

©ERTIVISM

E ECONOMÍA SOCIAL

CES · N.º 41 · CURSO 2018-2019

Universida de Vigo

CES

COOPERATIVISMO E
ECONOMÍA SOCIAL

N.º 41 · CURSO 2018-2019 · 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.

CONSELLO EDITORIAL

PRESIDENTE

ANXO TATO PLAZA

(Catedrático de Dereito Mercantil. Universidade de Vigo)

EDITORES

DEOLINDA MARIA APARÍCIO MEIRA

(Profesora Adjunta. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto (ISCAP/IPP))

MARIA ELISABETE GOMES RAMOS

(Profesora Auxiliar. Universidade de Coimbra)

TIAGO PIMENTA FERNANDES

(Professor Auxiliar. Universidade Portucalense)

FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ

(Professor Titular de Dereito Mercantil. Universidade de Vigo)

MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA

(Professor Titular de Dereito Mercantil. Universidade de A Coruña)

CONSELLO CIENTÍFICO

Prof. Dra. ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ (Universidad de Murcia); Prof. Dr. MANUEL BOTANA AGRA (Universidad de Santiago de Compostela); Prof. Dr. PEDRO CAETANO NUNES (Universidade Nova de Lisboa); Prof. Dr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA (Faculdade de Direito da Universidade do Porto); Prof. Dr. MARIO DE CONTO (Faculdade de Tecnologia do Cooperativismo - ESCOOP, Brasil); Prof. Dr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU (Universidade de Coimbra); Prof. Dr. JULIO COSTAS COMESAÑA (Universidade de Vigo); Prof. Dr. EMANUELE CUSA (Università degli Studi di Milano-Bicocca); Prof. Dr. IFIGENIA DOUVITSA (Open University, Atenas); Prof. Dra. GEMMA FAJARDO GARCÍA (Universidad de Valencia); Prof. Dr. PABLO FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO (Universidade de Vigo); Prof. Dr. JOSÉ FERREIRA GOMES (Universidade de Lisboa); Prof. Dr. ANTONIO FICI. (Università degli Studi del Molise, Italia); Prof. Dr. ENRIQUE GADEA SOLER (Universidad de Deusto); Prof. Dr. ÁLVARO GARRIDO (Universidade de Coimbra); Prof. Dr. Dr. h.c. JOSÉ ANTONIO GÓMEZ SEGADE (Universidade de Santiago de Compostela); Prof. Dr. HAGEN HENRY (University of Helsinki, Finlandia); Prof. Dr. DAVID HIEZ (Université du Luxembourg, Luxemburgo); Prof. Dr. HYUNGMI KIM (iCoop Korea); Prof. Dr. LICÍNIO LOPES (Universidade de Coimbra); Prof. Dra. ELDA MARQUES (Universidade do Porto); Prof. Dra. MARIA MIGUEL CARVALHO (Universidade do Minho); Prof. 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); Prof. Dra. ANA PITA GRANDAL (Universidade de Vigo); Dña. ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS (Abogada); Prof. Dr. IAGO SANTOS (Universidade de Vigo); Prof. Dr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (Universidade de Coimbra); Prof. Dr. PAULO DE TARSO DOMINGUES (Universidade do Porto); Prof. Dr. FÁBIO ULHOA COELHO (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil); Prof. Dra. BENEDITA URBANO (Universidade de Coimbra); Prof. Dr. GER VAN DER SANGEN (Tilburg University, Holanda); Prof. Dr. PAULO VASCONCELOS (Instituto Politécnico do Porto - ISCAP); 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).

COLABORAN NESTE NÚMERO

ALCIONE PAULO

ANA AMORIM

CAROLINA RAMALHO

ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ

INÊS NEVES

ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ

JULIO COSTAS COMESAÑA

LICÍNIO LOPES MARTINS

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

MAÍRA FAJARDO LINHARES PEREIRA

MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA

MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO

MARÍA JESÚS RODRÍGUEZ MÍGUEZ

MARIA JOÃO MACHADO

MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ

MIGUEL SOUSA FERRO

PATRICIA PRIETO PADÍN

PEDRO HENRIQUE SILVEIRA FERREIRA DO AMARAL DUARTE

RAFAEL JORDÁ GARCÍA

SARA LOUREDO CASADO

SINESIO NOVO FERNÁNDEZ

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

Información detallada da revista dispoñible en:
<https://revistas.webs.uvigo.es/index.php/CES/about>

I.- INFORMACIÓN XERAL DE CES

II.- INFORMACIÓN XERAL PARA AUTORES/AS E REVISORES/AS

II.1.- PROCESO EDITORIAL E REVISIÓN POR PARES

II.2.- INSTRUCCIÓN TÉCNICAS PARA OS AUTORES

III.- CÓDIGO ÉTICO DA REVISTA CES

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

Información detallada de la revista disponible en:
<https://revistas.webs.uvigo.es/index.php/CES/about>

I.- INFORMACIÓN GENERAL DE CES

II.- INFORMACIÓN GENERAL PARA AUTORES/AS Y REVISORES/AS

II.1.- PROCESO EDITORIAL Y REVISIÓN POR PARES

II.2.- INSTRUCCIONES TÉCNICAS PARA LOS/AS AUTORES/AS

III.- CÓDIGO ÉTICO DE LA REVISTA CES

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

Detailed information of the journal available at:
<https://revistas.webs.uvigo.es/index.php/CES/about>

I.- GENERAL INFORMATION ABOUT CES

II. GENERAL INFORMATION FOR AUTORS AND REVIEWERS

II.1.- EDITORIAL PROCESS AND PEER REVIEW

II.2.- TECHNICAL INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

III.- ETHICAL CODE OF CES JOURNAL

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

Informação detalhada da revista disponível em:
<https://revistas.webs.uvigo.es/index.php/CES/about>

I.- INFORMAÇÃO GERAL DE CES

II.- INFORMAÇÃO GERAL DOS AUTORES / REVISORES / AS

II.1.- PROCESSO EDITORIAL E REVISÃO POR CASAL

II.2.- INSTRUÇÕES TÉCNICAS PARA AUTORES

III.- CÓDIGO DE ÉTICA DA REVISTA CES

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

- MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, Cooperativas e futebol profissional: uma cooperativa pode ser uma estrutura jurídica adequada para um clube? uma análise sob os princípios da pecol.** 25-44
- CONTENTS:** 1. THE PROBLEMS THAT LED TO THE RISE OF PROFIT-MAKING COMPANIES AS THE PREFERRED LEGAL STRUCTURE IN PROFESSIONAL FOOTBALL. 2. THE REMAINING ISSUES. 3. DEFINITION AND OBJECTIVES OF COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 4. MEMBERSHIP IN COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 5. GOVERNANCE IN COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 6. FINANCIAL STRUCTURE OF COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 7. COOPERATIVES' FINANCIAL AND MANAGEMENT AUDIT AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 8. THE POSSIBLE ADVANTAGES OF COOPERATIVES AS THE LEGAL STRUCTURE OF CLUBS IN PROFESSIONAL AND AMATEUR FOOTBALL.
- RAFAEL JORDÁ GARCÍA, El recurso a los medios telemáticos y a los estatutos tipo para la constitución de sociedades laborales** 45-65
- SUMARIO:** 1. FOMENTO DE LA ECONOMÍA SOCIAL PARA LA AUTOGENERACIÓN DE EMPLEO. 2. SIMPLIFICACIÓN DE LA PUESTA EN MARCHA DE SOCIEDADES LABORALES. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTERIOR AL REAL DECRETO 44/2015, DE 2 DE FEBRERO. 3. RÉGIMEN DE TRAMITACIÓN TELEMÁTICA PROPUESTO PARA LAS SOCIEDADES LABORALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. REAL DECRETO 44/2015, DE 2 DE FEBRERO. 3.1. Real Decreto 44/2015, de 2 de febrero: Aplicación del Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre a las Sociedades Limitadas Laborales. 3.2. Ventajas adicionales al DUE a las que pueden acogerse las Sociedades Limitadas Laborales: Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo. 3.3. Posibilidad de que las sociedades limitadas laborales se acojan a los estatutos tipo. 4. BIBLIOGRAFÍA.
- LICÍNIO LOPES MARTINS, A supervisão financeira das associações mutualistas e a liberdade de associação** 67-92
- SUMÁRIO:** 1. O RÉGIME LEGAL E A PROBLEMÁTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SUSCITA. 2. SÍNTESE DA SUCESSÃO DE REGIME LEGAIS E ADMINISTRATIVOS E RESPECTIVAS VICISSITUDES INTERPRETATIVAS. 3. DA INTERPRETAÇÃO AUTÉNTICA À PRODUÇÃO DOS EFEITOS DAS LEIS INTERPRETATIVAS NO TEMPO. 4. DA NATUREZA “INOVADORA” E NÃO “INTERPRETATIVA” DA LEI NOVA (ARTIGO 2.º DO DECRETO-LEI N.º 37/2019, DE 15 DE MARÇO) E O LIMITE À SUA (EVENTUAL) “RETROACTIVIDADE FORMAL”. 5. A “VERSÃO ACTUALIZADA” DA ALÍNEA F) DO N.º 5 DO ARTIGO 6.º DO DECRETO-LEI N.º 59/2019, DE 2 DE AGOSTO, ENQUANTO “LEI INOVADORA”, RESTRITIVA, RETROACTIVA E INDIVIDUAL E CONCRETA. 6. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.
- PEDRO HENRIQUE SILVEIRA FERREIRA DO AMARAL DUARTE, Terceirização pública por cooperativas de trabalho: um olhar crítico à visão controvertida do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª região** 93-129
- SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. LEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO ATRAVÉS DE COOPERATIVAS. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

MIGUEL SOUSA FERRO, ALCIONE PAULO E CAROLINA RAMALHO, As cooperativas e o direito da concorrência.	131-142
--	---------

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA. 3. APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA ÀS COOPERATIVAS. 4. CONCLUSÃO.

II XURISPRUDENZA

II.1. COMENTARIOS XURISPRUDENZA

ANA AMORIM, Anulação de deliberações sociais de associação por falta de convocatória para a Assembleia Geral. Comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2018 (proc. n.º 6299/15.0T8LSB.L1.S1) . .	145-156
---	---------

SUMÁRIO: 1. FACTUALIDADE RELEVANTE E QUESTÕES SUSCITADAS. 2. INVALIDADE DAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS. 2.1. Vícios de procedimento. 2.2. Assembleia universal. 2.3. Anulação judicial. 3. CADUCIDADE DO DIREITO DE AÇÃO. 3.1. Prazo de arguição. 3.2. Ónus da prova. 4. CONCLUSÃO. 5. BIBLIOGRAFIA.

MARIA JOÃO MACHADO, Comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (4.ª Secção), processo n.º 1887/14.5T8BRR-A.L1.S1, de 2 de maio de 2018 (Conselheiro Chambel Mourisco)	157-174
---	---------

SUMÁRIO: 1. OBJETO. 2. ENQUADRAMENTO. 3. A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS ADMINISTRADORES; 4. O CONTRATO DE ADMINISTRAÇÃO. 5. A COMISSÃO DE SERVIÇO. 6. O ARTIGO 398.º DO CSC. 7. O DESPEDIMENTO COM JUSTA CAUSA. 8. DE REGRESSO AO ACÓRDÃO DO STJ DE 02-05-2018 EM COMENTÁRIO. 9. CONCLUSÕES. 10. BIBLIOGRAFIA E OUTRAS FONTES.

MAFALDA MIRANDA BARBOSA, As associações mutualistas e o voto por correspondência – comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19-4-2018 (processo n.º 11266/16.4T8LSB-6)	175-192
---	---------

SUMÁRIO: 1. O CASO DECIDIDO PELO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. 2. A SOLUÇÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA E OS ARGUMENTOS MOBILIZADOS. 3. AS ASSOCIAÇÕES MUTUALISTAS E A FORMULAÇÃO DO PROBLEMA. ORDEM DE SEQUÊNCIA. 4. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA COMO UM PROBLEMA NORMATIVO. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA NA SUA REMISSÃO PARA OS PRINCÍPIOS: A LIBERDADE ASSOCIATIVA. 5. A INTERPRETAÇÃO COMO UM PROBLEMA NORMATIVO (CONT.): A INTERPRETAÇÃO DOGMÁTICA E TELEOLÓGICA E O RECURSO AOS DADOS SISTEMÁTICOS – O REGIME DAS SOCIEDADES E DAS ASSOCIAÇÕES. 6. O NOVO CÓDIGO DAS ASSOCIAÇÕES MUTUALISTAS E O REFORÇO DA POSIÇÃO SUSTENTADA. 7. CONCLUSÃO. 8. BIBLIOGRAFIA.

INÊS NEVES, Por uma gestão democrática indireta das cooperativas: comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 18 de outubro de 2018 . . .	193-214
--	---------

SUMÁRIO: 1. NÚCLEO PROBLEMÁTICO DO ACÓRDÃO. 2. FACTUALIDADE RELEVANTE. 2.1. Sentença de 1.ª instância. 2.2. Recurso para o Tribunal da Relação. 2.2.1. Alegações da Recorrente. 2.2.2. Contra-alegações do Recorrido. 2.2.3. Acórdão do Tribunal da Relação. 2.3. Recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça. 3. ASSEMBLEIAS SETORIAIS E ASSEMBLEIAS GERAIS DE DELEGADOS. 3.1. Do Direito aplicável. 3.2. Fundamento da solução e natureza da «delegação». 3.3. Aplicação do voto por representação nas assembleias gerais de delegados. 4. O PRINCÍPIO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA. 4.1. Por uma leitura atualista. 4.2. Os freios e contrapreços de uma leitura flexível do princípio. 5. CONCLUSÃO. 6. BIBLIOGRAFIA.

II.2.1. ANOTACIÓNS XURISPRUDENZA (PORTUGAL)

MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA, Natureza jurídica das obrigações de entrega de quantias destinadas à aquisição de terreno nas cooperativas de habitação de propriedade individual. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de junho de 2018	217-224
--	---------

II.2.2. ANOTACIÓNS XURISPRUDENZA (ESPAÑA)

JULIO COSTAS COMESAÑA, A valoración da proba de cargo nos procedementos disciplinarios das cooperativas (anotación a sentenza da Audiencia Provincial de Pontevedra de 23 de maio de 2018)	227-232
--	---------

SARA LOUREDO CASADO, Anotación a la sentencia 145/2018 del Juzgado de lo Mercantil de Murcia de 20 de junio.	233-239
SINESIO NOVO FERNÁNDEZ, El reembolso de la prima del seguro de caución en las cooperativas de viviendas	241-245
ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, n.º 317/2018 de 28 de junio, sobre la acción de responsabilidad individual contra miembros del Consejo de Administración e interventores de una sociedad mercantil.	247-251
ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS, Impugnación de un acuerdo de la Asamblea General que dota de carácter retroactivo a un acuerdo anterior afectando a antiguos socios. Comentario a la sentencia n.º 263/2018 de la Audiencia Provincial de Madrid del 7 de mayo de 2018	253-259

III CRÓNICA

MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ, Nuevos 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.	263-271
SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. EL REAL DECRETO 161/2019, DE 22 DE MARZO, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 550/2014, DE 27 DE JUNIO. 2. BIBLIOGRAFÍA.	
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ, Castilla y León modifica su Ley de Cooperativas de 2002.	273-282
SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN Y PLANTEAMIENTO. 2. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA. 2.1. Cambios en las normas comunes a las sociedades cooperativas. a) Capital social mínimo. b) Contenido mínimo de los Estatutos. c) Adaptación del silencio positivo a la Ley 39/2015. d) Respeto de los socios. e) Órganos de la cooperativa. f) Asamblea General. g) Régimen económico. h) Educación y Promoción. i) Reducción de cargas administrativas. 2.2. Modificaciones relativas a las clases de cooperativas y otras formas de cooperación. a) Supresión de los grupos de cooperativas. b) Cooperativas de trabajo. c) Cooperativas Agroalimentarias. d) Cooperativas de viviendas. e) Cooperativas de crédito y cooperativas de seguros. f) Un nuevo tipo de cooperativa: la “cooperativa integral”. 3. VALORACIÓN DE CONJUNTO.	
M.ª JESÚS RODRÍGUEZ MÍGUEZ, Extremadura aprueba una nueva Ley de Cooperativas.	283-291
SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 2. ESTRUCTURA. 3. NOVEDADES MÁS SIGNIFICATIVOS INTRODUCIDOS EN LA REGULACIÓN DE LAS COOPERATIVAS EN EXTREMADURA. 3.1. Participación de las mujeres. 3.2. El voto según el capital social. 3.3. Cooperativas juveniles. 3.4. Otras novedades: la cuestión de los llamados “falsos autónomos”. 4. VALORACIÓN FINAL.	
FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ, A anotación á Ley 5/2018, de 19 de junio, pola que se modifica a Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas	293-298
MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA, Las microcooperativas de las Illes Balears.	299-305
SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REGULACIÓN DE LAS MICROCOOPERATIVAS DE LAS ILLES BALEARS. 2.1. Las disposiciones generales. 2.2. La constitución y la inscripción. 2.3. Las normas de funcionamiento y de los órganos sociales.	
MAÍRA FAJARDO LINHARES PEREIRA, O fundo para a inovação social e as empresas sociais em Portugal	307-322
SUMARIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O FIS E A REGULACÃO DAS EMPRESAS SOCIAIS EM PORTUGAL. 2.1. Contextualização legal do Decreto-Lei n.º 28/2018 no quadro legal português e no quadro legal europeu. 2.2. Conceituação e natureza do FIS. 2.3. Os beneficiários do FIS. 2.4. Sobre as condições de sustentabilidade financeira dos beneficiários do FIS. 2.5. O Decreto-Lei 28/2018 e o conceito normativo de empresa social. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. BIBLIOGRAFIA.	

IV RECENSIONES

ARRIETA IDIAKEZ, F. J., <i>La baja como causa de finalización de la relación societaria entre la persona socia y la sociedad cooperativa</i> , Editorial Dykinson, Madrid, 2019, 194 páginas, por Patricia Prieto Padín	325-329
---	---------

INDEX

I DOCTRINE

- MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, Cooperatives and professional football: can a cooperative be an adequate legal structure for a club? An analysis under the PECOL principles** 25-44
- CONTENTS:** 1. THE PROBLEMS THAT LED TO THE RISE OF PROFIT-MAKING COMPANIES AS THE PREFERRED LEGAL STRUCTURE IN PROFESSIONAL FOOTBALL. 2. THE REMAINING ISSUES. 3. DEFINITION AND OBJECTIVES OF COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 4. MEMBERSHIP IN COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 5. GOVERNANCE IN COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 6. FINANCIAL STRUCTURE OF COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 7. COOPERATIVES' FINANCIAL AND MANAGEMENT AUDIT AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 8. THE POSSIBLE ADVANTAGES OF COOPERATIVES AS THE LEGAL STRUCTURE OF CLUBS IN PROFESSIONAL AND AMATEUR FOOTBALL.
- RAFAEL JORDÁ GARCÍA, Recourse to telematic means and kind to the statutes for the constitution of labour companies.** 45-65
- CONTENTS:** 1. PROMOTION OF THE SOCIAL ECONOMY FOR THE CREATION OF EMPLOYMENT. 2. SIMPLIFICATION OF THE BEGINNING OF THE ACTIVITIES OF LABOR COMPANIES. STATUS OF THE QUESTION BEFORE THE ROYAL DECREE 44/2015, FEBRUARY 2. 3. PROPOSED TELEMATIC PROCESSING SCHEME FOR LIMITED LIABILITY LABOR COMPANIES. ROYAL DECREE 44/2015, FEBRUARY 2. 3.1. Royal Decree 44/2015, February 2: Application of Royal Decree 1332/2006, of November 21 to Labor Limited Companies. 3.2. Additional advantages to the DUE to which the Limited Labor Companies can benefit: Royal Decree 421/2015, of May 29. 3.3. Possibility that labor limited companies can use the statutes type. 4. BIBLIOGRAPHY.
- LICÍNIO LOPES MARTINS, Financial supervision of mutualist associations and freedom of association.** 67-92
- CONTENTS:** 1. THE LEGAL REGIME AND THE LEGAL CONSTITUTIONAL PROBLEMATIC IT RAISES. 2. SUMMARY OF THE SUCCESSION OF LEGAL AND ADMINISTRATIVE REGIMES AND THEIR INTERPRETATIVE VICISSITUDES. 3. FROM AUTHENTIC INTERPRETATION TO THE PRODUCTION OF THE EFFECTS OF INTERPRETATIVE LAWS OVER TIME. 4. THE "INNOVATIVE" RATHER THAN "INTERPRETATIVE" NATURE OF THE NEW LAW (ARTICLE 2 OF DECREE-LAW NO. 37/2019 OF 15 MARCH) AND THE LIMIT TO ITS (EVENTUAL) "FORMAL RETROACTIVITY". 5. THE "UPDATED VERSION" OF PARAGRAPH F) OF N.º 5 OF ARTICLE 6 OF DECREE-LAW NO. 59/2019, OF 2 AUGUST, AS "INNOVATIVE LAW", RESTRICTIVE, RETROACTIVE AND INDIVIDUAL AND CONCRETE. 6. CONCLUSION. BIBLIOGRAPHY.
- PEDRO HENRIQUE SILVEIRA FERREIRA DO AMARAL DUARTE, Public ownership by cooperatives of work: a critical look at the controversy vision of the Brazilian 5th Region Regional Court of Work** 93-129
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. LEGALITY OF OUTSOURCING THROUGH COOPERATIVES. 3. CONCLUSION. 4. BIBLIOGRAPHY.
- MIGUEL SOUSA FERRO, ALCIONE PAULO E CAROLINA RAMALHO, Cooperatives and competition law.** 131-142
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. KEY CONCEPTS OF COMPETITION LAW. 3. APPLICATION OF COMPETITION LAW TO COOPERATIVES. 4. CONCLUSION.

II CASE LAW

II.1. COMMENTS

ANA AMORIM, The annulment of association resolutions due to lack of notification for the general meeting. Commentary on the Supreme Court of Justice decision of 11th December 2018 (proc. n.º 6299/15.0T8LSB.L1.S1) 145-156

CONTENTS: 1. RELEVANT FACTUALITY AND ISSUES RAISED. 2. INVALIDITY OF RESOLUTIONS. 2.1. Procedural defects. 2.2. Universal meeting. 2.3. Judicial annulment. 3. EXPIRY OF THE RIGHT TO ACTION. 3.1. Time limit to annulment. 3.2. Burden of proof. 4. CONCLUSION. 5. BIBLIOGRAPHY.

MARIA JOÃO MACHADO, Comment on the judgement delivered by the Supreme Court of Justice (4th Section), process n.º 1887/14.5T8BRR-A.L1.S1, on 2 may 2018 (Conselheiro Chambel Mourisco). 157-174

CONTENTS: 1. SUBJECT. 2. CONTEXT. 3. DIRECTORS LEGAL SITUATION; 4. THE ADMINISTRATION CONTRACT. 5. THE SERVICE COMMISSION. 6. ARTICLE 398 OF THE PORTUGUESE COMPANIES CODE. 7. THE DISMISSAL. 8. BACK TO THE JUDGEMENT DELIVERED BY THE SCJ ON 2 MAY 2018. 9. CONCLUSIONS. 10. BIBLIOGRAPHY AND OTHER RESOURCES.

MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Mutual associations and the postal vote – comment on the judgment of Tribunal da Relação de Lisboa of 19-4-2018 (process number 11266/16.54T8LSB-6) 175-192

CONTENTS: 1. THE CASE DECIDED BY THE LISBON COURT OF APPEAL. 2. THE DECISION OF THE LISBON COURT OF APPEAL AND THE ARGUMENTS DEVELOPED. 3. THE MUTUAL ASSOCIATIONS AND THE JURIDICAL PROBLEM. 4. JURIDICAL INTERPRETATION AS A NORMATIVE PROBLEM. THE INTERPRETATION OF THE RULE AND THE REFERENCE TO THE PRINCIPLES: FREEDOM OF ASSOCIATION. 5. JURIDICAL INTERPRETATION AS A NORMATIVE PROBLEM (CONT.): DOGMATIC INTERPRETATION AND PURPOSIVE INTERPRETATION AND THE REFERENCE TO THE JURIDICAL SYSTEM – CORPORATE DISCIPLINE AND ASSOCIATION DISCIPLINE. 6. THE NEW CODE OF MUTUAL ASSOCIATIONS AND THE REINFORCEMENT OF THE POSITION HELD. 7. CONCLUSION. 8. LITERATURE.

INÊS NEVES, Towards an indirect democratic member control of cooperatives: commentary to the decision of the Guimarães Court of Appeal of 18th October 2018. 193-214

CONTENTS: 1. DECISION'S CORE ISSUE. 2. RELEVANT FACTS. 2.1 First instance judgement. 2.2. Appeal court judgment. 2.2.1. Applicant's claims. 2.2.2. Respondent's claims. 2.2.3. Judgement of the Court of Appeal. 2.3. Appeal to the Supreme Court of Justice. 3. SECTORIAL ASSEMBLIES AND GENERAL ASSEMBLIES OF DELEGATES. 3.1. Applicable law. 3.2. Basis for the solution and «delegation»'s nature. 3.3. The application of the vote by representation at general assemblies of delegates. 4. THE PRINCIPLE OF DEMOCRATIC MEMBER CONTROL. 4.1. For an updated reading. 4.2. The checks and balances of the principle's flexible reading. 5. CONCLUSION. 6. BIBLIOGRAPHY.

II.2.1. ANNOTATIONS (PORTUGAL)

MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA, The legal nature of the cooperator's obligation to consign sums to the cooperative, aimed at covering the cost of the land, in the housing cooperatives based on individual property. Decision of the Supreme Court of Justice of 5th June 2018 217-224

II.2.2. ANNOTATIONS (SPAIN)

JULIO COSTAS COMESAÑA, The evaluation of the incriminating evidence in the disciplinary cooperative proceedings (a brief comment on the judgment of the Court of Appeal of Pontevedra, May 23 2018) 227-232

SARA LOUREDO CASADO, Comment to the judgment 145/2018 of the Commercial Judge of Murcia from the 20th June 233-239

SINESIO NOVO FERNÁNDEZ, The refund of surety insurance prime in the field of housing cooperatives	241-245
ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Commentary on the judgment of the Provincial Court of Asturias, 1 st Section, 317/2018 of June 28, on the action of individual responsibility against members of the Administrative Board and controllers of a cooperative	247-251
ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS, Contestation of the Annual General meeting's agreement, which attributes retrospective nature to another agreement, affecting, the recorre, old partners. Commentary of the judgment number 263/2018 of the Provincial Audience of Madrid, pronounced the 7 th of May of 2018.	253-259

III CHRONICLES

MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ, New requirements and procedure for recognition, enrollment and the low on the Register of the Priority associative entities, provided in the Law of Promotion of Integration of Cooperatives and Other Associative Entities with Agri-food Character	263-271
CONTENTS: 1. GENERAL APPROACH. 2. THE ROYAL DECREE 161/2019, OF MARCH 22, BY WHICH MODIFIES THE ROYAL DECREE 550/2014, OF JUNE 27. 3. BIBLIOGRAPHY.	
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ, Castilla y León modifies its Law of Cooperatives of 2002	273-282
CONTENTS: 1. PRESENTATION AND APPROACH. 2. CONTENT AND SCOPE OF THE REFORM. 2.1. Changes in common standards to cooperative societies. a) Minimum social capital. b) Minimum content of the Statutes. c) Adaptation of positive silence to Law 39/2015. d) Regarding the partners. e) Organs of the cooperative. f) General Assembly. g) Economic regime. h) Education and Promotion. i) Reduction of administrative burdens. 2.2. Modifications related to cooperative classes and other forms of cooperation. a) Suppression of cooperative groups. b) Work cooperatives. c) Agri-Food Cooperatives. d) Housing cooperatives. e) Credit cooperatives and insurance cooperatives. f) A new type of cooperative: the "integral cooperative". 3. OVERALL ASSESSMENT.	
M. ^a JESÚS RODRÍGUEZ MÍGUEZ, Extremadura approves a new Law of Cooperatives	283-291
CONTENTS: 1. PRESENTATION. 2. STRUCTURE. 3. MOST SIGNIFICANT INNOVATIONS INTRODUCED IN THE REGULATION OF COOPERATIVES IN EXTREMADURA. 3.1. Participation of women. 3.2. The vote according to the social capital. 3.3. Youth Cooperatives. 3.4. Other news: the question of the so-called "false self-employed". 4. FINAL ASSESSMENT.	
FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ, Anotation to Law 5/2018, of 19 June, modification of Law 14/2011, of 23 December, of Andalusia cooperatives societies	293-298
MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA, The microcooperatives of the Balears Illes	299-305
CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE REGULATION OF THE MICROCOOPERATIVES OF THE BALEARS ILLES. 2.1. The general provisions. 2.2. The constitution and the inscription. 2.3. The rules of operation and social organs.	
MAÍRA FAJARDO LINHARES PEREIRA, The social innovation fund and social enterprises in Portugal	307-322
SUMARIO: 1. INTRODUCTION. 2. FIS AND THE REGULATION OF SOCIAL ENTERPRISES IN PORTUGAL. 2.1. Legal context of Decree-Law No 28/2018 in the Portuguese legal framework and in the European legal framework. 2.2. Concept and nature of FIS. 2.3. The beneficiaries of the FIS. 2.4. On the conditions of the financial sustainability of the beneficiaries of the FIS. 2.5. Decree-Law 28/2018 and the normative concept of social enterprise. 3. FINAL CONSIDERATIONS. 4. BIBLIOGRAPHY.	

IV BOOK REVIEWS

- ARRIETA IDIAKEZ, F. J., *La baja como causa de finalización de la relación societaria entre la persona socia y la sociedad cooperativa*, Editorial Dykinson, Madrid, 2019, 194 pages, by Patricia Prieto Padín 325-329

I DOCTRINA

**COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL:
CAN A COOPERATIVE BE AN ADEQUATE
LEGAL STRUCTURE FOR A CLUB?
AN ANALYSIS UNDER THE PECOL PRINCIPLES**

***COOPERATIVAS E FUTEBOL PROFISSIONAL:
UMA COOPERATIVA PODE SER UMA ESTRUTURA
JURÍDICA ADEQUADA PARA UM CLUBE?
UMA ANÁLISE SOB OS PRINCÍPIOS DA PECOL***

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO*

Recepción: 19/7/2019 - Aceptación: 4/11/2019

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. R. de Diogo Botelho 1327, 4169-005 Porto. Endereço de correio electrónico: mribeiro@porto.ucp.pt.

ABSTRACT

Football clubs are traditionally organised under an associative legal form. Their objective is therefore not to obtain profit, but to pursue an activity that provides general benefits to the community (both to members and non-members of the association). However, severe financial and management issues have recently come to light in the professional football industry. Good governance is required in order to surpass those problems. The choice of legal form is a main driver of good governance, and that is the reason why under current Portuguese law only companies are allowed to enrol in professional football competitions. But this legislative option has not proven to be the best solution. In this paper, we assess the adequacy of the cooperative form as an organisational option, focusing on the substantial rules of PECOL (Principles of European Cooperative Law), which lays out the “ideal” legal identity of cooperatives, as well as on examples from specific jurisdictions.

KEYWORDS: Cooperative football clubs. Professional football industry.

CONTENTS: 1. THE PROBLEMS THAT LED TO THE RISE OF PROFIT-MAKING COMPANIES AS THE PREFERRED LEGAL STRUCTURE IN PROFESSIONAL FOOTBALL. 2. THE REMAINING ISSUES. 3. DEFINITION AND OBJECTIVES OF COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 4. MEMBERSHIP IN COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 5. GOVERNANCE IN COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 6. FINANCIAL STRUCTURE OF COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 7. COOPERATIVES' FINANCIAL AND MANAGEMENT AUDIT AND PROFESSIONAL FOOTBALL. 8. THE POSSIBLE ADVANTAGES OF COOPERATIVES AS THE LEGAL STRUCTURE OF CLUBS IN PROFESSIONAL AND AMATEUR FOOTBALL.

1 THE PROBLEMS THAT LED TO THE RISE OF PROFIT-MAKING COMPANIES AS THE PREFERRED LEGAL STRUCTURE IN PROFESSIONAL FOOTBALL

Good governance is essential to the professional football industry. To support effective club management and to navigate an often challenging economic context, an adequate choice of legal form is required. Good governance is essential to the professional football industry. To support effective club management and to navigate an often challenging economic context, an adequate choice of legal form is required. Under current Portuguese law, only companies are allowed to enrol in professional football competitions. This legislative option is essentially justified by the same aforementioned reasons. This legislative option is essentially justified by the same aforementioned reasons¹.

A sports company can be founded with or by a club – but it can also be established without a club's participation. In addition, a club can be transformed into a sports company – in which case it would no longer be a club. Finally, a sports company can be the result of an operation by which a club incorporates part or parts of its business. By spinning off the assets required to perform the economic activities related to the participation in competitions in a particular or a series of sports areas², the club remains a separate legal entity. The club will therefore necessarily be one of the shareholders of the newly established sports company (or even its only shareholder, holding 100% of capital shares)³. Until recently, the latest means of establishing a sports company has been undertaken by most

¹ Cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Sociedades Desportivas*, 2.^a ed., Universidade Católica Editora, Porto, 2017, pp. 14 ff.

² Cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade da SAD pelas dívidas do clube: o artigo 22.º, n.º 4, da LSD”, in *Revista de Direito do Desporto*, n.º 2, 2019, 7-18, pp. 7 ff.

³ Cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Sociedades Desportivas*, cit., pp. 66 ff.

Portuguese clubs which wanted to do so (or were forced to, as a pre-condition to take part in professional competitions).

A club is usually organised under an associative legal form. Its goal is therefore not to obtain profit, but to pursue an activity that provides general benefits to the community (that is, to members and non-members of the association). Clubs are expected to contribute to general welfare, along with the State, by facilitating access to the practice of physical activity and promoting a healthy life style. In contrast, sports companies must (under Portuguese law) have the main goal of obtaining and maximising profits, in order to distribute them to their shareholders⁴.

Another key aspect to consider are governance rules. Typically, legal biases are far less strict for non-profit associations than for private companies⁵. In order to ensure good governance requirements are adhered to by club management, in some countries (as is the case with Portugal) only sports companies are allowed to participate in professional competitions. In countries where this is not mandatory, the less strict legislative requirements are regarded as the true reason for clubs to remain non-profitable⁶. Yet, evidently, good governance (effective management, accountability and transparency) is essential to attract significant external investment.

These opposed goals raise important questions when trying to determine the true role of these entities.

On the one hand, if the company has to pursue maximum profit and needs to attract investors, it will not free willingly contribute to social welfare. In fact, any activity serving this purpose would only be admitted if practiced as an instrumental way to serve the maximum profit (v.g., as a marketing tool). Otherwise, the specific uninterested acts could be void, leading to directors' liability; and, of course, it would deter all purely financial investment.

On the other hand, however, the success of this economic activity depends almost entirely on the true participation of the fans. Besides, positioning professional football as a merely economic activity would, without any doubt, lead to the end of an attractive business. Furthermore, the positive social impact created by the club, as described above, would be lost.

⁴ Cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Sociedades Desportivas*, cit., p. 162.

⁵ Cf. the legislative evolution in France, described by Benoît Senaux, "The regulated commercialisation of french football", in *The Organisation and Governance of Top Football Across Europe. An Institutional Perspective* (Hallgeir Gammelsæter/Benoît Senaux), Routledge, New York/London, 2011, 123-137, pp. 129 ff.

⁶ Cf. ANNE-LINE BALDUCK/STEFFIE LUCIDARME, "Belgian football. A uniting force in a two-track policy?", in *The Organisation and Governance of Top Football Across Europe. An Institutional Perspective* (Hallgeir Gammelsæter/Benoît Senaux), Routledge, New York/London, 2011, 107-122, pp. 115 ff.

It would therefore be relevant to ensure that the mandatory establishment of sports companies does not, in any way, lead to the extinction of non-profit forms of club organisation. To address that need, a sports company can be complemented with a non-profit entity, dedicated to the development of non-profit activities⁷. Generally, a club is a non-profit association, but this paper explores the possibility and adequacy of a cooperative organisation. It will also analyse the cooperative form as an alternative to the sports company itself; seeking to determine whether it can support effective management and the overcoming of the financial issues that surround professional football.

The issues relating to club governance are generally identical to those that affect family enterprises: the control by a single shareholder (or a small group of shareholders), the appointment of directors on the basis of confidence (rather than professional skills and ethical behaviour), the lack of information disclosure⁸, and poorly effective control by the supervisory board. The mandatory constitution of a sports company was expected to avoid the perpetuation of these problems. The issue is that it actually does not seem to have had that effect⁹.

2 THE REMAINING ISSUES

When the club is the main shareholder of the company, it is widely accepted that the president of the association is also the president of the company's board

⁷ Cf. the analysis of ARMIN WIEDENEGGER/ALEXANDER KERN/MARIA RUPPRECHTER, "The Choice of Legal Form and its Effects on Good Governance: A Case Study of an Austrian Professional Soccer Club", in *Ekonomika a Management*, Issue 3, 2012, 23-43, pp. 27 ff. In Switzerland, although some clubs choose to become a limited company, the League encourages clubs to retain an associative structure within the club – the association will run the amateur section and, at the same time, be useful in protecting the club's assets, especially the intangible ones, such as their name (should the company go bankrupt). Cf. OLIVIER MUTTER/NICOLAS HUBER, "Swiss football. Finding alternatives to TV right revenues", in *The Organisation and Governance of Top Football Across Europe. An Institutional Perspective* (Hallgeir Gammelsæter/Benoît Senaux), Routledge, New York/London, 2011, 93-106, p. 101.

⁸ The lack of information disclosure leads to less external investment – v.g., if the club does not disclose information to shareholders, it will necessarily be difficult to attract new ones, or to make the existing shareholders believe they should invest more. Relevant information is, for instance, the information on the ownership of the club, its constitution and on the running of the club (including the information on the board of directors, financial performance, assets, liabilities and strategy). Cf. JONATHAN MICHIE/CHRISTINE OUGHTON, "The Corporate Governance of Professional Football Clubs in England", cit., pp. 519 ff. But good corporate governance requires the sports company to also disclose information and efficiently communicate with other stakeholders, including supporters (for the analysis of the special characteristics of football supporters as costumers, Cf. JONATHAN MICHIE/CHRISTINE OUGHTON, "The Corporate Governance of Professional Football Clubs in England", cit., pp. 522 ff.).

⁹ Cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, "A insolvência do clube e a sociedade desportiva", in *Revista de Direito Comercial*, <https://www.revistadedireitocomercial.com/>, 2019, 229-266, *passim*.

of directors. As a result, the basic rules of governance are compromised – both in terms of decision-making autonomy and the professionalism of management¹⁰. Furthermore, external investors will not be attracted to a company presenting such an opaque organisation. The financial problems persist, as they are usually the result of poor governance and lack of investment¹¹.

And in cases where the club is not the main shareholder (or not even a shareholder at all) the sports company risks losing its own identity, therefore reducing its market value. This set-up is often the result of contractual rules established by the investor to control business risks, by which the the role of the club is minimised in an attempt to maximise revenue. Further negative consequences might arise, such as the emergence of serious legal conflicts between clubs and the sports companies they created.

So, ideally, both the club and the company should partake in the sportive project. But specific regulation is required to prevent unnecessary dispute¹², promote investment and ultimately support the development of sports entities. This specific regulation has to take into account three important aspects: investors (whether supporters or purely financial investors) will only seek limited liability structures; supporters should be encouraged to acquire financial ownership rights, thereby also acquiring some influence over structure related decisions (the alignment of supporters is crucial for the success of any sports business); the prevalence of key

¹⁰ Analysing English and Scottish experience on professional clubs frequently structured as limited liability companies, STEPHEN MORROW, “History, longevity, and change. Football in England and Scotland”, in *The Organisation and Governance of Top Football across Europe. An Institutional Perspective* (Hallgeir Gammelsæter/Benoît Senaux), Routledge, New York/London, 2011, 46-61, p. 50, claims that “[w]hile the structure normally results in a separation between ownership and control, in football the two often continue to overlap”.

¹¹ As has been written by CHRISTOS ANAGNOSTOPOULOS, “The Battlefield of Greek Football. Organising Top-Tier Football in Greece”, in *The Organisation and Governance of Top Football across Europe. An Institutional Perspective* (Hallgeir Gammelsæter/Benoît Senaux), Routledge, New York/London, 2011, 209-223, p. 217, referring to the Greek situation, but illustrating the reality in most countries: “[t]hat said, all football companies in Greece are owned by family groups (in some cases through a family’s holding company), or individuals who are perceived supporters of the club and whose priority has always been sporting success rather than financial performance. As a general rule, Greek clubs share a long tradition of receiving paternalistic support from wealthy business people. Because of the extremely low possibility of making a return on their investments club owners seem to spend their personal funds in an endeavour to acquire social status and possibly political influence in order to facilitate other types of businesses they are involved in”.

¹² And even to prevent the loss of identity of the sports company’s project. As can be seen in Germany, football clubs were allowed to create joint stock companies since 1998, but the German FA demands that the association retains 50 percent plus one voting rights (with the exception of clubs that were already closely linked to a company at the time, and of the legal form of the sports company as a GmbH & Co. KGaA, in which the autonomy of the club is preserved by law): the 50+1 rule.

governance rules should be ensured, such as rules on information disclosure and management control¹³.

Once the value of the existence of the club has been demonstrated, despite the creation of a sports company, we should now consider the adequacy of the cooperative form as an organisational option¹⁴. The choice of legal form is a main driver of good governance¹⁵; so, in order to answer our question, we shall briefly consider a cooperative's main goals and governance rules. For that purpose, we will focus on the substantial rules of PECOL (Principles of European Cooperative Law), which lays out the "ideal" legal identity of cooperatives¹⁶, and point out examples of specific jurisdictions and the regulation of the *societas cooperativa europaea*.

3 DEFINITION AND OBJECTIVES OF COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL

A cooperative is a legal person (having autonomous legal subjectivity and, generally, patrimonial autonomy¹⁷ – therefore justifying limited liability of the members, who are not liable for the cooperative's debts¹⁸) – that carries on any

¹³ Cf. STEPHEN MORROW, "History, longevity, and change. Football in England and Scotland", cit., pp. 51 ff.

¹⁴ As is considered in a document released by The Football Association Limited (UK, 2015), entitled *Club Structures. A Guide to Club Structures for National League System and other Football Clubs*, 1-46, pp. 6 ff., specifically pp. 13 ff. (about "co-operative society" as a possible club structure). In Germany, besides companies (*Aktiengesellschaft* – AG, *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* – GmbH, and *GmbH & Co.KG auf Aktien*), the *eigetrage Genossenschaft* – eG (*i.e.*, the cooperative) is appointed as a possible legal form for sports clubs. Cf. the analysis of JOHANNES ERNING, *Professioneller Fußball in Deutschland. Eine wettbewerbspolitische und unternehmensstrategische Analyse*, Verlag für Wirtschaftskommunikation, Berlin, 2000, pp. 208 ff., specially 215 ff. JOHANNES ERNING, op. cit., p. 216, considers that the operation by which a club would leave the non-profit association to become a cooperative would not raise significant problems; on the contrary, it would present several advantages, making it a better alternative than creating a sports company (because of the constraints of a necessary profit-making objective in order to attract external investment, leading to the existence of "principal-agent" conflicts).

¹⁵ Cf. ARMIN WIEDENEGGER/ALEXANDER KERN/MARIA RUPPRECHTER, "The Choice of Legal Form and its Effects on Good Governance: A Case Study of an Austrian Professional Soccer Club", cit., pp. 23 ff.

¹⁶ Based on both the existing cooperative law in Europe and the EU regulation on the *societas cooperativa europaea*, the PECOL were drafted by a team of legal scholars, aiming to describe the common core of European cooperative law.

¹⁷ Cf. Section 3.5 (1) of the PECOL principles: "Cooperatives have legal personality and enjoy patrimonial autonomy".

¹⁸ As stated by Section 3.5 (2) of the PECOL principles, "[n]o member shall be liable for the debts of the cooperative for more than the amount they have subscribed, unless cooperative statutes provide for the liability of the member by guarantee subject to a cap". Despite the possibility of statutory exclu-

economic activity without having profit as its ultimate purpose (in the sense of being willing to make profits mainly for the payment of interests, dividends or bonuses on money invested or deposited in, or lent to, the cooperative; however, there is no imposition on non-profit making – cooperatives can even distribute eventual profits among members, but face constraints when that distribution aims at remunerating capital). Although a cooperative may be established to carry out an activity in the general interest of the community (in the special case of a general interest cooperative), its activity is regularly carried *mainly* in the interest of its members (as consumers, providers or workers of the cooperative enterprise). This definition arises from the first provision of the PECOL¹⁹, and highlights the basic difference between cooperatives and (for-profit) companies²⁰. But, as cooperatives carry out an economic activity in a corporate form and it is possible for them to distribute the economic results of their business to its members (essentially as cooperative refunds), they are also to be distinguished from non-profit associations *strictu-sensu*²¹.

Under Portuguese legislation, cooperative economic activity must be carried out in one or several of the following areas: consumption, trade, agriculture,

sion of limited liability, in the words of GEMMA FAJARDO/DEOLINDA MEIRA, “Cooperative financial structure”, in VVAA, *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2017, 73-95, p. 88, the trend is, nowadays, to exclude members’ liability for the cooperative’s debts.

¹⁹ Art. 2 of the Portuguese Cooperative Code (PCC) defines cooperative as an autonomous association of persons, united voluntarily, of variable composition and capital, which, through cooperation and mutual assistance on the part of its members and in accordance with cooperative principles, aims not at profit but at satisfying the economic, social, or cultural needs and aspirations of said members. As is stated in Art. 17 PCC, a cooperative acquires legal personality when its incorporation is registered – and then, because the cooperative becomes a legal person, its assets are autonomous from its members’ assets (which was not the case before: cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Artigo 18º – Responsabilidade antes do registo”, in *Código Cooperativo Anotado* (coord. Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos), Almedina, Coimbra, 2018, 109-115, pp. 109 ff.), and therefore the members are not liable for the cooperative’s debts (cf. DEOLINDA MEIRA/MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Artigo 80º – Regime económico”, in *Código Cooperativo Anotado* (coord. Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos), Almedina, Coimbra, 2018, 443-450, pp. 443 ff.). Under Portuguese law, cooperative rules must respect cooperative principles, embodied in Art. 3 of the PCC: voluntary and open membership; democratic member control; members’ economic participation; autonomy and independence; education, training, and information; cooperation among cooperatives; and concern for the community.

²⁰ Cf. the analysis of ANTONIO FICCI, “Definition and objectives of cooperatives”, in VVAA, *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2017, 19-45, pp. 20 ff.

²¹ Cf. DEOLINDA MEIRA, “Portugal”, in VVAA, *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2017, 409-516, p. 416.

credit, housing and building industry, working, crafts, fishery, cultural, services, education, and social solidarity²².

The cooperative's objective consists of, firstly, developing an economic activity, "mainly through cooperative transactions with their cooperator members for the provision of goods, services or jobs". In that sense, the cooperative is an enterprise, and cooperatives may engage in non-member cooperative transactions – unless otherwise defined by their status – as long as that activity is not their main activity^{23,24}. And second, the cooperative must develop such activity in the interest of its members, *i.e.*, to "the (direct) satisfaction of the members' needs"²⁵.

This *mutual purpose*, though, does not preclude that cooperatives pursue additional (altruistic) objectives, serving a sort of parallel *social function*. In fact, there is a "social dimension" in the economic activity of cooperatives, whose purpose consists equally of attending to the interests of the community within which the cooperative explores its business²⁶. The principles of education, training and information illustrate this very dimension. Under Sections 2.3(4)(a) and 2.3(1)(d) of the PECOL principles, members have the right and the obligation to participate in education and training provided by the cooperative, "appropriate to their role in the cooperative"; and Section 2.6(3) states the importance of education on members' rights. Art. 3 of the PCC also illustrates this dimension, as it "emphasises the obligation of cooperatives to guarantee the education and training of their members, representatives of their elected bodies, directors, and employees in cooperative related beliefs and actions"²⁷, which is also "vital for the functioning and governance of cooperatives"²⁸.

Therefore, sports cooperatives could be created to explore the economic activities related to, *e.g.*, amateur and professional football, providing their members with access to sports education, community sporting events, lower ticket prices and organised transport to games, equipment, merchandising. In such case,

²² Cf. art. 4 of the PCC.

²³ Cf. Section 1.5 of the PECOL. Of course, this Section's rules only apply to transactions for the provision of goods, services or jobs of the same kind as those provided to cooperator members – all other transactions, instrumental to the main activity of the cooperative enterprise, are not limited by law. In this same sense, cf. Art. 2.2 of the PCC.

²⁴ Cf. Section 1.4 (1) of the PECOL.

²⁵ Cf. ANTONIO Ficci, "Definition and objectives of cooperatives", *cit.*, p. 24; GERT VAN DIJK / PANAGIOTA SERGAKI / GEORGE BAOURAKIS, *The Cooperative Enterprise. Practical Evidence for a Theory of Cooperative Entrepreneurship*, Springer International Publishing, Berlin, 2019, pp. 48 ff.

²⁶ Cf. DEOLINDA MEIRA, "Portugal", *cit.*, pp. 421 ff.

²⁷ Cf. DEOLINDA MEIRA, "Portugal", *cit.*, p. 422.

²⁸ Cf. IAN SNAITH, "Cooperative Governance", in VVAA, *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2017, 47-71, p. 72.

a sports cooperative would pursue cooperative economic activities in more than one of the allowed areas, namely in consumption, culture, services and education. The sports cooperative would exist to serve its members (although it would be free to conduct business with non-members, as long as it predominantly traded with members – such as participants, fans, or investors). All members would be given the opportunity to benefit from the economic activity of the cooperative and to participate in its governance, whilst being granted limited liability.

The social dimension of cooperatives is also relevant to football clubs. Under Portuguese law, the State counts on private entities to collaborate in the pursuit of some collective rights - namely by promoting access to physical activity and sports (and these are constitutional rights²⁹)³⁰. Therefore, establishing the club as a standalone company is not an adequate solution for its legal form. The company will necessarily have a profit-making objective, so any activity that is not aimed at generating profit infringes its objective, which is a source of severe problems³¹.

But there is more: any resources allocated to these private entities dedicated to serving some kind of public interest³² would be difficult to integrate in the scope of a profit-making company. Since, again, companies are not created to serve public interests, and those resources could end up in the hands of the shareholders, who are interested in profit-making. Sports companies should direct these resources to their funding clubs, but there are some limitations to this solution: the company could have been created without the existence of a funding club (which is possible under Portuguese legislation); and the relationship between a professional football company and its funding club is not always the best (so this can be – and sometimes is – wrongfully used in a context of conflict, aggravating it).

4 MEMBERSHIP IN COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL

Section 2.2 establishes the open membership principle: “membership of a cooperative must be open to any person able and willing to accept the responsibilities of membership”; any limitation to this principle must be based on the ability to use the cooperative’s services³³. But the “open door principle” does not give

²⁹ Cf. Art. 79 of *Constituição da República Portuguesa*.

³⁰ Cf. Art. 5.3 of *Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro*.

³¹ Cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Sociedades Desportivas*, cit., pp. 35 ff.

³² V.g., the UEFA club competition solidarity payments for youth development in UEFA member association top-division clubs – the amount is to be distributed to national associations and/or leagues for their clubs and, as seen before, only sports companies are allowed to participate in professional football competitions, so only sports companies are members of the Portuguese football league and will receive a share of this payment.

³³ “Cooperatives are voluntary organisations, open to all persons able to use their services and willing to accept the responsibilities of membership, without gender, social, racial, political or religious

one the legally enforceable right to become a member – membership applications must be dealt with by a designated organ.

Members have obligations and rights. Concerning obligations, it is worth emphasising the duty to participate in cooperative transactions to a minimum extent³⁴, to make the applicable capital contributions, and to participate in the cooperative's governance (except for the case of investor members, who are neither obliged to participate in cooperative transactions, nor in the governance of the cooperative)³⁵.

Members have individual and collective rights. Individual rights are, *e.g.*, the right to participate in the cooperative's governance (attending meetings, voting, standing for election, requesting and receiving information), to receive dividends (only when decided under cooperative statutes), and to engage in cooperative transactions, receiving any cooperative refund (when determined by the competent organ). Collective rights also include the right to participate in the cooperative's governance (the right to request and receive any information, to propose candidates for election, to require a members' meeting to be called, to propose resolutions, to demand an audit of the cooperative by specially qualified and independent auditors), and to amend the cooperative's statutes or to restructure or dissolve the cooperative. Information is granted both as a collective and as an individual right, due to the value of transparency for member control of the cooperative³⁶.

A cooperative must have cooperator members (those members – natural or legal persons – who engage in cooperative transactions as consumers, providers or workers of the cooperative enterprise), and may have non-cooperator members (those members – natural or legal persons – who do not engage in cooperative transactions). Investors may be non-cooperator members, interested in the pursuit of the cooperative objective. Non-cooperative members can eventually be admitted to membership, if the cooperative's statutes provide accordingly. Cooperator members are contributors to the cooperative's capital as well. However, this participation is of a personal, non-capitalistic nature: rights and obligations have no link to the capital invested or the contribution made, but only to the member (and that is why shares in cooperatives, unlike shares in joint stock companies, cannot be traded on the securities market).

discrimination" is Principle 1, Voluntary and Open Membership, of the International Co-operative Alliance Principles, in <https://www.ica.coop/en/cooperatives/cooperative-identity#voluntary-and-open-membership>.

³⁴ Cf. Art. 22.2.c) of the PCC.

³⁵ Cf. Section 2.3 (1) of the PECOL principles.

³⁶ Cf. Section 2.6 of the PECOL principles, and its analysis by IAN SNAITH, "Cooperative Governance", *cit.*, p. 72.

Consequently, member shares may not be freely transferred: only among members or candidates for membership. And even in that case, the transfer is always subject to approval by the designated organ (and to any other conditions established in the statutes). In addition, personal creditors of the members cannot request the attachment of the member shares. The shares subscribed by investor members are not freely transferrable, as the transfer will need to have the permission from a designated organ as well³⁷.

In football-related economic activities, cooperatives may adequately pursue the interests of supporters (that can be cooperator members, which does not exclude the possibility of them investing in the cooperative), as well as the interests of mere investors (that can be non-cooperator members, not engaged in cooperative transactions, but eventually taking part in the decision-making process and having access to all relevant information).

5 GOVERNANCE IN COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL

The cooperative governance structure is ruled under Sections 2.4 and 2.5 of the PECOL principles, which attribute a very significant role to cooperative members.

Members participate in policy-making and major decisions in the cooperative, respecting the democratic principle “one member one vote” (regardless of the amount of capital held). In small cooperatives, members participate in decision-making directly; in other cases, cooperatives have a structure that allows members to ultimately control the organisation through the members meeting (or a series of meetings, split by sectors, in cooperatives with a large or widely dispersed membership). These meetings are complemented by one or more boards of committees, responsible for day-to-day management and accountable to the members.

In a “one tier system”, the administrative board has the powers of executive management and representation, and is supervised and monitored by the members’ meeting (or by a smaller elected body, in cooperatives with a large or widely dispersed membership) and/or by subcommittees of the administrative board. In a “two tier system”, the management board has the powers of executive management and representation, and is supervised and monitored by a supervisory board. The members of those organs must be elected and removed by the cooperative’s members – and the majority of members of both the administrative and supervisory boards have to be cooperative members themselves.

The duties of cooperative board members and managers include, as stated in Section 2.5 (8), an obligation to adhere to the cooperative’s defining values, prin-

³⁷ Cf. Section 3.3 (6) of the PECOL principles.

ciples and practices, as well as the obligation to comply with the law and the cooperative statutes, and their “duties of honesty, loyalty, good faith, care and skill”³⁸.

Section 2 of the PECOL principles rules cooperative governance. The fundamental general principle is, as stated in Section 2.1 (1), that cooperatives “are directed and controlled by or on behalf of their members, who have ultimate and democratic control through their governance system”³⁹. Whichever governance structure is adopted for a cooperative’s governance, the ultimate and imperative goal is to ensure cooperative autonomy and member control; and to pursue the specific economic activity mainly in the interest of the cooperative members⁴⁰.

When it comes to professional football, supporters’ participation is a fundamental tool for entrepreneurial success⁴¹. If supporters believe they have access to all relevant information, and can be a part of the decision-making process, they will invest in the club enterprise, either by acquiring goods and services, or by investing their capital. The cooperative governance structure promotes this necessary sense of trust, while still ensuring adequate levels of professionalism and control of management activity - which can equally reassure external investors.

6 FINANCIAL STRUCTURE OF COOPERATIVES AND PROFESSIONAL FOOTBALL

Cooperatives carry out an economic activity without having profitability as their ultimate purpose. Nevertheless, they are business organisations – and, for that reason, they can (and may need to) resort to various sources of capital, as long as these are compatible with their cooperative nature.

The economic resources of a starting cooperative are obtained through the contributions of cooperator members (which do not, as seen above, determine the rights of the members; what determines them are the mutual transactions between each member and the cooperative, because cooperatives need cooperative transactions with their members to conduct their economic activity⁴²). Yet, making a

³⁸ Cf. 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”, in *Cooperativismo e Economia Social*, ano 2016-2017, n.º 39, 315-325, pp. 315 ff.

³⁹ The member control principle also applies to general interest cooperatives. Cf. IAN SNAITH, “Cooperative Governance”, cit., p. 48.

⁴⁰ Cf. Section 2.1 (3) and (5) of the PECOL principles.

⁴¹ Even though there are limits and special rules related to the participation in sports companies, in order to avoid the manipulation of sportive results. Cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A participação em sociedades desportivas”, in *V Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2018, 311-342, *passim*.

⁴² Cf. GEMMA FAJARDO/DEOLINDA MEIRA, “Cooperative financial structure”, cit., p. 74.

capital contribution cannot be seen as a necessary condition for acquiring membership, although legal rules or statutory provisions frequently establish that duty.

Remuneration of invested capital is not an absolute right of the members; however, if financial results are positive, the members' meeting may decide to pay interest (which is decided in the members' meeting) when the cooperative statutes so provide,⁴³. In that case, the interest rate cannot be higher than a reasonable rate (just the "necessary to obtain and retain enough capital to run the business")⁴⁴, but may vary according to the nature of the contribution (mandatory or optional) and the category of the members (v.g., cooperator or non-cooperator members)⁴⁵.

Unless stated in a legal or statutory provision, there is no legally required minimum capital⁴⁶; and, in any case, the share capital is variable, in order to facilitate the free entry and exit of members (although the same can be achieved through the transfer of share capital participations). The stability of the cooperative's financial situation is still protected: if a member leaves the cooperative, they may not be reimbursed for the nominal value of their shares and their portion of divisible reserves^{47/48}. In cooperatives there are mandatory (legal or statutory) reserves (which can only be used to cover a balance sheet loss) and voluntary reserves (as determined by the members' meeting)⁴⁹.

The economic results of a cooperative's transactions with members may result in either cooperative "surpluses" or cooperative losses. The allocation of an eventual "surplus" is decided by members' meeting: it can either be distributed to the cooperator members as cooperative refunds, or allocated to divisible and indivisible reserves.

In the first case, the use of the word "refund" expresses the very nature of the "surplus". Cooperatives do not have a profit-making purpose. If there is a "surplus", it must be the result of an excessive payment requested by the cooperative

⁴³ That is the rule stated under Article 88 of the PCC: a portion not exceeding 30% of the annual net results can be allocated to compensate for shares, based on the capital underwritten by members. Cf. DEOLINDA MEIRA, "Portugal", cit., pp. 468 ff.; idem, "Artigo 88º – Remuneração dos títulos de capital", in *Código Cooperativo Anotado* (coord. Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos), Almedina, Coimbra, 2018, 484-487, pp. 485 ff.

⁴⁴ That is, "this rate may never be speculative, since the *principle of member economic participation* limits compensation": cf. DEOLINDA MEIRA, "Portugal", cit., p. 468.

⁴⁵ Cf. Section 3.3 of the PECOL principles.

⁴⁶ In some legal systems, in fact, a minimum share capital is imposed to cooperatives.

⁴⁷ Cf. Section 3.3 (7) of the PECOL principles.

⁴⁸ Cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, "Os interesses do cooperador demissionário e a tutela do património e dos credores da cooperativa", in *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra Coletiva de Comentários a Acórdãos da Jurisprudência Portuguesa, Brasileira e Espanhola* (coord. Deolinda Aparício Meira), Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2012, 375-386, pp. 375 ff.

⁴⁹ Cf. Section 3.4 of the PECOL principles.

to the members, or of a lower price than necessary paid by the cooperative to its members in cooperative transactions. And if the members did pay more, or receive less, than due, they will be refunded. This explains why the members will receive the refunds in accordance with the quantity or quality of their participation in cooperative transactions.

According to the law of several European countries, cooperative surpluses can only be distributed if they are not needed to cover existing losses, and to that extent⁵⁰. This rule aims to preserve the cooperative's solvency⁵¹.

If the results of the cooperative transactions are losses, they may be covered either by using the reserves or by cooperator members' contributions. Both would have to be stipulated by the members' meeting. The participation of the cooperator members in covering losses has a limit: although it is also determined in accordance to the quantity or quality of their participation in cooperative transactions (the same rule that applies to refunds), it can never surpass the value of the goods and services received by each member.

Despite the non-profit nature of cooperatives, a cooperative may have real profits, *i.e.*, results that do not derive from the transactions between the cooperative and its members (*v.g.*, results from non-member cooperative transactions, or from the ownership of company shares or other assets). These results cannot be distributed – their only possible use is to be allocated to indivisible reserves. In the case of losses caused by non-member cooperative transactions and other sources, the limited liability of cooperative members will come into effect: they will not have to cover those losses, which can only be covered by the cooperative's reserves⁵².

A cooperative may have access to other sources of funding besides shares, mutualistic capital, or an admission fee. The Portuguese legal system provides cooperatives with the very interesting possibility of issuing investment securities (inspired by the participating shares of companies) or bonds (in accordance to the standards established for companies by Portuguese company law, and as long as this does not harm the cooperative principles or the rules of the PCC⁵³), if the general meeting decides so⁵⁴. Those instruments can, of course, be subscribed by

⁵⁰ That's the case of the Portuguese Cooperative Code (art. 100.2).

⁵¹ Cf. GEMMA FAJARDO/DEOLINDA MEIRA, "Cooperative financial structure", *cit.*, p. 91.

⁵² Cf. Section 3.7 of the PECOL principles.

⁵³ Cf. Article 95 of the PCC and MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA, "Artigo 95º – Obrigações", in *Código Cooperativo Anotado* (coord. Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos), Almedina, Coimbra, 2018, 516-519, pp. 516 ff.

⁵⁴ Cf. Article 90.3 of the PCC.

non-members, but cooperators have pre-emptive subscription rights for convertible investment securities⁵⁵.

When issuing investment securities, it is the general meeting that determines the interest rate. It may also determine that underwriters have the right to participate in general meetings, when they are not already cooperator or investment members (always without voting rights)⁵⁶. It may also give underwriters the right to elect a representative who is entitled to attend the meetings of the supervisory board and to access all the information provided to its members⁵⁷ – which makes those instruments very reliable for all interested investors.

Therefore, investment securities can be a rather relevant source of funding for a cooperative, attracting even non-members' investment, without putting its political autonomy at stake⁵⁸. There are, however, limits on their issuance: they must not exceed the amount of the existing paid-up capital, in accordance to the most recent approved financial statements, plus any amount of increased capital paid after their closing date⁵⁹.

Nowadays, financial performance is a very relevant topic in professional football: clubs lack financial investment, and several clubs are even living in a state of financial distress, leading to insolvency. It is important to attract investment, and to have rules that protect all investment made in a club, without disregarding investors' expectations. So, cooperative members benefit from cooperative transactions; and investor members benefit from the remuneration of the capital they invested. In parallel, investors can be reassured by their "control" over the cooperative's management, because they have some important participation rights in the cooperative's organisation – such as voting, electing members of the boards, and having access to relevant information. Furthermore, under some national cooperative legal systems (as the appointed PCC), cooperatives may issue investment securities and bonds, allowing and facilitating access to the investment of non-members.

Consequently, cooperatives' financial rules can provide adequate security and remuneration for all invested capital, and ensure essential creditor protection, without putting the fundamental principles that characterise their nature at stake.

⁵⁵ Cf. Article 91.4 of the PCC. The rule does not exist for bonds, because convertible bonds are not allowed on cooperatives: cf. Article 95.2 PCC.

⁵⁶ Cf. Articles 92.1 and 92.3 of the PCC.

⁵⁷ Cf. Article 94 of the PCC.

⁵⁸ Cf. MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA, "Artigo 91º – Títulos de investimento", in *Código Cooperativo Anotado* (coord. Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos), Almedina, Coimbra, 2018, 500-505, p. 502.

⁵⁹ Cf. Article 92.4 of the PCC.

7 COOPERATIVES' FINANCIAL AND MANAGEMENT AUDIT AND PROFESSIONAL FOOTBALL

The general principle of cooperative audit supports the role of the cooperative's financial structure as described above. As stated in Section 4.1 of the PECOL principles, and developed in Sections 4.2, 4.3 and 4.4, cooperatives are subject to being audited as a form of external control⁶⁰ to ensure both their autonomy and their financial control (in order to protect their members, creditors and other stakeholders, as well as their ability to pursue their objectives).

Cooperative financial audits focus, much like company financial audits, on assessing "operational efficiency and economic results, including performance of the management (prudence and care) and compliance with the law". But cooperative audits are expected to go further than company audits, as they also assess "member-oriented effectiveness", by means of a management audit (including the respect of all rules that define member promotion, mutual aim, and structural democracy)⁶¹.

Despite the differences in the ways in which external control is regulated in EU member states⁶², financial control is strictly regulated – and the trend is towards harmonisation of the management audit. Therefore, it can be concluded that audits in cooperatives are undoubtedly far more efficient than in unincorporated associations or even in companies limited by guarantee; and can be far more efficient than in some types of companies, especially in private limited liability companies, where audit rules are, under certain countries' legislations, very poor⁶³.

The rules of cooperative audit can be very reassuring in addressing the issues currently faced by professional football. The legal rules concerning external au-

⁶⁰ That supplements internal audit and member control. Cf. HANS-H. MÜNKNER, "Cooperative audit", in VVAA, *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2017, 97-118, p. 97.

⁶¹ Cf. HANS-H. MÜNKNER, "Cooperative audit", cit., pp. 97 ff.

⁶² The German Cooperative Societies Act of 2006 is an example of careful regulation on internal and external control of cooperatives. Cf. Hans-H. Münkner, "Germany", in VVAA, *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2017, 253-345, pp. 281 ff. and 319 ff. For the analysis of the Portuguese cooperative rules on the demanding internal and external control, cf. DEOLINDA MEIRA, "Portugal", cit., pp. 487 ff.

