativa e a reestruturação ou dissolução da mesma, de acordo com os procedimentos previstos na lei ou nos estatutos da cooperativa.

Secção 2.4. Modelos de governação cooperativa: controlo direto pelos membros

1. Os modelos de governação cooperativa devem assegurar que os membros controlem democraticamente a cooperativa, e possam participar ativamente na formulação de políticas e na tomada de decisões fundamentais, em princípio com base na regra de um membro, um voto.
2. Salvo se os estatutos da cooperativa dispuserem em contrário:
 - a) nas pequenas cooperativas, todos os membros participam, diretamente, na tomada de decisões;
 - b) nas restantes cooperativas, a governação será dividida entre uma estrutura ou órgão que permita aos membros o controlo da organização (a assembleia geral) e um ou mais órgãos ou comissões, responsáveis pela gestão corrente e que responderão perante os membros.
3. As competências dos órgãos deliberativos de uma cooperativa:
 - a) são fixadas por lei ou pelos estatutos da cooperativa;
 - b) podem ser delegadas pela assembleia geral, mediante um ato de delegação revogável.
4. A assembleia geral pode ser organizada numa ou em várias assembleias separadas. Nas cooperativas com um vasto e disperso número de membros ou com diferentes categorias de membros, os estatutos da cooperativa podem prever assembleias setoriais em vez da assembleia geral, sendo os membros representados por mandatários ou delegados. As reuniões podem ser presenciais ou virtuais.
5. A assembleia geral tem competência para nomear e destituir administradores. A assembleia geral deve ter competências para tomar decisões fundamentais. As decisões fundamentais abrangem as matérias relativas à reestruturação ou dissolução da cooperativa, alteração de estatutos, participação em pessoas coletivas ou a constituição de filiais.
6. A assembleia geral:
 - a) recebe e examina informações de natureza financeira ou outras sobre o desempenho económico e cooperativo da cooperativa, bem como sobre a

- atividade e os resultados de empresas ou de outras entidades nas quais a cooperativa participe, incluindo estruturas de cooperação com outras cooperativas;
- b) nomeia e destitui auditores financeiros;
 - c) elege e destitui os titulares dos órgãos e comissões;
 - d) exerce quaisquer outras competências que lhe sejam atribuídas por lei ou pelos estatutos da cooperativa.
7. A votação numa assembleia geral é, em princípio, baseada na regra de um membro, um voto, independentemente do capital detido.
 8. Quando necessário para o bom funcionamento da cooperativa, os estatutos da cooperativa podem atribuir votos plurais não relacionados com a contribuição de capital, refletindo, por exemplo:
 - a) a participação na atividade cooperativizada;
 - b) o número de membros em secções específicas;
 - c) a representação equilibrada de diferentes categorias de membros.
 9. Quando os estatutos da cooperativa permitem a opção prevista no n.º 8, devem, sempre, garantir que, em caso algum, os membros investidores ou uma minoria de membros cooperadores controlem a cooperativa.
 10. O total de votos plurais detidos por um membro cooperador não pode exceder a percentagem prevista na lei relativamente ao conjunto dos votos dos membros presentes ou representados na assembleia geral em que vota. Por sua vez, os membros investidores podem deter votos plurais de acordo com o capital subscrito, mas limitados a uma percentagem prevista na lei relativamente ao conjunto dos votos dos membros presentes ou representados na assembleia geral em que votam.
 11. Uma adequada convocatória, enviada com aviso prévio, e contendo a ordem de trabalhos, o horário e o local das reuniões, garante que os membros tenham a possibilidade de participar. A exigência de quórum assegura que as decisões sejam representativas da maioria dos membros.
 12. As deliberações são tomadas por maioria simples dos votos expressos, mas são necessárias maiorias qualificadas para as decisões fundamentais enunciadas no n.º 5, que são sempre tomadas com base na regra um membro, um voto.
 13. As cooperativas devem realizar assembleias gerais anualmente. O órgão designado pode também convocar assembleias extraordinárias entre as assembleias anuais; deve fazê-lo quando tal seja solicitado por um certo número ou percentagem de membros, por um órgão autorizado para o efeito por lei ou pelos estatutos da cooperativa, ou ainda pela entidade auditora prevista na Secção 4.3.

14. Nas cooperativas com um amplo e disperso conjunto de membros podem eleger um órgão eleito de menor dimensão que desempenhe as funções de supervisão e de controlo do órgão de administração no sistema monista.

Secção 2.5. Modelos de governação cooperativa: administração e controlo interno

1. As funções dos órgãos de administração cooperativa (se os houver) incluem a gestão, a representação e a supervisão. Estas três funções podem ser exercidas por um conselho de administração (no sistema monista) ou divididas entre um órgão de supervisão e um órgão de administração (no sistema dualista). A distribuição de competências é estabelecida pela lei e pelos estatutos da cooperativa.
2. Os poderes de gestão são todos aqueles não reservados a outro órgão. A representação diz respeito à capacidade para representar a cooperativa em negociações com terceiros e em processos judiciais.
3. Os poderes de gestão e de representação da cooperativa são atribuídos a:
 - a) a um conselho de administração (no sistema monista);
 - b) a um conselho de administração executivo (no sistema dualista);
 - c) ou a um ou mais administradores.

Estes poderes podem ser delegados por aqueles aos quais foram conferidos, salvo quando os estatutos da cooperativa preveem o contrário.

4. A supervisão diz respeito ao desempenho económico e social de uma cooperativa; essa função envolve a supervisão e o controlo internos dos administradores. No sistema dualista, as funções de administração executiva e a supervisão são realizadas por órgãos distintos. No sistema monista, podem ser criadas comissões no conselho de administração ou na assembleia geral, que podem exercer funções de supervisão. O órgão designado é responsável pelas relações com os auditores externos, conforme previsto na Secção 4.
5. A composição do conselho de administração, especialmente nas cooperativas de interesse geral, deve ter em conta a diversa composição dos membros da cooperativa, designadamente, por exemplo, a sua proveniência geográfica ou as diferentes categorias de membros. Quando os suplentes não tiverem sido eleitos previamente, o conselho de administração pode ter a faculdade de cooptar membros para preencher vagas que venham a ocorrer, enquanto se aguarda a eleição.
6. A maioria dos membros dos órgãos de administração e de supervisão são membros cooperadores. O mesmo regime pode ser adotado pelos estatutos das cooperativas de interesse geral.
7. A lei ou os estatutos da cooperativa estabelecem:

- a) o número máximo e mínimo de membros para cada órgão;
 - b) a duração do mandato e o número de mandatos que poderão ser exercidos;
 - c) exigências quanto à paridade de género;
 - d) procedimentos de designação e de eleição;
 - e) os requisitos necessários para se ser titular dos órgãos, os quais, separada ou conjuntamente, não devem limitar indevidamente o direito democrático dos membros de elegerem ou ser eleitos para os órgãos de administração; a lei ou os estatutos da cooperativa também podem estabelecer causas de destituição.
8. Os deveres dos titulares dos órgãos de administração incluem a obrigação de adesão aos valores, princípios e práticas característicos das cooperativas, além da sua obrigação de cumprir a lei e os estatutos da cooperativa, bem como deveres de honestidade, lealdade, boa-fé, diligência e competência.

Secção 2.6. Direito à informação dos membros e requisitos de transparência

1. Os titulares dos órgãos de administração devem assegurar que a cooperativa opere com um elevado nível de transparência e fornecer aos membros informações suficientemente precisas para lhes permitir controlar a cooperativa.
2. Em particular, devem assegurar que se elaborem, auditem e divulguem junto dos membros as contas anuais e, se for o caso, as contas consolidadas, sejam elaboradas, auditadas e divulgadas junto dos membros, conjuntamente com o relatório anual e relatórios de auditoria financeira e cooperativa, nos termos da lei. Esses documentos devem estar disponíveis para consulta na sede da cooperativa a um custo que não exceda os seus encargos administrativos.
3. Os membros e os candidatos à adesão têm o direito de ser informados sobre as suas obrigações e direitos.

CAPÍTULO III. ESTRUTURA FINANCEIRA DAS COOPERATIVAS

Secção 3.1. Princípios gerais da estrutura financeira das cooperativas

1. Enquanto pessoas coletivas de direito privado que exercem uma atividade económica sem fins lucrativos, as cooperativas dispõem de uma estrutura financeira específica destinada à prossecução dos seus objetivos, respeitando os valores e princípios cooperativos internacionalmente reconhecidos.
2. Enquanto organizações empresariais, as cooperativas podem utilizar títulos de capital, títulos de investimento, obrigações, reservas e outros instrumentos financeiros como fontes de capital, desde que sejam compatíveis com a sua natureza cooperativa.

Secção 3.2. Capital social das cooperativas

1. As cooperativas constituem-se sem capital mínimo, a menos que a lei ou os estatutos da cooperativa dispunham o contrário.
2. Os estatutos da cooperativa podem fixar um capital social mínimo, assim como o montante mínimo e a natureza da contribuição de cada membro para o capital social, no respeito pelo princípio da adesão voluntária e livre, tal como estabelecido no n.º 6 da Secção 1.3 e na Secção 2.2.
3. Em qualquer caso, o capital social é variável, o que significa que as variações no montante do capital, devidas nomeadamente ao aumento ou redução do número de membros, não requerem alterações dos estatutos da cooperativa nem publicações.
4. A redução do capital social, abaixo de qualquer mínimo prescrito, pode ser causa de dissolução da cooperativa.

Secção 3.3. Contribuição dos membros para o capital social

1. A qualidade de membro adquire-se de acordo com o disposto na Secção 2.2. A subscrição exclusiva de títulos de capital não confere a qualidade de membro cooperador.
2. Os membros cooperadores contribuem equitativamente para o capital social cooperativo, a menos que os estatutos da cooperativa prevejam outro critério, como seja o da contribuição proporcional à participação na atividade cooperativizada.
3. A lei pode permitir que os estatutos da cooperativa exijam que os novos membros contribuam com mais capital ou com uma contribuição superior ao montante mínimo, para se poder ajustar de maneira razoável às novas condições.
4. Nenhum membro pode deter uma percentagem do capital social superior ao máximo estabelecido por lei ou pelos estatutos da cooperativa.
5. O capital realizado pode ser remunerado com juros se os estatutos da cooperativa assim o previrem e se a assembleia geral assim o decidir. A taxa de juro pode variar de acordo com a natureza da contribuição (se é obrigatória ou facultativa) e de acordo com a categoria dos membros (se são membros cooperadores ou outro tipo de membros). Em qualquer caso, a taxa de juro não pode ser superior a uma taxa razoável, ou seja, a necessária para obter e reter capital suficiente para manter o negócio.
6. Os títulos de capital só podem ser transmitidos entre membros ou candidatos a membros. A transmissão de títulos de capital está dependente da aprovação do órgão designado, bem como de quaisquer outras condições estabelecidas nos estatutos da cooperativa. Os títulos de capital subscritos por membros in-

vestidores não são transmissíveis sem autorização de um órgão da cooperativa. Os títulos de capital não podem ser penhorados pelos credores particulares dos membros.

7. O membro que sair da cooperativa pode ser reembolsado pelo valor nominal dos seus títulos de capital e pela sua quota-parte de reservas não obrigatórias repartíveis, nos termos estabelecidos nos estatutos da cooperativa, os quais podem sujeitar o reembolso a condições razoáveis. Na determinação do montante a reembolsar ao membro cessante pode ter-se em conta os juros e o retorno devidos ao membro, bem como perdas imputáveis ao membro.

Secção 3.4. Reservas

1. Nas cooperativas existem reservas obrigatórias e reservas facultativas.
2. As reservas obrigatórias incluem a reserva legal e outras reservas exigidas por lei ou pelos estatutos da cooperativa, como a reserva para educação, formação e informação.
3. A reserva legal e a reserva para educação, formação e informação são irrepartíveis, mesmo em caso de dissolução da cooperativa.
4. A reserva legal é constituída por:
 - a) uma percentagem do excedente anual líquido da cooperativa, sujeita, em princípio, a um limite fixado por lei ou pelos estatutos da cooperativa;
 - b) uma percentagem dos lucros líquidos anuais, tal como previsto nos estatutos da cooperativa;
 - c) uma percentagem de outros recursos, nos termos estabelecidos nos estatutos da cooperativa.
5. A reserva legal só pode ser utilizada para cobrir uma perda patrimonial que não possa ser coberta pela utilização de outras reservas e não pode ser utilizada para aumentar o capital social.
6. As reservas facultativas são reservas que dependem da vontade coletiva dos membros cooperadores, manifestada numa deliberação da assembleia geral, a qual determina o seu modo de constituição, aplicação e liquidação, nomeadamente a sua natureza irrepartível ou repartível, organizando-se com base em contas individuais dos membros.
7. A reserva para educação, formação e informação é constituída por:
 - a) uma percentagem do excedente anual líquido da cooperativa;
 - b) a parte dos lucros não afetada à reserva legal;
 - c) outros recursos previstos nos estatutos da cooperativa.
8. A reserva para educação, formação e informação destina-se à educação e à formação técnica e cultural dos membros, dos titulares de órgãos, dos gestores

e dos trabalhadores da cooperativa, bem como à informação do público em geral sobre o modelo cooperativo.

9. A reserva para educação, formação e informação pode ser tratada como um património autónomo, se a lei assim o determinar.

Secção 3.5. Responsabilidade limitada dos membros

1. As cooperativas têm personalidade jurídica e gozam de autonomia patrimonial.
2. Nenhum membro responde pelas dívidas da cooperativa, limitando a sua responsabilidade ao montante do capital subscrito, salvo se os estatutos da cooperativa estipularem a responsabilidade dos membros por dívidas da mesma, estabelecendo sempre um limite máximo.

Secção 3.6. Resultados económicos da atividade cooperativizada com os membros

1. Os resultados económicos da atividade cooperativizada com os membros são «excedentes cooperativos» ou perdas da atividade cooperativizada com os membros.
2. Os excedentes cooperativos são a diferença entre as receitas e os custos da atividade cooperativizada com os membros.
3. Por deliberação da assembleia geral, os excedentes cooperativos podem:
 - a) ser distribuídos aos membros cooperadores, sob a forma de retorno cooperativo, proporcionalmente à quantidade e/ou à qualidade da sua participação na atividade cooperativizada, quer em dinheiro quer em títulos de capital ou outros instrumentos financeiros;
 - b) reverter para reservas irrepatriáveis ou repatriáveis.
4. As perdas da atividade cooperativizada são a diferença entre os custos da atividade cooperativizada com os membros.
5. Por deliberação da assembleia geral, as perdas provenientes da atividade cooperativizada com os membros podem ser cobertas:
 - a) utilizando-se as reservas da cooperativa, começando pelas reservas facultativas;
 - b) pelos membros cooperadores, proporcionalmente à quantidade e/ou qualidade da sua participação na atividade cooperativizada e limitada ao valor dos bens e serviços recebidos.
6. As cooperativas de interesse geral não podem distribuir excedentes cooperativos aos seus membros.

Secção 3.7. Lucros e outras perdas

1. As cooperativas também podem obter outros resultados, incluindo resultados provenientes de operações com terceiros e resultados provenientes da titularidade de participações de capital em sociedades e outros ativos. Independentemente da sua origem, esses resultados são afetados a reservas irrepartíveis.
2. As perdas provenientes das operações com terceiros e de outras fontes são cobertas por reservas, começando-se pelas reservas facultativas.

Secção 3.8. Liquidação

1. Em caso de liquidação da cooperativa, e uma vez pagas as dívidas da mesma, os membros têm direito a recuperar somente o valor nominal dos seus títulos de capital e da sua quota-parte das reservas repartíveis, nos termos previstos nos estatutos da cooperativa. O montante reembolsável aos membros abrange, além do valor nominal dos seus títulos de capital, quaisquer juros e outros valores que lhes sejam devidos, nos termos previstos nos estatutos da cooperativa.
2. O ativo restante é repartido de acordo com o princípio da distribuição desinteressada.
3. No caso de a cooperativa perder a sua forma jurídica por transformação, fusão, cisão ou por qualquer outra modificação estrutural, aplica-se o disposto no n.º 2 quanto ao ativo correspondente ao valor das reservas irrepartíveis existentes na data da modificação, a menos que a nova entidade jurídica esteja sujeita à regra constante do n.º 2 quanto à distribuição do ativo restante.

CAPÍTULO IV. AUDITORIA COOPERATIVA

Secção 4.1. Princípios gerais da auditoria cooperativa

1. As cooperativas têm a obrigação e o direito de ser auditadas.
2. A auditoria cooperativa tem por finalidade verificar se as cooperativas prosseguem os objetivos definidos por lei e pelos estatutos, de acordo com a Secção 1.1, e se a sua estrutura e atividade são coerentes com a sua identidade enquanto cooperativas.
3. A auditoria cooperativa deve ser realizada por auditores especialmente qualificados e independentes, de forma a garantir a autonomia das cooperativas e que se tenha em conta as suas especificidades.
4. As cooperativas também têm a obrigação e o direito a ser auditadas financeiramente nos termos previstos na lei, de acordo com a natureza e o volume das suas atividades, a sua dimensão, com a necessidade de proteger os credores e

outras partes interessadas, para além dos membros, e com a prossecução dos objetivos da cooperativa.

Secção 4.2. Âmbito e modalidades de auditoria cooperativa

1. A auditoria cooperativa abrange, principalmente: o volume da atividade cooperativizada com membros e com terceiros; a utilização e os resultados provenientes das filiais; a participação dos membros na governação cooperativa; o controlo democrático da cooperativa pelos seus membros; a composição dos ativos; a origem e distribuição dos resultados económicos; o montante das reservas irrepartíveis e repartíveis; a sustentabilidade económica da empresa; a existência de práticas de cooperação entre cooperativas e de responsabilidade social cooperativa; o nível de participação em atividades de educação e formação cooperativas; a prossecução do interesse geral; e a participação dos interessados nas cooperativas de interesse geral.
2. A auditoria cooperativa é realizada mediante a análise dos livros, contas, balanços, relatórios e demais documentos relevantes da cooperativa e das suas filiais, bem como por outros meios, como sejam o acesso do auditor às instalações da cooperativa, a entrevista a membros cooperadores e a titulares dos órgãos, e também seguindo uma lista de verificação fornecida pela entidade auditora prevista na Secção 4.3.
3. A auditoria cooperativa pode ser ordinária, extraordinária ou especial.
4. A auditoria cooperativa ordinária é realizada a intervalos regulares, nos termos definidos na lei, tendo em conta a dimensão e o tipo da cooperativa, ou nos termos previstos dos estatutos da cooperativa, se estes estabelecerem intervalos mais estritos.
5. A auditoria cooperativa extraordinária é realizada sempre que solicitada por um número de membros definido por lei ou pelos estatutos da cooperativa, pela união ou federação à qual pertença a cooperativa, pela autoridade pública competente ou pelo órgão cooperativo competente, especificando os motivos.
6. A auditoria cooperativa especial é realizada no caso de a cooperativa perder a sua forma jurídica através de transformação, fusão, cisão ou por qualquer outra modificação estrutural.
7. Os custos da auditoria cooperativa são suportados pela cooperativa. Os custos da auditoria cooperativa extraordinária são suportados pelos que a solicitem, quando não forem detetadas irregularidades.

Secção 4.3. Entidade Auditora e Auditores

1. A entidade auditora é a entidade encarregada da auditoria cooperativa, que a realiza por meio de auditores independentes, especialmente qualificados para auditar cooperativas de acordo com normas mínimas estabelecidas por lei.
2. A entidade auditora pode ser o Estado, outra entidade pública, uniões ou federações de cooperativas, e outras entidades privadas reconhecidas pelo Estado, de acordo com os requisitos mínimos estabelecidos por lei.
3. A entidade de auditoria assegura:
 - a) a formação contínua dos auditores e a organização de uma relação dos mesmos;
 - b) o cumprimento das normas constantes do n.º 1;
 - c) que os custos da auditoria sejam razoáveis, tendo em conta a atividade realizada pelo auditor, bem como a atividade, dimensão e capacidade financeira da cooperativa auditada.
4. O Estado garante o cumprimento dos requisitos constantes do n.º 2 e das obrigações previstas no n.º 3. Qualquer violação pode ser sancionada nos termos previstos na lei.

Secção 4.4. Conclusões da auditoria cooperativa e seus efeitos

1. Após a conclusão da auditoria cooperativa, o auditor elabora o relatório da auditoria.
2. O relatório da auditoria, que incluirá um resumo, enumera as atividades da auditoria e as conclusões, e pode conter igualmente recomendações sobre como corrigir as deficiências detetadas.
3. O auditor comunica o relatório da auditoria aos órgãos da cooperativa. O auditor também comunica o resumo do relatório da auditoria à autoridade pública competente.
4. A cooperativa comunica o resumo do relatório da auditoria a todos os seus membros e informa-os de que poderão ter acesso ao relatório da auditoria desde que aceitem submeter-se ao dever legal de confidencialidade, a menos que a lei estabeleça a sua divulgação pública.
5. O relatório da auditoria é discutido na seguinte assembleia geral. A cooperativa adota as medidas que sejam necessárias em função das conclusões da auditoria.
6. Quando se verificarem irregularidades, a autoridade pública competente adota as medidas previstas na lei.

CAPÍTULO V. COOPERAÇÃO ENTRE COOPERATIVAS

Secção 5.1. Princípios gerais da cooperação entre cooperativas

1. As cooperativas cooperam entre si para prosseguirem os seus objetivos e para apoiar, promover e desenvolver outras cooperativas, a cooperação entre cooperativas, e o modelo de empresas cooperativas.
2. O propósito da cooperação pode ser económico ou sociopolítico, ou uma combinação de ambos.
3. As cooperativas cooperam sob formas e estruturas que salvaguardem a sua autonomia, que sejam coerentes com as suas especificidades e que se orientem pelos princípios da igualdade, da solidariedade e da subsidiariedade.
4. A lei pode promover a cooperação económica e sociopolítica entre as cooperativas, bem como com outras entidades da economia social.
5. As cooperativas não podem participar em estruturas de cooperação que prejudiquem a sua autonomia ou o controlo pelos membros da cooperativa.

Secção 5.2. Formas de cooperação económica

1. As formas de cooperação económica entre as cooperativas incluem o estabelecimento de:
 - a) relações contratuais para o intercâmbio de bens ou serviços;
 - b) uma cooperativa de segundo grau (ou de grau superior);
 - c) um grupo cooperativo.
2. A lei pode prever um tratamento específico para as relações contratuais entre cooperativas, incluindo um tratamento fiscal diferenciado, a fim de promover o seu estabelecimento.
3. Duas ou mais cooperativas podem constituir uma cooperativa de segundo grau (ou de grau superior) para desenvolverem uma atividade económica no interesse das suas cooperativas associadas.
4. Os estatutos das cooperativas de segundo grau (ou de grau superior) podem prever que cada membro tenha um número de votos na assembleia geral proporcional:
 - a) ao número dos membros associados;
 - b) à sua participação na atividade cooperativizada com a cooperativa de segundo grau;
 - c) de acordo com outros critérios, com exceção do critério do montante de capital realizado.

Em qualquer caso, nenhum membro pode ter mais do que o montante máximo ou a percentagem do número total de votos expressos em cada assembleia geral, conforme definido pela lei.

5. A atividade desenvolvida entre uma cooperativa de segundo grau (ou de grau superior) e os membros das suas cooperativas associadas é considerada atividade cooperativizada na aceção prevista na Secção 1.4.
6. Duas ou mais cooperativas podem estabelecer outras formas de organização empresarial para realizar uma atividade económica no interesse das suas cooperativas associadas, desde que se salvguarde a sua autonomia e identidade cooperativas.
7. Duas ou mais cooperativas podem criar um grupo cooperativo para delegar em algumas delas, numa cooperativa de segundo grau ou noutro tipo de entidade que controlem, o poder de coordenar ou dirigir a sua atividade económica, desde que, obrigatoriamente, as assembleias gerais das cooperativas associadas mantenham a faculdade de tomar as decisões fundamentais, nos termos previstos no n.º 5 da Secção 2.4. Qualquer membro deve ter o direito de se demitir do grupo sempre que a sua permanência pareça suscetível de prejudicar os seus objetivos ou os interesses dos seus membros.
8. As entidades não-cooperativas podem participar em qualquer forma de cooperação económica entre cooperativas, desde que as cooperativas mantenham o controlo da sua estrutura.

Secção 5.3. Formas de cooperação sociopolítica

1. Duas ou mais cooperativas podem estabelecer uma associação ou um qualquer outro tipo legal de entidade para promoverem os seus interesses sociopolíticos enquanto cooperativas.
2. Estas entidades prosseguem os seus objetivos através de atividades como: a representação; a assistência e a proteção; a educação e formação; os serviços de consultoria; a assistência financeira, jurídica e técnica; a auditoria; a resolução de conflitos; o apoio à criação de novas cooperativas ou ao desenvolvimento das cooperativas existentes; e a promoção do modelo de empresa cooperativa.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 401-409
ISSN: 1130-2682

**LAS ENTIDADES ASOCIATIVAS PRIORITARIAS EN
CASTILLA Y LEÓN Y EN CASTILLA-LA MANCHA**

***THE PRIORITY ASSOCIATIVE ENTITIES IN CASTILLA
Y LEÓN AND IN CASTILLA-LA MANCHA***

MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ*

* Abogado del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Lugo. Email: cabelloabogados@hotmail.com.