⁶³ In Portugal, the regulation of the *sociedade por quotas* does not impose the existence of neither an internal organic audit, nor an external audit. If the volume of certain business indicators consistently surpasses certain limits, the company will be obliged to have an accountability audit organ – but, precisely, its attributions are restricted to the audit of the accountability. The company will only be subjected to any kind of management audit if it wishes to do so. Cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, "O regime das sociedades desportivas", in *Direito do Desporto* (coord. José Manuel Meirim), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, 35-46, pp. 40 ff. Therefore, we can say that cooperative audit is far stricter than the audit of this type of company – and, under Portuguese law, the *sociedade por quotas* is legally admitted in the participation of professional football competitions.

dits of cooperatives are similar to those of company law; and there is a growing internal demand for professionalism of audit functions. As seen above, this is a fundamental issue for a professional football club organisation.

But this trend could, *per se*, increase the distance between members and the cooperative – that is the reason why it is important to maintain all traditional principles of cooperative management audit, while preserving the members’ fundamental role in the governance of cooperatives. This means that cooperatives can, simultaneously, provide all the means for an efficient accountability and management audit (which is important to attract and keep external investment) and the true participation of all the cooperative and investor members. That can reassure both supporters and external investors, for both need to feel they cannot lose control of the club’s governance. The cooperative audit model can be used to keep the difficult balance between the conflicting interests of these two types of fundamental stakeholders.

8 THE POSSIBLE ADVANTAGES OF COOPERATIVES AS THE LEGAL STRUCTURE OF CLUBS IN PROFESSIONAL AND AMATEUR FOOTBALL

Non-profit associations are non-profit legal persons but do not have the purpose of carrying out an economic activity, which cooperatives do. Cooperatives are real enterprises “dedicated to the production of goods and services with a rationale that entails the maximisation of results and the containment of costs [...]. We are, therefore, in the presence of a business organisation with stated economic aims that are pursued in an economical manner: that is, one designed to achieve, for the benefit of members, a cost of goods lower than could be obtained by other means [...]. It is, however, a business entity with the specific aim of pursuing a mutualist purpose, which means that a cooperative’s corporate activities are necessarily directed towards its members, who are the main beneficiaries of the economic and social activities that it carries out”⁶⁴.

This makes cooperatives a more efficient legal organisational form for football clubs than associations. And, unlike cooperatives, associations do not assure member participation in business activities (as it is “merely circumstantial”)⁶⁵. Non-profit associations could be an adequate legal structure for amateur football, but clearly do not meet all the challenges the professional football business raises: governance and investment problems need to be solved within a much different organisational model.

⁶⁴ Cf. DEOLINDA MEIRA, “Portugal”, cit., p. 418.

⁶⁵ Cf. DEOLINDA MEIRA, “Portugal”, cit., p. 416.

Profit-making companies have also shown to be less efficient than expected in solving those same problems, and their proliferation has led to an additional issue: the frequently tense relation between clubs and the companies they funded. That tension does no more than mirror the obvious tense relation between supporters and external investors, as well as the uncertainty about the exact borders of the social and entrepreneurial functions that should be accomplished by the club association and by the sports company. This has been a grey zone, putting the public service dimension of this social phenomenon at stake. And “there is a fundamental difference in the relationship between a company and its shareholders. The relationship between them is purely an investment relationship. So, the shareholder only needs to monitor the profit the enterprise makes, or the return on the capital invested. (If the shareholder is not happy with it, he can always get out). However, the members of a cooperative not only have an investment relationship with their enterprise; they also have a transaction relationship, which forms the core”⁶⁶. This makes cooperatives more suitable to answer the specific issues of conciliating the two apparently different roles of being a member of the organisation and a supporter of the professional football team.

Therefore, the cooperative form of organisation could provide an alternative to the present dual structure, thus suppressing the agency and transaction costs it entails. Cooperatives are appealing to supporters, as they provide them with goods and services, while allowing them to participate in the sportive project as well as in the cooperative organisation itself. This leads to sportive and financial success – particularly because supporters can be financial investors, too. They are also able to attract external investors: their governance structure generates confidence, by giving investors the possibility to have a voice within the cooperative’s organisation, as investor members (without being a threat to the power of the other corporate members), and by establishing financial and management audit rules.

Finally, public interest would also benefit from the fact that the same “person” is pursuing private and public interests (combining the functions of the non-profit association and the profit-making company), with all the reassuring transparency and control that cooperative legislation can provide.

Let us consider, on this matter, an important issue under Portuguese law. Article 27.2 of the *Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto*⁶⁷ states that the law that rules sports companies must necessarily preserve the destination of the company’s real estate. The meaning of this rule is not clear, but at least it must be understood as a symptom of the social dimension of sports clubs. Additionally,

⁶⁶ Cf. GERT VAN DIJK / PANAGIOTA SERGAKI / GEORGE BAOURAKIS, *The Cooperative Enterprise. Practical Evidence for a Theory of Cooperative Entrepreneurship*, cit., p. 48.

⁶⁷ Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro.

Article 27 of the *Lei das Sociedades Desportivas*⁶⁸ states that, when a sports company is wound up, the real estate that houses sports facilities must be allocated to the founding club (the founding sports association) and continue to serve the same sports activity, if not needed to pay the company's debts. This rule raises several problems: there may be no founding club; and, under general company law, the shareholders are entitled to the final profit (as well as to the annual profit). If the founding club has to pay the other shareholders their part of the final profit, in order to keep the property of that real estate, it could get into serious financial problems, because sports facilities are valuable. And if it were to be assumed that this special rule overrules the general rule, in order to deny shareholders of a sports company the right to receive that share of the final profit, this would certainly discourage the investment on sports companies' shares - which is not acceptable given the financial circumstances surrounding professional football⁶⁹.

Cooperative principles effectively address this problem. According to Section 3.8 of the PECOL principles, in case of liquidation of a cooperative, once the cooperative debts are paid, members shall only be entitled to recover the nominal value of their shares and their portion of divisible reserves as provided in cooperative statutes. Any residual net assets shall be distributed in accordance with the principle of disinterested distribution, *e.g.*, distributed to the community or other associated cooperatives⁷⁰. Under Article 114 of the PCC, when a cooperative is wound up residual assets cannot be distributed to members – they may be transferred with the same purpose to a new cooperative entity to be formed following the merger or the spin off of the cooperative in liquidation. Or, when no new cooperative succeeds the wound up cooperative, they will be allocated to another cooperative, preferably from the same city, as determined by the federation or confederation that represents the cooperative's main activity. We can therefore conclude that where special and controversial rules have to be imposed on sports companies, which conflict with a company nature, the cooperative principle of disinterested distribution⁷¹ provides the adequate solution.

In summary, despite the obvious need for further developments on this matter, cooperatives may in fact be an adequate form of legal organisation for both amateur and professional football clubs.

⁶⁸ Decreto-Lei n.º 10/2013, de 25 de janeiro.

⁶⁹ Cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Sociedades Desportivas*, cit., pp. 37 ff.

⁷⁰ Cf. GEMMA FAJARDO/DEOLINDA MEIRA, "Cooperative financial structure", cit., pp. 93 ff.

⁷¹ Cf. DEOLINDA MEIRA, "Artigo 114º - Destino do património em liquidação", in *Código Cooperativo Anotado* (coord. Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos), Almedina, Coimbra, 2018, 607-610, pp. 608 ff.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 41 (2017-2018), páxs. 45-65
ISSN: 1130-2682

**EL RECURSO A LOS MEDIOS TELEMÁTICOS Y A
LOS ESTATUTOS TIPO PARA LA CONSTITUCIÓN
DE SOCIEDADES LABORALES**

*RECOURSE TO TELEMATIC MEANS AND KIND TO THE
STATUTES FOR THE CONSTITUTION OF LABOUR COMPANIES*

RAFAEL JORDÁ GARCÍA*

Recepción: 24/07/2019 - Aceptación: 19/11/2019

* Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Mercantil Universidad de Murcia.
Dirección correo electrónico: rafajorda@um.es.

RESUMEN

Hasta el RD 44/2015, de 2 de febrero, no existía regulación respecto a la agilización de la puesta en marcha y constitución de las sociedades limitadas laborales, que hasta entonces trataban de acogerse a las normas que con carácter general se aplicaban a las sociedades limitadas no laborales en el RD 1332/2006, de 21 de noviembre. El Documento Único Electrónico es el instrumento clave para agilizar las gestiones previstas y la inscripción, siendo relevante que los socios se acogieran o no a los estatutos tipo. El problema es que dichos estatutos no contemplan las particularidades derivadas del carácter laboral de las sociedades limitadas. El presente trabajo trata de identificar las ventajas y las carencias del sistema legal establecido, que debe tener presente la necesidad de fomentar la puesta en marcha de las sociedades laborales.

PALABRAS CLAVE: Sociedades limitadas laborales, economía social, estatutos tipo, documento único electrónico.

ABSTRACT

Until RD 44/2015, of February 2 there was no regulation regarding the speeding up of the start-up and constitution of limited labor companies. Until then, they tried to comply with the rules which generally applied to non-labor limited companies in RD 1332/2006, of November 21. The single electronic document is the key instrument to streamline the planned procedures and registration, it being relevant that the partners comply or not with the statutes type. The problem is that these statutes do not contemplate the particularities derived from the labor nature of the limited companies. The present work tries to identify the advantages and lacks of the established legal system, which must bear in mind the need to promote the start-up of established labor companies.

KEYWORDS: Limited Labor Companies, Social Economy, Statutes type, Single Electronic Document.

SUMARIO: 1. FOMENTO DE LA ECONOMÍA SOCIAL PARA LA AUTOGENERACIÓN DE EMPLEO. 2. SIMPLIFICACIÓN DE LA PUESTA EN MARCHA DE SOCIEDADES LABORALES. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTERIOR AL REAL DECRETO 44/2015, DE 2 DE FEBRERO. 3. RÉGIMEN DE TRAMITACIÓN TELEMÁTICA PROPUESTO PARA LAS SOCIEDADES LABORALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. REAL DECRETO 44/2015, DE 2 DE FEBRERO. 3.1. Real Decreto 44/2015, de 2 de febrero: Aplicación del Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre a las Sociedades Limitadas Laborales. 3.2. Ventajas adicionales al DUE a las que pueden acogerse las Sociedades Limitadas Laborales: Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo. 3.3. Posibilidad de que las sociedades limitadas laborales se acojan a los estatutos tipo. 4. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. PROMOTION OF THE SOCIAL ECONOMY FOR THE CREATION OF EMPLOYMENT. 2. SIMPLIFICATION OF THE BEGINNING OF THE ACTIVITIES OF LABOR COMPANIES. STATUS OF THE QUESTION BEFORE THE ROYAL DECREE 44/2015, FEBRUARY 2. 3. PROPOSED TELEMATIC PROCESSING SCHEME FOR LIMITED LIABILITY LABOR COMPANIES. ROYAL DECREE 44/2015, FEBRUARY 2. 3.1. Royal Decree 44/2015, February 2: Application of Royal Decree 1332/2006, of November 21 to Labor Limited Companies. 3.2. Additional advantages to the DUE to which the Limited Labor Companies can benefit: Royal Decree 421/2015, of May 29. 3.3. Possibility that labor limited companies can use the statutes type. 4. BIBLIOGRAPHY.

1 FOMENTO DE LA ECONOMÍA SOCIAL PARA LA AUTOGENERACIÓN DE EMPLEO

Todos asociamos la constitución de sociedades laborales, como entidades de economía social, al fomento del empleo, y así lo contempla la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social que refiere en su Exposición de Motivos que “*el impulso del autoempleo, tanto individual como colectivo, ha sido uno de los ejes de las políticas que en los últimos años se han llevado a cabo en materia de empleo*”¹. Sin desdeñar la importancia de los autónomos y a los emprendedores en los principales proyectos legislativos, vamos a centrarnos en el fomento del emprendimiento colectivo y, en particular, de las sociedades laborales, dentro de la economía social, cuyas entidades, “*a lo largo de la crisis económica, han*

¹ Dicha Exposición de motivos refiere entre las normas dictadas la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que introdujo el contrato de Apoyo a los Emprendedores; la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización; o el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de Segunda Oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

demostrado una importante capacidad en cuanto a creación y mantenimiento de empleo llegando a convertirse incluso en alternativa para otras empresas que vieron en algunas de sus fórmulas la forma de evitar su desaparición”².

El emprendimiento colectivo en la economía social otorga primacía al fin social sobre el capital social además de promover la solidaridad y colaboración entre los partícipes y con la sociedad en general³. Se prioriza por tanto la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social o al reparto de un beneficio (ánimo de lucro)⁴. Dichos principios los cumplen claramente las sociedades cooperativas que no tienen ánimo de lucro y les es esencial conseguir ventajas para sus socios cooperativistas⁵, destacando las cooperativas de trabajo asociado como fórmula de autoempleo en el tráfico económico⁶.

² Exposición de Motivos Ley 31/2015, de 9 de septiembre, ley que trata de reunir en una sola norma las medidas e incentivos establecidos en favor de ambos colectivos (autónomos y entidades de economía social), sin perjuicio de incluir algunas nuevas, por la detectada necesidad de actualización y sistematización de la normativa existente en materia de autoempleo y en el ámbito de la Economía Social ya que el transcurso del tiempo desde la aprobación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo y de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, y la aplicación en la práctica de sus preceptos ha demostrado la existencia de diversos aspectos cuya regulación es ineficaz o susceptible de mejora o desarrollo.

³ ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Servicios públicos, entes público-privados y empresa social”, *VII Congreso Internacional Rulescoop: Economía social: identidad, desafíos y estrategias*, Valencia-Castellón, 5-7 septiembre de 2012, pp. 1-25, p. 14; señala que, en definitiva, las empresas con fin social tratan de corregir el sector privado en cuanto poco ético en ocasiones con sus empleados y clientes.

⁴ Sobre la posibilidad de que las sociedades mercantiles puedan tener un fin social y ser vehículos para la puesta en marcha de entidades de economía social, vid. JORDA GARCÍA, R., “Sociedades Mercantiles con fin social”, en AA.VV., *La empresa social y su organización jurídica*, Dir ANDREU MARTÍ, M.M., Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 305 a 329.

⁵ Respecto a la consideración de que las Cooperativas no tienen ánimo de lucro y que pese a ello deben considerarse sociedades vid. GARCÍA PITA y LASTRES, J.L., “Reflexiones sobre el concepto de sociedad y el derecho de sociedades”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 33, 2000, pp. 73-214. Que señala que durante su vida la cooperativa no reparte beneficios entre los socios sino el llamado retorno cooperativo, reparto que tampoco se produce en la liquidación, y BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 2010, p. 637, que destaca que la cooperativa no tiene ánimo de lucro sino que trata de satisfacer las necesidades comunes a todos los cooperativistas.

⁶ Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F. y SELMA PENALVA, A. “Relaciones laborales y condiciones de trabajo en las entidades de economía social. Especial referencia a los últimos cambios normativos destinados a potenciar la incorporación de jóvenes trabajadores a las entidades de economía social”, *RTSS CEF*, num. 368, noviembre 2013, pp.1-32, destacando especialmente a las sociedades laborales y las cooperativas de trabajo asociado.

Junto a las cooperativas, las sociedades laborales son también entidades de economía social, si bien como subtipo de las sociedades de capital⁷, no dejan de tener ánimo de lucro, si bien en su régimen jurídico se vela por la participación de los trabajadores en su capital social e indirectamente, al ser mayoritarios los socios laborales, pueden encargarse de su gestión, sin perjuicio de otros aspectos de su régimen jurídico que las diferencia de las sociedades de capital no laborales. Se compagina así un principio básico de las entidades de economía social (facilitar el autoempleo de los socios) con la estructura de una sociedad mercantil⁸.

Tratándose de un objetivo prioritario la creación de empleo, las sociedades laborales deben poder acogerse a las medidas de agilización en su constitución de forma que no se retrase su puesta en marcha y se agilice la generación de puestos de trabajo. La instrumentación de procedimientos telemáticos y las nuevas tecnologías para la realización de los diferentes trámites necesarios para su constitución permite que los mismos se puedan realizar de forma simultánea evitando desplazamientos, esperas y la cumplimentación de numerosos formularios o impresos; además de facilitar que los emprendedores interesados en la creación de una so-

⁷ Las sociedades laborales son conceptuadas (art. 1 Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas) como aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que se someten a los preceptos establecidos en dicha ley, que podrán obtener la calificación de «Sociedad Laboral» 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 social, salvo determinadas excepciones, y que (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 trabajadores. 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.

⁸ En nuestra opinión, existe un riesgo de abuso de las sociedades laborales como entidades de economía social cuando el fomento del empleo y la participación de los trabajadores en la empresa no se contraponen al ánimo de lucro. La única (y mínima) limitación respecto al reparto de beneficios es la obligación de dotar anualmente un Fondo Especial de Reserva por un importe del diez por ciento del beneficio. Incluso, respecto de la Propuesta de Ley de Sociedades Laborales presentada por CONFESAL el 19 de febrero de 2013, para ANDREU MARTÍ, M.M., “Consideraciones sobre la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales”, en AA.VV. *Economía Social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de economía social* (Dir. GÓMEZ MANRESA, M.F. y PARDO LÓPEZ, M.M.), Comares, Granada, 2013, pp. 19-47, p. 21, pese a la referencia que en su art. 1 se realiza para calificar a una sociedad anónima o limitada como laboral (“el que tengan por objeto promover el acceso a la condición de socio de sus trabajadores por tiempo indefinido”), no es más que una declaración de intenciones, lógica por la pertenencia de este tipo social a la economía social que se incardina en el mandato general del art. 129.2 de la Constitución española, pero que no tiene mayor relevancia jurídica.

ciudad laboral puedan acceder de forma más rápida a la información, jurídica y económica, que necesitan⁹.

Nos vamos a centrar en los trámites mercantiles para la constitución de sociedades laborales, aunque la utilización de los medios electrónicos se reclama para todos los ámbitos del Derecho que se ven afectados por la puesta en marcha de una actividad empresarial y no sólo para los trámites notariales y registrales requeridos para su regular constitución¹⁰. Lo que verdaderamente debe mover al legislador a mejorar los plazos necesarios para la creación de empresas es el hecho de que, cuanto más tiempo conlleve la puesta en marcha de un proyecto empresarial, más tardará en dar sus frutos favoreciendo no sólo al empresario sino también, en su caso, la contratación de trabajadores, los cuales con los ingresos derivados de su salario van a ser potenciales consumidores de los productos de las distintas empresas. Se debe pretender así crear una espiral favorecedora del impulso económico¹¹.

⁹ Dicha información se debe potenciar estableciendo los medios necesarios para efectuar consultas “on-line” que se resuelvan con inmediatez. En relación con las sociedades laborales, por su especial régimen jurídico y las ventajas que pueden reportar, es especialmente importante que se puedan resolver cuantas dudas puedan surgir a los emprendedores que se planteen optar por las mismas.

¹⁰ Existe obsesión por agilizar la cumplimentación de estos últimos olvidando, respecto a la agilización de la inscripción en el Regconfesaistro Mercantil, como la propia Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de impulso de la sociedad de la información se ha encargado de recalcar, que las sociedades mercantiles pueden funcionar aunque esté pendiente el trámite de la inscripción en el Registro Mercantil. En dicho sentido, BERNABÉ PAÑOS, R., “Constitución telemática de sociedades mercantiles”, *El Notario del siglo XXI*, Sept-Oct. 2011, n° 39: “Aunque no será hasta su inscripción cuando adquiera plena personalidad jurídica bajo la forma social adoptada, estará plenamente facultada desde aquel momento como sociedad en formación para operar en el tráfico jurídico, tal como prevé la LSC al señalar la fecha de otorgamiento como la del comienzo de las operaciones sociales”. Por otro lado, debemos recordar que el inicio de una actividad empresarial conlleva diversos trámites económicos, y no jurídicos, como la realización de un plan de negocio o la obtención de financiación, si bien los mismos son de carácter voluntario o discrecional mientras que los jurídicos son normalmente obligatorios. *Vid.* GARCÍA TABUENCA, A., CRESPO ESPERT, J.L., y SANZ TRIGUERO, M., «El coste económico en la creación de empresas», en AA.VV., *Simplificar el Derecho de Sociedades*, HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 32.

¹¹ Siendo necesaria la simplificación de los trámites jurídicos de la constitución, la obsesión por los plazos deriva del análisis que realizan algunas revistas especializadas, como la Revista *Doing Business* patrocinada por el Banco Mundial sobre numerosas economías mundiales, analizando y clasificando entre otras materias la facilidad de hacer negocios en ellas. YANES YANES, P., “La Sociedad Limitada de la Economía Sostenible. Notas sobre una propuesta equivocada de un reformador impaciente”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 54, Diciembre 2010, págs. 31 y 32, señala que que es un error entender que el problema los son los informes de *Doing Business*, y considerar que ese problema constituye una grave rémora para las nuevas iniciativas que se proponen poner en marcha los emprendedores españoles [...] lo primero que habría que plantearse es si la metodología aplicada en la elaboración de aquellos informes del Banco Mundial y en la obtención de tan desalentadoras conclusiones es la más adecuada al fin perseguido.

En lo que aquí nos interesa, a todo lo anterior se deben unir iniciativas que promuevan y den a conocer las ventajas de las entidades de economía social en la puesta en marcha de un negocio¹². No hay duda que las sociedades laborales generan autoempleo, por lo que deben ser fomentadas permitiendo la utilización de los medios telemáticos en su puesta en marcha, lo que junto a la simplificación de los trámites administrativos, agiliza la creación de nuevas empresas mejorando la competitividad de las mismas y la productividad y, por tanto, la creación de empleo¹³.

2 SIMPLIFICACIÓN DE LA PUESTA EN MARCHA DE SOCIEDADES LABORALES. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTERIOR AL REAL DECRETO 44/2015, DE 2 DE FEBRERO

La principal medida de agilización de la puesta en marcha de actividades empresariales es el Documento Único Electrónico (DUE) como instrumento para tramitar conjuntamente muchos de los trámites necesarios para la puesta en marcha de una empresa. El DUE tiene su origen en el desarrollo del sistema de tramitación telemática previsto en la Ley 7/2003, de 4 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE) y, en lo que afecta a las sociedades laborales se hizo extensivo a las Sociedades de Responsabilidad Limitada (SRL) mediante el RD 1332/2006, de 21 de noviembre¹⁴, y no así a las sociedades anónimas.

¹² Respecto a la importancia de la economía social en España, véase MARTÍNEZ-CARRASCO PLEITE, F., MARIN RIVES, L., LÓPEZ YEPES, J.A. “Las empresas de economía social: entorno, competitividad y responsabilidad empresarial”, en AA.VV. *Economía Social y Economía Sostenible* (Dir. ALFONSO SÁNCHEZ, R.), Aranzadi, Navarra, 2010.

¹³ Cuestión que se remarca en la Exposición de Motivos del Real Decreto 44/2015, de 2 de febrero, que referiremos *infra*, “Es fundamental para cualquier economía facilitar y simplificar el acceso a la actividad empresarial. Está demostrado que un procedimiento sencillo de apertura estimula la creación de nuevas empresas. Igualmente, el establecimiento de procedimientos sencillos de apertura está también correlacionado con una mayor productividad en las empresas ya constituidas. Además, procesos más ágiles y sencillos para la apertura de empresas facilitan que los trabajadores y el capital se muevan entre los distintos sectores cuando las economías experimentan momentos difíciles”. La Ley 5/2011, de 29 de marzo de Economía Social (LES) recoge, que los poderes públicos deberán “remover los obstáculos que impidan el inicio y desarrollo de una actividad económica de las entidades de la economía social. Para ello se prestará especial atención a la simplificación de trámites administrativos para la creación de entidades de la economía social” (art. 8.2.a. LES), y además, que los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, tendrán como objetivos de sus políticas de promoción de la economía social, entre otros, el facilitar el acceso a los procesos de innovación tecnológica y organizativa a los emprendedores de las entidades de economía social (art. 8.2.e LES).

¹⁴ El DUE fue desarrollado inicialmente por el RD 682/2003, de 7 de junio, por el que se regula el sistema de tramitación telemática a que se referían el art. 134 y la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (que pasó a ser la Disposición Adicional Tercera de la LSC), y se define como un instrumento de naturaleza telemática en el que se incluyen todos los datos referentes al empresario que de acuerdo con la legislación aplicable deben remitirse a los registros jurídicos y las Administraciones públicas competentes para su puesta en

Sin profundizar en el concreto procedimiento establecido para la tramitación del DUE, debemos dejar señalado que el mismo se iniciaba en los Puntos de Tramitación Telemática, denominados desde la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores, Puntos de Atención al Emprendedor (PAE)¹⁵, que asignan al expediente un número CIRCE¹⁶, y refiere los concretos trámites de puesta en marcha de la actividad empresarial agilizados¹⁷. Mediante el Sistema de Tramitación Telemática (STT) se remite el DUE a los distintos órganos de la administración (Entidad Pública Empresarial Red.es, Agencia Española de Protección de Datos, Administración Tributaria, Oficina Española de Patentes y Marcas y Tesorería General de la Seguridad Social) para la realización de las distintas gestiones que de otra forma habría que hacer de forma separada y presencial.

marcha incluida, en el caso de sociedades, su constitución, para el cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de seguridad social inherentes al inicio de su actividad cuando éstos se remitan por medios telemáticos. Dicho ámbito de actuación se ha ampliado, en virtud del RD 1332/2006, de 21 de noviembre, y en el RD 368/2010, de 26 de marzo, a otras áreas del derecho como la gestión del nombre de dominio «.es», la solicitud de marca y nombre comercial y la inscripción de ficheros de datos personales en el Registro General de Protección de Datos. También resulta aplicable el DUE a los empresarios individuales personas físicas mediante el RD 368/2010, de 26 de marzo.

¹⁵ Cfr. art. 13 y Disposición final sexta de la Ley de Apoyo a los Emprendedores; ésta última modifica la Disposición adicional tercera de la Ley de Sociedades de Capital y sustituye la referencia a los PAIT por los PAE. Además se incluyó que las notarías fueran PAE. La Disposición Adicional 5ª del RD 44/2015 actualiza las referencias a los Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación que se contienen en el Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, el Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, por el que se regula el empleo del DUE para las sociedades de responsabilidad limitada y el Real Decreto 368/2010, de 26 de marzo, por el que se regulan el empleo del DUE para la puesta en marcha de las empresas individuales mediante el sistema de tramitación telemática, que se entenderán referidas a los Puntos de Atención al Emprendedor. Si bien tras el RD 368/2010 se da nueva redacción al art. 3.4 RD 682/2003, estableciendo además que las ventanillas únicas empresariales podrán realizar dichas funciones. Los PAE son definidos como las oficinas pertenecientes a organismos públicos y privados, incluidas las notarías, así como puntos virtuales de información y tramitación telemática de solicitudes, teniendo por objeto facilitar la creación de nuevas empresas, el inicio efectivo de su actividad y su desarrollo, a través de la prestación de servicios de información, tramitación de documentación, asesoramiento, formación y apoyo a la financiación empresarial

¹⁶ El RD 682/2003 utiliza esta denominación para el número de expediente de la sociedad en proceso de constitución y resulta de las siglas del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE) que la propia norma define como un sistema de información para la tramitación a través de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas de la constitución de la sociedad limitada Nueva Empresa, dando soporte a la coordinación entre los distintos elementos que lo integran: Sistema de Tramitación Telemática, etc. (art. 2.1 RD 682/2003).

¹⁷ No se prevé, por ejemplo, la tramitación de las licencias de actividad en aquellos supuestos en los que sean necesarias para la puesta en marcha de la actividad empresarial. Licencias que por otro lado incumbe otorgar a la Administración Municipal (o, en su caso, autonómica) no existiendo previsión legal para la coordinación entre las distintas Administraciones (estatal, autonómica y municipal).

Aunque se preveía en la Disposición Adicional Octava y en la Disposición Adicional Tercera de la LSRL y de la LSC, respectivamente¹⁸, que reglamentariamente se establecerían las especificaciones y condiciones para el empleo del DUE en la constitución de cualquier forma societaria, salvo lo que pudiera resultar aplicable a las SLL, como subtipo de las SL, no existía previsión específica del DUE para gestiones propias de las primeras, como la inscripción en el registro administrativo de sociedades laborales correspondiente, lo que las dejaba en inferioridad de condiciones como alternativa para la puesta en marcha de un proyecto empresarial.

Pese a las buenas intenciones de la LES, las sociedades laborales fueron olvidadas, en cuanto a sus especialidades respecto a las sociedades de capital “no laborales”, por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores (LAE) al rediseñar la constitución telemática de sociedades, lo que conllevaba el riesgo de convertir a las entidades de economía social en alternativas residuales para los emprendedores¹⁹

No se produjo ninguna regulación expresa hasta el Real Decreto 44/2015, de 2 de febrero, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico (DUE) para la puesta en marcha de sociedades cooperativas, sociedades civiles, comunidades de bienes, *sociedades limitadas laborales* y emprendedores de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática, sin perjuicio de las limitaciones a su alcance que referiremos *infra*²⁰.

Antes de profundizar en el Real Decreto 44/2015, de 2 de febrero, en lo que afecta a las sociedades laborales, la LAE al modificar el régimen jurídico para la agilización de la puesta en marcha de actividades empresariales, incluida la constitución de sociedades de responsabilidad limitada, parte de un concepto de “emprendedor” que considera como tales a todos los empresarios, incluidos los colectivos²¹, y modifica y amplía el contenido de la Disposición Adicional Tercera

¹⁸ La Disposición Adicional Tercera de la LSC tiene su origen en la Disposición Adicional Octava de la LSRL, que la LSC refundió y derogó.

¹⁹ Así, FERNÁNDEZ DAZA, E. y RAMÓN DANGLA, R. “Las empresas de economía social en España y su responsabilidad social”, *Revista Contable, Wolters Kluwer España*, octubre 2013, pp.88-89, señalan que “la estabilidad empresarial, en el ámbito de la economía social juega a favor del empleo y produce un círculo virtuoso en la economía al evitar liquidaciones en cascada de empresas, destrucción de empleo y ahorro al erario público en prestaciones por desempleo, sobre todo en periodos de crisis”.

²⁰ Vid. el análisis de la escasa dedicación a la tramitación telemática en la constitución de entidades de economía social antes del R.D. 44/2015, de 2 de febrero, en JORDA GARCÍA, R., “Empresas de Economía Social y constitución telemática de sociedades”, en AA.VV., *Economía Social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de economía social*, Dirs. GÓMEZ MANRESA, M.F. y PARDO LÓPEZ, M.M., Editorial Comares, Granada, 2013, pp. 115-136.

²¹ Amplia definición que fue criticada por el Dictamen del Consejo de Estado 6/2013, aprobado en sesión de 10 de junio de 2013, que con cierta lógica señala que “llama la atención la definición de

de la LSC, ya referida, y al indicar los datos que a incluir en el mismo, añade una novedosa referencia genérica a que deben incluirse los datos que, de acuerdo con la legislación aplicable deben remitirse a los registros jurídicos y las Administraciones Públicas²².

Ello hubiera permitido a través de la correspondiente modificación de la regulación del DUE prever, por ejemplo, la obtención de la certificación de la condición de laboral de una sociedad limitada sin necesidad de solicitarlo mediante la presentación física de la escritura en la Administración competente antes de su remisión al Registro Mercantil. Pero la LAE pese a su “vuelta” al DUE, reincidió en el olvido de las entidades de economía social al no incluir a las mismas en la regulación de la tramitación telemática propuesta indirectamente en la LES al tratar de simplificar los trámites administrativos para la creación de entidades de economía social²³. Todos los esfuerzos en materia de constitución de sociedades se dirigen en la LAE a la SRL²⁴ por lo que sólo cabía preguntarse si podían acogerse al procedimiento telemático las Sociedades Limitadas Laborales, pues a las sociedades anónimas, y por tanto a las sociedades anónimas laborales, no les es

emprendedor que adopta el Anteproyecto, pues considera como tal a toda persona física o jurídica que desarrolle una actividad económica productiva (artículo 3), apartándose del concepto comúnmente aceptado, que considera emprendedor exclusivamente a las personas físicas que deciden iniciar una actividad económica privada, con independencia de la forma organizativa por la que opten para desarrollarla”

²² Se deberán incluir “la realización de cualquier otro trámite ante autoridades estatales, autonómicas y locales asociadas al inicio o ejercicio de la actividad, incluidos el otorgamiento de cualesquiera autorizaciones, la presentación de comunicaciones y declaraciones responsables y los trámites asociados al cese de la actividad”. No obstante se excluyen las obligaciones fiscales y de la Seguridad Social durante el ejercicio de la actividad, así como los trámites asociados a los procedimientos de contratación pública y de solicitud de subvenciones y ayudas.

²³ Ya se habían desmarcado del DUE (i) la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información, que preveía la posibilidad de regular una Bolsa de Denominaciones Sociales y unos estatutos orientativos para SRL estableciendo la reducción del plazo de inscripción en dichos supuestos sin necesidad de acogerse al DUE, y (ii) el RDL 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, que potenciaba especialmente la agilización de la constitución de sociedades de responsabilidad limitada que cumplieran determinados requisitos (vid. JORDÁ GARCÍA, R., “Agilización en la constitución de sociedades y reducción de obligaciones de publicidad en el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre”, *RdS*, nº36, año 2011, p. 335-352). La LAE derogó el régimen establecido en el referido RDL 13/2010.

²⁴ La apuesta por las SRL radica en que es el tipo social más utilizado en la práctica a la hora de constituir una sociedad mercantil, superando abiertamente a las sociedades anónimas (SA); por todos, RODRÍGUEZ ARTIGAS, E., “Régimen jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales. Tomo XIV, Volumen IºA”, en AA.VV. Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles (Dir. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA, M.), Civitas, Navarra, 1999, pág. 46., y ARROYO MARTÍNEZ, I., «Capítulo Primero, Disposiciones Generales», en AA.VV., Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ARROYO MARTÍNEZ, I. y EMBID IRUJO, J.M. (Coord.), Técnos, Madrid, 1997, pág. 38.

de aplicación el procedimiento de agilización telemático creado por la LAE. Los procedimientos arbitrados se reducen a dos posibilidades que se resumen en sí los socios se acogen o no a los estatutos tipo, pasando ambos por utilizar el DUE.

Posteriormente, en materia de constitución telemática, cabe destacar el desarrollo del art. 15 de la LAE por el Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva, al que seguidamente haremos referencia en cuanto que pueda resultar de aplicación a las SLL. En desarrollo de este Real Decreto, la Orden JUS/1840/2015, de 9 septiembre, aprueba el modelo de escritura pública en formato estandarizado y campos codificados de las sociedades de responsabilidad limitada, así como la relación de actividades que pueden formar parte del objeto social.

Ha habido que esperar al Real Decreto 44/2015, de 2 de febrero, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico (DUE) para la puesta en marcha de sociedades cooperativas, sociedades civiles, comunidades de bienes, *sociedades limitadas laborales* y emprendedores de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática RD 44/2015, de 2 de febrero, que cita expresamente la mencionada Disposición Adicional Tercera de la LSC, para ampliar “*de manera significativa los trámites que se pueden realizar mediante el DUE*”.

Por último, la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas por los trabajadores, sólo efectúa dos referencias a la constitución telemática de las mismas, que suponen la necesidad de un posterior desarrollo normativo. Por un lado, su art. 2.3 establece que “*los trámites necesarios para la calificación e inscripción de una sociedad como sociedad laboral podrán realizarse a través de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos que se habiliten al efecto*”²⁵, y por otro, la Disposición Final Cuarta del referido proyecto de ley que establece que el Gobierno, en el plazo máximo de un año a partir de la publicación de esta ley, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Empleo y Seguridad Social, procederá a la aprobación de un nuevo Real Decreto que regule el Registro Administrativo de Sociedades Laborales, y que tendrá por objeto modernizar el funcionamiento de dicho registro, mediante la implantación de los procedimientos telemáticos que puedan establecerse.

Dicho Real Decreto contemplará los correspondientes mecanismos de cooperación para hacer efectiva la integración en una base de datos común permanen-

²⁵ A ello debe añadirse la referencia en su Disposición Adicional Primera a que “se llevarán a cabo actuaciones de armonización, colaboración e información entre el Registro del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Registro Mercantil y los Registros de las Comunidades Autónomas”.

temente actualizada del Registro de Empleo y Seguridad Social la información obrante en los Registros de las Comunidades Autónomas que resulte necesaria para ejercer las funciones de supervisión.

3 RÉGIMEN DE TRAMITACIÓN TELEMÁTICA PROPUESTO PARA LAS SOCIEDADES LABORALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. REAL DECRETO 44/2015, DE 2 DE FEBRERO

El Real Decreto 44/2015, de 2 de febrero, solo regula, respecto a las SLL, la posibilidad de acogerse al DUE, con determinadas limitaciones, pero sin establecer especiales normas específicas de agilización²⁶.

Por el contrario, se establece que no puede utilizarse el DUE para la constitución de sociedades limitadas laborales que tengan por objeto las actividades inmobiliaria, financiera y de seguros. En este caso, no se comprende la exclusión que no resulta de aplicación en la constitución de las SRL no laborales. Podría entenderse que el motivo de su exclusión es que son actividades complejas que precisarían el debido asesoramiento para su puesta en marcha, aunque con la crisis económica sufrida no extrañaría que el legislador no pretenda potenciar la constitución telemática de actividades emprendedoras que fueron protagonistas de la crisis económica.

El art. 2 del RD 44/2015, de 2 de febrero, establece que la cumplimentación y envío del DUE referente a la empresa que adopte la forma jurídica de sociedad de responsabilidad limitada laboral se podrá realizar por los PAE, y que además la cumplimentación del DUE también podrá realizarse a través de la Ventanilla Única electrónica²⁷.

Las SLL son SL en las que la mayoría del capital social es propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido, y que pueden obtener la calificación de “Sociedad Laboral” cuando concurren los requisitos establecidos en la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas (LSL), por lo

²⁶ Así en la LAE donde además del uso del DUE se configuran otras ventajas para su constitución (art. 15). En especial, la LAE prevé para las SRL la utilización de unos estatutos tipo que facilitan la inscripción de la escritura, y además, como luego veremos se posibilita la obtención de la denominación social, (ii) se instrumenta la posibilidad de concertar cita con el notario mediante la agenda electrónica notarial, (iii) se agilizan los plazos de inscripción en el Registro Mercantil y (iv) la posibilidad de atribuir al notario la facultad de subsanar electrónicamente los defectos advertidos, en su caso, por el registrador.

²⁷ Regulada por el art. 18 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Por otro lado, el RD 127/2015, de 27 de febrero, ha regulado la integración de los centros de ventanilla única empresarial y la ventanilla única de la Directiva de Servicios en los Puntos de Atención al Emprendedor.

que podían acogerse, salvo algunas cuestiones, a los avances en la constitución de las SL, que hoy regula la LAE²⁸.

3.1. Real Decreto 44/2015, de 2 de febrero: Aplicación del Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre a las Sociedades Limitadas Laborales

Respecto a las SLL el procedimiento telemático ha sido contemplado expresamente²⁹, por primera vez, en el Real Decreto 44/2015, de 2 de febrero, si bien éste solo les dedica su Disposición Adicional Primera que efectúa una remisión al Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, por el que en su momento se regularon las especificaciones para la constitución y puesta en marcha de sociedades de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática desarrollado por el R.D. 682/2003, si bien añade determinadas especialidades propias de las SLL. El DUE permite la realización electrónica de los mismos trámites que hasta ahora podían realizar las SL³⁰, con determinadas excepciones:

A) El DUE permite la realización electrónica de los trámites a que se refieren los párrafos a) a n), con excepción del párrafo j), del artículo 5.1 del Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, referidos a la sociedad limitada laboral, es decir los siguientes:

²⁸ Alguna ventaja pudieron obtener las Sociedades Anónimas Laborales con los procedimientos del RDL 13/2010, de 3 de diciembre, que se desvanecen ante el completo olvido de las SA en la actual regulación de constitución telemática.

²⁹ En cualquier caso, las SLL en cuanto que Sociedades de Responsabilidad Limitada les son de aplicación las normas de estas últimas en todo lo no previsto en la LSL (vid. Disposición Final Primera de la LSL) por lo que en cuanto no contradijeran su régimen propio (v.gr. la inscripción previa en el registro administrativo) las mismas podían acogerse al procedimiento telemático. Todo ello, sin perjuicio de que la LSL ha excepcionado reglas estructurales tanto de las SA como de las SRL, y así respecto a éstas últimas les hace aplicable la normativa de las SA en materia de autocartera, la exigencia del principio de representación proporcional en caso de consejo de administración, “e igualmente se admite la supresión del derecho de asignación preferente con fijación libre de prima” (VALPUESTA GASTAMIZA, E.M. y BARBERENA BELZUNCE, I., *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, laborales y fiscales*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 266).

³⁰ Obtención del NIF provisional de la sociedad, autoliquidación del Impuesto sobre Transmisiones, Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, obtención del NIF definitivo de la sociedad, declaración censal de inicio de actividad tanto para la Agencia Estatal de Administración Tributaria (como para la Comunidad Autónoma de Canarias), formalización de la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y de la prestación económica por incapacidad temporal por contingencias comunes de los trabajadores de la sociedad, inscripción del empresario y apertura del código cuenta de cotización en la Seguridad Social, inscripción de embarcaciones y artefactos flotantes, afiliación y alta de trabajadores en el sistema de la Seguridad Social, alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas a efectos censales, registro de nombre de dominio “.es”, inscripción de ficheros de datos personales en el Registro General de Protección de Datos, solicitud de registro de marca y nombre comercial, y la comunicación de la apertura de centro de trabajo (ésta última incorporada por el propio RD 44/2015, de 2 de febrero).

- a) Obtención de la denominación social de la sociedad limitada Nueva Empresa (lo que debe entenderse como denominación de la sociedad limitada laboral).
- b) Obtención del número de identificación fiscal (NIF) provisional de la sociedad.
- c) Autoliquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (operaciones societarias).
- d) Obtención del NIF definitivo de la sociedad.
- e) Declaración censal de inicio de actividad tanto para la Agencia Estatal de Administración Tributaria como para la Comunidad Autónoma de Canarias.
- f) Formalización de la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y de la prestación económica por incapacidad temporal por contingencias comunes de los trabajadores de la sociedad.
- g) Inscripción del empresario y apertura del código cuenta de cotización (CCC) en la Seguridad Social.
- h) Inscripción de embarcaciones y artefactos flotantes.
- i) Afiliación y alta de trabajadores en el sistema de la Seguridad Social.
- j) Esta letra que hace referencia al alta en el IAE que se excluye expresamente, lo que tiene su razón de ser en el régimen de exenciones de dicho impuesto, que establece que estarán exentos los sujetos pasivos que inicien el ejercicio de su actividad en territorio español, durante los dos primeros períodos impositivos de este impuesto en que se desarrolle aquella, sin perjuicio de que la exención pueda ser ampliada en base a otras de las exenciones propuestas, como el que la cifra de negocios sea inferior a un millón de euros³¹.
- k) Registro de nombre de dominio “.es”.
- l) Inscripción de ficheros de datos personales en el Registro General de Protección de Datos.
- m) Solicitud de registro de marca y nombre comercial³².
- n) Comunicación de la apertura del centro de trabajo³³.

³¹ Vid. art. 82.1.b. del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Curiosamente en relación a las cooperativas no se excluya también este trámite.

³² Las menciones l) y m) fueron introducidas posteriormente por la Disposición Final 1.2 del Real Decreto 368/2010, de 26 de marzo, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del DUE para la puesta en marcha de las empresas individuales mediante el sistema de tramitación telemática.

³³ Este apartado n) fue introducido en el mismo RD 44/2015, de 2 de febrero, objeto de nuestro análisis.

- B) Una vez consignados en el DUE los datos básicos, que serán los mismos que para la Sociedad Limitada establece el anexo I del Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, el sistema de tramitación telemática (STT) le asignará el número CIRCE correspondiente, identificando así de manera única e inequívoca al DUE, procediéndose a continuación a la realización de los trámites establecidos en los párrafos a) a i) y k) a o) del artículo 6 del Real Decreto 682/2003, de 7 de junio³⁴.
- C) Se señala, lógicamente que se hará constar en cuanto a los datos relativos a la forma jurídica de la sociedad, la de Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral.
- D) En cuanto a la calificación e inscripción en el registro administrativo de sociedades laborales correspondiente, que en todo caso será previa a su inscripción en el Registro Mercantil³⁵, los datos a remitir por el STT a la Administración competente serán los mismos que los del apartado 5.3.i) del RD 44/2015 de 2 de febrero, en sede de cooperativas, esto es, datos del solicitante, del representante, en su caso, datos a efectos de notificación, copia autorizada electrónica de la escritura pública de formalización del acuerdo correspondiente, siempre que la legislación estatal y/o autonómica de sociedades laborales así lo precise, y documento acreditativo de haber liquidado el Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.
- E) Los datos a recoger en el DUE de la inscripción en el registro de sociedades laborales serán los datos del solicitante, los de su representante, en su caso, y los datos a efectos de notificación.

³⁴ Datos identificativos relativos a los socios, datos relativos a la denominación social de la empresa, al representante de la empresa, a la actividad de la empresa, datos societarios, datos relativos al domicilio y al domicilio fiscal, medio de notificaciones, datos fiscales y de la seguridad social. En la letra j) excluida se hace referencia al alta en el IAE que ya hemos indicado no es aplicable en el momento de la constitución de una sociedad. No se entiende la exclusión de la letra p) “otros trámites”, en la medida que reglamentariamente, o mediante la celebración de los oportunos convenios, podrán incluirse nuevos datos en el DUE, a fin de que pueda servir para el cumplimiento de otros trámites, comunicaciones o/y obligaciones de otras Administraciones Públicas.

³⁵ La obtención de la condición de sociedad laboral por el registro administrativo no garantiza que el registro mercantil no pueda calificar negativamente la escritura de constitución por incumplimiento ya no de las normas aplicables a las SRL sino de las establecidas para las sociedades laborales en las LSL. En tal sentido, VALPUESTA GASTAMIZA, E. M. y BARBERENA BELZUNCE, I., *Las sociedades laborales...*, pp. 50-53, al analizar el distinto ámbito de calificación de ambos registros, señalan que el administrativo “se limita a los aspectos laborales de la sociedad, al cumplimiento de los requisitos de la LSL” pero sin entrar en aspectos mercantiles aplicables a las SA y SRL, mientras el mercantil tiene un ámbito de calificación mucho más amplio y “si estima que una disposición estatutaria es contraria a la LSL no podrá por ello revocar la autorización previa de la Administración laboral; pero denegará la inscripción en el Registro Mercantil”.

3.2. Ventajas adicionales al DUE a las que pueden acogerse las Sociedades Limitadas Laborales: Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo

La Ley de Emprendedores fue más allá de la aplicación del DUE a las sociedades de responsabilidad limitada que ya posibilitaba el referido R.D. 1332/2006, de 21 de noviembre, y estableció medidas de agilización en la constitución de estas sociedades a las que pueden acogerse las sociedades limitadas laborales, como subtipo de las SRL. Así, se aprobó el Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada³⁶, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva, desarrolla el art. 15 LAE que introducía dichas materias, así como su art. 16 respecto a la constitución de SL sin estatutos tipo. En desarrollo de este Real Decreto, la Orden JUS/1840/2015, de 9 septiembre, aprueba el modelo de escritura pública en formato estandarizado y campos codificados de las sociedades de responsabilidad limitada, así como la relación de actividades que pueden formar parte del objeto social.

Si se opta por la constitución de una sociedad laboral con estatutos tipo, sin perjuicio de analizar la aplicabilidad de los mismos a las SLL, hemos de destacar que con el R.D. 421/2015, de 29 de mayo, el PAE les solicitará a los interesados la reserva de la denominación social con la posibilidad de pedir cinco denominaciones y el Registro Mercantil Central deberá emitir el correspondiente certificado dentro de las seis horas hábiles siguientes a la solicitud³⁷- Además los nombres solicitados podrán serlo de los previstos en la Bolsa de denominaciones prevista en la Disposición Final 1ª de la Ley de Sociedades de Capital, desarrollada por el Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo³⁸.

³⁶ La disposición final décima de la LAE señala que por Orden del Ministerio de Justicia, se regulará la escritura de constitución con un formato estandarizado y con campos codificados.

³⁷ Las cinco alternativas de denominación son el mismo número ya previsto en el derogado RDL 13/2010, de 3 de diciembre, si bien éste establecía un plazo mayor (un día hábil) para su emisión.

³⁸ El RMC es el responsable de generar y mantenerla Bolsa de denominaciones sociales con reserva y generará aleatoriamente y mantendrá actualizada, con los filtros adecuados para eliminar denominaciones inutilizables, una bolsa de, al menos, 1.500 denominaciones sociales, que podrá ser consultadas electrónicamente de forma gratuita. Cada una de las denominaciones sociales de dicha bolsa requerirá de la previa calificación de su idoneidad por RMC. Previa cumplimentación del formulario de solicitud y satisfechos los derechos arancelarios correspondientes, podrá seleccionarse por el interesado alguna denominación de entre las disponibles y descargarse la correspondiente certificación electrónica acreditativa de la inexistencia de entidad con idéntica denominación. La asignación de la denominación a través de la Bolsa de denominaciones tendrá la misma vigencia que la certificación negativa de denominaciones. Este trámite podrá ser realizado, igualmente, a través de los Puntos de Atención al Emprendedor (art. 9 R.D. 421/2015, de 29 de mayo).

El PAE también les concertará, inmediatamente, la fecha de otorgamiento de la escritura pública mediante comunicación con la agenda electrónica notarial³⁹, que deberá permitir en cualquier momento, en el ámbito de la creación de sociedades a las que les sea de aplicación, la reserva de cita con el notario para el otorgamiento de la escritura correspondiente⁴⁰. La cita reservada será vinculante para el notario⁴¹, y la fecha y hora del otorgamiento no podrá superar las doce horas hábiles siguientes a la cumplimentación del DUE (art. 15.3.c LAE)⁴². Al notario deberá aportársele el documento justificativo del desembolso⁴³ si bien se permite que no se acredite la realidad de las aportaciones dinerarias si los fundadores se responsabilizan solidariamente de la misma frente a la sociedad y los acreedores (art. 15.4.a. LAE). En esta cuestión con la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica, entre otros, el texto refundido de la LSC, en materia de información no financiera y diversidad se ha modificado para todas las SL la innecesidad de acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada si los fundadores manifiestan en la escritura que responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de las mismas⁴⁴.

³⁹ La Disposición Adicional Tercera de la Ley de Apoyo a los Emprendedores prevé que los Ministerios de Justicia y de Industria, Energía y Turismo establecerán el uso de la agenda electrónica notarial para la constitución telemática de sociedades de responsabilidad limitada y cualquier otra forma jurídica que se incorpore reglamentariamente en el Documento Único Electrónico, luego en principio también para las sociedades cooperativas además de las sociedades limitadas laborales. El art. 8 del R.D. 421/2015, de 29 de mayo, ha desarrollado la referida agenda.

⁴⁰ Concertada la cita, la agenda pondrá a disposición del solicitante un justificante de la misma, indicando en todo caso el nombre y residencia del notario y la fecha y hora acordada. La actualización de los datos de disponibilidad de la agenda deberá realizarse en tiempo real.

⁴¹ Si por cualquier causa, debidamente justificada, el notario no estuviera en disposición de autorizar la escritura en la fecha y hora señalada, deberá poner inmediatamente esta circunstancia en conocimiento del Consejo General del Notariado, que deberá ofrecer al solicitante la posibilidad de otorgar la escritura ante otro notario dentro del mismo plazo, si la imposibilidad del primer seleccionado se le hubiera comunicado antes de que faltaran seis horas para que finalizara aquel. En todo caso, cualquier alteración o modificación de la cita deberá ser puesta en conocimiento del CIRCE.

⁴² En el procedimiento simplificado general del previo y derogado RDL 13/2010, de 3 de diciembre, la escritura de constitución se debía de otorgar en el plazo de un día hábil desde la recepción de la certificación negativa de denominación, mientras que con la Ley de Emprendedores para las SRL que se acojan al procedimiento especialmente simplificado (capital mínimo y estatutos predeterminados).

⁴³ La redacción no excluye que las aportaciones pudieran ser no dinerarias lo que complica la elaboración de la minuta de escritura con la consiguiente dificultad para los notarios de cumplir el plazo de doce horas hábiles.

⁴⁴ Sería recomendable que se hubiera puesto un límite al capital social inicial pues de otro modo sería posible la constitución de una SRL con un capital social muy elevado que no sea inicialmente desembolsado (pudiendo ser insuficiente la responsabilidad solidaria de los fundadores). Además, adolece la LAE de sistemática pues no hace referencia a la posibilidad de la SRL en régimen de formación sucesiva que unos artículos antes las regula con un desembolso diferido, y al que podrían acogerse las SLL.

El notario, como para todas las sociedades limitadas, deberá remitir, respecto a las laborales, por el STT copia de la escritura a (i) la Administración Tributaria para la obtención del NIF provisional y (ii) al Registro Mercantil, entregando copia electrónica de la escritura a los otorgantes (art. 15.4.b y c. LAE).

3.3. Posibilidad de que las sociedades limitadas laborales se acojan a los estatutos tipo

Junto a las cuestiones referidas en el apartado anterior, la Ley de Emprendedores prevé el acogimiento a los estatutos tipo al objeto de agilizar la inscripción de las SL constituidas. Las especialidades de la SLL nos obligan a analizar la aplicabilidad a las mismas de dichos estatutos y, así, concluir si en algún aspecto necesitarían una especial regulación.

La Ley de Emprendedores estableció la posibilidad de agilizar la inscripción de las sociedades de responsabilidad limitada si éstas se acogen a los estatutos tipo (art. 15 LAE). Su contenido fue desarrollado por el Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo⁴⁵.

El primer escollo que nos encontramos con los estatutos tipo vigentes, para su aplicación a las SLL, es que estas necesitarían una especial redacción en el modelo de artículo estatutario relativo al capital social, al ser necesario que las participaciones estén divididas en dos clases (clase laboral y clase general). Pese a todo, la especificación del referido matiz no es especialmente compleja y no debería impedir la utilización de los estatutos tipo adaptando la redacción del artículo que se propone relativo al capital social, cuestión distinta es las consecuencias de los errores que se puedan padecer y que retrasarían la rápida inscripción pretendida.

Más simple es adaptar la denominación y sus siglas que deberán incluir la expresión “laboral” y la abreviatura “SLL”.

Respecto al órgano de administración, pese al silencio de la Ley de Emprendedores, el Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, limita las posibilidades de su configuración excluyendo la modalidad del Consejo de Administración⁴⁶. En consecuencia, si las sociedades laborales se acogen a los estatutos tipo no podrán inicialmente ser gestionadas por un Consejo cuando su ley reguladora prevé dicha

⁴⁵ Desarrollo reglamentario que se repite de nuevo tras los estatutos tipo aprobados primero para las SLNE en la Orden JUS/1445/2003, de 4 de junio (que por sus especialidades no pudieron ser utilizados por las SRL) y después para las SRL que se constituyeran por el procedimiento previsto en el RDL 13/2010, de 3 de diciembre, aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre.

⁴⁶ Así el artículo 6º de los estatutos tipo señala que “*la Junta General podrá optar por cualquiera de los siguientes modos de organizar la administración de la sociedad, sin necesidad de modificación estatutaria: un administrador único, de dos a cinco administradores solidarios o dos administradores mancomunados*”.

posibilidad al regular el derecho de representación proporcional de las participaciones de clase general.

De la misma forma en los estatutos de una sociedad laboral aunque no es obligatorio, sería recomendable que en los mismos figurase el régimen de dotación y destino de la Reserva Especial (art. 14 LSL), o el derecho de suscripción preferente y el ofrecimiento de las no suscritas por cada clase; y ello para que los socios sepan las consecuencias de su no ejercicio en una entidad de economía social que prevé que alcancen la condición de socios en la SLL los trabajadores con contrato indefinido que no lo sean (art. 7 LSL).

Algo similar ocurre con el régimen de transmisión de participaciones que los estatutos tipo silencian con remisión por tanto a los arts. 6 y ss. LSLP.

En definitiva, aun siendo aplicables los estatutos tipo en formato estandarizado parece que la mayor información de los socios constituyentes y la mayor seguridad jurídica en el régimen jurídico aplicable a los socios hacen más aconsejable seguir el procedimiento de constitución sin estatutos tipo que asegure que los estatutos son completos y que permiten a los socios trabajadores conocer, sin ser expertos en derecho, las implicaciones de organizarse como sociedad limitada laboral.

Si se opta por los estatutos tipo, el Registro Mercantil, recibida copia electrónica de la escritura, procederá a la calificación e inscripción en otras seis horas hábiles⁴⁷, remitirá al CIRCE certificación de dicha inscripción, y solicitará el NIF definitivo a la Administración Tributaria que, a su vez, informará a aquél del referido carácter definitivo⁴⁸. A partir de ahí el PAE continúa la tramitación para la puesta en marcha de la actividad (Seguridad Social, Administración Tributaria y, en su caso, demás Administraciones locales y autonómicas para autorizaciones o licencias).

Por el contrario, las sociedades limitadas (laborales o no) que no se acojan a los estatutos tipo, en cuanto esto no impide utilizar el DUE, los PAE, procederán a efectuar la reserva de denominación y a concertar el otorgamiento de la escritura ante notario con la misma celeridad que cuando se utiliza un modelo de estatu-

⁴⁷ Los fundadores podrán atribuir al notario autorizante la facultad de subsanar electrónicamente los defectos advertidos por el registrador en su calificación, siempre que se ajuste a la calificación y a la voluntad manifestada por las partes.

⁴⁸ La Ley de Apoyo a los Emprendedores indica que junto al NIF provisional deberá constar “*la acreditación de la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*”. El RDL 13/2010, de 3 de diciembre, omitió la referencia a la liquidación del citado impuesto pues entre otras medidas dicho Real Decreto Ley declara exenta de operaciones societarias la constitución de sociedades, exención que sigue vigente por lo que no se comprende la necesidad de la referida acreditación.

tos⁴⁹, y sólo se van a ver afectadas en cuanto al plazo de inscripción de la escritura ya que no se aplica el referido plazo de seis horas hábiles para inscribir, sino que en dicho plazo solo se obliga al Registrador Mercantil a practicar una inscripción inicial de la sociedad (con los datos de denominación, domicilio, objeto, capital y órgano de administración), que quedará inscrita de forma definitiva en los plazos ordinarios considerándose la segunda inscripción como una modificación de estatutos⁵⁰.

En nuestra opinión, resulta recomendable para los socios constituyentes de una sociedad limitada laboral no verse constreñidos a unos estatutos tipo y poder así configurarlos libremente en determinadas materias que se desee concretar haciendo uso de la autonomía de la voluntad (v.gr. convocatoria de la junta, régimen de transmisión, duración del órgano de administración, etc.) y no convirtiendo la constitución de sociedades en un mero acto formal cuando de los acuerdos contenidos en la escritura y los estatutos se derivarán los derechos y obligaciones de los socios que no necesariamente tienen que regularse conforme prevé la ley o como ha previsto el legislador en los estatutos tipo⁵¹.

Es necesario que el legislador advierta la relevancia de fomentar las entidades de economía social, entre las que se encuentran las SLL que generan autoempleo para sus socios y mejoran la economía, permitiendo que las mismas además de acogerse al DUE puedan agilizar su inscripción en igualdad de condiciones que las restantes sociedades de responsabilidad limitada.

4 BIBLIOGRAFIA

AA.VV., La empresa social y su organización jurídica, Dir. ANDREU MARTÍ, M. M., Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 305 a 329.

⁴⁹ Lo que, además, permite tanto la utilización de la agenda electrónica como la sustitución de la obligación de desembolso por la asunción de responsabilidad solidaria de los fundadores sin límite de capital alguno, ya aplicable a todas las SL, como se refirió *supra*.

⁵⁰ Lo que no se prevé son las consecuencias de que los fundadores no subsanen cualesquiera defectos resultantes de la calificación del registrador. Además, tampoco queda claro cómo se deberá practicar la inscripción (el art. 175.1 del Reglamento del Registro Mercantil recoge las menciones mínimas de la misma), parece que se pretende exonerar de la misma sólo a parte del contenido de los estatutos sociales, pues hay menciones relevantes, como las aportaciones al capital social, que pueden ser no dinerarias y adolecer de defectos que puedan impedir la inscripción.

⁵¹ EMBID IRUJO, J.M., “Incidencia de la crisis económica en el derecho de sociedades”, El Notario del siglo XXI, nº 42, marzo-abril 2012, p. 150, señala que las normas adoptadas para acelerar la constitución de sociedades mercantiles son las que de hecho “han terminado por afectar a la libertad contractual, debido, sobre todo, a la necesidad de adoptar en tales casos estatutos estándar, que desplazan a instrumentos menos transparentes, como los pactos parasociales, la estructura real de las concretas sociedades mercantiles”.

- *Economía Social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de economía social*, (Dir. GÓMEZ MANRESA, M. F. y PARDO LÓPEZ, M. M.), Ed. Comares, Granada, 2013, pp. 115-136.
- *Simplificar el Derecho de Sociedades*, (Dir. HIERRO ANIBARRO, S.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 32.
- *Economía Social y Economía Sostenible* (Dir. ALFONSO SÁNCHEZ, R.), Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 213-245.
- *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (Dir. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA, M.), Civitas, Navarra, 1999, pág. 46.
- *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. (Coord. ARROYO MARTÍNEZ, I. y EMBID IRUJO, J. M.), Tecnos, Madrid, 1997, pág. 38.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Servicios públicos, entes público-privados y empresa social”, VII Congreso Internacional Rulescoop: Economía social: identidad, desafíos y estrategias, Valencia-Castellón, 5-7 septiembre de 2012, pp. 1-25, p. 14
- BERNABÉ PAÑOS, R., “Constitución telemática de sociedades mercantiles. Alcance de la actuación responsable notarial”, *El Notario del siglo XXI*, Sept-Oct. 2011, nº 39, pp. 178-183.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 2010, p. 637.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. y SELMA PENALVA, A. “Relaciones laborales y condiciones de trabajo en las entidades de economía social. Especial referencia a los últimos cambios normativos destinados a potenciar la incorporación de jóvenes trabajadores a las entidades de economía social”, RTSS CEF, núm. 368, noviembre 2013, pp. 1-32
- EMBID IRUJO, J. M., “Incidencia de la crisis económica en el derecho de sociedades”, *El Notario del siglo XXI*, nº 42, marzo-abril 2012, pp. 148-150.
- FERNÁNDEZ DAZA, E. y RAMÓN DANGLA, R. “Las empresas de economía social en España y su responsabilidad social”, *Revista Contable, Wolters Kluwer España*, octubre 2013, pp. 78-89.
- GARCÍA PITA y LASTRES, J. L., “Reflexiones sobre el concepto de sociedad y el derecho de sociedades”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 33, 2000, pp. 73-214.
- JORDÁ GARCÍA, R., “Agilización en la constitución de sociedades y reducción de obligaciones de publicidad en el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre”, *RdS*, nº36, año 2011, pp. 335-352.
- MORILLAS JARILLO, M. J. y FELIÚ REY, M. I., *Curso de Cooperativas*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 117.
- VALPUESTA GASTAMIZA, E. M. y BARBERENA BELZUNCE, I., *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, laborales y fiscales*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 50-53 y p. 266.
- YANES YANES, P., “La Sociedad Limitada de la Economía Sostenible. Notas sobre una propuesta equivocada de un reformador impaciente”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 54, diciembre 2010, págs. 31 y 32.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 41 (2018-2019), páxs. 67-92

ISSN: 1130-2682

**A SUPERVISÃO FINANCEIRA DAS ASSOCIAÇÕES
MUTUALISTAS E A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO**

*FINANCIAL SUPERVISION OF MUTUALIST
ASSOCIATIONS AND FREEDOM OF ASSOCIATION*

LICÍNIO LOPES MARTINS*

Recepción: 9/8/2019 - Aceptación: 5/9/2019

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Investigador do Instituto Jurídico da mesma Faculdade. Jurisconsulto. Pátio da Universidade 3004-528 Coimbra. Endereço correio electrónico: licinio@fd.uc.pt

RESUMO

O presente texto surge a propósito do recente regime de supervisão financeira das associações mutualistas. O objectivo do presente artigo não tem a pretensão de elaborar um qualquer discurso teórico, no plano da teoria geral da regulação pública e, em particular, na teoria geral da regulação financeira, acerca da supervisão financeira das organizações do sector da economia social, no qual também se incluem as associações mutualistas, mas mais modestamente analisar a legitimidade jurídico-constitucional da (legalmente) qualificada como “interpretação autêntica” do disposto na alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, sobre o poder conferido à Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) para “analisar o sistema de governação” das associações mutualistas durante a vigência do “regime transitório com o prazo de 12 anos”, previsto naquele artigo 6.º, aplicável às “associações mutualistas existentes”, nos termos da redacção do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, bem como sobre o regime jurídico dos actos administrativos e dos actos dos particulares, quando praticados por força desta norma “interpretativa”. Ou seja, o objecto do artigo centra-se na análise do regime do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2/8, na interpretação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15/3, confrontando essa análise com a metódica jurídico-constitucional pressuposta pela irredutível dimensão das liberdades componentes ou irradiantes da liberdade de associação.

PALAVRAS-CHAVE: associações mutualistas/regime de supervisão financeira/ interpretação autêntica/retroactividade/liberdade de associação/inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This text concerns the recent financial supervision regime for mutual associations. The aim of this paper is not to elaborate any theoretical discourse, in terms of the general theory of public regulation and, in particular, in the general theory of financial regulation, about the financial supervision of social economy organizations, in which also are included mutualist associations, but more modestly to analyze the legal-constitutional legitimacy of (legally) qualified as “authentic interpretation” of the provisions of paragraph f) of n.º. 5 of article 6 of Decree-Law n.º 59/2018 of 2 August on the power granted to the Insurance and Pension Funds Supervisory Authority (ASF) to “analyze the governance system” of mutual associations during the term of the “12-year transitional regime”, provided for in that article 6, applicable to “existing mutual associations”, pursuant to the wording of article 2 of Decree-Law n.º 37/2019 of 15 March, as well as on the legal regime of administrative acts and private acts, when practiced under this “interpretative” rule. That is, the object of the article focuses on the analysis of the regime of Decree-Law No. 58/2018, of 2/8, as interpreted by Decree-Law n.º 37/2019, of 15/3, confronting this analysis with the methodical juridical-constitutional presupposed by the irreducible dimension of the component or radiant freedoms of freedom of association.