RESUMEN

Cuando el espacio de actuación económica está dentro de una Comunidad Autónoma, con el objetivo de aumentar la dimensión de las entidades asociativas agroalimentarias, se hizo patente la necesidad de establecer el reconocimiento administrativo de la figura de la Entidad Asociativa Prioritaria de ámbito autonómico; circunstancia ésta a la que no han sido ajenas las Comunidades Autónomas de Castilla y León, y de Castilla-La Mancha. Así, por lo que hace a la primera, se ha aprobado el Decreto 34/2016, “*sobre Entidades Asociativas Agroalimentarias Prioritarias y sus socios prioritarios de Castilla y León*”. Respecto a la segunda, se ha aprobado el Decreto 77/2016, que “*establece los requisitos para el reconocimiento de entidades asociativas prioritarias de interés regional de Castilla-La Mancha (Eapir) y crea su registro*”.

PALABRAS CLAVE: sociedades cooperativas, entidad asociativa prioritaria, procedimiento de reconocimiento, registro autonómico.

ABSTRACT

When the economic performance is within an autonomous community, with the aim of increasing the dimension of agri-food associative entities, became apparent the need to establish administrative recognition of the figure of the regional priority associative entity; circumstance is that have not been outside the autonomous communities of Castilla y León, and Castilla-La Mancha. Thus, with regard to the first, has been approved Decree 34/2016, “*on agri-food priority associative entities and its priority partners of Castilla y León*”. In the autonomous community of Castilla-La Mancha has been approved Decree 77/2016, which “*establishes the requirements for the recognition of priority associative entities of regional interest in Castilla-La Mancha (Eapir) and creates its registry*”.

KEY WORDS: cooperative societies, priority associative entity, recognition procedure, regional registration.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. EL RECONOCIMIENTO DE LAS ENTIDADES ASOCIATIVAS PRIORITARIAS EN CASTILLA Y LEÓN Y EN CASTILLA-LA MANCHA. 3. EL REGISTRO DE LAS ENTIDADES ASOCIATIVAS PRIORITARIAS EN CASTILLA Y LEÓN Y EN CASTILLA-LA MANCHA. 4. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. GENERAL APPROACH. 2. THE RECOGNITION OF PRIORITY ASSOCIATIVE ENTITIES IN CASTILLA Y LEÓN AND CASTILLA-LA MANCHA. 3. REGISTRATION OF PRIORITY ASSOCIATIVE ENTITIES IN CASTILLA Y LEÓN AND CASTILLA-LA MANCHA. 4. BIBLIOGRAPHY.

1 PLANTEAMIENTO GENERAL

El impulso y el fomento de la integración de entidades asociativas agroalimentarias constituyen unas herramientas de gran importancia para favorecer su competitividad, redimensionamiento, modernización e internacionalización. El fortalecimiento de las estructuras asociativas y el incremento de su dimensión facilitarán el desarrollo de la innovación y la incorporación de nuevas tecnologías, aumentarán su productividad y eficiencia y mejorarán su capacidad de competir más eficazmente, ya sea en el mercado nacional ya en los mercados internacionales.

Tanto en Castilla-La Mancha como en Castilla y León existe un porcentaje importante de productores que o bien no están integrados, o bien lo están en estructuras muy atomizadas, circunstancia ésta que disminuye sus posibilidades de desarrollar estrategias comerciales adaptadas a los nuevos requerimientos del mercado, por un lado, y su capacidad negociadora a la hora realizar operaciones con terceros, por otro. En este sentido, parece claro que resulta fundamental para la viabilidad del sector agroalimentario regional incrementar la dimensión de los operadores estableciendo alianzas comerciales y desarrollando procesos de integración empresarial.

Con este planteamiento, fue aprobada la Ley 13/2013, de 2 de agosto, “*de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario*”¹; Ley que contempla como instrumento básico la nueva figura de la Entidad Asociativa Prioritaria, para contribuir a mejorar la estructuración de la oferta y la integración, mediante el redimensionamiento de las entida-

¹ Boletín Oficial del Estado del 3 de agosto de 2013; corrección de errores en el de 18 de septiembre. Sobre esta Ley, *vid.* CABELLO LÓPEZ, M. L., “A Lei de Fomento da Integración de Cooperativas e doutras Entidades Asociativas de carácter agroalimentario”, *CES* 35 (2012-2013), págs. 97 a 105.

des asociativas, estableciendo las condiciones para su reconocimiento cuando el ámbito de actuación económica de las mismas es supra-autonómico.

En cumplimiento del mandato previsto en la citada Ley, se publicó el Real Decreto 550/2014, de 27 de junio, *“por el que se desarrollan los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias y para su inscripción y baja en el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias, previsto en la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario”*². Este Real Decreto tiene por objeto, según su artículo 1: a) Determinar el montante económico de facturación por sectores productivos, de acuerdo con el código de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que se requerirá para acceder a la condición de prioritaria; b) regular el procedimiento para el reconocimiento de Entidades Asociativas Prioritarias de carácter supra-autonómico; y c) regular el procedimiento para su inscripción y baja en el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias³.

² Boletín Oficial del Estado del 17 de julio de 2014. Sobre este Real Decreto, *vid.* CABELLO LÓPEZ, M. L., “Requisitos y procedimiento para el reconocimiento, la inscripción y la baja en su Registro, de las Entidades Asociativas Prioritarias, previstas en la Ley de Fomento de la Integración de Cooperativas y de otras Entidades Asociativas de carácter agroalimentario”, *CES 37* (2014-2015), págs. 425 a 430.

³ Asimismo ha de tenerse en cuenta que es en la Ley 25/2015, de 28 de julio, *“de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social”* (Boletín Oficial del Estado del 29 de julio de 2015), específicamente en su disposición final décima, donde se incorporó una modificación de la Ley 13/2013, a los efectos de adecuar el texto de esta Ley al contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2015, de 30 de abril (Boletín Oficial del Estado del 8 de junio de 2015), facilitando la participación, mediante su consulta, de las Comunidades Autónomas afectadas territorialmente en el procedimiento de reconocimiento realizado por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, quedando, a su vez, informadas sobre las modificaciones de las condiciones de reconocimiento, y simplificando el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias [la Sentencia 85/2015 fue dictada en respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra los artículos 3, apartados 2 y 3 (*«condiciones para el reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias»*), y 5 (*«creación y funcionamiento del Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias»*) de la citada Ley 13/2013, recordando la competencia exclusiva autonómica en agricultura y ganadería, y considerando que no resultaba justificada la atribución en exclusiva a las instancias administrativas estatales de la realización de las funciones de carácter ejecutivo previstas en la Ley 13/2013, pues el sector agroalimentario (agrario y ganadero) está materialmente atribuido a la competencia exclusiva autonómica (sobre este recurso de inconstitucionalidad, *vid.* CABELLO LÓPEZ, M. L., “Modificaciones del régimen jurídico de las Entidades Asociativas Prioritarias de la Ley de Fomento de la Integración de Cooperativas y de otras Entidades Asociativas de carácter agroalimentario”, *CES 38* (2015-2016), págs. 390 a 393)]. Esta modificación hizo inexcusable adaptar la regulación prevista en el ya citado Real Decreto 550/2014, de 27 de junio, a la nueva normativa que modifica la Ley 13/2013, de 2 de agosto; adaptación que tendrá lugar mediante el Real Decreto 1151/2015, de 18 de diciembre, *“por el que se modifican el Real Decreto 550/2014, de 27 de junio, por el que se desarrollan los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias y para su inscripción y baja en el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias, previsto en la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroali-*

Paralelamente, cuando el espacio de actuación económica está dentro de una Comunidad Autónoma, con el mismo objetivo de aumentar la dimensión de las entidades asociativas, se hizo patente la necesidad de establecer el reconocimiento administrativo de la figura de la Entidad Asociativa Prioritaria de ámbito autonómico; circunstancia ésta a la que no han sido ajenas las Comunidades Autónomas de Castilla y León, y de Castilla-La Mancha, si bien han utilizado para la misma figura dos denominaciones distintas, aunque parecidas: “*Entidad Asociativa Agroalimentaria Prioritaria de Carácter Regional*”, en el caso de la primera, “*Entidad Asociativa Prioritaria de Interés Regional (Eapir)*”, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

En este entendimiento, respecto a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, se ha aprobado el Decreto 34/2016, de 22 de septiembre, “*sobre Entidades Asociativas Agroalimentarias Prioritarias y sus socios prioritarios de Castilla y León*”⁴. En la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, por su parte, se ha aprobado el Decreto 77/2016, de 13 de diciembre, que “*establece los requisitos para el reconocimiento de entidades asociativas prioritarias de interés regional de Castilla-La Mancha (Eapir) y crea su registro*”⁵.

Ambas disposiciones tienen por objeto establecer los requisitos, condiciones y el procedimiento para el reconocimiento administrativo de las “*Entidades Asociativas Agroalimentarias Prioritarias de Carácter Regional*”, en un caso, de las “*Entidades Asociativas Prioritarias de Interés Regional*”, en otro, así como la regulación del Registro de ambas Entidades, uno en cada Comunidad Autónoma.

2 EL RECONOCIMIENTO DE LAS ENTIDADES ASOCIATIVAS PRIORITARIAS EN CASTILLA Y LEÓN Y EN CASTILLA-LA MANCHA

Las entidades susceptibles de reconocimiento como “*Eapir*”, esto es, como Entidades Asociativas Prioritarias en Castilla-La Mancha, son las sociedades cooperativas agroalimentarias, las cooperativas de segundo o ulterior grado, los grupos cooperativos, las sociedades agrarias de transformación, las organizaciones de productores con personalidad jurídica propia, reconocidas de acuerdo con la normativa comunitaria en el ámbito de la Política Agraria Común, y las entidades civiles o mercantiles, siempre que más del cincuenta por ciento de su capital social pertenezca a sociedades cooperativas, a organizaciones de productores o a sociedades agrarias de transformación. En el caso de que estas entidades tengan la

mentario, y el Real Decreto 1079/2014, de 19 de diciembre, para la aplicación de las medidas del programa de apoyo 2014-2018 al sector vitivinícola” (Boletín Oficial del Estado del 19 de diciembre de 2015. Sobre este Real Decreto, de manera esquemática, *vid.* CABELLO LÓPEZ, “Modificaciones del régimen jurídico de las Entidades Asociativas Prioritarias...”, *cit.*, págs. 393 y 394).

⁴ Boletín Oficial de Castilla y León del 26 de septiembre de 2016.

⁵ Diario Oficial de Castilla-La Mancha del 19 de diciembre de 2016.

forma de sociedad anónima, sus acciones deberán ser nominativas (artículo 2 del Decreto 77/2016). Más restrictiva es la regulación existente en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en la que el Decreto 34/2016 no alude ni a los grupos cooperativos ni a otras entidades civiles o mercantiles (artículo 2).

En ambos casos, tanto en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, a través del Decreto 34/2016, como en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en virtud del Decreto 77/2016, se exige una serie de requisitos para el reconocimiento de la “*Entidad Asociativa Agroalimentaria Prioritaria de Carácter Regional (EAPr)*”, por un lado, o de la “*Entidad Asociativa Prioritaria de Interés Regional (Eapir)*”, por otro.

En concreto, para que una entidad pueda ser reconocida como “*Eapir*” de Castilla-La Mancha habrá de reunir los siguientes requisitos: a) Ser una entidad asociativa agroalimentaria de las previstas en el Decreto 77/2016; b) tener el domicilio social en Castilla-La Mancha, excepto en el caso de grupos cooperativos, y desarrollar con carácter principal su actividad en el territorio de la Comunidad Autónoma; c) llevar a cabo la comercialización conjunta de la totalidad de la producción de las entidades y los productores que la componen, en relación con el producto para que se solicite el reconocimiento; d) que la facturación anual de la entidad solicitante o la suma de las facturaciones de las entidades que la componen, correspondientes al producto para el que se solicita el reconocimiento, alcance, al menos, la cuantía prevista en el anexo I del Decreto, en función del reconocimiento solicitado; y e) que los estatutos o disposiciones reguladoras de la *Eapir* y de las entidades que la integran establezcan la obligación de la comercialización conjunta de la totalidad del producto para el que solicita el reconocimiento, a la par que contemplen las necesarias previsiones para garantizar el control democrático en su funcionamiento, en la toma de sus decisiones por los asociados y garantías para evitar las posiciones de dominio, así como respeto al principio de adhesión voluntaria y abierta, cuando la entidad solicitante sea un cooperativa agroalimentaria (artículo 4 del Decreto 77/2016).

Por su parte, para que una entidad asociativa pueda ser reconocida como “*EAPr*” de Castilla y León también se exigen una serie de requisitos, unos de carácter general, otros específicos (artículo 3 del Decreto 34/2016). Centrándose en los primeros, ha de tenerse en cuenta que la entidad asociativa tiene que tener domicilio social y fiscal en Castilla y León. Las entidades no cooperativas deben hacer constar expresamente en sus Estatutos el control democrático de su funcionamiento; disponer de director o gerente; y de personal técnico con titulación universitaria, así como el compromiso del Consejo Rector de recibir formación específica para adquirir conocimientos y habilidades en la toma de decisiones, siempre en el plazo de cinco años desde que se produzca el reconocimiento.

A mayores, los fondos propios han de ser superiores al cuarenta por ciento del activo no corriente, en el último ejercicio o en la media de los últimos cinco ejer-

cicios. Los activos productivos en la Comunidad deben superar los tres millones de euros, pudiéndose computar como tales los de empresas participadas en más de un cincuenta por ciento, y en el caso de cooperativas de segundo grado podrán incluirse los de sus cooperativas socias. Finalmente, la cifra de negocios o ventas ha de superar los veinte millones de euros y el número de socios ha de ser superior a quinientos, pudiéndose computar los socios de empresas participadas en más de un cincuenta por ciento. Estas cifras se podrán reducir a una cuarta parte en aquellas entidades en las que el ochenta por ciento de su producción esté acogida a una figura de calidad legalmente establecida.

Por lo que se refiere a los requisitos específicos, precisa el artículo 3 del Decreto 34/2016 que también podrán ser prioritarias las entidades que suscriban un acuerdo inter-cooperativo con una Entidad Asociativa Prioritaria o con otra cooperativa, siempre que permita alcanzar los requisitos de facturación y número de socios antes apuntados. Este acuerdo inter-cooperativo debe incluir la comercialización o el abastecimiento de al menos el cincuenta por ciento, a través del mismo y hacerse por un período no inferior a los cinco años.

Para ser prioritarias, las Organizaciones de Productores deberán acreditar el número de socios y de facturación establecida para el resto de entidades. Es importante destacar que también podrán ser prioritarios a nivel regional, las entidades prioritarias nacionales que tengan su domicilio social y fiscal en Castilla y León.

En ambos Decretos se contienen también varias previsiones en torno a la solicitud y al procedimiento de reconocimiento, bien como “*Eapir*”, bien como “*EAPr*”, a sus efectos, y a las obligaciones que se han de observar para su mantenimiento⁶. Tanto en un caso como en el otro, la solicitud de reconocimiento deberá realizarse por el representante legal de la propia entidad o por el promotor o promotores en caso de entidades que estén en proceso de constitución. La solicitud irá acompañada de copia de los documentos acreditativos de los requisitos requeridos para su reconocimiento, antes enumerados. Básicamente, para mantener el reconocimiento como “*Eapir*” o como “*EAPr*”, será necesario presentar anualmente al cierre de cada ejercicio los datos económicos del mismo, acompañados de la relación de entidades con las que se ha operado, así como la relación actualizada de todas las entidades que integran la propia “*Eapir*”, o la “*EAPr*”,

Especial importancia se le da en ambas normativas a las ayudas y beneficios previstos, a los efectos del reconocimiento. En el Decreto 34/2016, por lo que hace a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, se señala expresamente al respecto que “*las EAPr y los socios prioritarios de Castilla y León tendrán preferencia, de acuerdo con la normativa específica contenida en sus bases regulado-*

⁶ Artículos 4 a 8 del Decreto 77/2016 (Castilla-La Mancha) y artículos 5 a 10 del Decreto 34/2016 (Castilla y León).

ras, en la concesión de determinadas subvenciones y ayudas gestionadas por la Consejería de Agricultura y Ganadería” (artículo 6). Por su parte, para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el Decreto 77/2016, en su artículo 9, con similar planteamiento dispone que “*las entidades asociativas reconocidas como prioritarias de interés regional, así como las entidades integradas en las Eapir podrán tener preferencia, de acuerdo con la normativa específica contenida en las bases reguladoras de las líneas de ayuda del Programa de Desarrollo Rural, tales como las líneas a favor de la competitividad, transformación, comercialización, promoción e internacionalización para los productos para los que ha sido reconocida, y en cualquier otra que para estos mismos fines se establezca*”. Además, “*los productores agrarios que formen parte de entidades asociativas prioritarias de interés regional o de las entidades asociativas que la componen, podrán tener preferencia, de acuerdo con la normativa específica contenida en las bases reguladoras de las líneas de ayuda del Programa de Desarrollo Rural, tales como las destinadas a la mejora de su competitividad y orientación de su producción al mercado, para los productos para los que ha sido reconocida, y en cualquier otra que se establezca*”.

3 EL REGISTRO DE LAS ENTIDADES ASOCIATIVAS PRIORITARIAS EN CASTILLA Y LEÓN Y EN CASTILLA-LA MANCHA

A imagen y semejanza de lo que acontece, si bien en el ámbito estatal, con la Ley 13/2013, “*de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario*” y el “*Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias*”⁷, también en las Comunidades Autónomas de Castilla y León y de Castilla-La Mancha, en virtud de los Decretos ahora examinados, se crea un Registro para sus Entidades Asociativas Prioritarias.

En efecto, en virtud del Decreto 34/2016 (artículo 11) se crea en la Comunidad Autónoma de Castilla y León el “*Registro de entidades asociativas agroalimentarias prioritarias y de sus socios prioritarios de Castilla y León*”; se crea en la consejería competente en materia agraria, con carácter público e informativo, adscrito al órgano directivo central competente en materia de asociacionismo agrario, y en él se inscribirán las entidades y socios de esta naturaleza reconocidos de acuerdo con lo establecido en el propio Decreto.

La inscripción en el registro supondrá la incorporación al mismo tanto de los datos correspondientes a la “*EAP*”, como los relativos a las entidades asociativas que la integran y la relación de productores que forman parte de la misma, con

⁷ Sobre el mismo, *vid.* CABELLO LÓPEZ, “A Lei de Fomento da Integración de Cooperativas...”, *cit.*, págs. 101 y 102. También de la misma autora, “Requisitos y procedimiento para el reconocimiento, la inscripción y la baja en su Registro...”, *cit.*, pág. 430.

sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de “*Protección de Datos de Carácter Personal*”.

Cada “*EAPr*” tendrá asignado un número correlativo, independiente y único, que se corresponderá con el número del archivo documental que contendrá la documentación preceptiva presentada por la entidad que deberá mantenerse debidamente actualizada. Asimismo, a cada socio prioritario se le asignará un número correlativo, independiente y único que se corresponderá con el número del archivo documental que contendrá la documentación preceptiva presentada por el socio. Este número se incorporará a su inscripción en el Registro de explotaciones agrarias de Castilla y León. En el caso de acuerdos intercooperativos, la inscripción en el registro supondrá la incorporación al mismo de los datos correspondientes a todas las cooperativas que estén colaborando mediante esta fórmula así como la relación de productores que forman parte de las mismas.

Por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, se crea mediante el Decreto 77/2016 (artículos 10 y 11) el “*Registro regional de Entidades Asociativas Prioritarias de Interés Regional de Castilla-La Mancha*”, como registro administrativo de carácter público y único, bajo la dependencia orgánica de la Dirección

General competente en materia de mejora de las estructuras de comercialización y transformación de los productos agroalimentarios.

También en este caso, la inscripción en el registro supondrá la incorporación al mismo tanto de los datos correspondientes a la entidad asociativa prioritaria, como a las entidades asociativas que la integran y la relación de productores que forman parte de las mismas, con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de “*Protección de Datos de Carácter Personal*”. Cada “*Eapir*” tendrá asignado un número correlativo, independiente y único, que se corresponderá con el número del archivo documental que contendrá la documentación preceptiva presentada por la Entidad, y que deberá mantenerse debidamente actualizada.

4 BIBLIOGRAFÍA

- CABELLO LÓPEZ, M. L., “A Lei de Fomento da Integración de Cooperativas e doutras Entidades Asociativas de carácter agroalimentario”, *CES* 35 (2012-2013), págs. 97 y sigs.
- “Requisitos y procedimiento para el reconocimiento, la inscripción y la baja en su Registro, de las Entidades Asociativas Prioritarias, previstas en la Ley de Fomento de la Integración de Cooperativas y de otras Entidades Asociativas de carácter agroalimentario”, *CES* 37 (2014-2015), págs. 423 y sigs.
- “Modificaciones del régimen jurídico de las Entidades Asociativas Prioritarias de la Ley de Fomento de la Integración de Cooperativas y de otras Entidades Asociativas de carácter agroalimentario”, *CES* 38 (2015-2016), págs. 387 y sigs.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 411-420
ISSN: 1130-2682

**REFORMA DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS SECCIONES
DE CRÉDITO DE LAS COOPERATIVAS EN CATALUÑA**

*REFORM OF THE FUNCTIONING OF THE CREDIT
SECTIONS OF COOPERATIVES IN CATALONIA*

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ*

* Doctor en Derecho. Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Miembro del IDIUS y CERGI, de la USC. Email: jarmiguez@gmail.com.

RESUMEN

El D-L 2/2016, de 17 de mayo, de modificación de la Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas en Cataluña adapta la regulación de las secciones de crédito de las cooperativas agrarias, con el propósito de de mejores sus condiciones de financiación, a través de la creación de un instrumento específico, el «Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito», dotado de una gestión profesionalizada que incremente su rentabilidad y disminuya su necesidad de recursos públicos.

PALABRAS CLAVE: economía social, sociedades cooperativas, cooperativas de crédito, sección de crédito cooperativo.

ABSTRACT

The Decree-Law 2/2016, of 17 May, amending Law 6/1998, of 13 May, regulating the operation of credit sections of cooperatives in Catalonia adapts the regulation of credit sections of agricultural cooperatives and provide them with better financing conditions, through the creation of a specific instrument, the «Cooperative Fund to Support Credit Sections», endowed with a professionalized management that will increase its profitability and diminish its need of public resources.

KEY WORDS: social economy, cooperative societies, credit cooperatives, cooperative credit section.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 2. ANTECEDENTES. 3. LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL D-L 2/2016. 4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA REFORMA. 4.1. La creación del «Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito». 4.2. Modificaciones puntuales. 5. VALORACIÓN FINAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. PRESENTATION. 2. BACKGROUND. 3. THE REFORMS INTRODUCED BY D-L 2/2016. 4. STRUCTURE AND CONTENT OF THE REFORM. 4.1. The creation of the «Cooperative Fund to support credit sections». 4.2. Modifications on time. 5. FINAL EVALUATION. 6. BIBLIOGRAPHY.

1 PRESENTACIÓN

Las consecuencias de la crisis económica y financiera iniciada en 2008 han sido especialmente graves para la denominada «Economía Social», de la que las cooperativas son una pieza esencial.

En este contexto de debilitamiento del crédito y la inversión, de contracción de la demanda y de elevación del riesgo financiero de las empresas, se han sucedido los cambios normativos destinados a reforzar la solidez de instituciones claves del tejido económico, como son, especialmente en algunos sectores, las sociedades cooperativas.

Entre el conjunto de reformas llevadas a cabo en el sector cooperativo, el Boletín Oficial del Estado (BOE) n.º 153, del sábado 25 de junio de 2016, publicaba el D-L 2/2016, de 17 de mayo, de modificación de la Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas en Cataluña (en adelante «el D-L 2/2016»). Se trata de una nueva adaptación de la normativa autonómica de cooperativas de Cataluña, que articulada a través de D-L, viene a completar las diversas reformas llevada a cabo en dicha Comunidad Autónoma, materializadas singularmente en la aprobación de una nueva ley de cooperativas, la Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas [de Cataluña]¹.

Centrándonos ya en la norma objeto del presente comentario, el D-L 2/2016, es preciso recordar, con carácter preliminar, que las secciones de crédito de las cooperativas son algo completamente diferente de las genuinas «Cooperativas de crédito»².

¹ Vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. «La Nueva Ley de Cooperativas de Cataluña», *CES* 38 (2015-2016), págs. 405-414.

² En efecto, mientras las «cooperativas de crédito» son, como las define el Artículo 1 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito, sociedades cooperativas «cuyo objeto social es servir a las necesidades financieras de sus socios y de terceros mediante el ejercicio de las actividades

2 ANTECEDENTES

La norma objeto del presente comentario es la reforma de Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas [en Cataluña] (en adelante, «Ley 6/1998»), objeto de la presente reforma³.

De este modo, la norma adoptada en 1998 estableció un nuevo y más depurado marco normativo para las secciones de crédito de las cooperativas sometidas a la regulación de la Comunidad Autónoma de Cataluña, fijando su régimen jurídico y las reglas básicas para su funciones, sin menoscabo de las facultades reconocidas a los socios para configurar estatutariamente las reglas internas de actuación de las cooperativas y de sus eventuales secciones de crédito, tanto en lo que respectaba al control interno de la organización como a la necesaria transparencia respecto de los socios y la efectiva participación de los mismos y de los cargos elegidos, en la toma de decisiones de gestión, compartiendo de ese modo las consiguientes responsabilidades.

Con anterioridad a la presente reforma, la versión original de la Ley 6/1998 ya había sido objeto de diversas modificaciones, destinadas a hacer frente a los efectos de la actual crisis económica iniciada. Así, la Ley catalana 2/2014, de 27 enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público (BOE n.º 69, de 21 de marzo de 2014), modificó su Artículo 3 (Registro), el número 2 de su artículo 5 (Estructura financiera y actividad), así como alguna de sus infracciones (Artículo 14. Infracciones), el Artículo 15 (Sanciones aplicables a la cooperativa) e introdujo su Disposición adicional única.

Por su parte, la Disposición final cuarta de la Ley 12/2015, de 9 julio, de cooperativas [de Cataluña], dio nueva redacción al Artículo 1 de la Ley 6/1998. De este modo, el nuevo Artículo 1, de la Ley 6/1998 quedaba redactado del siguiente modo:

«Artículo 1. Concepto y funciones

1. Se consideran secciones de crédito las unidades económicas y contables internas de las cooperativas de clase agraria de primer gra-

propias de las entidades de crédito.», las «secciones de crédito» de las cooperativas son secciones especializadas dentro de cualquier cooperativas, que son creadas por sus socios con la finalidad de contribuir a mejorar la situación económica y social de los socios y su entorno.

³ La Ley 6/1998 no es la primera norma con rango legal específica para esta singular y delicada materia pues tiene su antecedente inmediato en la Ley 1/1985, de 14 de enero, reguladora del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas [de Cataluña], que –como se expresa claramente en el Preámbulo de la Ley 6/1998, incorporaba, sin embargo, «varios preceptos que pueden inducir a confusión entre la actividad cooperativa efectuada por medio de secciones de crédito y la actividad propia de las cooperativas de crédito.»

do que se sujetan a los requisitos establecidos por la presente ley y por la Ley de cooperativas.

2. Pueden tener sección de crédito las cooperativas rurales de primer grado que tengan por objeto, entre otros, la producción agraria. Los socios que, a los efectos de la presente ley y de la normativa de desarrollo, no cumplen los requisitos para ser socios en una cooperativa de clase agraria son asimilados como socios colaboradores.

3. El objeto de las secciones de crédito es el cumplimiento de alguna de las siguientes finalidades:

- a) Contribuir a la financiación de las operaciones de la cooperativa.
- b) Contribuir a la financiación de actividades de los socios vinculadas a la actividad de la cooperativa o a las necesidades domésticas de los socios y de los colaboradores.
- c) Gestionar de forma conjunta las disponibilidades líquidas de los socios y de los socios colaboradores.

4. Las secciones de crédito de las cooperativas no tienen personalidad jurídica independiente de estas y deben limitar la gestión de operaciones activas y pasivas en el seno de la propia cooperativa a los socios comunes y a los socios colaboradores.

5. A los efectos de las prescripciones de la presente ley y de la normativa de desarrollo, se asimilan como socios comunes las siguientes personas, siempre y cuando no tengan la condición de socio común o socio colaborador:

- a) Los miembros de la comunidad familiar que tengan una relación de afinidad o de consanguinidad en primer grado con los socios que cumplen los requisitos legales para tener la condición de socio común en una cooperativa agraria y que lleven a cabo una actividad económica que dependa o sea afecta a la actividad económica de estos socios.
- b) Los trabajadores de la cooperativa.
- c) Las personas jubiladas que habían tenido la condición de socio común en una cooperativa agraria en los tres últimos años de vida profesional activa.»

La comparación de la nueva redacción de este Artículo 1 de la Ley 6/1998, con la original reemplazada pone de relieve claramente que esta regulación autonómica especial limita tras esta reforma su ámbito de aplicación únicamente a las secciones de crédito «de las

cooperativas de clase agraria de primer grado que se sujetan a los requisitos establecidos por la presente ley y por la Ley de cooperativas», pues la precedente redacción aludía de modo general al definir también a estas secciones de crédito, de modo genérico, a «las cooperativas que se sujetan a los requisitos establecidos por la presente Ley y por la Ley de Cooperativas de Cataluña».

3 LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL D-L 2/2016

Con carácter general e introductorio se debe señalar que las modificaciones introducidas en la Ley 6/1998 por el D-L 2/2016 persiguen completar las ya introducidas en 2014 y 2015, entre ellas, la ya referida, al concepto y funciones de estas secciones de crédito, respondiendo a las específicas dificultades que está atravesando el sector cooperativo agrario de Cataluña⁴.

Con los cambios que se introducen con el D-L 2/2016 se persigue, en último término, «una reestructuración del sector de cooperativas agrarias con sección de crédito con el fin de mejorar su funcionamiento e incidir, además, en su refuerzo como un instrumento que contribuye muy positivamente a potenciar la actividad del mundo agrario y por extensión del entorno rural.», poniendo en evidencia, «que son las secciones de crédito de las cooperativas agrarias la preocupación principal de la reforma, lo que es coherente con el peso de estas cooperativas en la economía de Cataluña.»

La nueva reforma parte del reconocimiento de las cooperativas como empresas privadas que, como tales, actúan con independencia y de que los usuarios de estas secciones son sus propios socios, que toman las decisiones relativas a su gestión a través de sus asambleas generales, lo que lleva a afirmar de forma expresa que «los perjuicios ocasionados por estas situaciones de riesgo en alguna cooperativa con sección de crédito tienen que ser asumidos primero por la propia cooperativa (socios y acreedores) y después por el sector, pero se tiene que evitar su repercusión en el contribuyente o a cargo de los recursos públicos.» Por ello se considera «imprescindible estructurar un nuevo instrumento en manos de las propias cooperativas con sección de crédito que contribuya a la liquidación de los saldos

⁴ Como recogía la prensa, a finales del 2011, la sección de crédito de la cooperativa agrícola de l'Aldea (Baix Ebre) entró en quiebra y bloqueó los ahorros de 3.000 familias, destacándose, asimismo que, por aquel entonces, 113 cooperativas catalanas tenían sección de crédito. Aunque este caso se consideró excepcional, con un proceso judicial abierto por presunta actuación delictiva de su ex gerente, desde entonces el sector cooperativo catalán habría adelgazado, planteándose la necesidad de reestructurar su modelo financiero. Cfr., a título ilustrativo, GIRALT, E., «El sector cooperativo catalán reduce el peso de sus secciones de crédito», *La Vanguardia* (07/01/2016). Artículo disponible en: <<http://www.lavanguardia.com/economia/20160107/301236158088/sector-cooperativo-catalan-reduce-secciones-credito.html>>.

acreedores de las secciones de crédito a los socios titulares, dotando de tiempo a la cooperativa en reestructuración para poder realizar de forma ordenada los activos de la sección de crédito.»

La creación de un «Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito» (en adelante, «el Fondo»), es, como veremos, la novedad más significativa de la presente reforma, destinado a «dar estabilidad en el sector y hacer sostenible la actividad productiva futura de la cooperativa que utilice estos fondos, una vez se hayan liquidado ordenadamente los saldos acreedores de la sección de crédito.»

4 ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA REFORMA

El D-L 2/2016 consta de un único artículo, dividido en cuatro apartados, que se completa con dos disposiciones adicionales y una única disposición final. Veamos su contenido concreto.

4.1. La creación del «Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito»

Como ya anticipábamos, la novedad más llamativa e importante de esta nueva reforma de las secciones de crédito cooperativo es la introducción, en su apartado Primero de un nuevo capítulo, el Capítulo IV, destinado a regular la creación de un «Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito». A lo largo de los cuatro artículos que integran dicho Capítulo IV se regula su naturaleza jurídica y composición (Artículo 20), su Órgano rector (Artículo 21), su régimen económico (Artículo 22) y se trata de modo específico el deber de colaboración y secreto respecto de sus actividades (Artículo 23).

En lo que se refiere a su naturaleza jurídica, no se reconoce al nuevo Fondo personalidad jurídica propia, tal y como se recogía ya en apartado 4º del Artículo 1, de la Ley 6/1998, ya transcrito, cuya redacción procede de la Disposición final cuarta de la Ley 12/2015, de 9 julio, de cooperativas [de Cataluña].

El Fondo se constituye con el fin de dar soporte financiero a las cooperativas que cuenten o decidan crear sección de crédito, con el objeto de contribuir al retorno a sus titulares de los fondos constituidos como saldos acreedores a las secciones de crédito, siempre que los socios hayan acordado la baja de la sección de crédito correspondiente antes de recibir el mencionado soporte financiero.

En consecuencia, todas las cooperativas con sección de crédito sujetas a las prescripciones de la Ley 6/1998 quedan obligadas a constituir y participar en el nuevo Fondo, cuya administración se encomienda a una cooperativa de segundo grado, que habrá de prever en sus estatutos sociales, como objeto específico, el facilitar a las cooperativas socias una organización común en materia de secciones de crédito.

El Fondo actuará en nombre y por cuenta de las cooperativas que lo constituyen en las negociaciones jurídicas y económicas con otras entidades, debiendo re-

presentar las cooperativas socias la mayoría de los saldos acreedores constituidos en las secciones de crédito de las cooperativas en relación con otras cooperativas de segundo grado similares.

La cooperativa administradora será designa por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña,, a propuesta del consejero o consejera titular del departamento competente en materia de economía y finanzas, siendo preceptiva su publicación en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, circunstancia que ya se ha producido⁵.

En el caso de cooperativas con sección de crédito que no participen en el Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito o que su participación sea inferior al mínimo establecido, la cooperativa administradora lo debe comunicar al departamento competente en materia de economía y finanzas, que deberá requerir la subsanación, en un plazo no superior a tres meses, del incumplimiento a las cooperativas correspondientes. Alternativamente, las cooperativas requeridas pueden presentar en un plazo no superior a dos meses desde la fecha del requerimiento un plan para la liquidación de los saldos acreedores de la sección de crédito con su baja registral, con un plazo de ejecución no superior a seis meses desde la fecha del requerimiento.

Las cooperativas participantes en el Fondo que acuerden la baja registral de su sección de crédito con el retorno de sus saldos acreedores a sus titulares, tienen derecho a recuperar el valor de liquidación de su participación en un plazo no superior a un año siempre y cuando la parte del Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito no aplicada a las actuaciones de soporte financiero deducido el valor de liquidación de las participaciones pendientes a retornar represente una cuantía superior al 20 % de su patrimonio. En caso de no disponer de este porcentaje se pospone su retorno hasta su cumplimiento con un máximo de cinco años.

El Fondo tendrá como órgano rector el denominado «Consejo Rector de la cooperativa administradora», cuyos acuerdos se tendrán que adoptar por mayoría de los asistentes. La presidencia del mismo tendrá voto dirimente en caso de empate. Se prevé, asimismo que con carácter previo a la adopción de los acuerdos relativos a actuaciones de soporte financiero, se requerirá un informe preceptivo aunque no vinculante del departamento competente en materia de economía y finanzas de la Generalitat.

El Consejo Rector podrá, no obstante delegar facultades en una o más comisiones delegadas.

En lo relativo a su régimen económico, el control administrativo del Fondo es también intenso, pues Se prevé que se constituya como un «patrimonio separado dentro del patrimonio de la cooperativa administradora», al que se dota con los

⁵ El DOGC n.º 7124, de 20/05/2016, publicó el Acuerdo GOV/ 63/2016, de 17 de mayo, por el que se designa la cooperativa administradora del Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito, por el que se designó como administradora a la cooperativa de segundo grado, ASC, SCCL, a propuesta del vicepresidente y Consejero de Economía, de la Generalidad de Cataluña.

siguientes recursos: a) Aportaciones no integrables a capital de cada cooperativa con sección de crédito por un importe en euros de, como mínimo, el 3 % sobre los saldos acreedores medios mensuales de cada sección de crédito⁶, b) Cualquier tipo de financiación, si procede, por falta de suficiencia de las aportaciones anteriores en la consecución de su objetivo y c) Cualquier otro ingreso derivado de la gestión patrimonial.

La norma específica que el Fondo pueda instrumentar, entre otros, las siguientes actuaciones de soporte financiero: a) Otorgamiento de garantías. b) Concesión de operaciones de financiación. c) Adquisición de activos o pasivos, de los cuales puede mantener su gestión o encargarla a terceros.

Asimismo, la parte del Fondo no aplicada a las actuaciones de soporte financiero tendrá que ser aplicada a inversiones financieras con perfil de riesgo bajo y de elevada liquidez y deberá cubrir los gastos y las pérdidas que genere su gestión. La cooperativa administradora tendrá que aplicar una comisión de gestión anual no superior al 1 % del conjunto de activos del fondo.

Por su parte, la distribución del resultado se tendrá que hacer de manera diferenciada del resto de la cooperativa administradora y las cuentas anuales de esta cooperativa se tendrán que someter a auditoría, debiendo la cooperativa administradora remitir anualmente, dentro de los 15 días siguientes a su aprobación por la asamblea general, una copia de las cuentas anuales auditadas en el departamento competente en materia de economía y finanzas, sin perjuicio del cumplimiento de la normativa reguladora de auditoría de cuentas y de cooperativas.

La nueva regulación prevé además que la cooperativa administradora, en las tareas de gestión y administración del Fondo deberá colaborar con el departamento competente en materia de economía y finanzas de la Generalitat y facilitar la información que resulte necesaria relativa al fondo.

No obstante, los datos, los documentos y la información que se obtenga en relación con el Fondo tendrán carácter reservado y, «con las excepciones previstas en la normativa vigente, no pueden ser divulgadas a ninguna persona o autoridad, ni utilizadas con finalidades diferentes a aquellas para las cuales fueron obtenidas. Este carácter reservado cesará desde el momento en que los interesados hagan público los hechos a los cuales los datos, los documentos y la información se refieren.»

4.2. Modificaciones puntuales

Las otras modificaciones introducidas por el D-L 2/2016 pueden calificarse de puntuales, adjetivo que, sin embargo, no les resta valor, pues se centran en el régimen sancionador.

⁶ La norma incluye provisiones adicionales.

Respecto de las disposiciones adicionales, destacaremos la primera, pues conforme a la misma, «Todas las operaciones de soporte financiero otorgadas por la cooperativa administradora o por las cooperativas con sección de crédito en los 5 años anteriores a la entrada en vigor de este Decreto ley a cooperativas con el objeto de contribuir al retorno a sus titulares de los saldos acreedores de las secciones de crédito con el acuerdo de la baja de la sección de crédito tomado por la asamblea general de la cooperativa, se integran en el Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito el 1 de junio de 2016, y los recursos aportados a la cooperativa administradora por las cooperativas con sección de crédito se transformarán a 1 de junio de 2016 en aportaciones no integrables a capital del Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito incorporándose como tales para los cálculos del mínimo establecido en la Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas.»

5 VALORACIÓN FINAL

El impacto de la crisis se ha hecho sentir de modo muy singular en el mundo cooperativo y de forma especialmente sensible en el relacionado con el sector agrario.

La presente norma trata de dar respuesta a las necesidades financieras de las cooperativas agrarias y sus miembros articulando un instrumento específico, de carácter imperativo y reglado, sometido no sólo un intenso control administrativo, sino que se deja en manos de una cooperativa de segundo grado designada ad hoc, lo que facilita no sólo su control, sino que pretende garantizar su cualificación técnica, con el objeto de mejorar la financiación de las cooperativas agrarias y sus socios con el menor coste para las finanzas públicas, vía que siempre resulta delicada en un sector tan sensible como el agrario, sometido a una regulación especial, dentro incluso de la singularidad del control de las ayudas estatales ejercido desde la Unión Europea, que no son objeto de mención, pero que pesa sobre cualquier transferencia de recursos públicos sobre empresas o sectores que desarrollen una actividad económica, cuyo cumplimiento efectivo debe también garantizarse.

6 BIBLIOGRAFÍA

RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. «La Nueva Ley de Cooperativas de Cataluña», *CES* 38 (2015-2016), págs. 405-414.

GIRALT, E., «El sector cooperativo catalán reduce el peso de sus secciones de crédito», *La Vanguardia* (07/01/2016). Artículo disponible en: <<http://www.lavanguardia.com/economia/20160107/301236158088/sector-cooperativo-catalan-reduce-secciones-credito.html>>.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 421-431
ISSN: 1130-2682

EL CONSEJO ASTURIANO DE ECONOMÍA SOCIAL
THE ASTURIAN COUNCIL FOR SOCIAL ECONOMY

MARÍA JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ*

* Abogada del ICA de Pontevedra. Email: mjrmiguez@mundo-r.com.

RESUMEN

El desarrollo reglamentario de la Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas, a través de la que la Comunidad Autónoma de Asturias se dotó, por primera vez, de una norma propia en materia de cooperativas, se ve impulsado con la aprobación del Decreto 56/2016, de 5 de octubre, por el que se regula la organización y el funcionamiento del Consejo Asturiano de la Economía Social da cumplimiento a la previsión contenida en el artículo 202.

PALABRAS CLAVE: economía social, sociedades cooperativas, economía social.

ABSTRACT

The regulatory development of the Law of the Principality of Asturias n.º 4/2010, of 29 June, on Cooperatives, through which the Autonomous Community of Asturias was given, for the first time, a specific rule on cooperatives, is seen Promoted with the approval of Decree 56/2016 of October 5, which regulates the organization and operation of the Asturian Council of the Social Economy complies with the provision contained in Article 202.

KEY WORDS: social economy, cooperative societies, social economy.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN DE LAS COOPERATIVAS EN ASTURIAS. 2. EL CONSEJO ASTURIANO DE LA ECONOMÍA SOCIAL EN LA LCPA. 3. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DEL RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO. 3.1. Estructura de la norma. 3.2. Contenido del Decreto 56/2016. 3.2.1. Naturaleza y régimen jurídico. 3.2.2. Funciones. 3.2.3. Composición y funcionamiento. 3.2.4. Gratuidad de los cargos. 3.2.5. Dotación de medios. 3.2.6. Disposición adicional y disposiciones finales. 4. VALORACIÓN DE CONJUNTO.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION: THE REGULATION OF COOPERATIVES IN ASTURIAS. 2. THE ASTURIAN COUNCIL OF THE SOCIAL ECONOMY IN THE LCPA. 3. THE REGULATORY DEVELOPMENT OF THE REGIME OF ORGANIZATION AND OPERATION OF THE COUNCIL. 3.1. Structure of the standard. 3.2. Content of Decree 56/2016. 3.2.1. Nature and legal regime. 3.2.2. Functions. 3.2.3. Composition and operation. 3.2.4. Free of charge. 3.2.5. Endowment of means. 3.2.6. Additional provision and final provisions. 4. OVER-ALL ASSESSMENT.

1 INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN DE LAS COOPERATIVAS EN ASTURIAS

El Gobierno del Principado de Asturias promulgó en 2016 el Decreto 56/2016, de 5 de octubre, por el que se regula la organización y el funcionamiento del Consejo Asturiano de la Economía Social (BOPA de 17 de octubre de 2016), al que en el presente comentario nos referiremos, en adelante, como el Decreto 56/2016.

Se trata de un paso más en el desarrollo reglamentario de la Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas («LCPA», o «Ley 4/2010»), con la que la Comunidad Autónoma de Asturias siguió la senda de la mayoría de las Comunidades Autónomas que sucesivamente se han ido dotando de normas propias en materia de cooperativas¹.

Es preciso destacar, en consecuencia, que hasta la aprobación de la Ley 4/2010, la norma de referencia en materia de cooperativas en el Principado de Asturias era la ley estatal (en la actualidad, la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas), pasando, a partir de la entrada en vigor de la misma, a ser ésta, como en el resto de las Comunidades Autónomas con norma autonómica propia en materia de coope-

¹ Otras Comunidades Autónomas han sido especialmente activas en esta materia. Así, a título de ejemplo, Cataluña ha dictado hasta la fecha tres leyes diferentes de cooperativas, alguna de las cuales fue asimismo reformada: la Ley 4/1983, de 9 de marzo, de cooperativas de Cataluña, la Ley 18/2002, de 5 de julio, de cooperativas y más recientemente, la Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas. Por su parte, Andalucía, antes de la vigente Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, había adoptado también dos leyes, la Ley 2/1985, de 2 de mayo, y la Ley 2/1999, de 31 de marzo, ambas, de Sociedades Cooperativas Andaluzas.

rativas, la norma de referencia, resultando sólo aplicable la norma estatal cuando la actividad de la cooperativa no se realiza «principalmente» en el territorio del Principado de Asturias².

2 EL CONSEJO ASTURIANO DE LA ECONOMÍA SOCIAL EN LA LCPA

La creación de un «Consejo Asturiano de la Economía Social» (en adelante el «Consejo») aparecía recogida en la Ley 4/2010, cuyo Capítulo II, bajo la rúbrica «Consejo asturiano de la economía social», ofrecía ya, delimitándolo, su «Concepto y naturaleza» (Artículo 201), remitiendo la regulación de sus «Funciones, composición y funcionamiento» (Artículo 202) a un ulterior desarrollo reglamentario³.

De este modo, el Consejo queda definido por el artículo 201 de la LCPA en los siguientes términos:

«El Consejo Asturiano de la Economía Social, es el órgano asesor y consultivo para las actividades relacionadas con la economía social, adscrito a la Consejería competente en dicha materia.

Actuará como un órgano de colaboración y coordinación del movimiento asociativo, de la administración autonómica y otros agentes sociales.»

No obstante lo anterior, y adicionalmente al previsto desarrollo reglamentario para el que se habilita al órgano ejecutivo del Gobierno del Principado, la propia LCPA marcaba ya las pautas del ulterior desarrollo reglamentario en lo relativo a sus funciones a través de las remisiones que al mismo hace a lo largo de su articulado.

Así, además de la mención recogida a su creación en el propio Preámbulo de la LCPA («[...] se crea el Consejo Asturiano de la Economía Social, con funciones asesoras y consultivas para las actividades relacionadas con la economía social, y

² Como es bien sabido, la ley estatal establece su ámbito de aplicación, conforme a su artículo 2.a): A las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal. Y b) A las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla.

³ El Dictamen 5/2016, del Consejo Económico y Social de Asturias (CES), de 15 de septiembre de 2016, sobre el proyecto de decreto por el que se regula la organización y el funcionamiento del Consejo Asturiano de la Economía Social, en sus consideraciones generales al Proyecto quiso recordar «la importancia de cumplir los mandatos legales, ya que han transcurrido más de seis años desde la encomienda de regulación que hizo la Ley asturiana de cooperativas para el desarrollo de la figura del Consejo Asturiano de Economía Social.»

que se configura como un órgano de colaboración y coordinación del movimiento asociativo, de la administración autonómica y otros agentes sociales.») y la ya referida a su concepto y naturaleza, la LCPA lo menciona en otros preceptos.

El Artículo 6 LCPA, relativo a las «Secciones» de las cooperativas, dispone en su apartado 3, segundo párrafo, que «El Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería competente en materia de cooperativas y **previa audiencia del Consejo Asturiano de la Economía Social, fijará la proporción máxima permitida entre el total del pasivo exigible de la sección y los recursos propios de la cooperativa.**» (Énfasis añadido).

Por su parte, el Artículo 115 LCPA, relativo a la Transformación de sociedad cooperativa, dispone, en su apartado 4:

«4. El fondo de educación y promoción, así como cualquier otro fondo o reserva no repartible entre los socios, se pondrán a disposición de la Administración del Principado de Asturias, que los destinará, exclusivamente, a los fines de educación y promoción de las cooperativas, **a través del Consejo Asturiano de la Economía Social.**»

Del mismo modo, al regular la adjudicación del haber social (Artículo 127 LCPA), la Ley 4/2010 establecía ya que:

«2. Una vez satisfechas o garantizadas las deudas anteriores, el resto del haber social se adjudicará según el siguiente orden:

[...]

d) El activo sobrante, si lo hubiere, se destinará a los mismos fines que el fondo de educación y promoción cooperativa, poniéndose a disposición de la misma entidad pública o privada encargada de su realización, y, en caso de no producirse dicha designación, de la unión o federación mencionada, **y, en su defecto, del Consejo Asturiano de la Economía Social.**»

Finalmente, el Artículo 188 LCPA, en el que se regula la autorización de reparto del fondo de reserva obligatorio en caso de liquidación, prevé también la participación de este Consejo, al señalar:

«En el momento de la configuración, constitutiva o por modificación, de estas cooperativas, la Consejería competente en materia de cooperativas, **previo informe del Consejo Asturiano de la Economía Social,** podrá autorizar la previsión estatutaria de reparto del

fondo de reserva obligatorio en caso de liquidación, con arreglo a los criterios señalados en el apartado 4 del artículo 186 y respetando las demás normas de adjudicación del haber social establecidas en esta ley.»

3 EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DEL RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO

Sobre la base estas previsiones, el Decreto 56/2016 desarrolla reglamentariamente el régimen de organización y el funcionamiento de este Consejo Asturiano de la Economía Social. Para analizar esta nueva norma debemos referirnos a su estructura y contenido.

3.1. Estructura de la norma

El Decreto 56/2016 consta de 13 artículos, una disposición adicional única, relativa a la constitución del Consejo y tres disposiciones finales. Como es obvio, el Decreto 56/2016 parte de las previsiones contenidas en la Ley 4/2010. Su objeto es claro y explícito desde el propio título de la norma, la regulación de las funciones, composición y funcionamiento del Consejo Asturiano de la Economía Social, dándose así cumplimiento la previsión legal ya reseñada⁴.

3.2. Contenido del Decreto 56/2016

El nuevo Decreto desarrolla las previsiones contenidas en la LCPA y da cumplimiento a la previsión legal relativa al desarrollo reglamentario del Consejo Asturiano de la Economía Social en los aspectos relativos a su organización y funcionamiento.

3.2.1. Naturaleza y régimen jurídico

Desarrollando lo ya previsto en la LCPA, el Decreto 56/2016 dispone que el Consejo⁵ se configure como un órgano colegiado asesor y consultivo para las actividades relacionadas con la economía social, adscrito a la Consejería competente en dicha materia, que en la actualidad es la Consejería de Empleo, Industria y Turismo.