KEYWORDS: mutualistic associations / financial supervision regime / authentic interpretation / retroactivity / freedom of association / unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. O REGIME LEGAL E A PROBLEMÁTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SUSCITA. 2. SÍNTESE DA SUCESSÃO DE REGIME LEGAIS E ADMINISTRATIVOS E RESPECTIVAS VICISSITUDES INTERPRETATIVAS. 3. DA INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA À PRODUÇÃO DOS EFEITOS DAS LEIS INTERPRETATIVAS NO TEMPO. 4. DA NATUREZA “INOVADORA” E NÃO “INTERPRETATIVA” DA LEI NOVA (ARTIGO 2.º DO DECRETO-LEI N.º 37/2019, DE 15 DE MARÇO) E O LIMITE À SUA (EVENTUAL) “RETROACTIVIDADE FORMAL”. 5. A “VERSÃO ACTUALIZADA” DA ALÍNEA F) DO N.º 5 DO ARTIGO 6.º DO DECRETO-LEI N.º 59/2019, DE 2 DE AGOSTO, ENQUANTO “LEI INOVADORA”, RESTRITIVA, RETROACTIVA E INDIVIDUAL E CONCRETA. 6. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1. THE LEGAL REGIME AND THE LEGAL CONSTITUTIONAL PROBLEMATIC IT RAISES. 2. SUMMARY OF THE SUCCESSION OF LEGAL AND ADMINISTRATIVE REGIMES AND THEIR INTERPRETATIVE VICISSITUDES. 3. FROM AUTHENTIC INTERPRETATION TO THE PRODUCTION OF THE EFFECTS OF INTERPRETATIVE LAWS OVER TIME. 4. THE “INNOVATIVE” RATHER THAN “INTERPRETATIVE” NATURE OF THE NEW LAW (ARTICLE 2 OF DECREE-LAW NO. 37/2019 OF 15 MARCH) AND THE LIMIT TO ITS (EVENTUAL) “FORMAL RETROACTIVITY”. 5. THE “UPDATED VERSION” OF PARAGRAPH F) OF N.º 5 OF ARTICLE 6 OF DECREE-LAW NO. 59/2019, OF 2 AUGUST, AS “INNOVATIVE LAW”, RESTRICTIVE, RETROACTIVE AND INDIVIDUAL AND CONCRETE. 6. CONCLUSION. BIBLIOGRAPHY.

1 O REGIME LEGAL E A PROBLEMÁTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SUSCITA

O artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, dispõe sobre o regime transitório de supervisão aplicável às associações mutualistas existentes, organizações que integram o legalmente designado sector da economia social¹. O Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, procedeu à interpretação autêntica da alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, no sentido de clarificar que o poder da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões para analisar o sistema de governação das associações mutualistas sujeitas ao regime transitório de supervisão abrange a

¹ Cfr. a Lei n.º 30/2013, de 8 de Maio, intitulada por Lei de Bases da Economia Social, que estabelece, no desenvolvimento do disposto na Constituição da República Portuguesa (CRP) quanto ao sector cooperativo e social, as bases gerais do regime jurídico da economia social. Relembre-se que, nos termos da alínea d) do n.º 4 do artigo 82.º da CRP, o sector cooperativo e social compreende especificamente, entre outros, os meios de produção possuídos e geridos por pessoas colectivas, sem carácter lucrativo, que tenham como principal objectivo a solidariedade social, designadamente entidades de natureza mutualista. Sobre o tema, em geral, LICÍNIO LOPES MARTINS, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009.

competência para verificar a adequação, incluindo o cumprimento dos requisitos de idoneidade, qualificação profissional, independência, disponibilidade e capacidade, e assegurar o registo das pessoas que exercem funções de responsabilidade e fiscalização nas referidas associações mutualistas².

Em termos mais precisos, o Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, veio a conferir ao n.º 5, alínea f) do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, que aprovou o Código das Associações Mutualistas, a seguinte redacção, com “natureza interpretativa”: sem prejuízo das competências do membro do Governo responsável pela área da segurança social, após o despacho previsto no n.º 2³, a ASF passa a dispor, relativamente às associações mutualistas abrangidas pelo regime transitório, do poder de analisar o sistema de governação, designadamente verificando a adequação e assegurando o registo das pessoas que dirigem efectivamente as associações mutualistas, as fiscalizam ou são responsáveis por funções-chave, incluindo o cumprimento dos requisitos de idoneidade, qualificação profissional, independência, disponibilidade e capacidade, bem como os riscos a que as associações mutualistas estão ou podem vir a estar expostas e a sua capacidade para

² A Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, na qualidade de entidade reguladora, encontra-se abrangida pelo âmbito de aplicação da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto (Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo). Para uma síntese do regime desta Lei, PEDRO COSTA GONÇALVES e LICÍNIO LOPES MARTINS, *Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica*, in *Textos de Regulação da Saúde/ano de 2013*, n.º 4, 2014, Entidade Reguladora da Saúde, Porto, 2014, pp. 9-28. Refira-se que, na teoria geral da regulação pública, a supervisão surge não raras vezes utilizada indistintamente a par com o termo regulação, mas trata-se de conceitos distintos. Sobre o tema, VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*, in *Direito Público e Regulação*, n.º 4, Cedipre-Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 14 e ss., FERNANDA MAÇÃS, *Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 429, PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, em especial as pp. 261-262, LUÍS GUILHERME CATARINO, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independente*, Almedina, Coimbra, 2010, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2002, e do mesmo Autor, *Banca, Bolsa e Seguros*, Almedina, Coimbra, 2017, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 1083.

³ Os n.ºs 1 e 2 do artigo 6.º dispõem nos seguintes termos: “1 - No prazo de 60 dias a contar da data de entrada em vigor do presente decreto-lei, o serviço competente da área da segurança social submete a decisão conjunta dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da segurança social uma proposta fundamentada relativa às associações mutualistas que reúnem os requisitos previstos no artigo 136.º do Código, acompanhada de parecer da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF)”, adiantando-se no n.º 2 que “Os membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da segurança social a que se refere o número anterior tomam uma decisão, por despacho, no prazo de 60 dias a contar da entrega da proposta fundamentada mencionada no número anterior”.

avaliar esses riscos, por referência às disposições legais, regulamentares e administrativas em vigor para o sector segurador.

No âmbito do presente texto está, pois, especificamente em causa a “interpretação autêntica” do disposto na alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, que aprova o Código das Associações Mutualistas, feita através do Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março (artigos 1.º, 2.º e 3.º)⁴. Entre outras questões problemáticas, a adopção desta técnica legislativa lança-nos o seguinte desafio: atendendo aos (seus) efeitos restritivos da liberdade de associação, prevista e garantida pelo artigo 46.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), aquele (novo) artigo 6.º, n.º 5, alínea f), do Decreto-Lei n.º 59/2018, é conforme ao artigo 18.º, n.º 3, da Constituição, o qual dispõe que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm que revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeitos retroactivos?”

E, em função das conclusões que se obtiverem à interrogação assim formulada, no *plano jurídico-administrativo* afigura-se legítimo questionar se serão válidos e eficazes os eventuais actos administrativos praticados pela ASF (ou por outra entidade pública) com base naquela norma, assim com será igualmente legítima a interrogação de saber se os gerentes das associações mutualistas abrangidas estarão legalmente obrigados a solicitar o registo à ASF.

2 SÍNTESE DA SUCESSÃO DE REGIME LEGAIS E ADMINISTRATIVOS E RESPECTIVAS VICISSITUDES INTERPRETATIVAS

Na medida em que a sucessão e articulação de regimes não se afigura fácil de sistematizar, no sentido de facilitar uma sua melhor compreensão, assim como da referida problemática jurídico-constitucional e jurídico-administrativa por ele suscitada, adiantamos uma abreviada síntese à sucessão dos regimes em causa.

Em 2 de Agosto de 2018 foi aprovado o Código das Associações Mutualistas, pelo Decreto-Lei n.º 59/2018. No respectivo Preâmbulo alude-se à criação de um regime específico de supervisão para as associações mutualistas em função da respectiva dimensão económica, passando estas a estar sujeitas a um regime especial que determina a aplicação de regras específicas do sector segurador, sem embargo de, com vista a alcançar de forma plena este desiderato, a Lei vir a estabelecer, em paralelo, “um período transitório de 12 anos”, tendo em vista garantir uma gradual adaptação dessas instituições ao novo quadro regulatório. Durante este período, a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões dispõe de poderes de verificação do cumprimento do plano de adaptação, findo o qual, cumpridos

⁴ Artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, com a epígrafe “Norma interpretativa”, dispõe que “A redação dada pelo presente decreto-lei à alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, tem natureza interpretativa”.

os requisitos legais, as associações em causa ficam então plenamente sujeitas ao regime de supervisão financeira.

Nesta sequência, embora se preveja, nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do mesmo diploma legal, que “todas as normas do Código” se aplicam “imediatamente” às “associações mutualistas existentes”, mesmo aí “sem prejuízo do disposto nos números seguintes”, a verdade é que a sua sujeição ao “regime transitório”, em sede de poderes de supervisão, consta expressa e imperativamente do citado artigo 6.º, desde logo no seu n.º 4, ao determinar que as associações mutualistas que reúnem os requisitos previstos no artigo 136.º do Código, a constar do despacho ministerial para que remete no n.º 2 do mesmo artigo, ficam sujeitas, a partir da data desse despacho, a um regime transitório com o prazo de 12 anos, para adaptação ao regime de supervisão previsto na secção III do capítulo X do Código, passando este a ser-lhes plenamente aplicável a partir da data em que termine esse prazo, desde que reúnam os requisitos legalmente exigidos para esse efeito. Ou seja, após a emissão daquele despacho – despacho conjunto dos Membros do Governo responsáveis pela área das Finanças e da Segurança Social -, mediante proposta fundamentada do “serviço competente da área da segurança social”, relativa às associações mutualistas que reúnam os requisitos previstos no artigo 136.º do Código, acompanhada de parecer da ASF, tal como se determina nos n.ºs 1, 2 e 3 do mesmo artigo.

Acrescendo que, de acordo com o preceituado nesse artigo 136.º do Código das Associações Mutualistas, respeitante ao âmbito *da supervisão* a cargo da ASF, ficam sujeitas ao regime de supervisão constante da secção III do capítulo X do Código, as associações mutualistas, bem como as respectivas uniões, federações e confederações de associações, cujo volume bruto anual de quotas das modalidades de benefícios de segurança social previstos no artigo 3.º, geridas em regime de capitalização, exceda 5 milhões de euros e o valor total bruto dos fundos associados ao respectivo financiamento exceda 25 milhões de euros.

E, segundo o disposto no n.º 1 do artigo 137.º do mesmo Código, aprovado pelo mencionado Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, relativo à identificação das associações mutualistas que, para futuro, passam a ser abrangidas plenamente por esse regime de supervisão⁵, quando uma associação mutualista reúna os requisitos previstos no já mencionado artigo 136.º, o serviço competente da segurança social submete a decisão conjunta dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da segurança social uma proposta fundamentada acompanhada de parecer da ASF sobre a sujeição dessa associação ao regime de supervisão constante da mesma secção III do capítulo X do Código, até 90 dias antes do

⁵ Regime que, aliás, é estabelecido em termos muito semelhantes ao do referido artigo 6.º, n.º 1, para efeitos de identificação das associações mutualistas já existentes sujeitas, apenas, ao regime transitório, a contar da data do despacho ministerial que assim o decida.

início do segundo exercício subsequente ao que se reportem os balanços técnicos e o relatório e contas do exercício da associação.

E no que respeita aos poderes atribuídos à ASF, a exercer sobre as associações mutualistas abrangidas pelo regime transitório, taxativamente enunciados no n.º 5 do artigo 6.º do Código, conta-se, entre eles, o estabelecido na respectiva alínea f), ou seja, o poder de analisar o sistema de governação e os riscos a que as associações mutualistas estão ou podem vir a estar expostas e a sua capacidade para avaliar esses riscos, por referência às disposições legais, regulamentares e administrativas em vigor para o sector segurador.

Ainda para efeitos de sujeição das associações mutualistas - tão só e apenas ao regime transitório de supervisão contemplado no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto -, o legislador viria ainda a aditar um artigo ao Regime Jurídico da Actividade Seguradora (RJAS), aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro. Concretamente o artigo 33.º-A, aditado pela Lei n.º 7/2019, de 16 de Janeiro, segundo o qual, sob epígrafe “Supervisão”, as associações mutualistas que preencham os requisitos definidos no artigo 136.º do Código das Associações Mutualistas, findo o período transitório neste estabelecido, ficam sujeitas, com as devidas adaptações, ao disposto nos artigos 43.º a 45.º, entre outros, do título III do RJASR. O que equivale a dizer que somente após expirado o período transitório de 12 anos é que as referidas associações mutualistas passarão a estar legalmente subordinadas ao estatuído nos artigos 43.º, 44.º e 45.º, insertos no título II da Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro, respectivamente respeitantes sobre: i) a matéria de registo das pessoas que dirigem efectivamente a empresa, a fiscalizam ou são responsáveis por funções-chave; ii) a recusa inicial do registo; iii) e a falta superveniente de adequação.

Acresce ainda aos itens enunciados a sujeição ao prescrito em todo o **título III** do RJASR, que alberga, no âmbito dos poderes de supervisão específicos, nomeadamente, os artigos 67.º a 70.º, os quais disciplinam, cada um de per se: i) o requisito de qualificação; ii) o requisito de idoneidade; iii) a acumulação de cargos e incompatibilidades dos membros dos órgãos de administração ou fiscalização; iv) e a independência dos membros dos órgãos de administração ou fiscalização.

Na sequência de vicissitudes, dúvidas e divergências hermenêuticas que se geraram em torno da aplicação a um caso concreto do disposto na citada alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, tanto por parte da Administração Pública, como das associações mutualistas⁶, e considerando que

⁶ Referimo-nos ao Despacho n.º 11392/2018, emitido pelo Ministro das Finanças e pelo Ministro do Trabalho, da Solidariedade e da Segurança Social, de 29 de Novembro de 2018, que, para aplicação das disposições legais mencionadas no texto, estabeleceu que, “atendendo à proposta fundamentada apresentada pelos serviços competentes da segurança social que tem por base o volume financeiro das associações mutualistas que prosseguem modalidades de benefícios de segurança social geridas em regime de capitalização obtido através dos relatórios e contas das respectivas associações, e

“o quadro jurídico descrito tem suscitado, porventura pela sua natureza remissiva algumas dúvidas por parte dos intervenientes no sector”, o Governo entendeu proceder a uma “interpretação autêntica” daquela norma, através do Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, na tentativa de colmatar a “necessidade de clarificar os poderes da ASF e, em concreto, a competência desta entidade reguladora para apreciar a idoneidade, a qualificação profissional, a independência, a disponibilidade e a capacidade dos titulares dos órgãos sociais das associações mutualistas abrangidas pelo mencionado período transitório, procedendo ao respectivo registo”⁷.

Por força do prescrito no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, o “artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, passa a ter a seguinte redacção (...): “5 - Sem prejuízo das competências do membro do Governo responsável pela área da segurança social, após o despacho previsto no n.º 2, a ASF passa a dispor dos seguintes poderes relativamente às associações mutualistas abrangidas pelo regime transitório (...): “f) Analisar o sistema de governação, designadamente verificando a adequação e assegurando o registo das pessoas que dirigem efectivamente as associações mutualistas, as fiscalizam ou são responsáveis por funções-chave, incluindo o cumprimento dos requisitos de idoneidade, qualificação profissional, independência, disponibilidade e capacidade, bem como os riscos a que as associações mutualistas estão ou podem vir a estar expostas e a sua capacidade para avaliar esses riscos, por referência às disposições legais, regulamentares e administrativas em vigor para o sector segurador”, sendo que, a qualificação desta norma como “interpretação autêntica”, já expressa no respectivo artigo 1.º, vem a ser reiterada no artigo 3.º, onde se prescreve que a “*redacção dada pelo presente decreto-lei à alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de agosto, tem natureza interpretativa*”.

Sem embargo desta sucessão normativa e da actividade administrativa subsequente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, a verdade é que se viria a acumular um leque de vicissitudes que se prendem com as dificuldades e divergências interpretativas em torno da delimitação do âmbito dos poderes regulatórios que passam a ser legalmente conferidos à Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), relativamente às associações mutualistas, durante a vigência do regime transitório de 12 anos, muito em especial da competência que lhe é cometida pelo artigo 6.º, n.º 5, alínea f) daquele Decreto-Lei, sendo que, em bom rigor, toda esta problemática hermenêutica acaba por ser

considerando o parecer emitido pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões”, foi determinado que o Montepio Geral Associação Mutualista e o MONAF - Montepio Nacional da Farmácia Associação de Socorros Mútuos “*Ficam sujeitos ao regime transitório aplicável nos termos do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de agosto, aplicável pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões*».

⁷ Cfr. o Preâmbulo e o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março.

gerada em decorrência de uma situação concreta – precisamente, a situação que tem por objecto o já aludido Despacho n.º 11392/2018, do Ministro das Finanças e pelo Ministro do Trabalho, da Solidariedade e da Segurança Social, de 29 de Novembro de 2018.

E foi neste “contexto casuístico” que se reequacionou a questão de saber se, mesmo à luz daquele regime transitório instituído pelo artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, seria possível encontrar habilitação em alguma norma legal que previsse um eventual poder regulatório ou de supervisão, cometido a uma entidade pública, destinado a avaliar a idoneidade dos candidatos a cargos dirigentes das associações mutualistas, a que se associava, concomitantemente, a questão de identificar a entidade pública a quem poderia ter sido legalmente conferida tal competência.

No *plano administrativo* sobrevieram divergências interpretativas acerca do citado regime transitório: por um lado, o Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social entendida não se encontrar munido de poderes legais para avaliar a idoneidade dos candidatos aos cargos de órgãos dirigentes de associações mutualistas (ou dos candidatos já entretanto eleitos), defendendo, outrossim, que tal competência se encontrava legalmente conferida à ASF; por outro lado, esta Entidade Reguladora publicitava o entendimento interpretativo de que, durante aquele período transitório, a ASF não gozava desses poderes legais de avaliação do requisito de idoneidade para o exercício de tais funções dirigentes⁸.

E foi após a ocorrência de (mais) esta vicissitude em sede interpretativa que viria a ser publicado o Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, cujo escopo essencial residiu (e reside) na “interpretação autêntica” do disposto no citado artigo 6.º, n.º 5, alínea f), no sentido de permitir à ASF avaliar o requisito de idoneidade para o exercício de funções em cargos dirigentes das associações mutualistas (ou

⁸ Aliás, “em jeito de esclarecimento”, em 1 de Março de 2019, a ASF publicitou uma “Nota Informativa”, a propósito da *quaestio* que gira em torno dos seus poderes de supervisão sobre as associações mutualistas, defendendo, no essencial, que: “iii. Na pendência do período transitório de adaptação, conforme resulta do n.º 4 do artigo 6.º do mencionado Decreto-Lei, reforçado pelo artigo 33.º-A da Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro, introduzido pela Lei n.º 7/2019, de 16 de Janeiro, às associações mutualistas não se aplica o regime jurídicos das atividade seguradora, mas apenas o Código das Associações Mutualistas”; “iv. Nos termos do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, compete à ASF, no período transitório, a monitorização e verificação da convergência das associações mutualistas com o regime da atividade seguradora, exigindo a elaboração de um plano de convergência e recolhendo informação sobre a entidade, a atividade, os produtos e outra que seja»; acrescentando que “v. No decurso do período de transitório, não há qualquer disposição legal que habilite a ASF a aferir a idoneidade ou a qualificação de titulares de órgãos associativos das associações mutualistas com vista a autorizar ou a fazer cessar o exercício de funções, cabendo-lhe, nos termos da lei, analisar o sistema de governação no contexto da monitorização da convergência com o regime de supervisão financeira do setor segurador»; e que, por fim, «vi. Importa ainda salientar que à ASF, tal como às demais autoridades administrativas, está vedada a prática de atos para os quais não tenha competência legal”.

para o exercício dos quais já haviam sido eleitos), tal como prescrito, *maxime*, no artigo 68.º, n.º 4 e n.º 5, alínea c), do RJASR, podendo, na sequência daquela avaliação, proceder ao registo ou emitir um acto de recusa do registo, nos termos dos artigos 43.º e 44.º do mesmo Regime⁹. Neste âmbito, e segundo o preceituado no n.º 4 artigo 68.º do RJASR, no juízo valorativo sobre o cumprimento do requisito de idoneidade, além dos factos enunciados no n.º 3 do mesmo artigo ou de outros de natureza análoga, deve considerar-se toda e qualquer circunstância cujo conhecimento seja legalmente acessível e que, pela gravidade, frequência ou quaisquer outras características atendíveis, permitam fundar um juízo de prognose sobre as garantias que a pessoa em causa oferece em relação a uma gestão sã e prudente da empresa de seguros ou de resseguros, sendo que, para este efeito, devem ser tomadas em consideração, pelo menos e entre outras, as seguintes situações, consoante a sua gravidade: a acusação ou a condenação, em Portugal ou no estrangeiro, por infracções das normas que regem a actividade das instituições de crédito, das sociedades financeiras e das entidades gestoras de fundos de pensões, bem como das normas que regem o mercado de valores mobiliários e a actividade seguradora ou resseguradora, incluindo a mediação de seguros ou resseguros¹⁰.

3 DA INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA À PRODUÇÃO DOS EFEITOS DAS LEIS INTERPRETATIVAS NO TEMPO

Como já se salientou, o Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, procede à interpretação autêntica da alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, no sentido de clarificar que o poder da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, para analisar o sistema de governação das associações mutualistas sujeitas ao regime transitório de supervisão, abrange a competência para verificar a adequação, incluindo o cumprimento dos requisitos

⁹ Nos termos do disposto no artigo 43.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro, «*Deve ser solicitado à ASF, previamente à respetiva designação, mediante requerimento da empresa de seguros ou de resseguros com sede em Portugal ou dos interessados, juntamente com os documentos comprovativos de que se encontram preenchidos os requisitos definidos nos artigos 67.º a 70.º, o registo: a) Dos membros do órgão de administração e das demais pessoas que dirijam efetivamente a empresa*», ao passo que se segundo o estatuído no artigo 44.º, n.º 1, «*A recusa do registo com fundamento em falta de algum dos requisitos definidos nos artigos 67.º a 70.º é comunicada aos interessados e à empresa de seguros ou de resseguros*».

¹⁰ E a verdade é que, ao que se sabe por assim ter sido noticiado, logo após a publicação do Decreto-Lei n.º 37/2019 de 15 de Março, a ASF – alterando a sua posição inicial – comunicaria à Associação objecto do Despacho n.º 11392/2018, do Ministro das Finanças e pelo Ministro do Trabalho, da Solidariedade e da Segurança Social, de 29 de Novembro de 2018, que se impunha aos Membros do Conselho de Administração a solicitação do seu registo, para o efeito de avaliação prévia da sua adequação ao exercício de funções, equivalendo a dizer que procedeu a uma aplicação do preceituado na alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, agora, dotado de uma nova “redacção”, a que a Lei reconheceu “natureza interpretativa”, tal como expresso no artigo 3.º daquele primeiro Decreto-Lei.

de idoneidade, qualificação profissional, independência, disponibilidade e capacidade, e assegurar o registo das pessoas que exercem funções de responsabilidade e fiscalização nas referidas associações mutualistas (artigo 1.º).

Reforçando a natureza e da qualificação jurídicas desta Lei, o seu artigo 3.º vem confirmar que a “*redacção dada pelo presente decreto-lei à alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de agosto, tem uma natureza interpretativa*”, resultando da conjugação e complementaridade de ambos aqueles preceitos que o Legislador quis, por via de uma actividade de “interpretação autêntica”, dissipar as dúvidas hermenêuticas, as quais haviam sido geradas pelo enunciado literal originário, acerca do conteúdo e do alcance do poder de supervisão conferido à ASF, por essa norma - ora “norma interpretanda” -, para, durante a vigência do citado regime transitório com prazo de 12 anos, “analisar o sistema de governação...das associações mutualistas”, por “referência às disposições legais, regulamentares e administrativas em vigor para o sector segurador”, pretendendo clarificar que tal competência abrange - ou sempre abrangeu - também a possibilidade legal de verificar a “adequação” e de assegurar o “registo das pessoas que dirigem efectivamente” aquelas associações, “incluindo o cumprimento dos requisitos de idoneidade”.

O que, tudo somado, equivale a dizer que, por tributo aos cânones fundamentais da hermenêutica jurídica e da aplicação da lei no tempo, também, neste âmbito, seria de entender que, *prima facie*, a “lei interpretativa” passaria a integrar a “lei interpretanda”, aliás como, em geral, se apresenta expressamente determinado no n.º 1 artigo 13.º do Código Civil, segundo o qual a “lei interpretativa integra-se na lei interpretada, ficando salvos, porém, os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença passada em julgado, por transacção, ainda que não homologada, ou por actos de análoga natureza”, posto que, como ensina Baptista Machado, a “chamada interpretação autêntica” tem uma “natureza bem diversa” da interpretação doutrinal e “encontra-se dotada de uma força especial”¹¹.

Nesta ordem de ideias, o órgão competente para aprovar uma lei tem também a competência para a interpretar através de uma nova lei, significando que, “uma vez promulgada certa lei e suscitadas dúvidas importantes acerca do seu exacto sentido ou alcance, o órgão que a editou tem, como é lógico, competência para a interpretar através de uma nova lei”, de onde a interpretação autêntica representa, “afinal, uma manifestação da competência legislativa e tem, por isso, a força vinculante da própria lei”¹². Com efeito, as “leis que apenas se destinam a fixar o sentido com que deve valer uma lei anterior, chamam-se leis interpretativas”. Porque o órgão que a produz é o que detém, legitimamente, uma competência

¹¹ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 176.

¹² *Ibidem*.

legislativa normal, é evidente que não se encontra limitado ou vinculado pelos “cânones ou directivas hermenêuticas”, ao contrário do que sucede com o “intérprete doutrinal”, cujo resultado apenas possui uma “força ou poder de persuasão”. Na verdade, “a interpretação (lei interpretativa) fixada por tal órgão vale com a força inerente à nova manifestação de vontade do legislador”, que, *qual tale*, de acordo com o estatuído no n.º 1 do artigo 13.º do Código Civil, se integra na “lei interpretanda”, suscitando-se, a partir daí, uma questão de “retroactividade”, no contexto da aplicação da lei no tempo¹³.

Dir-se-á que ambas estas dimensões estão bem patentes no regime legal em análise no presente texto, na medida em o Legislador quis atribuir expressa natureza de “lei interpretativa” à disposição subsequentemente produzida pelo Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, a qual, à primeira vista, se integraria na “lei interpretanda”, isto é, na alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, ressalvados que fossem “os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença passada em julgado, por transacção, ainda que não homologada, ou por actos de análoga natureza”, mas, mesmo aí, tão só e apenas, se corresponder dogmaticamente ao rigor do conceito de “lei interpretativa”, independentemente de o Legislador ter querido qualificá-la nesses termos.

E, continuando a apoiar-nos no ensinamento de Baptista Machado, nesta segunda dimensão, impõe-se esclarecer dois pontos a propósito do artigo 13.º do Código Civil, melhor dizendo, “a questão da distinção entre lei interpretativa e lei inovadora e a questão do alcance ou dos limites da chamada “retroactividade” das leis interpretativas”, começando por lembrar que o Legislador pode declarar interpretativamente certa disposição da Lei Nova (LN), mesmo quando essa disposição é de facto inovadora, sendo que, por vezes, acaba mesmo por fazê-lo - como, a nosso ver, sucedeu com o regime que temos vindo a enunciar -, tratando-se, pois, de mais um cenário de “retroactividade disfarçada” da LN¹⁴, nos moldes de que a seguir cuidaremos.

Por conseguinte, “se não existe norma de hierarquia superior que proíba a retroactividade” - o que, conforme se analisará, não se verifica, por diversas razões, no regime legal supra identificado -, o simples facto de o Legislador qualificar como “interpretativa” uma norma que, em boa verdade, o não é, ou seja, que é “inovadora”, então “tal qualificação do legislador deve ser aceite para efeito de dar a tal disposição um efeito equivalente ao de uma lei interpretativa, nos termos do artigo 13.º” do Código Civil, visto que, nessa hipótese, o Legislador também teria sempre “o poder de declarar retroactiva a LN e definir os limites dessa retroactividade”¹⁵.

¹³ *Ibidem*, pp. 176 e 245 e ss.

¹⁴ *Ibidem*, p. 245.

¹⁵ *Ibidem*.

Nesta sequência, convém adiantar que a definição de um “critério de distinção entre as leis interpretativas e leis inovadoras”, ou seja, de “um critério que permita definir as leis realmente interpretativas e distingui-las das leis apenas qualificadas como tal pelo legislador” - sobretudo porque será da inclinação que, com base nele, se faça para uma ou para outra qualificação que dependerá a legitimidade constitucional da “nova” disposição legal, bem como a legalidade da sua aplicação pela Administração. Considerando, assim, que “a razão pela qual a lei interpretativa se aplica a factos e situações anteriores reside fundamentalmente em que ela, vindo consagrar e fixar uma das interpretações possíveis” da Lei Antiga (LA) “com que os interessados podiam e deviam contar, não é susceptível de violar expectativas seguras e legitimamente fundadas”, então, deve entender-se que “são de sua natureza interpretativas aquelas leis que, sobre pontos ou questões em que as regras jurídicas aplicáveis são incertas ou o seu sentido controvertido, vêm consagrar uma solução que os tribunais poderiam ter aplicado”.

Nesta linha, deverá, então, concluir-se que, para considerar uma lei como “realmente interpretativa, são necessários, portanto, dois requisitos: que a solução do direito anterior seja controvertida ou pelo menos incerta; e que a solução definida pela nova lei se situe dentro dos quadros da controvérsia e seja tal que o julgador ou o intérprete a ela poderiam chegar sem ultrapassar os limites normalmente impostos à interpretação da lei”, equivalendo a dizer que se, “em face dos textos antigos”, o julgador ou o intérprete já não se sentiam “autorizados a adotar a solução que a LN vem consagrar, então esta é decididamente inovadora”¹⁶.

Por sua vez, quanto à problemática que pode suscitar a aplicação da “lei interpretativa no tempo” e que, em bom rigor, se reconduz ao que vulgarmente se designa pela (suposta) “retroactividade” desta lei, importa, antes de tudo, tratar de saber se, neste contexto, está em causa uma “verdadeira retroactividade” ou uma “retroactividade substancial”, sendo que, em primeiro lugar, o disposto no artigo 13.º do Código Civil, segundo o qual, “a lei interpretativa integra-se na lei interpretanda”, não aponta nesse sentido ou, pelo menos, “sugere que não”, precisamente quando se entenda que o sentido fixado na LN, já era comportado como um dos possíveis da LA.

Em segundo lugar, importa reter que, para além disso, mesmo vendo aí uma mera “retroactividade formal” da lei interpretativa, mesmo esta, como dissemos, “não atinge os efeitos já produzidos pelo cumprimento das obrigações, pelo caso julgado, pela transacção ou por actos de natureza análoga”, como que se detendo “perante *res judicata vel transacta vel praescrita*”, isto porque, sabendo-se que a “retroactividade” da lei interpretativa vai encontrar a sua justificação no “facto de não violar expectativas fundadas”, ou seja, em bom rigor, por “não ser subs-

¹⁶ *Ibidem*, pp. 246 e 247.

tancialmente retroactiva”, então, também não faria qualquer sentido aplicá-la a situações jurídicas, como aquelas que se encontram enunciadas na lei¹⁷.

Com efeito, se alguma vez estas situações jurídicas “foram duvidosas ou controvertidas, acabaram por se tornar certas e pacíficas, já através da decisão judicial, já através de um novo acordo das partes destinado justamente a arredar toda a controvérsia ou dúvida, já através de uma conduta das partes que por forma concludente, dá execução ou termo à relação jurídica que as ligava”, ou, inclusive, já através de “actos de natureza análoga, isto é, como ensinam P. Lima e A. Varela, “todos os actos que importem a definição ou reconhecimento expresso do direito”, o mesmo é dizer que, em todos esses casos, a situação jurídica concreta como que veio a ser concretamente consolidada por um novo título que firma a convicção de se achar definitivamente arrumado o assunto e excluída a possibilidade de uma reabertura do mesmo”¹⁸.

4 DA NATUREZA “INOVADORA” E NÃO “INTERPRETATIVA” DA LEI NOVA (ARTIGO 2.º DO DECRETO-LEI N.º 37/2019, DE 15 DE MARÇO) E O LIMITE À (SUA) “RETROACTIVIDADE FORMAL”

Na sequência de tudo quanto vem sendo dito, essencialmente fundado na clássica e mais autorizada doutrina sobre o tema, estamos em condições de adiantar que, embora o Legislador tenha qualificado a “redacção” dada pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, à alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, como interpretativa (artigo 3.º), pretendendo declarar expressamente que, por mor da produção da “Lei Nova”, estava (apenas) a proceder à respectiva “interpretação autêntica” da “Lei Antiga”, a verdade é que, pelos seus traços caracterizadores mais evidentes, aquela Lei possui, ao invés, uma “natureza inovadora”, pelo que, em consequência, não se lhe aplicará o regime da “retroactividade formal”, ou, sequer, os “limites” aí estatuídos. Reforçando-se, assim (ou também assim), que a nenhum intérprete, *maxime* a nenhum tribunal, tomando mão dos elementos gramatical e lógico da interpretação jurídica - e dentro deste último dos clássicos subelementos teleológico, sistemático e histórico (*occasio legis*), isto é, os “limites normalmente impostos à interpretação” que estes mesmos representam -, seria plausível atingir um resultado enunciativo ou mesmo extensivo, muito menos declarativo, adequado e legítimo, do disposto na “versão originária” da alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, que aprovou o Código das Associações Mutualistas, principalmente quando tal operação hermenêutica, almejadamente razoável

¹⁷ Sobre os “*graus de retroactividade*” e o “*princípio da não retroactividade da lei*”, *ibidem*, pp. 226, 227, 231 e ss.

¹⁸ *Ibidem*, 247 e 248, e PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 58-59 e 60-63.

e equilibrada, seja filtrada pelos cânones objectivista e actualista emergentes do artigo 9.º do Código Civil¹⁹ 20.

Por conseguinte, os limites do razoável não consentem ou autorizam afirmar que a “nova” redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 37/2019, de 2 de Março, à “Lei Antiga” já corresponderia a um dos sentidos normativos passíveis de ser extraído da “versão originária”, vaga, indeterminada e atributiva de discricionariedade à Administração, constante da alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, equivalendo a dizer, em coerência com o percurso metódico supra exposto, que essa “interpretação”, ora qualificada como autêntica pelo Legislador, não corresponde, plausivelmente, a um resultado hermenêutico já admissível a partir da “letra” e mesmo do espírito daquela “versão originária”, sem que deixasse, por via da produção desse “novo” enunciado, de “violar expectativas seguras e legitimamente fundadas” (Baptista Machado).

Efectivamente, nada terá de arrojado ou de exagerado defender que, nas situações em que o Legislador pretende fazer crer, por via normativa, que verificar “a adequação” e assegurar “o registo das pessoas que dirigem efectivamente as associações mutualistas, as fiscalizam ou são responsáveis por funções-chave, incluindo o cumprimento dos requisitos de idoneidade, qualificação profissional, independência, disponibilidade e capacidade”, configura um leque de poderes - posteriormente aditados, de modo expresso, na alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 58/2019 - já passíveis de ser retirados e autonomizados, em sede interpretativa, como dimensões de uma competência alargada para analisar o “sistema de governação” das associações mutualistas “por referência às disposições legais, regulamentares e administrativas em vigor para o sector segurador”, tão só e apenas nos moldes gramaticais em que esta era, pura e simplesmente, enunciada, em termos gerais, na redacção legal de 2018, está, em rigor, a “disfarçar” a criação de novos poderes e competências regulatórias.

Ou dito em termos mais claros: com o Decreto-Lei n.º 37/2019, de 2 de Março, o Legislador mais não faz do que criar uma norma “inovadora” que acresce à anterior (originária), fixando um “novo” acervo de “competências regulatórias”, com que, àquela data, os interessados, em especial as associações mutualistas,

¹⁹ Dispõe o artigo 9.º do Código Civil: “1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. 2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso. 3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”.

²⁰ Sobre a “posição equilibrada”, em sede de interpretação da lei, entre as correntes objectivista e a corrente subjectivista, bem como sobre os elementos e os resultados da interpretação jurídica, vide J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., pp. 177-192, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 58-59.

confiadamente não esperavam e cuja aplicação os tribunais legitimamente não sancionariam; melhor dizendo, a “Lei Nova” não se qualifica conceptualmente como uma lei interpretativa, configurando, ao invés, uma lei “decididamente inovadora”, “disfarçadamente retroactiva”, não obstante constitucionalmente ilegítima, como o salientaremos de seguida.

Para além do mais, quando é certo que, gramatical e teleologicamente, aquela norma integra, apenas, um especial regime transitório de supervisão financeira das associações mutualistas, o qual, previsivelmente, findará, após 12 anos de adaptação, num definitivo sistema de controlo em moldes em quase tudo semelhantes ao que ora já se aplica às entidades seguradoras, a cargo da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões ASF, consagrado na Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro (RJASR), sendo que, em termos sistemáticos (“contexto da lei”), o seu escopo normativo vem reforçado e comprovado pelo estatuído no (também novo) artigo 33.º-A daquele diploma, aditado pelo artigo 2.º da Lei n.º 7/2019, de 16 de Janeiro, segundo o qual, as “associações mutualistas que preenchem os requisitos definidos no artigo 136.º do Código das Associações Mutualistas, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de agosto, findo o período transitório neste estabelecido, estão sujeitas, com as devidas adaptações, ao disposto nos artigos 5.º a 7.º, 13.º, 14.º e 17.º, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 20.º, nos artigos 21.º a 23.º, 25.º e 27.º a 29.º, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 31.º, nos artigos 43.º a 45.º, no título III, na secção I do capítulo I do título VII e no título VIII do RJASR. Norma esta, o artigo 33.º-A, que sendo posterior ao artigo 6.º, n.º 5, alínea f), do Decreto-Lei n.º 58/2019, mesmo na “versão actualizada” (na medida em que a lei interpretativa se integra na lei actualizada), prevalece sobre esta norma, afastando qualquer sentido interpretativo do artigo 6.º, n.º 5, alínea f), que possa contrariar o novo artigo 33.º-A do RJASR.

Ora, o único sentido interpretativo que razoável e legitimamente ainda poderia ser extraído da redacção inicial da previsão genérica daquela competência conferida à ASF – competência de análise do “sistema de governação” das associações mutualistas -, ainda durante a vigência do regime transitório de 12 anos, dando corpo a uma posterior “lei interpretativa” *proprio sensu*, nos moldes apontados, seria o correspondente ao conteúdo do artigo 64.º da Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro, que aprova o Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Actividade Seguradora e Resseguradora, de acordo com o qual, sob epígrafe “Requisitos gerais em matéria de governação”, as empresas de seguros e de resseguros devem possuir um sistema de governação eficaz, que garanta uma gestão sã e prudente das suas actividades (n.º 1) e que o sistema de governação deve cumprir, no mínimo, os seguintes requisitos (alíneas a) e b) do n.º 2): i) assentar numa estrutura organizacional adequada e transparente, com responsabilidades devidamente definidas e segregadas e um sistema eficaz de transmissão de informação; ii) ser proporcional à natureza, dimensão e complexidade das actividades da empresa de seguros ou

de resseguros, até porque, segundo o prescrito no n.º 7 deste mesmo artigo a ASF pode determinar que o sistema de governação seja melhorado e reforçado a fim de garantir o cumprimento do disposto no presente capítulo, bem como, através de norma regulamentar, detalhar os requisitos do sistema de governação.

Razão pela qual é de entender que, fora desta competência geral de apreciação do “sistema de governação” das associações mutualistas, “por referência às disposições legais, regulamentares e administrativas, em vigor para o sector segurador”, de que a ASF passou a estar investida, durante o período transitório, nos termos da alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2019, de 2 de Agosto, ficam, em primeiro lugar, os poderes específicos de controlar ou de verificar o preenchimento dos diversos “requisitos” de “adequação” dos administradores, ou seja, dos “requisitos” idoneidade, qualificação profissional, independência, disponibilidade e capacidade, tal como previsto no artigo 65.º do RJASR, no qual se dispõe que “está sujeita a avaliação prévia ao exercício da função e no decurso desse exercício a adequação, para o exercício das respectivas funções: i) dos membros do órgão de administração e das demais pessoas que dirijam efectivamente a empresa; ii) dos membros do órgão de fiscalização e do revisor oficial de contas a quem compete emitir a certificação legal de contas; iii) dos directores de topo e dos responsáveis por funções-chave; iv) das pessoas que exercem funções-chave (cfr. as alíneas a), b), c) e d) do n.º 1 daquele artigo)²¹.

²¹ Como se referiu no texto, *sobre o “requisito da idoneidade” determina o artigo 68.º do RJASR que “1 - Constitui requisito para o exercício das funções previstas no n.º 1 do artigo 65.º em empresa de seguros ou de resseguros a detenção de idoneidade para o efeito. 2 - Na avaliação da idoneidade deve atender-se ao modo como a pessoa gere habitualmente os negócios, profissionais ou pessoais, ou exerce a profissão, em especial nos aspetos que revelem a sua capacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa, ou a sua tendência para cumprir pontualmente as suas obrigações ou para ter comportamentos compatíveis com a preservação da confiança do mercado, tomando em consideração todas as circunstâncias que permitam avaliar o comportamento profissional para as funções em causa. (...) 4 - No juízo valorativo sobre o cumprimento do requisito de idoneidade, além dos factos enunciados no número anterior ou de outros de natureza análoga, deve considerar-se toda e qualquer circunstância cujo conhecimento seja legalmente acessível e que, pela gravidade, frequência ou quaisquer outras características atendíveis, permitam fundar um juízo de prognose sobre as garantias que a pessoa em causa oferece em relação a uma gestão sã e prudente da empresa de seguros ou de resseguros. 5 - Para efeitos do disposto no número anterior, devem ser tomadas em consideração, pelo menos, as seguintes situações, consoante a sua gravidade: (...) b) A acusação, a pronúncia ou a condenação, em Portugal ou no estrangeiro, por crimes contra o património, crimes de falsificação e falsidade, crimes contra a realização da justiça, crimes cometidos no exercício de funções públicas, crimes fiscais, crimes especificamente relacionados com o exercício de uma atividade financeira e com a utilização de meios de pagamento e, ainda, crimes previstos no Código das Sociedades Comerciais; c) A acusação ou a condenação, em Portugal ou no estrangeiro, por infrações das normas que regem a atividade das instituições de crédito, das sociedades financeiras e das entidades gestoras de fundos de pensões, bem como das normas que regem o mercado de valores mobiliários e a atividade seguradora ou resseguradora, incluindo a mediação de seguros ou resseguros; d) A infração de regras disciplinares, deontológicas ou de conduta profissional, no âmbito de atividades profissionais reguladas (...)”.* Não obstante, determina o n.º 6 deste artigo que “A condenação, ainda que definitiva, por

Acresce ainda que, segundo o prescrito no n.º 2 daquele artigo, a “adequação das pessoas identificadas no n.º 1 consiste na capacidade de assegurarem, em permanência, a gestão sã e prudente das empresas de seguros e de resseguros, tendo em vista, de modo particular, a salvaguarda dos interesses dos tomadores de seguros, segurados e beneficiários”, para além de que, de acordo com o previsto no n.º 3, para efeitos do disposto no n.º 2, “as pessoas nele identificadas devem cumprir os requisitos de idoneidade, qualificação profissional, independência, disponibilidade e capacidade nos termos previstos nos artigos 67.º a 70.º”.

Nesta linha, e em segundo lugar, deverá, também, ter-se por excluído da aludida competência genérica, cometida “transitoriamente” à ASF, para efectuar uma análise do “sistema de governação” das associações mutualistas, o poder administrativo de supervisão para proceder ao “registo das pessoas que dirigem efectivamente a empresa, a fiscalizam ou são responsáveis por funções-chave”, a que se refere o artigo 43.º do RJASR, na medida em que se trata de uma competência distinta, que de modo algum pode ser considerada como abrangida ou implícita naqueloutra.

Com efeito, nos termos previstos no n.º 1 deste artigo 43.º, deve ser solicitado à ASF, previamente à respectiva designação, mediante requerimento da empresa de seguros ou de resseguros com sede em Portugal ou dos interessados, juntamente com os documentos comprovativos de que se encontram preenchidos os requisitos definidos nos artigos 67.º a 70.º, o registo: ii) dos membros do órgão de administração e das demais pessoas que dirijam efectivamente a empresa; ii) dos membros do órgão de fiscalização e do revisor oficial de contas a quem compete emitir a certificação legal de contas; iii) dos directores de topo e dos responsáveis por funções-chave.

O referido registo, de acordo com o n.º 3 do mesmo artigo, constitui condição necessária para o exercício das respectivas funções, salvo situações excepcionais em que a ASF autorize o exercício transitório de funções antes do registo, por ser essencial à gestão sã e prudente da empresa²². Deste modo, a verificação do requisito da idoneidade de candidato a membro do conselho de administração de uma associação mutualista não pode ser entendida como condição necessária de “análise” do seu “sistema de governação”, cujo poder efectivo passou a estar conferido à ASF, nos termos da alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018,

factos ilícitos de natureza criminal, contraordenacional ou outra não tem como efeito necessário a perda de idoneidade para o exercício de funções nas empresas de seguros ou de resseguros, devendo a sua relevância ser ponderada, entre outros fatores, em função da natureza do ilícito cometido e da sua conexão”.

²² O registo considera-se efectuado caso a ASF não se pronuncie no prazo de 30 dias a contar da data em que receber o respectivo requerimento devidamente instruído, ou, se tiver solicitado informações complementares, não se pronuncie no prazo de 30 dias após a recepção destas (cfr. o n.º 8 do artigo 43.º do RJASR).

mas antes como um pressuposto do processamento do registo do candidato a titular do cargo. Competência esta que é substancialmente distinta da primeira, razão pela qual - até em homenagem ao *princípio fundamental da legalidade administrativa*, na sua vertente de precedência da lei, constitucional e legalmente consagrado, em geral, respectivamente no artigo 266.º, n.º 2, da CRP, e no artigo 3.º Código do Procedimento Administrativo (CPA), bem como, em particular, como *princípio da legalidade da competência*, no artigo 36.º, n.º 1, deste mesmo Código - nenhum intérprete ou tribunal poderia considerá-la, para efeitos de aplicação, como uma dimensão daquela, cujo sentido pudesse ser retirado, por expectável, da “redacção originária” dessa norma legalmente tida por “interpretanda”, com vista a fundamentar, *a posteriori*, uma Lei qualificada como “interpretativa”, sem embargo de se tratar, afinal, de uma Lei “inovadora” e “retroactiva”²³.

5 A “VERSÃO ACTUALIZADA” DA ALÍNEA F) DO N.º 5 DO ARTIGO 6.º DO DECRETO-LEI N.º 59/2019, DE 2 DE AGOSTO, ENQUANTO “LEI INOVADORA”, RESTRITIVA, RETROACTIVA E INDIVIDUAL E CONCRETA

Apesar de não ser considerada ou não devendo ser legalmente qualificada como uma norma interpretativa em sentido próprio, pelos motivos invocados, antes se revelando como uma norma “inovadora”, à qual foi conferida uma eficácia retroactiva, mesmo que meramente “formal”, também não deixa de ser verdade que, em termos gerais, não se vislumbra qualquer obstáculo ou impedimento, no máximo de ordem constitucional, que obstasse à validade da produção de uma lei inovadora retroactiva, mesmo que sob o pretexto de se tratar de uma lei interpretativa, até porque não se encontra positivado no nosso ordenamento jurídico-constitucional um princípio de proibição absoluta da retroactividade das leis.

Todavia, o regime especificamente em análise não se enquadra nesse cenário geralmente permissivo da produção de leis retroactivas, precisamente por, *hic et nunc*, estar em causa uma daquelas três situações excepcionais em que a Lei Fundamental proíbe expressamente à lei a produção de efeitos retroactivos: i) leis

²³ Nos termos do disposto no n.º 2 da CRP, “*Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei (...)*”, sendo que, segundo o n.º 1 do artigo 3.º do CPA, os “*órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos, e em conformidade com os respectivos fins*”. Por seu turno, o n.º 1 do artigo 36.º do CPA estatui que a “*competência é definida por lei ou por regulamento (...)*”. Sobre o princípio da legalidade, em geral, e da legalidade da competência, em especial, vide, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª Ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, pp. 49-53 e 95; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 85 e ss., DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 4.ª ed., com a colaboração de PEDRO MACHETE e LINO TORGAL, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 38 e ss.

penais de conteúdo menos favorável ao arguido (artigo 29.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 4), daí admitir-se “retroactividade in mitius”, no caso de se tratar de conteúdo mais favorável (artigo 29.º, n.º 4, da CRP); ii) leis fiscais criadoras de impostos (artigo 103.º, n.º 3); iii) e leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 3).

Desta forma, presta-se tributo constitucional ao valor da estabilidade social proporcionada pelo Direito ou à “função ordenadora-estabilizadora de condutas e de expectativas de conduta” conatural às normas jurídicas, no mínimo, quando esteja em causa a “defesa dos direitos subjectivos contra o arbítrio do poder”, até porque se entende que essas “formas extremas de retroactividade” se consideram inconstitucionais, “não propriamente por se tratar de uma aplicação retroactiva da LN, mas por essa aplicação implicar a violação de direitos fundamentais”, sem que, por via disso, simultaneamente, deixe de se reconhecer, pelo menos nesses casos mais graves, a velha máxima segundo a qual “o princípio da não retroactividade decorre da essência da lei” (Savigny)²⁴.

E não se nos oferecem quaisquer dúvidas de que a alteração operada na alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, se consubstancia numa restrição a direitos, liberdades e garantias, mais precisamente da liberdade fundamental de associação, com assento no artigo 46.º, n.º 2, da CRP, nas suas dimensões essenciais de liberdade de auto-organização, de autogoverno e de autogestão, bem como da liberdade fundamental de profissão/exercício de uma actividade, contemplada no artigo n.º 47.º, n.º 1, da Lei Fundamental.

Quanto à liberdade fundamental de associação, importa sublinhar que, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, esta comporta: em primeiro lugar, um “direito positivo de associação, ou seja, o direito individual dos cidadãos de constituírem livremente associações sem impedimentos e sem imposições do Estado”, logo protegida nos termos vertidos no artigo 46.º, n.º 1, da CRP, se bem que, no caso, deve merecer ainda mais ênfase a “liberdade de associação enquanto direito das próprias associações a organizarem-se e a prosseguir livremente as suas actividades”, reconhecida no n.º 2 do mesmo artigo; e, em segundo lugar, deve advertir-se que este direito de associação merece colocação sistemática no âmbito dos direitos, liberdades e garantias pessoais, visto que se assume como um “direito de carácter duplo”, na medida em que, para lá da vertente colectiva, integra uma “dimensão subjectiva individual”, pois os titulares do direito fundamental de associação são “primacialmente os cidadãos individualmente considerados”²⁵.

²⁴ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., pp. 225, 227, 228 e 229.

²⁵ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, 4.ª Edição Revista, Coimbra, 2006, pp. 643 e 644, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra,

Por outro lado, também não deixa de ser pertinente evidenciar a dimensão de auto-organização, de autogoverno e de autogestão, contemplada no n.º 2 daquele preceito constitucional, sendo que, para além da “autonomia estatutária” e da “liberdade de gestão”, sem exigências legais de aprovação administrativa dos actos praticados, assume particular relevo a “liberdade de escolha dos seus órgãos”, no sentido de que não pode “a designação dos órgãos directivos da associação estar dependente de qualquer aprovação ou controlo administrativo, e, muito menos, de imposição administrativa”²⁶, incluindo-se aqui, naturalmente, a liberdade ou capacidade eleitoral passiva para a titularidade desses mesmos órgãos.

Segue-se ainda a limitação ou restrição da liberdade fundamental de profissão/exercício de uma actividade que se encontra contemplada no artigo 47.º da CRP, embora expressamente sob “reserva de lei restritiva” (artigo 47.º, n.º 1), a qual, enquanto “direito de defesa”, assume uma dimensão negativa, ao postular que ninguém pode ser impedido de escolher (e exercer) qualquer profissão (actividade) para a qual se tenham os necessários requisitos, bem como de obter estes mesmos requisitos, devendo também salientar-se que, neste caso, a liberdade de conformação do legislador depende, porém, do nível em que a restrição é verificada. Com efeito, esta liberdade só comporta, em geral, as “restrições decorrentes da colisão com outros direitos fundamentais; a entrada ou ingresso admite limites mais intensos, podendo a lei estabelecer certos pressupostos subjectivos condicionadores do direito de escolha (...); o exercício da profissão pode estar sujeito a limites ainda mais intensos, principalmente quando da regulamentação do exercício não resultam quaisquer efeitos sobre a liberdade de escolha”, sendo que, de qualquer modo, a consideração “separada destes três momentos fundamentais” - entre os quais o momento que, em nossa opinião, assume maior relevância no plano da restrição legal é o da liberdade de entrada ou de ingresso -, “não exclui a consideração materialmente unitária do direito de escolha, a qual é particularmente importante no caso de leis restritivas do exercício da profissão, mas com implicação directa sobre a liberdade de escolha, admitindo-se, nestas situações, “limites relativos aos pressupostos subjectivos (qualificação pessoal, capacidade, habilitações), desde que, como é óbvio, sejam teleologicamente vinculadas (interesse público) e não violem o princípio da proibição do excesso (adequação, necessidade e proporcionalidade)”²⁷.

Deste modo, estando em presença de uma lei restritiva de direitos liberdades e garantias, a complexidade da questão adensa-se com a necessária considera-

2007, J. M. SÉRVULO CORREIA, *A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito administrativo*, in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 93 e sss.

²⁶ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, 4.ª Edição Revista, Coimbra, 2006, pp. 646 e 647.

²⁷ *Ibidem*, pp. 653, 656 e 657.

ção dos designados “limites dos limites” (Gomes Canotilho), constantes do artigo 18.º, n.º 2 e n.º 3, da CRP começar, desde logo, pelo facto de se tratar de uma Lei “inovadora” – a alteração introduzida na alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto, pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março -, restritiva e retroactiva, o que imediatamente determina a sua inconstitucionalidade material, em face da proibição da retroactividade das leis restritivas de direitos liberdades e garantias, prevista no artigo 18.º, n.º 3 da CRP, de onde resulta, como consequência natural, em sede de produção jurídica, comumente aceite pela Doutrina, a invalidade dos actos administrativos praticados com base nela²⁸. Ou seja, a alínea f) do n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 58/2019, de 2 de Agosto, com a redacção que lhe foi conferida pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 27/2019, de 15 de Março, na medida em que vem alargar – posteriormente e de modo restritivo e retroactivo - os poderes da ASF, durante o regime transitório, no respeitante ao controlo dos requisitos e do registo dos membros do conselho de administração das associações mutualistas, sofre de uma inconstitucionalidade material, podendo ser objecto de fiscalização por via abstracta (artigo 281.º da CRP) ou por via incidental e concreta (artigo 280.º da CRP), aquando, neste caso, da impugnação de um eventual acto administrativo de recusa do registo, pela ASF, perante os Tribunais Administrativos ou, inclusive, de um acto administrativo sob forma legislativa (CPTA).

Mas o regime legal de supervisão financeira das associações mutualistas assume ainda a natureza de lei individual e concreta.

Efectivamente, todo o processo legislativo denota que o contexto histórico ou a *occasio legis* da aprovação do Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, tem na sua específica origem uma concreta situação, como, aliás, o revela o já mencionado Despacho n.º 11392/2018, do Ministro das Finanças e pelo Ministro do Trabalho, da Solidariedade e da Segurança Social, de 29 de Novembro de 2018. E, se assim é, como o processo legislativo o parece confirmar, com a emissão daquela Lei restritiva em tal “contexto jurisdiccional”, então a sequência lógica só poderá conduzir a uma outra afronta aos cânones constitucionais sobre os limites à restrição legal de direitos, liberdades e garantias. Referimo-nos ao princípio da generalidade e da abstracção, expressamente imposto como requisito de actos legislativos com tal natureza e efeitos (artigo 18.º, n.º 3, da CRP). Posto que, repe-

²⁸ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, 4.ª Edição Revista, Coimbra, 2006, pp. 393 e 394, LUCÍNIO LOPES MARTINS, *A invalidade do acto administrativo no novo Código do Procedimento Administrativo: as alterações mais relevantes*, in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, Coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, Vol. II, 3.ª ed., Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), Lisboa, 2016, pp. 287 e ss., ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A invalidade do acto administrativo no projecto de revisão do CPA*, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 100, 2013, pp. 46 e ss.

timos, a *occasio legis* que circunda o procedimento de elaboração do Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, ainda que sob o manto formal de lei geral e abstracta, induz o intérprete a uma ilação segura de que o Legislador terá tido por escopo determinante uma situação individual e concreta, ao impor retroactivamente um regime mais rigoroso quanto aos “requisitos de idoneidade” a verificar pela ASF, de cujo resultado depende sempre o respectivo registo, também a efectuar por essa Autoridade de Supervisão, o qual em mais não consiste do que numa restrição às mencionadas liberdades fundamentais de associação e de exercício de uma profissão/actividade²⁹.

Em terceiro lugar, acresce um outro requisito das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, agora de natureza orgânica e formal, e que acaba igualmente por não ser observado: a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, como o determina o artigo 165.º, n.º 1, alínea b), conjugado com o n.º 2, ao exigir e pressupor uma (prévia) lei de autorização legislativa da Assembleia da República, na qual seja definido o seu “objecto, o sentido, a extensão e a duração”, para que o Governo possa levar a cabo essa restrição sob a forma de Decreto-Lei autorizado, com o que, paralelamente, se afronta o disposto no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, determinando, em bloco, a inconstitucionalidade orgânica e formal da mencionada Lei.

Por fim, importa ainda tecer duas notas de índole teórica e geral, sendo que a primeira se prende com o desrespeito pelos “limites” à designada “retroactividade formal”, enumerados na segunda parte do n.º 1 do artigo 13.º do Código Civil, mesmo que, por mera hipótese, se considerasse possível assacar uma natureza “interpretativa” ao Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, na medida em que, mesmo aí, os eventuais actos de registo que, entretanto e verificados os requisitos de “idoneidade” previstos no artigo 100.º do Código das Associações Mutualistas³⁰, já tivessem já praticados pelo Ministério do Trabalho, da Solidariedade e

²⁹ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, 4.ª Edição Revista, Coimbra, 2006, pp. 393.

³⁰ Segundo o previsto no artigo 100.º do Código das Associações Mutualistas, “1 - São elegíveis os associados que cumulativamente cumpram os seguintes requisitos de idoneidade: a) Estejam no pleno gozo dos seus direitos civis e associativos; b) Sejam maiores; c) Tenham, pelo menos, um ano de vida associativa, salvo se os estatutos exigirem maior prazo; d) Tenham experiência e conhecimentos adequados ao cargo e à natureza e dimensão da instituição a que se candidatam e) Sejam pessoas idóneas, nomeadamente por não terem sido condenados, em Portugal ou no estrangeiro, por crime doloso contra o património, abuso de cartão de garantia ou de crédito, usura, insolvência dolosa ou negligente, apropriação ilegítima de bens do setor público ou não lucrativo, falsificação, gestão danosa, corrupção, branqueamento de capitais, prática ilícita de gestão de fundos de pensões, abuso de informação e manipulação do mercado de valores mobiliários, salvo se, entretanto, tiver ocorrido a extinção da pena; f) Não exerçam atividade concorrente nem integrem órgãos sociais de entidades concorrentes com a associação, ou de participadas desta, exceto se em sua representação; g) Não tenham com a associação, suas participadas e estabelecimentos qualquer contrato de fornecimento de bens ou de serviços. 2 - A inobservância do disposto no número anterior determina a nulidade global

da Segurança Social – Ministério ao qual compete o poder de tutela sobre as associações mutualistas (n.º 2 do artigo 126.º daquele Código) –, não poderiam deixar de assumir a natureza jurídica de actos administrativos constitutivos de direitos, na noção que é conferida pelo Código do Procedimento Administrativo a actos desta categoria ou com efeitos equivalentes³¹. Deste modo, mesmo nessa hipótese, nem sequer seriam respeitados os “efeitos jurídicos” já produzidos por actos que tornam “certas e pacíficas situações jurídicas (...) que alguma vez foram duvidosas ou controvertidas”. Actos estes que, por produzirem efeitos deste género, assumem a natureza jurídica de actos administrativos favoráveis (e constitutivos de direitos), podendo classificar-se como “actos relativos a um status” ou, pelo menos, como uma “verificação constitutiva” produtora de “certeza jurídica”³², logo concebida como uma decisão ou uma “estatuição autoritária”, a qual integraria a categoria de “actos de análoga natureza” ao “cumprimento da obrigação”, a “sentença passada em julgado” e a “transacção, ainda que não homologada”, cujos efeitos essa intitulada “lei interpretativa” deveria ressaltar, como o impõe a 2.ª parte do n.º 1 do artigo 13.º do Código Civil³³.

Na verdade, durante o aludido período transitório, a competência que passa a ser conferida à ASF é, tão só e apenas, a de analisar o “sistema de governação” das associações mutualistas, por referências às disposições legais, regulamentares e administrativas em vigor para o sector segurador, e nunca o de apreciar a idoneidade dos candidatos a titulares de órgãos de administração das associações mutualistas, à qual se seguiria o exercício (ou não) do poder para proceder ao registo. Ora, nem na “versão originária”, por, como vimos, não comportar um tal sentido interpretativo, nem na “versão actualizada”, por, como igualmente se referiu, ser material e organicamente inconstitucional, acarretando consequentemente a invalidade dos actos administrativos praticados com base no sobredito regime.

das listas de candidatura”. Requisitos que, aliás, são menos exigentes do que os exigidos pelo regime do RJASR, aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro.

³¹ O CPA, no n.º 3 do artigo 167.º considera como “constitutivos de direitos os atos administrativos que atribuam ou reconheçam situações jurídicas de vantagem ou eliminem ou limitem deveres, ónus, encargos ou sujeições, salvo quando a sua precariedade decorra da lei ou da natureza do ato”.

³² Sobre as “*verificações constitutivas*” como categoria autónoma de acto da Administração ou *tertium genus* situado entre os actos administrativos (*provvedimenti*) e os meros actos jurídicos, enquanto actos declarativos ou verificativos de natureza vinculada que, uma vez adoptados, produzem na esfera jurídica de um sujeito um efeito constitutivo, ROCCO GALLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 2.ª ed., CEDAM, 1994, pp. 667-669, BRUNO TONOLETTI, *L'Accertamento Amministrativo*, CEDAM, 2001, pp. 246 e 247, PIETRO GOTTI, *Gli Atti Amministrativi Dichiarativi – Aspetti Sostanziali e Profili di Tutela*, Giuffrè Editore, 1996, pp. 67, ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo*, FDUC, Coimbra, 1978, p. 133, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 632.

³³ Sobre a *classificação dos actos administrativos*, vide JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 170, 180 e 181. No respeitante ao “*caso decidido material*” e a *irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos*, *ibidem*, pp. 203 a 206.

6 CONCLUSÃO

De tudo o que vem dito, para não ocorrer um “vácuo de regime”, em sede de controlo da idoneidade e do registo dos administradores das associações mutualistas, esta competência de controlo e de registo deve continuar a entender-se como conferida ao Ministério do Trabalho, da Solidariedade e da Segurança Social, que assim a exercerá em conformidade com os “requisitos de idoneidade” enunciados no artigo 100.º do Código das Associações Mutualistas, passando, desta forma, a revelar-se desprovida de importância a distinção entre normas substanciais e normas procedimentais “em vigor para o sector segurador”, no âmbito da aplicação do citado “regime transitório”, por parte da ASF, pois tal competência não lhe está sequer legitimamente cometida. Em todo o caso, se, ainda que não tendo competência para o efeito, a ASF entender aferir a idoneidade dos administradores, deverá fazê-lo, com base nos requisitos de idoneidade enunciados no artigo 100º do Código das Associações Mutualistas, designadamente: do disposto no (também novo) artigo 33.º-A do RJASR, aditado pelo artigo 2.º da Lei n.º 7/2019, de 16 de Janeiro, segundo o qual as “associações mutualistas que preenchem os requisitos definidos no artigo 136.º do Código das Associações Mutualistas, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de agosto, findo o período transitório neste estabelecido, estão sujeitas, com as devidas adaptações, ao disposto nos artigos 5.º a 7.º, 13.º, 14.º e 17.º, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 20.º, nos artigos 21.º a 23.º, 25.º e 27.º a 29.º, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 31.º, nos artigos 43.º a 45.º, no título III, na secção I do capítulo I do título VII e no título VIII do RJASR. Norma esta - o novo artigo 33º-A -, que sendo mais recente afasta o disposto na alínea f) do nº 5 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 59/2018, de 2 de Agosto, cuja versão originária, como vimos, não permite aferir aquela idoneidade com base nos critérios previstos no RJASR, e “versão actualizada”, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 37/2019, de 15 de Março, afigura-se inconstitucional (material e organicamente inconstitucional).

BIBLIOGRAFIA

- ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A invalidade do acto administrativo no projecto de revisão do CPA*, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 100, 2013, pp. 46 e ss.
- ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 1083.
- BRUNO TONOLETTI, *L'Accertamento Amministrativo*, CEDAM, 2001, pp. 246 e 247.
- DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 4.ª ed., com a colab. de PEDRO MACHETE e LINO TORGAL, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 38 e ss.
- FERNANDA MAÇÃS, *Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 429.

- J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, 4.ª Edição Revista, Coimbra, 2006, pp. 393-394, 643-644, 646-647, 653, 656-657.
- J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 176-192, 225-229, 231, 247-248.
- JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2002.
- JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, Almedina, Coimbra, 2017.
- JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª Ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, pp. 49-53, 95, 170, 180-181, 203-206.
- J. M. SÉRVULO CORREIA, *A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito administrativo*, in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 93 e ss.
- JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- LICÍNIO LOPES MARTINS, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009.
- LICÍNIO LOPES MARTINS, *A invalidade do acto administrativo no novo Código do Procedimento Administrativo: as alterações mais relevantes*”, in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, Vol. II, 3.ª ed., Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAF DL), Lisboa, 2016, pp. 287 e ss.
- LUÍS GUILHERME CATARINO, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independente*, Almedina, Coimbra, 2010.
- MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 85 e ss.
- PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 261-262,
- PEDRO COSTA GONÇALVES e LICÍNIO LOPES MARTINS, *Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica*, in *Textos de Regulação da Saúde/ano de 2013*, n.º 4, 2014, Entidade Reguladora da Saúde, Porto, 2014, pp. 9-28.
- PEDRO COSTA GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 632.
- PIETRO GOTTI, *Gli Atti Amministrativi Dichiarativi – Aspetti Sostanziali e Profili di Tutela*, Giuffrè Editore, 1996, p. 67.
- PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 58-59 e 60-63.
- ROCCO GALLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 2.ª ed., CEDAM, 1994, pp. 667-669.
- ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo*, FDUC, Coimbra, 1978, p. 133.
- VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*, in *Direito Público e Regulação*, n.º 4, Cedipre-Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 14 e ss.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 41 (2018-2019), págs. 93-129
ISSN: 1130-2682

**TERCEIRIZAÇÃO PÚBLICA POR COOPERATIVAS DE
TRABALHO: UM OLHAR CRÍTICO À VISÃO CONTROVERTIDA
DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO**

*PUBLIC OWNERSHIP BY COOPERATIVES OF WORK: A
CRITICAL LOOK AT THE CONTROVERSY VISION OF THE
BRAZILIAN 5TH REGION REGIONAL COURT OF WORK*

PEDRO HENRIQUE SILVEIRA FERREIRA DO AMARAL DUARTE*

Recepción: 24/7/2019 - Aceptación: 25/10/2019

* Advogado; Pós-graduado em Direito Público; Mestrando em Desenvolvimento Regional e Urbano. Presidente da Comissão Especial de Direito Cooperativo da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Bahia (OAB/BA). Membro e Delegado Regional do Instituto Brasileiro de Estudos em Cooperativismo (IBECOOP). Membro do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB). E-mail para contato: pedro@phd.adv.br

RESUMO

O presente artigo objetiva realizar uma análise crítica acerca de 4 (quatro) decisões controvertidas proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, as quais versam sobre terceirização pública por cooperativas, apontando a legalidade e as razões de utilização, tratando ainda dos mitos e verdades, doutrina, súmulas e entendimentos paradoxais.