⁴ Respecto de la tramitación de esta norma puede verse el Dictamen 5/2016, de 15 de septiembre de 2016, elaborado por el Consejo Económico y Social de Asturias, en: <file:///C:/Users/jrodriguez/Downloads/Dictamen_5-2016_sobre_el_proyecto_decreto_por_el_que_se_regula_la_organizaci%C3%B3n_y_el_funcionamiento_del_Consejo_Asturiano_de_la_Econom%C3%ADa_Social.pdf>.

⁵ Cfr. Artículos 1 a 3 del Decreto 56/2016.

La misión encomendada al nuevo organismo se detalla configurándolo como un órgano de colaboración y coordinación del movimiento asociativo, de la Administración del Principado de Asturias y otros agentes sociales.

Su régimen jurídico será el ya esbozado en la LCPA y en el propio Decreto 56/2016, siendo de aplicación subsidiaria a dichas normas, la legislación sobre órganos colegiados de las Administraciones Públicas, contenida en la Sección 3.^a «Órganos colegiados de las distintas administraciones públicas» (Arts 15 a 22), de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁶.

3.2.2. Funciones

En lo que concierne a las funciones del Consejo⁷, además de referirse de forma expresa a las ya comentadas que se incluían en la LCPA («Las establecidas en los artículos 6, 115, 127 y 188 de Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas, en relación con los procedimientos que se sigan ante la Administración del Principado de Asturias en materia de secciones de crédito y reparto, asignación y destino de fondos y recursos económicos de las cooperativas.»⁸), respecto de las que no añade nada nuevo, le asigna nuevas funciones⁹:

- Informar, con carácter previo a su aprobación, sobre las disposiciones reglamentarias que se dicten en desarrollo de la Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas y demás disposiciones normativas referidas a la economía social.
- Informar, con carácter previo a su aprobación por el Consejo de Gobierno, sobre los planes y proyectos que tengan incidencia en materia de economía social.
- Asesorar al Principado de Asturias en el diseño y ejecución de los programas de desarrollo y fomento del cooperativismo y de la economía social, en el marco de su política general y en la aplicación de la política de empleo.
- Asesorar al Principado de Asturias en el diseño y ejecución de los programas de educación y formación cooperativa.
- Elaborar las propuestas y dictámenes en relación con el cooperativismo y la economía social que sean acordados en su seno, por iniciativa propia o a petición de las Administraciones Públicas.

⁶ BOE núm. 236, de 02/10/2015.

⁷ Cfr. Artículo 4 del Decreto 56/2016.

⁸ Cfr. Artículo 4.1, letra a) del Decreto 56/2016.

⁹ Cfr. Artículo 4.1, letras b) a j) del Decreto 56/2016.

- Colaborar con el movimiento asociativo, prestándole asesoramiento en aquellas cuestiones que se requiera.
- Promover las estructuras asociativas de empresas de economía social, las uniones y federaciones de cooperativas.
- Colaborar en el fomento de la internacionalización, así como la innovación, como elementos dinamizadores de la actividad y el empleo del sector de la economía social
- Todas aquellas funciones que le sean legalmente o reglamentariamente atribuidas.

Para el ejercicio de dichas funciones el Consejo podrá recabar la información y documentación precisas de los órganos de la Administración del Principado de Asturias a través de la Consejería de adscripción¹⁰.

3.2.3. *Composición y funcionamiento*¹¹

El órgano colegiado queda integrado por la presidencia y la vicepresidencia, atribuidas, respectivamente, a los titulares de la Consejería competente en materia de economía social¹² y al de la Dirección General competente en materia de economía social¹³, junto con 18 vocales¹⁴, con sus correspondientes suplentes, asignándose la secretaría, con voz y sin voto, a un funcionario de la Administración del Principado de Asturias, designado por el Presidente del Consejo¹⁵.

Adicionalmente, se prevé que puedan asistir a sus sesiones, a requerimiento del presidente, los titulares de los distintos órganos de la Administración del Principado u otras personas de reconocido prestigio profesional, en atención a los asuntos que habrán de ser sometidos a deliberación.

¹⁰ Cfr. Artículo 4.2 del Decreto 56/2016.

¹¹ Cfr. Artículos 5 a 13 del Decreto 56/2016.

¹² En la actualidad, la Consejería de Empleo, Industria y Turismo.

¹³ De acuerdo con el Decreto 64/2015, de 13 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo (BOPA de 14 de agosto de 2015), tal función se asigna a la Dirección General de Innovación y Emprendimiento.

¹⁴ La distribución de las vocalías está prevista del siguiente modo: ocho vocales en representación del Principado de Asturias, siete vocales en representación de las entidades asociativas de la economía social de ámbito regional, dos vocales propuestos por las organizaciones sindicales más representativas del Principado de Asturias, de acuerdo con la normativa laboral vigente y un vocal propuesto por las organizaciones empresariales más representativas del Principado de Asturias, de acuerdo con la normativa laboral vigente.

¹⁵ El ya referido Dictamen 5/2016, del Consejo Económico y Social de Asturias, incluyó entre sus recomendaciones «Segunda.- En el mismo artículo 5 cuando se menciona la representación de las entidades asociativas de la economía social, el CES considera que, bien en este decreto o en un desarrollo posterior, deberían establecerse los criterios objetivos que permitan medir la representatividad de las distintas organizaciones de economía social.».

Dado el carácter nato de los cargos de presidente y vicepresidente, cuyo cese en los puestos del ejecutivo autonómico, implicará, automáticamente el que ostentan en el Consejo, el Decreto 56/2016 sólo regula la duración del mandato de los vocales, que se fija en cuatro años, sin perjuicio de su posible renuncia, sustitución o reelección.

Los miembros del Consejo, excepto nuevamente los de Presidente/a y el Vicepresidente/a y sus suplentes, serán nombrados y cesados por resolución del titular de la Consejería competente en materia de economía social, a propuesta de los órganos de decisión correspondientes de las distintas organizaciones e instituciones representadas por los mismos.

Las funciones asignadas al presidente (Artículo 6) son las propias de quienes ostentan dicha condición en órganos colegiados, pues le corresponde su representación, acordar la convocatoria de sus reuniones y fijar su orden del día y la dirección y moderación de los debates, así como la convocatoria y presidencia de las comisiones constituidas en el seno del Consejo, el refrendo de las actas levantadas en las respectivas sesiones «y, con carácter general, las propias del Presidente de un órgano colegiado.»

Se prevé, sin embargo, que en casos de vacante, ausencia o enfermedad del presidente, «será sustituido por el Vicepresidente y, en su defecto, por el vocal de mayor edad de entre los presentes.»

En el caso del vicepresidente/a (Artículo 7), las funciones que se le asignan son también las propias de este tipo de cargos, pues se le atribuyen la de sustituir al Presidente en los casos ya señalados, la de colaborar con el Presidente en el cumplimiento de sus funciones, y ejercer las que éste le atribuya, se prevé la capacidad de que se delegue en el mismo «cualquier otra función que se le atribuya legal, reglamentariamente, o por acuerdo del Pleno.»

Lo mismo acontece con el secretario (Artículo 8) que, reiterando que será designado por el Presidente, especifica que lo será «entre los funcionarios adscritos a la Dirección General competente en materia de economía social.». Sus funciones serán: a) La asistencia, con voz y sin voto, a las sesiones que se celebren del Pleno y de las comisiones que pudieran crearse; b) La convocatoria, en su caso, de las sesiones por orden del Presidente; c) El levantamiento de las actas de las sesiones y la certificación de sus acuerdos; d) La custodia de las actas y la documentación; e) La asesoría legal de las decisiones que hubiera de aprobar el Consejo y, finalmente, f) En general, las funciones que la legislación básica sobre órganos colegiados atribuye a este miembro.

El Consejo actuará constituido en sesión plenaria, sin perjuicio de la posibilidad de constitución de comisiones de trabajo, pudiendo crear lo que denomina «Comisión ejecutiva permanente», integrada por seis vocales designados por el

Pleno entre sus miembros, para ejercer las funciones que éste le confiera (Artículo 9).

Para desarrollar sus actividades, la norma regula el régimen de convocatorias y la posibilidad de constituir secciones especializadas (Artículo 10. Convocatorias y sesiones).

El Consejo se reunirá, con carácter ordinario, al menos una vez al semestre, y con carácter extraordinario siempre que así lo decida el Presidente de forma motivada o a propuesta de la mitad de los vocales. Dichas convocatorias tendrán una antelación de, al menos, cinco días naturales a su celebración.

La convocatoria, junto con el orden del día y el acta de la sesión anterior, será remitida por el Secretario por orden del Presidente.

En caso de urgente e inaplazable necesidad, el Consejo será convocado con una antelación mínima de veinticuatro horas respecto a la fecha fijada para la reunión, procediendo entonces como primer asunto del orden del día el examen y votación respecto a la justificación de la urgencia.

Para la válida constitución del Consejo en primera convocatoria, se requerirá la presencia del Presidente y el Secretario o quienes los sustituyan y los dos tercios de los miembros con derecho a voto. Si no se alcanzase dicho quórum, el Pleno quedará constituido en segunda convocatoria, media hora después de la señalada para la primera, siendo suficiente la presencia de los titulares de la Presidencia y la Secretaría o quienes los sustituyan y la mitad más uno de sus miembros con derecho a voto.

En relación con el régimen de acuerdos, el Consejo adoptará los acuerdos por mayoría absoluta de votos válidamente emitidos, dirimiendo los empates el Presidente con su voto. Los vocales que hayan votado en contra del acuerdo podrán manifestar por escrito su voto discrepante, que se incorporará al acta de la sesión.

Las previsiones recogidas para las actas de las secciones (Artículo 11), se prevé que corresponde al Secretario el levantamiento del acta correspondiente a cada sesión, que será sometida a aprobación en la misma reunión o en la inmediata siguiente. Dicha acta contendrá los extremos exigidos en la legislación básica reguladora de los órganos colegiados. Una vez aprobada, será firmada por el Secretario con el visto bueno del Presidente, quedando bajo la custodia y en depósito de aquél.

3.2.4. Gratuidad de los cargos

El desempeño de los cargos de miembros del Consejo no será remunerado. No obstante, la asistencia de los vocales a las sesiones del Consejo no generará derecho a ningún tipo de indemnización¹⁶.

¹⁶ Cfr. Artículo 12 del Decreto 56/2016.

3.2.5. *Dotación de medios*

Para su funcionamiento, el Consejo dispondrá de los medios materiales y personales que le sean asignados por la Consejería de adscripción¹⁷.

3.2.6. *Disposición adicional y disposiciones finales*

La norma recoge una única disposición adicional destinada a regular la constitución del organismo. Para ello, se fija un plazo de cuatro meses a partir de la entrada en vigor del propio decreto para que se proceda a la constitución del Consejo.

De las tres disposiciones finales la primera tiene por objeto, la modificación del Decreto 64/2015, de 13 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo, incorporando, en su punto 8, al «Consejo Asturiano de la Economía Social».

La segunda disposición final habilita para un ulterior desarrollo normativo de la regulación del organismo. Para ello se faculta al titular de la Consejería de adscripción para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación del presente decreto.

Y finalmente la última de las disposiciones finales, la tercera, establece que este Decreto 56/2016, entrará en vigor, siguiendo la regla general, a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias.

4 VALORACIÓN DE CONJUNTO

Con indudable retraso respecto de las previsiones contenidas en la LCPA, la nueva norma es previsible que impulse este órgano, y con ello, la actividad cooperativa en el Principado de Asturias, completándose así su regulación autonómica.

¹⁷ Cf. Artículo 13 del Decreto 56/2016.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 433-441
ISSN: 1130-2682

**LA LEY DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE GALICIA:
ESPECIAL REFERENCIA A LA MODIFICACIÓN
DE LA LEY GALLEGA DE COOPERATIVAS**

*THE LAW OF THE SOCIAL ECONOMY OF GALICIA:
SPECIAL REFERENCE TO THE MODIFICATION OF
GALICIAN LAW OF COOPERATIVES*

MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA*

* Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña. Email: manuel.jose.vazquez.pena@udc.es.

RESUMEN

Con la idea de dotar al sector de una regulación propia en sintonía con la realidad gallega y que fomente su consolidación y expansión, se aprueba la Ley 6/2016, de 4 de mayo, “*de la economía social de Galicia*”. A través de ésta se modifican, además, la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, “*de servicios sociales de Galicia*”, fijándose un régimen transitorio respecto del desarrollo y la adaptación de la misma, y la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, “*de cooperativas de Galicia*”, en la que se crea una nueva modalidad de cooperativa, la cooperativa juvenil, con el objetivo fundamental, en ambos casos, de adecuar sus textos a las previsiones, orientaciones y principios contenidos en la nueva normativa.

PALABRAS CLAVE: Economía social, sociedades cooperativas, servicios sociales, cooperativas juveniles.

ABSTRACT

With the idea of providing to the sector of a proper regulation in tuning with the Galician reality and that encourages its consolidation and expansion, it is approved the Law 6/2016, of May 4, “of the social economy of Galicia”. Across thos one it is modified, also, the Law 13/2008, of December 3, “of social services of Galicia”, a transitory diet being fixed with regard to the development and the adaptation of the same one, and the Law 5/1998, of December 18, “of cooperatives of Galicia”, in that a new cooperative form is created, the juvenile cooperative, with the fundamental target, in both cases, of adapting its texts to the forecasts, orientations and beginning contained in the new regulation.

KEY WORDS: Social Economy, cooperative societies, social services, juvenile cooperatives.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA LEY DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE GALICIA. 3. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE COOPERATIVAS DE GALICIA.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE LAW OF THE SOCIAL ECONOMY OF GALICIA. 3. THE MODIFICATION OF GALICIAN LAW OF COOPERATIVES.

1 INTRODUCCIÓN

Las Instituciones de la Unión Europea han puesto de manifiesto reiteradamente la importancia de la Economía Social, que contribuye a un modelo económico sostenible en el cual, por un lado, las personas son más importantes que el capital y, por otro, lo principal no es la rentabilidad financiera, sino los beneficios para toda la sociedad.

En España, la Ley 5/2011, de 29 de marzo, “*de Economía Social*”¹, definió el propio concepto de economía social (artículo 2) y concretó sus principios orientadores (artículo 4), configurando un marco jurídico de aplicación en el conjunto del Estado que, sin sustituir la normativa aplicable a cada una de las entidades que conforman su ámbito, pretende un mayor reconocimiento y visibilidad de la Economía Social otorgándole un mayor grado de seguridad jurídica.

Así las cosas, de acuerdo con los preceptos apuntados, se puede afirmar que la Economía Social engloba un conjunto de actividades económicas y empresariales que en el ámbito privado llevan a cabo entidades que persiguen, bien el interés colectivo de las personas que las integran, bien el interés general económico o social, o —incluso— ambos.

Obviamente, Galicia ni es ni debe permanecer ajena a esta actividad de fomento. No cabe duda de que la situación actual demanda reforzar la apuesta de futuro por la Economía Social y dar un salto cualitativo que permita visibilizar el sector en toda su amplitud, reconociendo específicamente las importantes aportaciones que realiza a la sociedad, así como las oportunidades de mejora económica y social que ofrece.

Es necesario destacar que las características de este sector le permiten afrontar las demandas, retos y desafíos de la sociedad y la economía global, adaptándose especialmente bien a las situaciones de crisis: el colectivo de personas emprendedoras tiene a su disposición una interesante vía para llevar a cabo su proyecto y crear su propio empleo.

¹ Boletín Oficial del Estado del 30 de marzo de 2011.

Con este planteamiento, con la idea de dotar al sector de una regulación propia en sintonía con la realidad gallega y que fomente su consolidación y expansión, se aprueba la Ley 6/2016, de 4 de mayo, “*de la Economía Social de Galicia*”². Por medio de ésta se integra al sector, hasta ahora disperso, situándose en un plano de participación que abre vías de interlocución capaces de mejorar la eficacia de las políticas activas de empleo y la dinamización económica y social de Galicia. Se establecen, asimismo, mecanismos de coordinación entre los distintos agentes públicos y las entidades de Economía Social, los cuales facilitan concretar objetivos y aglutinar esfuerzos e incentivos para el desarrollo del sector.

2 LA LEY DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE GALICIA

La Ley 6/2016, “*de la economía social de Galicia*”, se estructura en cuatro capítulos, con dieciocho artículos, cinco disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y cinco finales.

El capítulo primero recoge las “*Disposiciones generales*” y en él se refleja el objeto de la norma, destacando la voluntad de conseguir un mayor reconocimiento y visibilidad del conjunto de las entidades asociativas que conforman la Economía Social, así como la de fomentar su desarrollo. Se definen el concepto de Economía Social (de manera prácticamente idéntica a como lo hace la Ley Estatal, tal como se ha apuntado), se concreta el ámbito de aplicación, y se exponen los valores y principios orientadores comunes, similares a los estatales si bien teniendo en cuenta los aspectos singulares derivados de la realidad gallega. Como dice el artículo 4 de la Ley, respecto de su ámbito de aplicación, la norma se aplica “*al conjunto de entidades de Economía Social cuyo domicilio social se radique en Galicia y que desarrollen su actividad empresarial y económica principalmente en su ámbito territorial*”, entendiéndose que “*una entidad desarrolla su actividad empresarial y económica principalmente en Galicia cuando esté inscrita en el Registro gallego que le corresponda en razón a su naturaleza*”.

El capítulo segundo identifica las entidades que forman parte de la Economía Social en Galicia y establece las bases de su organización y representación, principalmente constituyendo asociaciones que representen y defiendan sus intereses. Entre las aportaciones singulares que realiza la Ley 6/2016, es preciso resaltar la incorporación de las comunidades y mancomunidades de montes vecinales en mano común, institución peculiar recogida en el Derecho Civil gallego, al Catálogo gallego de entidades de la economía social, en el que también figuran las sociedades cooperativas gallegas, las mutualidades, las fundaciones y asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las socie-

² Diario Oficial de Galicia del 18 de mayo de 2016; Boletín Oficial del Estado del 18 de junio de 2016.

dades agrarias de transformación, y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los valores y principios orientadores establecidos en la propia Ley de la Economía Social de Galicia, siempre y cuando desarrollen una actividad económica y empresarial.

El tercer capítulo se dedica al Consejo de la Economía Social de Galicia, como órgano de carácter consultivo y asesor para las actividades relacionadas con la Economía Social, así como en materia de promoción y difusión de ésta. Su creación tiene como objeto establecer un foro de comunicación y diálogo que favorezca la participación del conjunto del sector de la Economía Social y que permita una coordinación de las actuaciones para su fomento y promoción, aglutinando a todo el sector, así como a los poderes y entidades públicas interesadas para una más eficaz tarea de desarrollo.

En el artículo 11 se establece la composición de este Consejo, teniendo en cuenta las peculiaridades del sector en Galicia. De hecho, la composición se ajusta a las características e implantación de las entidades de la Economía Social en Galicia, procurando la representación de los distintos órganos de la Administración general de la Comunidad Autónoma que se relacionan más directamente con la promoción y fomento de la Economía Social desde una perspectiva sectorial. Se contempla la participación de la Administración local y de las Universidades gallegas por su papel central en la investigación y divulgación, así como la de las organizaciones sindicales y empresariales de conformidad con la normativa de aplicación en materia de participación institucional.

Además de ajustarse a lo dispuesto en la propia Ley 6/2016, dispone su artículo 13 que el funcionamiento del Consejo tendrá en cuenta las disposiciones de la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, “*de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*”³, y de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, “*de Organización y Funcionamiento de la Administración General y del Sector Público Autonómico de Galicia*”⁴, complementándose con las normas de régimen interno aprobadas por el Pleno del Consejo y, por tanto, con una amplia capacidad de autorregulación.

El cuarto y último capítulo (“*Fomento de la Economía Social*”) se centra en la promoción, fomento y difusión de la Economía Social, de sus principios y valores, incorporando objetivos específicos para un eficaz despliegue de esta labor en

³ Boletín Oficial del Estado del 27 de noviembre de 1992. Esta Ley ha sido derogada y, desde octubre de 2016, se aplican dos normas básicas sobre las que se estructura el Régimen de las Administraciones Públicas: a) La Ley 39/2015, de 1 de octubre, “*del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*” (Boletín Oficial del Estado del 2 de octubre de 2015); y b) la Ley 40/2015, de 1 de octubre, “*de Régimen Jurídico del Sector Público*” (Boletín Oficial del Estado del 2 de octubre de 2015).

⁴ Diario Oficial de Galicia del 31 de diciembre de 2010; Boletín Oficial del Estado del 10 de febrero de 2011.

todo el territorio gallego, entre los cuales es preciso destacar la especial referencia al cometido de impulso y dinamización del autoempleo, del emprendimiento de base cooperativa y de la colaboración empresarial. También la introducción de la formación en materia de Economía Social en el currículo de las distintas enseñanzas, la mejora de la formación y de la gestión empresarial, así como el estímulo de los procesos de innovación y de inmersión en las tecnologías de la información y las comunicaciones, constituyen objetivos básicos de este conjunto de medidas, que promueven, además, la utilización de herramientas que permitan poner en valor las aportaciones del sector a la sostenibilidad social y medioambiental.

Igualmente se procura como objetivo la integración de las políticas de fomento de la Economía Social con las desarrolladas en las áreas de desarrollo rural, emprendimiento económico, prestación de servicios sociales, dependencia e integración social, así como la simplificación de trámites administrativos para la creación de empresas de Economía Social y la introducción de cláusulas de carácter social que estimulen su participación en la contratación pública (artículo 14).

Asimismo se estimula el trabajo en red y colaborativo, en particular a través de la Red Eusumo para el fomento del Cooperativismo y la Economía Social, creada por Decreto 225/2012, de 15 de noviembre, *“por el que se crea la Red Eusumo para el fomento del Cooperativismo y la Economía Social y se regula su funcionamiento”*⁵.

Finalmente, mediante cinco disposiciones adicionales:

- a) Se establece la necesaria coordinación del Consejo de la Economía Social de Galicia con el Consejo Gallego de Cooperativas y se regula específicamente el acceso de la Economía Social a los órganos de participación institucional, en aras de fomentar su visibilidad y facilitar el conocimiento de sus alternativas;
- b) se promueve la plena integración de los avances tecnológicos en la gestión de los registros administrativos y jurídicos, al objeto de agilizar de forma efectiva la tramitación de los procedimientos y conseguir un importante ahorro de tiempo y la reducción de costes, tanto en la inscripción de la constitución de entidades como en el cumplimiento de trámites durante su funcionamiento; o
- c) se prevé la aprobación, en un plazo de seis meses, de un Plan gallego de impulso de las entidades de la Economía Social.

⁵ Diario Oficial de Galicia del 27 de noviembre de 2012.

3 LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE COOPERATIVAS DE GALICIA

De las cinco disposiciones finales de que consta la Ley 6/2016, sin ni siquiera apuntar por razones obvias la cuarta (“*Habilitación normativa*”) y la quinta (“*Entrada en vigor*”), sí parece oportuno anotar al menos que en la disposición final tercera se incluye la modificación de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, “*de Servicios Sociales de Galicia*”⁶, para la adaptación de la misma a la normativa estatal de unidad de mercado, así como para la adaptación de la composición del Consejo Gallego de Bienestar a lo dispuesto con respecto a la participación institucional en la ya citada Ley 16/2010, de 17 de diciembre, “*de Organización y Funcionamiento de la Administración General y del Sector Público Autónomo de Galicia*”, para las organizaciones sindicales, empresariales y agrarias más representativas a nivel gallego, fijándose en sendas disposiciones, la transitoria primera y la transitoria segunda, el régimen transitorio aplicable en cada caso en tanto no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario preciso para su aplicación.

Más detenimiento merece en este momento la primera de las disposiciones finales, esto es, la que modifica la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, “*de Cooperativas de Galicia*”⁷, con el objetivo fundamental de adecuar su texto a las previsiones y orientaciones de la Ley que nos ocupa, incidiendo en la promoción del autoempleo, en la ampliación de posibilidades de captación de financiación interna y, muy especialmente, en la creación de una nueva clase de cooperativa que responde a la preocupación por el alto nivel de desempleo existente entre la juventud gallega: “*las cooperativas juveniles*”.

Esta nueva modalidad de cooperativa se introduce en la Ley gallega de Cooperativas mediante la creación de una nueva disposición adicional en la misma, la novena (“*Cooperativas juveniles*”). En ella se definen estas nuevas cooperativas como aquellas “*que tienen por objeto proporcionar empleo y un marco apropiado para el desarrollo profesional a la juventud, mediante la prestación de su trabajo personal produciendo en común bienes y servicios para terceros*”. Deberán, se añade, “*estar formadas mayoritariamente por personas socias trabajadoras con edades comprendidas entre dieciséis y veintinueve años, salvo en caso de que sean personas con un grado de discapacidad igual o superior al treinta y tres por ciento, en el cual la edad máxima será de treinta y cinco años*”.

En realidad, se trata, y así se configura, de una especialidad de las cooperativas de trabajo asociado y asimiladas, o de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra o de explotación de recursos acuícolas, “*resultándoles de aplicación*

⁶ Diario Oficial de Galicia del 18 de diciembre de 2008; Boletín Oficial del Estado del 17 de enero de 2009.