A análise conjugada destes elementos perpassa, necessariamente, pela fraude nas relações de trabalho, sem esquivar-se, dessarte, do interesse público que envolve a matéria, confrontando-os com a legislação, jurisprudência e súmulas, possibilitando, assim, a obtenção de um olhar crítico sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Terceirização. Cooperativas. Decisões Controvertidas.

ABSTRACT

This article aims to perform a critical analysis of four controversial decisions issued by the Brazilian Regional Court of the 5th Region, which deal with public outsourcing by cooperatives, pointing out the legality and the reasons for its use, also dealing with myths and truths, doctrine, overviews and paradoxical understandings.

The combined analysis of these elements necessarily goes through fraud in the labor relations, without evading the public interest that surrounds the matter, confronting them with the legislation, jurisprudence and precedents, thus making it possible to obtain a critical look at the topic.

KEYWORDS: Public Administration. Outsourcing. Cooperatives. Controversial decisions.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. LEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO ATRAVÉS DE COOPERATIVAS. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. LEGALITY OF OUTSOURCING THROUGH COOPERATIVES. 3. CONCLUSION. 4. BIBLIOGRAPHY.

1 INTRODUÇÃO

Em artigo anterior, já se tinha asseverado que a terceirização de serviços públicos é uma matéria que passa longe da convergência de ideias. Não obstante a panaceia de interpretações e equívocos, tal instituto é legal e possui vasta utilização, mesmo sendo objeto de diversos questionamentos, muitas vezes evitados de subjetivismo, distantes da legislação e, o mais grave, com decisões divergentes entre si. É fato, ora tratado pelo autor em artigo anterior, que a grave crise econômica e política, em conjunto com as recentes alterações legislativas, por sua vez, impõem uma reanálise do tema, perpassando, necessariamente, pelas razões, legalidade, modelos e, mais importante, por uma mudança de paradigma nos julgamentos, evitando uma insegurança jurídica.

Sem pretender apontar uma fórmula pronta, capaz de afastar a dicotomia existente entre os que defendem e os que atacam a terceirização de serviços públicos via cooperativa, o presente artigo tem como objetivo confrontar as decisões do Tribunal Regional da 5ª Região, perpassando, necessariamente, pelas fraudes nas relações de trabalho, o interesse público envolvido e, sobretudo, a legislação e jurisprudência que regulam a matéria, sem olvidar de trazer a doutrina existente.

Basicamente, os 4 (quatro) entendimentos judiciais que serão analisados no presente artigo tratam dos seguintes elementos: o primeiro deles é quando a fraude trabalhista é declarada e o vínculo é reconhecido com a terceirizada (cooperativa); o segundo ocorre quando a fraude trabalhista é declarada e o vínculo é reconhecido com o tomador; o terceiro, por sua vez, trata de quando a relação cooperativa é declarada válida em razão dos documentos apresentados; por fim, o quarto, trata da improcedência do reconhecimento de fraude, com aplicabilidade da Súmula nº 363¹, que determina que o vínculo deva ser declarado nulo. Desta forma, através de um olhar crítico, o presente artigo esboça algumas razões, priorizando o enfoque legal e econômico.

¹ Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363.

A título de contemporização, mas sem adentrar na análise das questões administrativas, este trabalho trará um esforço legal em relação ao serviço público e suas formas de contratação, apontando alguns equívocos de gestão que impedem a prestação de um serviço público eficaz, eficiente e efetivo, o qual atenda aos anseios da população.

Além disso, uma rápida passagem pelos principais modelos de contratação, mantendo-se o enfoque legal, servirá de arcabouço para uma análise adequada das decisões em apreço. Registre-se, por ser de extrema importância, que cada modelo tem sua contribuição para os serviços públicos, mas a utilização desmedida, sem análise ou gestão é incapaz de contribuir para uma melhor prestação, afastando-se, pois, da eficácia, eficiência e, principalmente, da efetividade impostas aos serviços públicos.

Diante do exposto, neste arrazoado tratar-se-á apenas, e *en passant*, de três formas de contratação direta: concurso, Regime Especial de Direito Administrativo (REDA) e nomeação de cargos, bem como da terceirização de serviços *stricto sensu*, via regular processo licitatório.

No Brasil, o cooperativismo vem sendo tratado ultimamente como um grande vilão, mas na verdade o modelo de terceirização adotado no país tem sido utilizado de forma equivocada, sem as devidas cautelas. Mesmo com toda a panaceia trazida, há de se considerar o cooperativismo como um modelo apto a ajustar a terceirização de serviços públicos especializados, notadamente de saúde pública, sendo esta instrumento eficaz de gestão, como leciona Danny Monteiro².

Nesse caminhar, a confrontação dos entendimentos esposados nas decisões, em estrita apreciação dos dispositivos legais e da jurisprudência em vigor, possibilitarão um ensaio amplo e lógico, afastando-se o subjetivismo.

2 LEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO ATRAVÉS DE COOPERATIVAS

O ordenamento jurídico brasileiro não possui o termo terceirização expressamente escrito em qualquer lei. No entanto, há muito tempo que se verifica permissivo legal para a contratação de terceiros para prestação de serviços públicos.

De início, é importante tratar dos dispositivos constitucionais que mencionam a terceirização de serviços públicos e cooperativismo. O art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³, em seu *caput*, traz o seguinte texto: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de lega-

² MONTEIRO DA SILVA, D., *Terceirização na Administração Pública como Instrumento Estratégico de Gestão*, Curitiba, Editora Juruá, 2014.

³ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

lidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. Os incisos II, V, IX e XXI do referido dispositivo merecem ser transcritos, visando facilitar a análise:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações⁴.

Da simples leitura e análise conjugada destes dispositivos, percebe-se que há um problema grave que precisa ser destrinchado: o Estado tem por obrigação prestar os serviços públicos e, para isso, necessita de servidores.

O *caput* do art. 37 supra impõe ao gestor público o cumprimento estrito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de ordenar regras específicas nos seus incisos: no II impõe a sujeição a concurso público para provimento de cargos e vagas; o V, por sua vez, trata dos cargos de confiança, trazendo a primeira exceção à regra do concurso público; já o inciso IX traz uma segunda exceção, a contratação por Regime Especial de

⁴ Idem.

Direito Administrativo (REDA), na qual é permitida a contratação especial, sem sujeição ao concurso público, para casos excepcionais, podendo ser por 2 (dois) anos, prorrogáveis por mais 2 (dois); por derradeiro, o inciso XXI possibilita claramente a contratação de terceiros para prestação de serviços públicos, contanto que haja regular processo licitatório.

Realizada essa digressão constitucional, é necessário analisar alguns elementos do direito administrativo e, não objetivando fugir do tema, é imperiosa a análise da doutrina, destrinchando alguns componentes da relação jurídico-administrativa.

O primeiro deles é o serviço público. A autora Dinorá Grotti⁵, tratando do tema, assevera:

Cada povo diz o que é serviço publico em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico.

Para o doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello⁶, serviço público é:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob o regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de interesses especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Abstrai-se que o serviço público consiste na atividade prestada pelo Estado para os cidadãos de uma determinada jurisdição. Estes serviços, por sua vez, podem ser prestados direta ou indiretamente. No presente artigo será analisada apenas a prestação de serviços de forma indireta, realizada por terceiros, especificamente por cooperativas. Além disso, é importante destacar que o serviço público, mesmo quando prestado por quem faça às vezes do Estado, possui interesses especiais e supremacia do interesse público.

⁵ GROTTI, D., *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 87.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 659.

Tratando especificamente de cooperativas, a Constituição da República Federativa do Brasil traz os dispositivos adiante elencados. Destaque-se que o cooperativismo é permitido desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabelece já no seu art. 5º, inciso XVIII, a liberalidade na criação de cooperativas e, ao mesmo tempo, impõe o proibitivo de interferência estatal no seu funcionamento. Mais adiante, no art. 146, a Constituição Federal impõe o adequado tratamento tributário às cooperativas, facultando à lei complementar estabelecer regras sobre o tema; já o art. 174 da Carta Magna impõe o apoio e estímulo ao cooperativismo; e, por derradeiro, traz em seu art. 192 a menção às cooperativas de crédito.

Nota-se, portanto, que a diversidade de normas constitucionais certifica a importância do cooperativismo para o desenvolvimento econômico e social do país. Por estas razões, não resta dúvida quanto à necessidade do Estado em garantir e assegurar o fomento ao cooperativismo, bem como possibilitar ampliação de espaços e, sobretudo, garantir legalidade e a segurança jurídica.

Parafraseando o renomado estudioso Diogo Figueiredo de Moreira Neto⁷ – saudoso membro emérito do Instituto Brasileiro de Estudos em Cooperativismo (Ibecoop) –, o fomento é a atividade administrativa por meio da qual o Estado incentiva entidades públicas e privadas a desempenhar atividades que a Constituição ou Lei considerem de especial interesse público. Nesse contexto, cumpre lembrar que o fomento ao cooperativismo é imprescindível para o desenvolvimento econômico social do país.

Na esfera pública, sua aplicabilidade objetiva, acima de tudo, a eficácia, efetividade e eficiência, adotando-se como premissas o cumprimento irrestrito aos princípios inerentes à Administração Pública, notadamente a isonomia, legalidade e moralidade, sem afastar-se do regramento do art. 37 da Carta Magna⁸, que impõe a realização de concurso público para provimento de cargos e vagas.

Há de ser levado em consideração, portanto, a forma e o modelo adequado para cada situação concreta. A terceirização impensada e não programada aumenta os riscos de cometimento dos mesmos erros que vêm sendo perpetrados de forma genérica e ampla, uma das causas das altas taxas de desemprego no Brasil.

Sem entrar no mérito do pensamento *keynesiano* do *welfare state*⁹, é imprescindível esclarecer que a crise econômico-social vivida atualmente impõe, de igual modo, a mudança de paradigmas e suas consequentes transformações.

⁷ FIGUEIREDO DE MOREIRA NETO, D., *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Gen, 2014

⁸ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁹ Segundo Marcelo Medeiros (2001), o pensamento *keynesiano* do *welfare state* é entendido como a mobilização em larga escala do aparelho de Estado em uma sociedade capitalista a fim de executar medidas orientadas diretamente ao bem-estar de sua população. Conclui, então, que o *welfare state*

A terceirização é, nesse enfoque, uma das transformações necessárias e irreversíveis, vez que se torna instrumento estratégico de gestão¹⁰, possibilitando melhor qualidade, eficiência, eficácia e efetividade nos serviços públicos prestados à sociedade.

Sob outro enfoque, não menos importante, destaque-se que a constante prática de atos reprováveis, algumas vezes irregulares ou ilícitos, não tem o condão de superar o fenômeno da terceirização que, diferente do que é genericamente difundido, tem seu lado positivo. Esse é o entendimento do Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Raymundo Antônio Carneiro Pinto¹¹: as mazelas da cíclica má gestão, incluindo nesse rol o desvio de condutas e finalidades ou a sobreposição de interesses político-partidários e pessoais ao interesse público, que fere, inclusive, a regra do art. 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)¹², adiante tratado, não podem – e nem devem – superar a necessidade de garantir ao cidadão um melhor serviço público.

A título exemplificativo, cita-se o caso do profissional de saúde que atua em regular processo de terceirização por anos, em cujo processo o judiciário trabalhista reconhece o vínculo laboral, atribuindo, em alguns casos, uma condenação que supera o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em clara intervenção na gestão pública.

O ordenamento jurídico brasileiro, por seu turno, demonstra claramente a legalidade da terceirização na Administração Pública, mesmo sem trazer no texto legal, expressamente, o vocábulo terceirização. Portanto, a ausência de referido termo, de forma expressa na Lei, não significa inexistência de norma legal regulamentadora. Como exemplo, é importante trazer à colação que a Consolidação das Leis Trabalhistas, datada de 1943, já previa a subempregada em seu art. 455.

é, portanto, um mecanismo funcional para a sustentação da concepção fordista de progresso, que confere ao Estado o papel ativo de controlador do processo de produção pela regulação do progresso tecnológico, do consumo de massa e da defesa de interesses nacionais. Essa concepção dá precedência à “hierarquia” (organização) sobre o mercado e à modernização sobre o tradicionalismo. Como consequência dá prioridade à hierarquia e à modernização, os sistemas de solidariedade, organizados pelo *welfare state*, tomam uma forma exclusivamente administrativa [Lipietz (1992, p.12)], com características burocráticas ou, mais especificamente, tecnocráticas. MEDEIROS COELHO DE SOUZA, M. *A trajetória do welfare state no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990*, Brasília, dezembro de 2001. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0852.pdf; LIPIETZ, A., *Towards a new economic order: postfordism, ecology and democracy* [Choisir l'audace. Paris: La Découverte, 1989], Nova York, Oxford University Press, 1992.

¹⁰ Conforme entendimento do doutrinador Danny Monteiro da Silva.

¹¹ CARNEIRO PINTO, R. A., *Terceirização: Tem, sim, um lado positivo*, artigo publicado no Jornal Tribuna da Bahia, em 27 de setembro de 2014.

¹² Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

A Lei nº 6.019/1974¹³, por sua vez, trouxe a previsão do trabalho temporário. Já a norma de nº 7.102/1983¹⁴ permitiu a prestação de serviços de vigilância e transporte de valores para Instituições Financeiras.

No âmbito judicial, em um primeiro momento (1986), o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula nº 256, que considerou ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta. Entretanto, a reação negativa e a imposição socioeconômica fizeram com que o TST flexibilizasse o verbete, editando a Súmula nº 331¹⁵, datada de 1993, que permitiu a contratação de mão de obra fora dos quadros da empresa para serviços de conservação e limpeza e os ligados à atividade-meio do tomador. Vale ressaltar que em 2018 o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a qual vedava a terceirização de atividades finalísticas¹⁶.

Anotese, por ser de extrema importância, que desde 2017 o ordenamento jurídico brasileiro vem sofrendo uma transição significativa na legislação trabalhista, bem como no entendimento jurisprudencial. Nesse diapasão, foi promulgada a Lei nº 13.429/2017¹⁷ – que alterou a Lei nº 6.019/1974¹⁸ – e trouxe regras para a prestação de serviços por terceiros. Houve também a edição da Lei nº 13.467/2017¹⁹, que alterou dispositivos da CLT, flexibilizando as regras das relações de emprego. Por fim, em 2018 o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade da Súmula nº 331, do TST, que vedava a terceirização de atividades finalísticas.

Apesar das constantes críticas ao modelo de terceirização no serviço público, a atividade da Administração Pública pode ser exercida de forma direta ou indireta, havendo respaldo legal para ambas as situações.

Na forma direta, os próprios órgãos da Administração exercem as atividades; na indireta há uma transferência de atribuições, que pode ser a antes da Administração Indireta ou à terceiros (pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas).

¹³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm.

¹⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm.

¹⁵ Disponível em http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/sumula-331-preve-responsabilidade-subsidiaria-em-relacao-a-todas-as-verbas.

¹⁶ Maiores informações disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=387588>.

¹⁷ BRASIL, *Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017: Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros*, disponível em <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei-13429-2017.htm>.

¹⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm.

¹⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm.

Mesmo não havendo expressamente o termo terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, o art. 175 da Constituição prevê a prestação de serviços públicos: “[...] diretamente ou sob regime de concessão ou permissão”²⁰. A Lei nº 8.987/1995²¹ complementa, dispondo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no referido artigo constitucional.

Ainda se tratando da descentralização dos serviços públicos, o Decreto-Lei nº 200/1967²², por sua vez, determina em seu art. 10º:

[...]

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

[...]

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

[...]

§7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

§8º A aplicação desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do interesse público e às conveniências da segurança nacional.

A Lei nº 13.429/2017²³, que alterou a Lei nº 6.019/1974, trouxe o seguinte texto:

²⁰ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm.

²² BRASIL, *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967: Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm.

²³ BRASIL, *Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017: Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros*, disponível em <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei-13429-2017.htm>.

[...]

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (Idem, 2017).

Diante do estudo de referido dispositivo, resta indubitosa a possibilidade de terceirização de serviços. Fato que foi corroborado com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324²⁴ e do Recurso Especial (RE) nº 958.252²⁵, concluído em 31 de agosto de 2018, no qual foi declarada a constitucionalidade da terceirização de todas as etapas produtivas, incluindo nesse rol a denominada atividade-fim.

Tratando de um tema mais específico, cumpre anotar que, em relação aos serviços públicos de saúde, a Constituição Federal, em seu art. 197²⁶, permite expressamente a sua prestação através de terceiros, como se observa no trecho abaixo enunciado:

[...]

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Por sua vez, a Lei nº 8.080/1990²⁷, que estabeleceu o Sistema Único de Saúde (SUS), trouxe no seu art. 24 o permissivo para prestação de serviços por terceiros:

[...]

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o

²⁴ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>.

²⁵ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>.

²⁶ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²⁷ BRASIL, *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990: Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm.

Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

A simples leitura dos dispositivos adrede citados permite abstrair que o objetivo maior das regras é impedir o crescimento do aparato estatal, utilizando-se de terceiros capazes e capacitados de desempenhar as tarefas estatais privativas, sem que haja uma desestatização.

Quando há transferência de serviços públicos a terceiros, existem alguns modelos que podem ser utilizados: concessão (também denominada permissão), regulada pela Lei nº 8.987/1995²⁸ ou terceirização de serviços *strictu sensu*, que deve respeitar as regras do art. 37 da Constituição Federal²⁹ e da Lei nº 8.666/1993³⁰.

A terceirização via contrato público de prestação de serviços é o modelo mais criticado e, em especial na Bahia, o cooperativismo vem sendo reprovado sobremaneira. No entanto, a legislação permite expressamente tal modalidade, que vem sendo adotada em larga escala por entes públicos. Ressalte-se, por ser de extrema importância, que sua utilização em largo espectro tem ocasionado prejuízos, não por conta do modelo, porém em virtude da má contratação e fiscalização.

Portanto, abstrai-se que não cabe separar atividade fim de atividade meio, notadamente após a decisão proferida pelo Colendo STF, datada de agosto de 2018, na qual restou pacificada a possibilidade de terceirização ampla, incluindo a tão criticada transferência das atividades tidas como finalísticas.

Em uma breve retroação histórica, lembre-se que alguns renomados Professores, a exemplo de Diogo Figueiredo de Moreira Neto (2014), ao tratar do tema, distinguiam atividade-fim de atividade-meio, pontuando que “a desestatização que tem por objeto atividades-fim se faz pela via da concessão ou da permissão, bem como por outros instrumentos de parceria, enquanto a terceirização ficaria reservada para viabilizar a parceria com o setor privado nas atividades-meio da Administração”³¹.

Sem pretender contrapor o renomado administrativista e decano na matéria, há de ser esclarecido que tal entendimento merece ser revisto, em razão da recente normatização sobre a permissividade de transferência a terceiros de atividades-

²⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm.

²⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

³⁰ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.

³¹ FIGUEIREDO DE MOREIRA NETO, D., *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Gen, 2014.

-fim e atividades-meio. Outro fator que merece enfoque, objetivando a mudança de paradigmas, é a crise econômico-social vivida na atualidade, a qual pode ser analisada sob um enfoque mais liberal, sem qualquer violação da legislação, que supere – ao menos reduza – o absurdo número de desocupados existentes no Brasil.

Não é despendendo esclarecer que a convenção que separa atividade-fim de atividade meio é doutrinária e não existe qualquer norma sobre o tema. O Projeto de Lei (PL) nº 4330³², que se encontra no Senado, após aprovação do Congresso Nacional, seria – ou será – a primeira lei a regular a matéria. Dessa forma, não existe, ainda, nenhuma lei que proíba a terceirização de atividades-fim, tendo sido, repise-se, recentemente declarada a constitucionalidade da terceirização de toda e qualquer atividade pelo STF, o que supera, pelo menos por enquanto, a discussão sobre o tema.

Ao analisar a terceirização, o Desembargador baiano Raymundo Antônio Carneiro Pinto³³, em artigo publicado no dia 27 de setembro de 2014, no Jornal Tribuna da Bahia, apontou os seguintes benefícios da terceirização:

Eis algumas vantagens da terceirização para a empresa tomadora: a) diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários; b) melhoria da produtividade e da qualidade do produto ou serviço oferecido, pois a empresa se dedicará mais à sua especialização; c) simplificação da estrutura organizacional; d) redução dos custos, podendo destinar recursos a novos investimentos e pesquisa de tecnologia; e) diminuição do espaço ocupado, contribuindo para melhorar as condições ambientais, de segurança e de saúde dos trabalhadores. Quanto aos empregados das prestadoras, os principais benefícios são: a) geração de novos empregos nas terceirizadas; b) melhor distribuição de renda entre os participantes do processo produtivo; c) aperfeiçoamento da mão de obra daqueles que vão trabalhar em empresas especializadas; d) possibilidade de criação de sindicatos que vão defender interesses de empregados das terceirizadas.

Esclareça-se que o texto adrede transcrito analisou especificamente a terceirização em empresas privadas, mas isso não afasta os benefícios para a Administração Pública. Em relação à terceirização de serviços públicos, vários benefícios devem ser observados, como se percebe a seguir.

³² Texto do Projeto de Lei disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>.

³³ CARNEIRO PINTO, R. A., *Terceirização: Tem, sim, um lado positivo*, artigo publicado no Jornal Tribuna da Bahia, em 27 de setembro de 2014.

A terceirização no âmbito público tem como finalidade a transferência da execução de atividades públicas para terceiros. Esse tipo de contratação deve ser precedido de processo licitatório, que originará contrato administrativo, visando à economicidade. Além disso, convém salientar novamente a sábia denominação do Professor Danny Monteiro da Silva³⁴, a qual sintetiza, de forma extraordinária, o principal objetivo da terceirização na Administração Pública: tornar instrumento estratégico de gestão.

Registre-se, que não será adotado o conceito generalizado de atividades-fim e atividades-meio, já superado. Assim, ao longo do presente artigo, a terceirização será tratada de acordo com as leis em vigor, elidindo-se, ainda, o PL nº 4.330, não votado no Senado, cujo último texto – aprovado na Câmara Federal – exclui de sua incidência a terceirização no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Superada a distinção de atividades e a aplicabilidade do referido PL, é necessário, a partir de agora, elencar os benefícios que a terceirização pode trazer.

O fenômeno da terceirização é amplamente adotado em diversos países, não fugindo à esta regra o Brasil. A questão que dita o preconceito enraizado no país tem íntima relação com o desvirtuamento do modelo. As constantes irregularidades praticadas não podem afastar os benefícios que esse sistema possibilita.

A terceirização de serviços públicos, quando feita de forma planejada e com gestão eficiente, é capaz de mitigar os erros e preconceitos, tornando eficaz, eficiente e trazendo efetividade à prestação, possibilitando que o usuário final tenha um serviço de qualidade, sem que o Estado tenha um alto custo.

Em atendimento à dinâmica socioeconômica brasileira, o redimensionamento do Estado tem sido um dos grandes entraves dos gestores públicos. Por outro lado, a Lei de Responsabilidade Fiscal – que impõe limite de gastos com funcionários públicos – pressiona os gestores para reduzirem o quantitativo do funcionalismo público efetivo. Contrapondo-se essas regras, o significativo crescimento dos serviços públicos implica em um confronto desleal e perigoso.

Aliado a tudo isso, a má gestão pública – utilizando-se de eufemismo – impôs aos servidores públicos penas severas, tais como trabalhar mais de 3 (três) meses sem receber seus salários (a título de exemplo, o que ocorreu no Rio de Janeiro, em 2016³⁵); programas de demissão em massa (Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e Correios, ocorridos naquele mesmo ano), além de não afastar a possibilidade de mais de 9 (nove) Estados não conseguirem honrar com os salários de

³⁴ MONTEIRO DA SILVA, D., *Terceirização na Administração Pública como Instrumento Estratégico de Gestão*, Curitiba, Editora Juruá, 2014.

³⁵ Notícia disponível em <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/com-500-mil-servidores-sem-salarios-rj-ja-sente-efeitos-da-greve-geral.html>

seus servidores. Quando se transfere essa realidade para os mais de 5.500 municípios brasileiros³⁶, a situação fica ainda mais crítica e assustadora.

Dessa forma, ao contrário dos abusos perpetrados, a terceirização não deve ser utilizada para fraudar o concurso público – normalmente adulterado mediante REDA –, mas sim, para buscar um redimensionamento do Estado, através de instrumento estratégico de gestão.

Em suma, ao mesmo tempo em que o Estado não pode parar suas atividades, a desestatização tem se mostrado um ‘mal necessário’, na esperança de que os direitos sociais sejam garantidos aos cidadãos, principalmente àqueles que necessitam da assistência estatal.

Em apertada síntese, conclui-se que não faltam razões legais para a terceirização, as quais superam a divisão de atividades finalísticas e de meio, absolutamente ultrapassada, em razão das recentes mudanças legislativas e jurisprudenciais.

Diante do exposto, além dos benefícios inerentes à terceirização privada, a maior vantagem que a terceirização de serviços públicos possibilita é em relação à gestão pública, que vem, ao longo dos anos, mostrando-se precária e ineficiente.

Não obstante, convencionou-se genericamente que não era possível contratar terceiros para a atividade finalística. A partir daí passou-se a delegar funções indispensáveis e menos importantes para terceiros. Essa, entretanto, é a visão mais simplista da terceirização, que traz o enfoque apenas na dualidade entre atividade-fim e atividade-meio.

A terceirização deve, ao invés disso, ser vista como instrumento capaz de implementar o aumento no quantitativo e melhoria na qualidade da produção, com significativa redução de custos, sem distinguir o que é atividade-fim da atividade-meio. Ou seja, deve haver com a implantação do modelo a otimização sem que haja descumprimento dos direitos sociais dos trabalhadores envolvidos no contrato. Por essa lógica, a terceirização não deve ser restrita às atividades tidas como menos importantes, até mesmo para que possibilite novos empregos – ou trabalho (no caso de cooperativas) – aos milhões de desempregados brasileiros.

No Poder Público, a implementação desse fenômeno inspira os mesmos objetivos do setor privado, pois com o aumento do rol de serviços prestados pelo Estado, a prestação exclusiva através do aparato estatal tornou-se inviável. Mas, por outro lado, exige uma série de cuidados, de forma que os erros não sejam repetidos.

A terceirização poderá ser o elemento necessário para uma prestação de serviços públicos mais eficaz, que atenda aos anseios da população, principalmente

³⁶ De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE, atualmente o Brasil é composto de 5.570 municípios distribuídos em 26 Estados. Informações disponíveis em https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm.

aquela que depende da assistência do Estado, contanto que sejam obedecidas as regras do serviço público e, o mais importante, sejam evitados os desvios de finalidade, tão desagradável para qualquer relação, mormente as públicas.

Por outro lado, tem-se discutido muito as recentes alterações na legislação trabalhista brasileira.

Nesse aspecto, é bom lembrar que, desde 2012, quando foi promulgada a Lei nº 12.690/2012³⁷, a qual dispõe sobre a organização e funcionamento das cooperativas de trabalho, o legislador já demonstrava especial interesse sobre a temática trabalhista, notadamente no que diz respeito à necessidade de adequação às novas demandas, além de regulamentar uma espécie de trabalhado, diferente da relação de emprego.

Em que pese a Lei nº 5.764³⁸ tratar de forma ampla sobre cooperativismo, desde sua promulgação, em 1971, não havia no ordenamento pátrio nada significativo sobre o tema. A Lei nº 12.690/2012 veio, portanto, promover de forma coerente o fomento ao cooperativismo, no sentido amplo do vocábulo.

Por outro lado, o legislativo promoveu alterações significativas nas relações de trabalho, com a promulgação da Lei de Terceirização e as inovações na legislação trabalhista.

Alguns críticos de plantão tentam impor, de forma desarrazoada, que as leis vieram precarizar ainda mais as relações de trabalho, o que parece mera crítica dualista, sem um debate mais aprofundado. O problema das relações de trabalho é muito mais amplo do que a dicotomia esquerda \times direita; ou mesmo a dicotomia empregador \times empregados.

O ilustre doutrinador Richard Sennett, Professor da Universidade de Cambridge, trata da cooperação fraca em sua obra intitulada “Juntos, os Rituais, os Prazeres e a Política da Cooperação”³⁹. Neste trabalho, é tratado o isolamento com o inimigo óbvio da cooperação, citando-se o efeito silo, contrapondo o estoque de desocupados com os trabalhadores dos silos, que não se comunicam entre si. Mais adiante, elenca o efeito silo na moderna gestão, comparando-o com um efeito estrutural integrado às organizações de esquerda política, funcionando de cima para baixo⁴⁰.

³⁷ Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12690.htm.

³⁸ Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm.

³⁹ SENNET, R., *Juntos, os Rituais, os Prazeres e a Política da Cooperação*, Rio de Janeiro, Editora Record, 2015.

⁴⁰ Faz-se necessário elogiar a iniciativa da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia (UFRB), que em 2008 criou o Curso de Tecnologia em Gestão de Cooperativas, com ênfase na economia solidária, vez que as universidades brasileiras não tratam especificamente do tema. Situação grave ocorre durante os cursos de Direito, que, ao mencionar o tema, referem-se somente às fraudes trabalhistas. Ou seja, só observam o lado negativo, sem trazer ao estudante uma análise mais aprofundada.

O cooperativismo é vítima de um conceito prévio e equivocado de que toda cooperativa é ilícita e, quando se fala em trabalho, perpassando necessariamente pela terceirização, *o pré-conceito é ainda maior*. Além disso, falta espírito de cooperação, também ilustrado como ‘cooperação cooperativa’, de acordo com o autor Dieter Benecke⁴¹.

Existe, há algum tempo, uma crise de identidade nas relações cooperativas, que surgem desde a ausência de referida cooperação cooperativa, até mesmo a ausência de interesse nas cooperativas em si.

Sobre o tema, é bom realizar uma digressão histórica, lembrando que a terceirização no Brasil surgiu como modelo que visava ofertar mão de obra a terceiros e, por conta da constante falta de trabalho para todos os cidadãos, aqueles mais capciosos se beneficiavam da mão de obra barata, precarizando-a para atender a serviços menores.

Essa lógica precisa ser mudada, e para que isso aconteça a cooperativa deve surgir dos anseios de um grupo específico que pretendam fazer uso de seus serviços e instalações em benefício comum. Segundo Benecke, essa identidade é intencional e pressuposto elementar para a cooperação cooperativa.

Nessa lógica, a cooperativa não deve surgir para atender a interesses de terceiros, sejam eles empresários, tomadores dos serviços – muitas das vezes gestores públicos – ou compradores dos produtos. O primeiro e mais importante ponto nas relações cooperativas diz respeito, portanto, à identidade cooperativa, mediante espírito de cooperação cooperativa.

Em outro enfoque diferente do que vem sendo difundido, a cooperativa pode – e deve – gerar excedentes. A diferença, entretanto, de uma cooperativa para uma empresa comum é que o lucro deve ser repartido de forma proporcional às operações, não permanecer nas mãos de poucos.

Nas cooperativas, os donos são todos os associados que ingressam com seu capital – normalmente o seu trabalho – e têm como expectativas assegurar a produção de serviços e bens dos membros.

O ritmo e a marcha da cooperativa devem ser ditados pelos associados e não pela diretoria. Para isso, a Lei estabeleceu como órgão maior nas entidades cooperativas as assembleias gerais, ou seja, a tomada de decisões é conjunta e não individualizada.

A relação operacional entre os associados possibilita a fixação de condições de desenvolvimento dos negócios cooperativos. No entanto, a crise de identidade tem afetado esta relação, contribuindo para o aumento significativo do preconceito contra o modelo.

⁴¹ BENECKE, Dieter W., *Cooperação & desenvolvimento: o papel das cooperativas no processo de desenvolvimento econômico nos países do Terceiro Mundo*, Porto Alegre, Coojornal, 1980.

É necessário lembrar que a cooperativa deve ser constituída para beneficiar seus associados, não para suprir interesses de terceiros. Mas, mesmo quando são criadas para beneficiar seus associados, estes devem entender o espírito da cooperação cooperativa, o qual inclui necessariamente a escolha da estratégia econômica e da gestão a ser implantada.

A aspiração econômica não pode – e nem deve – ser subjugada por interesses de uma minoria, nem muito menos de terceiros. A força da cooperativa vem, portanto, do espírito de cooperação e do comprometimento dos associados, os quais, na maioria das vezes, sujeitam-se à subserviência, e, por comodidade, *não buscam despertar e obter as aspirações econômicas*.

Por outro lado, é fato público e notório que o amplo contingente de trabalhadores disponíveis no mercado está fadado a exercer trabalhos parciais ou temporários, sendo que grande parte encontram-se desocupados, como pontua Robert Castel⁴².

Essa lógica tem imposto uma precarização nas relações de trabalho, pois o trabalhador – sempre menos favorecido na relação – busca a sobrevivência, através do mínimo, submetendo-se à estas condições.

De acordo com o autor Ricardo Antunes⁴³, o exemplo das cooperativas talvez seja ainda o mais eloquente para superarmos isso. Conforme entendimentos do estudioso, o que se deve combater é a criação de falsas cooperativas pelo capital, não a ideia das cooperativas.

O empreendedorismo e, sobretudo, o fortalecimento da cooperação cooperativa são as melhores armas para combatermos a precarização nas relações de trabalho.

Arrematando o tema, impõe asseverar que as cooperativas não são apenas um modelo alternativo, porém consistem na emancipação do trabalhador e na busca incessante por melhores condições, as quais não se confundem com os direitos e garantias dos trabalhadores na modalidade de emprego. O que falta, entretanto, é a conscientização sobre isso por parte dos cooperados e o apoio, fomento e divulgação do verdadeiro cooperativismo.

Uma das soluções importantes nesse intento é a criação de cursos de gestão cooperativa, por exemplo, pois consistirá na preparação daqueles que contribuirão para o desenvolvimento sustentável do cooperativismo, através da formação de profissionais que serão o futuro de um modelo que está desgastado e necessita de uma metamorfose.

⁴² CASTEL, R., *As transformações da questão social*, In: BOGUS, L.; YAZBEK, M. C.; BELFIORE-WANDERLEY, M., *Desigualdade e a questão social*, São Paulo, Educ, 1997.

⁴³ ANTUNES, R., *O adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*, Campinas, Cortez, 1995.

O grave problema do desconhecimento quanto à gestão de uma cooperativa e sobre qual modelo e estratégia econômica devem ser seguidos impõe a desastrosa falência do modelo cooperativista e precisa ser combatido.

Por outro lado, a falta de apoio e fomento do Estado, em clara violação às normas constitucionais, complementam a crise de identidade, sobretudo, na consecução dos objetivos cooperativistas.

Por derradeiro, e não poderia deixar de ser, as fraudes nas relações, os desvios de finalidade e de conduta impedem que haja, ao menos, uma contribuição do modelo de terceirização pública cooperativista.

1. Análise da jurisprudência

A jurisprudência majoritária tem caminhado para o reconhecimento de terceirizações fraudulentas. Neste ponto, a transcrição de alguns julgados faz-se importante para realização de comparativo, assim como de comentários acerca deles.

Os exemplos, com trechos a seguir transcritos, são de dois processos transitados no ordenamento jurídico brasileiro. No primeiro, o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região reconheceu a ilicitude da terceirização e manteve a decisão de piso, com reconhecimento de vínculo empregatício com a cooperativa. Já no segundo, o mesmo Tribunal manteve o reconhecimento de ilicitude na terceirização, tendo, no entanto, declarado o vínculo com o tomador dos serviços:

Neste primeiro julgado, os autos de nº 000284-48.2015.5.05.0121 (RO)⁴⁴ versam sobre intermediação de mão de obra fraudulenta em cooperativa, cujo vínculo de emprego direto fora reconhecido pelo egrégio Tribunal:

PROCESSO nº 0000284-48.2015.5.05.0121 (RO)
RECORRENTE: REDESAUDE COOPERATIVA DE TRABALHO
RECORRIDO: LENILDA MARIA DE ALMEIDA, MUNICIPIO DE CANDEIAS.
RELATORA: Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA
VÍNCULO DE EMPREGO DIRETO RECONHECIDO.
INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA FRAUDULENTO. COOPERATIVA. Diante da inobservância dos fins do cooperativismo, na medida em que a cooperativa atuou apenas como mera intermediadora de mão de obra para a consecução de atividades-fim da tomadora de serviços, além de comprovada a existência dos elementos caracterizadores do contrato de emprego, reconhece-se o vínculo direto com a cooperativa e beneficiária do trabalho da ex-empregada.

⁴⁴ Texto na íntegra disponível em <https://www.trt5.jus.br/jurisprudencia>.

Neste outro exemplo, Recurso ordinário nº 000672-21.2010.5.05.0025⁴⁵, versa sobre reconhecimento de vínculo empregatício com o tomador de serviços.

1ª. TURMA

RECURSO ORDINÁRIO Nº 0000672-21.2010.5.05.0025

RECORRENTE(s): Provencoop - Cooperativa de Trabalho de Vendas, Cobrança e Áreas Afins e Outros (1)

RECORRIDO(s): Elisabete Rodrigues dos Santos, Provencoop – Cooperativa de Trabalho de Vendas, Cobrança e Áreas Afins e Outro (1)

RELATOR(A): Desembargador(a) ELISA AMADO COOPERATIVA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. Em face do princípio da primazia da realidade, apenas se pode conferir ao art. 442 da CLT, no seu parágrafo único, presunção relativa da inexistência de vínculo de emprego, pois, uma vez afastada a efetiva relação cooperativista que envolve o trabalhador, há que aflorar a relação empregatícia camuflada sob a utilização fraudulenta de tal instituto jurídico.

A Terceira decisão, por seu turno, tem como elemento fulcral o reconhecimento da legalidade da cooperativa, em razão da prova documental apresentada, como se observa a seguir:

2ª. TURMA

RECURSO ORDINÁRIO Nº 0001132-73.2012.5.05.0401RecOrd

RECORRENTE: COOFSAUDE - COOPERATIVA FEIRENSE DE SAUDE

RECORRIDOS: LUCIANO SILVA AGUIAR E OUTROS (1)

RELATORA: DESEMBARGADORA DALILA ANDRADE COOPERATIVA. RELAÇÃO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA.

Comprovado, nos autos, através da documentação trazida pela acionada, a regular constituição da cooperativa, a adesão espontânea do autor ao sistema de cooperativismo, bem como o atendimento de princípios como os da dupla qualidade e o da retribuição pessoal diferenciada, cumpria ao autor provar a existência da fraude alegada. Não se desencilhando o demandante do seu ônus probatório, deve incidir, na espécie, a regra contida no parágrafo único do art.442 da CLT, segundo a qual “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não

⁴⁵ Texto integral disponível em <https://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158328474/recurso-ordinario-record-6277020125050017-ba-0000627-7020125050017/inteiro-teor-158328482?ref=amp>

existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviço daquela”.

[...]

A quarta decisão, de primeiro grau, trouxe um entendimento de reconhecimento de fraude na relação, mas aplicou a regra da Súmula nº 363, reconhecendo o vínculo com o ente público e declarando-o nulo, sendo devido apenas o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e eventual saldo de salário, conforme fundamentação constante no trecho a seguir transcrito:

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

4ª Vara do Trabalho de Feira de Santana

RTOrd 0000765-78.2018.5.05.0194

RECLAMANTE: LHAIZ ANDRADE DA SILVA FREITAS

RECLAMADO: REDESAUDE COOPERATIVA DE TRABALHO,
FUNDACAO HOSPITALAR DE FEIRA DE SANTANA

SENTENÇA

Vistos etc.

[...]

Com efeito, conforme confessado pela Autora e reafirmado pela testemunha inquirida, inexistia subordinação da reclamante à primeira reclamada, mas sim, com ente público municipal, em relação ao qual não houve o pleito de reconhecimento do vínculo de emprego, em função do óbice constitucional a isto. A reclamante, segundo a sua tese, portanto, teria sido beneficiada por um vínculo trabalhista com um ente público, com a coparticipação de um terceiro, sem a submissão ao concurso público, pretendendo, por vias transversas, garantir todos os benefícios trabalhistas que teria se a relação jurídica trabalhista mantida fosse idônea.

Entretanto, isso não é possível, reconhecendo-se, em tais casos, o direito apenas ao salário contratado e ao FGTS, conforme Súmula n.º 363 do C. TST, quando pleiteado o vínculo direto com o ente público. Ressalte-se que, no presente caso, os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço constam no rol de pedidos, todavia, ele foi pleiteado a partir do reconhecimento de um vínculo de emprego com a reclamada, o qual inexistente, merecendo, portanto, tal pedido a mesma sorte dos demais [...].

Antes de adentrar no mérito da presente análise, é importante esclarecer que não serão analisadas questões processuais, tais como dinâmica probatória ou

omissões nos julgados, além de possíveis violações a outros dispositivos processuais. O foco do presente artigo é tratar da questão do vínculo e dos regramentos legais inerentes a esta questão crucial no deslinde do feito. Elementos muitas vezes sobrepostos por um conceito prévio e equivocado, que em alguns casos pode levar à tergiversação. Ou seja, os julgados não serão analisados por completo, apenas serão tratados para promover referência as formas de vínculo (ou de sua inexistência) em casos de terceirização de atividades por ente público.

De outro giro, frise-se que, malgrado a vertente aqui abordada seja no âmbito público e, mesmo havendo um dos julgados que trata da terceirização sob o enfoque privado, a análise conjugada e a obtenção de premissas adotadas no mencionado *decisum* servem como elementos para análise completa e adequada do tema aqui abordado.

Sem querer fugir do debate, com a intenção de atingir brevemente o objetivo e, em razão da limitação de espaço no presente artigo, partir-se-á do pressuposto que todas as decisões analisaram corretamente a dinâmica probatória, as questões processuais – tais como causa de pedir, pedidos, dentre outros – e os fatos ali tratados se tornaram incontrovertidos.

Superadas essas questões meramente processuais, tem-se na primeira decisão o reconhecimento de vínculo com a cooperativa (terceirizada). Alerta-se, entretanto, que como vem ocorrendo reiteradamente, os reclamantes apenas ajuízam a demanda contra a terceirizada, sem incluir no polo passivo o município tomador.

Esclareça-se, ainda, que tal fato não impediria a aplicabilidade dos dispositivos inerentes ao caso e, em caso de reconhecimento do *labor* direto com ente público tomador – o que deveria ter ocorrido –, julgar a ação improcedente.

Neste ponto, vale lembrar-se do provérbio latim “*Dormienti bus non succurrit jus*”, ou seja, o direito não socorre a quem dorme. Portanto, se o trabalhador/reclamante não acionou o tomador, pagará o ônus dessa escolha.

Acrescente-se, ainda, que tal atitude, fartamente difundida pelos trabalhadores públicos/reclamantes, tem como objetivo manter-se vinculado ao ente público, muitas das vezes por indicação política, perpetuando-se no serviço público sem submeter-se ao concurso público constitucionalmente imposto pelo art. 37, inciso II da Carta Magna⁴⁶.

Ou seja, o Trabalhador/Reclamante utiliza-se de uma suposta torpeza para ter direitos empregatícios garantidos numa relação iminentemente pública, da qual tinha conhecimento desde seu início.

Em relação à natureza pública da relação, registre-se que a decisão do primeiro julgado violou objetiva e diretamente a regra constante no art. 8º da CLT, pois o

⁴⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

interesse particular (reconhecimento de vínculo empregatício e a condenação ao pagamento de suas consectárias verbas) sobrepôs o interesse público (prestação de serviços públicos mediante terceirização), uma vez que não considerou o contrato de prestação de serviços firmado com o ente público e a cooperativa, oriundo de regular processo licitatório. *In verbis*⁴⁷:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Sobre o tema, é de suma importância trazer a lume que existem duas Súmulas que tratam da matéria, oriundas do TST: a primeira delas, nº 331, recentemente revogada, ainda vigia na época do julgado, a segunda, nº 363, ainda vigente.

A Súmula nº 331⁴⁸ trazia o seguinte entendimento jurisprudencial:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I. A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III. Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços

⁴⁷ Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

⁴⁸ Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html.

quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V. Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI. A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Já a Súmula n.º 363⁴⁹, assevera:

CONTRATO NULO. EFEITOS. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Da análise conjugada dos dois verbetes, percebe-se que, em caso de fraude na terceirização em que o ente público é o tomador dos serviços, deve haver a declaração de nulidade – o que ocorreu no primeiro julgado adrede transcrito –, mas o vínculo não deveria ter sido reconhecido com o ente cooperativo, até mesmo em razão da regra do art. 442, parágrafo único da CLT⁵⁰, a seguir transcrito:

[...]

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

⁴⁹ Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363.

⁵⁰ BRASIL, Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, *Aprova da Consolidação das Leis do Trabalho*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

Com efeito, a decisão do primeiro processo, malgrado tenha sido acertada quanto ao reconhecimento da fraude na terceirização, trouxe entendimento – *data venia* – equivocado, ao manter o reconhecimento de vínculo com o ente cooperativo.

Pontue-se, por ser de extrema importância, que o trabalhador que se submete a uma relação de terceirização junto a ente público não pode escusar-se de conhecer a lei e, por conta disso, alegar fraude numa relação da qual fora beneficiário, laborando no serviço público, sem submeter-se a concurso, muitas vezes mediante indicação política.

Nesses casos, normalmente a fraude vem do próprio ente público, que burla o concurso público para realizar indicações político-partidárias, burlando, assim, a regra do art. 37 da Carta Magna.

Os julgados, entretanto, não têm tido uma análise mais aprofundada sobre o tema e, por conta disso, têm aplicado as regras da relação de trabalho aos trabalhadores terceirizados de entes públicos, sem considerar a regra do art. 8º, da CLT.

Retornando mais uma vez que a Constituição Federal, aclare-se que em seu art. 37, traz os princípios da legalidade, moralidade, dentre outros e, a par disso, aponta que a terceirização deve vir precedida de processo licitatório. Mas, em grave violação destes institutos, o serviço público vem sendo transferido a terceiros, algumas vezes com desvio de finalidade e de conduta e, mesmo sendo realizada a regular licitação, os trabalhadores são arrematados por indicação política, em clara infração ao princípio da impessoalidade.

O mais grave é que o judiciário está interferindo numa relação nitidamente pública para garantir direitos empregatícios a trabalhadores que se beneficiam de uma fraude – reconhecida por eles próprios, que confessam a indicação política e usam artifícios não republicanos como não acionar os entes públicos para perpetuarem-se nas funções públicas –, sem considerar a natureza pública da relação.

Nada contra a declaração da fraude, quando ela ocorre, mas é grave aplicar regras privadas numa relação laboral iminentemente pública.

A análise das decisões não tem o condão de questionar a honradez dos membros do Tribunal Regional da 5ª Região, muito menos dos advogados ajuízam as demandas. O que se busca é demonstrar que a análise conjugada dos dispositivos aventados deve guardar uma especial vinculação com o art. 8º da CLT, que não por acaso foi inserido logo na primeira parte da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Anote-se que o Tribunal Superior do Trabalho (TST), em seus precedentes, vem julgando a partir da diferenciação entre contratação direta e indireta pelo ente público do trabalhador, sendo o caso de aplicação da Súmula n.º 363, que limita as parcelas devidas em face da nulidade da contratação, quando evidenciada a contratação direta do trabalhador pelo ente público, ou seja, quando aquele não tenha sido antecipadamente contratado por ente privado para uma relação jurídica

válida, e, posteriormente, transferido para o ente público. Com efeito, a solução da lide perpassa pela ciência ou não do trabalhador de que sua contratação está ocorrendo desde o início, mesmo que por vias transversas— e às vezes lícita —, sem a prévia submissão ao concurso público, com o ente público.

Pois bem, nos termos do artigo 442 da CLT, não existe vínculo de emprego entre cooperativa e cooperados. Todavia, como bem observa o Prof. Maurício Godinho Delgado⁵¹ ao abordar o tema: “não se trata de uma excludente legal absoluta, mas de simples presunção relativa de ausência de vínculo de emprego, caso exista efetiva relação cooperativista envolvendo o trabalhador lato sensu”. Destarte, cabe ao julgador, analisando cada caso isoladamente, verificar se estão presentes ou não os requisitos do artigo 3º da CLT, se certificando se o trabalho através de cooperativa não mascara o vínculo de emprego com esta, impedindo a aplicação das normas trabalhistas.

Nesta trilha, bem dispõe a CLT, art. 8º, que na falta de disposições legais ou contratuais específicas, deve o magistrado decidir sempre “de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”. Trata-se de evidente *bis in idem*, desprovido de qualquer lastro legal ou constitucional, em flagrante violação ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa, pois o trabalhador labora diretamente para o ente público, em clara prestação de serviços públicos, sem sujeitar-se ao concurso público, para depois, à sua conveniência, alegar fraude, para obter direitos dos quais sabia não estarem vinculados ao tipo de vínculo que obtiveram.

Portanto, fazem-se necessário trazer à tona os regramentos licitatórios relacionados à prestação de serviços contínuos.

No âmbito federal, a Lei nº 8.666/1993⁵² traz em seu art. 2º a impositividade de licitação para prestação de serviços:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

⁵¹ DELGADO, M. C., *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Ltr, 2009, p. 314.

⁵² BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm.

Já o art. 57, II de aludida Lei trata do prazo da prestação:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

[...]

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; [...]

Portanto, há o mesmo entendimento do art. 37, adrede mencionado, o que implica dizer que a relação será regulada pelo contrato administrativo firmado entre as partes e poderá ter o prazo de duração prorrogado, por no máximo 60 (sessenta) meses, quando se tratar de serviços contínuos.

Tais dispositivos afastam, prontamente, a premissa equivocada adotada nas decisões judiciais, pela qual se reconhece a nulidade e, ao mesmo tempo, declara-se o vínculo de emprego com a terceirizada, posto que, diferente do que consta, por exemplo, no primeiro julgado, não se pode admitir uma relação de emprego, quando na verdade, mesmo sendo fraudulenta, se deu com ente público. Em razão disso, deveria ser utilizada a regra do art. 8º, da CLT, em conjunto com a Súmula nº 363, do TST, além da revogada Súmula nº 331. Mas, ao contrário disso, o TRT 5ª Região vem reiteradamente reconhecendo o vínculo com a terceirizada, algumas vezes cooperativa, sem considerar as regras de direito público aqui enunciadas.

Nesse caso, há de ser ponderado pelo judiciário trabalhista que o trabalhador não foi ludibriado numa prestação eminentemente privada, mas sim numa relação pública, que sujeita o gestor à algumas regras inerentes à gestão pública, notadamente a lei de responsabilidade fiscal, que impõe cautelas e cuidados do gestor, que normalmente não se vale destes preceitos e comete irregularidades – para não dizer o mais.

De mais a mais, é imprescindível trazer a lume que essas decisões não apenas tornam o serviço mais caro, mas sobretudo, melindram as relações de trabalho de um modo geral, pois garante direito a poucos e impede novas contratações.

Perceba, que não à toa, o Ministério Público Estadual – que não possui competência para apreciar questões trabalhistas – vem usurpando a competência da justiça trabalhista para ajuizar demandas (Ações Cíveis Públicas) utilizando-se com argumento a suposta fraude nas relações de trabalho, buscando a realização de concurso público para todo e qualquer serviço público.

Tal atitude viola, sobretudo, o art. 10º do Decreto-Lei nº 200/1967⁵³, que aponta para a descentralização das atividades públicas, através de prestação de serviços por terceiros. Além disso, esse pensamento pequeno – *data venia* – viola diretamente regras constitucionais e legais, que permitem direta e objetivamente a prestação, a exemplo dos arts. 197 e 199 da CF, que tratam de permitir a terceirização de serviços públicos de saúde.

Ou seja, a cíclica má gestão – tratada em outro artigo anteriormente escrito por este autor – tem fomentado a atuação do judiciário, que em busca de um modelo mais fácil, tem sido omissivo quanto a regras básicas da administração pública, na tentativa de impor, sem razoabilidade, diga-se de passagem, a realização de concurso público para tudo.

Na verdade, o que falta é que o gestor se programe, ouça os conselhos municipais e estaduais, busque eficiência, eficácia e efetividade no serviço público e, principalmente utilize a terceirização como instrumento estratégico de gestão, como leciona Danny Monteiro.

Retornando aos julgados, tem-se que o terceiro julgado, diferente dos anteriores, traz a legalidade da relação cooperativa e julga a demanda improcedente, em razão do não desvirtuamento do vínculo não empregatício havido entre as partes.

É importante destacar que a má utilização de cooperativas na terceirização de serviços públicos é consequência do desvirtuamento do modelo, que vem, de forma irresponsável, sendo utilizado como escudo para proteger desvios de finalidade, em especial a burla ao concurso e o assistencialismo político, que dá ensejo à violação do princípio da isonomia e da legalidade, a partir do momento em que os gestores utilizam-se deste modelo para indicar eleitores para funções públicas.

Não à toa, o Ministério Público Estadual da Bahia tem adotado medidas enérgicas contra os gestores, inclusive com o ajuizamento de Ações Cíveis Públicas contra a desenfreada contratação de trabalhadores/eleitores sem qualquer seleção, burlando não apenas o instituto do concurso público, garantido constitucionalmente, mas sobretudo, a moral e os bons costumes, através de indicações e apadrinhamentos.

Em que pese a legalidade da terceirização de serviços públicos via cooperativas ser patente, sua utilização irregular e os consequentes abusos perpetrados não podem – e nem devem – servir como justificativa para eliminar esse modelo de aplicação ampla e irreversível, que, diferente do que vêm disseminando os contrários à medida, contribui significativamente e de modo positivo para o desenvolvimento econômico brasileiro.

⁵³ BRASIL, Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm.

Diversos diplomas legais foram mencionados ao longo do artigo, assim como as razões de utilização desse sistema, mas de outro giro, não foram contrapostos os equívocos disseminados, que analisam a terceirização apenas pelos casos que não deram certo. A análise destes casos deve servir como exemplo do que não fazer e, mais do que isso, subsidiar a correção dos erros anteriormente praticados.

Dizer que a terceirização de serviços públicos através de cooperativas tem como resultado apenas a precarização das relações de trabalho ou a redução de custos é fechar os olhos para a possibilidade de o trabalhador ter uma oportunidade de trabalho, mesmo diante da crise atualmente vivida. O índice de desemprego chegou a patamar insustentável, pois conforme a última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)⁵⁴, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), este índice supera os 12 (doze) milhões. Ainda que esse número esteja reduzido em relação ao mesmo período do ano de 2017, ainda indica um número alarmante.

Essa situação, aliada ao fato de que os entes da administração pública têm tido dificuldades de custear os salários – e contribuições previdenciárias – de seus funcionários estatutários, demonstra que o fenômeno da terceirização, entendido até aqui como modelo de transferência a terceiros de atividades visando maior eficiência, é irreversível e merece especial destaque, podendo ser inclusive uma forma de superar o aumento significativo nos desocupados, ou, conforme denominação proposta pelo autor Robert Castel (2018), dos supranumerários.

Maior prova disso consta da própria PNAD, que aponta um decréscimo no quantitativo do trabalho por conta própria, no qual está inserido o trabalhador autônomo e o cooperado.

Conforme relatado anteriormente, em 2016 foram implantados programas de demissão voluntária de empregados públicos, em especial dos Correios, da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil. Tais programas vieram sob a justificativa de adaptação ao mercado, com o objetivo de tornar as mencionadas empresas mais competitivas em relação às empresas privadas. Por essa lógica, Robert Castel (2018) está correto ao afirmar que pior do que o desemprego é a precarização das relações de trabalho. No entanto, esta não pode ser vista exclusivamente sob o enfoque da relação de emprego, que – repita-se insistentemente – objetiva garantir condições mínimas ao trabalhador.

A propósito da atual situação econômica, impõe-se evidenciar que recentes alterações legislativas buscaram a flexibilização das leis trabalhistas, sob o pretenso argumento de minimizar o crescente índice da taxa de desocupação através do aumento na produtividade da economia e na redução de custos para os empresários.

⁵⁴ Disponível em <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default.shtm>.

Talvez essa seja a maior precarização que as relações de trabalho podem sofrer, juntamente com a desocupação desenfreada que assola o país.

Ainda é importante evidenciar que a máquina – Estado – não tem condições de prestar, com eficiência e eficácia, todos os serviços que é obrigada. Visando efetividade na prestação, o Decreto-Lei nº 200/1967 já estabelecia que a Administração Pública deverá buscar, sempre que possível, a descentralização das atividades, focando nas atividades de planejamento, coordenação, supervisão e controle.

Entre mitos e verdades, é imperioso destacar, de forma insistente, que a terceirização de serviços públicos via cooperativas é legal e sua utilização deve guardar certas precauções e, para que seja eficaz, eficiente e haja efetividade nos serviços, há de ser planejada e utilizada de acordo com uma estratégia de gestão. É, pois, a terceirização um modelo que pode contribuir significativamente para uma melhor prestação ao usuário final dos serviços públicos, notadamente os de caráter essencial.

Nesse diapasão, vale ressaltar que as cooperativas não são apenas um modelo alternativo, mas consistem na emancipação do trabalhador e na busca incessante por melhores condições, que não se confundem com os direitos e garantias dos trabalhadores na modalidade de emprego, devendo, por essas razões, ser mais e melhor utilizada.

O que falta, entretanto, é a conscientização por parte dos cooperados, que na verdade não possuem o espírito de cooperação, primordial nesse tipo de sociedade, auxiliando na divulgação do verdadeiro cooperativismo, além, sobretudo, da conscientização dos gestores públicos, que devem ter cuidados específicos e, o mais importante, suprir a falta de apoio e fomento do Estado, em clara violação às normas constitucionais. Tudo isso complementa a crise de identidade, sobretudo, na consecução dos objetivos cooperativistas.

Extirpar os erros na terceirização impõe, necessariamente, que o emprego de tal instituto seja devidamente estabelecido na proporção apropriada, sem utilização desmedida e com planejamento estratégico. O Estado deve exercer seu papel institucional e, ao mesmo tempo, assegurar ao cidadão garantias sociais adequadas, não as mínimas, tão comumente oferecidas.

Ressalta-se que o trabalhador deve ter seus direitos sociais respeitados e a possibilidade de um ofício digno e lícito. O Estado tem a capilaridade necessária para possibilitar estes serviços, mas deve, por sua vez, garantir uma desestatização correta, que vise desonerar a máquina pública, sem fugir dos seus objetivos precípuos.

A utilização de institutos antigos no âmbito privado deve ter as cautelas necessárias, desconsiderando-se o subjetivismo e do campo das ideologias. A razão deve pautar a boa gestão, que necessariamente passa pela adoção de uma estratégia. O Administrador deve cercar-se de quadros técnicos, fugindo de todos os

problemas políticos que vieram à tona nos últimos anos, notadamente quando se trata de contratação de cooperativas, sem olvidar de proteger os trabalhadores da tão combatida precarização nas relações de trabalho.

A gestão pública tem por objetivo a impessoalidade, o que implica em admitir que o gestor não possa agir discricionariamente, muito menos visando interesses pessoais, e, ao contrário disso, tem o múnus de espargir qualidade, eficiência, eficácia e efetividade aos serviços públicos.

O cooperativismo de trabalho está, portanto, devidamente capacitado para contribuir com a superação da atual crise na terceirização e nas relações de trabalho. E, quando se trata de terceirização de serviços públicos, a legalidade é incontestada, apesar das críticas vorazes que vêm ocorrendo.

O que deve ser considerado na terceirização de serviços públicos via cooperativa, com a efetiva participação dos conselhos municipais, que trarão a população para a discussão, é como e de que forma contratar cooperativas, além de avaliar para quais serviços especificamente podem ser prestados através desse modelo.

Por derradeiro, é importante destacar que o cooperativismo deve surgir do interesse dos trabalhadores, não de ‘donos’ ou do gestor público interessado apenas em se livrar do problema de gerir os serviços públicos essenciais. Para isso, deve haver participação cooperativa, além do apoio, fomento e incentivo dos entes públicos.

Por último, mas não menos importante, cabe analisar a quarta decisão, que, de forma acertada julgou a demanda improcedente, em virtude da Reclamante não pedir o vínculo com o ente público, mesmo tendo-o acionado.

Conforme se observa do trecho fracionado da referida decisão, abaixo transcrito, percebe-se que a principal premissa da decisão é a regra da Súmula nº 363 e óbice constitucional (art. 37), de reconhecimento de vínculo com o ente público.

Com efeito, conforme confessado pela Autora e reafirmado pela testemunha inquirida, inexistia subordinação da reclamante à primeira reclamada, mas sim, com ente público municipal, em relação ao qual não houve o pleito de reconhecimento do vínculo de emprego, em função do óbice constitucional a isto. A reclamante, segundo a sua tese, portanto, teria sido beneficiada por um vínculo trabalhista com um ente público, com a coparticipação de um terceiro, sem a submissão ao concurso público, pretendendo, por vias transversas, garantir todos os benefícios trabalhistas que teria se a relação jurídica trabalhista mantida fosse idônea.

Entretanto, isso não é possível, reconhecendo-se, em tais casos, o direito apenas ao salário contratado e ao FGTS, conforme Súmula n.º 363 do C. TST, quando pleiteado o vínculo direto com o ente público.

Ressalte-se que, no presente caso, os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço constam no rol de pedidos, todavia, ele foi pleiteado a partir do reconhecimento de um vínculo de emprego com a reclamada, o qual inexistente, merecendo, portanto, tal pedido a mesma sorte dos demais.

Com efeito, é de bom alvitre evidenciar que a mencionada decisão traz à tona fato o óbice constitucional de reconhecimento de vínculo em relações de natureza pública, para as quais o trabalhador não tenha se sujeitado a concurso público, o que ocorreu na segunda e na terceira relação. E, como dito adrede, caso o trabalhador não acione o ente público – para permanecer beneficiando-se de uma relação ilícita, mediante indicações políticas – o direito não irá socorrê-lo e a demanda será julgada improcedente. Assim, acabar-se-á com a indústria de ações ajuizadas por trabalhadores que se beneficiaram de uma relação pública e, mesmo assim, buscam direitos trabalhistas.

É necessário que o judiciário trabalhista atente-se para isso, de forma que, através de seu controle jurisdicional, possa atuar acertadamente e regular as relações. As condenações ao reconhecimento de vínculo empregatício com as terceirizadas, na maioria das vezes cooperativas, não irá solucionar o problema, mas sim criar um vácuo, que uma hora irá vir à tona e, em alguns casos, inviabilizará o funcionamento do ente público, que possui responsabilidade subsidiária nas contratações. Ou seja, como diz o ditado popular, o tiro irá sair pela culatra.

3 CONCLUSÃO

Extirpar os erros na terceirização impõe, necessariamente, que o emprego de tal instituto seja devidamente estabelecido na proporção apropriada, sem utilização desmedida e com planejamento estratégico. O Estado deve exercer seu papel institucional e, ao mesmo tempo, assegurar ao cidadão garantias sociais adequadas, não as mínimas, tão comumente oferecidas.

Ressalta-se que o trabalhador deve ter seus direitos sociais respeitados e a possibilidade de um ofício digno e lícito. O Estado tem a capilaridade necessária para possibilitar estes serviços, mas deve, por sua vez, garantir uma desestatização correta, que vise desonerar a máquina pública, sem fugir dos seus objetivos precípuos.

A utilização de institutos antigos no âmbito privado deve ter as cautelas necessárias, desconsiderando-se o subjetivismo e do campo das ideologias. A razão deve pautar a boa gestão, que necessariamente passa pela adoção de uma estratégia. O Administrador deve cercar-se de quadros técnicos, fugindo de todos os problemas políticos que vieram à tona nos últimos anos, notadamente quando se

trata de contratação de cooperativas, sem olvidar de proteger os trabalhadores da tão combatida precarização nas relações de trabalho.

A gestão pública tem por objetivo a impessoalidade, o que implica em admitir que o gestor não pode agir discricionariamente, muito menos visando interesses pessoais e, ao contrário disso, tem o múnus de espargir qualidade, eficiência, eficácia e efetividade aos serviços públicos.

O cooperativismo de trabalho está, portanto, devidamente capacitado para contribuir com a superação da atual crise na terceirização e nas relações de trabalho. E, quando se trata de terceirização de serviços públicos, a legalidade é incontestada, apesar das críticas vorazes que vêm ocorrendo.

O que deve ser considerado na terceirização de serviços públicos via cooperativa, com a efetiva participação dos Conselhos Municipais, que trarão a população para a discussão, é como e de que forma contratar cooperativas, além de avaliar para quais serviços especificamente podem ser prestados através desse modelo.

Por derradeiro, é importante destacar que o cooperativismo deve surgir do interesse dos trabalhadores, não de ‘donos’ ou do gestor público interessado apenas em se livrar do problema de gerir os serviços públicos essenciais. Para isso, deve haver participação cooperativa, além do apoio, fomento e incentivo dos entes públicos.

Nessa lógica, o judiciário trabalhista não pode – e nem deve – beneficiar os trabalhadores, sob o preceito de proteger a parte mais fraca, através do princípio do *in dubio pro operário*, sobrepondo-se à regra do art. 8º da CLT, que impõe a superioridade do interesse público e, em caso de desvio de finalidade ou de conduta, que seja aplicada a regra do art. 37, incisos II e III c/c o §2º, que estabelece:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

§2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Ou seja, que haja responsabilização do gestor e não que se beneficie um trabalhador que, ao invés de vítima, na verdade foi beneficiário de uma relação fraudulenta.

Para que isso ocorra, basta um simples ato, nos casos de fraude, que seja aplicada a regra da Súmula nº 363, do TST e, quando o ente público não fora acionado, que seja julgada improcedente a demanda.

O que não é admissível é que o judiciário sedimente, através de decisões conflituosas ente si, o beneficiamento de alguém que já se utilizou de uma relação fraudulenta.

Registre-se, dessarte, que não se busca prejudicar qualquer trabalhador, mas sim, que seja aplicada corretamente a regra à relação pública, quando fraudulenta, não se atendo o julgador a analisar, apenas e tão somente, sob o enfoque da relação cooperativa, mas sobretudo, sob o aspecto público do vínculo.

De outro lado, sem tergiversar sobre o tema proposto, é imperioso destacar que se os órgãos ministeriais, de forma conjunta buscassem elaborar uma recomendação conjunta de como se deve contratar e fiscalizar, evitar-se-ia o abarrotamento do judiciário com reclamações dessa natureza e, até mesmo, com ações civis públicas.