⁷ Diario Oficial de Galicia del 30 de diciembre de 1998; Boletín Oficial del Estado del 25 de marzo de 1999.

la regulación general y específica que corresponda a su clase”, con las siguientes particularidades:

- a) Completarán la parte obligatoria de su denominación con la palabra “*juvenil*” de la siguiente forma: “*Sociedad Cooperativa Gallega Juvenil*” o “*S. Coop. Gallega Juvenil*”.
- b) El capital social mínimo necesario para constituirse y funcionar una sociedad cooperativa juvenil será de trescientos euros, debiendo estar totalmente desembolsados desde su constitución.
- c) La inscripción de los actos de constitución, modificación de estatutos, disolución, reactivación y liquidación de las sociedades cooperativas juveniles podrá realizarse en virtud de documentos de carácter privado con los mismos requisitos que los previstos para las escrituras públicas en la Ley de Cooperativas de Galicia, en lo que resulte procedente. Las firmas que consten en los documentos deberán estar legitimadas notarialmente o autenticadas por el Registro de cooperativas que resulte competente para la inscripción de los referidos actos. Cuando la publicación de los acuerdos referidos a dichos actos resulte preceptiva, se realizará en el Diario Oficial de Galicia y será tramitada por el Registro de cooperativas competente con carácter gratuito, no resultando obligatoria la publicación en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia del domicilio social de la cooperativa.
- d) La cooperativa juvenil se constituirá por tiempo determinado fijado estatutariamente y deberá transformarse en cooperativa ordinaria o disolverse transcurridos cinco años desde su inscripción en el Registro de Cooperativas. Transcurrido el plazo de cinco años sin que se hubiera adoptado el acuerdo de transformación en cooperativa ordinaria, la cooperativa juvenil quedará disuelta de pleno derecho y entrará en periodo de liquidación.
- e) El acuerdo de transformación en sociedad cooperativa ordinaria deberá ser adoptado por la asamblea general por más de la mitad de los votos válidamente expresados, no siendo computables a estos efectos los votos en blanco ni las abstenciones, y deberá elevarse a escritura pública e inscribirse en el Registro de cooperativas. La transformación requiere el cumplimiento de todos los requisitos exigidos legalmente para la constitución de una cooperativa ordinaria de la clase que se trate y se realizará a través del procedimiento previsto en el artículo 74 de la Ley gallega de Cooperativas (“*Modificación de estatutos*”), en cuanto resulte procedente.
- f) La reducción del número de personas socias trabajadoras que tengan entre dieciséis y veintinueve años por debajo de la mayoría exigida para la constitución de cooperativas juveniles sin que se restablezca en el plazo de seis meses, y sin que se acuerde la transformación en cooperativa ordinaria,

será causa de disolución, aplicándose lo dispuesto en el artículo 86 (“*Causas de disolución*”), apartado d), y concordantes de la Ley 5/1998.

- g) Anualmente deberá someterse a aprobación de la asamblea general un plan de formación profesional individualizado, que alcance a la totalidad de las personas socias y al que habrán de asignarse los recursos económicos precisos, entre los cuales deberá figurar la dotación total del Fondo de Formación y Promoción Cooperativa.

Al margen de la creación de esta nueva modalidad o submodalidad de cooperativa, se introducen otros cambios en la Ley gallega. Así, por ejemplo, se introduce alguna novedad en materia de asamblea constituyente, se modifica también el régimen de los socios colaboradores o, entre otras innovaciones, se incrementan las posibilidades organizativas de las asociaciones representativas del sector, permitiendo la constitución de uniones de cooperativas de distinta clase.

En la segunda disposición final se autoriza a la Xunta de Galicia para aprobar el Texto refundido de la Ley de Cooperativas de Galicia que incorpore las modificaciones efectuadas.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 443-462
ISSN: 1130-2682

**PORTUGAL INOVAÇÃO SOCIAL:
NA ENCRUZILHADA DOS TEMPOS**

*PORTUGAL SOCIAL INOVATION:
AT THE CROSSROAD OF TIMES*

FILIPE ALMEIDA* - FILIPE SANTOS**

* Presidente da Estrutura de Missão Portugal Inovação Social desde Novembro de 2016.

** Presidente da Estrutura de Missão Portugal Inovação Social entre Dezembro de 2014 e Outubro de 2016.

RESUMO

A Portugal Inovação Social é uma iniciativa pública portuguesa, criada para promover a Inovação Social e o Empreendedorismo Social em Portugal, no âmbito do Acordo de Parceria designado Portugal 2020, que regula a transferência de fundos comunitários para Portugal no período 2014-2020. Sendo uma iniciativa pioneira na Europa, tem um caráter experimental e inovador, mobilizando fundos europeus para apoiar projetos inovadores que visam a obtenção de benefícios para a sociedade através de quatro instrumentos de financiamento. Este artigo, escrito pelos dois presidentes que foram, até agora, responsáveis pela coordenação e implementação desta iniciativa, visa apresentar a Portugal Inovação Social, refletindo simultaneamente sobre o contexto que favoreceu a sua criação e sobre os desafios que atualmente enfrenta, sendo esta uma reflexão pertinente numa altura em que vários países Europeus procuram definir políticas públicas de apoio à inovação social e dinamizar a prática de investimento social.

Palavras-chave: inovação social, empreendedorismo, investimento social, economia social, Portugal.

ABSTRACT

Portugal Social Innovation is a Portuguese public initiative created to promote Social Innovation and Social Entrepreneurship in Portugal, within the framework of the Partnership Agreement called Portugal 2020, which regulates the transfer of community funds to Portugal in the period 2014-2020. As a pioneering initiative in Europe, it is experimental and innovative, mobilizing European funds to support innovative projects aimed at obtaining benefits for society through four financing instruments. This article, written by the two presidents who have been responsible for the coordination and implementation of this initiative, aims to present Portugal Social Innovation, reflecting simultaneously on the context that favored its creation and the challenges it currently faces, and this is a reflection relevant at a time when several European countries seek to define public policies to support social innovation and to boost the practice of social investment.

Key words: social innovation, entrepreneurship, investment, economy, Portugal.

SUMÁRIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. INOVAÇÃO E EMPREENDEDORISMO SOCIAL. 2.1. Um contexto favorável à Inovação e ao Empreendedorismo Social. 2.2. As origens do Empreendedorismo Social. 2.3. O contexto nacional, europeu e mundial para o Investimento Social. 3. A iniciativa Portugal Inovação Social. 3.1. Enquadramento e Objetivos. 3.2. Modelo de intervenção. 3.3. Os instrumentos de financiamento. 3.3.1. Capacitação para o Investimento Social. 3.3.2. Parcerias para o Impacto. 3.3.3. Títulos de Impacto Social. 3.3.4. Fundo para a Inovação Social. 3.4. Ativação da inovação e do investimento social. 4. Conclusão e Principais Desafios.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. SOCIAL INNOVATION AND ENTREPRENEURSHIP. 2.1. A favorable context for Innovation and Social Entrepreneurship. 2.2. The origins of Social Entrepreneurship. 2.3. The national, European and global context for Social Investment. 3. THE PORTUGAL SOCIAL INNOVATION INITIATIVE. 3.1. Background and Objectives. 3.2. Intervention model. 3.3. The financing instruments. 3.3.1. Training for Social Investment. 3.3.2. Partnerships for Impact. 3.3.3. Social Impact Titles. 3.3.4. Fund for Social Innovation. 3.4. Activation of innovation and social investment. 4. CONCLUSION AND MAIN CHALLENGES.

1 INTRODUÇÃO

O século XX foi um tempo de profunda transformação para a humanidade e para o planeta. Entre as mudanças mais significativas que ocorreram durante esse período, destacam-se o desenvolvimento tecnológico e dos meios de comunicação, a democratização dos regimes políticos e do acesso à informação, e a preocupação crescente com a sustentabilidade do planeta e com a conservação da Natureza. No cruzamento destas possibilidades e predisposições, consolidaram-se movimentos emancipatórios que provocaram alterações de fundo nos costumes e nos sistemas de crenças, de que são exemplo as políticas ativas para a igualdade de género, o acesso massificado à educação e aos ciclos de ensino mais avançados, os acordos internacionais para combate às alterações climáticas, a vigilância global sobre as práticas empresariais, ou o aumento sem precedentes da atividade e da influência no destino coletivo por parte de organizações e movimentos da sociedade civil.

Mais consciente dos seus direitos – por via da educação – e mais livre para agir – por via da democracia –, a sociedade civil tem-se afirmado como um agente ativo de transformação política e social, alargando o espectro da sua intervenção sobre problemas sociais. Consolida-se, neste contexto, o papel crescentemente relevante do setor cooperativo e social, frequentemente designado de Terceiro Setor ou, segundo tendência mais contemporânea, identificado como setor da Economia Social. Os problemas sociais, por seu lado, tornaram-se também mais complexos e interdependentes, exigindo respostas articuladas entre setores e, não raras vezes, multidisciplinares.

O conceito de Inovação Social enquanto expressão da inquietação empreendedora perante problemas sociais complexos desenvolve-se durante a segunda metade do século XX, tendo recebido especial atenção das ciências sociais apenas no século XXI. É portanto um conceito recente, em construção, embora reflita práticas antigas de conceção de modelos de intervenção e de organização da vida social. Apresentada como novo paradigma para resolução de problemas negligenciados da sociedade, a Inovação Social presume a possibilidade e disponibilidade da sociedade civil para agir sobre si mesma, procurando novas soluções para os problemas humanos e comunitários aos quais as estruturas existentes não conseguem responder inteiramente. O Empreendedorismo Social, conceito igualmente recente no campo das ciências sociais, refere-se ao processo de concretização destas novas soluções, habitualmente dinamizado por indivíduos ou por pequenos grupos de cidadãos motivados para dar respostas inovadoras a necessidades sociais e materializado em novas organizações ou em iniciativas incubadas em organizações existentes.

A Portugal Inovação Social é a expressão política destas possibilidades e dinâmicas de transformação social. Criada pelo governo português em Dezembro de 2014, na sequência do Acordo de Parceria com a Comissão Europeia designado Portugal 2020 que define o montante e o modo de transferência de fundos comunitários para Portugal no período 2014-2020, a iniciativa Portugal Inovação Social nasce com o propósito de promover e financiar projetos sociais inovadores que apresentem respostas da sociedade civil organizada para problemas sociais, estimulando, simultaneamente, o mercado de investimento social. Este artigo visa apresentar a Portugal Inovação Social, enquanto iniciativa pública portuguesa, pioneira na Europa, enquadrando-a no contexto das prioridades políticas e dos desafios económicos e sociais que a motivaram.

2 INOVAÇÃO E EMPREENDEDORISMO SOCIAL

2.1. Um contexto favorável à Inovação e ao Empreendedorismo Social

Os conceitos e as ideias de Inovação Social e de Empreendedorismo Social não surgiram como proposta visionária académica visando a transformação da realidade social, mas antes como um esforço de interpretação teórica de práticas e movimentos que foram ganhando expressão concreta durante a segunda metade do século XX e início do século XXI. Embora estes processos de construção impliquem sempre alguma interdependência recíproca, neste caso foi, essencialmente, a realidade que se impôs à teoria e não a teoria que criou uma nova realidade. Os contextos social, político, económico e tecnológico favoreceram o aparecimento e o crescimento de iniciativas da sociedade civil dirigidas à resolução

dos seus próprios problemas coletivos, sem rutura com as estruturas existentes e articuladas com os modelos políticos de governo democrático.

Assim, estas novas práticas sociais a que se referem os conceitos de Inovação Social e de Empreendedorismo Social, foram consolidando-se nas últimas décadas do século XX e início do século XXI, estimuladas e beneficiadas pela conjugação de algumas circunstâncias concretas que caracterizam este tempo em que vivemos. Entre os fatores que favoreceram o desenvolvimento destas novas práticas, destacam-se os seguintes:

- **Problemas sociais mais complexos e interdependentes.** Os problemas sociais são cada vez mais globais e interdependentes, criando a necessidade de encontrar soluções igualmente multidisciplinares e complexas, que articulem o plano político da macro-governança com a intervenção local participativa. Por exemplo, o desemprego de um setor ou de uma região não se resolve com medidas estritamente de política local, sendo necessária uma atuação mais transversal.
- **Esgotamento ou insuficiência de soluções convencionais.** A existência e o reconhecimento de problemas sociais é tão inerente à condição social e relacional do ser humano, como a procura de soluções para resolvê-los. As respostas sociais são a expressão dessa tentativa de superação e de desenvolvimento coletivo. A subsistência de alguns antigos e o surgimento de novos problemas sociais confirmam a insuficiência das soluções existentes, gerando a necessidade de rever modelos de intervenção e de procurar respostas complementares.
- **Sociedade civil mais ativa e organizada.** A progressiva democratização dos regimes foi consolidando as possibilidades de atuação organizada de uma sociedade civil mais educada e mais consciente dos seus direitos. O terceiro setor – ou setor da Economia Social – agrega múltiplas formas jurídicas de organizações sociais que, embora privadas, visam fins de interesse público, representando já uma parte relevante do emprego, da atividade económica e da intervenção na resposta estrutural a problemas sociais. Paralelamente, vão surgindo também novos movimentos individuais ou coletivos de intervenção social ativa.
- **Fronteiras mais ténues entre pessoas, entre ideias e entre setores.** Favorecida pelas novas e revolucionárias tecnologias de comunicação e por regimes políticos mais abertos, a diluição de fronteiras entre pessoas, entre culturas e entre setores é também um marco do mundo contemporâneo. As pessoas transitam entre países e regiões, mas também entre papéis sociais e entre setores. Os próprios setores público, privado e social parecem menos isolados entre si, convergindo em finalidades e lógicas de atuação idênti-

cas, com grau crescente de interpenetrabilidade e crescente experiência de parcerias.

- **Quantificação dos impactos sociais e ambientais.** Desde os anos setenta do século XX, quando começou a ser reconhecida a possibilidade das sociedades industrializadas de consumo estarem a comprometer a sustentabilidade de recursos naturais e do planeta enquanto ecossistema vivo e habitável, tem vindo a crescer a pressão para quantificar os impactos ambientais das múltiplas atividades humanas. Juntamente, têm sido também desenvolvidos modelos de medição dos impactos sociais, especialmente no contexto das políticas públicas e de alguns setores da atividade empresarial.
- **Um mundo em rede.** Uma parte significativa das transformações que ocorreram no mundo nas últimas décadas está relacionada com as possibilidades de comunicação e de relação que as novas tecnologias vieram permitir. O mundo está atualmente mais interligado e portanto também mais interdependente. As redes pessoais e sociais transcendem as fronteiras territoriais e criam novas comunidades de cidadãos interligados, mais atentos, mais vigilantes, mais críticos e mais interventivos, criando também novos modelos de organização e governação, ao mesmo tempo que acelera a disseminação de informação e portanto a rapidez com que se criam e dinamizam fenómenos e movimentos sociais.
- **Preocupação com a "inclusão".** O acesso ao conhecimento, o aumento dos níveis de escolaridade e as redes de comunicação global permitiram o desenvolvimento de uma consciência mais esclarecida sobre as desigualdades sociais, as vulnerabilidades de pessoas e comunidades, e a injustiça na distribuição de recursos e na garantia de direitos. Há uma preocupação crescente das instâncias políticas e da sociedade em geral com os direitos das minorias sub-representadas e com os riscos dos grupos sociais mais frágeis. Existe também uma perceção mais clara dos riscos políticos e sociais criados pela crescente desigualdade económica que caracteriza as sociedades mais desenvolvidas.

A Inovação Social e o Empreendedorismo Social desenvolvem-se, assim, num contexto que favorece a intervenção cívica, a participação democrática, a mobilidade territorial, e a revisão de modelos sociopolíticos. A iniciativa Portugal Inovação Social é, portanto, um produto do seu tempo, alinhada com este contexto, promovendo novas respostas para problemas sociais a partir da sociedade civil organizada e formas mais integradas de intervenção dos diversos agentes económicos e políticos nesses processos.

2.2. As origens do Empreendedorismo Social

O empreendedorismo social tem uma longa história, existindo como prática desde que os cidadãos começaram a procurar inovar na resolução de problemas da sociedade. Podemos identificar exemplos de empreendedorismo social em todas as áreas de atividade ao longo da história, sendo que algumas destas inovações sociais levaram a novas políticas públicas, organizações sociais ou práticas dos cidadãos. O desenvolvimento das primeiras Misericórdias na idade média, o aparecimento de bancos cooperativos, ou a criação da profissão de enfermagem e o aumento da higiene nos hospitais promovida por Florence Nightingale no século XIX, são alguns exemplos de inovações sociais marcantes. Também existem historicamente empreendedores sociais em série, como por exemplo Michael Young, responsável por numerosas inovações sociais no Reino Unido entre 1950 e 1990.

No entanto, a prática de empreendedorismo social começou a ganhar maior visibilidade internacional na década de 90 do século XX, em particular com o sucesso do microcrédito como inovação social. A versão moderna de microcrédito, desenvolvida no Bangladesh desde o início dos anos 80 do século XX pelo Banco Grameen e pela NGO BRAC, teve um crescimento fulgurante nas décadas seguintes criando um novo setor a nível mundial que hoje conta com mais de 200 milhões de clientes. O que despertou interesse particular neste fenómeno foi o sucesso do microcrédito como negócio social, utilizando mecanismos de mercado para alcançar objetivos sociais. O crescimento deste setor a nível mundial, bem como o crescimento de outros setores da economia que promovem impacto social, como as práticas de Comércio Justo (Fair Trade), e o trabalho da rede global Ashoka de empreendedores sociais, colocaram o empreendedorismo social no “mapa” das tendências mundiais. O evento mais marcante neste processo foi a atribuição do prémio nobel da Paz a Muhammad Yunus e ao Grameen Bank em 2006, evento que deu visibilidade mundial ao movimento de empreendedorismo social e levou à criação nos anos seguintes de um conjunto variado de iniciativas, públicas e privadas, de apoio e promoção ao empreendedorismo social.

Assim, na última década assistiu-se à emergência e crescimento de grandes fundações dedicadas ao empreendedorismo social, como a Schwab Foundation e a Skoll Foundation, de uma rede global de incubadoras sociais – Impact Hubs – presentes em mais de 100 cidades do mundo, a publicação de livros e artigos académicos sobre empreendedorismo social, e o aparecimentos de cursos e centros universitários sobre o tema em todo o mundo, que refletem o interesse da geração *Millennial* por este tema.

A inovação social ganhou também destaque em termos de prioridade de políticas públicas, a nível nacional e internacional, como é exemplo a *social business initiative* lançada pela Comissão Europeia em 2011 para integrar de forma coerente as medidas e apoios aos negócios sociais e inovação social. A Portugal

Inovação Social surge neste contexto como exemplo pioneiro de uma política nacional integrada de apoio à inovação social.

2.3. O contexto nacional, europeu e mundial para o Investimento Social

O crescimento mundial do empreendedorismo social e o número crescente de inovações sociais validadas em pequena escala, trouxeram às sociedades, de forma mais aguda, o desafio do financiamento e escalabilidade da inovação social. Por um lado, é difícil mobilizar financiamento público para o crescimento de soluções com um elevado grau de risco de execução, e por outro, o investimento filantrópico por entidades privadas tem limitações em termos de montantes e duração dos apoios.

Dado que diversas inovações sociais podem ser financiadas vendendo os produtos ou serviços associados à inovação social no mercado, ou medindo e vendendo resultados de impacto ao setor público e filantrópico, emergiu desde 2010 um novo segmento do setor financeiro denominado de investimento social. Este novo segmento, que atualmente representa cerca de 250 mil milhões de dólares de investimento a nível mundial, visa promover a sustentabilidade e o crescimento dos projetos de inovação social, obtendo simultaneamente algum retorno, associado à geração de impacto social ou ambiental mensurável.

Este novo segmento tem tido variantes em termos de nomes e abordagens, que vão desde a filantropia de impacto (*venture philanthropy*) ao crescimento recente do segmento de investimento de impacto (*impact investing*), ao aparecimento de títulos de impacto social (*social impact bonds*). Todos estes segmentos incluem inovações em instrumentos financeiros que colocam o impacto no centro das decisões de investimento e que, de certa forma, replicam e adaptam os mecanismos já existentes de apoio ao empreendedorismo tecnológico, à área do empreendedorismo social.

No entanto estes instrumentos não se limitam a copiar o financiamento do empreendedorismo através de capital de risco. O investimento social faz parte de uma transformação mais profunda do setor financeiro a nível mundial, iniciada com o crescimento, nos anos 80 do século XX, do segmento de investimento socialmente responsável (SRI), que hoje em dia orienta a aplicação de mais de 25% de todos os fundos com gestão profissional a nível mundial. Neste segmento, o impacto social torna-se uma variável relevante nas decisões de investimento, a par com o risco e o retorno esperado. No nicho de investimento social, o impacto social torna-se mesmo o fator de decisão mais importante, o que leva ao aparecimento de novos tipos de instrumentos de financiamento e a uma crescente inovação na forma de apoiar a inovação social.

A Europa tem sido pioneira nesta área, sendo o continente que mais fortemente tem adotado práticas de investimento socialmente responsável. Neste mercado

de investimento social, o Reino Unido foi o país mais inovador na última década, através de uma forte articulação entre políticas públicas e financiamento privado, que teve origem num profundo trabalho de pesquisa e criação de infraestrutura de mercado para o investimento social iniciado no ano 2000 e que acelerou a partir de 2010.

Em paralelo, foi sendo desenvolvida a prática de Filantropia de Impacto (*Venture Philanthropy*) com foco particular na Europa continental, através de alguns fundos de investimento pioneiros criados desde meados do ano 2000 por investidores ligados ao setor de capital de risco e que procuravam alterar os seus objetivos de investimento ao focarem-se nos empreendedores sociais para poderem obter impacto social. A fundação em 2004 da EVPA – *European Venture Philanthropy Association* – foi a forma destes empreendedores apoiarem o desenvolvimento de um novo setor de investimento que combinasse as melhores práticas do capital de risco com a missão da filantropia.

Estes avanços a nível internacional foram assumidos pelas principais economias do mundo após o trabalho de um grupo do G8, dinamizado pela presidência do Reino Unido do G8 de 2013, que levou a um conjunto importante de discussões ao nível de cada país do G8 e que culminaram na publicação, em Setembro de 2014, do relatório “Impact Investment – The Invisible Heart of Markets”, no qual foi apresentado um conjunto de recomendações para a criação de um mercado de investimento social a nível global.

Diversas entidades em Portugal foram acompanhando estas tendências mundiais, tendo Portugal sido pioneiro a partir de 2013 com a criação do Grupo de Trabalho Nacional para o Investimento Social, dinamizado pela Fundação Calouste Gulbenkian. O trabalho deste grupo permitiu criar o contexto e o envolvimento de entidades públicas e privadas que colocou o tema do investimento social na agenda dos investidores, financiadores e decisores políticos. O crescente interesse por este tema está relacionado com a também crescente visibilidade e ação dos empreendedores sociais em Portugal a partir de 2010, e com a importância que o setor da Economia Social teve na manutenção da coesão social e bem-estar da população mais desfavorecida num contexto de forte crise económica. Estes fatores deram maior visibilidade aos desafios de financiamento, renovação e sustentabilidade das organizações da Economia Social

A Portugal Inovação Social, iniciativa pública desenhada durante 2014 e lançada em Dezembro desse ano, é criada neste contexto, acelerando em Portugal o aparecimento de um mercado de investimento social que financie de forma sustentável as iniciativas de inovação e empreendedorismo social.

3 A INICIATIVA PORTUGAL INOVAÇÃO SOCIAL

3.1. Enquadramento e Objetivos

O Acordo de Parceria entre o governo português e a Comissão Europeia designado Portugal 2020, estabelecido a 25 de Julho de 2014, identifica a inovação e o empreendedorismo social como área fundamental de apoio pelos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento para o período 2014-2020. Como resposta a esta prioridade, o governo português criou a iniciativa Portugal Inovação Social, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 73-A/2014, de 16 de dezembro, alterada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 74/2016, de 25 de novembro.

A Portugal Inovação Social é assim uma iniciativa pública portuguesa, pioneira a nível europeu, que visa promover a inovação e o empreendedorismo social em Portugal, dinamizando simultaneamente o mercado de investimento social. A iniciativa visa apoiar, através de quatro instrumentos de financiamento, projetos que constituam soluções inovadoras para problemas sociais, numa lógica complementar às respostas tradicionais. Para o efeito, são mobilizados Fundos Europeus Estruturais e de Investimento (FEEI), especificamente o Fundo Social Europeu (FSE), através de Programas Operacionais (PO) no âmbito do Portugal 2020¹. Os PO com verbas destinadas a este fim são, à partida, os dois PO temáticos *Inclusão Social e Emprego e Capital Humano*, podendo ser negociadas ainda verbas dos PO Regionais de Portugal continental. Por tratar-se de verbas do FSE mobilizado em PO temáticos, o financiamento é dirigido a projetos localizados nos três territórios portugueses de convergência, ou seja, com PIB *per capita* inferior a 75% da média europeia: Norte, Centro e Alentejo, regiões que abrangem cerca de 60% da população portuguesa.

O foco do financiamento gerido pela Portugal Inovação Social é em projetos que visem gerar inovação social, preferencialmente já testados previamente, em menor escala, em Portugal ou no estrangeiro. Assim, o objetivo é financiar projetos estruturados em torno de conceitos já validados e não a geração de novas ideias ou a replicação de soluções tradicionais já financiadas de outras formas.

¹ O Portugal 2020 tem, como Autoridades de Gestão com responsabilidade de gerir e aplicar os FEEI em Portugal, 16 Programas Operacionais, incluindo quatro temáticos. Na Resolução do Conselho de Ministros n.º 73-A/2014, de 16 de dezembro, que criou a iniciativa pública Portugal Inovação Social, foi também criada a Estrutura de Missão Portugal Inovação Social (EMPIS), com a missão de assegurar a gestão técnica e a coordenação da execução da iniciativa Portugal Inovação Social. A EMPIS, no âmbito do Portugal 2020, atua como Organismo Intermédio dos PO, com os quais assinou contratos de delegação de competências para executar as verbas referentes aos instrumentos de financiamento previstos na Resolução do Conselho de Ministros n.º 73-A/2014, de 16 de dezembro.