Caso haja fraude, que sejam responsabilizados os gestores e, não, o ente privado, com responsabilização subsidiária do ente público, pois isso afeta o cidadão que já é beneficiário de um serviço público de péssima qualidade.

Com a devida vênia, conclui-se que é necessário uma uniformização do entendimento do Tribunal Regional do Trabalho, de forma que seja aplicada a regra da Súmula nº 363, em conjunto com a normativa do art. 8º, de forma conjugada com as demais regras inerentes ao serviço público, sobretudo a responsabilização do gestor em caso de fraude, para que não perdure essa modalidade ilícita de gerir o ente público, com posturas censuráveis de violação ao concurso público e aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade e outros mais que tratam de uma matéria muito importante, o serviço público, que, como dito reiteradamente, deve garantir eficiência, eficácia e efetividade, mas ao invés disso, tem sido oferecido muitas vezes com desvios de finalidade e de conduta – para não dizer o mais.

Ademais, é de bom alvitre aclarar que a cooperativa não pode ser punida isoladamente, por conta de um conceito prévio e equivocado que toda terceirização é ilícita e toda cooperativa é fraudulenta. É necessário separar o joio do trigo, cumprindo o que consta da Constituição Federal, ou seja, o incentivo, o apoio e o fomento ao cooperativismo, que servirá, conseqüentemente, como instrumento estratégico de gestão (conforme doutrina Danny Monteiro, adrede citado) e poderá contribuir sobremaneira com a redução da crise que atualmente assola o Brasil e apresenta mais de 12 (doze) milhões de desempregados.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, R., *O adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*, Campinas, Cortez, 1995.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- BENECKE, Dieter W., *Cooperação & desenvolvimento: o papel das cooperativas no processo de desenvolvimento econômico nos países do Terceiro Mundo*, Porto Alegre, Coojournal, 1980.
- BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, *Projeto de Lei nº 4330/2004*, disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- BRASIL, Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm.
- BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.
- BRASIL, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, *Indicadores sociais municipais*, disponível em https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm.
- BRASIL, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2015*, disponível em <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default.shtm>.
- BRASIL, Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, *Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm.
- BRASIL, Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, *Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm.
- BRASIL, Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, *dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm.
- BRASIL, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm.
- BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.
- BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal*,

- e dá outras providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm.
- BRASIL, Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, *Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12690.htm.
- BRASIL, Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, *altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm.
- BRASIL, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, *Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324*, disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Recurso Extraordinário nº 958252*, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Relatores votam pela licitude de contratação em atividade-fim no julgamento sobre terceirização*, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=387588>.
- BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, *Processo nº 0000284-48.2015.5.05.0121 (RO)*, julgado em 7 de junho de 2017, Relatora Desembargadora Margareth Rodrigues Costa.
- BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, *Recurso Ordinário nº 0000672-21.2010.5.05.0025*, julgado em 6 de agosto de 2012, Relatora Desembargadora Elisa Amado.
- BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, *Recurso Ordinário nº 0001132-73.2012.5.05.0401*, julgado em 9 de setembro de 2013, Relatora Desembargadora Dalila Andrade.
- BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, *Súmula 331 prevê responsabilidade subsidiária em relação a todas as verbas*, disponível em http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/sumula-331-preve-responsabilidade-subsidiaria-em-relacao-a-todas-as-verbas.
- BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, *Súmula nº 331, Contrato de prestação de serviços. Legalidade*, disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.htm.
- BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, *Súmula nº 363 - Contrato Nulo. Efeitos (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003*, disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363.

- CARNEIRO PINTO, R. A., *Terceirização: Tem, sim, um lado positivo*, artigo publicado no Jornal Tribuna da Bahia, em 27 de setembro de 2014.
- CASTEL, R., *As transformações da questão social*, In: BOGUS, L.; YAZBEK, M. C.; BELFIORE-WANDERLEY, M., *Desigualdade e a questão social*, São Paulo, Educ, 1997.
- DELGADO, M. C., *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Ltr, 2009.
- FIGUEIREDO DE MOREIRA NETO, D., *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Gen, 2014.
- GROTTI, D., *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- LIPIETZ, AL., *Towards a new economic order: postfordism, ecology and democracy [Choisirl'audace. Paris: La Découverte]*, Nova York, Oxford University Press, 1992.
- MEDEIROS COELHO DE SOUZA, M. *A trajetória do welfare state no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990*, Brasília, dezembro de 2001.
- MONTEIRO DA SILVA, D., *Terceirização na Administração Pública como Instrumento Estratégico de Gestão*, Curitiba, Editora Juruá, 2014.
- SENNET, R., *Juntos, os Rituais, os Prazeres e a Política da Cooperação*, Rio de Janeiro, Editora Record, 2015.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 41 (2018-2019), páxs. 131-142
ISSN: 1130-2682

AS COOPERATIVAS E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

COOPERATIVES AND COMPETITION LAW

MIGUEL SOUSA FERRO*, ALCIONE PAULO** E CAROLINA RAMALHO***

Recepción: 28/7/2019 - Aceptación: 17/10/2019

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Europeia.

** Licenciada em Direito pela Universidade Europeia.

*** Licenciada em Direito pela Universidade Europeia.

RESUMO

O presente artigo visa fornecer uma perspetiva geral da medida em que as cooperativas estão sujeitas ao direito da concorrência. Focando-se sobretudo no direito europeu e português da concorrência, este artigo começa por se debruçar sobre o enquadramento teórico legal. De seguida, fornece exemplos de como o direito da concorrência já tem sido aplicado a cooperativas, nalgumas ordens jurídicas da União Europeia.

PALAVRAS CHAVE: Concorrência, Cooperativas.

ABSTRACT

The present paper aims at providing an overview of the extent to which cooperatives are subject to the rules of Competition Law. Focusing primarily on EU and Portuguese Competition Law, the paper begins by tackling the legal theoretical framework. It then provides examples of how Competition Law has been applied to cooperatives in the past, in a few jurisdictions of the European Union.

KEYWORDS: Competition Law, Cooperatives.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA. 3. APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA ÀS COOPERATIVAS. 4. CONCLUSÃO.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. KEY CONCEPTS OF COMPETITION LAW. 3. APPLICATION OF COMPETITION LAW TO COOPERATIVES. 4. CONCLUSION.

1 INTRODUÇÃO

As cooperativas são, pelo menos hoje, uma forma *sui generis* – relativamente pouco difundida e normalmente mal conhecida – de organização da atividade económica. As cooperativas traduzem-se em associações autónomas de pessoas, que juntas trabalham para atingir os objetivos definidos pela a organização criada, desempenhando um papel importante na vertente social da economia. No entanto, as cooperativas, são também suscetíveis de gerar, entre outras coisas, um aumento na eficiência do mercado, uma redução dos custos de transação e promover a inovação¹, ou seja, tudo o que tem vindo a ser definido pelos órgãos da União Europeia² e pela doutrina³ como valores e princípios fundamentais do Direito da Concorrência. A atividade das cooperativas resulta do respeito de princípios fundamentais como a democracia, igualdade, equidade e solidariedade; sendo manifestações práticas dos mesmos, o modo como são geridas e organizadas.⁴ A Constituição da República Portuguesa (adiante, “CRP”) protege o setor cooperativo e social como uma componente fundamental da organização da economia nacional.

Ao longo dos anos, ciclicamente surgem dúvidas sobre o modo como as cooperativas devem ser tratadas ao abrigo do direito da concorrência. Poderá haver a tendência a percecionar as cooperativas como formas de cooperação associativa que não seguem uma lógica comercial.

Uma das questões que surge, portanto, é a de saber se uma cooperativa pode ser considerada uma “empresa”, sendo que só as “empresas”, tal como definidas no direito da concorrência, estão sujeitas a estas regras. Outra questão que surge é a de saber em que medida podem ser qualificadas como associações de empre-

¹ “Cooperatives: Characteristics, activities, status, challenges” Parlamento Europeu: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/635541/EPRS_BRI\(2019\)635541_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/635541/EPRS_BRI(2019)635541_EN.pdf)

² Orientações para a apreciação das concentrações horizontais in JO (2004/C 31/03), par. 79.

³ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law Goals and The Digital Economy*, (2018).

⁴ The Statement on the Cooperative Identity (1995), International Cooperative Alliance: <https://www.ica.coop/en/cooperatives/cooperative-identity>

sas, na medida em que os membros das cooperativas possam ser considerados empresas.

São estas as questões que se procuram esclarecer no presente artigo. Deve realçar-se que a análise que se segue respeita única e exclusivamente à forma jurídica em causa – as cooperativas. **É possível que a atividade das cooperativas beneficie de exceções à aplicação das normas de concorrência com base noutras características que não a sua forma jurídica.** Poderá ser o caso, mediante o preenchimento de certos requisitos, da prossecução de atividades agrícolas ou de atividades de interesse económico geral.

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

2.1. Conceito de empresa

O conceito de empresa varia significativamente consoante o contexto, ordenamento jurídico e ramo do direito em que é utilizado. No âmbito do direito (europeu e português) da concorrência, são tidas como empresas todas as entidades que ofereçam bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu modo de financiamento. O estatuto jurídico não é decisivo para determinar se a entidade em questão preenche ou não os requisitos necessários da noção de empresa, tal como dita a pronúncia do TJUE: “(...) *no âmbito do direito da concorrência, o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento*”⁵.

Ou seja, apenas é essencial, para esta área do Direito que a empresa em causa desenvolva uma atividade económica⁶, pois só assim poderá (e isso basta, em princípio, para que possa) adotar comportamentos capazes de afetar o livre funcionamento do mercado. O mesmo deverá ser observado nas empresas que desenvolvam ao mesmo tempo atividades económicas e não económicas⁷, pois, por meio das primeiras, estas acabam por atuar no mercado e podem eventualmente comportar-se de forma anti-concorrencial.⁸ Nestes casos, segue-se uma abordagem funcional: serão empresas quando exercem uma atividade económica e não o serão nas demais situações. A personalidade jurídica não consubstancia um ele-

⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de setembro, Caso C-180/98 *Pavel Pavlov* ECLI:EU:C:2000:428.

⁶ Cfr., e.g.: Caso C-180/98 *Pavel Pavlov* ECLI:EU:C:2000:428; Caso C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze SpA* ECLI:EU:C:2006:8; Caso C-237/04, *Enirisorse*, ECLI:EU:C:2006:21.

⁷ A distinção entre estes conceitos decorre da jurisprudência, neste sentido ver: Caso 118/85 *Comissão/Itália* ECLI:EU:C:1987:283; Caso C-35/96 *Comissão/Itália* ECLI:EU:C:1998:303.

⁸ Caso T-128/98 *Aéroports de Paris/Comissão* ECLI:EU:T:2000:290.

mento decisivo da noção de empresa⁹, estando apenas em causa o exercício de uma atividade económica.

A jurisprudência acaba por dar uma conceptualização funcional¹⁰ à noção de empresa, na medida em que esta deverá ser interpretada de acordo com a finalidade associada à atividade em questão. Uma mesma entidade pode ser uma “empresa” quando exerce uma determinada atividade, e não o ser quando exerce outra. Por atividade económica entende-se qualquer oferta de bens ou serviços em qualquer mercado. Esta noção baseia-se, portanto, na troca de bens e/ou serviços que ocorre entre dois agentes. E esta atividade pode ser exercida sem qualquer fim lucrativo, uma vez que também esta pode restringir a concorrência nos mercados e, portanto, ser ilícita à luz do direito da concorrência.¹¹

O artigo 3.º, n.º 1, da Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, tal como revista; adiante, “LdC”) dá-nos o conceito de empresa para efeitos da aplicação das regras de concorrência: “(...) *considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica, que consista na oferta de bens ou serviços, num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento (...)*”. Trata-se de um conceito que traduz a codificação da jurisprudência europeia sobre a interpretação do conceito de empresa utilizado nos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

É importante ter também em conta o conceito de “unidade económica”, relativo a conjuntos de empresas. O direito da concorrência considera os grupos empresariais, no sentido vulgar, que incluem pessoas juridicamente distintas, como uma única empresa. Existe uma unidade económica, e como tal uma só “empresa” para efeitos de aplicação do direito da concorrência, sempre que estivermos na presença de pessoas coletivas que são, direta ou indiretamente, controladas, *de jure* ou *de facto*, por outra pessoa coletiva, ou até por uma pessoa singular que seja acionista e controle várias pessoas coletivas.

No que respeita à imputação de responsabilidade, o TJUE esclareceu que é necessário fazer prova do comportamento ilícito de pelo menos uma das entidades pertencentes à unidade económica em causa¹². Neste sentido, a sociedade-mãe poderá incorrer em responsabilidade pela atuação de uma sua filial, considerando o Tribunal tratar-se ainda de uma manifestação do princípio da responsabilidade pessoal¹³.

⁹ Conclusões do Advogado-Geral F. G. Jacobs, de 28 de janeiro de 1999, Caso C-67/96.

¹⁰ Caso C-35/96 *Comissão/Itália* ECLI:EU:C:1998:303; Caso C-180/98 *Pavel Pavlov* ECLI:EU:C:2000:428; Caso C222/04 *Cassa Di Risparmio Di Firenze* ECLI:EU:C:2006:8.

¹¹ Caso. C-278/78 *Van Landewyck/Comissão* ECLI:EU:C:1980:248; Caso C-244/94 *FFSA/Comissão* ECLI:EU:C:1995:392.

¹² Caso C-516/15 *Azko Nobel/Comissão* ECLI:EU:C:2019:204.

¹³ Caso. C-597/13 P *Total SA/Comissão* ECLI:EU:C:2015:613.

Em consequência do conceito de unidade económica, se duas pessoas jurídicas pertencentes à mesma “empresa”, no sentido do direito da concorrência, se juntarem para fixar preços mínimos a praticar pelas mesmas, tal acordo não será sancionado, uma vez que o artigo 101.º do TFUE e seus correspondentes nacionais apenas proíbem os acordos entre “empresas”.

2.2. Conceito de associação de empresa

Todos os cidadãos têm direito a formar uma associação, desde que não extravaem os limites legais impostos.¹⁴ As associações são assim uma componente democrática fundamental no que diz respeito à organização e representação dos respetivos associados, defendendo-os e promovendo as atividades que desenvolvem em determinado setor, ou zona geográfica, zelando pelos seus interesses. Não obstante, e como faz questão de alertar a Autoridade da Concorrência, as associações são especialmente “(...) vulneráveis a infrações às regras de concorrência quando reúnem sobre a sua égide, todos ou grande parte dos concorrentes em determinado setor de atividade”¹⁵. O facto de as associações juntarem concorrentes de um determinado setor não implica, por si só, a verificação de uma violação das normas de concorrência. Mas a associação em causa pode atuar como um meio facilitador da coordenação ou harmonização dos comportamentos dos seus associados, retirando-lhes autonomia comercial e reduzindo a concorrência no mercado¹⁶.

As decisões das associações de empresas não precisam de assumir uma forma juridicamente vinculante (podem ser meras recomendações), e também não necessitam de ter necessariamente produzido efeitos no mercado (desde que se tratem de restrições por objeto) para serem proibidas e punidas pelo direito da concorrência¹⁷ (veja-se o n.º 1 do artigo 101.º do TFUE e o n.º 1 do artigo 9.º da LdC).

Não é só no *public enforcement* da concorrência que se tem esclarecido o conceito de associação de empresas e a sua sujeição ao direito da concorrência. Também na jurisprudência portuguesa do *private enforcement* da concorrência encontramos exemplos de aplicação correta do conceito. Veja-se, nomeadamente, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que confirmou que as associações

¹⁴ Art.º 46º CRP.

¹⁵ AdC, *Guia para Associações de Empresas*, 2018.

¹⁶ Cfr., a título de exemplo: Decisão da AdC de 2010, *ANEPE – Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento* (PRC/2006/12), disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/PRC200612.aspx; Decisão da AdC de 2005, *AGEPOR – Associação dos Agentes de Navegação de Portugal* (PRC/2004/07), disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/PRC200407.aspx.

¹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de novembro de 2007.

desportivas devem ser tidas como associações de empresas e estão sujeitas ao direito da concorrência.¹⁸

As associações podem violar o direito da concorrência a dois títulos. Podem violá-lo se forem associações de empresas (i.e., associações de entidades que são consideradas empresas pelo direito da concorrência) e adotarem “decisões” restritivas da concorrência. E podem violá-lo se forem, elas próprias, uma empresa para o direito da concorrência. Isto sucede quando exercem uma atividade económica própria. Neste âmbito, é necessário aferir se atuam no mercado de forma independente, enquanto associação, o que implica que podemos “(...) encontrar na mesma situação cooperativas, associações empresariais (...), associações não lucrativas (...), federações (...) ou ordens profissionais”¹⁹. Estas últimas, as ordens profissionais, têm sido o foco de múltiplas decisões das autoridades de concorrência²⁰, confirmadas pelos tribunais, que confirmam, que apesar de serem entidades de direito público, são consideradas associações de empresas para efeitos de aplicação do direito da concorrência. Assim, por exemplo, se a Ordem dos Advogados recomendar aos seus associados um determinado nível de honorários, estaremos, em princípio, perante uma decisão de associação de empresas que viola o direito da concorrência²¹.

Na noção de decisão de associação de empresas incluem-se, *inter alia*, os estatutos, regulamentos e deliberações adotados pelos seus órgãos sociais.

Estas decisões não carecem de obrigatoriedade para serem sancionadas. Bastam meras orientações emitidas pela associação ou por um dos seus órgãos²², não sendo relevante a forma como a mesma é transmitida aos respetivos associados. Neste tipo de práticas, a substância prevalece sobre a forma.

¹⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de novembro de 2009, *VSC e FPF v RTP* (4292/1999.L1).

¹⁹ Miguel Gorjão-Henriques, Catarina Anastácio, *Lei da Concorrência Anotada* - Comentário Conimbricense, 2ª ed., Almedina, 2018.

²⁰ Cfr., e.g.: Decisão da AdC de 2010, *OTOC* (PRC/2009/03), disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoões_da_AdC/Paginas/PRC200903.aspx; Decisão da AdC de 2006, *Ordem dos Médicos* (PRC/2005/07), disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoões_da_AdC/Paginas/PRC200507.aspx; Decisão da AdC de 2005, *Ordem dos Médicos Veterinários* (PRC/2004/28), disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoões_da_AdC/Paginas/PRC200428.aspx.

²¹ Caso C-309/99 *Wouters* ECLI:EU:C:2002:98.

²² Decisão da AdC de 2016, *APEC – Associação Portuguesa de Escolas de Condução* (PRC/2016/08), disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoões_da_AdC/Paginas/PRC201608.aspx.

3 APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA ÀS COOPERATIVAS

3.1. Interpretação nacional – CRP e LdC

Importa, neste contexto, compreender se as cooperativas podem ser consideradas empresas no sentido em que se refere a Lei da Concorrência e os artigos 101.º e 102.º do TFUE, pois só às “empresas” são aplicáveis as regras de concorrência.

A CRP consagra uma organização económico-social que divide os setores de propriedade de meios de produção nos setores público, privado e cooperativo e social. Este princípio sobreviveu a várias revisões constitucionais, tendo surgido na CRP de pendor socialistas de 1976, evoluindo até aos dias de hoje como um princípio que deve ser “*compreendido à luz da atual ordem constitucional portuguesa de económica aberta e concorrencial*”²³. Estes setores não se encontram hierarquizados, gozando da mesma proteção constitucional. Eles não se anulam, nem se sobrepõem, mas coexistem.²⁴

No direito nacional, a LdC refere os três sectores económicos distinguidos nos artigos 80.º, alínea b), e 82.º da CRP, afirmando a sua aplicação aos mesmos: “*A presente lei é aplicável a todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo*” (artigo 2.º, n.º 1, da LdC).

A CRP dá às cooperativas uma proteção acrescida. Nas palavras do Professor Jorge Miranda, “*a autonomização das cooperativas em face das empresas privadas e o especial favor que lhes é concedido pela constituição e que não se esgota na titularidade de direitos fundamentais, só se justifica perante cooperativas em sentido material, isto é, cooperativas que, como se lê no artigo 82.º e 61.º da CRP, se rejam efetivamente pelos princípios cooperativos*”²⁵.

No mesmo sentido, entende o Tribunal Constitucional²⁶ que uma organização que se considere verdadeiramente como cooperativa, apenas o será se respeitar, efetivamente, todos os princípios cooperativos. Se desrespeitarem os princípios cooperativos, já não se poderão apresentar como cooperativas, caindo assim no regime aplicável ao setor privado.

A perspetiva constitucional, no que concerne às cooperativas, como vimos, nada nos diz sobre a possibilidade de aplicação da LdC. Possuem um regime mais favorável, mas daí não decorre que se pretenda desresponsabilizá-las completa-

²³ Luís Silva Morais, Nuno Cunha Rodrigues e Paulo Alves Pardal, *Direito da Economia*, Vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, pp. 146-147.

²⁴ Ver, neste sentido, João Loureiro, Suzana Silva, *A Economia Social e Civil*. Vol. I, 2017, p. 197

²⁵ Ver neste sentido Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006.

²⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 321/89.

mente do cumprimento das normas da livre concorrência no mercado. Muito pelo contrário, se do ponto de vista constitucional, as cooperativas coexistem com os outros setores e se igualmente vigora o princípio da equiparação entre empresas privadas e públicas, então o resultado lógico é que as cooperativas sejam tratadas do mesmo modo que os outros setores quando se trata de concorrerem nos mesmos mercados.

No que respeita à aplicação da LdC, não podemos dizer que as cooperativas, fazendo parte do setor cooperativo e social²⁷, se encontrem fora do seu âmbito de aplicação. Tal afirmação seria contrária ao artigo 2.º, n.º 1, da LdC. Assim, importa também referir que as cooperativas, para além de integrarem um setor sujeito à aplicação das normas concorrenciais existentes, podem integrar o conceito de empresa, bastando para tanto que realizem uma atividade económica. Ainda que a cooperativa atue sem fins lucrativos, isso não priva a sua atividade da natureza económica, nem a afasta de uma qualificação de empresa à luz do direito da concorrência. Em suma, se uma cooperativa desenvolver uma atividade económica, estamos na presença de uma empresa e, como tal, de um agente suscetível de adotar condutas que podem restringir a concorrência num determinado mercado.

3.2. Casos em especial – prática decisória de autoridades nacionais da concorrência

A qualificação de cooperativas como empresas, e a sua capacidade para adotar comportamentos restritivos da concorrência, é atestada pela existência de múltiplos exemplos de análise e deteção de tais comportamentos por autoridades nacionais da concorrência, nos vários ramos do direito da concorrência.

Em Portugal, a Autoridade da Concorrência já teve alguns processos em que estiveram envolvidas algumas cooperativas. Um exemplo é o caso *Farbeira/Farcentro/Corfabel/Centrobeira*²⁸. Tratavam-se de cooperativas que tinham como principal atividade a distribuição grossista de produtos farmacêuticos, e que pretendiam levar a cabo um processo de concentração. Com o preenchimento dos critérios de notificabilidade, ou seja, associados a volume de negócios e/ou a quota de mercado, houve a necessidade de se notificar a Autoridade da Concorrência. Em 2005, a AdC acabou por concluir, que de facto existiam indícios de que a operação poderia comprometer a concorrência no mercado relevante, decidindo então passar para a fase de investigação aprofundada. As informações recolhidas permitiram emitir uma decisão de não oposição à operação de concentração. Para

²⁷ Apesar da LdC não referir o setor social, tal como menciona o preceito constitucional, este não se encontra excluído da aplicação das regras da concorrência, desde que em causa esteja o desempenho de uma atividade económica, independentemente do seu fim lucrativo ou não.

²⁸ Decisão da AdC de 2006, *Farbeira/Farcentro/Corfabel/ Centrobeira* (Ccent. 75/2005), disponível em: http://www.concorrencia.pt/FILES_TMP/2005_75_final_net.pdf.

outro exemplo de concentração envolvendo uma cooperativa, ver o caso *Grula/Coorpertorres/Torrental*²⁹.

Não existem na prática decisória da AdC muitos casos que envolvam a adoção de práticas restritivas da concorrência por parte de cooperativas. Em 2016, a AdC proferiu uma decisão de arquivamento no âmbito da prática de eventuais abusos de posição dominante por parte da GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas, Intérpretes ou Executantes, C.R.L.. Como se descreveu na decisão, a AdC abriu inquérito na sequência de uma denúncia, para investigar alegados comportamentos adotados pela cooperativa referida, que se traduziriam na “(...) eventual prática de preços excessivos e de tarifários discriminatórios pela GDA, no âmbito do serviço grossista de comercialização coletiva (...)”³⁰. Apesar de não ter sido condenada pela AdC, por falta de indícios neste caso concreto, o comportamento da cooperativa é analisado à luz das regras sobre práticas restritivas da concorrência, demonstrando que este tipo de entidades está sujeita a estas normas e é capaz de atuar de modo a afetar o funcionamento do mercado, devendo, sempre que o faça, ser sancionada pela entidade responsável pela aplicação do direito da concorrência.

No ordenamento italiano, encontramos decisões proferidas pela Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), mais recentes, como é o caso dos operadores radiotaxistas em Turim.³¹ A AGCM concluiu, em 2018, que contratos celebrados entre vários operadores radiotaxistas em Milão e Roma continham cláusulas exclusivas que obrigavam cada taxista a atribuir toda a sua capacidade operacional a um único radiotaxi, violando assim o artigo 101.º do TFUE. A denúncia feita à AGCM alegava que a *Società Cooperativa Taxi Torino*, fruto da fusão de duas outras cooperativas, operava tanto através de um sistema rádio como, a partir de 2017, através de uma aplicação denominada *Mytaxi*, para a angariação de clientes, acabando por gerar os dois únicos contactos telefónicos na cidade de Torino para a prestação do serviço em causa. Em agosto de 2017, a entidade acima mencionada teria criado cláusulas específicas de não concorrência onde se encontrava prevista a exclusão do taxista que pese embora permanecesse membro da cooperativa, aderisse a outro operador de um diferente sistema de intermediação entre a procura e oferta daquele serviço. Além da alegada violação do artigo 101.º e à semelhança do caso português, encontramos nesta decisão da autoridade italiana uma cooperativa capaz de deter posição dominante num determinado tipo

²⁹ No mesmo sentido ver: a decisão da AdC de 20004, *Grula/Coorpertorres/Torrental* (Cent. 43/2004), disponível em: http://www.concorrenca.pt/FILES_TMP/2004_43_final_net.pdf.

³⁰ Decisão de arquivamento da AdC de 2016 de GDA - Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas, Intérpretes ou Executantes, C.R.L., PRC 2015/07, disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/PRC201507.aspx

³¹ Comunicato Stampa AGCM: https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A521_avvio%20istr.pdf.

de mercado, e, como tal, sujeita à proibição também do artigo 102.º do TFUE e da norma nacional correspondente.

No ordenamento espanhol também se encontram várias referências a concentrações realizadas entre cooperativas e aos respetivos processos do seu controlo pela autoridade nacional da concorrência. A *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) proferiu, em 2009³², uma decisão no sentido de autorizar a aquisição do controlo conjunto realizada pela unidade de cooperativas *Sociedade Cooperativa General Agropecuaria Acor y Tereos*, relativamente a duas sociedades que atuavam no fabrico e comércio de açúcar em Espanha.

Em 2013³³, a mesma autoridade identificou a existência de práticas restritivas no setor do transporte de mercadorias, adotadas, entre outras, pelas cooperativas de transporte de mercadorias valencianas, em violação do artigo 101.º do TFUE e da norma correspondente da lei da concorrência espanhola. A prática em causa consistia na fixação de preços, limitação da produção e distribuição, repartição do mercado e recusa a infra-estruturas essenciais e aplicação de condições desiguais nas relações comerciais estabelecidas, colocando concorrentes em mercados a jusante em desvantagem. A cooperativa que participou nesta infração foi condenada ao pagamento de 3.048.395 EUR.

No ordenamento francês, dispomos de um exemplo muito recente. Em maio de 2019, a *Autorité de la Concurrence* autorizou uma concentração entre duas cooperativas agrícolas, ativas no mercado da comercialização de cereais e outros produtos agrícolas para consumo humano e animal³⁴. Apesar de a cooperativa resultante da operação ficar com mais de 50% da quota de mercado nalguns dos mercados relevantes, no âmbito das regiões em causa, a autoridade concluiu que continuaria a estar exposta a concorrência significativa de nove outros operadores e que não se verificaria uma significativa restrição da concorrência.

4 CONCLUSÃO

À luz de tudo o que antecede, conclui-se que é pacífica, pelo menos em Portugal, Espanha, França e Itália, a aplicação do direito da concorrência às cooperativas. Esta aplicação pressupõe a integração das cooperativas no conceito de empresa, ou de associação de empresa, consoante o caso. Debalde se pretenderá afastar a aplicação do direito da concorrência a cooperativas por não terem escopo

³² Resolución CNMC (C-0136/09, ACOR/TEREOS): https://www.cnmc.es/sites/default/files/14973_7.pdf.

³³ Resolución CNMC (S/0314/10: PUERTO VALENCIA): https://www.cnmc.es/sites/default/files/384732_10.pdf.

³⁴ Decisão da *Autorité de la Concurrence* de 29 de maio de 2019, *Acolyance/Cerena* (19-DCC-108).

lucrativo, ou por serem entidades com um estatuto constitucional próprio e diferente do setor privado *proprio sensu*.

Resulta portanto, de um entendimento doutrinal, jurisprudencial e prática decisória administrativa, que não há nada de modo geral, que obste à aplicação das regras da concorrência a cooperativas. Tal como vimos, há múltiplos precedentes de aplicação do direito da concorrência a cooperativas, devendo estas continuar a vigorar pelo respeito por este ramo do direito.

Pode concluir-se ainda que as cooperativas, desde que na prática possam ser consideradas empresas, à luz das disposições legais sobre o direito da concorrência, no exercício de qualquer actividade económica podem, por isso mesmo, praticar actos que se enquadram nas infrações previstas no TFUE, bem como nas disposições do direito nacional ou seja, podem lesar a concorrência no mercado em que se encontram inseridas. Daí a necessidade de uma aplicação taxativa das proibições e sanções aplicáveis a quaisquer empresas que de igual forma procedam.

Tudo isto responde às dúvidas que têm surgido no sentido de se perceber se às cooperativas são aplicáveis as regras do direito da concorrência, bem como a de saber se, uma vez se aplicando, estas se aplicarão nos exatos termos em que se aplicam às demais empresas com estatuto diverso, ou seja, se as sanções são aplicadas de forma igual ou não. A análise dos casos jurisprudenciais mencionados leva-nos a reafirmar o princípio da equiparação entre as empresas públicas, privadas e cooperativas para efeitos de aplicação do direito da concorrência.

BIBLIOGRAFIA

- EZRACHI, Ariel, *EU Competition Law Goals and The Digital Economy*, 2018.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; ANASTÁCIO, Catarina, *Lei da Concorrência Anotada - Comentário Conimbricense*, 2ª ed., Almedina, 2018.
- LOUREIRO, João; SILVA, Suzana, *A Economia Social e Civil*, vol. I, 2017.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006.
- MORAIS, Luís Silva; RODRIGUES, Nuno Cunha; ALVES PARDAL, Paulo, *Direito da Economia*, vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

II

XURISPRUDENCIA

II.1. COMENTARIOS XURISPRUDENCIA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 41 (2018-2019), páxs. 145-156
ISSN: 1130-2682

ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÕES SOCIAIS DE
ASSOCIAÇÃO POR FALTA DE CONVOCATÓRIA
PARA A ASSEMBLEIA GERAL.
COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 11 DE DEZEMBRO
DE 2018 (PROC. N.º 6299/15.0T8LSB.L1.S1)

*THE ANNULMENT OF ASSOCIATION RESOLUTIONS DUE TO
LACK OF NOTIFICATION FOR THE GENERAL MEETING.
COMMENTARY ON THE SUPREME COURT
OF JUSTICE DECISION OF 11TH DECEMBER
2018 (PROC. N.º 6299/15.0T8LSB.L1.S1)*

ANA AMORIM*

Recepción: 3/10/2019 - Aceptación: 4/11/2019

* Doutora em Direito. Professora Auxiliar na Universidade Portucalense, Infante D. Henrique, Rua Dr. António Bernardino de Almeida, n.º 541/619, 4200-072 Porto. Endereço de correio eletrónico: aamorim@upt.pt.

RESUMO

O texto aborda o regime jurídico das deliberações sociais tomadas pela assembleia geral de uma associação com vício de procedimento decorrente da falta de convocatória, bem como a caducidade do direito de ação para efeitos da respetiva anulação.

PALAVRAS-CHAVE: associação, deliberações sociais, anulabilidade, vício de procedimento, ónus da prova.

ABSTRACT

The text addresses the legal regime of the resolutions taken by an association general meeting with procedural defect due to the lack of notification, as well as the expiry of the right to action for the purpose of its annulment.

KEYWORDS: association, resolutions, possibility of annulment, procedural defect, burden of proof.

SUMÁRIO: 1. FACTUALIDADE RELEVANTE E QUESTÕES SUSCITADAS. 2. INVALIDIDADE DAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS. 2.1. Vícios de procedimento. 2.2. Assembleia universal. 2.3. Anulação judicial. 3. CADUCIDADE DO DIREITO DE AÇÃO. 3.1. Prazo de arguição. 3.2. Ónus da prova. 4. CONCLUSÃO. 5. BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1. *RELEVANT FACTUALITY AND ISSUES RAISED.* 2. *INVALIDITY OF RESOLUTIONS.* 2.1. *Procedural defects.* 2.2. *Universal meeting.* 2.3. *Judicial annulment.* 3. *EXPIRY OF THE RIGHT TO ACTION.* 3.1. *Time limit to annulment.* 3.2. *Burden of proof.* 4. *CONCLUSION.* 5. *BIBLIOGRAPHY.*

1 FACTUALIDADE RELEVANTE E QUESTÕES SUSCITADAS

Um membro de uma associação intentou ação de condenação contra esta última, pedindo a declaração de nulidade das deliberações sociais tomadas na assembleia geral que teve lugar em 20 de maio de 2014. Para o efeito, alegou a autora que naquela reunião foi deliberada, por votação secreta, a destituição dos membros da mesa da assembleia geral e dos membros dos órgãos de administração e fiscalização, bem como a eleição dos membros dos órgãos sociais para o quadriénio 2014-2017. Tal assembleia geral não tinha sido precedida de qualquer convocatória com indicação da ordem de trabalhos, expedida com 15 dias de antecedência, como exigiam os estatutos. No entanto, constava da ata da reunião que se encontravam presentes todos os associados, pelo que as deliberações teriam sido aprovadas no contexto de uma assembleia universal, o que viria a ser infirmado pela lista de presenças. Na sua contestação, a ré associação invocou sobretudo a caducidade do direito de ação e a ilegitimidade da autora para arguir a anulabilidade das deliberações.

Após a tramitação dos autos, veio a ser proferida sentença que julgou a ação procedente, declarando nulas as deliberações sociais tomadas na assembleia geral de 20 de maio de 2014. Inconformada com o assim decidido pela primeira instância, a ré interpôs recurso de apelação, que foi julgado parcialmente procedente, com a revogação da sentença na parte que declarou nulas as deliberações, dado que estaria em causa uma mera anulabilidade, não tendo sido cumprido o prazo de seis meses para a respetiva arguição. Veio depois a autora interpor recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça, alegando que a preterição das formalidades legais da convocação determina a nulidade das deliberações sociais, pelo que não se verificaria a caducidade do direito de ação invocado pela ré associação.

O acórdão de 11 de dezembro de 2018 suscita duas questões que importa analisar: uma primeira questão relativa ao regime jurídico das deliberações sociais tomadas com vício de procedimento e uma segunda questão relativa ao ónus da

prova dos factos que determinam a caducidade do direito de ação. O Supremo Tribunal de Justiça considerou que, tendo ficado demonstrado que a assembleia geral de 20 de maio de 2014 não foi precedida de uma convocatória dos membros da associação, não estavam igualmente reunidos os pressupostos da constituição de uma assembleia universal, como resultava da lista de presenças da reunião. Este vício de procedimento determina a anulabilidade das deliberações, nos termos do artigo 177.º do CC, sendo aplicável o regime jurídico previsto no artigo 178.º do CC, nomeadamente para efeitos do prazo de arguição. Acresce que a caducidade traduz um facto extintivo do direito de ação, pelo que o ónus da prova caberia à ré associação, de acordo com o disposto no artigo 342.º n.º 2 do CC. O conhecimento da deliberação decorre inequivocamente da assinatura da autora constante da lista de presenças, tendo permitido concluir pela caducidade do direito de ação. Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça negou a revista e confirmou a decisão do Tribunal da Relação.

2 INVALIDADE DAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS

2.1. Vícios de procedimento

A vontade funcional da pessoa coletiva é formada na assembleia geral, cuja competência abrange amplamente “todas as deliberações não compreendidas nas atribuições legais ou estatutárias de outros órgãos”, segundo o artigo 172.º n.º 1 do CC. No caso concreto, a destituição dos membros da mesa da assembleia geral e dos membros dos órgãos de administração e fiscalização cabe na competência necessária ou reservada prevista no artigo 172.º n.º 2 do CC, enquanto a eleição dos membros dos órgãos sociais integra matéria da competência normal consagrada no artigo 170.º n.º 1 do CC.¹ Os órgãos de administração e fiscalização das associações seguem o disposto genericamente no artigo 162.º do CC para as pessoas coletivas e no Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, aprovado pelo DL n.º 119/83, de 25 de fevereiro.

A questão fundamental no acórdão analisado coincide com a qualificação do vício de procedimento decorrente da preterição das formalidades legais da convocação para a assembleia geral de 20 de maio de 2014. Afastando a posição adotada pela primeira instância, que considerou serem nulas as deliberações sociais em causa, o Tribunal da Relação e o Supremo Tribunal de Justiça concluíram pela existência de uma mera anulabilidade, com fundamento no artigo 177.º do CC, segundo o qual “as deliberações da assembleia geral contrárias à lei ou aos estatutos, seja pelo seu objeto, seja por virtude de irregularidades havidas na convocação dos associados ou no funcionamento da assembleia, são anuláveis”. Na

¹ Sobre a qualificação da competência da assembleia geral, L. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª edição, volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pp. 629-630.

verdade, ao contrário do que se verifica no domínio das sociedades comerciais, o legislador não distinguiu aqui os vícios de procedimento e os vícios de conteúdo, consagrando a anulabilidade de todas as deliberações sociais inválidas.

Ora, a assembleia geral não tinha sido precedida de qualquer convocatória, facto que foi provado por confissão da ré associação. Nos termos do artigo 173.º n.º 1 do CC, “a assembleia geral deve ser convocada pela administração nas circunstâncias fixadas pelos estatutos e, em qualquer caso, uma vez em cada ano para aprovação do balanço”. Neste sentido, os estatutos da ré reiteravam o disposto no artigo 60.º n.º 1 do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, aprovado pelo DL n.º 119/83, de 25 de fevereiro, segundo o qual, independentemente de se tratar de uma reunião ordinária ou extraordinária, “a assembleia geral deve ser convocada com, pelo menos, 15 dias de antecedência, pelo presidente da mesa ou seu substituto”. Daqui decorre o direito dos associados a participar nas deliberações, que apesar de não se encontrar expressamente previsto, parece resultar da própria natureza da assembleia geral, enquanto órgão constituído pelo conjunto dos seus membros.²

Atento o disposto no referido artigo 177.º do CC, dificilmente se compreende que a primeira instância tenha considerado existir uma causa de nulidade das deliberações sociais tomadas com vício de procedimento. Sendo certo que tal qualificação resultaria do artigo 56.º n.º 1 alínea a) do CSC relativo às sociedades comerciais, não foi esta a solução consagrada pelo legislador para as associações, onde subsiste uma mera anulabilidade. Na verdade, ainda que possam decorrer da violação de normas imperativas, os vícios de procedimento não devem determinar a nulidade das deliberações sociais, dado que tendem a afetar apenas os interesses individuais dos membros atuais da pessoa coletiva.³ Ao contrário do que se verifica relativamente a alguns vícios de conteúdo, assim se justifica também a sanção por decurso do tempo, que caracteriza a anulabilidade e que permite acautelar a segurança jurídica de terceiros. Neste sentido, o regime jurídico excecionalmente previsto para as sociedades comerciais assenta na gravidade da lesão do direito dos sócios a participar nas deliberações, previsto no artigo 21.º alínea b) do CSC.

Nas sociedades comerciais, a falta de convocatória determina a nulidade das deliberações tomadas pela assembleia geral. Trata-se de uma solução sem paralelo no regime jurídico das associações, onde o legislador consagrou a anulabilidade de todas as deliberações sociais inválidas. Acresce que o artigo 56.º n.º 2 do CSC enuncia um conjunto de casos de equiparação à falta de convocatória, ao estabelecer que “não se consideram convocadas as assembleias cujo aviso convo-

² A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume IV – Parte Geral, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 761.

³ P. MAIA, “Invalidade de deliberação social por vício de procedimento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, volume II, abril de 2001, p. 701.

catório seja assinado por quem não tenha essa competência, aquelas de cujo aviso convocatório não constem o dia, hora e local da reunião e as que reúnam em dia, hora ou local diversos dos constantes do aviso”. Contudo, nos termos do disposto no artigo 56.º n.º 3 do CSC, a invalidade decorrente da falta de convocatória é uma nulidade atípica, na medida em que pode ser sanada posteriormente por vontade dos sócios ausentes e não representados na reunião.⁴

À semelhança do regime jurídico consagrado no artigo 177.º do CC para as associações, antes da aprovação do atual CSC, os vícios de procedimento determinavam também a mera anulabilidade das deliberações sociais tomadas pelas assembleias gerais das sociedades comerciais, como resultava do artigo 146.º do CCom aplicável às sociedades anónimas e do artigo 46.º § 1 da Lei de 11 de abril de 1901 sobre sociedades por quotas. Apenas recentemente surgiu no direito comparado a consagração da nulidade de algumas deliberações sociais.⁵ Importa igualmente referir que, considerando o referido caráter excecional da nulidade das deliberações sociais por vícios de procedimento, o artigo 58.º n.º 1 alínea a) do CSC continua a estabelecer o regime regra da anulabilidade, capaz de garantir aos agentes económicos uma maior certeza. Ou seja, como reconheceu o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 7 de novembro de 2017 (proc. n.º 1919/15.0T8OAZ.P1.S1), “o CSC distingue entre deliberações nulas e deliberações anuláveis, sendo a anulabilidade o regime regra por se entender que o dinamismo da vida societária ficaria embaraçado com a multiplicação de invocações de nulidade”. Assim, relativamente às associações e às sociedades comerciais, o legislador afastou o que resultava da aplicação do artigo 294.º do CC, que estabelece subsidiariamente a nulidade dos negócios jurídicos celebrados contra a lei.

Por outro lado, não obstante a redação do artigo 177.º do CC, os vícios de conteúdo podem determinar a nulidade das deliberações sociais, sempre que se verifique a violação de uma norma imperativa. Ou seja, ainda que não tenha sido expressamente consagrada pelo legislador no caso das associações, esta nulidade visa ainda a proteção de terceiros ou do interesse público.⁶ A mesma solução é válida se as deliberações sociais forem contrárias à ordem pública ou ofensivas dos bons costumes, nos termos gerais do artigo 280.º n.º 2 do CC. A estas deliberações aplica-se o disposto no artigo 286.º do CC, segundo o qual “a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal”. No domínio das sociedades comerciais, a nulidade por vício de conteúdo resulta sobretudo do artigo 56.º n.º 1 alínea d) do CSC, podendo ser

⁴ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, volume II – *Das Sociedades*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 477.

⁵ J. H. PINTO FURTADO, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 549.

⁶ V. DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 194-195.

invocada por qualquer sócio ou pelo órgão de fiscalização, nos termos do artigo 57.º do CSC. Tem ainda aplicação o disposto no CC, que permite reconhecer a legitimidade ativa de outros sujeitos, como os credores sociais ou os trabalhadores, por exemplo. Uma parte da doutrina considera, por isso, que o regime jurídico dos vícios das deliberações sociais das associações se encontra hoje consideravelmente desatualizado.⁷

No entanto, no acórdão analisado, estando em causa um vício de procedimento, as deliberações sociais tomadas pela assembleia geral são meramente anuláveis, na medida em que a falta de convocatória afeta apenas os interesses individuais dos membros atuais, devendo considerar-se sanada por decurso do tempo. Em qualquer caso, como resulta do artigo 179.º do CC, ficam salvaguardados os direitos de terceiros de boa fé adquiridos em execução das deliberações anuladas, em conformidade com a proteção prevista igualmente no artigo 61.º n.º 2 do CSC.

2.2. Assembleia universal

Não obstante a preterição das formalidades legais da convocação, constava da ata da reunião de 20 de maio de 2014 que as deliberações sociais teriam sido aprovadas no contexto de uma assembleia universal. Assim, nos termos do artigo 174.º n.º 4 do CC, “a comparência de todos os associados sanciona quaisquer irregularidades da convocação, desde que nenhum deles se oponha à realização da assembleia”. À semelhança do que resulta do artigo 54.º do CSC relativo às sociedades comerciais, esta norma permite sanar os vícios de procedimento relativos à convocatória, quando todos os membros estão presentes e nenhum se opõe à realização da reunião. Preenchidos estes requisitos, considera-se ter sido cumprida a função instrumental da convocatória, que serve para permitir aos membros o exercício do direito a participar nas deliberações. Neste caso, o funcionamento da assembleia geral rege-se também genericamente pelo disposto na lei e nos estatutos, ainda que se trate de formas de deliberação distintas.⁸

No entanto, resultava da lista de presenças que dois associados da ré não estiveram presentes nem se fizeram representar na reunião. Desta forma, não se verificaram os pressupostos da constituição de uma assembleia universal, pelo que, como decidiu o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão analisado, perante o vício de procedimento decorrente da falta de convocatória dos membros da associação, são anuláveis as deliberações sociais tomadas na assembleia geral de 20 de maio de 2014, que aprovaram a destituição dos membros da mesa da assembleia geral e

⁷ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018, p. 173.

⁸ J. H. PINTO FURTADO, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 443.

dos membros dos órgãos de administração e fiscalização, bem como a eleição dos membros dos órgãos sociais para o quadriénio 2014-2017.

2.3. Anulação judicial

Estabelecida a consequência decorrente dos vícios de procedimento, importa agora referir que a invalidade das deliberações sociais deve ser arguida numa ação constitutiva e não numa ação declarativa de condenação, como se verificou no caso concreto.⁹ De acordo com o que resulta do artigo 10.º n.º 3 alíneas b) e c) do CPC, não está em causa “exigir a prestação de uma coisa ou de um facto, pressupondo ou prevendo a violação de um direito” mas antes “autorizar uma mudança na ordem jurídica existente”. A ação constitutiva permite ao autor o exercício judicial de um direito potestativo, que coincide aqui com o direito à anulação de deliberações sociais inválidas. Ou seja, este direito potestativo apenas se pode fazer valer através de uma ação intentada contra a associação. Pelo contrário, tratando-se de um pedido de declaração de nulidade das deliberações sociais, a ação seria de simples apreciação, na medida em que o autor visa “obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um facto”, nos termos do artigo 10.º n.º 3 alínea a) do CPC.¹⁰

É ainda aplicável às deliberações sociais inválidas o procedimento cautelar de suspensão previsto no artigo 380.º do CPC, segundo o qual “se alguma associação ou sociedade, seja qual for a sua espécie, tomar deliberações contrárias à lei, aos estatutos ou ao contrato, qualquer sócio pode requerer, no prazo de 10 dias, que a execução dessas deliberações seja suspensa, justificando a qualidade de sócio e mostrando que essa execução pode causar dano apreciável”. Este procedimento cautelar surge na dependência da ação de anulação, podendo a suspensão ser requerida face a vícios de conteúdo ou a vícios de procedimento, sobretudo com função conservatória da situação existente à data da citação.¹¹ Na verdade, com a anulação das deliberações sociais, o autor visa a não produção dos seus efeitos, decisão que o procedimento cautelar permite antecipar a título provisório. Como reconhece a doutrina maioritária, também as deliberações de destituição e nomeação de órgãos sociais podem ser objeto de suspensão, na medida em que apesar

⁹ P. OLAVO CUNHA, “Anotação ao artigo 178.º (regime da anulabilidade)”, AA.VV., *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 387.

¹⁰ J. DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, volume I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1994, p. 244.

¹¹ J. LEBRE DE FREITAS e I. ALEXANDRE, *Código de Processo Civil anotado*, 3.ª edição, volume II, Almedina, Coimbra, 2017, p. 107.

de constituírem atos de execução instantânea, produzem efeitos continuados no tempo.¹²

3 CADUCIDADE DO DIREITO DE AÇÃO

3.1. Prazo de arguição

De acordo com o disposto no artigo 178.º do CC, “a anulabilidade prevista nos artigos anteriores pode ser arguida, dentro do prazo de seis meses, pelo órgão da administração ou por qualquer associado que não tenha votado a deliberação” (n.º 1) e “tratando-se de associado que não foi convocado regularmente para a reunião da assembleia, o prazo só começa a correr a partir da data em que ele teve conhecimento da deliberação” (n.º 2). A norma aborda as questões da legitimidade para a arguição da anulabilidade da deliberação e do respetivo prazo. A legitimidade ativa, aqui limitada ao órgão da administração e aos associados que não tenham votado a favor da deliberação, coincide com o disposto no artigo 59.º n.º 1 do CSC relativo às sociedades comerciais. Ficam abrangidos não só os membros que se abstiveram, como também aqueles que, tendo estado presentes na reunião, votaram contra a deliberação. Neste sentido, como reconheceu o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 6 de outubro de 2005 (proc. n.º 05B183), “não faria sentido que o associado que discordasse de uma deliberação, em lugar de votar contra, tivesse de abster-se sob pena de ficar impedido de arguir a respetiva anulabilidade, assim acabando por facilitar o vencimento de uma eventual minoria”.

A norma parece incidir sobre a anulabilidade por vício de conteúdo. Já no caso de vício de procedimento decorrente da falta de convocatória, pode colocar-se a questão da legitimidade ativa dos membros que estiveram presentes na reunião. O problema não foi suscitado perante o Supremo Tribunal de Justiça, apesar de ter sido invocado pela ré associação na sua contestação. Estabelecida a não verificação dos pressupostos da constituição de uma assembleia universal, releva agora a possibilidade de a autora vir arguir a anulabilidade das deliberações sociais tomadas na assembleia geral de 20 de maio de 2014, tendo estado presente. Ou seja, não obstante a subsistência de um vício de procedimento, poderia considerar-se que os interesses individuais da autora não tinham sido afetados pela falta de convocatória, carecendo assim de legitimidade para pedir a anulação das deliberações sociais em causa. Neste sentido, apenas os dois associados que não estiveram presentes nem se fizeram representar naquela reunião poderiam vir arguir a anulabilidade das deliberações sociais tomadas. Esta solução assenta na função instrumental da convocatória.

¹² C. OLAVO, “Impugnação das deliberações sociais”, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIII, 1988, tomo 3, p. 31.

No entanto, a doutrina tem reconhecido que a lesão do direito a participar nas deliberações, que justifica a nulidade prevista no domínio das sociedades comerciais no artigo 56.º n.º 1 alínea a) do CSC, determina que a falta de convocatória afeta o conjunto dos membros e não apenas os que não estiveram presentes nem se fizeram representar. Na verdade, pode ficcionar-se que a participação de todos os associados na assembleia geral teria levado à tomada de deliberações diferentes.¹³ No caso concreto, daqui decorre a legitimidade ativa da autora.

Ultrapassada a questão da legitimidade ativa dos membros que estiveram presentes na reunião, o acórdão analisado suscita sobretudo o problema do prazo para a arguição da anulabilidade da deliberação. No regime jurídico das associações, o legislador afastou a norma geral prevista no artigo 287.º n.º 1 do CC, nos termos do qual “só tem legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece, e só dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento”. Na verdade, a consagração de um prazo relativamente curto resulta da necessidade de acautelar a segurança jurídica das pessoas com interesses conexos com a deliberação.¹⁴ Associada também à celeridade imposta ao tráfego mercantil, esta necessidade é especialmente sentida no domínio das sociedades comerciais, onde o legislador estabeleceu um prazo de apenas trinta dias para a proposição da ação de anulação das deliberações sociais, nos termos do artigo 59.º n.º 2 do CSC.

Em qualquer caso, trata-se de um prazo de caducidade, de acordo com o disposto no artigo 298.º n.º 2 do CC, segundo o qual “quando, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, são aplicáveis as regras da caducidade, a menos que a lei se refira expressamente à prescrição”. Assim, apesar de se tratar aqui de prazos regressivos, por remissão do artigo 296.º do CC, a respetiva contagem segue as normas de natureza supletiva e interpretativa previstas no artigo 279.º do CC. Acresce que este prazo de caducidade não se suspende com o referido procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais.¹⁵

3.2. Ónus da prova

A existência de um prazo de caducidade do direito de ação, que caracteriza a anulabilidade, suscitou no caso concreto uma outra questão relativa ao ónus da prova. O Supremo Tribunal de Justiça invocou o artigo 342.º n.º 2 do CC, segun-

¹³ P. MAIA, “Invalidade de deliberação social por vício de procedimento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, volume II, abril de 2001, pp. 717-718.

¹⁴ V. DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 100.

¹⁵ J. LEBRE DE FREITAS e I. ALEXANDRE, *Código de Processo Civil anotado*, 3.ª edição, volume II, Almedina, Coimbra, 2017, p. 112.

do o qual “a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita”. Para este efeito, considerou que devendo a ação em causa ser proposta no prazo de seis meses a partir da data em que a associada teve conhecimento da deliberação, cabia à ré a prova deste facto extintivo. E, efetivamente, esta prova resultou da lista de presenças da reunião, junta aos autos. Ou seja, na medida em que a autora participou na assembleia geral de 20 de maio de 2014, o referido prazo de seis meses conta-se a partir daquela data. Esta solução resulta igualmente da norma especial prevista no artigo 343.º n.º 2 do CC, nos termos da qual “nas ações que devam ser propostas dentro de certo prazo a contar da data em que o autor teve conhecimento de determinado facto, cabe ao réu a prova de o prazo ter já decorrido, salvo se outra for a solução especialmente consignada na lei”. A norma especial justifica-se pela dificuldade de provar factos negativos e teve origem nas ações de despejo fundadas em determinados factos.¹⁶

A caducidade é um facto extintivo do direito invocado pela autora, constituindo uma exceção perentória cuja procedência determinou a absolvição da ré associação do pedido.¹⁷ Tendo a invalidade decorrente de vício de procedimento ficado sanada por decurso do tempo, improcedeu o pedido de declaração de nulidade das deliberações sociais tomadas na assembleia geral da ré associação em 20 de maio de 2014, que aprovaram a destituição dos membros da mesa da assembleia geral e dos membros dos órgãos de administração e fiscalização, bem como a eleição dos membros dos órgãos sociais para o quadriénio 2014-2017.

4 CONCLUSÃO

Em suma, considerando a anulabilidade das deliberações sociais decorrente da falta de convocatória dos membros da ré associação, julgamos ser adequada a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, que aplicou o regime jurídico previsto no artigo 178.º do CC quanto ao prazo de arguição e negou a revista com fundamento na caducidade do direito de ação. A prova deste facto extintivo resultou da junção aos autos da lista de presenças da reunião de 20 de maio de 2014, onde constava a assinatura da autora. Apenas o recurso à nulidade das deliberações sociais, que não é aplicável no domínio das associações, pelo menos quanto aos vícios de procedimento, como resulta do artigo 177.º do CC, permitiria que a impugnação judicial fosse suscitada a todo o tempo, evitando a absolvição do pedido.

O confronto com o regime jurídico previsto sobretudo nos artigos 56.º e 58.º do CSC para as sociedades comerciais, permite concluir que os vícios de proce-

¹⁶ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, 4.ª edição, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 307-308.

¹⁷ Sobre esta modalidade de defesa, P. PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 173.

dimento exigem uma ampla ponderação dos vários interesses afetados pelas invalidades das deliberações sociais, relevante para efeitos da legitimidade ativa na ação de anulação. Especialmente acutelada deve ser também a segurança jurídica de terceiros.

5 BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, volume II – *Das Sociedades*, 6.^a edição, Almedina, Coimbra, 2019.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, volume IV – *Parte Geral*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2017.
- CUNHA, Paulo Olavo, “Anotação ao artigo 178.º (regime da anulabilidade)”, AA.VV., *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 386-387.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.^a edição, volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009.
- FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil anotado*, 3.^a edição, volume II, Almedina, Coimbra, 2017.
- FURTADO, Jorge Henrique Pinto, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2005.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, 4.^a edição, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- MAIA, Pedro, “Invalidade de deliberação social por vício de procedimento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, volume II, abril de 2001, pp. 699-748.
- MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, volume I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1994.
- OLAVO, Carlos, “Impugnação das deliberações sociais”, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIII, 1988, tomo 3, pp. 21-31.
- PIMENTA, Paulo, *Processo Civil Declarativo*, Almedina, Coimbra, 2015.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.^a edição, Almedina, Coimbra, 2018.
- XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Almedina, Coimbra, 1998.

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA (4.^a SECÇÃO), PROCESSO
N.º 1887/14.5T8BRR-A.L1.S1, DE 2 DE MAIO DE
2018 (CONSELHEIRO CHAMBEL MOURISCO)

*COMMENT ON THE JUDGEMENT DELIVERED BY
THE SUPREME COURT OF JUSTICE (4TH SECTION),
PROCESS N.º 1887/14.5T8BRR-A.L1.S1, ON 2 MAY
2018 (CONSELHEIRO CHAMBEL MOURISCO)*

MARIA JOÃO MACHADO*

Recepción: 30/7/2018 - Aceptación: 28/9/2019

¹ Professora adjunta do Instituto Politécnico do Porto, membro do CIICESI/ESTG (mjm@estg.ipp.pt).

RESUMO

A relação de emprego que se estabelece entre um administrador e uma associação tem natureza contratual e apresenta afinidades com o contrato de prestação de serviços e com o contrato de trabalho, em especial, neste último caso, com a comissão de serviço. No caso concreto, analisando a natureza do cargo (presidência do CA) e as circunstâncias do seu exercício, é de excluir a qualificação da relação como de trabalho subordinado. Não tendo a relação de administração natureza laboral e existindo um contrato de trabalho anterior entre as partes, este suspende-se. Apesar de o contrato de trabalho se encontrar suspenso, mantêm-se as obrigações das partes que não pressupõem uma prestação efetiva de trabalho, especialmente o dever de lealdade do trabalhador. Tendo a presidente do CA, no exercício das funções de administração, violado o dever de lealdade, justifica-se o seu despedimento.

PALAVRAS-CHAVE: Presidente do Conselho de Administração - Contrato de Administração - Contrato de Trabalho - Comissão de serviço - Suspensão do Contrato de Trabalho - Despedimento.

ABSTRACT

The employment relationship established between a director and an association is of contractual nature and has a special affinity with the service contract and the labour contract, especially in the latter case with the service commission. In the present case, considering the nature of the position (chairman of the board of directors) and the circumstances of its exercise, the qualification of the relationship as subordinate work can be excluded. As the management relationship was not labour-based and there was a previous employment contract between the parties, this one was suspended. Although the employment contract is suspended, the obligations of the parties that do not presuppose the effective rendering of work, especially the worker's duty of loyalty, remain. Since the chairman of the board has committed an infringement of the duty of loyalty, her dismissal is justified.

KEYWORDS: Chairman of the board of directors - Administration contract - Labour contract - Service commission - Labour contract suspension - Dismissal.

SUMÁRIO: 1. OBJETO. 2. ENQUADRAMENTO. 3. A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS ADMINISTRADORES; 4. O CONTRATO DE ADMINISTRAÇÃO. 5. A COMISSÃO DE SERVIÇO. 6. O ARTIGO 398.º DO CSC. 7. O DESPEDIMENTO COM JUSTA CAUSA. 8. DE REGRESSO AO ACÓRDÃO DO STJ DE 02-05-2018 EM COMENTÁRIO. 9. CONCLUSÕES. 10. BIBLIOGRAFIA E OUTRAS FONTES.

CONTENTS: 1. SUBJECT. 2. CONTEXT. 3. DIRECTORS LEGAL SITUATION; 4. THE ADMINISTRATION CONTRACT. 5. THE SERVICE COMMISSION. 6. ARTICLE 398 OF THE PORTUGUESE COMPANIES CODE. 7. THE DISMISSAL. 8. BACK TO THE JUDGEMENT DELIVERED BY THE SCJ ON 2 MAY 2018. 9. CONCLUSIONS. 10. BIBLIOGRAPHY AND OTHER RESOURCES.

1 OBJETO

O caso em análise, julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) em 2 de maio de 2018¹, é, em traços largos, o seguinte.

Uma associação mutualista contratou uma trabalhadora (a Dra. A.) para desempenhar funções com a categoria profissional de Diretora-Geral. Um mês volvido, a Dra. A. tomou posse como Presidente do Conselho de Administração² (CA) da Associação.

Nesta qualidade, propôs ao CA a criação do lugar de Diretor-Geral Adjunto, em virtude de a própria ter deixado de ocupar o lugar de Diretora-Geral, passando aquele a assumir, na prática, tais funções. Tal proposta foi aprovada por unanimidade.

Durante o período em que presidiu ao CA (2002-2013), a Dra. A. continuou a receber as retribuições correspondentes à categoria de diretora-geral, tendo sido nessa qualidade, por deliberações do CA que a própria sempre votou favoravelmente, sucessivamente aumentada. Essas vantagens patrimoniais traduziram-se em graves prejuízos para a situação financeira da Associação. Os sucessivos aumentos não foram aprovados ou ratificados pela assembleia geral.

¹ STJ (4.ª secção), processo n.º 1887/14.5T8BRR-A.L1.S1, 2 de maio de 2018 (Cons. Chambel Mourisco). Disponível na internet: <http://www.dgsi.pt/>.

² Conforme resulta do acórdão em análise, “os estatutos da ré preveem (...), como órgãos associativos, a Assembleia Geral, o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal. Os cargos nos órgãos associativos eletivos são desempenhados através de mandato por três anos, nos termos do art.º 89.º n.º 1 do Código das Associações Mutualistas e do art.º 41.º n.º 1 dos Estatutos da ré. Tanto o Código das Associações Mutualistas como os Estatutos da ré preveem a possibilidade de intervenção dos associados trabalhadores da associação na composição dos respetivos órgãos associativos, respetivamente nos artigos 93.º e 43.º”.

Só depois da tomada de posse de uma nova administração, em 2014, a Associação foi alertada pela Segurança Social para a existência de graves irregularidades e de que a Dra. A. teria tido comportamentos suscetíveis de responsabilidade disciplinar, criminal e cível.

Nesta altura foi ordenada a abertura de processo de inquérito prévio, a que se seguiu processo disciplinar que terminou com decisão de despedimento.

Invocando a qualidade de trabalhadora subordinada, a Dra. A. intentou ação de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento.

Todas as instâncias entenderam ser lícito o despedimento efetuado, absolvendo a entidade empregadora dos pedidos formulados pela trabalhadora.

Das questões apreciadas pelo acórdão do STJ, de índole processual e relativas à validade do despedimento, não se tratará aqui. Unicamente me proponho analisar a seguinte³:

- *“saber se o contrato de trabalho da autora, iniciado em 1 de dezembro de 2001, para desempenhar as funções correspondentes à categoria profissional de Diretora-Geral, se manteve após ter assumido as funções de Presidente do Conselho de Administração da ré”, ou, por outras palavras, “saber se os titulares dos órgãos associativos eletivos que estejam vinculados por contrato de trabalho à associação mantêm ou não esse vínculo após terem tomado posse no cargo”.*

É entendimento deste Tribunal que “os órgãos associativos eletivos asseguram o funcionamento da associação constituindo a estrutura executiva da mesma de onde dimana o poder diretivo sobre os seus trabalhadores.

Assim, o desempenho desses cargos nos órgãos associativos eletivos é incompatível com o vínculo de subordinação jurídica que caracteriza o contrato de trabalho.

Compreende-se assim a proposta da autora, efetuada na reunião do Conselho de Administração da ré, no dia 14 de janeiro de 2002, no sentido de que fosse criado o lugar de Diretor-Geral Adjunto, a ser ocupado pelo senhor HH em virtude da própria ter deixado de ocupar o lugar de Diretora-Geral, passando este a assumir, na prática, tais funções, proposta que foi aprovada por unanimidade.

Não resultando da matéria provada que tenha havido algum acordo entre a ré e a autora antes de esta ter tomado posse como Presidente do Conselho de Administração, ocorreu uma suspensão do contrato de trabalho que as vinculava, nos termos dos artigos 294.º a 297.º do Código do Trabalho, contrato que foi retomado após a autora ter deixado de exercer as referidas funções”.

³ Questão B5) da fundamentação de direito dos autos.

Além da questão identificada, proponho ainda avaliar o contexto em que foram apreciados os factos praticados pela Dra. A. que, tendo embora tido lugar enquanto presidente do CA, foram tratados em sede laboral e sustentaram o seu despedimento disciplinar.

2 ENQUADRAMENTO

As associações mutualistas são instituições particulares de solidariedade social que se regem pelo Código das Associações Mutualistas (CAM), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de agosto (ao tempo a que nos reportam os factos era ainda vigente o Código aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/90, de 3 de março), pelo Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social (EIPSS), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de fevereiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de novembro, e pelos próprios estatutos, como aliás resulta, no que nos interessa, do artigo 145.º do CAM.

A matéria do regime jurídico das associações civis e, em particular, a situação jurídica dos seus administradores, tem sido pouco tratada pela doutrina portuguesa, como é assinalado, por exemplo, por Ana Filipa Morais Antunes⁴.

Pelo contrário, é no âmbito do direito das sociedades comerciais que é fundamentalmente discutida, ainda que a determinação da situação jurídica dos administradores das sociedades, incluindo o conhecimento do seu regime e a fixação da sua natureza, “constitu[am], no presente momento, um problema complexo, que está por resolver”⁵.

Não será, por isso, de estranhar que seja à doutrina comercialista que se deve a maior parte do debate acerca da natureza da relação jurídica de administração. Há, no entanto, que contar com a perspetiva juslaboralista, já que, em casos como o que aqui se debate, a presença de um contrato de trabalho (neste caso anterior à formação da relação jurídica de administração) coloca várias questões: pode a relação de administração ser sustentada por um contrato de trabalho ou, como se afirma no acórdão em análise, “o desempenho desses cargos nos órgãos associativos eletivos é incompatível com o vínculo de subordinação jurídica que caracteriza o contrato de trabalho”? Terá enquadramento, em casos desta natureza, o recurso à comissão de serviço, modalidade de contrato de trabalho prevista e regulada nos artigos 161.º a 164.º do Código do Trabalho (CT)? Sendo incompatíveis (a relação de administração com o contrato de trabalho comum ou com o contrato de trabalho em regime de comissão de serviço), o que sucede ao contrato de tra-

⁴ A.F. MORAIS ANTUNES, «O governo das associações civis», *Direito de Associação - o controlo da legalidade*, Centro de Estudos Judiciários, 2018 [Consult. 22 jul. 2019]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_associacoes2018.pdf

⁵ A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades, I – Das sociedades em geral*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2011, p. 903.

balho durante o exercício das funções de administração? A prática de factos que violam claramente os deveres próprios do administrador não deve ser perseguida em sede de relação de administração, através da destituição com justa causa e da sua responsabilização em sede patrimonial, civil e/ou penal, conforme for o caso? Cessando por qualquer forma a relação jurídica de administração e reativado que seja o contrato de trabalho, resta ainda a possibilidade de despedir por motivo disciplinar o trabalhador?