3.2. Modelo de intervenção

Embora se trate de um campo teórico em construção, com debate conceptual ainda em aberto, foi necessário clarificar o significado de alguns conceitos centrais de modo a conseguir operacionalizar-se a iniciativa Portugal Inovação Social.

Assim, o financiamento é dirigido a **Iniciativas de Inovação e de Empreendedorismo Social (IIES)**, entendidas como projetos de inovação social (normalmente incubadas em organizações existentes ou levando à criação de uma nova organização de missão social) que visam implementar e desenvolver intervenções sobre problemas sociais que possam vir a constituir novas respostas, diferenciadas das respostas convencionais, com impacto social e eficientes na utilização de recursos. Para facilitar a análise do enquadramento das IIES, adiantou-se também o entendimento de **Problema Social** como um risco de inibição ou inibição efetiva da qualidade de vida ou das perspetivas de desenvolvimento de pelo menos um grupo social atual ou vindouro. A **Inovação Social**, por seu lado, ocorrerá quando se desenvolve, com êxito, uma nova resposta a um problema social.

Decorre daqui que, dado o grau de risco e experimentação subjacente, nem todas as IIES produzirão necessariamente Inovação Social. Pretende-se no entanto, na Portugal Inovação Social, através de uma análise exigente dos projetos candidatos, restringir ao mínimo a possibilidade de serem financiadas projetos com impacto social irrelevante, sem descuidar a necessidade de apoiar também a experimentação e inovação inerentes a qualquer atividade empreendedora. Esta abordagem nasce das evidências obtidas em processos de mapeamento da inovação social, nomeadamente o MIES – Mapa de Inovação e Empreendedorismo Social, que evidenciam a existência de forte experimentação, mas uma maior dificuldade na validação, gestão e crescimento das iniciativas inovadoras desenvolvidas.

Emerge, assim, a necessidade de uma atuação do setor público como agente dinamizador de um ecossistema de apoio à inovação social, em que o papel das entidades e financiamento públicos seja essencialmente mobilizar e alavancar os conhecimentos, competências e decisões de financiamento dos agentes privados. Esta lógica de catalisar um setor de financiamento privado à inovação social promove a sustentabilidade das políticas e é consistente com a lógica temporal de alocação dos Fundos Estruturais e de Investimento Europeus.

Este setor de financiamento privado que a Portugal Inovação Social visa desenvolver é entendido como de largo espectro, podendo envolver agentes filantrópicos, como as fundações ou os recursos mobilizados pelas políticas de responsabilidade social das empresas, bem como agentes financeiros, como os *Business Angels*, investidores de capital de risco e entidades bancárias. De facto, a diversidade dos projetos de inovação social requer que se desenvolva uma base alargada e variada de fontes de financiamento.

Assim, a Portugal Inovação Social apoia e financia o desenvolvimento de IIES através dos seguintes quatro instrumentos de financiamento que visam cobrir as necessidades ao longo do ciclo de vida deste tipo de projetos, sempre com um lugar reservado em cada um também para os Investidores Sociais como forma de encorajar financiamento privado e estimular assim o mercado de investimento social: a *Capacitação para o Investimento Social*; as *Parcerias para o Impacto*; os *Títulos de Impacto Social*; e o *Fundo para a Inovação Social*.

3.3. Os instrumentos de financiamento

3.3.1. Capacitação para o Investimento Social

A “Capacitação para o Investimento Social” visa financiar as fases iniciais do ciclo de vida de uma IIES, sendo o apoio orientado não para a operacionalização da IIES propriamente dita, mas para o desenvolvimento das competências organizativas e de gestão das equipas envolvidas na implementação de projetos de inovação social. Trata-se de um apoio não reembolsável, direto à entidade implementadora da IIES (que deve pertencer ao setor da Economia Social), que visa financiar um plano de capacitação a ser executado até 18 meses, com financiamento público máximo de 50.000 €.

Este instrumento tem alguns aspetos diferenciadores que o tornam em si mesmo uma inovação do ponto de vista do financiamento de projetos sociais com fundos comunitários, destacando-se os seguintes três:

- Financiamento da procura e não da oferta: o apoio é dado diretamente à entidade implementadora da IIES para desenvolvimento de competências de gestão nas suas equipas responsáveis pela execução do projeto. Estas entidades podem escolher livremente a quem recorrer para desenvolver o plano de capacitação, quer em sede de candidatura para efeitos da sua orçamentação, quer em sede de execução do plano após aprovação da candidatura.
- Formato da capacitação centrado no formando e não no formador: embora seja possível incluir no plano de capacitação a formação externa certificada (modelo tradicional de formação em sala de aula, na instituição formadora), esse formato está limitado a uma percentagem do custo total do plano de capacitação candidato a financiamento, incentivando-se que o desenvolvimento de competências seja essencialmente alcançados através da consultoria formativa ou da mentoria. Estes formatos implicam que sejam os formadores ou os especialistas a deslocarem-se à instituição e a desenvolverem, em conjunto com as equipas implementadoras da IIES, os produtos objeto de financiamento (por exemplo um plano de marketing, uma estratégia de *fund raising* ou um plano financeiro).

- Pagamento por produto e não por despesa: embora a entidade implementadora da IIES deva apresentar, em sede de candidatura, evidência orçamental para os custos estimados com o plano de capacitação, o apoio financeiro é transferido com base na apresentação dos produtos que resultem da capacitação realizada. Ou seja, com exceção do Diagnóstico de Necessidades (que corresponde à primeira intervenção de capacitação, prévia à candidatura, e eventualmente elegível para reembolso com base no seu custo real caso a candidatura seja aprovada), as restantes intervenções de capacitação são financiadas em função da produção e validação de *outputs*, como por exemplo um plano de comunicação ou um relatório de avaliação e impacto, independentemente das despesas reais efetivamente incorridas com a realização conjunta desses produtos.

Estes elementos diferenciadores reforçam a autonomia das entidades implementadoras de IIES, visando fomentar tanto quanto possível o desenvolvimento de competências e a produção de *outputs* em linha com as suas necessidades concretas, a fim de contribuir efetivamente para a implementação de uma IIES com relevante impacto social. Ao Investidor Social, neste caso, é reservado o papel de reforço da credibilização da candidatura, ao apresentar uma Manifestação de Interesse na IIES, declarando reconhecer o potencial da IIES, a pertinência do plano de capacitação e dispondo-se a ponderar financiar o projeto no futuro, embora sem compromisso de fazê-lo. Esta Manifestação de Interesse é uma peça obrigatória da candidatura e visa promover uma primeira aproximação entre a entidade implementadora da IIES e os investidores Sociais que possa eventualmente vir a financiá-la no futuro. Este Investidor Social pode ser qualquer entidade pública ou privada.

Além de todas as vantagens de autonomia e alinhamento com necessidades reais para a entidade implementadora da IIES, para o Investidor Social este instrumento apresenta também vantagens significativas. Entre elas, destaca-se, para o investidor privado, a oportunidade de conhecer um projeto inovador e de desenvolver um plano de investimento futuro na área social mais eficaz ou, no caso de ser um investidor público – por exemplo uma autarquia –, a possibilidade de alinhamento entre o Plano de Desenvolvimento Social municipal e os projetos sociais inovadores apoiados.

A implementação deste instrumento terá outros resultados alinhados com o objetivos de dinamizar a inovação social e reforçar o setor da Economia Social. Por um lado vai permitir o crescimento de um mercado de consultoria de serviços em competências de gestão, medição de impacto social e inovação orientadas para o setor da Economia Social. As perspetivas de crescimento deste mercado irá levar a investimentos em competências e reforço das equipas por parte das próprias entidades prestadoras de serviços, o que poderá reforçar a base de competências de todo o setor. Adicionalmente, o requisito de realização de diagnóstico prévio

das necessidades de capacitação permitirá um maior conhecimento por parte das organizações da Economia Social das suas forças e fraquezas para desenvolver inovação social, trazendo um ganho de auto-conhecimento que beneficiará mesmo as candidaturas que porventura não sejam aprovadas.

Procura-se assim com este instrumento de financiamento um reforço de competências de todo o setor da Economia Social, em particular das competências mais relevantes para a implementação, crescimento e financiamento de iniciativas de inovação e empreendedorismo social. O primeiro período de candidaturas à “Capacitação para o Investimento Social”, que encerrou em Junho de 2017, revelou uma fortíssima procura, com 168 candidaturas válidas para análise, que representam cerca de 7,8 M€ de financiamento público solicitado, ultrapassando largamente as expectativas e dando assim sinais positivos sobre o potencial de impacto deste instrumento na capacitação do setor da Economia Social para a inovação social e investimento social.

3.3.2. Parcerias para o Impacto

As Parcerias para o Impacto visam apoiar a criação, desenvolvimento ou crescimento de projetos de inovação e empreendedorismo social, em formato de cofinanciamento com Investidores Sociais, estimulando a filantropia de impacto e contribuindo para um modelo de financiamento mais estável, eficaz e duradouro. Especificamente, as verbas geridas pela Portugal Inovação Social financiam 70% do projeto, sendo o restante assegurado por Investidores Sociais, os quais podem ser um ou mais entidades, públicas ou privadas. Trata-se de um apoio não reembolsável a projetos que devem ser finalizados até 3 anos e com financiamento público solicitado superior a 50.000€.

Trata-se de um instrumento de largo espectro que visa financiar projetos de inovação social com objetivos de impacto social em áreas muito diversas, tais como a inclusão social, o emprego, a saúde, a justiça ou a educação. São potenciais beneficiárias deste financiamento as entidades da Economia Social que se candidatem a realizar projetos sociais inovadores que complementem as respostas existentes ou desenvolvam respostas para problemas que ainda não têm qualquer resposta. O cofinanciamento de 30% da IIES deve ser assegurado por um ou vários Investidores Sociais, públicos ou privados.

Do ponto de vista da entidade implementadora da IIES, este instrumento representa uma oportunidade de acesso a maior volume e diversidade de financiamento, com mobilização de investidores que poderão contribuir para o desenvolvimento estratégico do projeto (além do financiamento), permitindo desta forma alargar e aprofundar a escala da ação e o impacto social de projetos já testados. Para os Investidores Sociais, o formato de cofinanciamento permite um efeito multiplicador do investimento social e o envolvimento no apoio a um projeto so-

cial inovador com impacto social relevante, favorecendo uma estratégia plurianual coerente de investimento social e a oportunidade de promover transformação social no seu território de influência.

O desenho deste instrumento visa assim criar um efeito de “crowding-in” de investimento privado, através de incentivos proporcionados pelo financiamento público. Procura-se assim evitar – e mesmo inverter – o efeito de “crowding-out” que por vezes os investimentos públicos têm no investimento privado, pela distorção que criam no mercado de financiamento. Com uma alavancagem superior a 2 para 1, os investidores têm maiores incentivos a mobilizarem o seu financiamento, pois conseguem multiplicar por três o impacto social que este financiamento poderá gerar.

O desenho deste instrumento procura também alterar a lógica imediatista que orienta habitualmente o financiamento filantrópico, em que os apoios são dados para uma atividade específica a desenvolver no curto prazo, o que não permite um estratégia de médio e longo prazo por parte da entidade implementadora de projetos de impacto social. Um horizonte temporal de três anos é importante para que as equipas gestoras das IIES tenham tempo de definir e validar a sua estratégia de sustentabilidade do próprio projeto. Nalguns casos essa estratégia poderá passar por uma robusta validação de impacto, com uma escala de operações eficiente, que leve a um futuro apoio de fundos públicos através de contratos de cooperação ou de fundações privadas através de compromissos de longo prazo. Noutros casos a sustentabilidade assentará numa estratégia de geração de receitas através da venda de produtos ou serviços resultantes da inovação social, tornando o crescimento do projeto sustentável e mais suscetível de captar investimento social no futuro.

O primeiro período de candidaturas às “Parcerias para o Impacto”, que encerrou em Outubro de 2016, teve forte procura, tendo já sido aprovadas as candidaturas de 35 projetos, representando um investimento total de cerca de 10 M€. Destes, cerca de 3 M€ são assegurados por Investidores Sociais (metade por investidores públicos e metade por investidores privados do setor privado e do setor cooperativo e social). Foi assim atingido o objetivo de desenvolver mecanismos para o financiamento a médio prazo de IIES com elevado potencial de impacto, segundo as orientações dos financiadores que conhecem mais de perto os projetos a apoiar.

3.3.3. Títulos de Impacto Social

Os “Títulos de Impacto Social” visam apoiar e financiar, através de um mecanismo de pagamento por resultados, projetos inovadores na prestação de serviços públicos orientados para a obtenção de resultados e ganhos de eficiência, em áreas que tradicionalmente se encontram na esfera da política pública (Emprego, Proteção Social, Saúde, Justiça e Educação). O modelo prevê a contratualização de

resultados sociais com uma parceria tripartida de entidades: Investidores Sociais (que financiam o projeto), Entidades Públicas (que validam alinhamento do projeto com a política pública e a relevância dos resultados esperados) e Entidades Implementadoras (que concretizam o projeto). O contrato prevê que, se os resultados sociais contratualizados forem alcançados, os Investidores Sociais são integralmente reembolsados, embora sem qualquer remuneração adicional. Trata-se de projetos até 5 anos, com financiamento público solicitado superior a 50.000€.

Este tipo de instrumento de financiamento, embora adaptado ao contexto nacional e às lógicas e regras de funcionamento dos FEELI, foi pela primeira vez experimentado no Reino Unido, em 2010 com a denominação de *Social Impact Bond*, tendo sido depois replicado por vários países em todo o mundo. O seu modelo está ainda numa fase de adaptação em função dos resultados que vão sendo alcançados nos países em que é adotado como forma alternativa de financiar projetos sociais inovadores. Genericamente, um TIS pressupõe a existência de um contrato entre o Estado e o investidor privado para financiamento de projetos inovadores que visam resolver problemas sociais. Este investimento privado deve financiar um serviço inovador específico que se destine a melhorar a situação de um determinado público e evitar outros custos para a comunidade. Se os resultados esperados forem alcançados, o Estado reembolsa o investidor e poderá eventualmente integrar a solução no âmbito da política pública, dados os ganhos e impactos já demonstrados.

Os Títulos de Impacto Social permitem políticas sociais mais direcionadas, ao promoverem a identificação de estratégias mais eficientes de reabilitação e prevenção, diminuindo pressão sobre serviços sociais prestados pelo Estado, aplicando em larga escala soluções inovadoras que já tenham dado bom resultado em pequena escala, mas que ainda comportem risco moderado. Promovem também a avaliação de resultados e a prestação de contas à sociedade de forma mais ampla e rigorosa por parte dos prestadores de serviço, ao mesmo tempo que incentiva a inovação das respostas e reforça o papel das entidades que estão próximas da comunidade, envolvendo-as na identificação do problema e na definição e implementação da solução.

Por outro lado, são também vários os perigos deste modelo. A exigência de mensuração exclui, à partida, intervenções que poderiam ser mais eficazes na prevenção primária dos problemas, além de transportar em si mesma a dificuldade de conseguir assegurar que o efeito observado se deve à causa financiada. Os investidores tendem também a preferir projetos com ampla evidência de sucesso, com resultados mais prováveis e curto prazo, correndo menos risco. A minimização do risco pode excluir respostas mais urgentes e a priorizar contratos de curta duração e com menos incerteza.

Apesar destas incertezas, os Títulos de Impacto Social são um instrumento inovador com elevado potencial, capaz de gerar novas respostas com real impacto

social, alinhadas com prioridades de política pública, incentivando uma verdadeira parceria entre entidades públicas, privadas e da Economia Social em benefício do reforço da resposta pública a problemas sociais complexos. De facto, para todas as entidades envolvidas, os Títulos de Impacto Social representam a oportunidade de se envolverem em projetos pioneiros com contributo para o desenvolvimento da política pública.

No primeiro período de candidaturas, que encerrou em Novembro de 2016, foram apoiados três projetos inovadores: um na área da Proteção Social visando a prevenção de institucionalização de crianças e jovens em risco; e dois na área do Emprego visando o desenvolvimento de competências digitais e interpessoais em jovens desempregados. Estes três projetos correspondem a um potencial de pagamento por resultados de cerca de 1,5 M€.

3.3.4. *Fundo para a Inovação Social*

O “Fundo para Inovação Social” (FIS) visa financiar as organizações da Economia Social e as *start-up* de missão social envolvidas em projetos de inovação e de empreendedorismo social, colmatando a resposta insuficiente do setor financeiro às necessidades específicas de financiamento deste tipo de projetos. Trata-se de um instrumento financeiro, pois a natureza dos financiamentos a conceder é reembolsável e prevê retorno financeiro, nas modalidades de crédito, investimento em capital próprio ou modelos de quase-capital. Para além disso, está previsto que seja um fundo de natureza grossista (vulgarmente denominado Fundo de Fundos ou em inglês “wholesaler fund”), pois não irá diretamente investir nas iniciativas de inovação e empreendedorismo social mas sim capitalizar os veículos financeiros criados pelos intermediários privados, sejam eles entidades bancárias, *business angels* ou capitais de risco.

O FIS prevê assim a dinamização do mercado de investimento social ao encorajar a entrada de investidores privados e a criação de veículos especializados no financiamento à inovação social, usando as redes e competências destes investidores para identificar, financiar e acompanhar o crescimento dos projetos de inovação social com maior potencial de sustentabilidade económica.

O FIS propõe-se oferecer aos empreendedores sociais a possibilidade de obtenção de empréstimos com condições ajustadas às necessidades do setor através de bancos, assim como formatos de parceria mais dinâmicos, como por exemplo investimento em capital por parte de investidores ou modelos de quase-capital com partilha de eventuais receitas dos projetos como forma de reduzir o risco do financiamento para os empreendedores sociais. O desenho do FIS prevê, desta forma, que intermediários financeiros canalizem fundos públicos, juntamente com capital privado, para financiamento de instituições promotoras de inovação e empreendedorismo social, numa lógica incentivadora do efeito de “crowding-in”

Trata-se, portanto, de responder a necessidades de financiamento de projetos de inovação social com elevado potencial de gerar receitas diretas e indiretas, mas cujo crescimento e desenvolvimento dependem de acesso a financiamento em condições ajustadas ao ciclo de vida desses projetos e ao padrão de geração de receitas. Tal como foi concebido, trata-se do primeiro instrumento financeiro criado por entidades nacionais no âmbito do Fundo Social Europeu, implicando um grau elevado de complexidade de montagem e de análise prévia para uma operacionalização eficaz. Para a sua operacionalização e gestão, a Portugal Inovação Social conta a colaboração da PME Investimentos, a entidade pública que em Portugal tem mais experiência na implementação e gestão de fundos de fundos para apoio à inovação empresarial.

Este nicho de mercado de investimento de impacto, ao qual o FIS também dá resposta, encontra-se ainda numa fase inicial de crescimento a nível mundial. Em Portugal o mercado é ainda incipiente, tendo os primeiros investimentos de impacto acontecido apenas em 2015 e 2016. Este é portanto um instrumento de financiamento que necessitará, para a sua efetiva implementação, de uma *pipeline* de projetos de inovação social bem capacitados em termos da sua gestão, com validação de impacto e potencial de escalabilidade. Desenvolver esta *pipeline* requer um trabalho ativo de ativação do contexto de inovação social e de investimento social por parte da equipa da Portugal Inovação Social.

3.4. Ativação da inovação e do investimento social

A dinamização de um novo setor de inovação social e o desenvolvimento de um mercado para o financiamento dessa inovação, orientado para o impacto social, são objetivos ambiciosos e exigentes que requerem um trabalho regular com os empreendedores sociais no terreno e, para ser sustentável, com os agentes privados e públicos de incubação e financiamento que já atuam nestes domínios ou que querem aplicar os seus conhecimentos e competências no campo da inovação social. Assim, a par da implementação e operacionalização dos instrumentos de financiamento, a Portugal Inovação Social conta com uma equipa específica de dinamização do ecossistema com presença física em cada uma das regiões principais de intervenção da iniciativa – Norte, Centro e Alentejo.

Esta equipa trabalha em proximidade com os empreendedores sociais, as organizações da Economia Social, consultores de inovação social, empresas, entidades municipais e intermunicipais, fundações e potenciais investidores financeiros, com vista à promoção da inovação social, orientação para o impacto social e reforço da sustentabilidade económica dos projetos. Este é um trabalho essencial para a prossecução da missão da Portugal Inovação Social de incentivar o envolvimento dos cidadãos na resolução criativa de problemas sociais, de forma escalável

e sustentável, tornando Portugal uma referência europeia no campo da inovação social.

4 CONCLUSÃO E PRINCIPAIS DESAFIOS

A Inovação Social é um imperativo histórico e político. O Empreendedorismo Social uma inevitabilidade comportamental das sociedades contemporâneas. É no cruzamento destas circunstâncias que nasce a Portugal Inovação Social enquanto projeto público, pioneiro, alinhado com o seu tempo e com o futuro. Congrega em si mesmo a convergência de diversas tendências e movimentos especialmente marcantes do século XXI, tais como a intervenção articulada da sociedade civil na resolução dos seus próprios problemas, a participação de agentes privados no financiamento destas iniciativas e o envolvimento do Estado no incentivo ao desenvolvimento de parcerias que visem a prestação de serviços públicos com elevado impacto social e com modelos cada vez mais eficientes, valorizando formatos de pagamento por resultados.

A Portugal Inovação Social foi concebida e implementada para oferecer uma resposta integrada às aspirações de uma Economia e Finanças mais orientadas para o impacto social dos projetos, de um setor da Economia Social mais inovador e sustentável, e de um Setor Público mais capaz de congrega e mobilizar agentes dos diferentes setores para dar resposta aos imperativos sociais e ambientais com que a sociedade portuguesa se defronta. Na génese desta resposta está o acreditar na capacidade dos cidadãos para serem agentes de mudança, capacidade essa concretizada através da prática do empreendedorismo social, em qualquer setor ou contexto institucional, sendo este o motor de um constante processo de renovação institucional e de inovação social.

À Portugal Inovação Social apresentam-se desafios de muitas ordens diferentes. Desde logo, trata-se de um projeto inovador e, por isso mesmo, experimental, exigindo uma permanente avaliação de resultados e a disponibilidade para efetuar o ajustamento incremental dos modelos de financiamento à realidade do país e das suas necessidades reveladas. Conciliar esta flexibilidade com os quadros normativos europeu e nacional que regulam a aplicação de fundos comunitários constitui um dos grandes desafios técnicos e políticos desta iniciativa. Por outro lado, apesar da objetividade exigida pelas regras de financiamento, este é um contexto onde inevitavelmente se convive com alguma ambiguidade conceptual, dado tratar-se de um campo em construção. Outro desafio consiste na necessidade clarificar fronteiras setoriais indefinidas, nomeadamente no setor da Economia Social, cuja Lei de Bases portuguesa, ainda não regulamentada, deixa em aberto alguns aspetos que mantêm ambíguo o entendimento da fronteira entre setores.

Sem desvalorizar as respostas tradicionais, fundamentais e estruturantes para o modelo de Estado Social que tem assegurado o progresso e o desenvolvimento

coletivo, a Portugal Inovação Social faz naturalmente apelo à inovação e às novas respostas sociais, encontrando oposição em alguns setores conservadores da sociedade que entendem esta iniciativa como uma ameaça ao seu modelo idealizado de organização político-social. Neste contexto, há que distinguir o conservadorismo que protege a todos ao preservar o que é importante para a sociedade, do conservadorismo que apenas se protege a si mesmo ao tentar preservar interesses instalados., e desenvolver esforços de interação e de comunicação que permitam, não só evitar o antagonismo baseado em erros de perceção, como especialmente desenvolver a iniciativa Portugal Inovação Social a favor de todos, para todos e com todos.

Vivemos um tempo de mudança, como quase todas as épocas terão sido. No entanto, nenhuma outra época até agora permitiu um envolvimento tão alargado e consciente da humanidade nesse processo de transformação e progresso social. Nenhuma conquista é definitiva, mas o caminho coletivo tem mantido consistência numa direção que favorece modelos de governo mais democráticos, a promoção da tolerância, a defesa da liberdade individual e da igualdade de género, a valorização da intervenção cívica e das organizações privadas com fins sociais, a ação coletiva solidária, a inclusão social e económica dos marginalizados, a proteção dos mais vulneráveis e as preocupações ecológicas com a preservação do ambiente natural. A Portugal Inovação Social é um elemento deste contexto, um instrumento de política pública que materializa esta visão agregadora e convergente. Esperamos que seja um passo duradouro, uma semente resistente que se projete em outras iniciativas e políticas, nacionais e internacionais, a bem dos que existem e dos que venham a existir.

IV RECENSIONES

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 465-469
ISSN: 1130-2682

**DIRITTO DELL'ECONOMIA SOCIALE: TEORIE,
TENDENZE E PROSPETTIVE ITALIANE ED EUROPEE**

ANTONIO FICI (Coord.)

EDITORIALE SCIENTIFICA, NAPOLI, 2016

TIAGO PIMENTA FERNANDES*

* Professor Auxiliar da Universidade Portucalense, Infante D. Henrique, Porto; Assistente Convidado do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. Correio postal: Universidade Portucalense, Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541, 4200-072 Porto, PORTUGAL. Email: tiagof@upt.pt.

Em vários Estados-Membros da União Europeia, a Economia Social tem-se assumido como um campo distinto da área de pesquisa científica e, inclusivamente, como um ramo de direito autónomo. Tal sucede particularmente em Espanha, Portugal e França, fruto das leis para a economia social que nos últimos anos têm sido aprovadas nesses países. Curiosamente, o legislador italiano ainda não despertou do mesmo modo para a economia social, apesar de este ordenamento jurídico apresentar inúmeros pontos de contato com áreas e conceitos que são comuns a esta realidade.

O novo volume desta obra, coordenado pelo jurista Antonio Fici, com prefácio de Stefano Zamagni, pretende aproximar o leitor ao conceito de economia social, tal como este vem ganhando forma ao nível europeu. Por outro lado, visa compreender o modo como a economia social se relaciona com ideias que são já familiares ao contexto nacional italiano, e quais os benefícios que a sua eventual aceitação poderá proporcionar a esse ordenamento jurídico.

A obra divide-se em três partes.

A primeira parte, dedicada à definição dos fundamentos teóricos e institucionais da economia social, conta com o contributo de Giorgio Resta, que, em “Il diritto e i limiti della razionalità económica”, procede a uma análise do direito e da teoria da escolha razoável, explorando ainda a lógica que se encontra por detrás dos atos gratuitos, que o autor confronta com o axioma da atuação interessada (ou *self-interest*), que representa precisamente um dos principais baluartes daquela teoria. Também Angelo Rinella (“Cooperazione ed economia social nella Costituzione italiana”) se debruça sobre esta temática, do ponto de vista do texto constitucional italiano, relembando a função social e as normas que compõem a designada constituição económica (“costituzione económica”) e as características instrumentais da cooperação no que diz respeito às finalidades sociais-democráticas da cooperativa. Para Gianluca Salvatori (“L’economia sociale e le istituzioni europee”), o papel da economia social no novo cenário emergente, em particular, o papel da empresa social, é merecedor de especial destaque, a par das políticas públicas, nacionais e europeias, vocacionadas para o sustento da economia social. Por fim, Roberto Cisotta (“Gli enti dell’economia sociale nel diritto del mercato único europeo”) apela a um “valor social” do ordenamento jurídico da União Europeia, destacando as entidades que intervêm no plano europeu em matéria de economia social, os instrumentos normativos hoje previstos, prosseguindo uma análise jurisprudencial atenta do modo como os tribunais italianos têm tratado esta matéria a longo dos últimos anos.

Na parte II da obra, que se debruça sobre a recente legislação em matéria de economia social que surgiu em Espanha, Portugal e França, Aida Llamosas

Trápaga (“L’economia sociale in Spagna: nozione e principi legislativi”) prossegue um importante estudo das origens da noção hodierna de economia social, aproximando o leitor dos antecedentes legislativos do atual regime jurídico espanhol em matéria de economia social. No seu artigo, a Autora procede ainda a uma análise relevante da lei espanhola, nomeadamente, do seu perfil e objetivos gerais, enriquecendo a obra com aquela que tem sido a experiência naquele país, que se tem revelado pioneiro no tratamento jurídico desta realidade. Ainda no plano espanhol, Francisco Javier Arrieta Idiákez, em “La legge spagnola sull’economia sociale: definizione degli enti dell’economia sociale”, relembra os antecedentes normativos em matéria de entidades de economia social naquele país, refletindo sobre o seu papel em face do atual regime legal. O autor enumera e procede também a uma definição das entidades que assumem um papel relevante nesta matéria em Espanha, identificando e caracterizando os seus principais traços distintivos. No direito português, Deolinda Aparício Meira, doutorada e investigadora em matéria de direito cooperativo, dá um importante contributo ao nível do ordenamento jurídico português (“La legge portoghese sull’economia sociale”), enquadrando e definindo o setor da economia social por referência ao texto constitucional vigente naquele país. A Autora relembra e analisa os princípios orientadores em matéria de economia social em Portugal, debruçando-se sobre a relevante temática da forma organizativa, representação e interação da economia social com os seus membros, a comunidade e o Estado. Deolinda Meira aproveita ainda o seu contributo para questionar a “promoção da economia social”, levantando a importante questão de saber até que ponto estas entidades poderão estar sujeitas às normas legais em matéria de Direito da Concorrência. Por seu turno, Valentina Maria Marcelli, em “la legge francese sull’economia sociale”, procede a uma apresentação do sistema legal francês em matéria de economia social, designadamente, da terminologia eleita pelo legislador, medidas de apoio e financiamento desta realidade, e das entidades intervenientes, permitindo que o leitor se familiarize com o modo como a lei francesa tem regulado esta temática.

Na parte terceira, que versa sobre o estudo em direito comparado dos tipos de entidades que assumem um papel de protagonismo no quadro da economia social, Antonio Fici, que é também co-diretor e coordenador da obra, começa por elaborar uma importante resenha das funções sociais da cooperativa, procedendo a uma análise de direito comparado da finalidade mutualista da cooperativa e da sua compatibilidade com a função social desta, revisitando a necessidade de uma disciplina jurídica das cooperativas com interesse geral ou coletivo (ou “empresa social), uma tendência atual que tem despertado a atenção da doutrina nesta matéria (“La funzione sociale delle cooperative: note di diritto comparato”). Os Autores espanhóis Vega María Arnáez e Alberto Atxabal Rada destacam os princípios e valores cooperativos subjacentes à economia social, a cooperativa como uma importante fórmula de participação democrática na economia do Estado e a

democracia como um valor cooperativo em si mesma. Os Autores relembram a importância da educação, formação e informação em sede de economia social, sublinhando a relevância da participação dos jovens nas cooperativas (“Economia sociale, valori cooperativi e giovani”). Por fim, o mesmo Antonio Fici, numa outra reflexão, que intitula de “Funzioni e modelli di disciplina dell’impresa sociale in prospettiva comparata”, aponta a imprescindível função identificadora da legislação em matéria de empresa social, enumerando os diferentes modelos de disciplina possíveis, tendo em conta o escopo de interesse desta entidade, a proibição de distribuição de lucros e a atividade de utilidade social por si prosseguida. A propriedade e controlo da empresa social e a visão desta última no plano do projeto de reforma do setor terciário italiano são também alvo de estudo do Autor.

Estamos, assim, perante uma relevante resenha de estudos em matéria de economia social que, partindo da realidade jurídica vigente em Itália, enriquece o leitor com um contributo claro e crítico acerca do modo como esta matéria tem sido tratada pelos ordenamentos jurídicos de Espanha, Portugal e França, que avançaram já para uma regulação jurídica deste fenómeno económico e social.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 471-477
ISSN: 1130-2682

**COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO Y ESTATUTO
JURÍDICO DE SUS SOCIOS TRABAJADORES**

GEMMA FAJARDO (Dir.) y MARÍA JOSÉ SENENT (Coord.)

EDITORIAL TIRANT IO BLANCH, VALENCIA, 2016

JOSÉ DAVID ORTEGA RUEDA*

* Doctor en Derecho de la Unión Europea. Profesor de Derecho mercantil en CUNEF. Email: jose.ortega@cunef.edu.

La obligación esencial de todo jurista reside en ofrecer soluciones útiles a los retos y desafíos que se presentan en las diferentes facetas que componen la realidad humana. Una de las esferas donde la sensibilidad jurídica debe estar más afinada es el ámbito laboral, toda vez que el trabajo constituye una de las bases fundamentales para la realización de las potencias del hombre. Además de resultar esencial para la obtención de ingresos que sostienen la economía familiar y de colaborar al desarrollo social, al canalizar nuestras energías hacia labores productivas que redundan en beneficio del bien común, el trabajo es, por encima de todo, expresión y fundamento de la dignidad humana. Vivimos en el tiempo y abrazados a la historia que, peldaño a peldaño, se construye sobre el esfuerzo y sacrificio de las generaciones que se van sucediendo. En la creación de este acervo, de esta riqueza material y espiritual, se halla un atisbo de trascendencia, una razón de ser que se sitúa por encima de nosotros mismos. El trabajo no debe concebirse como una actividad meramente egoísta, encaminada a la sola obtención de un beneficio individual e inmediato, sino que encarna una de las formas más elevadas de solidaridad, pues en él se articulan las fuerzas del presente para lograr un futuro mejor. Evocando a Antoine de Saint-Exupéry, ésta es la verdadera naturaleza de la actividad laboral: recordarnos que «no hemos heredado la tierra de nuestros antepasados, sino que la tenemos prestada de nuestros hijos».

Por ese motivo, especialmente en momentos de crisis económica, cualquier respuesta que ayude a maximizar el empleo sin descuidar su connatural dimensión humana debe ser especialmente bienvenida. La institución jurídica analizada en la obra que ahora nos ocupa, titulada *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, debe considerarse, por derecho propio, una solución idónea para dinamizar el mercado laboral desde la perspectiva del ordenamiento mercantil. Nuestras primeras palabras no pueden menos que elogiar dicho estudio. Expertamente dirigido y coordinado, respectivamente, por D.^a Gemma Fajardo García, profesora titular de Derecho mercantil de la Universitat de València, y por D.^a María José Senent Vidal, profesora titular de Derecho mercantil de la Universitat Jaume I, ha sido llevado a término por un magnífico elenco de profesores y profesionales, tanto españoles como internacionales. Una simple vista del índice anuncia el tratamiento exhaustivo del que ha sido objeto el tema, mientras que la posterior lectura nos ratifica esa ya inmejorable impresión inicial. De este modo, en la presente reseña nos resulta del todo imposible centrarnos en algunos capítulos concretos en detrimento de otros, por lo que nos vemos obligados a observar a vista de pájaro este cabal relato jurídico.

En líneas generales, la obra se articula en tres grandes secciones: en primer lugar, se realiza una aproximación a la figura jurídica de la cooperativa de trabajo asociado (en adelante, CTA) —capítulos I a X—; en segundo término, se trata la

problemática relativa a la relación de los socios trabajadores con la sociedad —capítulos XI a XXI—; y, por último, se abordan una serie de cuestiones de diversa casuística sobre esta forma de organizar el trabajo y se analizan las tipologías concretas de CTA existentes —capítulos XXII a XXXIV—.

Centrándonos en el primer punto, hemos de comenzar refiriéndonos al fundamento jurídico y económico que sirve de premisa para la configuración de las CTA: el paradigma de la economía social que, entre otros aspectos, se basa en la participación de los trabajadores en la empresa. Ello ya aparece consagrado en el artículo 129.2 de la Constitución Española, donde se establece tres mandatos consecutivos a los poderes públicos: primero, la promoción eficaz de las diversas formas de participación en la empresa; segundo, el fomento, mediante una legislación adecuada, de las sociedades cooperativas; y tercero, el establecimiento de medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. Entendido en su conjunto, este precepto dispone un único deber público, consistente en garantizar que los trabajadores puedan acceder a la dirección, a la propiedad y a los beneficios de la empresa. Esto es lo que debemos entender por la expresión *diversas formas de participación en la empresa*. Para lograr esta finalidad se recurre a la forma más genuina y amplia de participación en nuestro ordenamiento, las sociedades cooperativas, y además, como culminación a este sistema, se prevé expresamente un modelo de propiedad integral de la empresa por parte de los socios trabajadores, en el que confluye la titularidad de la empresa con la prestación laboral.

En definitiva, la actividad cooperativizada consiste en la puesta en común de trabajo como prestación esencial de cada uno de los socios. Esto es, aunque dichos socios deben realizar una aportación patrimonial al capital social de la sociedad, lo que regirá la distribución de los beneficios será su trabajo personal en las actividades desarrolladas. La finalidad teleológica de esta modalidad societaria no es otra que promover la creación y el mantenimiento de puestos de trabajo, derribándose la tradicional separación entre la propiedad de los medios de producción y la fuerza laboral que en ellos se despliega. Este propósito se puede llevar a término tanto de modo originario, constituyéndose una sociedad cooperativa por un grupo de personas que a su vez van a trabajar en ella, como de manera derivativa, mediante la transmisión de una empresa ya existente a sus empleados. Huelga decir que acudir a esta última vía puede ayudar a resolver situaciones de crisis empresarial, evitando la pérdida de puestos de trabajo. Por esta razón, resulta un instrumento que debe ser tenido muy en cuenta por los operadores jurídicos para facilitar soluciones adecuadas en tales momentos.

Tras esta panorámica general sobre la forma cooperativa de organización del trabajo, la obra se centra en la categoría específica de las CTA. Siguiendo el artículo 80.1 de la *Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*, su objeto consiste en «proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal

y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros». En otras palabras, la CTA se define como una tipología de sociedad cooperativa específicamente concebida para que sus socios trabajen de manera inmediata en ella, potenciándose así el fenómeno del autoempleo.

De lo anterior derivan sus características fundamentales, que aparecen enumeradas en los siguientes apartados del precepto referido *ut supra*. Primero, sólo pueden ser socios trabajadores las personas físicas —las cuales, naturalmente, deberán tener la capacidad legal necesaria para contratar la prestación de su trabajo—, no las personas jurídicas. Segundo, la naturaleza societaria de la relación entre la CTA y sus socios trabajadores, los cuales pueden coexistir con trabajadores con contrato de trabajo por cuenta ajena, cuya relación con la CTA tendrá carácter laboral. Tercero, la preferencia que se da al trabajo cooperativo por encima de la contratación laboral, circunstancia que se manifiesta en la limitación a un 30% de las horas/año que pueden realizar los trabajadores con contrato por cuenta ajena. Cuarto, la protección que se ofrece a los socios trabajadores, que serán tratados de modo similar a los trabajadores por cuenta ajena. Quinto, el derecho a percibir periódicamente, en un plazo no superior a un mes, anticipos societarios, cuya cuantía se determinará según cuál haya sido su participación en la actividad cooperativizada y que se percibirán a cuenta de los excedentes de la sociedad, sin tener la consideración de salario. Y sexto, la íntima relación entre el ámbito laboral y el societario: de un lado, porque se prevé la posibilidad de que los trabajadores por cuenta ajena puedan acceder a la condición de socios trabajadores; y del otro, porque la pérdida de la condición de socio trabajador provocará, *ipso facto*, el cese definitivo de la prestación de trabajo en la cooperativa.

El régimen jurídico por el que se disciplina la relación del socio trabajador con la CTA es pormenorizadamente analizado en los siguientes capítulos. Como ya hemos expresado, el núcleo de esta institución jurídica consiste en un derecho que, en paralelo, constituye una obligación: el trabajo en común de los socios trabajadores, quienes deberán participar en la actividad cooperativizada que ellos mismos autogestionan. De este modo se realizan los valores de la autoayuda, el convencimiento de los asociados de que ellos podrán controlar mejor su propio destino, y la autorresponsabilidad, pues la supervivencia de la CTA dependerá, en última instancia, de la diligencia y el esfuerzo que realicen sus socios. En consecuencia, deberá vertebrarse un sistema de derechos y obligaciones que sea acorde con tales propósitos.

En lo relativo a los derechos de los socios trabajadores, siguiendo el esquema tradicional del ordenamiento societario, se clasificarían en tres grandes categorías en virtud de su naturaleza o alcance: los económicos, los políticos y los de carácter mixto. Comenzando por los derechos económicos, están los derechos a participar en el reparto de los resultados económicos positivos —que puede llevarse a térmi-

no mediante el cobro del ya referido anticipo—, a cobrar intereses, a que el valor de sus aportaciones sea actualizada y a recibir la liquidación de las mismas. Los derechos políticos, por su parte, habilitan a sus socios a solicitar la convocatoria de la asamblea —así como a asistir a ella y a participar con voz y voto, formulando las propuestas de votación que crea oportunas—, a sufragio activo y pasivo para los cargos de la CTA, a impugnar los acuerdos sociales y a solicitar que se ejerza la acción de responsabilidad, que se practique la auditoría de las cuentas anuales y que se disuelva judicialmente la cooperativa. Por último, los derechos mixtos hacen referencia a la posibilidad de acceder a la condición de persona socia y a dejar de serlo —lo que deberá matizarse si se hubiere establecido cualquier pacto de permanencia—, de adquirir o transmitir las aportaciones al capital, de participar en la actividad económico-social de la CTA y de ser debidamente informado.

Por lo que respecta a sus obligaciones, se catalogarían siguiendo el mismo patrón. En primer lugar, las obligaciones económicas abarcan el deber de desembolsar las aportaciones al capital, la prohibición de realizar actividades de competencia con la CTA y, en definitiva, cumplir el resto de compromisos económicos que se hubiesen asumido frente a la sociedad cooperativa. En segundo término, las obligaciones políticas contemplan el cumplimiento de los acuerdos que se hubieren adoptado en el seno de la sociedad, la aceptación de quienes hubiesen resultado elegidos para desempeñar cargos sociales, la participación en las actividades de formación y promoción dentro de la cooperativa, así como la observancia de los deberes específicos que hubiese asumido por razón de su cargo. Finalmente, las obligaciones mixtas se refieren al deber de secreto y, especialmente, a la participación en las actividades de la CTA.

Tal actuación se realiza a través de la prestación que se haya contratado entre el socio trabajador y la CTA. Como dijimos anteriormente, esta tipología de trabajo cooperativo es de naturaleza societaria, aunque alguna de sus características esenciales bien puede acabar recordándonos a los contratos laborales por cuenta ajena. Para empezar, atendiendo a su estructura formal, la prestación se deriva de un acuerdo *inter partes* por el que una persona física pone su esfuerzo a disposición de la CTA para generar bienes o servicios destinados a ser utilizados por la comunidad —o, expresándolo en otros términos, es una actividad voluntaria, personal y socialmente productiva—. Ello nos insinúa su segundo signo distintivo: se trata de un trabajo dependiente y por cuenta ajena, ya que el socio se halla dentro del ámbito de organización y dirección de la CTA, que se arroga la utilidad del trabajo realizado a cambio de una contraprestación económica. Por último, la tercera propiedad sería que nos hallamos ante un trabajo remunerado, aunque no en virtud de un salario, sino mediante la fórmula ya mencionada de los anticipos societarios. Así las cosas, no es de extrañar que nuestro ordenamiento recurra a instituciones de Derecho laboral para disciplinar determinadas circunstancias: de un lado, se prevé que el sistema de protección de la Seguridad Social comprenda

a los socios trabajadores; y del otro, se establece que, frente a los litigios que se promuevan entre la CTA y sus socios por la prestación de sus servicios, sean competentes los órganos jurisdiccionales del orden social.

Visto todo lo anterior, no cabe duda que el vínculo entre socio trabajador y CTA puede calificarse como *sui generis*. Centrándonos en el ámbito temporal de dicha relación, ésta se extendería desde el instante en que la persona deviene socio —ya sea por constituirse una CTA o por adherirse a una ya existente— hasta que causa baja, que puede ser voluntaria, obligatoria o por expulsión. Mientras que la primera sería fruto de una decisión autónoma del socio trabajador, la segunda trae causa de la pérdida de los requisitos, legales o estatutarios, para seguir ostentando la condición de socio. O lo que es lo mismo, se dejan de tener las condiciones objetivas para trabajar —como sucedería, por ejemplo, por una incapacidad permanente del socio, aunque también podría originarse en causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o fuerza mayor; o bien en el contexto de una sucesión de empresas—. La expulsión, por su parte, es una forma de sanción de la CTA al socio trabajador por la infracción de sus obligaciones —aunque no se trata de la única vía de penalización, pues podría limitarse a suspender alguno de sus derechos—. En cualquier caso, toda baja habría que respetar el procedimiento oportuno, liquidándose las aportaciones que el socio trabajador hubiese entregado a la CTA.

A modo de cierre, la última parte del estudio termina de agotar el análisis científico que se puede realizar a propósito de las CTA. Se tratan así temas de diversa índole que, por su amplitud, únicamente podemos relacionar: la articulación de sus recursos financieros, el tratamiento de sus resultados económicos, la organización de la protección social de los socios trabajadores, el régimen de prevención de riesgos laborales, el funcionamiento del sindicalismo y la participación colectiva, su régimen fiscal específico, las políticas públicas de promoción de este tipo de empresas en España y la ordenación de la contratación pública. Finalmente, se examinan las tipologías concretas de CTA, cada una con su casuística específica por razón de la actividad que llevan a cabo en el medio económico: las que pretenden una iniciativa social, las que se dedican al voluntariado, las que tienen sus miras en lograr el impulso empresarial y las que desarrollan sus actividades en el medio agrícola.

Nuevamente debemos felicitar a la dirección y a los autores por la magnífica obra colectiva que han brindado a la literatura jurídica. Sin duda, se trata de un título indispensable para cualquier biblioteca especializada, pues trata de una manera perfectamente clara y omnicomprendiva una institución jurídica que, en no pocas ocasiones, es injustamente omitida en los planes de estudio. Si la mayor ambición a la que puede aspirar un jurista reside en ofrecer a la sociedad una solución a sus desafíos cotidianos, entonces el legado de esta investigación es incontestable, toda vez que da a conocer una herramienta con un enorme potencial para dinamizar el mercado laboral y fomentar el trabajo digno y responsable.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), págs. 479-485
ISSN: 1130-2682

**RETOS JURÍDICOS DE LA ECONOMÍA
COLABORATIVA EN EL CONTEXTO DIGITAL**

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ y JULIÁN VALERO TORRIJOS (Dir.s.)

EDITORIAL ARANZADI, CIZUR MENOR, 2017

IRENE ESCUÍN IBAÑEZ*

* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad Politécnica de Cartagena. Email: irene.escuin@upct.es.

La crisis económica que viene padeciendo el mundo desarrollado desde el año 2007 ha repercutido notablemente en aspectos políticos, financieros, sociales, medioambientales, pero también ha desencadenado un cambio en la percepción social sobre nuestro actual sistema económico. El auge del consumo masivo para satisfacer necesidades, muchas veces creadas artificialmente, está dando paso a una nueva mentalidad donde prima el acceso temporal a los bienes y servicios a través del intercambio. Este nuevo enfoque económico ha venido respaldado además por el extraordinario desarrollo de las tecnologías de la información durante los últimos años. El acceso generalizado a Internet, a las redes sociales y a las plataformas digitales ha permitido crear canales de comunicación globales a través de los cuales “compartir”, “alquilar” o “intercambiar” resulta mucho más sencillo. Todo ello permite hablar del nacimiento de una nueva realidad económica, denominada economía colaborativa, y que constituye el foco de interés de la presente obra colectiva. Su análisis plantea, sin embargo, importantes retos. El primero de ellos de carácter terminológico. Estamos ante un fenómeno complejo con una doble dimensión jurídica y económica al que es necesario dotar de contenido. Junto a ello también cabe cuestionar la pertinencia de una intervención normativa en este ámbito y, en su caso, la mejor manera de llevarla a la práctica. Por último, son múltiples las repercusiones jurídicas de la economía colaborativa y que afectan, además, a diferentes partes de nuestro ordenamiento. Un estudio omnicomprensivo de esta nueva forma de acceder a bienes y servicios encierra, por tanto, la tarea de identificar cada una de sus posibles implicaciones legales, de ordenarlas sistemáticamente y de proponer posibles vías de solución allí donde se genera conflicto.

II. A todos estos retos se enfrenta con acierto el conjunto de estudios individuales que conforman la presente obra y que se estructura en cuatro partes. La primera de ellas está destinada al análisis de cuestiones generales de la economía colaborativa relativas, por un lado, a su definición y a la clasificación de las actividades que comprende (capítulo primero a cargo de la profesora ALFONSO SÁNCHEZ, R., y BURILLO SÁNCHEZ, F.J.) y, por otro, a su regulación (capítulos segundo a sexto a cargo de los profesores ORTIZ VIDAL, M.^a D., ALARCON SEVILLA, V., TORRES PÉREZ, F. y los abogados SÁNCHEZ TORNEL, M., y PERONA GUILLAMÓN, M.). Así y por lo que respecta al concepto, se toma como punto de referencia el utilizado tanto por la Unión Europea como por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. De acuerdo con este último, la economía colaborativa comprenderá aquellas actividades desarrolladas a través plataformas digitales que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. Si bien en el concepto se sigue la línea institucional, a la hora de clasificar los modelos de negocio

que tienen lugar en la economía colaborativa se propone un criterio nuevo. Así y frente a las clasificaciones tradicionales fundamentadas en los diversos modelos de prestación y de sus participantes, o en las diferentes acepciones del verbo “to share”, o en las clases de plataformas existentes, se propone agrupar los modelos de negocio atendiendo a las distintas funciones que asume la plataforma colaborativa. Esta última podrá actuar bien como prestador del producto o servicio, bien como proveedor de servicios complementarios, o bien como mero intermediario entre oferentes y demandantes en el mercado.

En cuanto a la regulación de este nuevo fenómeno, la obra da cuenta de las especiales dificultades que ello conlleva y del debate surgido entorno a dos posturas encontradas. Por una lado, la de quienes postulan una autorregulación de la economía colaborativa bajo el argumento de que un exceso de normas puede coartar el uso incipiente de plataformas digitales para el desarrollo actividades económicas y, por otro, la de quienes, en contraposición a estos enfoques de corte liberal, consideran necesaria una intervención legislativa. En medio de la polémica, las distintas aportaciones a esta primera parte toman como referencia una realidad incuestionable y es que la economía colaborativa plantea importantes retos jurídicos que el mercado por sí mismo no es capaz de solucionar. El propio contexto digital en el que se inserta hace que las necesidades de confianza y seguridad jurídica sean máximas. De igual forma, aspectos como la veracidad de la información suministrada en la red, la seguridad de los datos compartidos, el régimen de responsabilidad aplicable en caso de que existan problemas con los bienes o servicios suministrados, son claves para el éxito de este reciente fenómeno. Pero aquí vuelve a surgir el debate entorno a qué tipo de regulación se requiere: una global que sistematice todos los aspectos legales de la economía colaborativa, o bien una sectorial que cree normas *ad hoc* en aquellos ámbitos o actividades que mayores controversias plantean. Ante este nuevo dilema existe un sentir generalizado hacia la conveniencia de normas específicas que actúen allí donde se necesita.