São estas as questões que me proponho analisar nos pontos seguintes.

3 A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS ADMINISTRADORES

O ato que institui o administrador nas suas funções de administração (a eleição, na maior parte dos casos, ou a nomeação) não define, em regra, a *relação jurídica de administração*, salvo se o administrador, sendo sócio, tiver sido designado no próprio contrato de sociedade de que é parte. A designação pode, portanto, ter por fonte um ato jurídico unilateral ou um contrato. Naquele caso a aceitação pelo designado pode ser entendida como mera condição de eficácia do negócio ou consubstanciar, juntamente com a proposta contratual, um contrato, o *contrato de administração*⁶.

A situação jurídica de administração é, no essencial, definida pela lei e pelo contrato de sociedade. Consoante o tipo societário, o Código das Sociedades Comerciais (CSC) e o contrato de sociedade definem a relação orgânica entre a sociedade e o administrador, designadamente, a sua competência, os poderes de gestão e de representação, a forma de vincular a sociedade, etc.

Finalmente, independentemente da natureza do *ato de designação* e do conteúdo da *relação jurídica de administração*, existe aquilo a que podemos chamar a

⁶ Sobre a fonte e a natureza da relação de administração foram consultados: A. J. SARMENTO DE OLIVEIRA, «O contrato de administração. Sua natureza e possibilidade de cumulação com um contrato de trabalho», *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º5, 2005, 183-206, A. MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p.903 e ss., A. PERESTRELO OLIVEIRA, *Manual de Governo das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2017, p.200-201 e 249-251, A. SOVERAL MARTINS, Comentário ao Artigo 398.º, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Vol. VI (Artigos 373.º a 480.º)*, coord. por Jorge M. Coutinho de Abreu, Coimbra, Almedina, 2013, p.334-350, I. D. RODRIGUES, *A Administração das Sociedades Por Quotas e das Sociedades Anónimas*, Lisboa, Livraria Petrony, 1990, p.263-315, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Das Sociedades*, Volume II, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, p.545 e ss. e *Governação das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2006, p.64-74, L. BRITO CORREIA, «Admissibilidade de remuneração variável de um gerente de sociedade por quotas», *Direito das Sociedades Em Revista*, Ano 1, Vol.2, outubro 2009, Coimbra, Almedina, p.9-40 (11-14), P. OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, p.739 e ss., R. COSTA, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2014, p.370-382.

relação de emprego ou *relação de serviço*⁷. Esta tem natureza contratual e regula, entre outros aspetos, as condições de exercício e a remuneração do administrador.

Este contrato é maioritariamente considerado um contrato de administração, contrato *sui generis*, atípico, que apresenta afinidades com o contrato de mandato ou com o contrato de prestação de serviços⁸; muito poucos admitem a possibilidade de que se trate de um contrato de trabalho⁹⁻¹⁰.

4 O CONTRATO DE ADMINISTRAÇÃO

A natureza do contrato de administração deve ser encontrada em cada caso concreto, analisando as respetivas circunstâncias ou, nas palavras de Júlio Gomes, aplicando o *princípio da primazia da realidade*¹¹.

O contrato de administração é um contrato celebrado entre uma pessoa singular na qualidade de administrador e uma entidade coletiva, a sociedade ou associação (independentemente da forma e da natureza que revestir o ato de designação).

A prestação principal a cargo do administrador concretiza-se num conjunto de operações jurídicas e materiais que podemos, genericamente, designar de atividade, mesmo que contratualmente lhe sejam fixados determinados resultados, e que pode ser realizada com um grau mais ou menos elevado de autonomia e independência, considerando a natureza da sociedade e o que resulta da lei e dos seus estatutos relativamente ao poder de intervenção dos sócios e dos demais órgãos na atividade do administrador. Esta atividade, que envolve poderes de gestão e de representação próprios, é realizada no interesse da sociedade, ainda que não só.

O contrato é gratuito ou oneroso consoante o que se encontre estabelecido nos estatutos e seja decidido pelos sócios ou órgão com competência para o efeito.

⁷ Segundo I.D. RODRIGUES, *ob. cit.*, p.270 e A.J. SARMENTO DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 185.

⁸ Para alguns como L. BRITO CORREIA, *ob. cit.*, p.11, a figura típica mais próxima é, especificamente, o contrato de mandato.

⁹ Admitem esta configuração A. J. SARMENTO DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p.204-205, I. D. RODRIGUES, *ob. cit.*, p.295, J. GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I – *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.163-172 e «Da validade do contrato de trabalho com uma sociedade de um grupo para o exercício de funções de administração social noutra sociedade do mesmo grupo», *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, coord. por António Monteiro Fernandes, Coimbra, Almedina, 2004, p.433-456 (434-436) e L.M.MONTEIRO (AA.VV.), *Código do Trabalho Anotado*, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, p.421-426 e «Regime jurídico do trabalho em comissão de serviço», *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem... cit.*, p.507-528 (510-519).

¹⁰ A jurisprudência dos tribunais superiores apresenta-se unanimemente contra; cfr., entre muitos, STJ, processo n.º 07S1695, 9 de abril de 2008 (Cons. Sousa Grandão). Disponível na internet: <http://www.dgsi.pt/> [Consult. 27jul.2019].

¹¹ J. GOMES, *Direito do Trabalho cit.*, p.172.

Considerando, portanto, a natureza e número de partes envolvidas, a prestação principal a cargo do administrador, as possíveis formas mais ou menos autónomas do seu exercício e que a atividade tanto pode ser remunerada como gratuita, é admissível considerar todas as hipóteses, ou seja, que o contrato de administração tanto pode ser um contrato de prestação de serviços como um contrato de trabalho.

A consideração, neste contexto, do artigo 398.º do CSC, será equacionada adiante.

5 A COMISSÃO DE SERVIÇO

A comissão de serviço encontra-se regulada nos artigos 161.º a 164.º do CT e constitui uma modalidade de contrato de trabalho que se distingue do contrato de trabalho comum porque qualquer das partes lhe pode pôr termo mediante aviso prévio por escrito realizado com uma determinada antecedência. Pode ser acordada com trabalhador da empresa ou outro admitido para o efeito. No primeiro caso, a cessação da comissão de serviço tem por consequência, como regra, o regresso do trabalhador à atividade exercida antes da comissão ou àquela a que, entretanto, tenha sido promovido, o que significa que a comissão de serviço determina a suspensão do contrato de trabalho anterior¹² (ou uma modificação temporária da atividade do trabalhador, segundo Júlio Gomes¹³) e que, com a sua extinção, o contrato de trabalho anterior é “reativado”.

Esta figura, importada do direito da administração pública, permite que, por período de duração limitada, o trabalhador seja colocado a exercer funções diferentes das que correspondem à sua categoria, ainda que constituam necessidades permanentes da empresa, tendo que regressar à posição de origem (ou àquela a que, entretanto, tenha sido promovido) sem risco do ponto de vista das garantias da irreversibilidade da carreira e da irredutibilidade do salário.

A comissão de serviço pode ser utilizada para o exercício de cargo de administração, entre outros que em comum se caracterizam por envolverem uma especial relação de confiança. Tem que ser acordada por escrito.

Não se pretende proceder, neste contexto, a uma análise exaustiva desta modalidade contratual¹⁴, mas apenas avaliar se é ou não aplicável a situações do tipo

¹² É o entendimento de L.M. MONTEIRO, *Código do Trabalho... cit.*, p.422-426 e «Regime jurídico do trabalho em comissão de serviços», *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem... cit.*, p.507-528 (510-519).

¹³ Cfr. J. GOMES, *Direito do Trabalho cit.*, p.753 (n.1877). O mesmo entendimento, parece-me, é sufragado por I. GOMES, «Principais aspectos do regime jurídico do trabalho exercido em comissão de serviços», *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem... cit.*, p.241-265 (244).

¹⁴ Sobre esta modalidade contratual cfr., designadamente, I. GOMES, «Principais aspectos...» cit., p.241-265, J. GOMES, *Direito do Trabalho cit.*, p.752-758 e L.M. MONTEIRO, *Código do Trabalho... cit.*, p.421-436 e «Regime jurídico...» cit., p.507-528.

da que constitui aqui objeto de análise, ou seja, se a associação mutualista poderia ter acordado com a Dra. A., sua trabalhadora, um contrato de comissão de serviço para o exercício das funções de administração (no caso a presidência do CA), fazendo-a regressar ao seu lugar de origem (diretora-geral) quando, por qualquer forma, terminasse o mandato social¹⁵.

As vantagens da comissão de serviço para o exercício de funções de administração são significativas:

- a relação laboral anterior (quando exista) permite avaliar a adequação do perfil e das competências e consolida a necessária relação de confiança mútua¹⁶;
- do ponto de vista do trabalhador, constitui um desafio que pode ser importante à carreira profissional, “facilita o acesso a determinadas funções. (...) Democratiza certos postos de trabalho, tornando-os acessíveis em função do mérito e da capacidade profissional”¹⁷;
- é um instrumento que permite dissociar titularidade e gestão da empresa a favor da qualificação e da competência¹⁸;
- a forma de cessação, por aviso prévio de qualquer das partes, ajusta-se ao interesse do empregador e às necessidades próprias da transitoriedade dos cargos sociais e, também,
- ao interesse do trabalhador, a quem é assegurado ou o regresso ao lugar de origem ou, pelo menos, uma indemnização¹⁹ (a menos que a cessação da comissão de serviço corresponda a um despedimento por facto imputável ao trabalhador).

¹⁵ Sem prejuízo de que, neste caso, a própria contratação como diretora-geral poderia ter sido realizada em comissão de serviço, o que teria envolvido uma sucessão de contratos em comissão de serviço, o primeiro para exercício das funções de diretora-geral e o segundo para as funções de administração.

¹⁶ Assim entende J. GOMES, «Da validade...» cit., p.436.

¹⁷ Cfr. L. M. MONTEIRO, «Regime jurídico...» cit., p.509.

¹⁸ *Idem ibidem*

¹⁹ Sobre eventuais incompatibilidades entre o direito do trabalho e o direito das sociedades comerciais no que respeita, designadamente, à cessação de funções e ao direito a indemnização, cfr. L. M. MONTEIRO, «Regime jurídico...» cit., p.517-519. A dificuldade poderá estar em, por um lado, os artigos 163.º, n.º1 e 164.º, n.º1, alínea *a*) do CT permitirem a denúncia da comissão de serviço a todo o tempo, independentemente de motivo e sem direito a indemnização (ainda que se possa questionar se é admissível pôr fim à comissão de serviço na ausência de motivo objetivo, a cessação do mandato sem reeleição, por exemplo, ou subjetivo, a quebra da relação de confiança) e, por outro lado, os artigos 257.º, n.º7 e 403.º n.º5 do CSC estabelecerem o direito a indemnização no caso de destituição sem justa causa. A solução poderá estar, segundo L. M. MONTEIRO («Regime jurídico...» cit., p.519), na atribuição da indemnização do 164.º, n.º1, alínea *c*) do CT a título de *indemnização contratual estipulada* (artigos 257.º, n.º7 e 403.º n.º5 do CSC).

Apesar das vantagens assinaladas à comissão de serviço no contexto em análise, sabemos que a sua utilização não é maioritariamente aceite, quer porque se entende não ser necessário um vínculo contratual, quer porque, ainda que admitindo a sua necessidade, o mesmo não pode ter natureza laboral²⁰, sendo que, neste caso e em se tratando de sociedade anónima, a própria lei não o permite, conforme resulta do já referido artigo 398.º do CSC²¹.

6 O ARTIGO 398.º DO CSC

Segundo esta disposição, a possibilidade de usar a comissão de serviço (e, em geral, qualquer modalidade de trabalho subordinado ou autónomo) para o exercício de administração de sociedade anónima, estaria totalmente vedada, quer para o exercício das funções de administração quer de outras que paralelamente fossem acordadas.

Sucede que é possível propor uma leitura do artigo 398.º do CSC que é compatível com o exercício das funções de administração mediante comissão de serviço, contrato de trabalho (sem comissão de serviço) ou contrato de prestação de serviços (que, aparentemente, a disposição legal também proíbe ao equiparar ao trabalho subordinado o trabalho autónomo)²².

A epígrafe *Exercício de outras atividades* permite, desde logo, inferir que a proibição se refere a outras atividades e não à atividade de administração, ou seja, a razão de ser do n.º 1 do artigo 398.º é garantir o exercício em exclusividade da administração e, sendo assim, compreende-se a menção a *contrato de trabalho*,

²⁰ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito... cit.*, p. 549 (n.1475). Neste sentido o acórdão de 9 de abril de 2008 cit., tendo-se então decidido que “a natureza laboral da comissão de serviço torna insustentável a sua utilização como modo de preencher cargos da Administração societária em sociedades anónimas”. Considerando, em geral, “que o exercício das funções de um Administrador societário não pode assentar, *nunca* [sublinhado meu], num contrato de trabalho”, cfr. STJ (4.ª secção), processo n.º 284/11.9TTTVD.L1.S1, 25 de novembro de 2014 (Cons. Gonçalves Rocha) e jurisprudência neste citada. Disponível na internet: <http://www.dgsi.pt/> [Consult. 27 jul. 2019].

²¹ Segundo P. FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.ª edição, Parede, Principia Editora, 2012, p.596-597, é exatamente da proibição do artigo 398.º do CSC que extrai que “a expressão «cargo de administração» [do artigo 161.º do CT] é utilizada em sentido amplo, referindo-se aos cargos de gestão ou direção situados abaixo da administração da sociedade anónima”(p.596), pelo que propõe para “limitar a aplicação da comissão de serviço aos gerentes das sociedades por quotas. A estes não se aplica a limitação estabelecida no artigo 398.º do CSC e por isso se admite a existência de situações em que as funções do gerente sejam exercidas através da execução de um contrato de trabalho, designadamente de um contrato de trabalho em regime de comissão de serviço” (p.597).

²² Este entendimento de L. M. MONTEIRO, *Código do Trabalho... cit.*, p.422-426 e «Regime jurídico...» cit., p.512-514, é acompanhado por J. GOMES, *Direito do Trabalho cit.*, p.170-171.

subordinado ou autónomo; o administrador não pode prestar qualquer outra atividade para além da atividade de administração²³.

Esta leitura tão pouco é prejudicada pela última parte do mesmo n.º, o administrador contratado para o efeito não pode valer-se da sua posição para *garantir o futuro*, ou seja, para celebrar qualquer contrato que lhe assegure emprego quando cessarem as funções de administração.

Finalmente, o n.º 2 do artigo 398.º retira da proibição da primeira parte do n.º 1 as devidas consequências: o contrato de trabalho, subordinado ou autónomo, anterior à designação de administrador, caduca tendo menos de um ano ou suspende-se tendo mais²⁴. A solução extintiva para os contratos com menos de um ano pode ser entendida como meio de combate à fraude à lei em casos como o dos autos (o contrato de trabalho celebrado menos de um mês antes da designação para o CA da associação garantia à Dra. A. um vínculo com aquela para além dos mandatos que cumprisse como administradora), mas a suspeição também pode ser injusta e, principalmente, coarctada para além do razoável a liberdade contratual. De qualquer modo, o Tribunal Constitucional considerou-a do ponto de vista formal inconstitucional^{25/26}. Já a solução de suspensão do contrato de trabalho

²³ Segundo L. M. MONTEIRO, *Código do Trabalho... cit.*, p.424, “se o preceito impedisse o exercício das funções de administração em regime de trabalho subordinado, do mesmo modo recusaria para essas funções a configuração que tradicionalmente lhes é apontada, pelo menos para o efeito da aplicação, subsidiária, do regime legal do mandato. É que o n.º 2 do artigo 398.º do CSC não proíbe ao administrador apenas o trabalho subordinado, mas igualmente o “trabalho autónomo”, expressão geralmente lida como referenciando a prestação de serviços (...). A crer nesta interpretação, o legislador também teria impedido que a administração societária fosse qualificável como mandato e, obviamente, lhe fosse aplicável o respetivo regime. Ora, a circunstância do administrador não poder prestar (outro) serviço à sociedade não é obstáculo a que preste um serviço *enquanto* administra a sociedade”.

²⁴ Sobre a cominação para a celebração *posterior* de contrato de trabalho, não estabelecida pelo artigo 398.º n.º2 do CSC, cfr. STJ, processo n.º 06S4476, 7 de março de 2007 (Cons. Fernandes Cadilha), em cujo sumário se pode ler: “I - A situação de um presidente da direcção da caixa de crédito agrícola mútuo que, mantendo-se nessa qualidade, passou a exercer funções de director executivo em regime de trabalho subordinado, através de contrato de trabalho que celebrou com a instituição que dirigia, cai sob a alçada do artigo 398.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, que proíbe a acumulação de funções de administrador com as de trabalhador subordinado; II - Não estabelecendo o citado artigo 398.º do CSC qualquer sanção específica para a celebração de contrato de trabalho entre a sociedade e o administrador, há que aplicar a regra geral do artigo 294.º do Código Civil, que, na ausência de regime especial, comina com a nulidade a violação de norma imperativa”. Disponível na internet: <http://www.dgsi.pt> [Consult. 27 jul. 2019]. Do acórdão do STJ foi interposto recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade, visando a apreciação do n.º 1 do artigo 398.º do CSC, tendo sido decidido não julgar o mesmo inconstitucional; cfr. TC (2.ª secção), processo n.º 445/07, 30 de outubro de 2007. Disponível na internet: <http://www.tribunalconstitucional.pt> [Consult. 27 jul. 2019].

²⁵ Cfr. TC (2.ª secção), processo n.º 714/95, de 9 de outubro de 1996 (Cons. Bravo Serra). Disponível na internet: <http://www.tribunalconstitucional.pt> [Consult. 27 jul. 2019].

²⁶ R. VENTURA, *Novos Estudos Sobre Sociedades Anónimas e Sociedades Em Nome Coletivo - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2003 (Reimpressão da edição de 1994), p.195-196, entendia que a entrada em vigor do regime de comissão de serviço (em 1991)

anterior “veste bem” com o entendimento de que o contrato de administração é um contrato de comissão de serviço.

Tem-se entendido que o artigo 398.º do CSC é unicamente aplicável às sociedades anónimas (embora, segundo o acórdão em análise, o Tribunal da Relação o tenha aplicado, por analogia)²⁷, o que reforça a leitura aqui defendida, uma vez que, se a proibição expressasse “a incompatibilidade entre a natureza da prestação do administrador e a do trabalhador subordinado, ela teria de abranger os cargos diretivos noutros tipos societários [e em pessoas coletivas do tipo associativo, acrescento eu], *maxime*, os gerentes das sociedades por quotas, porquanto não existem diferenças estruturais entre aqueles cargos”^{28/29}.

O regime do artigo 398.º do CSC não exclui, portanto, a natureza laboral, em comissão de serviço ou não, das funções de administração, já que não cuida da sua natureza, antes e só da possibilidade de acumulação com a administração de outros vínculos jurídicos³⁰. Como se disse inicialmente, o artigo 398.º do CSC impõe aos administradores das sociedades anónimas o exercício em exclusividade da administração.

Um outro obstáculo à natureza laboral da relação de administração “respeita à confusão entre o titular do poder directivo e o vinculado à direcção”³¹, isto é, não é admissível reunir na mesma pessoa o poder de direcção e o dever de obediência. O argumento ignora a distinção entre o órgão e o seu titular, a possibilidade, em diversas matérias, de o órgão emitir deliberações que têm os seus membros por destinatários ou até de o órgão ter que se submeter à vontade de determinado administrador que directamente ou em representação de sócio detém posição maioritária ou, pelo menos, significativa no capital social³².

Retomo o final do ponto anterior para concluir que a relação de administração não tem que assumir uma configuração contratual padrão e que, em grande parte, será o modo de exercer a atividade de administração que determinará a configuração subordinada ou autónoma do contrato, sendo, no primeiro caso, a modalidade mais consentânea o contrato de trabalho em comissão de serviço.

derrogava a parte do n.º2 do artigo 398.º do CSC que previa a cessação do contrato de trabalho celebrado menos de um ano antes da designação do administrador.

²⁷ Neste sentido consultar P. FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato... cit.*, p.597.

²⁸ L. M. MONTEIRO, *Código do Trabalho... cit.*, p.424.

²⁹ Aqui permito-me, no entanto, salientar que, embora não existam diferenças estruturais entre os cargos, a amplitude de poderes de administração por referência ao poder de intervenção dos sócios não é a mesma (cfr. artigos 260.º e 373.º n.º2 do CSC).

³⁰ Assim entende L. M. MONTEIRO, *Código do Trabalho... cit.*, p.424.

³¹ Segundo L. M. MONTEIRO, «Regime jurídico...» cit., p.514. Cfr., também, J. GOMES, *Direito do Trabalho cit.*, p.164-167.

³² L. M. MONTEIRO, «Regime jurídico...» cit., p.514-515.

7 O DESPEDIMENTO COM JUSTA CAUSA

Antes de regressar ao acórdão do STJ em comentário, vamos à segunda questão formulada no ponto 1.

Sem para já ter em consideração o caso concreto, trata-se de avaliar a oportunidade do despedimento disciplinar de um trabalhador por factos praticados enquanto titular de um órgão social (no caso, presidente do CA).

Tenha-se em consideração que se admitirmos que a relação de administração é enquadrada por contrato de trabalho, ainda que em regime de comissão de serviço, tal não obsta, a meu ver, a que os factos praticados, sendo relevantes do ponto de vista societário e laboral, produzam consequências aos dois níveis.

Se se entender, como sucedeu na apreciação feita no caso em análise pelo STJ, que a relação de administração determinou, por incompatibilidade, a suspensão do vínculo laboral, pode questionar-se se factos praticados estando o contrato de trabalho suspenso podem ser avaliados neste contexto.

Uma outra perspetiva possível pode ser ilustrada pelo acórdão do STJ de 30 de outubro de 2001 (Cons. Mário Torres)³³. Depois de confirmada a suspensão do contrato de trabalho de trabalhador chamado a exercer funções de administrador, é sustentado que “não existe (...) incompatibilidade lógica entre a suspensão do contrato e a persistência do poder disciplinar da entidade patronal”, mas, “o que acontece é que, quando o contrato de trabalho subordinado se encontrar suspenso por o trabalhador ter passado a exercer funções de administrador na mesma empresa onde até então laborara como trabalhador subordinado, não pode ser punido disciplinarmente, como trabalhador, por factos praticados na qualidade de administrador. (...). Em tal hipótese, o sancionamento de comportamento incorrecto como administrador é a destituição desse cargo. Aplicando este critério ao caso dos autos, e uma vez que as condutas imputadas ao autor foram por ele desenvolvidas enquanto administrador da ré, (...) impõe-se a conclusão de que carecia a ré de poder disciplinar para sancionar o autor, enquanto seu trabalhador subordinado, por comportamentos por ele assumidos enquanto seu administrador, daqui derivando inexoravelmente a ilicitude do despedimento (...)”.

Em sentido contrário, Pedro Furtado Martins³⁴ entende ser possível considerar “situações de administradores de sociedades anónimas a estas vinculados por contrato de trabalho (suspenso durante o mandato como administrador), que tenham praticado atos ilícitos que justifiquem a destituição do cargo social e que ao mesmo tempo *se projetem* [sublinhado meu] na relação de trabalho, tornando impossível a sua subsistência”.

³³ STJ, processo n.º 01S1063, 30 de outubro de 2001 (Cons. Mário Torres) e jurisprudência neste citada. Disponível na internet: <http://www.dgsi.pt/> [Consult. 27 jul. 2019].

³⁴ P. FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato... cit.*, p.481.

A chave parece-me estar na ideia de que determinadas infrações cometidas enquanto administrador, com consequências próprias ao nível societário, se podem *projetar* também no estatuto laboral e legitimar o despedimento. Refiro-me a factos que afetem deveres do trabalhador “que não pressuponham a efetiva prestação de trabalho” (artigo 295.º n.º 1 do CT) e que, por isso, não se suspendem³⁵. Foi também este o entendimento do STJ no acórdão em análise a que de seguida regressamos.

8 DE REGRESSO AO ACÓRDÃO DO STJ DE 2 DE MAIO DE 2018 EM COMENTÁRIO

A questão analisada neste comentário, a título principal, foi a seguinte:

- “*saber se o contrato de trabalho da autora, iniciado em 1 de dezembro de 2001, para desempenhar as funções correspondentes à categoria profissional de Diretora-Geral, se manteve após ter assumido as funções de Presidente do Conselho de Administração da ré*”.

O entendimento do Tribunal, no sentido maioritariamente seguido pela jurisprudência, é o de que “o desempenho d[e] cargos nos órgãos associativos eletivos é incompatível com o vínculo de subordinação jurídica que caracteriza o contrato de trabalho” e, por isso, não tendo “havido algum acordo entre a ré e a autora antes de esta ter tomado posse como Presidente do Conselho de Administração”, o contrato de trabalho da Dra. A. suspendeu-se quando a mesma tomou posse do cargo social.

Este entendimento assenta, essencialmente, nos seguintes factos: que “a Autora entrou ao serviço da Ré por celebração de um contrato de trabalho, em 1 de dezembro de 2001, para desempenhar funções com a categoria profissional de Diretora-Geral, tendo em 3 de janeiro de 2002 tomado posse como Presidente do Conselho de Administração”, e que “no dia 14 de janeiro de 2002, em reunião do Conselho de Administração (CA) da Ré, foi deliberado, por proposta da autora, como Presidente do CA, que fosse criado o lugar de Diretor-Geral Adjunto, a ser ocupado pelo senhor HH em virtude da própria ter deixado de ocupar o lugar de Diretora-Geral, passando este a assumir, na prática, tais funções, tendo tal proposta sido aprovada por unanimidade”.

³⁵ Da mesma forma pode ser entendido o acórdão do STJ, processo n.º 08S458, 7 de maio de 2008 (Cons. Sousa Peixoto) em que, estando em causa alegadas violações dos deveres de assiduidade e de obediência, o Tribunal entendeu “estando os contratos de trabalho suspensos, suspensa estava também a obrigação do autor prestar o seu trabalho e, conseqüentemente, o dever de obediência a que estava sujeito para com as rés, enquanto seu trabalhador subordinado. (...) Quanto à “alegada violação do dever de lealdade (...), limitámo-nos a dizer que tal violação não consta da nota de culpa nem se suporta em quaisquer factos nela incluídos”. Disponível na internet: <http://www.dgsi.pt/> [Consult. 27 jul. 2019].

Encontram-se, no entanto, na matéria de facto considerada provada pelo Tribunal da Relação, alguns indícios de uma relação de trabalho subordinada em vigor no contexto do exercício das funções de administração. Senão vejamos:

- a Dra. A. auferia prestações remuneratórias características de contrato de trabalho: subsídio de férias e de Natal e subsídio por isenção de horário (facto 19 dos autos),
- a Dra. A. cumpria o horário dos serviços mesmo depois de janeiro de 2002 (facto 22),
- a Dra. A. marcava férias e descontava para a Segurança Social na qualidade de trabalhadora dependente, pagando a entidade empregadora o seguro de acidentes de trabalho obrigatório (facto 31).

Os factos apresentados poderão ser tomados como indícios externos de laboralidade da prestação, mas não podem por si definir a sua coloração. Acresce que a Dra. A. não era um mero administrador, mas Presidente do Conselho de Administração e, nessa qualidade, a decisora última ao nível deste órgão.

A correlação entre a suspensão do contrato de trabalho da Dra. A. e o início de funções como presidente do CA não a estriba o STJ, ao contrário da instância anterior³⁶, no artigo 398.º n.º2 do CSC, que entende ser inaplicável ao caso dos autos por existir disciplina própria das IPSS e associações mutualistas, designadamente, para além dos estatutos da associação (de 2009 e em vigor desde 2010), os artigos 89.º n.º 1 e 93.º do CAM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/90, de 3 de março³⁷, que estabelecem, respetivamente, que os mandatos dos órgãos associativos não podem exceder três anos e a possibilidade de intervenção dos associados trabalhadores da associação na composição dos respetivos órgãos associativos, sem que possam estar em maioria.

É com fundamento neste quadro legal que o STJ entende ser *incompatível o desempenho de cargos nos órgãos associativos eletivos com o vínculo de subordinação jurídica que caracteriza o contrato de trabalho*.

E dessa incompatibilidade extrai uma consequência: não tendo havido entre trabalhadora e empregadora acordo de qualquer tipo antes da tomada de posse da primeira como presidente do CA, “ocorreu uma suspensão do contrato de trabalho que as vinculava, nos termos dos artigos 294.º a 297.º do Código do Trabalho”.

Quanto à questão de ser em contexto laboral que foram apreciados os factos praticados pela Dra. A. enquanto presidente do CA (desconhece-se se teve lugar

³⁶ Como resulta dos autos, designadamente das conclusões da Autora e da fundamentação de direito da decisão, a 1.ª instância e Tribunal da Relação qualificaram de forma diversa o efeito do início de funções de administração no contrato de trabalho: suspensão no primeiro caso e cessação no segundo.

³⁷ Em 2018 entrou em vigor um novo Código das Associações Mutualistas, aprovado pelo Decreto-Lei 59/2018, de 2 de agosto, que revogou o Código anterior, e que nas matérias citadas estabelece regras semelhantes (artigos 101.º n.º2, 105.º n.º1.º e 109.º n.º1).

apreciação de outra natureza, que não é mencionada), factos praticados quando o contrato de trabalho se encontrava suspenso, mas que sustentaram o despedimento disciplinar, o Supremo decide que “apesar de suspenso o contrato de trabalho, nos termos do art.º 295.º n.º 1 do Código do Trabalho mantêm-se os direitos e deveres e garantias das partes que não pressuponham a efetiva prestação de trabalho”, no caso o dever de lealdade (artigo 128.º, n.º1, alínea *f*) do CT) e, portanto, ignora-a³⁸.

9 CONCLUSÕES

1. Independentemente da natureza do ato de designação e do conteúdo da relação jurídica de administração, a relação de emprego ou relação de serviço que se estabelece entre o administrador e a sociedade ou associação tem natureza contratual.
2. Este contrato, designado contrato de administração, apresenta afinidades com o contrato de prestação de serviços, em especial com o contrato de mandato, e com o contrato de trabalho.
3. Considerando as partes envolvidas, a natureza da prestação negocial principal a cargo do administrador, as possíveis formas mais ou menos autónomas do seu exercício e que o contrato tanto pode ser oneroso como gratuito, é admissível considerar que o contrato de administração tanto pode ser um contrato de prestação de serviços como um contrato de trabalho.
4. A comissão de serviço apresenta especial aptidão para enquadrar funções de administração, mas só se as circunstâncias concretas do caso revelarem no seu exercício características próprias de uma relação de subordinação.
5. No caso concreto, e apesar de a situação de facto revelar alguns indícios (externos) de laboralidade da prestação, analisando a natureza do cargo (presidência do CA) e as circunstâncias do seu exercício, é de excluir a possibilidade de qualificar a relação de administração da Dra. A. com a associação mutualista como uma relação de trabalho subordinado.
6. Não tendo a relação de administração natureza laboral e existindo um contrato de trabalho anterior entre as partes, o mesmo suspendeu-se, sendo reativado quando cessaram as funções de administração.
7. As infrações cometidas pela presidente do CA refletiram-se na sua esfera laboral e legitimaram o despedimento na medida em que os deveres laborais violados (no caso, o dever de lealdade) subsistem, mesmo encontrando-se o contrato de trabalho suspenso, já que não pressupõem a efetiva prestação de trabalho.

³⁸ Contrariamente ao que sucedeu nos acórdãos citados *supra*, STJ, processo n.º 01S1063, 30 de outubro de 2001 (Cons. Mário Torres) e processo n.º 08S458, 7 de maio de 2008 (Cons. Sousa Peixoto).

Assim, ainda que em abstrato tenham sido assinalados caminhos alternativos e entendimentos diversos dos adotados no acórdão, considerando os factos e a prova produzida, é de acompanhar a decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de maio de 2018 em comentário.

Porto, 29 de julho de 2019.

10 BIBLIOGRAFIA E OUTRAS FONTES

- ABREU, J. M. COUTINHO DE - *Curso de Direito Comercial, Das Sociedades*, Volume II, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2019.
- *Governança das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2006.
- ANTUNES, A.F. MORAIS - «O governo das associações civis», *Direito de Associação - o controlo da legalidade*, Centro de Estudos Judiciários, 2018. Consultado em 22 de julho de 2019. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_associacoes2018.pdf
- CORDEIRO, A. MENEZES - *Manual de Direito das Sociedades, I – Das sociedades em geral*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2011.
- CORREIA, L. BRITO - «Admissibilidade de remuneração variável de um gerente de sociedade por quotas», *Direito das Sociedades Em Revista*, Ano 1, Vol.2, outubro 2009, Coimbra, Almedina, p.9-40.
- COSTA, R. - *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2014.
- CUNHA, P. OLAVO - *Direito das Sociedades Comerciais*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016.
- GOMES, I. - «Principais aspectos do regime jurídico do trabalho exercido em comissão de serviço», *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, coord. por António Monteiro Fernandes, Coimbra, Almedina, 2004, p.241-265.
- GOMES, J. - *Direito do Trabalho*, Volume I – *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- «Da validade do contrato de trabalho com uma sociedade de um grupo para o exercício de funções de administração social noutra sociedade do mesmo grupo», *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, coord. por António Monteiro Fernandes, Coimbra, Almedina, 2004, p.433-456.
- MARTINS, A. SOVERAL - «Comentário ao Artigo 398.º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI (Artigos 373.º a 480.º), coord. por Jorge M. Coutinho de Abreu, Coimbra, Almedina, 2013.
- MARTINS, P. FURTADO - *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.ª edição, Parede, Principia Editora, 2012.
- MONTEIRO, L. M. (AA. VV.) - *Código do Trabalho Anotado*, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, p.421-426
- «Regime jurídico do trabalho em comissão de serviço», *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, coord. por António Monteiro Fernandes, Coimbra, Almedina, 2004, p.507-528.

- OLIVEIRA, A. J. SARMENTO DE - «O contrato de administração. Sua natureza e possibilidade de cumulação com um contrato de trabalho», *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 5, 2005, p.183-206.
- OLIVEIRA, A. PERESTRELO - *Manual de Governo das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2017.
- RODRIGUES, I. D. - *A Administração das Sociedades Por Quotas e das Sociedades Anónimas*, Lisboa, Livraria Petrony, 1990.
- VENTURA, R. - *Novos Estudos Sobre Sociedades Anónimas e Sociedades Em Nome Coletivo - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2003 (Reimpressão da edição de 1994).

Jurisprudência

Tribunal Constitucional

(Acórdãos disponíveis na internet: <http://www.tribunalconstitucional.pt>; consultados em 27 julho 2019).

- (2.ª secção), processo n.º 445/07, 30 de outubro de 2007 (Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro).
- (2.ª secção), processo n.º 714/95, de 9 de outubro de 1996 (Cons. Bravo Serra).

Supremo Tribunal de Justiça

(Acórdãos disponíveis na internet: <http://www.dgsi.pt/>. Consultados em 27 julho 2019).

- (4.ª secção), processo n.º 1887/14.5T8BRR-A.L1.S1, 2 de maio de 2018 (Cons. Chambel Mourisco).
- (4.ª secção), processo n.º 284/11.9TTTVD.L1.S1, 25 de novembro de 2014 (Cons. Gonçalves Rocha).
- processo n.º 08S458, 7 de maio de 2008 (Cons. Sousa Peixoto).
- processo n.º 07S1695, 9 de abril de 2008 (Cons. Sousa Grandão).
- processo n.º 06S4476, 7 de março de 2007 (Cons. Fernandes Cadilha).
- processo n.º 01S1063, 30 de outubro de 2001 (Cons. Mário Torres).

Legislação

Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966.

Código das Associações Mutualistas, aprovado pelo Decreto-Lei 59/2018, de 2 de agosto (em vigor).

Código das Associações Mutualistas, aprovado pelo Decreto-Lei 72/90, de 3 de março (revogado).

Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro.

Código do Trabalho, aprovado pela Lei 7/2009, de 2 de fevereiro.

Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social (EIPSS), alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de novembro.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 41 (2018-2019), páxs. 175-192
ISSN: 1130-2682

AS ASSOCIAÇÕES MUTUALISTAS E O VOTO POR
CORRESPONDÊNCIA – COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO
DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA DE 19-
4-2018 (PROCESSO Nº 11266/16.4T8LSB-6)

*MUTUAL ASSOCIATIONS AND THE POSTAL VOTE – COMMENT
ON THE JUDGMENT OF TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA
OF 19-4-2018 (PROCESS NUMBER 11266/16.54T8LSB-6)*

MAFALDA MIRANDA BARBOSA*

Recepción: 12/7/2019 - Aceptación: 6/10/2019

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pátio da Universidade, 3004-528 Coimbra; mcmb@fd.uc.pt

RESUMO

Em face do artigo 72º do CAM, que dispunha que, “salvo se os estatutos dispuserem de outra forma, é admitido o voto por correspondência, sob condição de o seu sentido ser expressamente indicado em relação ao ponto ou pontos da ordem de trabalhos e a assinatura do associado se encontrar reconhecida notarialmente”, colocou-se a questão de saber se a expressão “salvo se os estatutos dispuserem de outra forma” se refere apenas à admissibilidade de voto por correspondência ou também à sua permissão em condições diferentes das previstas na lei, designadamente quando não haja reconhecimento notarial das assinaturas. Nas páginas que se seguem, refletiremos sobre essa questão – que entretanto parece ter sido também resolvida pelo artigo 86º do novo Código das Associações Mutualistas –, tendo como ponto de partida o caso decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão de 19-4-2018 (Processo nº 11266/16.4T8LSB-6).

PALAVRAS-CHAVE: associações mutualistas; voto por correspondência; liberdade de associação; liberdade estatutária

ABSTRACT

Article 72 of Mutualist Association Code establishes that “unless otherwise is provided in the statutes of the mutual association, voting by correspondence is allowed, provided that its meaning is expressly indicated in relation to the item or items on the agenda and the signature of the member is recognized/certified by a notary”. Taking this article in consideration we may ask as to whether the expression “unless otherwise is provided in in the statutes of the mutual association” refers only to the admissibility of voting by correspondence or also to its permission under other conditions than those provided by law, in particular when there is no recognition of signatures by a notary. In this paper, we will reflect on this issue, which in the meantime seems to have also been solved by Article 86 of the new Code of Mutualist Associations, taking in consideration the case decided by the Lisbon Court of Appeal in its judgment of 19-4 -2018 (Case No. 11666 / 16.4T8LSB-6).

KEYWORDS: mutual associations; postal vote; freedom of association; statutory freedom.

SUMÁRIO: 1. O CASO DECIDIDO PELO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. 2. A SOLUÇÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA E OS ARGUMENTOS MOBILIZADOS. 3. AS ASSOCIAÇÕES MUTUALISTAS E A FORMULAÇÃO DO PROBLEMA. ORDEM DE SEQUÊNCIA. 4. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA COMO UM PROBLEMA NORMATIVO. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA NA SUA REMISSÃO PARA OS PRINCÍPIOS: A LIBERDADE ASSOCIATIVA. 5. A INTERPRETAÇÃO COMO UM PROBLEMA NORMATIVO (CONT.): A INTERPRETAÇÃO DOGMÁTICA E TELEOLÓGICA E O RECURSO AOS DADOS SISTEMÁTICOS – O REGIME DAS SOCIEDADES E DAS ASSOCIAÇÕES. 6. O NOVO CÓDIGO DAS ASSOCIAÇÕES MUTUALISTAS E O REFORÇO DA POSIÇÃO SUSTENTADA. 7. CONCLUSÃO. 8. BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1. THE CASE DECIDED BY THE LISBON COURT OF APPEAL. 2. THE DECISION OF THE LISBON COURT OF APPEAL AND THE ARGUMENTS DEVELOPED. 3. THE MUTUAL ASSOCIATIONS AND THE JURIDICAL PROBLEM. 4. JURIDICAL INTERPRETATION AS A NORMATIVE PROBLEM. THE INTERPRETATION OF THE RULE AND THE REFERENCE TO THE PRINCIPLES: FREEDOM OF ASSOCIATION. 5. JURIDICAL INTERPRETATION AS A NORMATIVE PROBLEM (CONT.): DOGMATIC INTERPRETATION AND PURPOSIVE INTERPRETATION AND THE REFERENCE TO THE JURIDICAL SYSTEM – CORPORATE DISCIPLINE AND ASSOCIATION DISCIPLINE. 6. THE NEW CODE OF MUTUAL ASSOCIATIONS AND THE REINFORCEMENT OF THE POSITION HELD. 7. CONCLUSION. 8. LITERATURE.

1 O CASO DECIDIDO PELO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O caso decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 19 de Abril de 2018 (Processo nº11266/16.4T8LSB-6, relatora Maria de Deus Correia¹) pode contar-se em poucas palavras: A e B propuseram uma ação declarativa contra o Montepio Geral – Associação Mutualista, pedindo a anulação da deliberação da Assembleia Geral realizada em Dezembro de 2015, que homologou os resultados eleitorais para os seus órgãos associativos. Para tanto alegaram que, no decurso do ato eleitoral, que tinha tido lugar em 2 de Dezembro de 2015, se tinham verificado procedimentos violadores das normas estatutárias da ré. Esta, por seu turno, contrapôs que o processo eleitoral se tinha pautado pelo rigor e independência, tendo assegurado a todas as listas concorrentes condições de igualdade para a divulgação dos seus projetos e para a participação no ato. A ação foi julgada improcedente. Foi, então, interposto recurso.

Neste recurso, foi alegado que o método de votação por correspondência, previsto no artigo 44º/3 e 4 dos Estatutos do Montepio, sem reconhecimento presencial das assinaturas, viola o disposto no artigo 72º/2 Código das Associações Mutualis-

¹ In www.dgsi.pt

tas (CAM). De acordo com posição defendida pelos recorrentes, a expressão “salvo se os estatutos dispuserem em contrário” apenas se reporta à proibição de voto por correspondência, e não à sua admissibilidade em condições diferentes das previstas na lei, donde se violaria, assim, com o citado preceito dos Estatutos o disposto nos artigos 72º/2 CAM e 177º CCiv., devendo, nessa medida, ser anulada a deliberação da assembleia geral que declarou uma dada lista como vencedora das eleições.

Para além de questões relativas à matéria de facto (tanto quanto esta se possa cindir, metodologicamente, da matéria de direito), o Tribunal da Relação de Lisboa foi, portanto, chamado a pronunciar-se acerca da interpretação do artigo 72º/2 CAM e, designadamente, acerca da sua natureza dispositiva ou imperativa.

O artigo 44º/3 dos Estatutos do Montepio estatui que é permitido o voto por correspondência, desde que cumpridos determinados requisitos: estar a lista dobrada em quatro, com os nomes votados para dentro, e contida em sobrescrito individual fechado; constar do referido sobrescrito o nome, o número e a assinatura do associado; e endereçado ao presidente da Mesa da Assembleia Geral. No voto por correspondência, nos termos do nº4 do mesmo artigo, “a assinatura do associado deve ser conferida com o espécime existente no Montepio Geral, devendo o voto ser registado nas listas de presença e introduzido na urna”.

Por seu turno, o artigo 72º do CAM dispunha que, “salvo se os estatutos dispuserem de outra forma, é admitido o voto por correspondência, sob condição de o seu sentido ser expressamente indicado em relação ao ponto ou pontos da ordem de trabalhos e a assinatura do associado se encontrar reconhecida notarialmente”.

O busfílis da questão está, pois, na interpretação do âmbito e do alcance do segmento “salvo se os estatutos dispuserem de outra forma”.

Importa, contudo, notar que a norma em questão deixou, entretanto, de vigorar: o novo Código das Associações Mutualistas disciplina a matéria do voto dos associados em Assembleia Geral no artigo 86º, cuja formulação, sendo próxima do anterior regime, dela difere em termos essenciais para a resolução do problema que aqui releva. Poderiam, nesse sentido, suscitar-se dúvidas acerca do problema da sucessão da lei no tempo. Contudo, sem razão: na verdade, o novo Código das Associações Mutualistas, aprovado pelo DL nº 59/2018, de 2 de Agosto, entrou em vigor trinta dias após a sua publicação. Ora, sendo o recurso proferido em 19 de Abril de 2018, perde sentido equacionar a sua aplicabilidade ao caso *sub iudice*. O que não significa que a nova disciplina não deva ser tida em conta como auxiliar interpretativo, tanto quanto os princípios mutualistas continuem inalterados.

2 A SOLUÇÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA E OS ARGUMENTOS MOBILIZADOS

O Tribunal da Relação de Lisboa considerou que a expressão “salvo se os estatutos dispuserem de outra forma” abrange não só a possibilidade de voto por

correspondência, como também a necessidade de reconhecimento notarial da assinatura dos votantes, por ser essa a interpretação que melhor se coaduna com os objetivos constantes do Preâmbulo do Código das Associações Mutualistas, onde se pode ler que, “através de uma maior flexibilização da legislação estatutária – e de uma certa ideia de desregulamentação, valoriza-se a liberdade e autonomia da organização e do funcionamento das associações mutualistas, com a correlativa responsabilização acrescida dos seus órgãos associativos”. A norma tem, segundo a posição expandida no acórdão, natureza claramente supletiva, sendo apenas aplicável caso os estatutos da associação nada dispuserem sobre a matéria. Nessa medida, confirma a decisão recorrida.

A priori, podemos adiantar que a posição do Tribunal da Relação de Lisboa nos parece acertada. Contudo, cremos que, para a sustentar, podem ser mobilizados outros argumentos para além daqueles que foram aduzidos pelo coletivo de juízes.

3 AS ASSOCIAÇÕES MUTUALISTAS E A FORMULAÇÃO DO PROBLEMA. ORDEM DE SEQUÊNCIA

As associações mutualistas são, de acordo com o artigo 1º/1 CAM, pessoas coletivas de direito privado, de natureza associativa, com um número ilimitado de associados, fundos patrimoniais variáveis e duração indefinida que, essencialmente, através da entreajuda e da quotização dos seus associados, praticam, no interesse destes e das suas famílias e em obediência aos princípios mutualistas, fins de auxílio recíproco de proteção social e desenvolvimento humano.

Enquanto associações que são, regem-se, em tudo o que não esteja previsto em legislação específica, pelo regime legal das associações, sendo-lhes aplicáveis os artigos 167º e seguintes do CCiv.

Significa isto, desde logo, que, para além dos princípios mutualistas por que se regem – entre os quais destacamos, pela importância que podem ter na argumentação subsequente, os princípios da autonomia e da democraticidade, o primeiro a implicar que as associações mutualistas são independentes, na sua gestão e funcionamento, em relação ao Estado e outras entidades públicas, sem prejuízo do exercício da tutela, da supervisão ou do licenciamento de atividades e equipamentos; e o segundo a determinar que o funcionamento dos órgãos das associações mutualistas e a eleição dos respetivos membros se regem por princípios e métodos democráticos, segundo o processo estabelecido nos seus estatutos –, são igualmente mobilizáveis os princípios norteadores da constituição e funcionamento das associações, em geral. Aí é de ter em conta o princípio da liberdade de associação como refração a este nível do princípio da autonomia privada, de que aqueles princípios específicos, aliás, não são mais do que emanação particular.

Compreende-se, por isso, que muitas das normas que disciplinam as associações mutualistas não sejam imperativas, sendo frequentes as remissões para os estatutos. É exatamente a isso que assistimos no artigo 72º do anterior CAM. Nenhuma dúvida se levanta, portanto, quanto à possibilidade de os estatutos preverem o voto por correspondência. A referida disciplina – anteriormente vigente – consagrava-o expressamente. O que se torna duvidoso é se a supletividade abrange não só a possibilidade de voto por correspondência, como também a necessidade de reconhecimento notarial da assinatura dos votantes.

Para tanto, é necessário interpretarmos a norma. Simplesmente, para que possamos lograr obter uma resposta normativamente fundada e materialmente justa, não é possível olharmos para aquela como um texto. A tentativa de captação da mesma como um simples enunciado linguístico coloca-nos diante da aporia, pois que a formulação do legislador pode, em termos literais, tanto apontar para a prescindibilidade, prevista nos estatutos, do reconhecimento notarial da assinatura dos votantes, como para a solução inversa.

Importa, por isso, começar por recordar algumas ideias chave em matéria de interpretação jurídica para, depois, as aplicar ao caso concreto, convocando para o efeito quer os princípios norteadores das associações mutualistas, quer a intencionalidade do ordenamento jurídico no tocante às pessoas coletivas. Com isto avançaremos alguns argumentos que nos permitem sustentar uma posição que, *avant la lettre*, nos parece clara e que coincide com aquela que foi consagrada no acórdão ora em comentário.

4 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA COMO UM PROBLEMA NORMATIVO. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA NA SUA REMISSÃO PARA OS PRINCÍPIOS: A LIBERDADE ASSOCIATIVA

Tradicionalmente, a interpretação jurídica era entendida como um problema hermenêutico. A norma seria encarada em abstrato, no jogo entre letra e espírito. Aquela definiria um círculo de sentidos possíveis e fixaria as fronteiras dentro das quais o espírito se poderia mover, excluindo os chamados candidatos negativos, ou seja, os sentidos que a letra inequivocamente e *a priori* excluiria. Mas dentro desse círculo de sentidos possíveis, tal letra voltaria a atuar na sua função de seleção positiva, dicotomizando os candidatos positivos – os sentidos naturais, aqueles que mais correspondessem aos usos habituais das expressões em causa – e os candidatos neutros – aqueles que correspondessem a utilizações menos habituais dos elementos linguísticos².

² Sobre o problema da interpretação, para mais desenvolvimentos, cf. A. CASTANHEIRA NEVES, «Interpretação Jurídica», *Digesta*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, págs. 337 s.; A. CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003; J. PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002,

Só depois entrariam em jogo os outros elementos da interpretação, o elemento sistemático, histórico e teleológico, obtendo-se, assim, o resultado interpretativo devido, que se traduziria numa interpretação declarativa, restritiva ou extensiva³, distinguindo-se claramente da analogia. Na verdade, esta só seria chamada a operar quando se ultrapassassem os sentidos pré-jurídicos delineados pela letra da lei.

Ora, é esta visão do problema da interpretação que se afigura metodologicamente insustentável. A consideração atomista da norma, nas duas grandezas que a compõem, só é possível se aceitarmos que o valor linguístico de um texto é constante e que a utilização de expressões comuns num enunciado jurídico deixa inalterado o seu sentido. Ora, qualquer um destes pressupostos é falso. O sentido de qualquer comunicação está sempre dependente do interlocutor, do contexto e do momento histórico em que se situa. Da mesma forma, o uso de expressões linguísticas num texto jurídico altera o sentido das mesmas⁴. Pelo que teremos de concluir, oportunamente, que, abstratamente, a norma nada nos comunica, só sendo possível interpretá-la no confronto com o caso concreto. Por isso, o objeto da interpretação passa a ser a norma problema, isto é, ela deixa de ser vista como um enunciado linguístico para passar a ser entendida como a tipificação de um problema, com uma intrínseca intencionalidade problemática. Em confronto ficam, então, dois problemas e o nosso raciocínio passa a caminhar do particular para o particular, razão pela qual se pode afirmar que a analogia estará sempre presente em qualquer processo de interpretação jurídica⁵. Deixa de fazer sentido falar de interpretação extensiva e restritiva, passando a assumir-se como resultados interpretativos a extensão e a redução teleológica, formas de interpretação corretiva que não nos apartam da analogia⁶.

Não basta, porém, que a norma seja transcendida pelas exigências do caso concreto: haverá de ser, igualmente, remetida para os princípios normativos em que se

págs. 809 s.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA/JOÃO PEDRO RODRIGUES, «Da incompetência do TC para apreciar eventuais violações do princípio da legalidade criminal: breve reposicionamento crítico em sede metodológica», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 108 s. (que aqui damos por reproduzido em alguns pontos específicos).

³ Se ambos os elementos da norma coincidissem, a interpretação dir-se-ia declarativa. Se a letra fosse mais ampla que o espírito, restringir-se-ia o sentido textual para o fazer coincidir com o seu espírito, dando-se lugar à interpretação restritiva. Se, pelo contrário, a letra fosse menos ampla que o espírito, alargar-se-ia o sentido textual da lei, dentro dos seus sentidos possíveis, para o fazer coincidir com o seu espírito, abrindo-se as portas a uma interpretação extensiva.

⁴ J. PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, pág. 894

⁵ Sobre o ponto, cf., novamente, MAFALDA MIRANDA BARBOSA/JOÃO PEDRO RODRIGUES, «Da incompetência do TC», págs. 108-109 e, para desenvolvimentos não consentâneos com o nosso âmbito de análise, a demais bibliografia já citada acerca da interpretação jurídica.

⁶ Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pág. 242.

louva, sob pena de incompreendermos a sua intencionalidade normativa. De facto, a analogia de que falamos, quando devidamente entendida, não se pode confundir com a mera identidade dos termos. Estivéssemos nós no campo matemático e ela transverter-se-ia em pura identidade⁷; no campo do direito, temos toda a barreira entre o geral e abstrato da norma e o particular e concreto do caso a cavar um fosso que exige, para o juízo de similitude suficiente que se procura, a convocação de um *tertium datum* que o viabilize⁸. Donde a interpretação da norma (entendida em termos amplos) implicará não só a remissão do critério para o caso que o convoca, como para os princípios normativos do sistema, que, em rigor, são fundamentais para se poder compreender o sentido normativo dessa mesma norma.

Os dados metodológicos que recordamos afiguram-se fundamentais para compreendermos que a adequada solução do problema considerado no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que comentamos não pode quedar-se no puro pla-

⁷ Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, pág. 242.

⁸ Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, págs. 256 s.

Castanheira Neves fala da analogia como uma “integrante e unitária inteligibilidade ou racionalização”, que implica a verificação de três características fundamentais: “1) (...) essas entidades não veem reduzida pela analogia a sua diversidade (...); 2) (...) a inteligível integração deverá ser uma conclusão nivelada (...) i.é, deverá manter-se no mesmo nível dos relata e não passar (...) a um nível diverso (...); 3) (...) exige-se um fundamento específico da integração (*fundamentum relationis*, *tertium comparationis*) a justificar a inteligibilidade ou racionalidade dessa unificante associação na diferença”. (cf. *Metodologia Jurídica*, 241).

Ora, esse *fundamentum relationis* não pode deixar de ser encontrado na expressão do próprio direito. Sem que com isto resvalemos para o vício, contaminador do pensamento de raiz tradicional denunciado pelo jurista, que redundaria, afinal, na mutação do nível de grau entre os *relata*, ao admitir a *analogia iuris*, entendida como a analogia entre o caso concreto e um princípio geral extraído de um conjunto de normas. Pois que, não só os princípios a que apelamos em nada se confundem com esses princípios gerais de índole normativista, como a justificação da relação por aquele *tertium comparationis* não implica a passagem do particular ao geral (cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, págs. 244-254).

Em rigor, Castanheira Neves chama-nos a atenção para a índole argumentativa e não meramente lógica do raciocínio analógico. Com o que pretende afirmar a necessidade – insuperável – de se recorrer, na comparação das duas intencionalidades problemáticas em confronto, a critérios especificamente jurídicos, por ele identificados como “critérios normativo-teleologicamente materiais” (cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, pág. 249).

“Os casos relevantes serão juridicamente análogos quando os seus respetivos e concretos sentidos problemático-jurídicos (...) se puderem pensar numa conexão justificada pela intenção fundamental de juridicidade que os constitui na sua especificidade jurídica (...). Mas essa analogia problemática não dispensa um segundo momento analógico de índole agora judicativa, pois só uma ponderação comparativa a nível judicativo poderá levar a concluir que a solução jurídica do caso-foro é normativo-juridicamente adequada também para o caso-tema” (cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, pág. 261).

Tudo isto a querer dizer que, em concreto, o juízo analógico – em que se consubstancia, afinal, toda a interpretação – apresenta um carácter axiológico-normativo, a implicar a intuição do próprio sentido do direito que, assim, se derrama em cada mobilização que se há-de fazer dos diversos critérios legais erigidos para a procedência de uma pretensão indemnizatória procedente.

no hermenêutico de compreensão do sentido textual do artigo 72º do (anterior) CAM.

A norma em questão deve ser compreendida na sua articulação com o princípio da autonomia privada e da liberdade estatutária que a este nível se reconhece. De facto, as associações têm vindo a ser entendidas como uma “manifestação civil básica da liberdade de associação”⁹, consagrada no artigo 46º CRP, e tal liberdade de associação não pode ser reduzida à possibilidade de se constituir ou não uma associação. Consoante esclarece Menezes Cordeiro, “as referências constitucionais à liberdade de associação não se limitam a consagrar a possibilidade de livre constituição de pessoas coletivas e, *maxime*, de associações; elas estabelecem algumas regras importantes quanto à sua autonomia e ao seu funcionamento, com relevo direto na interpretação e na aplicação da lei civil”¹⁰. Entre tais regras, encontramos, exatamente, como refração daquela, a liberdade estatutária e a autonomia na condução dos destinos da pessoa coletiva.

É neste fundamento que encontramos a *ratio* da possibilidade de se disciplinar estatutariamente o voto por correspondência. Na remissão da norma para o princípio, haveremos de concluir pelo caráter dispositivo dela: ou seja, os estatutos podem não permitir o voto por correspondência ou podem estabelecer para eles regras diversas daquelas que resultam do artigo 72º CAM.

Só assim não será se se descortinar um qualquer interesse que justifique a preterição do princípio. Resta, então, indagar em que medida existirá algum princípio que se oponha à possibilidade de se controlar a veracidade das assinaturas através de um procedimento que não passe pelo reconhecimento notarial das mesmas, ou se existirá algum interesse de ordem pública que justifique a imperatividade da solução legal quanto ao ponto¹¹.

O reconhecimento notarial das assinaturas cumpre diversos objetivos. Aposta a um documento particular, pode configurar uma dada forma negocial, chamada a desempenhar determinadas funções, que justificam o afastamento da regra da liberdade de forma. Não cremos, porém, que qualquer dos objetivos prosseguidos com a imposição formal estejam aqui em causa. As razões determinativas da forma da declaração são claras: garantir a reflexão das partes no negócio; permitir uma formulação mais precisa e mais clara da vontade; publicitar o ato; separar a

⁹ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, tomo III, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 551. Veja-se, também, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 559

¹⁰ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, pág. 556.

¹¹ Equacionando nos mesmos moldes questões que rodeiam a dúvida acerca da imperatividade ou supletividade de normas que regem a vida das associações, cf. A.F. MORAIS ANTUNES, «O governo das associações civis», *Direito das Associações – o controlo da legalidade*, CEJ, 2018, págs. 110 s. Da autora, cf., igualmente, A. F. MORAIS ANTUNES, «O governo das associações civis», *O Governo das Organizações: a vocação universal do Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 503-558

negociação da efetiva celebração do negócio¹². Simplesmente, nenhuma delas se torna operante quando se trata do voto por correspondência. Do que se trata é de garantir que a missiva contendo a declaração de voto foi efetivamente emitida por aquele que nela se identifica, evitando, assim, interferências de terceiros na formação da vontade da pessoa coletiva, por um lado, e, por outro lado, o afastamento do associado dessa tomada de posição coletiva. Repare-se, ademais, que mesmo o controlo de legalidade que se alcança por via da intervenção notarial – quando a forma exigida seja mais solene – deixa de estar em causa, dado que aquilo que se refere no artigo 72º CAM é, apenas, o reconhecimento das assinaturas.

Ora, existem outras formas de controlo para além do reconhecimento notarial das destas. E o artigo 44º/4 Estatutos do Montepio Geral parece acautelar o controlo da veracidade, ao dispor que «a assinatura do associado deve ser conferida com o espécime existente no Montepio Geral».

5 A INTERPRETAÇÃO COMO UM PROBLEMA NORMATIVO (CONT.): A INTERPRETAÇÃO DOGMÁTICA E TELEOLÓGICA E O RECURSO AOS DADOS SISTEMÁTICOS – O REGIME DAS SOCIEDADES E DAS ASSOCIAÇÕES

A interpretação do artigo 72º do anterior Código das Associações Mutualistas parece ser confirmada por uma leitura sistemática do ordenamento jurídico. Esta impõe-se com meridiana clareza. Com efeito, os objetivos da interpretação – outrora disputados entre as correntes subjetivistas e objetivistas – transmutam-se, fazendo dialogar a interpretação dogmática e a interpretação teleológica. A primeira não se diferencia totalmente da segunda, posto que o sistema tem uma intencionalidade problemática incontornável. E é por isso que, afastada que esteja a visão estrita dessa teleologia para a aceitarmos no sentido mais fundo de incorporação da própria teleonomologia, se há-de chegar a perceber que, se, de facto, a arquitetura sistemática em si mesma não garante a concludência do nosso discurso, posto que, viabilizando a delimitação da juridicidade a partir do sistema, poderia deixar sem resposta casos que reclamassem, pela pressuposição das exigências de sentido que entretecem a normatividade, uma resposta de direito, nem por isso podemos deixar de lado a consideração desse sistema, entendido, também ele, como um problema.

Aliás, de acordo com o ensinamento da doutrina, as regras atinentes às sociedades comerciais – mais completas do que as que disciplinam as associações –

¹² Cf. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, págs. 428-429.

levam ínsitos os valores fundamentais do direito privado¹³, razão pela qual podem ser aplicadas por analogia¹⁴. Recusando reservar a analogia para a resolução de casos omissos, a chamada à colação de determinadas regras que regulam as sociedades como expediente interpretativo que, entendido na sua intencionalidade problemática, pode auxiliar na busca de uma solução justa torna-se imperioso.

A este ensejo, são várias as normas a que podemos recorrer.

O artigo 247º CSC, no tocante às sociedades por quotas, consagra que, «não havendo disposição de lei ou cláusula contratual que o proíba, é lícito aos sócios acordar, nos termos dos números seguintes, que a deliberação seja tomada por voto escrito». O voto escrito a que se refere o preceito é, conforme decorre dos seus restantes números, o voto por correspondência. De facto, só essa particularidade explica o disposto no nº4, nos termos do qual, quando se proceder a votação por escrito, «o gerente enviará a todos os sócios a proposta concreta de deliberação, acompanhada pelos elementos necessários para a esclarecer, e fixará para o voto o prazo não inferior a dez dias».

Parece, portanto, não existir qualquer limitação ao voto por correspondência, não se impondo requisitos adicionais no tocante à certificação das assinaturas, no âmbito das sociedades por quotas. A única limitação à votação por escrito, que aqui compreendemos como votação por correspondência, é a que resulta do artigo 249º CSC e diz respeito à impossibilidade de, no tocante a essa forma de votação, existir representação do sócio.

Por seu turno, o artigo 384º CSC dispõe, a propósito das sociedades anónimas, que, «se os estatutos não proibirem o voto por correspondência, devem regular o seu exercício, estabelecendo, nomeadamente, a forma de verificar a autenticidade do voto e de assegurar, até ao momento da votação, a sua confidencialidade, e escolher entre uma das seguintes opções para o seu tratamento: a) determinar que os votos assim emitidos valham como votos negativos em relação a propostas de deliberação apresentadas ulteriormente à emissão do voto; b) autorizar a emissão de votos até ao máximo de cinco dias seguintes ao da realização da assembleia, caso em que o cômputo definitivo dos votos é feito até ao 8.º dia posterior ao da realização da assembleia e se assegura a divulgação imediata do resultado da votação».

¹³ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, pág. 566; e A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, pág. 578

Menezes Cordeiro tem vindo a reconhecer que, “à medida que se acentua o relevo económico, direto ou indireto, de associações e fundações, estas têm vindo a dotar-se de esquemas de acompanhamento, de consulta e de fiscalização semelhantes aos das sociedades” – A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, pág. 548.

Entre nós, veja-se, ainda, A. F. MORAIS ANTUNES, “O governo das associações civis”, *Direito das Associações*, pág. 114.

¹⁴ Em sentido crítico, cf. D. RANOOUX, «L’application subsidiaire du droit des sociétés aux associations/ Note sous Cour de cassation (1civ.) 3 mai 2006», *Revue des Sociétés*, 4 (2006), págs. 855-860.

Aqui, prevê-se expressamente a possibilidade de voto por correspondência, remetendo-se para os estatutos a forma de verificação da autenticidade do mesmo. A diferença em relação ao que se consagra em matéria de sociedades por quotas percebe-se se atentarmos na estrutura societária de cada uma das modalidades de sociedade. Com efeito, enquanto as sociedades por quotas se caracterizam por uma maior concentração do capital social, dividido em quotas, as sociedades anónimas baseiam-se numa lógica de dispersão de capital, aproximando-se da impessoalidade do substrato de uma associação. Dito de uma forma mais direta, no quadro de uma sociedade por quotas, nas quais, por regra, o número de sócios é muito menor do que numa sociedade anónima e do que o número de associados de uma associação, parece perder sentido a necessidade de controlo da veracidade do voto, tanto mais que o voto por escrito implica que, previamente, o gerente enviará a todos os sócios a proposta de deliberação, acompanhada dos elementos necessários para a esclarecer, por carta registada.

Se não se pode vislumbrar a adequada analogia entre uma associação mutualista e uma sociedade por quotas, em termos estruturais, ela parece impor-se quando o confronto seja feito entre a primeira e uma sociedade anónima. Significa isto que, se é o próprio legislador que remete para os estatutos da sociedade a forma de controlo da veracidade do voto, não se divisam quaisquer razões para, ao nível de uma associação mutualista, o controlo ter de ser feito por um notário.

Uma associação mutualista é, como referido, uma pessoa coletiva de direito privado, de natureza associativa, com um número ilimitado de associados, fundos patrimoniais variáveis e duração indefinida que, essencialmente, através da entajuda e da quotização dos seus associados, pratica, no interesse destes e das suas famílias e em obediência aos princípios mutualistas, fins de auxílio recíproco de proteção social e desenvolvimento humano. Conjuntamente com as cooperativas, estas pessoas coletivas constituem um dos pilares da economia social, dando eco ao princípio económico da reciprocidade¹⁵. Em causa estão, portanto, pessoas coletivas no âmbito das quais se procede à gestão de fundos comuns que resultam das quotizações dos associados, com vista a acautelar o seu futuro e das suas famílias¹⁶.

Dentro das pessoas coletivas, qualificam-se como associações, pela ausência de fim lucrativo. Ainda que se possam dedicar a atividades económicas potenciadoras de lucros e possam gerá-los, sobretudo pela sua ligação às caixas económicas, a finalidade das associações mutualistas não é a sua distribuição pelos

¹⁵ Autores há que integram nos pilares da economia social as associações em geral e as fundações. Cf., nesse sentido, R. SEQUEIRA, *Associações mutualistas em Portugal: aspetos históricos e prospetivos*, Lisboa, ISCTE, 2017, pág. 1. Acerca do princípio da reciprocidade, vejam-se, na obra citada, as págs. 19 e segs.

¹⁶ R. SEQUEIRA, *Associações mutualista em Portugal*, pág. 39.

associados, mas sim a garantia do futuro, ou de algumas dimensões do futuro, dos seus membros e respetivas famílias¹⁷.

A lógica subjacente à associação mutualista é a da solidariedade entre todos os seus membros, recuperando-se, de certo modo, a ideia de que «o que é meu é teu»¹⁸. E se a entejuda é a palavra de ordem, então compreende-se que a gestão da pessoa coletiva se deva basear na perfeita igualdade de todos os que integram o seu substrato, independentemente do capital detido ou da quota titulada. Um homem vale um voto, conforme, aliás, explicita o artigo 11º CAM¹⁹.

O dado afasta as associações mutualistas das sociedades, assumam elas a forma de sociedades por quotas ou de sociedades anónimas. Mas, não obsta a que determinadas regras atinentes ao governo da pessoa coletiva não possam ser mobilizadas, sobretudo tendo em conta outros elementos de aproximação entre elas.

Entre esses fatores de aproximação encontram-se o número ilimitado de associados e o carácter anónimo dos sócios de uma sociedade anónima; a possibilidade de as associações mutualistas desenvolverem atividades que se inserem, tipicamente, no objeto de uma sociedade comercial. Pense-se, por exemplo, na possibilidade de as associações mutualistas titularem caixas económicas²⁰. Por outro lado, importa não esquecer, como explicita Paulo Linhares Dias, que, “sendo certo que os produtos mutualistas, sobretudo destinados à complementaridade da reforma e proteção social, se baseavam na solidariedade e da redistribuição da riqueza, na verdade, e numa visão simplista, as mutualidades partiam da quotização dos associados, dos fundos com que contribuíam e da capitalização gerada pela aplicação desses fundos e de fundos próprios, para satisfazerem os seus encargos e garantirem os regimes prestacionais com os seus associados, aliás, ainda é esta a fórmula prevista na lei”, “(...) a evolução do mundo da finança alterou estes padrões, procurando-se a maior rentabilização das aplicações através de produtos cada vez mais sofisticados, e que se vieram a revelar pouco seguros”²¹ e que apresentam uma similitude bastante com muitos produtos financeiros.

Significa isto que nos deparamos com uma similitude (que não identidade) material e estrutural entre as associações mutualistas e muitas sociedades comerciais. Materialmente, denota-se uma aproximação entre a atividade levada a cabo por uma

¹⁷ R. SEQUEIRA, *Associações mutualista em Portugal*, pág. 38.

¹⁸ Cf. R. SEQUEIRA, *Associações mutualista em Portugal*, pág. 37, recordando as palavras de Vítor Melícias, na apresentação de um livro sobre mutualismo.

¹⁹ Sobre o ponto, cf. R. SEQUEIRA, *Associações mutualista em Portugal*, pág. 46.

²⁰ Esta particularidade, aliás, levanta problemas jurídicos muito interessantes, atinentes aos modelos de supervisão. Sobre o ponto, cf. P. LINHARES DIAS, *A supervisão da atividade financeira no terceiro setor. O caso das associações mutualistas*, Coimbra, CEDIPRE, 2018. Note-se que o novo Código das Associações Mutualistas vem dar uma resposta a este interessante problema.

²¹ P. LINHARES DIAS, *A supervisão da atividade financeira no terceiro setor. O caso das associações mutualistas*, pág. 11.

e outra pessoa coletiva. Estruturalmente, o carácter anónimo do substrato que as integram (quando pensamos nas sociedades anónimas) permite um juízo de similitude.

É claro que subjacente à similitude que se aponta há diferenças inultrapassáveis: a intencionalidade que preside ao mutualismo afasta-o das pessoas coletivas cujo escopo seja o lucro. Acontece que esta particularidade – relevantíssima, diga-se – não preside à exigência de controlo da veracidade do voto por correspondência. Na verdade, tal exigência prende-se com a necessidade de garantir que cada associado possa, efetivamente, contribuir para a formação da vontade da pessoa coletiva, enquanto centro autónomo de imputação de relações jurídicas. Ora, a mesmíssima preocupação existe no tocante às sociedades: não é o facto de o montante do capital subscrito determinar um maior ou menor número de votos que justifica um maior risco de desvirtuar aquela vontade que se pretende formada de um modo são e, portanto, sem interferências de terceiros estranhos ao substrato da pessoa coletiva.

Acresce que, a partir do momento em que se admite a possibilidade de representação nas assembleias gerais das associações, sem que a procuração habilitante tenha de revestir qualquer forma especial, parece cair por terra qualquer argumento no sentido da necessidade de controlo específico da autenticidade do voto do associado mutualista²².

O problema da representação dos associados nas assembleias gerais das associações tem suscitado dúvidas na doutrina e na jurisprudência, em face do disposto no artigo 180º C. Civ., nos termos do qual, “salvo disposição estatutária em contrário, a qualidade de associado não é transmissível, quer por ato entre vivos, quer por sucessão; o associado não pode incumbir outrem de exercer os seus direitos pessoais”. As dúvidas adensam-se em face do artigo 175º C. Civ., atenta a formulação do seu nº1, a parecer exigir a presença física dos associados na referida assembleia²³. De acordo com a jurisprudência do STJ, exigir-se-ia a presença dos associados no caso dos números 1 a 3 do artigo 175º, embora já não em caso de deliberação sobre a dissolução ou prorrogação da pessoa coletiva, por questões práticas, atinentes à inviabilidade de, de outra forma, estas assembleias se realizarem²⁴.

²² Sobre o ponto, cf. L. CARVALHO FERNANDES, «A representação dos associados nas assembleias gerais das associações», *Centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: estudos em homenagem*, Coimbra, Almedina, 2012, págs. 641-660

²³ A. F. MORAIS ANTUNES, “O governo das associações civis”, *Direito das Associações*, pág. 114; L. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6ª edição, Lisboa, UCE, 2012, pág. 622; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, pág. 684; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, pág. 698; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral*, I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 300; P. HENRIQUES, “O regime geral das associações”, *Direito das Associações – o controlo da legalidade*, CEJ, 2018, págs. 163 s.

²⁴ Cf. Ac. STJ 16 de Abril de 2009, Proc. nº 09B0139 (relator Lázaro Faria)

Veja-se, porém, em sentido contrário o Ac. STJ 16 de Novembro de 2006, Proc. nº 06B2647, relator João Bernardo.

Não cremos, porém, que esta posição possa ser sufragada. Desde logo, os argumentos avançados para a sustentar padecem da fragilidade de uma interpretação literal, que perde inclusivamente sentido lógico. Como sublinha Filipa Morais Antunes, “com base num argumento de coerência, não se compreende à luz da finalidade alegadamente visada pela norma - a proteção do carácter predominantemente coletivo dos interesses tutelados - que, para a tomada de deliberações relevantes para a associação, o legislador tenha sido menos exigente, ao admitir, quanto a estas, o voto por procuração e ao não exigir a presença física dos associados”²⁵. Dito de outro modo, qual o sentido de se exigir a presença física dos associados para as deliberações relativas à alteração dos estatutos (nas quais se impõe uma maioria qualificada), justificada pela importância das mesmas, e prescindir-se dela quando em causa esteja a decisão acerca da continuidade ou não da pessoa coletiva? A mesma razão de operacionalidade prática não poderá estar presente no tocante a estas últimas?

Por outro lado, o carácter predominantemente coletivo dos interesses tutelados não é posto em causa com a possibilidade de representação; muito menos se poderá dizer que se perde a natureza coletiva da decisão. É que na representação e pela representação é ainda e sempre a vontade do representado que se torna atuante.

Não só o argumento literal retirado do artigo 175º C. Civ. não colhe, como podemos aduzir outros argumentos de sinal contrário²⁶. Em primeiro lugar, consoante a doutrina tem vindo a sublinhar, na parte final do artigo 180º C. Civ., não se integra o direito de voto: o mesmo é dizer que o direito de voto não é um dos direitos pessoais titulados pelo associado²⁷. Em segundo lugar, a considerar-se correta a visão restritiva acerca do problema da representação, perderia sentido o artigo 176º/1 C. Civ.²⁸, ao determinar que “o associado não pode votar, por si ou

²⁵ A. F. MORAIS ANTUNES, “O governo das associações civis”, *Direito das Associações*, pág. 118.

²⁶ Nesse sentido, cf. A. F. MORAIS ANTUNES, “O governo das associações civis”, *Direito das Associações*, pág. 119.

²⁷ Nas palavras de Paulo Henriques, “a ideia de incluir o direito de voto no âmbito da proibição da segunda parte do artigo 180.º, isto é, no leque dos direitos que o associado não pode incumbir outrem de exercer, está em manifesta contradição com a própria lei. Na verdade, em vista do que estabelece o artigo 176.º, n.º 1, é seguro que o Código Civil admite que o associado incumba outrem de votar por ele; apenas se discute o âmbito de aplicação da norma: se é geral ou se vale apenas para os casos de dissolução e prorrogação. E nem nos devemos surpreender que o direito de voto numa associação admita exercício por procuração: são opções de funcionalidade que significam uma ampliação da liberdade de participação” – cf. P. HENRIQUES, «O regime geral das associações», pág. 163. Cf., também, A. F. MORAIS ANTUNES, «O governo das associações civis», *Direito das Associações*, pág. 119; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, pág. 684; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, pág. 694; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral*, pág. 300.

²⁸ Cf. M. CAETANO, «As Pessoas Colectivas no Novo Código Civil Português», *O Direito*, 99 (1967), pág. 108, considerando que o artigo 176º apenas diria respeito às deliberações que, nos termos do artigo 175º, pudessem ser tomadas por voto por procuração. Criticando a solução, cf. P. HENRIQUES, «O regime geral das associações», pág. 163, afirmando que, “ao confinar a aplicação do disposto no

como representante de outrem, nas matérias em que haja conflito de interesses entre a associação e ele, seu cônjuge, ascendentes ou descendentes”²⁹.

A admissibilidade de voto por meio de representante está, aliás, expressamente, prevista no caso das sociedades, nos artigos 189º/4, 249º e 380º CSC.

Os argumentos que se mobilizam no sentido da admissibilidade do voto por procuração nas assembleias gerais das associações são transponíveis para as associações mutualistas. O paralelo entre o que se disse e o que resulta dos artigos 85º e 86º CAM é evidente.

A partir do momento em que se admite o voto por procuração, haveremos de considerar que esta não está – de acordo com o artigo 262º/2 C. Civ. – sujeita a qualquer formalidade especial. O princípio geral da liberdade de forma, acolhido expressamente pelo legislador em matéria de representação voluntária, só é afastado em duas hipóteses: a) ou quando uma norma especificamente determine uma forma (condicionando a própria representação, como ocorre em sede de sociedades comerciais), ou b) quando o negócio que com base nos poderes por ela atribuídos vá ser celebrado pelo representante esteja submetido a uma dada formalidade. Não sendo esse o caso de um voto numa assembleia geral, afasta-se a exigência de qualquer controlo de legalidade por parte de uma entidade cuja atuação faça fé pública, como um notário. E se os órgãos da pessoa coletiva podem exigir que o representante faça prova dos seus poderes, designadamente através da apresentação de um documento onde tais poderes representativos constem, nos termos do artigo 260º C. Civ., tal exigência está longe da necessidade de outorga de uma escritura pública ou do reconhecimento notarial das assinaturas. Ora, se o risco de interferência abusiva de um terceiro existe nestas hipóteses, não se percebe por que razão ela tem de ser totalmente afastada na situação de voto por correspondência.

Donde se deve concluir que, ainda que o legislador se tenha mostrado particularmente cauteloso, cabe aos estatutos da associação mutualista a última palavra em matéria de procedimentos de verificação da autenticidade da assinatura no voto por correspondência. A liberdade que subjaz à associação – à sua constituição, ao seu funcionamento e à participação de cada um dos associados – determina ser esta a melhor solução. Nas palavras de Paulo Henriques, “a liberdade de organização e regulamentação interna deve ser concretizada, desde logo, numa ampla liberdade de modelação do conteúdo dos estatutos”³⁰. De igual modo, o princípio democrático depõe no mesmo sentido.

artigo 176.º, n.º 1, aos casos em que o assunto a deliberar é a dissolução ou a prorrogação, o intérprete chega a resultados irrazoáveis: a ser assim, o associado poderia votar, por si, mesmo havendo o conflito de interesses, em todas as outras matérias”.

²⁹ Cf. P. HENRIQUES, «O regime geral das associações», pág. 296

³⁰ P. HENRIQUES, «O regime geral das associações», pág. 164 s.

Tudo visto, podemos concluir que os dados sistemáticos fortalecem a interpretação da norma (do artigo 72º CAM) a que se acedia por via da sua remissão para os princípios.

6 O NOVO CÓDIGO DAS ASSOCIAÇÕES MUTUALISTAS E O REFORÇO DA POSIÇÃO SUSTENTADA

O novo Código das Associações Mutualistas especifica, no seu preâmbulo, que se impõe o “fortalecimento do caráter democrático e da participação dos associados”, para o que se introduzem “normas que possibilitam ou impõem uma participação mais alargada dos associados e o controlo mais efetivo da sua participação”. Nos termos do artigo 86º/4 do novo CAM, “salvo se os estatutos dispuserem de outra forma, é admitido o voto por correspondência, sob condição de o seu sentido ser expressamente indicado em relação ao ponto ou pontos da ordem de trabalhos, ser assegurada a sua autenticidade, nomeadamente através de reconhecimento da assinatura nos termos legais e garantida a sua confidencialidade, devendo ainda observar-se os demais requisitos exigidos pelos estatutos”. O reconhecimento das assinaturas nos termos legais é agora assumido como um meio, entre outros possíveis, de assegurar a autenticidade do voto.

Embora a lei nova não sirva para interpretar a lei antiga, sempre se haverá de reconhecer que, ao presidir à nova disciplina a mesma intencionalidade que contaminava o anterior regime, não estaremos perante uma inovação por parte do legislador, mas diante do esclarecimento necessário de uma questão, cuja solução, apesar da controvérsia, se afirmava com meridiana clareza.

7 CONCLUSÃO

O Tribunal da Relação de Lisboa considerou que o artigo 72º do anterior CAM configurava uma norma dispositiva, permitindo que os Estatutos de uma associação mutualista estabelecessem um procedimento de verificação de assinaturas, no voto por correspondência, que não passasse pelo reconhecimento notarial daquelas.

A adequada interpretação da norma, segundo os cânones metodológicos mais consentâneos com o verdadeiro sentido da realização do direito, a remetê-la para os princípios normativos, confirma o juízo decisório. Em abono desta posição concorrem ainda outros argumentos, a chamar à colação algumas das regras de governo das associações em geral e das sociedades comerciais.

A norma deve, portanto, ser entendida como uma refração do princípio da liberdade de associação e estatutária. E o artigo 86º/4 do novo CAM vem, de uma forma mais explícita, consagrar essa solução.

8 BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, A.F. MORAIS, «O governo das associações civis», *Direito das Associações – o controlo da legalidade*, CEJ, 2018, págs. 110 s.
- ANTUNES, A. F. MORAIS, «O governo das associações civis», *O Governo das Organizações: a vocação universal do Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 503-558.
- ASCENSÃO, J. OLIVEIRA *Direito Civil/Teoria Geral*, I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA / RODRIGUES, JOÃO PEDRO, «Da incompetência do TC para apreciar eventuais violações do princípio da legalidade criminal: breve reposicionamento crítico em sede metodológica», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 108 s.
- BRONZE, J. PINTO, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- CORDEIRO, A. MENEZES *Tratado de Direito Civil Português*, I, tomo III, Almedina, Coimbra, 2004.
- CORDEIRO, A. MENEZES, *Tratado de Direito Civil IV*, Almedina, Coimbra, 2019.
- DIAS, P. LINHARES *A supervisão da atividade financeira no terceiro setor. O caso das associações mutualistas*, Coimbra, CEDIPRE, 2018.
- FERNANDES, L. CARVALHO, «A representação dos associados nas assembleias gerais das associações», *Centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: estudos em homenagem*, Coimbra, Almedina, 2012, págs. 641-660.
- FERNANDES, L. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6ª edição, Lisboa, UCE, 2012.
- HENRIQUES, P., “O regime geral das associações”, *Direito das Associações – o controlo da legalidade*, CEJ, 2018, págs. 158 s.
- NEVES, A. CASTANHEIRA, *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- NEVES, A. CASTANHEIRA, «Interpretação Jurídica», *Digesta*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- NEVES, A. CASTANHEIRA, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- RANOOUX, D., «L’application subsidiaire du droit des sociétés aux associations/ Note sous Cour de cassation (1civ.) 3 mai 2006», *Revue des Sociétés*, 4 (2006), págs. 855-860.
- SEQUEIRA, R., *Associações mutualistas em Portugal: aspetos históricos e prospetivos*, Lisboa, ISCTE, 2017.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 41 (2018-2019), páxs. 193-214
ISSN: 1130-2682

**POR UMA GESTÃO DEMOCRÁTICA INDIRETA DAS
COOPERATIVAS: COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES DE 18 DE OUTUBRO DE 2018**

*TOWARDS AN INDIRECT DEMOCRATIC MEMBER CONTROL
OF COOPERATIVES: COMMENTARY TO THE DECISION OF
THE GUIMARÃES COURT OF APPEAL OF 18TH OCTOBER 2018*

INÊS NEVES*

Recepción: 17/7/2019 - Aceptación: 4/11/2019

* Assistente convidada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigadora Colaboradora do Centro de Investigação Jurídico-Económica. Advogada Estagiária na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados. Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto – Portugal. Endereço de correio eletrónico: ineves@direito.up.pt.

RESUMO

O presente comentário visa, partindo do percurso mental seguido pelo Tribunal da Relação de Guimarães, analisar criticamente a figura das assembleias gerais de delegados. No acórdão em anotação, o Tribunal foi chamado a apreciar os estatutos de uma Cooperativa que preveem que a assembleia geral se realize com a presença, não dos cooperadores, mas de delegados por aqueles eleitos nas suas diversas secções. O cerne da questão passa por aferir a compatibilidade desta solução com o princípio da gestão democrática, tal como vertido no artigo 3.º do Código Cooperativo. Para o efeito, importará compreender a teleologia subjacente ao princípio, aferindo se ele consente a existência deste tipo de participação indireta ou representada dos cooperadores.

PALAVRAS-CHAVE: assembleia geral; direitos dos cooperadores; princípio da gestão democrática; democracia.

ABSTRACT

This commentary, which is based on the mental path followed by the Court of Appeal of Guimarães, aims to critically analyse the general assemblies of delegates. In the judgment under review, the Court was called upon to review the statutes of a Cooperative, according to which the general assembly would take place with the presence of delegates elected by the cooperators in their various sections, instead of the cooperators by themselves. The question is whether this solution is compatible with the principle of democratic member control, as laid down in article 3 of the Cooperative Code. To this end, we need to understand the idea behind the principle and to assess whether it allows cooperators' indirect or represented participation.

KEYWORDS: general assembly; cooperators' rights; principle of democratic member control; democracy.

SUMÁRIO: 1. NÚCLEO PROBLEMÁTICO DO ACÓRDÃO. 2. FACTUALIDADE RELEVANTE. 2.1. Sentença de 1.^a instância. 2.2. Recurso para o Tribunal da Relação. 2.2.1. Alegações da Recorrente. 2.2.2. Contra-alegações do Recorrido. 2.2.3. Acórdão do Tribunal da Relação. 2.3. Recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça. 3. ASSEMBLEIAS SETORIAIS E ASSEMBLEIAS GERAIS DE DELEGADOS. 3.1. Do Direito aplicável. 3.2. Fundamento da solução e natureza da «delegação». 3.3. Aplicação do voto por representação nas assembleias gerais de delegados. 4. O PRINCÍPIO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA. 4.1. Por uma leitura atualista. 4.2. Os freios e contrapesos de uma leitura flexível do princípio. 5. CONCLUSÃO. 6. BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1. *DECISION'S CORE ISSUE*. 2. *RELEVANT FACTS*. 2.1 *First instance judgement*. 2.2. *Appeal court judgment*. 2.2.1. *Applicant's claims*. 2.2.2. *Respondent's claims*. 2.2.3. *Judgement of the Court of Appeal*. 2.3. *Appeal to the Supreme Court of Justice*. 3. *SECTORIAL ASSEMBLIES AND GENERAL ASSEMBLIES OF DELEGATES*. 3.1. *Applicable law*. 3.2. *Basis for the solution and «delegation»'s nature*. 3.3. *The application of the vote by representation at general assemblies of delegates*. 4. *THE PRINCIPLE OF DEMOCRATIC MEMBER CONTROL*. 4.1. *For an updated reading*. 4.2. *The checks and balances of the principle's flexible reading*. 5. *CONCLUSION*. 6. *BIBLIOGRAPHY*.

1 NÚCLEO PROBLEMÁTICO DO ACÓRDÃO

Nas cooperativas, o princípio da gestão democrática figura como «espinha dorsal da democraticidade»² e vem normalmente associado à intervenção e envolvimento dos cooperadores na gestão da Cooperativa. Acontece, porém, que a forma, extensão e âmbito dessa participação podem assumir graus diversos, sem que isso ponha em causa – pelo menos, no nosso modesto entender – a existência de uma verdadeira governação democrática. Isso resulta claro das *Notas de orientação para os princípios cooperativos*³ relativas ao princípio do controlo democrático pelos membros, quando aí se sublinha que o processo de participação democrática dos cooperadores deverá ser aferido qualitativamente e não quantitativamente.

Por outras palavras, existem vários caminhos para garantir a democraticidade na gestão das cooperativas, bem assim diferentes modelos para a sua efetivação.

² Namorado, R., *Cooperatividade e Código Cooperativo: Estudos e Pareceres*, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 22.

³ «Notas de orientação para os princípios cooperativos» – dedicadas à memória do Professor Ian MacPherson 1929-2013 (Líder cooperativo, Universitário, Fundador e Presidente da Associação Cooperativa Canadiana, Conselheiro da Aliança para os Valores e Princípios Cooperativos), pesquisáveis em: <<https://www.cases.pt/notas-de-orientacao-aos-principios-cooperativos/>> (último acesso em 24 de maio de 2019).

O acórdão que nos propomos analisar assume como questão primordial a de saber se um modelo de Cooperativa em que os cooperadores – em assembleias setoriais – elegem os seus delegados na assembleia geral, nela não podendo intervir diretamente, permanece compatível com o princípio da gestão democrática. Por outras palavras, consentirá este princípio a obstaculização da presença direta dos cooperadores na assembleia geral da Cooperativa? E, em caso afirmativo, em que termos e com que condições? Valerá essa solução quando se não prevejam mecanismos compensadores da democraticidade direta?

Além disso, admitindo o referido modelo de gestão interna, perguntamos: que regras se aplicarão às ausências, impedimentos e qual a regulamentação do exercício do direito de voto dos delegados? Impor-se-á a construção de um regime específico? Ou bastará a aplicação subsidiária da regulamentação prevista para o modelo de participação direta dos cooperadores? Se assim for, não será de introduzir uma norma no Código Cooperativo⁴ (doravante CCoop) ou nos estatutos⁵, clarificando a questão, à semelhança do que se verifica com a norma remissiva constante do n.º 4 do artigo 44.º do CCoop, quanto às regras aplicáveis nas assembleias setoriais?

Procuraremos, sem maçar o leitor, responder a algumas destas interrogações. Importa, todavia, e a título prévio, clarificar os factos e os pedidos das partes na base do acórdão que analisamos.

2 FACTUALIDADE RELEVANTE

Na origem do acórdão em comentário encontramos a alteração aos estatutos de uma Cooperativa agrícola, nos termos da qual deixou de ser possível a participação direta dos cooperadores na assembleia geral. De acordo com a nova solução, essa «participação» passaria a ser assegurada por delegados por aqueles eleitos em assembleia setorial, os quais, em caso de impedimento, poderiam ser representados por outro delegado à assembleia geral.

2.1. Sentença de primeira instância

O litígio inicia com a propositura de uma ação declarativa no Tribunal de 1.ª instância, por um cooperador que pretende que seja declarada a nulidade da deliberação que alterou a redação de dois artigos dos estatutos da Cooperativa (31.º⁶ e

⁴ Aprovado pela Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto e alterado pela Lei n.º 66/2017, de 9 de agosto.

⁵ Quando a concreta cooperativa adote essa solução.

⁶ O artigo 31º tinha, antes da deliberação, a seguinte redação: «1 - A assembleia geral é o órgão supremo da Cooperativa e as suas deliberações, tomadas nos termos legais e estatutários, são obrigatórias para os restantes órgãos a Cooperativa e para todos os membros desta. 2 - A assembleia geral é constituída pelos cooperadores que estejam no pleno gozo dos seus direitos. 3 - Em cada secção

39.^{o7)}, sendo, em consequência, declarados nulos também os artigos, com a redacção que lhes foi dada com a referida alteração.

Como argumento principal, o Cooperador-Autor sustenta que as alterações estatutárias violam o princípio da gestão democrática pelos membros da Cooperativa, dado que os cooperadores ficam, na sequência da alteração, impedidos de participar em assembleia geral, vindo a sua intervenção limitada à participação nas assembleias setoriais, não podendo sequer ser representados por outros cooperadores em assembleia geral⁸.

A Cooperativa-Ré, uma vez citada para contestar, justifica a alteração com o intuito de incrementar a participação efetiva dos cooperadores na vida da Co-

funcionará uma assembleia sectorial, na qual participam todos os cooperadores inscritos nessa secção, que será dirigida por uma mesa composta por três membros com mandato cuja duração será igual à prevista para os órgãos sociais da Cooperativa. 4 - A cada assembleia sectorial compete: a) Pronunciar-se acerca das actividades, contas e rendibilidade de cada secção a apresentar à assembleia geral da Cooperativa. b) Tomar conhecimento do relatório e contas a apresentar à assembleia geral da Cooperativa. 5 - No regulamento interno será indicado o número de delegados das secções às assembleias gerais da Cooperativa». Com a alteração, o seu texto passaria a ser: «1- ... 2 - A assembleia geral é constituída pelos delegados dos cooperadores eleitos nas secções da Cooperativa. 3- ... 4 - A cada assembleia sectorial compete: a) Eleger a mesa da assembleia sectorial; b) Eleger os delegados que representam a secção na assembleia geral da Cooperativa; c) Pronunciar-se sobre o orçamento e o plano de actividades anuais a submeter à aprovação da assembleia geral; d) Pronunciar-se sobre o balanço, o relatório e as contas anuais, a submeter à aprovação da assembleia geral; e) Pronunciar-se sobre as actividades e a rentabilidade da secção; j) Pronunciar-se sobre quaisquer propostas de alteração dos Estatutos e do Regulamento Interno da Cooperativa, a submeter à aprovação da assembleia geral; g) Pronunciar-se sobre quaisquer propostas de fusão, cisão ou dissolução da cooperativa, a submeter à aprovação da assembleia geral; h) Pronunciar-se sobre quaisquer outros assuntos que lhe sejam submetidos pela Direcção da Cooperativa. 5 - O regulamento interno fixa o número de delegados das secções às assembleias gerais da Cooperativa, em função do número de cooperados inscritos em cada secção».

⁷ A redacção originária do artigo 39.^o era a seguinte: «1 - É admitido o voto por representação, devendo o mandato atribuído a outro cooperador ou a familiar maior do mandante que com ele coabite constar de documento escrito e dirigido ao presidente da mesa da assembleia geral, devidamente assinado. 2 - Cada cooperador não poderá representar mais de um membro da cooperativa». Com a alteração, o texto passou a ser: «1- É admitido o voto por representação, devendo o mandato atribuído a outro delegado constar de documento escrito e assinado, dirigido ao presidente da mesa da assembleia geral. 2 - Cada delegado não pode representar mais de um outro delegado à assembleia geral».

⁸ O Cooperador alega, pois, um vício de conteúdo, pelo que o comentário não incidirá sobre o procedimento formal tendente à alteração dos estatutos. É já sabido que «Convocada uma assembleia geral para alteração dos estatutos, a respectiva convocatória deve mencionar as cláusulas a modificar, suprimir ou aditar e o texto integral das cláusulas propostas ou a indicação de que tal texto fica à disposição dos cooperadores na sede social, a partir da data da publicação» - vide Rodrigues, J. A., *Código Cooperativo anotado e comentado e legislação cooperativa*, 3.^a ed. revista e aumentada, Lisboa, Quid iuris?, 2001, pág. 118. *In casu*, como a proposta de alteração proveio da Direcção, impunha-se facultá-la «à consulta dos cooperadores, na sede da cooperativa, nos 15 dias anteriores à data da assembleia geral» - idem, ibidem, pág. 122. As soluções explanadas não mais são do que o que resulta da aplicação subsidiária do Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente dos preceitos aplicáveis às sociedades anónimas, por força da norma remissiva do artigo 9.^o do CCoop.

perativa. A eleição de delegados facilita, em seu entender, a presença de todos os interessados em assembleia geral. Além do mais, o voto por representação por delegados e não por cooperadores é nada mais do que a ilação lógica a tirar do facto de, doravante, a assembleia geral passar a ser constituída apenas pelos delegados eleitos, carecendo de sentido permitir a intervenção de cooperadores em representação de outros (num verdadeiro regime «misto» de participação).

Colhidas as posições das partes, o Tribunal de 1.^a instância julgou a ação parcialmente procedente e declarou nulos o n.º 2 do artigo 31.º e a totalidade do artigo 39.º dos Estatutos, com fundamento na violação (i) do princípio da gestão democrática, previsto como 2.º princípio no artigo 3.º do CCoop; (ii) do direito-dever de os cooperadores tomarem parte nas assembleias gerais (constantes, respetivamente, da alínea b) do n.º 1 do artigo 21.º e da alínea a) do n.º 2 do artigo 22.º do CCoop); e, por último, (iii) do disposto no n.º 2 do artigo 33.º do CCoop⁹.

2.2. Recurso para o Tribunal da Relação

A Cooperativa, não se conformando com a decisão, recorre para o Tribunal da Relação de Guimarães, pedindo a revogação da sentença do Tribunal de 1.^a instância na parte em que declarou nulos aqueles segmentos normativos. É este recurso que se encontra na base do acórdão em comentário.

i. Alegações da Recorrente

Nas suas alegações, a Cooperativa-Recorrente sustenta que o Tribunal *a quo* confundiu participação direta com gestão democrática, e que as alterações estatutárias estão conformes com as possibilidades previstas legalmente no CCoop quanto à participação de delegados nas assembleias gerais. Alega, ainda, que aos cooperadores em assembleia setorial é dada a possibilidade de elegerem os seus delegados, delegados esses que ficam vinculados ao sentido de voto apurado em assembleia setorial. Ora, na medida em que são os delegados quem participa na assembleia geral, o voto por representação só pode ser admitido quando a representação se exerça por outro delegado.

ii. Contra-alegações do Recorrido

O Cooperador-Recorrido mantém o seu entendimento, assente no direito de participação direta dos Cooperadores nas tomadas de decisão que sejam da competência legal da assembleia geral. A alteração traduz – parece-lhe - o furtar aos cooperadores do seu direito mais basilar, não podendo esta restrição justificar-se por motivos de «operacionalidade» do funcionamento interno da Cooperativa. Além do mais, a representação decidida em assembleia setorial não significa con-

⁹ Nos termos desse mesmo número, «Participam na assembleia geral todos os cooperadores e membros investidores no pleno gozo dos seus direitos».

ferir aos delegados um mandato geral e extensivo a todas as demais assembleias. Conclui, sustentando que a permissibilidade do voto por representação não se aplica a delegados eleitos, por ausência de norma permissiva nesse sentido. Com efeito, a norma remissiva do n.º 4 do artigo 44.^o¹⁰ apenas significa que os cooperadores – em assembleia setorial – se podem socorrer do regime do voto de representação previsto no artigo 43.^o, nada na lei legitimando a conclusão no sentido da possibilidade de (i) delegados eleitos; (ii) serem representados por outros delegados eleitos em assembleia geral.

iii. Acórdão do Tribunal da Relação

O Tribunal da Relação de Guimarães decidiu revogar a decisão recorrida e absolver a Ré do pedido, não encontrando qualquer causa de nulidade passível de afetar os referidos artigos dos estatutos¹¹.

2.3. Recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça

Não obstante o nosso comentário se dirigir ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, refira-se, por uma questão de completude, que o Cooperador-vencido decidiu recorrer para o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), peticionando a revogação do acórdão em comentário e a sua substituição pela decisão de 1.^a instância.

O STJ decidiu, por acórdão de 28 de março de 2019, negar a revista e confirmar a decisão recorrida¹².

¹⁰ Nos termos da qual «Aplicam-se às assembleias sectoriais, o disposto nos artigos 33.^o a 43.^o, com as necessárias adaptações».

¹¹ O sumário é o seguinte: «I. Quer a lei geral (o C.Coop, o actual como o anterior), quer a lei especial (Regime Jurídico das Cooperativas Agrícolas - RJCA), permitem a organização das cooperativas agrícolas por sector, de actividade ou de área geográfica; e fazem-no por pressuporem que a identidade de interesses de cooperadores exercentes de uma mesma actividade, ou a maior facilidade de reunião de cooperadores residentes ou exercentes na mesma área geográfica, facilitam a efectiva discussão dos assuntos que a todos interessam, bem como o posterior e mais eficaz funcionamento da assembleia geral. II. O direito que a lei consagra aos cooperadores, de participação activa na vida da cooperativa, é o de «tomar parte na assembleia geral, apresentando propostas, discutindo e votando os pontos constantes da ordem de trabalhos», e não o de o fizerem directamente, de per se, com necessária exclusão da sua representação por delegados eleitos em prévias assembleias sectoriais, desde que o tenham sido de forma democrática e sejam efectivamente representativos do universo base em causa. III. Competindo, legal e estatutariamente, às assembleias sectoriais da cooperativa deliberar, não apenas sobre os assuntos de interesse limitado à secção a que digam respeito, como ainda deliberar sobre assuntos de interesse da cooperativa no seu todo, os delegados que depois elejam ficarão necessariamente vinculados ao sentido de voto expresso pelos cooperadores da secção que representem (sobre as matérias relativamente às quais estes se pronunciaram). IV. Quando as assembleias sectoriais da cooperativa sejam, necessária e totalmente, compostas por delegados de cooperadores, eleitos em prévias assembleias sectoriais, o delegado ausente naquelas far-se-á representar por outro delegado, assim se adaptando o regime legal previsto para a representação de cooperadores ausentes na assembleia geral; mas quando se esteja perante a realização de uma assembleia setorial, valerá de novo a regra de que o cooperador ausente se fará representar por outro, ou por um seu familiar», disponível em <www.dgsi.pt> (último acesso em 15 de julho de 2019).

¹² Fê-lo, com o seguinte sumário: «I. Das normas constitucionais resulta a afirmação clara da livre constituição, com obediência aos princípios cooperativos, e funcionamento das cooperativas, conferindo

3 ASSEMBLEIAS SETORIAIS E ASSEMBLEIAS GERAIS DE DELEGADOS

3.1. Do Direito aplicável

Apesar de o Código Cooperativo ser - independentemente do ramo do setor cooperativo em causa - instrumento aplicável a todas as Cooperativas, há que ter em consideração o disposto em legislação especial, dado que *lex specialis derogat legi generali*, bem assim não esquecer o que dispõe a lei fundamental. Desta feita, para além do Código Cooperativo, é importante - considerando a natureza da cooperativa em causa - atentar no regime jurídico aplicável às cooperativas agrícolas¹³, partindo, sempre, e em qualquer caso, do disposto na nossa Constituição.

No que respeita à Constituição da República Portuguesa (CRP), há que recordar que, como afirma Rui Namorado, «podemos mesmo falar numa “constituição cooperativa”, como um dos elementos da “constituição económica”, que o texto constitucional português contém»¹⁴. Analisada essa idiossincrática “constituição cooperativa” constatamos que a «a obediência aos princípios cooperativos é uma directiva constitucional imperativa (...) o legislador comum não pode admitir figuras cooperativas que não respeitem os princípios cooperativos consagrados pela ACI, não pode consagrar quaisquer soluções jurídicas que os contrariem, não pode legalizar quaisquer práticas que lhes desobedeçam»¹⁵. Na medida em que a gestão democrática figura como um dos traços configuradores das cooperativas, o «princípio da conformidade com a identidade cooperativa»¹⁶ exige que as opções tomadas ao nível do funcionamento e organização de uma determinada cooperativa permaneçam dentro do âmbito de permissividade daquele princípio.

uma ampla autonomia aos interessados. II. O princípio da gestão democrática das cooperativas deve ser obrigatoriamente observado como um princípio fundamental, na constituição e funcionamento de qualquer tipo de cooperativa. III. As assembleias setoriais e a representação dos cooperadores na assembleia geral da cooperativa por delegados eleitos são compatíveis com a essência do princípio da gestão democrática. IV. A admissibilidade do voto por representação, em termos amplos, está expressamente admitida pelo art. 43.º do Código Cooperativo».

¹³ O regime foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 335/99 de 20 de agosto, enquanto desenvolvimento do CCoop de 1996. Esta observação não significa a sua desatualização, dado que grande parte das soluções normativas se mantêm intactas no CCoop de 2015. É o caso das assembleias sectoriais, antes previstas no artigo 54.º e hoje constantes do artigo 44.º, bem assim do voto por representação, antes vertido no artigo 53.º e hoje plasmado no artigo 43.º, ainda que com pequenas alterações. Por exemplo, nas assembleias setoriais, o CCoop de 2015 veio permitir que o número de delegados eleitos em assembleia setorial varie, também, em função do volume de atividade de cada secção, e já não apenas em função do número de cooperadores.

¹⁴ Namorado, R., «A Ordem Jurídico-Constitucional do Cooperativismo Português», in *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 154, outubro 2000, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, pág. 1-22 (1-2).

¹⁵ Idem, *ibidem*, pág. 6 e 7.

¹⁶ Idem, *ibidem*, pág. 17.

Há, por isso, que traçar uma linha¹⁷ entre o que resulta legítimo à luz da liberdade de conformação dos cooperadores¹⁸ e o que se revela já ilegítimo, atento o mínimo de democraticidade exigido pelo princípio da gestão democrática, cuja força se torna inegável, a partir das suas constitucionalização e positivação, operadas pelo n.º 2 do artigo 61.º e pela alínea a) do n.º 4 do artigo 82.º da CRP^{19, 20}.

Além do mais, o legislador, ciente da importância e especificidade do ramo agrícola do setor cooperativo, entendeu por bem verter em legislação complementar um conjunto de soluções normativas, espelhos dessas mesmas particularidades. A especificidade resulta, aliás, evidente da leitura do preâmbulo do Decreto-Lei que aprova o regime jurídico das cooperativas agrícolas²¹.

Vejamos, agora, e mais de perto, quais as bases normativas que podem revelar *in casu*.

A regra geral a este propósito vem prevista no artigo 33.º do CCoop e determina que: «1 - A assembleia geral é o órgão supremo da cooperativa, sendo as

¹⁷ Ainda que, no concreto, possa resultar muito ténue.

¹⁸ Como refere Namorado, R., «A Ordem Jurídico-Constitucional...», ob. Cit., pág. 18, «O princípio da liberdade é um reflexo dos princípios cooperativos, mas adquiriu uma força própria, através do nível em que a CRP o situa. Os constituintes afirmam-no com toda a força, quer no plano da constituição, quer no plano do funcionamento, quer no plano da organização. A liberdade é um valor partilhado pelo legislador português e pela ACI».

¹⁹ No mesmo sentido, Namorado, R., *Os princípios cooperativos*, Coimbra, Fora do Texto, 1995, pág. 5, «A força jurídica dos princípios cooperativos, em Portugal, está consagrada na Constituição da República Portuguesa (CRP). Por isso, é impossível menosprezar-se qualquer incerteza, quer no seu elenco, quer quanto ao seu conteúdo».

²⁰ Tratando expressamente as cooperativas agrícolas, encontramos, ainda, quatro normativos constitucionais: os artigos 94º, 95º, 97º e 98º. O artigo 94º, sobre a eliminação dos latifúndios, prevê a entrega da posse ou propriedade das terras expropriadas a cooperativas de trabalhadores rurais ou de pequenos agricultores; o artigo 95º prevê a integração dos minifúndios na cooperativa; o artigo 97º trata e densifica o tipo de apoio do Estado às cooperativas agrícolas, e, por último, o artigo 98º assegura a participação dos trabalhadores rurais e dos agricultores - através das suas organizações representativas - na definição da política agrícola. Sobre o enquadramento jusconstitucional das Cooperativas vide, entre outros, Namorado, R., «A Ordem Jurídico-Constitucional...», ob. Cit.; do mesmo Autor, «Os princípios cooperativos e a constituição», *in Vértice*, 1979, pág. 417-418 e 420-421; Leitão Marques, M. M., «As cooperativas na constituição da república portuguesa», *in Revista Crítica de Ciências Sociais*, 12, 193, pág. 105-109; Meira, D., «O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal», in Congresso luso-brasileiro de Direito Constitucional cooperativo, Porto Alegre, Brasil, 30 de junho e 1 de julho de 2011, pesquisável em: <https://www.cases.pt/wp-content/uploads/O_quadro_juridico-constitucional_do_coop._em_Portugal_Deolinda_APARICIO_MEIRA.pdf> (último acesso em 24 de maio de 2019).

²¹ Quando aí se refere que «a legislação complementar do ramo agrícola do Código Cooperativo cria as condições para que as cooperativas agrícolas possam, a um tempo, responder às necessidades específicas dos agricultores e dos territórios e, por outro lado, desenvolver os seus próprios meios de adaptação às regras económicas prevalecentes, modernizando-se e mobilizando os mecanismos que lhes permitam ser cada vez mais fortes aos níveis empresarial e associativo e capazes de responder aos renovados apelos da organização do mundo agrícola e rural».

suas deliberações, tomadas nos termos legais e estatutários, obrigatórias para os restantes órgãos da cooperativa e para todos os seus membros. 2 - Participam na assembleia geral todos os cooperadores e membros investidores no pleno gozo dos seus direitos. 3 - Os estatutos da cooperativa podem prever assembleias gerais de delegados, os quais são eleitos nos termos do artigo 44.º do presente Código».

Por sua vez, dispõe o artigo 44.º do CCoop que: «1 - Os estatutos podem prever a realização de assembleias sectoriais, quando as cooperativas o considerem conveniente, quer por causa das suas atividades, quer em virtude da sua área geográfica. 2 - O número de delegados à assembleia geral a eleger em cada assembleia sectorial é estabelecido, conforme disposto nos estatutos, em função do número de cooperadores ou do volume de atividade de cada secção ou de ambos. 3 - O número de delegados à assembleia geral a eleger por cada assembleia setorial deve ser anualmente apurado pelo órgão de administração da cooperativa, nos termos do número anterior. 4 - Aplicam-se às assembleias sectoriais, o disposto nos artigos 33.º a 43.º, com as necessárias adaptações»²².

A sistemática do Código demonstra a especialidade da solução prevista no artigo 44.º do CCoop, justificada pela dimensão de determinadas cooperativas (no que respeita ao número de cooperadores e respetiva dispersão geográfica). A mesma solução é, aliás, acolhida pelos legisladores de vários Estados, constando, por exemplo, dos normativos aplicáveis em Espanha²³, França²⁴, Itália²⁵, ou no

²² Esta possibilidade, que resultava já da legislação aplicável às cooperativas agrícolas, surgiu, em termos gerais, no CCoop de 1996, nomeadamente no artigo 54.º da Lei n.º 51/96 de 7 de setembro.

²³ Nos termos do n.º 2 do artigo 22.º da Ley 27/1999, de 16 de julio, «2. Las Asambleas Generales serán de delegados elegidos en juntas preparatorias, cuando los Estatutos, en atención a las circunstancias que dificulten la presencia de todos los socios en la Asamblea General u otras, así lo prevean». Mais específicas são algumas das leis autonómicas, como a do País Vasco (Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi), que no n.º 1 do seu artigo 38.º prevê que «1. Los Estatutos podrán establecer que la Asamblea General se constituya como Asamblea de Delegados de los socios, elegidos en Juntas Preparatorias, en los casos en que la cooperativa tenga más de quinientos socios o concurren circunstancias que dificulten de forma grave y permanente la presencia de todos los socios en la Asamblea General». Também o artigo 34.º da Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas explicita o critério numérico, nos seguintes termos: «Cuando una sociedad cooperativa cuente con más de quinientas personas con derecho a voto o concurren circunstancias que dificulten de forma permanente su presencia en la Asamblea General, los estatutos podrán establecer que las competencias de la misma se ejerzan mediante una Asamblea de segundo grado, integrada por las personas delegadas designadas en asambleas previas, que se denominarán «juntas preparatorias», cuya regulación, así como su relación con la de segundo grado, se establecerá reglamentariamente. En todo caso, las votaciones de las personas delegadas en la Asamblea de segundo grado serán públicas». No mesmo sentido, o n.º 1 do artigo 37.º da Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid: «1. Los Estatutos podrán establecer que la Asamblea general se constituya como Asamblea de delegados de los socios, elegidos en Juntas preparatorias, en los casos en que la cooperativa tenga más de 500 socios o concurren circunstancias que dificulten de forma grave y permanente la presencia simultánea de todos los socios en la Asamblea general».

²⁴ Segundo o artigo 10.º da Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération (versão consolidada), «[Les status] peuvent également décider que les associés seront répartis en sections délibérant séparément dont les délégués formeront l'assemblée générale de la coopérative».

²⁵ De acordo com o artigo 2540.º do Código Civil italiano, «L'atto costitutivo delle società cooperative può prevedere lo svolgimento di assemblee separate, anche rispetto a specifiche materie ovvero in

Brasil²⁶, ainda que os critérios de admissibilidade variem entre conceitos indeterminados como a «conveniência» para a cooperativa e parâmetros mais claros, como o número de associados e a sua distância em relação à sede da cooperativa²⁷.

Seja como for, há, também, que atentar no que dispõe a este propósito a legislação especial, nomeadamente o Regime Jurídico das Cooperativas Agrícolas, diploma que dedica um capítulo específico às «Cooperativas polivalentes e multisectoriais»²⁸.

presenza di particolari categorie di soci. Lo svolgimento di assemblee separate deve essere previsto quando la società cooperativa ha più di tremila soci e svolge la propria attività in più province ovvero se ha più di cinquecento soci e si realizzano più gestioni mutualistiche. L'atto costitutivo stabilisce il luogo, i criteri e le modalità di convocazione e di partecipazione all'assemblea generale dei soci delegati e assicura in ogni caso la proporzionale rappresentanza delle minoranze espresse dalle assemblee separate. I delegati debbono essere soci. Alla assemblea generale possono assistere anche i soci che hanno preso parte alle assemblee separate.

Le deliberazioni della assemblea generale possono essere impugnate ai sensi dell'articolo 2377 anche dai soci assenti e dissenzienti nelle assemblee separate quando, senza i voti espressi dai delegati delle assemblee separate irregolarmente tenute, verrebbe meno la maggioranza richiesta per la validità della deliberazione.

Le deliberazioni delle assemblee separate non possono essere autonomamente impugnate. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle società cooperative con azioni ammesse alla quotazione nei mercati regolamentati».

²⁶ Nos termos do artigo 42.º da Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971, na redação dada pela Lei n.º 6.981, de 30 de março de 1982, § 2º «Quando o número de associados, nas cooperativas singulares exceder a 3.000 (três mil), pode o estatuto estabelecer que os mesmos sejam representados nas Assembléias Gerais por delegados que tenham a qualidade de associados no gozo de seus direitos sociais e não exerçam cargos eletivos na sociedade», e, ainda, § 4º, «Admitir-se-á, também, a delegação definida no parágrafo anterior nas cooperativas singulares cujo número de associados seja inferior a 3.000 (três mil), desde que haja filiados residindo a mais de 50 km (cinquenta quilômetros) da sede», o que demonstra dois critérios de legitimação da adoção do modelo – o número de associados e a sua distância em relação à sede da cooperativa.

²⁷ Paradigmática na especificação dos critérios de legitimação da Assembleia de Delegados é a lei catalã (Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas), que, no seu artigo 50.º, adota os seguintes critérios alternativos: «1. Los estatutos sociales pueden establecer que las atribuciones de la asamblea general se ejerzan mediante una asamblea de segundo grado, a la cual han de asistir los delegados designados en las asambleas preparatorias o de sección, en los siguientes supuestos: a) Si la cooperativa tiene más de quinientos socios. b) Si los socios residen en poblaciones alejadas de la sede social. c) Por razón de la diversificación de las actividades de la cooperativa. d) Si la cooperativa se organiza por secciones. e) Si se dan otras circunstancias que, según el criterio del consejo rector, dificultan gravemente la presencia de todos los socios en la asamblea general».

²⁸ As cooperativas multisectoriais são expressamente admitidas no n.º 2 do artigo 4.º do CCoop. Segundo Rodrigues, J. A., *Código Cooperativo...*, ob. Cit., pág. 128, «a única situação prevista na vigência do Código Cooperativo de 1980 era a das assembleias por secções nas cooperativas agrícolas». Ao passo que as primeiras «se caracterizam por abranger mais de uma área de atividade de um ramo cooperativo ou com ela diretamente relacionada ou conexas e por adotarem uma organização interna por secções», as segundas dedicam-se simultaneamente a dois ramos cooperativos distintos. Vide Pimenta Fernandes, Tiago, «Artigo 4.º», *Código Cooperativo Anotado*, coord. de Deolinda Meiral/Maria Elisabete, Coimbra, Almedina, 2018, pág. 40.

Neste tipo de cooperativas, o relevo das assembleias setoriais e da assembleia geral de delegados parece reconduzir-se às «tendências recentes e futuras dirigidas à agricultura e ao desenvolvimento rural»²⁹, pelo que a alusão à natureza excecional da solução só em termos impróprios poderá ser mantida.

3.2. Fundamento da solução e natureza da «delegação»

Como atrás ficou dito, a existência de cooperativas polivalentes ou multisetoriais não é uma opção livre, impondo, pelo contrário, a verificação de um conjunto de circunstâncias contendentes com o âmbito geográfico, material ou dimensional da cooperativa.

É, portanto, uma solução exigida por essas mesmas circunstâncias. E não é verdade que se afigure uma solução estranha, se considerarmos que – também ao nível macro, e no respeitante à democracia enquanto regime político – cedo se concluiu pela impraticabilidade da sua modalidade «direta»³⁰, não só pela impossibilidade de incluir todos os sujeitos de uma determinada massa populacional, como por pressupor, ainda, – quanto a esses mesmos sujeitos – a consciência e a emissão de votos informados³¹.

São, sobretudo, imperativos de exequibilidade que justificam o afastamento da regra geral – o modelo tradicional de assembleia geral, com a presença de todos

²⁹ Idem, ibidem.

³⁰ No mesmo sentido, o acórdão do STJ neste processo: «A expressão democrática pode manifestar-se de diversas formas, não se restringindo apenas à modalidade de democracia direta. Esta, podendo embora ser a forma mais genuína, não consegue, no entanto, por múltiplas razões, responder adequadamente à maior complexidade de certo tipo de organização, pública ou privada, com vista a assegurar, com eficácia, os seus fins. Por isso, desde há muito se evoluiu para um certo tipo de democracia representativa, que, além de garantir a legitimidade originária, permite a representação dos membros integrantes da respetiva organização. A complexidade referida tanto se verifica em organizações mais vastas, como os Estados, como noutras mais reduzidas, as organizações sociais e económicas criadas pela sociedade. Por isso, o exercício da democracia não se restringe ao conceito de democracia direta, englobando também o conceito de democracia representativa, em que os membros integrantes de uma comunidade elegem alguém como seu representante institucional».

³¹ De acordo com Lansford, T., *Democracy - Political systems of the world*, Cavendish Square Publishing, 2007, pág. 12, «First, it is impractical for large contries. It would be impossible for a country such as India, with a population of more than one billion, to have everyone meet or provide a fórum to discuss issues. This is also true for medium-sized countries such as France or the United Kingdom, wich each have populations of about sixty million. Second, direct democracies require high levels of citizen participation, and most people in today's world do not have the time to study all of the issues so that they can cast informed votes. Third, in the past, direct democracies often actually constrained popular participation by limiting who could be a citizen. For example, in Athens, women and slaves were not given the status of citizens. Fourth, and finally, direct democracies can lead to the tyranny of the majority. On the one hand, majority rule is important for the sucessful functioning of a government, but sometimes majorities can trample on minority rights».

os cooperadores (cfr. artigo 33.º do CCoop) – e a sua substituição por uma solução que apresenta as seguintes vantagens:

- i) Economia de meios e tempo – os cooperadores que residem longe da sede da cooperativa evitam deslocações recorrentes, para tratamento de assuntos que ficam decididos em assembleia setorial;
- ii) Ordem na condução dos trabalhos – quanto menor o número de presentes em assembleia geral, mais fácil é garantir, não só a audição de todos os sujeitos, como a discussão dos pontos mais litigiosos, e outros aspetos procedimentais, entre os quais a contagem dos votos, sem prejuízo algum para o andamento dos trabalhos e a extensão da reunião;
- iii) Participação informada e interessada – dado que cada delegado intervém, não enquanto defensor do próprio interesse, senão como representante da secção que o elegeru, e cujos interesses se deve limitar a transmitir em assembleia geral, há um maior sentido de responsabilidade pela assunção de um cargo cujo desrespeito poderá inclusive ser gerador de responsabilidade perante os cooperadores³².

Não é, contudo, clara qual a extensão dos poderes dos delegados em assembleia geral, nomeadamente a questão de saber se se limitam a um papel de «pombos-correio», ou se pelo contrário, são investidos num amplo poder de atuação, que lhes permite agir segundo juízos de oportunidade e conveniência³³.

Fernando Sacristán Bergia parece admitir vários modelos, que ousamos classificar nos seguintes termos: um sistema puro (i) e um outro misto (ii), podendo o primeiro desdobrar-se em não vinculístico (i.1) e vinculístico (i.2). A arrumação assim proposta leva-nos a que possamos estar perante i.1) um modelo em que os cooperadores em assembleia setorial se limitam a eleger os delegados; ou i.2) um modelo em que na assembleia setorial são votados, ponto por ponto, todos os assuntos posteriormente levados a assembleia geral; ou, ainda, iii) um sistema misto, em que se contabilizam os votos tomados em assembleia setorial, quando se trate, por exemplo, da eleição para órgãos da Cooperativa, e se compute, quanto aos demais pontos, o sentido de voto dos delegados (em função do número de cooperadores que representam)³⁴. Por outras palavras, a extensão dos poderes do delegado poderá variar entre a) a possibilidade de «preencher» o sentido de voto

³² Mais não seja por aplicação analógica da norma expressamente prevista no artigo 72.º do CCoop, nos termos da qual «Os diretores executivos, gerentes e outros mandatários são responsáveis para com a cooperativa, pela violação do mandato». Tratar-se-ia, neste caso, não de uma responsabilidade direta perante a cooperativa, mas perante os próprios cooperadores delegantes.

³³ Pereira, P., *Código Cooperativo Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 55.

³⁴ Sacristán Bergia, F., «Sobre las asambleas de delegados y su configuración», *Estudio sistemático del principio cooperativo de gestión democrática: su aplicación práctica en un modelo de empresa eficiente*, coord. de Marta Enciso/Eba Gaminde, 2018, pág. 51-66 (54).

dos cooperadores (para o que poderão contribuir fatores como a discussão tida em assembleia geral, informações aí obtidas, entre outros) e b) a vinculação a um alinhamento decisório pré-determinado, limitando-se o delegado a um mero «transmissário do sentido de voto»³⁵.

Para compreendermos a teleologia da assembleia de delegados, poderíamos apoiar-nos nos dados do sistema. No entanto, a palavra «delegado» não ajuda, uma vez que remete para os terrenos longínquos da Doutrina administrativista³⁶. Parece, por conseguinte, mais razoável configurar aqui a existência de um mandato com representação³⁷ - se adotado for o «modelo não vinculístico» - ou concluir

³⁵ Parece ter sido este o modelo adotado no caso analisado pelo acórdão em comentário, o que nos impede de concluir pela manutenção de um mesmo sentido decisório, no caso de aos delegados ser atribuída uma maior liberdade de atuação. Nas palavras do TRG, «tendo a Ré assegurado estatutariamente que as assembleias sectoriais teriam, por competência própria, que se pronunciar previamente sobre as principais matérias com relevância para a sua vida, objecto de futura deliberação na respectiva assembleia geral, ficaram desde logo os delegados ali eleitos vinculados, quanto a elas, à vontade previamente manifestada pelos cooperadores que ali representariam». Já o STJ deixa completamente em aberto a questão, limitando-se a invocar a ideia de legitimidade eleitoral passiva e ativa: «Participando os seus membros nas assembleias setoriais e podendo eleger ou ser eleito delegado à assembleia geral, está devidamente assegurada a realização do princípio da gestão democrática da cooperativa». Cremos que, com as devidas cautelas, se pode admitir um modelo em que o delegado se não reduza a um simples nuncio, até porque não é o reconhecimento de alguma liberdade (vinculada) de atuação que irá obstar à natureza democrática de um regime.

³⁶ A palavra delegação não ajuda e pode, inclusive, induzir em erro, atento o significado que assume no Direito Administrativo. Como se sabe, está aí em causa o «acto administrativo, pelo qual um órgão administrativo, especificamente autorizado pela lei, permite que a sua competência para a prática de actos jurídicos seja exercida por outro órgão, da mesma (delegação de competências) ou de outra pessoa colectiva (delegação de atribuições)» - Vieira de Andrade, J. C., *Lições de Direito Administrativo*, 5.^a ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, pág. 104. Um determinado órgão age, assim, em substituição de outro, podendo este «emitir diretivas ou instruções vinculativas para o delegado ou subdelegado sobre o modo como devem ser exercidos os poderes delegados ou subdelegados», (o que é em tudo semelhante ao que se verifica - ou, pelo menos, se deve verificar - nas assembleias sectoriais, que «devem discutir e votar os pontos agendados para a assembleia geral, vinculando os delegados eleitos ao sentido de voto expresso nas assembleias sectoriais» - vide, Rodrigues, J. A., *Código Cooperativo...*, ob. Cit., pág. 129.). Mais problemática parece ser a possibilidade que o Código de Procedimento Administrativo («CPA») confere ao órgão delegante de «avocar, bem como o de anular, revogar ou substituir o ato praticado pelo delegado ou subdelegado ao abrigo da delegação ou subdelegação», cfr. n.º 2 do artigo 49.º do CPA. Não nos parece «praticável» que o «cooperador-delegante» possa, a qualquer momento, avocar uma decisão concreta e participar em assembleia geral na discussão de um determinado assunto. De igual modo, surge, no mínimo, estranho que aquele possa revogar uma decisão tomada em respeito pelo sentido de voto apurado em assembleia setorial. Admiti-lo seria introduzir uma entorse no sistema, gerando enorme fragilidade no funcionalismo cooperativo, em frontal contradição com o objetivo precípua da solução normativa - facilitar o funcionamento das «grandes» cooperativas.

³⁷ Seguindo Eduardo Espínola, a «palavra mandato (lat. Mandatum) vem de manu dare - 'dictum ex eo quod dat manu dextera fidei mandatae susceptaeque operi invicem alligabant' - quem dava o encargo e quem o recebia apertavam a mão, demonstrando um a confiança que depositava no outro e este a segurança que corresponderia a esta confiança» - Espínola, E., *Dos Contratos Nominados no*

pela existência de um mero nuncio, na hipótese de o procurador não gozar de qualquer autonomia decisória, limitado que esteja à sua qualidade de «carta com pernas»³⁸.

Sem prejuízo do que atrás ficou dito, importa deixar claro que as decisões tomadas em assembleia geral de delegados não são inatacáveis. Muito pelo contrário, sê-lo-ão e deverão sê-lo, sempre que o delegado desvirtuar o sentido de atuação de que foi incumbido. Não esqueçamos que, mesmo num modelo não vinculístico, «o mandatário, obriga-se para com outrem, o mandante, a celebrar actos jurídicos **no seu interesse ou por sua conta**»³⁹. Há, pois, «a obrigação de celebrar actos jurídicos por conta doutrem» e não o «poder de os celebrar em nome doutrem»⁴⁰. O delegado será sempre um representante dos cooperadores que o elegeram, pelo que a sua legitimidade de exercício dependerá da atuação conforme com as legítimas expectativas e os interesses que, ou i) resultem claros do decidido pelos cooperadores em assembleia setorial, ou ii) decorram implicitamente das circunstâncias de tempo, modo e lugar em que aquela ocorreu.

3.3. Aplicação do voto por representação nas assembleias gerais de delegados

Através do n.º 4 do artigo 44.º do CCoop⁴¹, o legislador faz questão de mandar aplicar às assembleias de delegados o regime do voto por representação, previsto

Direito Civil Brasileiro, atualizado por Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, Bookseller, 2002, pág. 496. A qualificação não é de somenos importância. Repare-se que, nos termos do artigo 1170.º do Código Civil, «1. O mandato é livremente revogável por qualquer das partes, não obstante convenção em contrário ou renúncia ao direito de revogação. 2. Se, porém, o mandato tiver sido conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro, não pode ser revogado pelo mandante sem acordo do interessado, salvo ocorrendo justa causa», denotando-se, da parte do legislador uma preocupação para com os interesses em jogo. Seja como for, o certo é que livre revogabilidade não é sinónimo de poder de avocação, pelo que, havendo revogação do mandato, parece que se terá de seguir necessariamente a eleição de um novo delegado. Esta afirmação não afasta a decisão direta de questões relevantes, em assembleia setorial, como solução provisória, até que o processo eletivo se encontre regularizado. Não nos parece é que numa assembleia geral possam – em simultâneo – comparecer delegados-representantes e cooperadores, pois isso poderia, afinal, constituir uma válvula de escape para que os cooperadores dissidentes (em relação ao modelo de assembleia de delegados) provocassem a sua intervenção em assembleia geral, independentemente da sua eleição para o cargo.

³⁸ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, no processo n.º 164/05.7TBVLF.C2, de 10.02.2015.

³⁹ Galvão Telles, I., «Contratos Civis (Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e Respectiva Exposição de Motivos)», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83, 1959, pág. 114-282 (174).

⁴⁰ Idem, ibidem, pág. 176 – sobre a diferença entre mandato e procuração: o primeiro um contrato e o segundo um ato unilateral.

⁴¹ Nos termos da qual: «Aplicam-se às assembleias sectoriais, o disposto nos artigos 33.º a 43.º, com as necessárias adaptações». Não há norma expressa no DL n.º 335/99 de 20 de agosto.

no artigo 43.º do CCoop. Esta solução é a única conforme com a existência de uma assembleia setorial. Como bem decidiu o Tribunal da Relação, não «poderão coexistir assembleias gerais com participação directa de cooperadores e com representação destes por delegados». Por conseguinte, e considerando a miríade de circunstâncias que poderão afetar o delegado – eventualmente obstando à sua presença em assembleia geral - não prever a aplicabilidade do voto por representação em outro delegado seria deixar os cooperadores-representados completamente desprotegidos e «sem voz» nos assuntos discutidos em assembleia geral.

A aplicação subsidiária do regime previsto no artigo 43.º do CCoop - com a adaptação necessária, que consiste, *in casu*, na circunstância de o mandatário ser um delegado e não já um cooperador – é a única solução teleologicamente fundada.

4 O PRINCÍPIO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA

4.1. Por uma leitura atualista

O artigo 3.º do CCoop consagra o 2.º princípio cooperativo nos seguintes termos: «As cooperativas são organizações democráticas geridas pelos seus membros, os quais participam ativamente na formulação das suas políticas e na tomada de decisões. Os homens e as mulheres que exerçam funções como representantes eleitos são responsáveis perante o conjunto dos membros que os elegeram. Nas cooperativas do primeiro grau, os membros têm iguais direitos de voto (um membro, um voto), estando as cooperativas de outros graus organizadas também de uma forma democrática».

Este é «um dos princípios constitutivos da identidade cooperativa»⁴² e «compreende expressamente o envolvimento dos cooperadores na formulação das políticas da cooperativa, bem como na tomada de decisões»⁴³. Por isso se compreende que a Doutrina procure reforçar, quando invoca o princípio, que «aos cooperadores assiste o direito de participar na assembleia geral, vale por dizer, o **direito de estar presente**, o de nela pedir informações, o de intervir nos debates, o de apresentar propostas de deliberação, o de votar nas propostas, o de participar na

⁴² Ramos, M. E., «Gestão Democrática das Cooperativas – Que Desafios?», *A economia social e civil: estudos*, coord. de João Carlos Loureiro/Suzana Tavares da Silva, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, pág. 129-194 (143).

⁴³ Namorado, R., *Cooperatividade...*, ob. Cit., pág. 23. É, nas palavras de Enrique Barrero Rodríguez e Rodrigo Viguera Revuelta, «un principio esencial del cooperativismo contemporáneo que se vincula con las propias razones que determinaron el nacimiento del movimiento cooperativista» - Barrero Rodríguez, E., Viguera Revuelta, R., «El principio de gestión democrática en las sociedades cooperativas. Alcance y recepción legal», in *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 27, 2015, pág. 175-204 (199).

discussão dos assuntos constantes da ordem do dia e o de votar (salvo se estiverem impedidos de votar)»⁴⁴.

Isoladamente lido, o princípio poderia, de facto, impor a conclusão no sentido da nulidade de soluções organizativas ou de funcionamento como aquelas de que aqui cuidamos – as assembleias de delegados e o voto por representação. Mais! Poderia inclusive duvidar-se da natureza da cooperativa⁴⁵ que desrespeitasse o entendimento mais clássico do princípio⁴⁶.

Cremos, contudo, que uma leitura estanque do princípio, se bem que inofensiva do ponto de vista da segurança jurídica, resulta num enxerto desgarrado da realidade⁴⁷, não quadrando bem com uma interpretação à luz «(d)as condições específicas do tempo em que é aplicada»⁴⁸. Não obstante a existência de um núcleo fundamental e intangível, decorrente da natureza principiológica da gestão democrática, entendemos que resta (tem de restar!) alguma margem de conformação legislativa e, *in casu*, estatutária.

⁴⁴ Ramos, M. E., «Gestão Democrática...», ob. Cit., pág. 147.

⁴⁵ Neste sentido, Alfonso Sánchez, R., «Los principios cooperativos como principios configuradores de la forma social cooperativa», in *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 27, 2015, pág. 49-86 (59) - «Cualquier regulación ajena a los mismos impediría calificar a las sociedades como cooperativas, por mucho que se autodefiniera como “ley de cooperativas”» e, mais à frente, «los principios cooperativos cumplen la función de auténticos principios configuradores de la forma social cooperativa y, en consecuencia, su inobservancia provocará la pérdida de la especial identidad de estas entidades (...) Convendrá, entonces, evitar que, a través de las normas de derecho dispositivo, o a través de la introducción de cláusulas atípicas, se desvirtúe la función que ha de cumplir la forma social cooperativa», pág. 62.