III. Ahondando en la necesidad de esta regulación sectorial específica para la economía colaborativa, la segunda parte comienza con el análisis de sus implicaciones jurídicas en dos ámbitos de nuestro ordenamiento, concretamente, en el Derecho administrativo y en el Derecho mercantil. Respecto a la intervención de los poderes públicos sobre esta nueva manera de acceder a bienes y servicios en el mercado son dos las cuestiones que se analizan. Por un lado, hasta qué punto las actividades desarrolladas a través de plataformas de servicios colaborativos deben someterse al control administrativo previsto en la Ley 34/2002 de Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (capítulo séptimo a cargo del profesor VALERO TORRIJOS, J). En este sentido, y bajo el argumento de que las actividades realizadas a través de este tipo de soportes digitales no presentan particularidades propias que las diferencien de otro tipo de servicios de la sociedad de la información, resulta perfectamente justificable su sometimiento al

régimen de intervención administrativa de la LSSI. Simplemente será necesario comprobar que se trate de actividades onerosas y que no cumplan meramente una función de intermediación. La segunda cuestión se centra en el análisis del sistema de control administrativo diseñado por la Ley 5/2015 para el Fomento de la Financiación Empresarial y su aplicación a las plataformas de financiación colaborativa (capítulo octavo a cargo de la profesora PARDO LÓPEZ, M). En este ámbito y tras realizar un estudio exhaustivo de los requisitos necesarios para ejercer la actividad de *crowdfunding* financiero, así como del procedimiento de autorización administrativa y de inscripción, se llega a una reflexión final sobre el papel asumido por los poderes públicos en este ámbito. Así, y bajo la premisa de que nos encontramos ante un tipo financiación encuadrada en modelo económico colaborativo, quizás hubiera sido conveniente plantear una estrategia de intervención administrativa alternativa en la que el Estado dejara de asumir las tareas tradicionales de regulación y control para postularse más bien como garante del desarrollo de la actividad.

Desde la vertiente mercantil, el foco de interés se dirige, en primer lugar, a la caracterización de las plataformas digitales y de la actividad que desarrollan en el mercado, para centrarse posteriormente en los dos sectores sobre los que la economía colaborativa está teniendo una mayor incidencia, en concreto, sobre el transporte de viajeros y sobre la gestión del alojamiento turístico. Por lo que respecta a las plataformas colaborativas, su análisis se realiza desde la perspectiva de la financiación empresarial a través del *crowdfunding* y de su regulación por medio de la Ley 5/2015 (capítulo décimo a cargo del profesor DE LA VEGA GARCÍA, F). Con este punto de partida las plataformas se configuran como instrumentos de intermediación financiera que acceden y desarrollan su actividad en el mercado bajo el cumplimiento de determinados requisitos que muchas veces recuerdan a los exigibles a los agentes de financiación clásicos. En este sentido cabe entender las obligaciones de inscripción, de disponer de un capital social mínimo y de un seguro de responsabilidad civil profesional o de contar un aval o garantía con coberturas determinadas. También es objeto de estudio la relación jurídica que mantienen las plataformas colaborativas y sus usuarios (capítulo decimocuarto a cargo de la profesora GRIMALDOS GARCÍA, M). Esta relación jurídica se reconduce al contrato de mediación o corretaje, de forma que la plataforma colaborativa va a asumir el papel de intermediación entre oferentes y demandantes de los bienes y servicios.

Por lo que respecta al análisis del modelo de economía colaborativa en el sector del transporte y de la gestión del alojamiento turístico (capítulos noveno, duodécimo y decimotercero a cargo de GIRONA CASCALES, I., PÉREZ RIQUELME, A., CONTRERAS DELGADO DE COS, J.M., SILOS RIBAS, M., SOBRINO RUIZ, M.) existe un consenso generalizado sobre las indudables ventajas que esta nueva forma de prestación de servicios tiene para el usuario.

En ambos sectores, las plataformas digitales han permitido reducir los costes de transacción entre oferentes y demandantes, han ampliado el mercado y han creado mecanismos alternativos de reputación para solventar las dificultades de información entre los partícipes. Sin embargo, no todo han sido ventajas. Son varias las aportaciones que dan cuenta de los problemas de competencia surgidos entre los agentes tradicionales y quienes desarrollan este tipo de actividades bajo un modelo de economía colaborativa. En el centro del debate se sitúan las múltiples barreras administrativas introducidas, muchas veces de forma injustificada, por la normativa sectorial aplicable en cada uno de estos ámbitos. Restricciones como la necesidad de contar con una licencia para acceder a la actividad, la existencia de limitaciones geográficas para su desarrollo, la determinación del tipo de vivienda que puede destinarse al uso turístico o la fijación de un número máximo o mínimo de días para poder ofertarla, etc., no hacen más que introducir obstáculos para acceder al mercado, restringir la competencia y perjudicar la calidad y variedad de precios y servicios. En medio de este conflicto, se aboga por igualar para cada sector de actividad concreto las obligaciones de los agentes tradicionales y los de la economía colaborativa equilibrando, de este modo, las posibilidades de ambos y no generando desventajas competitivas para quienes no recurren a estas plataformas colaborativas y, por tanto, deben someterse a múltiples cargas administrativas si desean estar en el mercado. Por último, se hace referencia al indudable reto que supone para los agentes de la economía colaborativa asegurar todos los riesgos que su actividad entraña (capítulo undécimo a cargo de la profesora MUÑOZ PAREDES, M^a. L). Ante la novedad que supone utilizar plataformas digitales para alquilar esporádicamente la vivienda o el automóvil a un tercero será necesario crear pólizas de nuevo cuño a través de las cuales las compañías aseguradoras se adapten a los nuevos riesgos.

IV- La tercera parte de esta obra colectiva comienza abordando las implicaciones laborales de la economía colaborativa (capítulos decimoquinto, decimosexto, decimoséptimo, decimooctavo y decimonoveno a cargo de los profesores SELMA PENALVA, A., CAVAS MARTÍNEZ, F., FERRANDO GARCÍA, M^a. F., LÓPEZ ANIORTE, M^a. C, ORTÍZ GONZALEZ-CONDE, F.M., RODRÍGUEZ EGIO, M.). La ausencia de una regulación específica para las formas de participación productiva que surgen entre las plataformas digitales y sus colaboradores hace que buena parte de ellas o bien queden relegadas a la economía sumergida, o bien sean calificadas como trabajo autónomo y, por tanto, sometidas a un régimen jurídico que dispone de mecanismos menos eficientes para tutelar sus intereses colectivos, que contempla de forma insuficiente la prevención de los riesgos laborales y que además plantea más dificultades a la hora de quedar encuadrada dentro del sistema nacional de la Seguridad Social. Frente a esta realidad, se propugna la necesidad de crear un régimen jurídico específico para las relaciones laborales que surgen en el entorno de la economía colaborativa y que tendrá que atender a

sus propias particularidades, tales como la amplia libertad de decisión de los proveedores sobre cómo y cuándo trabajar, la fluctuabilidad de los ingresos obtenidos, el seguimiento tecnológico de la actividad, etc. Desde el punto de vista fiscal (capítulos vigésimo, vigesimoprimer, vigesimosegundo a cargo de las profesoras NAVARRO EGEEA, M., PASTOR DEL PINO, M^a. C., y SELMA PENALVA, V) el análisis de este nuevo modelo económico también plantea la exigencia de una regulación especial que actúe en varios frentes: por un lado, facilitando el cumplimiento de las obligaciones tributarias de todos sus partícipes, fomentando este tipo de actividades de corte solidario mediante una imposición más favorable y, por último, realizando actuaciones coordinadas entre todos los países para evitar posibles situaciones de elusión o fraude fiscal.

V- La última parte se reserva al tratamiento de cuestiones penales y de resolución de conflictos (capítulos vigesimotercero, vigesimocuarto, vigesimoquinto y vigesimosexto a cargo de las profesores AGULAR CÁRCELES, M. M., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., RUBIO LARA, P. A., CEBRIÁN SALVAT, M. A., y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R). Las primeras se encuentran directamente vinculadas al entorno cibernético en el que se desarrolla la economía colaborativa. Este contexto ha supuesto una nueva comprensión del fenómeno criminalístico no sólo desde el punto de vista cuantitativo, en la medida en que incrementa el número de delitos, sino también cualitativo, en la medida en que modifica el *modus operandi* de algunos de ellos. Con este punto de partida, el interés se dirige a aquellas conductas delictivas especialmente relacionadas con el uso de Internet para actividades de tipo colaborativo, en concreto, las estafas, las apropiaciones indebidas y la corrupción entre particulares. Por lo que respecta a la resolución de conflictos, se pone especialmente de manifiesto la ausencia de normas específicas en el Derecho Internacional Privado para determinar la ley aplicable a las relaciones jurídicas surgidas en un contexto electrónico. Ante ello, se propone el arbitraje como una posible vía de solución ante conflictos entre las plataformas digitales y sus usuarios, o entre los propios usuarios.

VI- En definitiva, la publicación de esta monografía permite contar, por primera vez en nuestra literatura jurídica, con un estudio global y multidisciplinar de la economía colaborativa del que resultan especialmente destacables dos aspectos. Por un lado, el acierto a la hora de identificar los puntos de verdadero interés jurídico y, por otro, el esfuerzo por estructurar y sistematizar un contenido muy novedoso, complejo y variado. La acertada dirección del conjunto de aportaciones que integran la obra y el cuidado tratamiento de los distintos temas de interés hace que nos encontremos ante una cita bibliográfica ineludible para todos aquellos que deseen profundizar en este reciente fenómeno económico desde una perspectiva jurídica.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 487-494
ISSN: 1130-2682

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES LABORALES

ANDREU MARTÍ, M. M. (Dir.),
ESCUÍN IBÁÑEZ, I. y PASTOR DEL PINO, M. C. (Coords.)

EDITORIAL ARANZADI, CIZUR MENOR, 2017

LUZ SÁNCHEZ GARCÍA*

* Profesora Ayudante de la Universidad Católica de Murcia.

La obra que aquí se recensiona tiene por objeto el estudio de la sociedad laboral. Se trata de una fórmula societaria que permite, tal y como pone de manifiesto la Dra. Andreu Martí en las primeras páginas, por un lado, a grandes y medianas empresas mantener su actividad empresarial y puestos de trabajo tras períodos de crisis económica y financiera como el que acontece y, por otro, para empresas pequeñas o de nueva creación supone una vía adicional de creación de empleo basado en la experiencia o conocimiento empresarial de sus socios.

Este análisis cobra relevancia con la reciente reforma llevada a cabo por la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (en adelante, LSLP) en torno a esta figura. Esta norma de nuevo cuño viene a modernizar la anterior —Ley 4/1997, de 24 de marzo— de acuerdo con las últimas reformas del Derecho de sociedades y, además, refuerza la naturaleza, función y caracterización de la sociedad laboral como entidad de la economía social².

La sociedad laboral que, en sus inicios, se presentaba como una posibilidad de autoempleo colectivo para los trabajadores, pasa a tener la consideración de “sociedad participada por los trabajadores”; calificación controvertida tratada con maestría en la obra objeto de recensión, donde se ponen de manifiesto sus virtudes y carencias.

La sociedad laboral adoptará necesariamente la forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada, de ahí que la estructura de la obra se mimetice, de manera acertada a nuestro juicio, con el *íter* lógico de la sociedad de capital resaltando, en todo caso, las peculiaridades propias de su naturaleza y que se ponen de manifiesto en su régimen jurídico. Así, tras el prólogo realizado por el destacado Catedrático de Derecho Mercantil D. José Miguel Embid Irujo, autor de numerosos estudios en materia de sociedades mercantiles, se desarrollan diez capítulos centrados en el ámbito puramente societario sin descuidar aspectos tan relevantes para esta figura como pudieran ser los laborales y tributarios.

I. El primer capítulo, bajo el título *La sociedad laboral del siglo XXI. Significado y configuración*, trata de aproximar al lector a una nueva concepción de sociedad laboral presentándola como un tipo social híbrido, al poder constituirse como sociedad anónima o de responsabilidad limitada por su forma, y, a su vez, recibir la calificación administrativa de “laboral”. Para ello, la Dra. Andreu Martí, tras un breve repaso del origen de esta figura y de sus antecedentes normativos, se centra en los requisitos que debe cumplir una sociedad para ostentar el calificativo de “laboral”, a saber: 1) Debe respetarse una titularidad mayoritaria del capital

² En este sentido se pronuncia el Preámbulo, en su apartado III, de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas.

social por parte de los trabajadores indefinidos; 2) asimismo, existe un límite general en la participación individual de los socios que no podrá exceder de la tercera parte del capital social y, por último, 3) el número de horas trabajadas por los trabajadores no socios no podrá exceder del 49% del cómputo global de horas-año trabajadas por aquellos que sí ostentan dicha condición (socio).

II. En el segundo capítulo, denominado *Régimen de constitución de la sociedad laboral. Adquisición y pérdida de la calificación de “sociedad laboral”*, se combinan las exigencias generales de las sociedades de capital en relación a su constitución con las especificidades propias requeridas para obtener la calificación de “laboral” y su inscripción en el correspondiente Registro Administrativo de Sociedades Laborales. El Dr. Velerdas Peralta, en este sentido, realiza un estudio pormenorizado del citado Registro, incluyendo un tratamiento de todos sus extremos desde el plano organizativo-competencial al funcional y de control. Desarrollado este punto, el autor se centra en la constitución de la sociedad laboral en sus dos posibles vertientes: 1) *Ex novo*, esto es, cuando se adquiere la condición de “sociedad laboral” en el momento mismo de su constitución o 2) derivada, es decir, cuando se adquiere dicha condición de manera sobrevenida a partir de una sociedad preexistente. Como cláusula de cierre de este capítulo se plantea la posible pérdida de la calificación de “sociedad laboral”, indicando el autor tanto el procedimiento de descalificación, sus causas legales y efectos.

III. El tercer capítulo, titulado *Régimen jurídico del capital social (I). Clases de acciones y participaciones sociales. Su transmisión*, centra su atención en las clases de acciones y participaciones —clase laboral y clase general— de la sociedad laboral, destacando las principales consecuencias que se derivan de esta distinción. En concreto, esta clasificación cobra relevancia en el plano de los derechos políticos ya que, tal y como expresa la Dra. Escuin Ibáñez, se pueden establecer diferencias en el reparto de los mismos con la única prohibición de emitir acciones o participaciones sin derecho de voto. No obstante, para la autora han quedado cuestiones sin cubrir por la reforma legislativa que siguen planteando escenarios controvertidos como sería el caso de las participaciones de voto plural, entre otras. Para finalizar el análisis, se alude a la transmisión de las acciones y participaciones de la sociedad laboral tanto en su vertiente voluntaria como *mortis causa*, así como la transmisión llevada a cabo en caso de extinción de la relación laboral.

IV. Bajo el título *Régimen jurídico del capital social (II). Modificaciones estatutarias que afectan al capital social. Régimen de autocartera*, el cuarto capítulo de la obra aborda fundamentalmente las especialidades que se presentan en las sociedades laborales en materia de ampliación de capital y en sede de autocartera —en materia de reducción de capital no existen reglas especiales aplicables—. Para ello, el Dr. Jordá García toma como punto de partida el debido cumplimiento de los requisitos establecidos en la distribución del capital social exigido para las

sociedades laborales ya mencionados *supra*. En lo que se refiere al aumento del capital social, el autor ahonda en el derecho de suscripción o asunción preferente destacando las principales excepciones al régimen general, en concreto, en materia de aportaciones no dinerarias o en lo referido a la exclusión del derecho de preferencia cuando afecte a acciones o participaciones de clase laboral. También dedica unas páginas al régimen de la autocartera en las sociedades laborales poniendo de manifiesto las particularidades relativas a la adquisición de sus propias acciones o participaciones, así como su mayor permisividad en materia de asistencia financiera.

V. Por su parte, la Dra. Alfonso Sánchez desarrolla el quinto capítulo de la obra que se titula *Separación y exclusión de socios en la sociedad laboral*. Comienza señalando las causas —legales y estatutarias— de separación de los socios y, en concreto, analiza aquéllas que presentan especialidades en sede de sociedades laborales. En este sentido es de destacar, por una parte, la pérdida de la condición de “laboral” de la sociedad como causa predicable de este tipo social y, por otra, la falta de distribución de dividendos como causa que no asiste a los socios trabajadores. A continuación, la autora realiza un tratamiento detallado del régimen jurídico que envuelve la separación de los socios, profundizando en el ejercicio de este derecho así como en la efectividad del mismo. Igualmente, para el caso de la exclusión de los socios, se analizan las causas que pueden provocarla destacando, de nuevo, aquellas específicas de las sociedades laborales —incumplimiento de previsiones legales en materia de transmisión de acciones/participaciones y realización por parte del socio de actividades perjudiciales para los intereses de la sociedad y por las que hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad—, así como su procedimiento. Por último, se señalan los aspectos comunes a la separación y exclusión de los socios de carácter tanto sustantivo como económico, así como el riesgo de incurrir en una causa de disolución.

VI. El capítulo sexto denominado *Especialidades en materia de órgano de administración* expone las cuestiones más destacables relativas al órgano de administración de la sociedad laboral. La Dra. Grimaldos García comienza señalando las competencias atribuidas a los administradores por la LSLP —gestión y representación— y a la posibilidad de delegación de las mismas. En concreto, y en relación a la necesaria gestión de la sociedad, la autora ofrece una delimitación de cuales sean las tareas que conforman el contenido de esta obligación, para lo que distingue entre gestión “ordinaria” y “extraordinaria”. Igualmente, y en lo que se refiere al deber de representación de la sociedad laboral, se señala la forma de atribución del mismo tanto cuando se trate de un administrador único como de varios administradores —en su caso, adoptando la forma de Consejo de Administración—; así como el ámbito de este poder de representación. La autora también dedica especial atención a la estructura del órgano de administración, analizando todas las novedades introducidas por el legislador y que vienen a resolver interro-

gantes que hasta ahora se consideraban de dudosa interpretación —v.g. la nueva consideración del sistema de representación proporcional como una facultad potestativa de los socios no trabajadores y no como una carga o deber cuando se elija como forma de administración el Consejo—. Por último, se señalan los deberes y la diligencia exigible a los administradores en el ejercicio de sus funciones, para lo que la autora se vale de dos conceptos imprescindibles para explicarlos como son el “interés social” y la conducta “responsable” de los administradores.

VII. Seguidamente, el séptimo capítulo, tal y como indica su título, versa sobre la *Configuración jurídico-laboral y encuadramiento en seguridad social de los socios trabajadores*. En este sentido, los Dres. Ríos Mestre y Luján Alcaraz comienzan su estudio distinguiendo entre contrato de trabajo y contrato de sociedad y la difícil inclusión de la sociedad laboral entre ellos. Posteriormente, los autores centran su discurso en el estatuto jurídico laboral del socio trabajador para lo que dedican varios apartados a analizar cuestiones tales como el momento en que el “trabajador” adquiere tal condición —celebración del contrato de trabajo—, las clases de contratos de trabajo —temporal o indefinido—, el período de prueba o la extinción del contrato de trabajo, entre otras. Abordados estos puntos, cobra relevancia el delicado encuadramiento de los socios trabajadores en el sistema de seguridad social. Con carácter general, cabría pensar que al tratarse de trabajadores por cuenta ajena es lógico que les resulte aplicable el Régimen General de la Seguridad Social, siendo más controvertida, sin embargo, aquella situación en la que los socios-trabajadores también desarrollen funciones gerenciales o directivas. En este último caso, y para determinar su régimen aplicable, los autores tratan la coexistencia de varias situaciones jurídicas en una misma empresa, a saber, la condición de socio y a su vez de trabajador asalariado.

VIII. El *Régimen fiscal de las sociedades laborales* se desarrolla en el capítulo octavo. La Dra. Pastor del Pino realiza un tratamiento de esta materia dividido en dos bloques fundamentales. De un lado, analiza la consideración de la sociedad laboral como posible sujeto de tributación concluyendo, tras su análisis, que ésta tributará en España por su configuración jurídica como sociedad de capital y no por su carácter de entidad de economía social. Se desprende de este estudio que la realidad mencionada es objeto de críticas por algún sector doctrinal defensor de un mismo trato fiscal para las distintas entidades de economía social. No obstante esto, este trato favorable del que gozan las sociedades laborales, en opinión de la autora, parece sustentarse en diversos valores constitucionales como el de la igualdad o el fomento de la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, entre otros. De otro lado, la autora profundiza en la protección fiscal que ostentan las sociedades laborales a partir de un régimen específico —que incluye medidas de incentivo y de ajuste— como consecuencia de la función social que desempeñan. En este análisis son tratadas las medidas de beneficio previstas en varios instrumentos normativos, como puedan ser la Ley 4/1997, de 24 de marzo,

de Sociedades Laborales y la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Finalmente se propone una reforma del régimen fiscal de las sociedades laborales y se ponen de manifiesto ciertas reflexiones introducidas a partir de la LSLP.

IX. El noveno y penúltimo capítulo de la obra se refiere a *Otros regímenes jurídicos similares en Latinoamérica*. A través de diversos ejemplos, la Dra. Navarro Matamoros muestra la introducción y repercusión de regímenes jurídicos de la sociedad laboral similares al español en países geográficamente distantes pero que presentan similitudes en muchos aspectos. Así, la autora se centra en tres ordenamientos que constituyen el eje de su estudio como son el de Colombia, el de Costa Rica y el de Argentina. En el primero de los casos, se realiza un detallado análisis de las empresas asociativas de trabajo en Colombia, partiendo de su definición como organizaciones económicas productivas, explicitando las condiciones para ser socio, para seguir con sus requisitos y procedimiento de constitución, su objeto social, los tipos de aportaciones de los socios, su necesaria inscripción en la Cámara de Comercio de su domicilio social y las formalidades de su disolución y liquidación, entre otras. Por su parte, en Costa Rica, la autora destaca la Sociedad Anónima Laboral como figura jurídica especializada que permite un funcionamiento correcto de la Sociedad Anónima dentro del ámbito laboral. Son reseñables las ventajas que hacen atractiva su constitución, como puede ser la existencia de una red institucional de apoyo a este tipo de sociedades amparada por el gobierno central y entidades autónomas, o la posibilidad de obtener préstamos con fondos propios del Banco Popular dirigidos a financiar sus proyectos, entre otras. Por último, la autora se detiene en la revisión normativa de las sociedades laborales en el ordenamiento argentino. Esta figura jurídica ha sido objeto de numerosas iniciativas de regulación, siendo la última el Anteproyecto de la Ley Federal de Cooperativas y Mutuales, donde las sociedades laborales se abordan al hilo de las denominadas “cooperativas recuperadas”. No obstante, el análisis presta especial atención al Decreto 1406/2001 Creación y Definición. Autoridad de aplicación. Requisitos y condiciones. Disolución. Régimen Especial. Disposiciones Complementarias y Transitorias, que regula específicamente la sociedad laboral de manera completa. La autora finaliza el capítulo aludiendo a futuras propuestas de adopción de regímenes similares en otros países de Latinoamérica.

X. El último capítulo titulado *Sociedad participada por los trabajadores versus participación financiera de los trabajadores en la empresa* revela las carencias de la LSLP en cuanto a las ventajas fiscales y otros instrumentos al servicio de las sociedades participadas por trabajadores, realidad que constituye una alternativa a las sociedades laborales cuando no se cumplan los estrictos requisitos exigidos a tal efecto. En este sentido, la Dra. Farias Batlle, tras un breve repaso de las iniciativas de fomento de la participación financiera de los trabajadores en el ámbito europeo, se adentra en los modelos existentes para alcanzar esta realidad

—participación en beneficios, participación individual en el capital y los “programas de accionariado de los trabajadores”—. Seguidamente, la autora se centra en el tratamiento que de la participación financiera de los trabajadores y la sociedad participada otorga la LSLP. En su opinión, este texto normativo mezcla el régimen específico de la sociedad laboral con la declaración de principios relativa al impulso de la participación financiera de los trabajadores generando de esta manera, “cuando menos extrañeza”, ya que existen diferentes fases en el desarrollo de esta participación y, además, la consecución de la condición de laboral no es inmediata. Continúa realizando un repaso del *iter* entre las propuestas de los expertos y el régimen de la sociedad participada en la LSLP, para después caracterizarla basándose en sus fundamentos y principios —siendo cuestionable para la autora su configuración como tal— y finalmente aludir a su posible desarrollo reglamentario, todavía pendiente.

Como vemos, se trata de una verdadera construcción dogmática en torno a la sociedad laboral, una figura singular que se encuentra presente en la realidad económica española. Esta magnífica obra ofrece aportaciones específicas y concretas relativas a su no común naturaleza híbrida y, por ende, a su complejo régimen jurídico, lo que la dota de un incalculable valor científico.

Al tratarse de un estudio de carácter global realizado de manera pormenorizada, suponía un gran reto para los autores que, finalmente, han logrado plasmar con gran claridad sistemática y expositiva sus planteamientos, consiguiendo con ello una armonía en su lectura y comprensión. En definitiva, hablamos de una obra referente en la práctica societaria e imprescindible, en particular, para todos aquellos que quieran acometer el estudio de la sociedad laboral en nuestros días. Nuestra felicitación a los autores por el brillante trabajo realizado.