⁴⁶ Atento que o princípio é considerado «una inequívoca seña de identidad de las sociedades cooperativas frente a las sociedades capitalistas que contribuye a la delimitación de su perfil conceptual y condiciona decididamente los aspectos más sobresalientes de su régimen jurídico» - cfr. Barrero Rodríguez, E., Viguera Revuelta, R., «El principio...», ob. Cit., pág. 200.

⁴⁷ Há quem fale de um «proceso de recreación conceptual y funcional de las sociedades cooperativas» - Barrero Rodríguez, E., Viguera Revuelta, R., «El principio...», ob. Cit., pág. 200.

⁴⁸ Cfr. n.º 1 do artigo 9.º do Código Civil. Não nos cabe aqui tratar da querela entre historicismo e atualismo. Para uma boa sùmula, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2015, de 24 de março de 2015: «Não tem que nos surpreender essa posição actualista do legislador se nos lembrarmos que uma lei só tem sentido quando integrada num ordenamento vivo e, muito em especial, enquanto harmonicamente integrada na “unidade do sistema jurídico” (...) Cumpre ainda anotar que, quanto mais uma lei esteja marcada, no seu conteúdo, pelo circunstancialismo da conjuntura em que foi elaborada, tanto maior poderá ser a necessidade da sua adaptação às circunstâncias, porventura muito alteradas, do tempo em que é aplicada. O que bem mostra que a consideração, para efeitos interpretativos, da *occasio legis* (circunstâncias do tempo em que a lei foi elaborada) tem em vista uma finalidade bem diversa da consideração, para os mesmos efeitos, das condições específicas do tempo em que é aplicada. Acolá trata-se muito especialmente de conferir à letra (ao texto) um sentido possível (quando o texto de per si seja totalmente equívoco) ou de identificar o ponto de vista valorativo que presidiu à feitura da lei; aqui trata-se, por um lado, de transpor para o condicionalismo actual aquele juízo de valor e, por outro lado, de ajustar o próprio significado da norma à evolução entretanto sofrida (pela introdução de novas normas ou decisões valorativas) pelo ordenamento em cuja vida ela se integra».

Repare-se. O mesmo Autor que caracteriza o princípio da gestão democrática como «espinha dorsal da democraticidade»⁴⁹, reconhece que «o gigantismo de algumas cooperativas com milhares e milhares de membros, assim como a extensão da área geográfica que recobrem, tornaram permanente a necessidade de não se repousar à sombra do primado, puro e simples, da clássica assembleia geral, como expressão única da democracia»⁵⁰. Foi esta mesma «impressão» que levou o TRG a considerar que, uma vez perante uma cooperativa com diferentes áreas de atividade, dispersa por uma área geográfica relativamente significativa, a assembleia geral dinamizada por um «colégio de representantes, eleitos directamente pelos cooperadores»⁵¹ corresponderia à solução mais «consentânea» com a i) «identidade de interesses de cooperadores exercentes de uma mesma actividade»; ii) «a maior facilidade de reunião de cooperadores residentes ou exercentes na mesma área geográfica», resultando, pois, na melhor e mais eficiente: «discussão dos assuntos»; «apuramento da vontade colectiva»; «funcionamento da (...) assembleia geral»⁵², entre outros. Foi também este o caminho traçado pelo STJ⁵³ no acórdão em que negou provimento ao recurso de revista interposto pelo Cooperador-Recorrente⁵⁴.

Assim como é esse o nosso entendimento. Consideramos legítimo acomodar o princípio da gestão democrática ao seu entorno social, nomeadamente ao tipo de cooperativa cuja organização e funcionamento se pretenda regular. Com limites, é evidente!

A figura das assembleias gerais de delegados não significa, segundo cremos, uma machadada no princípio da gestão democrática. Trata-se, antes, de um modelo em que a democracia é representativa e não direta. A gestão democrática permanece, pois... Simplesmente, surge mediada por um delegado-representante,

⁴⁹ Vide nota de rodapé n.º 1.

⁵⁰ Namorado, R., *Os princípios...*, ob. Cit., pág. 70.

⁵¹ Idem, *ibidem*, pág. 71.

⁵² Acórdão do TRG em comentário.

⁵³ Nele se lê que «o conceito de gestão democrática vai para além do conceito de democracia direta, é preciso considerar que as cooperativas, podendo desenvolver diversos tipos de atividades e estender a sua ação geograficamente, podem ter vantagens, de modo a conferir maior eficácia e melhor participação aos seus membros, na criação estatutária de assembleias setoriais e na concessão de poderes de representação aos delegados eleitos, para a assembleia geral, órgão supremo da cooperativa (M. CANAVEIRA DE CAMPOS, citado por JOSÉ A. RODRIGUES, Código Cooperativo Anotado e Comentado, 4.ª edição, 2011, pág. 153). Participando os seus membros nas assembleias setoriais e podendo eleger ou ser eleito delegado à assembleia geral, está devidamente assegurada a realização do princípio da gestão democrática da cooperativa».

⁵⁴ Ambos os acórdãos referem ainda o facto de a consagração normativa da solução ser espelho da sua compatibilidade com a essência do princípio. Não nos detivemos sobre a questão, precisamente por considerarmos o argumento falacioso. Basta para tanto recordar que existem leis inconstitucionais, e que os princípios cooperativos têm dignidade constitucional.

o qual responsável perante os seus representados⁵⁵. Estamos perante uma gestão democrática indireta.

4.2. Os freios e contrapesos de uma leitura flexível do princípio

Como deixamos já sublinhado, o princípio da gestão democrática conhece um núcleo imune, não só a investidas do legislador ordinário, como a quaisquer previsões normativas do regulamento interno ou dos estatutos, eventualmente contrárias à ideia de democracia cooperativa. Cumpre, por isso, assegurar que uma flexibilização da aplicação do princípio, por via, por exemplo, das assembleias gerais de delegados, não redunde na descaracterização da cooperativa enquanto espelho de democracia interna. O que propomos, para o efeito, é um conjunto de soluções compensadoras desse «desequilíbrio».

Em primeiro lugar, há que determinar o elenco de incompatibilidades aplicáveis aos delegados, podendo os cooperadores exigir, pela positiva, a verificação de determinados requisitos objetivos para o desempenho das funções. Há, ainda, que regular o regime de ausências e a forma de as suprir (por exemplo, por via do voto por representação).

Em segundo lugar, os estatutos devem deixar claro qual o tipo de modelo adotado – vinculístico, não vinculístico ou misto. Esta clarificação deverá, por sua vez, vir acompanhada de mecanismos que i) permitam aos cooperadores, em assembleia setorial, aceder e analisar toda a informação relevante, ao abrigo do seu direito à informação prévia⁵⁶ (mesmo num modelo não vinculístico, deve caber aos cooperadores a decisão de – no caso concreto, e atenta a ordem de trabalhos – optar por transformar o delegado num mero núncio); que ii) possibilitem – legitimando – a mudança do sentido de voto transmitido, sempre que em assembleia geral sejam prestadas informações («distintas») que influenciem a decisão previamente tomada pelos cooperadores em assembleia setorial⁵⁷; e que iii) viabilizem a análise da ata da assembleia geral pelos cooperadores, em momento prévio ao da sua aprovação, para efeitos de aferir se o delegado incumpriu o sentido de voto que havia sido incumbido de transmitir.

Na medida em que fique claro se o delegado tem ou não liberdade de voto quanto aos pontos constantes da ordem de trabalhos (ou se, pelo contrário, se limita a transmitir os votos apurados em assembleia setorial, a favor e contra cada

⁵⁵ Nomeadamente, devendo prestar-lhes contas.

⁵⁶ Fernando Sacristán Bergia propõe um conjunto de soluções interessantes para assegurar o exercício cabal deste direito. Vide, para este ponto, Sacristán Bergia, F., «Sobre las asambleas...», ob. Cit. pág. 57.

⁵⁷ Atento o desfazamento existente entre o momento da formação da vontade e o da sua transmissão, pode, efetivamente, haver lugar à discussão de elementos supervenientes à data de realização da assembleia setorial.

um desses pontos), há que clarificar se lhe serão atribuídos tantos direitos de voto quantos os cooperadores que representa, ou se, pelo contrário, lhe corresponderá apenas um (esta, a solução supletiva, no caso das cooperativas agrícolas, de acordo com o n.º 4 do artigo 18.º do RJCA).

Fernando Sacristán Bergia propõe, ainda, a existência de uma convocatória única⁵⁸, e a previsão estatutária de um hiato temporal adequado entre a realização da assembleia setorial e a assembleia geral, de forma a permitir que, à data de realização da segunda, a ata da primeira tenha já sido aprovada⁵⁹.

Em terceiro lugar, seria avisado consagrar, na secção IX («Da responsabilidade civil pela administração e fiscalização da cooperativa») do capítulo IV do CCoop, uma norma relativa à responsabilidade dos delegados perante os cooperadores-representados⁶⁰.

Por último, e por ser uma realidade eventualmente frequente, há que dar resposta à questão de saber se os delegados podem ou não votar em assembleias gerais que não sejam precedidas das formalidades prévias⁶¹. Como se sabe, para que estejamos perante uma assembleia universal, é necessária a verificação de uma tríplice condição⁶². Parece-nos que o delegado poderá participar na referida assembleia quando o mandato inclua poderes para o efeito – expressos ou implícitos -; mas não já quando o delegado se limite à qualidade de mero nuncio⁶³.

⁵⁸ É, de facto, a solução da Lei das Cooperativas espanhola - «Las convocatorias de las juntas preparatorias y de la Asamblea de Delegados tendrán que ser únicas, con un mismo orden del día, y con el régimen de publicidad previsto en el artículo 24 de la presente Ley. Tanto las juntas preparatorias como la Asamblea de Delegados se regirán por las normas de constitución y funcionamiento de la Asamblea General». Há que analisar, contudo, se o que se ganha no evitar do «voto por contaminação» não se perde, depois, ao nível da eficiência que se pretende. Na verdade, se o objetivo das cooperativas multissetoriais é o agilizar do funcionamento das grandes cooperativas, obrigar os cooperadores a reunir em dia e hora determinados, sem margem para que a realização das assembleias possa ocorrer em momentos distintos, transforma a solução – no que à data da sua realização respeita – numa fórmula vazia de eficácia, e, por conseguinte, numa pura denegação do regime ordinário.

⁵⁹ Sacristán Bergia, F., «Sobre las asambleas...», ob. Cit. pág. 57.

⁶⁰ É claro que nem por isso se deixaria de aplicar o regime juscivilístico dos artigos 268.º e 269.º do CC. No entanto, dada a entorse assim verificada no modelo de funcionamento normal das assembleias gerais, cremos importante balizar o tipo de responsabilidade que pode ser assacada aos delegados.

⁶¹ Ao abrigo das assembleias universais, previstas no artigo 54.º do Código das Sociedades Comerciais. Tratando-se de norma constante da parte geral do CSC, pode dizer-se que integra o leque dos «preceitos aplicáveis às sociedades anónimas», nos termos do artigo 9.º do CCoop.

⁶² O n.º 1 do artigo 54.º dispõe que: «Podem os sócios, em qualquer tipo de sociedade, tomar deliberações unânimes por escrito, e bem assim reunir-se em assembleia geral, sem observância de formalidades prévias, desde que todos estejam presentes e todos manifestem a vontade de que a assembleia se constitua e delibere sobre determinado assunto».

⁶³ Pois, sendo esse o caso, os cooperadores deverão ter algo a dizer quanto à constituição da assembleia e à deliberação sobre determinado assunto. Sobre o mesmo tema, embora relativo à representação dos cooperadores, veja-se Rodrigues, J. A., *Código Cooperativo...*, ob. Cit., pág. 124.

5 CONCLUSÃO

Quer o TRG quer o STJ decidiram pela legitimidade dos estatutos de uma Cooperativa Agrícola, prevendo a existência de assembleias setoriais nas quais, além da eleição de delegados, se procede à discussão dos vários assuntos posteriormente levados a assembleia geral. Um dos cooperadores entendeu que a solução violaria o princípio da gestão democrática. Não cremos que assim seja. Há vários conteúdos que – sem resvalar para relativismos axiológicos – se revelam passíveis de preencher o princípio democrático. A democracia direta não é a única via para assegurar a democraticidade nas cooperativas. Pode, aliás, nem ser a ideal, se estivermos perante estruturas complexas, com áreas de atividade, dispersão territorial ou um número de cooperadores significativamente elevados.

Somos, portanto, a favor da legitimidade de uma «gestão democrática indireta» nas cooperativas. Sustentá-lo impõe dar por verificados os pressupostos da sua legitimidade e, acima de tudo, a previsão de soluções compensadoras da falta de imediatismo.

6 BIBLIOGRAFIA

- ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía, «Los principios cooperativos como principios configuradores de la forma social cooperativa», in *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 27, 2015, pág. 49-86.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique e VIGUERA REVUELTA, Rodrigo, «El principio de gestión democrática en las sociedades cooperativas. Alcance y recepción legal», in *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 27, 2015, pág. 175-204.
- ESPÍNOLA, Eduardo, *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*, atualizado por Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, Bookseller, 2002.
- GALVÃO TELLES, Inocêncio, «Contratos Civis (Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e Respectiva Exposição de Motivos)», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83, 1959, pág. 114-282.
- LANSFORD, Tom, *Democracy - Political systems of the world*, Cavendish Square Publishing, 2007.
- LEITÃO MARQUES, Maria Manuel, «As cooperativas na constituição da república portuguesa», in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 12, 193, pág. 105-109.
- MEIRA, Deolinda, «O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal», in Congresso luso-brasileiro de Direito Constitucional cooperativo, Porto Alegre, Brasil, 30 de junho e 1 de julho de 2011, pesquisável em: <https://www.cases.pt/wp-content/uploads/O_quadro_juridico-constitucional_do_coop._em_Portugal_Deolinda_APARICIO_MEIRA.pdf> (último acesso em 24 de maio de 2019).
- NAMORADO, Rui, «A Ordem Jurídico-Constitucional do Cooperativismo Português», in *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 154, outubro 2000, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra pág. 1-22.
- NAMORADO, Rui, *Cooperatividade e Código Cooperativo: Estudos e Pareceres*, Coimbra, Almedina, 2005.

- NAMORADO, Rui, *Os princípios cooperativos*, Coimbra, Fora do Texto, 1995.
- NAMORADO, Rui, «Os princípios cooperativos e a constituição», in *Vértice*, 1979, pág. 417-418 e 420-421.
- «Notas de orientação para os princípios cooperativos» – dedicadas à memória do Professor Ian MacPherson 1929-2013 (Líder cooperativo, Universitário, Fundador e Presidente da Associação Cooperativa Canadiana, Conselheiro da Aliança para os Valores e Princípios Cooperativos), pesquisáveis em: <<https://www.cases.pt/notas-de-orientacao-aos-principios-cooperativos/>> (último acesso em 24 de maio de 2019).
- PEREIRA, Pedro, *Código Cooperativo Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 1997.
- PIMENTA FERNANDES, Tiago, «Artigo 4.º», *Código Cooperativo Anotado*, coord. de Deolinda Meira/Maria Elisabete, Coimbra, Almedina, 2018.
- RAMOS, Maria Elisabete, «Gestão Democrática das Cooperativas – Que Desafios?», *A economia social e civil: estudos*, coord. de João Carlos Loureiro/Suzana Tavares da Silva, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, pág. 129-194.
- RODRIGUES, José António, *Código Cooperativo anotado e comentado e legislação cooperativa*, 3.ª ed. revista e aumentada, Lisboa, Quid iuris?, 2001.
- SACRISTÁN BERGIA, Fernando, «Sobre las asambleas de delegados y su configuración», *Estudio sistemático del principio cooperativo de gestión democrática: su aplicación práctica en un modelo de empresa eficiente*, coord. de Marta Enciso/Eba Gaminde, 2018, pág. 51-66.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

II

XURISPRUDENCIA

II.2.1. ANOTACIÓNS XURISPRUDENCIA (PORTUGAL)

NATUREZA JURÍDICA DAS OBRIGAÇÕES DE ENTREGA
DE QUANTIAS DESTINADAS À AQUISIÇÃO DE TERRENO
NAS COOPERATIVAS DE HABITAÇÃO DE PROPRIEDADE
INDIVIDUAL. ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 5 DE JUNHO DE 2018

*THE LEGAL NATURE OF THE COOPERATOR'S OBLIGATION
TO CONSIGN SUMS TO THE COOPERATIVE, AIMED AT
COVERING THE COST OF THE LAND, IN THE HOUSING
COOPERATIVES BASED ON INDIVIDUAL PROPERTY. DECISION
OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF 5TH JUNE 2018*

MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA*

* Professora Adjunta do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. Rua Jaime Lopes de Amorim 4465-004 S. Mamede de Infesta, Portugal. Endereço de correio electrónico: margaridazevedo15@gmail.com

1

A questão apreciada pelo presente Acórdão centra-se na determinação da natureza jurídica dos “títulos de investimento”, assim denominados pelos estatutos da cooperativa. Segundo o seu artigo 10º, sob a epígrafe “Títulos de Investimento”, os cooperadores eram obrigados a entregar à cooperativa verbas destinadas à cobertura dos custos de aquisição do terreno afeto à construção das suas habitações.

O Supremo Tribunal de Justiça faz depender a existência do direito ao reembolso, no momento em que o cooperador que se demita ou seja excluído da cooperativa, da natureza jurídica destas contribuições.

2

Antes de passarmos à análise do problema, impõe-se uma descrição dos factos sobre os quais se debruçou o Acórdão, bem como do sentido da decisão do tribunal de primeira instância e do tribunal da Relação de Lisboa¹.

O Autor, foi cooperador na cooperativa de habitação, tendo posteriormente sido dela excluído. Durante o período de tempo em que manteve a qualidade de membro da cooperativa, realizou parte do capital, através da subscrição de títulos de capital, e, em cumprimento de obrigações estatutárias, entregou várias verbas em dinheiro à cooperativa.

Contudo, estas quantias não foram restituídas em sequência da exclusão do Autor.

O Tribunal de primeira instância considerou que era devido o reembolso do valor dos títulos de capital, assim como dos “títulos de investimento” obrigatórios. Estes valores totalizavam 27.452,34 euros. No entanto, este montante deveria ser reduzido na proporção da participação do Autor nas perdas verificadas no exercício de 1998. Ao valor assim apurado deveriam ser acrescidos os juros de mora à taxa legal, contados a partir do dia 8 de Maio de 2002.

Tanto o Autor quanto a Ré apelaram desta decisão, tendo a Relação deliberado alargar a base factual. O tribunal de primeira instância manteve a sua decisão.

Inconformada, a Ré apelou da decisão.

¹ *Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Adjunta do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Rua Jaime Lopes de Amorim, 4465-004 S. Mamede de Infesta. Correio eletrónico: margaridaazevedo15@gmail.com

Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de outubro de 2017, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/F1DF98F78DDE9900802581D200401399>

A Relação decidiu em sentido diferente do tribunal de primeira instância, tendo entendido não ser devido o reembolso dos “títulos de investimento”, estando a Ré apenas obrigada a restituir a quantia de 249,39, reduzida na proporção da participação do Autor nas perdas verificadas na cooperativa durante o exercício de 1998. Ao valor assim apurado, deveriam ser acrescidos os juros de mora à taxa legal, contados a partir de 6 de maio de 2014.

Inconformado, o Autor interpõe recurso junto do Supremo Tribunal de Justiça, que limitou o âmbito da revista ao problema do reembolso dos títulos de investimento, pois considerou dele estar excluída a apreciação do problema da incidência da dedução das perdas verificadas no exercício de 1998 apenas sobre o valor dos títulos de capital.

3 ENQUADRAMENTO JURÍDICO

O problema prende-se com o direito a reembolso de contribuições obrigatórias, em concreto de prestações pecuniárias exigidas aos membros e cujo objetivo consistia no pagamento da aquisição do terreno destinado à construção das suas habitações.

Torna-se então crucial avaliar a natureza jurídica destas obrigações pecuniárias.

No âmbito das cooperativas, temos a considerar os seguintes tipos de prestações, a que correspondem obrigações necessárias e obrigações eventuais. As obrigações necessárias são impostas pela lei. Já as obrigações eventuais devem a sua força obrigatória aos estatutos da cooperativa.

Também existem prestações pecuniárias não obrigatórias, sujeitas ao princípio da liberdade contratual.

Aos cooperadores é imposta pela lei a subscrição de títulos de capital. Os valores afetos à sua subscrição, entram no capital social da cooperativa. O capital social da cooperativa, ao contrário do que sucede com o capital social das sociedades, que se apresenta como tendencialmente imutável, é caracterizado pela variabilidade, atendendo ao princípio da adesão voluntária e livre². Deste modo, os títulos de capital são reembolsados em consequência da demissão do membro da cooperativa.

Também em caso de exclusão, os membros têm direito ao reembolso,

Igualmente devemos considerar como obrigações necessárias as prestações que se reconduzam ao chamado capital mutualístico ou massa de gestão econó-

² F. TORRES PEREZ, “O reembolso das entradas e das quantias entregues para financiar o pagamento da habitação. Notas características. Comentário ao Acórdão da *Audiência Provincial de Guipúscoa* de 4 de Abril de 2007”. In Deolinda Meira (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Lisboa Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 251.

mica³, A massa de gestão económica compreende vários tipos de prestação (entrega de dinheiro ou outro tipo de bens ou prestação de serviços do cooperador à cooperativa)⁴ e deriva da necessidade de os cooperadores contribuírem, através de bens ou serviços, para a prossecução do objeto social da cooperativa. A sua força obrigatória resulta da obrigação legal de os cooperadores participarem na atividade da cooperativa⁵. No caso das cooperativas de habitação, as prestações relacionadas com o capital mutualístico constituem contrapartida dos bens ou serviços prestados⁶. Existem obrigações que integram o universo do capital mutualístico que vêm especificamente referidas na lei ou nos estatutos da cooperativa.

Como obrigação eventual, temos a joia.

O pagamento de uma joia pode ser previsto estatutariamente como uma obrigação dos membros que pretendam ser admitidos na cooperativa. O pagamento de uma joia não confere ao membro o direito a remuneração, nem tão-pouco direito ao reembolso.

Como prestações (pelo menos em regra) não obrigatórias, que podem ser assumidas ao abrigo do princípio da liberdade contratual, temos a emissão de títulos de investimento e de obrigações. Podemos dizer que ambos são títulos de dívida emitidos pela cooperativa, que têm como objetivo financiar a atividade da cooperativa através de empréstimos, assumindo o seu titular, que pode ser membro da cooperativa ou terceiro, a posição de credor da cooperativa. A sua subscrição não é imposta pela lei ou pelos estatutos (pelo menos em regra), mas assumida pelo subscritor ao abrigo do princípio da liberdade contratual.

Procedamos então ao enquadramento dos estatutariamente denominados títulos de investimento.

O art. 10º dos estatutos da Cooperativa de propriedade individual de que o Autor era membro impunha a obrigação de entrega à cooperativa de quantias destinadas a cobrir os custos de aquisição do terreno, que apareciam denominadas como “títulos de investimento”.

³ D. APARÍCIO MEIRA, *O Regime Económico das Cooperativas no Direito Português, O capital Social*. Porto, Vida Económica, 2009, pp. 212 e segs Sobre o mesmo tema, D. APARÍCIO MEIRA/M.E. RAMOS, *Governança e Regime Económico das Cooperativas, Vida Económica*, 2014, pp. 122 e segs.

⁴ D. APARÍCIO MEIRA, *O Regime Económico das Cooperativas...cit.*, p.213. A mesma Autora trata do tema na Anotação 3 ao art. 81º do Código Cooperativo, salientando que, ao contrário dos membros investidores (admitidos pelo Código Cooperativo de 2015), os membros cooperadores têm dever não só de subscrever os títulos de capital, como principalmente contribuir para atividade da cooperativa – v. Anotação 3 ao art. 81º, in D. APARÍCIO MEIRA e M.E. RAMOS (coord.). *Código Cooperativo comentado*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 453.

⁵ D. APARÍCIO MEIRA, *O Regime Económico das Cooperativas...cit.*, p. 214.

⁶ D. APARÍCIO MEIRA, *O Regime Económico das Cooperativas...cit.*, p. 214.

O nome atribuído nos estatutos da cooperativo não é determinante. Há que buscar a sua natureza jurídica. Para tal, importa atender às características das prestações e, em particular, à sua finalidade. Apesar da designação, não se identificam com os títulos de investimento do Código Cooperativo. Na realidade, os títulos de investimento previstos no Código Cooperativo consubstanciam-se em empréstimos dos seus subscritores à cooperativa.

Não é este manifestamente o propósito das prestações, que se destinam à cobertura do custo do terreno, uma das componentes do custo dos fogos. Andou bem o Supremo Tribunal de Justiça ao qualificar a obrigação de entrega destas quantias como uma obrigação de antecipação de pagamento.

A confusão terminológica resultou, a nosso ver, da circunstância de, nas cooperativas de propriedade coletiva, o DL 218/82 referir que a amortização dos fogos supunha o cumprimento da obrigação de subscrição de *títulos de investimento* por parte dos membros para aquisição do direito de habitação. Contudo, os sucessivos Códigos Cooperativos vêm empregando a expressão em sentido diverso, como títulos de dívida (art. 28º do Código Cooperativo de 1980, art. 26º do Código Cooperativo de 1996, e art. 91º do Código Cooperativo 2015)⁷. Não admira pois que o legislador no novo regime jurídico das cooperativas de habitação tenha escolhido, ao denominar os títulos destinados à amortização dos fogos para aquisição do direito de habitação, uma expressão diferente, a expressão *títulos de participação*⁸.

Tem-se aqui em vista, é certo, as cooperativas de habitação de propriedade coletiva. A cooperativa no caso em apreciação era uma cooperativa de propriedade individual, pelo que não se aplicava o art. 15º do DL 218/82, correspondente ao art. 20º do DL 502/99.

Contudo, existe um propósito semelhante das prestações previstas pelo art. 10º dos estatutos, para uma cooperativa de propriedade individual. e das prestações ditadas pelo art. 15º do DL 218/82 e pelo art. 20º do DL 502/99, para as cooperativas de propriedade coletiva. Na verdade, nos dois casos o objetivo pretendido é a cobertura de custos da construção dos fogos. Nada estando previsto quanto ao reembolso das prestações previstas no art. 10º dos estatutos, deveremos aplicar

⁷ Salientando a distinção, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de setembro de 2002, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/286bea0c65cf7a3d80256c520046fb7c?OpenDocument>.

Em sentido diferente, anotando favoravelmente o Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de outubro de 2017 e considerando que os denominados títulos de investimento previstos no Estatuto da cooperativa seriam títulos de investimento no sentido do Código Cooperativo, A. AMORIM/T. PIMENTA FERNANDES, “O direito ao reembolso de títulos de investimento do cooperador excluído.” Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de outubro de 2017.” Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de outubro de 2017. *CES* 40 (2017/2018), pp. 191/199.

⁸ Embora mais adequada se considerarmos o contexto do Direito Cooperativo, apresentam uma natureza diversa dos títulos de participação regulados pelo DL 321/85, de 5 de agosto.

analogicamente o disposto para as prestações semelhantes previstas para as cooperativas de propriedade coletiva (art. 19º do DL 218/82 e art. 24º do DL 502/99).

Creemos que tanto as prestações de subscrição de títulos destinados à aquisição do direito à habitação nas cooperativas de propriedade coletiva, especificamente previstas pela lei, como as prestações destinadas ao pagamento antecipado de custos relacionados com a aquisição do terreno, nas cooperativas de propriedade individual, especificamente contempladas em disposição estatutária, assumem a qualidade de capital mutualístico.

Não revestem a natureza de títulos de dívida, cujas condições de emissão são aliás, da competência da Assembleia-Geral. A Assembleia-Geral goza de uma ampla margem de decisão quanto ao seu conteúdo, em particular em matéria de reembolso (v. art. 26º do Código Cooperativo de 1996 e 91º do Código Cooperativo de 2015)..

No entanto, onde os títulos de investimento confirmam o direito a uma remuneração mista (fixa e variável), o reembolso apenas será feito no momento de liquidação da cooperativa e depois de pagos os restantes credores. Em alternativa, quando assim seja decidido pela cooperativa, o reembolso ocorre no prazo de cinco anos. A circunstância de o direito ao reembolso estar subordinado em relação ao direito ao reembolso dos restantes credores, reforça a natureza participativa deste tipo de títulos de investimento.

Não obstante a liberdade de fixação do conteúdo dos títulos de investimento, podemos dizer que a enumeração (exemplificativa) prevista na lei indica uma natureza tendencialmente participativa dos títulos de investimento no risco da cooperativa. Esta circunstância não contende com a conclusão de que estamos perante empréstimos, assumindo os títulos de investimento a natureza de títulos de dívida⁹.

4 CONCLUSÃO

Como referimos, a finalidade dos denominados títulos de investimento, previstos nos estatutos da cooperativa, é o de antecipar o pagamento da aquisição do fogo, o que os torna semelhantes aos títulos para aquisição do direito à habitação nas cooperativas de propriedade coletiva, Ambos estão ligados à obrigação de o cooperador de contribuir para a prossecução do fim cooperativo, ou seja, encontram-se necessariamente associados à qualidade de cooperador da cooperativa de habitação. Não constituem, pois, empréstimos, como sucede com os títulos de investimento previstos no Código Cooperativo, cuja titularidade não está reservada aos membros da cooperativa.

⁹ M. AZEVEDO ALMEIDA, Anotação 7 ao art. 91º. In D. APARÍCIO MEIRA/M.E. RAMOS (coord.), “Código Cooperativo Anotado”. Coimbra, Almedina, 2018, p. 505.

Pelas considerações expostas, entendemos ser devido o reembolso das quantias pagas para satisfazer a obrigação estatutariamente prevista de entrega de verbas destinadas a antecipadamente cobrir o custo do terreno de construção dos fogos, em casos de demissão ou exclusão do membro. Subscrevemos a posição do Supremo Tribunal de Justiça¹⁰.

BIBLIOGRAFIA

- A, AMORIM/T. PIMENTA FERNANDES, “O direito ao reembolso de títulos de investimento do cooperador excluído.” Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de outubro de 2017. *CES* 40 (2017/2018), pp. 191/199.
- D. APARÍCIO MEIRA, *O Regime Económico das Cooperativas no Direto Português, O capital Social*. Porto, Vida Económica, 2009.
- D. APARÍCIO MEIRA/M. E. RAMOS, *Governança e Regime Económico das Cooperativas, Vida Económica*, 2014.
- D. APARÍCIO MEIRA, Anotação ao art. 81º. In D. APARÍCIO MEIRA e M. E. RAMOS (coord.). *Código Cooperativo comentado*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 453.
- F. TORRES PEREZ, “O reembolso das entradas e das quantias entregues para financiar o pagamento da habitação. Notas características. Comentário ao Acórdão da *Audiência Provincial de Guipúscoa* de 4 de Abril de 2007”. In D- APARÍCIO MEIRA (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Lisboa Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp. 245/258.
- M. AZEVEDO ALMEIDA, Anotação ao art. 91º. In D. APARÍCIO MEIRA/M. E. RAMOS (coord.), “Código Cooperativo Anotado”. Coimbra, Almedina, 2018.
- T. PIMENTA FERNANDES, “Sobre o valor do reembolso no caso de demissão do cooperador de uma cooperativa de habitação”. Acórdão da relação de Lisboa de 14 de julho de 2011, In Deolinda Aparício Meira (coord.). *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Imprensa Nacional asa da Moeda, 2012, pp. 571 a 578.

¹⁰ No mesmo sentido decidiu o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça da 14 de julho de 2011, que defendeu que às chamadas “poupanças obrigatórias” é aplicável o regime do reembolso previsto para os títulos de participação (assim designados pelo DL 502/99), o que mereceu anotação favorável T. PIMENTA FERNANDES, “Sobre o valor do reembolso bo caso de demissão do cooperador de uma cooperativa de habitação”. In Deolinda Aparício Meira (coord.). *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Imprensa Nacional asa da Moeda, 2012, pp. 570 a 578.

II

XURISPRUDENCIA

II.2.2. ANOTACIÓNS XURISPRUDENCIA (ESPAÑA)

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 41 (2018-2019), páxs. 227-232
ISSN: 1130-2682

**A VALORACIÓN DA PROBA DE CARGO NOS
PROCEDEMENTOS DISCIPLINARIOS DAS COOPERATIVAS
(ANOTACIÓN A SENTENZA DA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE PONTEVEDRA DE 23 DE MAIO DE 2018)**

*THE EVALUATION OF THE INCRIMINATING EVIDENCE
IN THE DISCIPLINARY COOPERATIVE PROCEEDINGS
(A BRIEF COMMENT ON THE JUDGMENT OF THE
COURT OF APPEAL OF PONTEVEDRA, MAY 23 2018)*

JULIO COSTAS COMESAÑA*

* Catedrático de Dereito Mercantil, Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: jcostas@uvigo.es.

1 ANTECEDENTES

A instancia de denuncia presentada por un socio (por entón presidente da “Cooperativa central de radio taxi” e tamén membro do seu consello reitor), este órgano social acordou o 18.07.2016 a incoación dun expediente disciplinario contra outro socio. De conformidade co art. 25 LCG e baseándose na declaración do denunciante-prexudicado e na localización de ambos os socios no mesmo lugar o día dos feitos denunciados (unha parada de taxis), no acordo de incoación do expediente disciplinario do consello reitor imputa ao socio denunciado un comportamento de “manifesta desconsideración, insultos ou calumnias cara aos membros de consello reitor ou empregados do servizo no exercicio as súas función”, tipificando esta conduta, en atención ao disposto no art. 12.1.c) dos estatutos da cooperativa, como unha falta grave, propondo impor ao socio unha sanción económica de 96 euros. Nas alegacións presentadas ao acordo de incoación, o socio denunciado nega os feitos imputados, solicita que se acredite a presenza do socio denunciante no lugar onde supostamente tería lugar os feitos e a presentación dunha proba testifical escrita que corroborase a versión do denunciante. O consello reitor adopta con data 12.08.2016 acordo que pon fin ao procedemento sancionador, no que desestimando as alegacións e considerando acreditados o feitos obxecto da denuncia, resolve que o socio denunciado cometeu unha conduta cualificable como falta grave, e imponlle a sanción disciplinaria de 96 euros.

Seguindo o disposto no art. 25.3.d) LCG, o socio sancionado recorreu o acordo do consello reitor ante o comité de recursos da cooperativa (art. 56 LCG), que, de oficio, solicitou a un terceiro que informase sobre a presenza dos vehículos dos socios implicados na parada de taxis no día dos feitos. Finalmente, o 11.10.2016 o comité de recursos adoptou o acordo de ratificar o acordo sancionador obxecto do recurso.

Seguindo o disposto nos arts. 25 e 40 LCG, o cooperativista sancionado interpuxo demanda xudicial contra a cooperativa, na que cualifica o acordo sancionador nulo de pleno dereito por vulneración do principio fundamental de presunción de inocencia, como consecuencia de ser imposta a sanción sen unha mínima actividade probatoria. A cooperativa demandada opúxose á demanda, alegando a caducidade do acordo impugnado e a acreditación da falta imputada como consecuencia da proba practicada polos órganos da cooperativa, consistente na declaración do denunciante e na comprobación, a través da actividade dun terceiro, do feito de que os dous taxis dos cooperativistas implicados achábanse na mesma parada no día en que supostamente ocorreron os feitos. Con data 16 de outubro de 2017, o Xulgado do Mercantil núm. 3 de Pontevedra, con sede en Vigo, di-

tou sentenza desestimatoria, estimando acreditados os feitos imputados coa proba practicada, sen que poidan axuizarse pola xurisdición novamente os feitos que xustificaron a imposición da sanción.

O cooperativista sancionado interpuxo recurso de apelación contra a sentenza de primeira instancia, que considera contraria a dereito. Por sentenza da Sección Primeira da Audiencia Provincial de Pontevedra, de data 23 de maio de 2018 (Roj: SAP PO 666/2018 - ECLI: E:APPO:2018:666), estímase o recurso de apelación, deixando sen efecto a sentenza obxecto do mesmo.

2 O RÉXIME DE DISCIPLINA SOCIAL NA LEI DE COOPERATIVAS DE GALICIA

Unha das características que diferencian ao cooperativas respecto das sociedades mercantís, derivada da súa natureza mutualista, radica en que os socios cooperativistas ordinarios asumen unha dobre condición xurídica, como aportante do capital social cooperativo subscrito e como usuario da actividade cooperativizada, a través da cal tratan de alcanzar a vantaxe mutualista que motiva a súa pertenza á cooperativa. Como consecuencia desta natureza —pero tamén debido a outras características da cooperativas, como o seu carácter de sociedade personalista ou de propiedade conxunta—, todas as leis españolas de cooperativas imponen aos socios cooperativistas un número de obrigas e/ou deberes fronte á cooperativa significativamente maior que o existente nas sociedades mercantís, particularmente, nas sociedades de capital, onde a única obriga legal que asumen os socios pode ser a de realizar a achega ao capital social comprometida.

A Lei de Cooperativas de Galicia (LCG), de aplicación na sentenza anotada, enuncia as “obrigas do socio” no art. 24. No en tanto, non se trata dunha enumeración pechada de obrigas e deberes sociais do cooperativista, senón dun *numerus apertus* que, nin sequera, contén as obrigas mínimas ou básicas do socio; obrigas e deberes do socio fronte á cooperativa que atopamos noutros preceptos da LCG e que teremos que buscar nos estatutos, pero tamén no regulamento de réxime interno ou nos acordos adoptados pola asemblea xeral da cooperativa (para unha clasificación destas obrigas, véxase: MORILLAS JARILLO, M.^a J. / FELIÚ REI, M.I., *Curso de cooperativas*, Ed. Tecnos, Madrid, Tomo I, 3^a ed., 2018, pp. 248-255). Este é o caso de autos, pois de acordo co texto da sentenza anotada, os estatutos da cooperativa demandada tipificarían como falta grave o trato desconsiderado ou vexatorio cara a outro socio, sancionable con multa.

Entre as obrigas legais do socio, o propio art. 24, letra b) LCG sinala a de “Cumpri-os deberes legais e estatutarios, así como vos acordos validamente adoptados polos órganos sociais da cooperativa”. Esta obriga de cumprir as normas de organización social complétase coa obriga legal da cooperativa de regular nos estatutos as normas de disciplina social, que no exercicio da súa autonomía da

vontade terá de respectar as regras imperativas que ao efecto dispón o art. 25 LCG. En consecuencia, os estatutos ou, no seu caso, o regulamento de réxime interno ou por acordo da asemblea xeral deben tipificar que condutas do socio constitúen falta (clasificándoas en leves, graves ou moi graves), as sancións que pola súa comisión pódense impor (que poden ser: económicas, de suspensión de dereitos sociais e de expulsión da cooperativa), o procedemento sancionador que ha de seguir o órgano social que teña atribuída tal potestade sancionadora (o órgano de administración, sendo indelegable esta competencia: art. 25.3.a LCG) e os recursos que poida interpor o socio sancionado; normas de disciplina social que doutrina e xurisprudencia destacan han de ser redactadas con claridade e precisión, co obxecto de preservar a seguridade xurídica, evitar un exercicio arbitrario da potestade disciplinaria e diminuír a litigiosidad en beneficio de socio e a boa marcha da cooperativa como organización social e empresarial.

En beneficio da seguridade xurídica e en prexuízo da ampla capacidade de autorregulación das cooperativas, ente outras cuestións, o art. 25, no seu apartado 2, regula o sistema de prescrición das faltas (non se regula, pola contra, a prescrición das sancións impostas), en tanto que o apartado 3 establece o sistema de recursos que proceden fronte á resolución do órgano social sancionador; en particular, dispón que o acordo sancionador ou, no seu caso, o acordo de ratificación (do comité de recursos ou da asemblea xeral) é susceptible de ser recorrido ante a xurisdición ordinaria (Xulgado do Mercantil competente por razón do domicilio social da cooperativa: art. 86 ter.2.a) da Lei Orgánica do Poder Xudicial) pola canle procesual que regula o art. 40 LCG para a impugnación dos acordos adoptados pola asemblea xeral da cooperativa.

3 A DOCTRINA DA SENTENZA

Non é obxecto de discusión a natureza sancionadora do procedemento privado de disciplina social que regula a LCG e, por tanto, sobre a aplicabilidade ao mesmo -entre outros- dos principios de legalidade e tipicidade propios dos procedementos sancionadores públicos. Principios que se poden observar no art. 25.1 LCG, cando dispón que os socios só poden ser sancionados por condutas previamente tipificadas como faltas (as moi graves e graves, nos estatutos; as leves poden estalo no regulamento de réxime interno ou por acordo da asemblea xeral), a través do procedemento establecido nos estatutos, con audiencia do interesado, sen que se lle poida impor ao socio unha sanción que non estea expresamente prevista nos estatutos. Con todo, chama a atención, desde a perspectiva da aplicabilidade a estes procedementos disciplinarios dos principios do dereito sancionador público, que a LCG, e ningunha das restantes leis de cooperativas de España, esixan a separación formal entre as fases de instrución e resolución do expediente disciplinario (esixido polo art. 63.1 da *Lei 39/2015, de 1 de outubro, do Procedemento Administrativo Común das Administracións Públicas*). Entendemos que,

para maior garantía de independencia na tramitación do procedemento, os estatutos deberían dispor que, radicando como dispón a LCG a potestade disciplinaria no órgano de administración da cooperativa, o instrutor do expediente non debe participar na resolución do mesmo. De igual modo, debería garantirse que unha composición do comité de recursos imparcial e independente a través dunha regulación expresa das situación de potenciais conflitos de interese entre as partes e da recusación do instrutor e dos membros do órgano sancionador.

A diferenza entre as partes obxecto da sentenza anotada radica na suficiencia ou insuficiencia da proba de cargo incorporada ao expediente disciplinario e, por tanto, no respecto ou non polo órgano sancionador dos principios acusatorio e de presunción de inocencia. A xuízo do Xuízo do Mercantil, a declaración do socio prexudicado (ofendido) e a proba de oficio realizada polo órgano sancionador dirixida a verificar a presenza de ambos os socios no lugar dos feitos no día que tiveron lugar, é suficiente para desvirtuar a presunción de inocencia do socio. Pola contra, a sentenza de apelación considera que esa proba practicada non é suficiente proba de cargo para anular a presunción de inocencia de que goza o acusado, razón pola que anula o acordo sancionador e a sentenza de primeira instancia. En concreto, a Audiencia Provincial afirma que *“No expediente sancionador non atopamos proba algunha de cargo que permita obter a convicción sobre a participación nos feitos do recorrente, pois aquela limitouse a dotar de credibilidade á denuncia, sen unha mínima comprobación. Foi só posteriormente, unha vez que o recorrente formulou a súa queixa contra o acordo [...] no que se lle impuña a sanción, cando o comité de recursos practicou de oficio unha proba supostamente de cargo consistente en pedir a un terceiro, (ao que se identifica, sen maior detalle, como “Demesix”) un documento que supostamente acreditaría a presenza simultánea dos dous vehículos en [...] lugar onde supostamente producíronse os feitos imputados. Sucede que esta dilixencia, -extemporáneamente practicada, pois a sanción xa fora imposta-, non enche as esixencias da proba indiciaria, pois non entendemos razoable a inferencia de que os feitos sucederon tal como relatounos o denunciante polo só dato da presenza dos dous vehículos no mesmo lugar”*.

En definitiva, neste caso, existe entre a AP de Pontevedra e o Xuízo do Mercantil unha distinta valoración da proba incorporada ao expediente disciplinario, e debemos considerar acertada a posición da Audiencia Provincial, por canto as normas de disciplina social cooperativa, en tanto que normas sancionadoras e limitativas de dereitos, deben ser obxecto de interpretación restritiva (neste sentido: STS de 28 de decembro de 2000. Roj: STS 9714/2000 - ECLI: E:TS:2000:9714), e, por iso, cando existen dúbidas razoables sobre a existencia ou relevancia xurídica dos feitos imputados ou respecto da autoría dos mesmos, tal dúbida hase de resolver a favor do socio imputado (*indubio pro reo*), considerando non acreditados os feitos imputados ou a autoría dos mesmos.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 41 (2018-2019), páxs. 233-239
ISSN: 1130-2682

ANOTACIÓN A LA SENTENCIA 145/2018 DEL JUZGADO
DE LO MERCANTIL DE MURCIA DE 20 DE JUNIO

*COMMENT TO THE JUDGMENT 145/2018 OF THE
COMMERCIAL JUDGE OF MURCIA FROM THE 20TH JUNE*

SARA LOUREDO CASADO*

* Profa. Dra. da Área de Dereito Mercantil da Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo da Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: saralouredo@uvigo.es.

1 HECHOS DE LA SENTENCIA

La resolución que anotamos para esta contribución proviene del Juzgado de lo Mercantil de Murcia y aplica la Ley de Cooperativas de la Región de Murcia así como los argumentos empleados por la Audiencia Provincial de la región en un caso anterior entre otros socios y la misma cooperativa ante la misma situación (la SAP de Murcia de 12 de abril de 2018).

El demandante es uno de los cinco socios fundadores de la cooperativa de enseñanza, que es la demandada. El suplico de la demanda solicitaba que se condenase a la cooperativa a abonar al actor la suma de 50.000 euros en concepto de reembolso de aportaciones obligatorias y de 1.050 en concepto de aportaciones voluntarias. Estas cifras se extraen de la capitalización del trabajo de los socios que consignó la sociedad en su Asamblea General de 1 de junio de 2009. Frente a esta reclamación, la demandada se opone a la capitalización y solicita la desestimación de las pretensiones del particular.

La sentencia no se detiene mucho más en los hechos que la fundamentan y pasa, haciendo referencia a la sentencia de la AP de Murcia en la que participaban los otros cuatro socios fundadores, a analizar si el demandante puede basarse en el acuerdo de 1 de junio cuando éste cataloga la contribución de los socios fundadores para la puesta en marcha de la cooperativa como una aportación no dineraria al capital social.

2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El primer argumento esgrimido en relación a la mencionada capitalización proviene ya de la sentencia referida (que se emplea como precedente). Y se trata de conocer si se cumplieron las formalidades de valoración de las aportaciones de este tipo en la Junta de 1 de junio de 2009 que los actores toman como referencia, y ello conforme al art. 64.4 de la Ley 8/2006 (de Cooperativas de la Región de Murcia, en adelante LCRM). En este punto aclaramos que el art. 64 fue modificado en 2011 y que el apartado 4 se corresponde con el actual 5:

*“No obstante, si lo prevén los Estatutos sociales o lo acordase la Asamblea General, también podrán consistir en bienes y derechos susceptibles de valoración económica. En este caso, **el Consejo Rector deberá fijar su valoración, previo informe de uno o varios expertos independientes designados por dicho órgano, que versará sobre las características y el valor de la aportación y los criterios utilizados para calcularlo, respondiendo solidariamente los miembros del Consejo Rector,***

durante cinco años, de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido.

Si los Estatutos sociales lo establecieran, la valoración realizada por el Consejo Rector deberá ser aprobada por la Asamblea General.

En el supuesto de que se trate de aportaciones iniciales, una vez constituido el Consejo Rector, deberá ratificar la valoración asignada en la forma establecida en el párrafo anterior.

En cuanto a la entrega, saneamiento y transmisión de riesgos, será de aplicación a las aportaciones no dinerarias lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas”.

Como se observa en la legislación, el órgano que ha de aprobar necesariamente la capitalización de aquellos bienes y derechos no dinerarios entregados por los socios es el Consejo Rector. Sólo en algunos casos, si los Estatutos sociales así lo prescriben, la Asamblea funcionará como un órgano fiscalizador que revisará y aprobará, si lo considera oportuno, dicha valoración. En el caso analizado, no se cumple esta asignación de competencia porque la supuesta valoración la lleva a cabo la Asamblea —y nada se dice de una reunión o acuerdo del Consejo Rector previo o simultáneo al 1 de junio de 2009—. Tampoco consta un informe previo sobre la valoración del experto en esa fecha —el informe se realizó posteriormente, el 30 de agosto de 2009—.

En este punto la sentencia de la AP introduce un nuevo dato y es que se produce otra Asamblea el 4 de septiembre de 2009 en la que se aprueba la valoración del informe del experto. Este indicio nos lleva a concluir que la valoración no se asumió por la cooperativa en junio sino de forma posterior. ¿Por qué, entonces, no hacen los socios referencia a esta reunión que sí cumple con las estipulaciones legales? Porque desde el 1 de septiembre la sociedad contaba con veintidós nuevos socios y el día 4 sólo se reunieron los cuatro socios fundadores. La pretendida Junta Universal no reunió ni a una quinta parte de la sociedad. Por tanto, como han concluido algunas sentencias del TS, estaríamos ante una Asamblea radicalmente nula y contraria al orden público. Los actores parecían conocer este dato porque no mostraron especial énfasis en referirse a esta reunión ni en defender su validez.

Tras esta precisión, la sentencia de la AP enfatiza que no es tan grave la ausencia de las formalidades del art. 64.4 LCRM como el hecho de que la calificación de las aportaciones vulnera normas esenciales del régimen de las sociedades cooperativas: principios fundamentales relativos al capital social. Y ello porque se exige para las aportaciones no dinerarias que al menos puedan ser valoradas económicamente (como indicaba el citado precepto) dado que tanto el capital social de la cooperativa como su patrimonio. Se cumple este carácter patrimonial cuando las aportaciones reúnen ciertos indicios contenidos en la normativa societaria y

cooperativa: el posible reflejo contable en el balance, la enajenación, la aptitud para ser objeto de apropiación o negociación, etc. Y estos indicios no se dan en los trabajos de gestión, que podemos denominar “fundacionales”, que desarrollaron los socios, los cuales no parecen capitalizables.

La consecuencia última de esta incorrecta calificación es la vulneración del principio de integración del capital social, fundamental para el buen funcionamiento de la sociedad puesto que sirve como garantía a los terceros de que las aportaciones efectuadas por los socios son parte del patrimonio real con el que la cooperativa hace frente a sus deudas. El reembolso es un derecho que nace, en todo caso, de una previa contribución que sale de la esfera patrimonial del socio y se integra en la sociedad. Se trata de unos bienes o derechos que el particular cede en beneficio del conjunto de la cooperativa creada. Si, al contrario, el reembolso no se corresponde con una contribución real del socio, el acuerdo puede ser considerado contrario al orden público (lo que han hecho, entre otras, las SSTS de 30 de mayo y 29 de noviembre de 2007 o 19 de julio de 2007, a las que la AP alude).

Como contrapartida a estas argumentaciones, los recurrentes en la SAP de Murcia alegaban que, en octubre de 2010, la cooperativa propone como alternativa a la expulsión de los socios una negociación con ellos que suponía el reembolso de 70.000 € que debían repartirse. Para el tribunal, que en este punto emplea expresiones más vagas e hipotéticas, no se trataría de un reconocimiento respecto al capital aportado por los socios sino de una posible previsión de compensaciones al fin de la relación societaria y laboral (debido a la dualidad del régimen de este tipo de cooperativas).

El último argumento que emplearon en su día los actores ante la AP fue que los acuerdos de la Asamblea producen efectos desde que se adoptan y hasta que no se dejen sin efectos o se impugnen (y se alude en este punto a los arts. 45 a 47 LCRM). En este punto hay que precisar dos reglas: una para los acuerdos no contrarios al orden público y otra para los que lo son. En el caso de los primeros, la falta de impugnación no implica su sanación sino que despliegan efectos si, transcurrido un tiempo, no son impugnados por persona legitimada. Por el contrario, los segundos nunca se convalidan dado que las acciones para atacarlos no caducan ni prescriben por lo que algunos autores los consideran nulos de pleno derecho. Esta ineficacia se puede alegar en vía de acción y de excepción. Esta última es la empleada en el caso de autos porque es cuando los actores pretenden beneficiarse de los efectos que se derivan de la Asamblea de junio de 2009 cuando se puede combatir, de contrario, su validez.

Como podemos observar, la sentencia que pretendíamos analizar en la presente anotación nos ha conducido inevitablemente a una resolución anterior de la AP de Murcia en la que se discutían las mismas cuestiones entre otros actores y la misma demandada, la sociedad cooperativa. Y ello con base en un argumento que podríamos catalogar de cauteloso o previsor, como indica en el FJ 2º *in fine*, “*este*

juzgador (asume) como acertados los fundamentos contenidos en la resolución de la Audiencia Provincial de Murcia, que deberá resolver el posible recurso frente a esta sentencia, (y) procede en base a los mismos argumentos desestimar la presente demanda”.

3 CONCLUSIONES PERSONALES

Brevemente, me gustaría detenerme en dos aspectos de esta sentencia que pueden servir a la reflexión en torno a las sociedades cooperativas: su realidad y sus problemas más frecuentes. El primero de ellos es la imprecisión que se observa en el planteamiento del orden del día de las asambleas y juntas de este tipo de sociedad. En realidad, la reflexión sirve también para otros tipos, como las SA y las SL. En algunas ocasiones, el orden del día que se envía a los socios cuando se convocan las reuniones no es claro respecto a si se está votando un acuerdo o se está buscando adoptar otro tipo de decisión. Esta ambigüedad puede ser fruto de la inexperiencia de los socios o miembros de la Asamblea y Consejo Rector o puede ser buscada intencionalmente cuando sobre un determinado asunto hay un conflicto de intereses en el seno de la cooperativa y el resultado de la votación puede no ser conveniente para aquellos que ejercen un mayor control.

Esta misma ambigüedad se traslada al acta, que recoge en términos poco claros si se han adoptado acuerdos definitivos o, más bien, líneas de acción. Posteriormente, cuando estos documentos son invocados por los perjudicados o beneficiados por los acuerdos, en sede judicial, el órgano tiene problemas para interpretar el carácter vinculante que a esos debates han querido (o creído) conferir los participantes. En el caso analizado se observa que la reunión de junio de 2009 se recoge en un acta manuscrita que tan sólo contiene la voluntad de los socios participantes para aceptar la capitalización aportada pero no reúne ningún otro requisito —como la constancia del informe previo del experto— para que pueda ser considerada una verdadera aprobación de la devolución de esas cantidades al socio. Y es indicio de ello también que los socios vuelvan a reunirse en septiembre, cuando ya cuentan con el informe del experto para aprobar esta valoración.

Sin embargo, de nuevo, la reunión de septiembre no es válida porque, aunque se cataloga como universal, faltan los nuevos socios, que se habían incorporado a la cooperativa unos días antes. En definitiva, la actuación orgánica de la cooperativa parece revestir una falta de rigor y orden —intencional o negligente— que genera confusión y, lo que es más preocupante, indefensión a algunos miembros de aquélla. Con este tipo de actuaciones, las cooperativas cumplen deficientemente esos principios y valores inspiradores del tipo social, en particular el control democrático por los asociados y la información que se debe a los mismos. Es necesario que estos principios no se conviertan en un brindis al sol sino que tengan un reflejo práctico y que se intenten lograr acuerdos en cualquier situación, también

cuando los socios, atendiendo al principio de puertas abiertas, deciden abandonar la sociedad. Sólo en la medida en que los procesos democráticos en el seno de la cooperativa sean transparentes y permitan que todos los socios estén informados, se estará cumpliendo adecuadamente el objeto social.

El segundo tema interesante que nos traslada esta resolución del Juzgado de Murcia es una cuestión clave en la sentencia: la posible consideración de los trabajos de los socios fundadores encaminados al establecimiento de la cooperativa como aportación no dineraria. En este punto, si bien las leyes no suelen ofrecer un concepto claro de este tipo de aportaciones ni un catálogo de las mismas, insisten en el hecho de que han de ser susceptibles de valoración económica.

En primer lugar, se ha definido por la doctrina la aportación como la prestación que el socio se obliga a hacer a la sociedad y la consecuencia natural del cumplimiento de dicha obligación, la cual produce un desplazamiento patrimonial del socio a favor de la sociedad (PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., “Régimen económico”, en PEINADO GRACIA, J. I., *Tratado de Derecho de Cooperativas*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 557). En segundo lugar, hay que tener en cuenta, como ha destacado el mismo autor (ídem, pág. 565) que la regulación de este tipo de aportaciones es más extensa que en relación a las de carácter dinerario, tanto en la posibilidad de admisión por la sociedad como en el aseguramiento de la realidad de la aportación. Y ello porque la cuestión enlaza directamente con las funciones del patrimonio social ya que la garantía que éste supone quiebra si las aportaciones de los socios presentan un dudoso carácter económico.

Consideramos que es el caso de la sentencia puesto que los trabajos “fundacionales” de los primeros socios eran parte del proceso de creación de la cooperativa o, en todo caso, algo similar a la prestación de un trabajo a la sociedad pero no una aportación *in natura*. Esto se ha confirmado desde hace años para las sociedades de capital con base en que el principio de integración —que exige la efectividad y patrimonialidad de las aportaciones—, en tutela de los intereses de los acreedores sociales impide que se aporte industria, trabajo o servicios (LOJENDIO OSBORNE, I., “Aportaciones sociales” en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. III, v. 3º, Civitas, Madrid, 1994, pág. 38). Estas mismas consideraciones han de aplicarse a la sociedad cooperativa que, en este punto, no difiere de las sociedades de capital y que se ve regida también por el principio mencionado.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 41 (2018-2019), páxs. 241-245
ISSN: 1130-2682

**EL REEMBOLSO DE LA PRIMA DEL SEGURO DE
CAUCIÓN EN LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS**

*THE REFUND OF SURETY INSURANCE PRIME IN
THE FIELD OF HOUSING COOPERATIVES*

SINESIO NOVO FERNÁNDEZ*

* Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo. Dirección de correo electrónico: sinenovo@yahoo.es.

1 RESUMEN

El 13 de septiembre de 2013 se produce la baja voluntaria de Dña. Carlota en la entidad “El prado de Valdebebas Sociedad Cooperativa”. Dicha baja fue calificada como justificada y la antigua socia formuló demanda contra la entidad para reclamar el reintegro de las aportaciones que había efectuado. La parte demandada se allana parcialmente, reduciéndose el objeto de la litis a determinar el carácter reembolsable de la póliza de seguro de caución concertado para garantizar la devolución de las cantidades aportadas por la cooperativista en caso de que no se iniciase la construcción de las viviendas, éstas no llegasen a buen fin o no se entregasen en los plazos convenidos. La sentencia de primera instancia condena a la cooperativa al pago de todas las cantidades reclamadas, por lo que la demandada interpone el correspondiente recurso frente a esta resolución. La alzada se fundamenta en tres alegaciones. En primer lugar, la recurrente manifiesta falta de legitimación pasiva, al tratarse de un seguro concertado por la demandante con la aseguradora. La cooperativa actuó únicamente como mediadora, limitándose a recibir el dinero de la cooperativista para entregarlo a la compañía. En segundo término, el recurso se fundamenta en que la póliza no es un concepto reembolsable por no integrar el capital ni corresponder a cantidades dirigidas a financiar la construcción de las viviendas. Finalmente, la apelante expone que no ha transcurrido el plazo de cinco años fijado legal y estatutariamente para devolver las aportaciones en caso de baja justificada.

La sentencia de apelación no estima ninguno de los motivos alegados en torno al reembolso de la prima de seguro de caución. Respecto a la primera alegación, de falta de legitimación pasiva de la cooperativa, dice el tribunal que, como consta en los propios certificados individuales de seguro aportados en la contestación a la demanda, es la cooperativa la que, como tomadora del seguro, suscribe la correspondiente póliza colectiva y, como tal, le corresponde la obligación del pago de la prima a la aseguradora. Los cooperativistas no tienen relación contractual con la aseguradora, sin perjuicio de su condición de asegurados a cuyo favor se emiten las correspondientes pólizas individuales.

En cuanto al carácter reembolsable de la prima, entiende la sentencia de apelación que la cantidad abonada por la demandante en concepto de seguro de caución debe serle reintegrada, en tanto que se trata de una aportación que sufraga los gastos generales de la cooperativa y, como tales, se encuentran incluidos en el precio de la vivienda. Así las cosas, la prima de seguro es una cantidad satisfecha por la cooperativista para la financiación del inmueble sin que su reembolso esté excluido legal o estatutariamente.

Respecto al transcurso del plazo de cinco años desde la fecha de la baja para que el cooperativista exija el reembolso, argumenta la Audiencia Provincial que la cuestión no fue alegada en la contestación a la demanda. En cualquier caso, el mencionado plazo decaería desde el momento en que el cooperativista fue sustituido por otro con anterioridad a la interposición de la demanda.

2 ANOTACIÓN

La primera de las cuestiones debatidas, que versa sobre la legitimación pasiva de la cooperativa, no puede escindirse del fondo del asunto, como bien dice el tribunal de apelación, esto es, no puede analizarse con independencia de la decisión acerca del carácter (reembolsable o no) de la prima de seguro. La característica de reembolsable supone el derecho que tiene el socio que causa baja a que la cooperativa le devuelva la partida en cuestión. Por lo tanto, si se llega a la conclusión de que dicha partida es reembolsable, es la cooperativa la obligada a reintegrársela al socio y la legitimada pasivamente para su reclamación. En cualquier caso, para analizar la cuestión de fondo de la sentencia que nos ocupa, es imprescindible el estudio del llamado seguro de caución. A partir de la regulación contenida en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro, en la Ley 57/68 de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y en la Orden de 29 de noviembre de 1968, de Seguro de Afianzamiento y de Cantidades Anticipadas, podemos establecer que estamos ante un seguro obligatorio por el que la compañía aseguradora se obliga, en caso del incumplimiento por la promotora de sus obligaciones legales o contractuales, a devolver al asegurado las cantidades entregadas a cuenta. Así las cosas, en virtud de la legislación enumerada, aparece el promotor como tomador del seguro de caución. Podemos definirlo como aquella persona física o jurídica que contrata el seguro por el posible incumplimiento en sus obligaciones. En el supuesto de las cooperativas objeto de análisis, esto es, asociaciones de personas que promueve la construcción de viviendas, estamos ante una promoción colectiva por parte de los socios en la que la persona jurídica ocupa una posición de promotora mediadora (TATO PLAZA, A., “As cooperativas de viviendas e a condición de promotor”, *As cooperativas de Vivendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Santiago de Compostela, Centro de Estudios Cooperativos, 2007, p.71). Otro de los elementos que intervienen en el seguro de caución es el asegurado, o persona física o jurídica que entrega unas cantidades a cuenta para la adquisición de un inmueble en construcción. Cada uno de los socios de una cooperativa de viviendas serían los asegurados en esta modalidad contractual. Como tercer elemento personal aparece el asegurador, esto es, la compañía de seguros que se compromete a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta en caso del incumplimiento del promotor. Siguiendo con la regulación del seguro de caución, en el mismo han de emitirse dos tipos de documentos: el contrato de seguro colectivo, que en el caso

que nos ocupa es el que se celebra entre el asegurador y la cooperativa; y la póliza individual de seguro complementaria, firmada entre el asegurador y cada uno de los asegurados, en la que se determina la cantidad aportada por el adquirente y que por tanto resulta cubierta por la póliza en caso de producirse el siniestro.

En otro orden de cosas, la naturaleza reembolsable de la prima del seguro de caución se predica de la literalidad del artículo 89.5 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, en virtud del cual “los Estatutos podrán prever en qué casos la baja de un socio es justificada y para los restantes, la aplicación, en la devolución de las cantidades entregadas por el mismo para financiar el pago de las viviendas y locales, de las deducciones a que se refiere el apartado 3 del artículo 51, hasta un máximo del 50 por 100 de los porcentajes que en el mismo se establecen.

Las cantidades a que se refiere el párrafo anterior, así como las aportaciones del socio al capital social, deberán reembolsarse a éste en el momento en que sea sustituido en sus derechos y obligaciones por otro socio”.

En el precepto se observa que serán objeto de reembolso no solo las aportaciones al capital social, sino todas las cantidades entregadas por el socio para financiar el pago de las viviendas. Teniendo en cuenta el carácter preceptivo del seguro de caución en este tipo de actividad, es innegable la inclusión de la prima como concepto necesario para la construcción de las viviendas y, en consecuencia, su carácter reembolsable.

Finalmente, respecto al plazo del que dispone una cooperativa para el reembolso de las cantidades debidas al socio que causa baja, el artículo 89.5 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, no deja lugar a la interpretación, en el sentido de que obliga al reembolso en el momento en que el socio que causa baja sea sustituido en sus derechos y obligaciones por otro. Siguiendo lo manifestado por la Audiencia Provincial de Madrid, la aplicación de la ley anterior en vez de la ley de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, se justifica por el carácter estatal de la sociedad demandada. En cualquier caso, el contenido del artículo 114.5 de dicha norma se identifica plenamente con el mencionado precepto de la Ley 27/1999.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE ASTURIAS, SECCIÓN 1ª,
N.º 317/2018 DE 28 DE JUNIO, SOBRE LA ACCIÓN
DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL CONTRA
MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN E
INTERVENTORES DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL

*COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL
COURT OF ASTURIAS, 1ST SECTION, 317/2018 OF JUNE
28, ON THE ACTION OF INDIVIDUAL RESPONSIBILITY
AGAINST MEMBERS OF THE ADMINISTRATIVE
BOARD AND CONTROLERS OF A COOPERATIVE*

ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ*

* Dr. en Ciencias Políticas y Sociología por la UCM. Dirección de correo electrónico: kostka@knm-abogados.es.

1 HECHOS Y DESARROLLO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA

El actor de la pretensión es el Ayuntamiento de Gijón, quien ejerce la acción directa responsable, contra los miembros del Consejo Rector de la Sociedad y los dos interventores de la Cooperativa Provia. La demanda se fundamenta en el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital, en virtud de un impago de una cuenta jurada de Letrado y Procurador, que asistieron a la entidad local en un recuso contencioso administrativo, del que dimanó un embargo de un bien inmueble de la cooperativa. El embargo fue trabado con fecha 5 de noviembre de 2001, y se condenó a su entrega a la entidad municipal por Sentencia el 11 de noviembre de 2005, confirmada por la de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de julio de 2007, con inadmisión de un posterior recurso de casación.

En primera instancia, el motivo esgrimido para la desestimación de la demanda rectora es la prescripción del plazo establecido en el artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital, de cuatro años desde que se hubiere podido ejercitar la acción por la lesión causada, identificada por el Ayuntamiento en noviembre de 2005, pero resultando probado para el Juzgado de Primera Instancia, que el conocimiento de dicha situación se remontaba antes incluso del 2001, momento en el que se traba el embargo.

2 IMPUGNACIÓN Y DESISTIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso fue presentado por el Ayuntamiento, fundamentado la infracción del mismo artículo de prescripción, el 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital, pues entendían que habían interrumpido el plazo de prescripción por medio de distintos burofax, dirigidos a algunos de los miembros de del Consejo de Administración de la Cooperativa Provia, al amparo de lo preceptuado en los artículos 1969 y 1973 del Código Civil.

Con sorpresa, la Audiencia Provincial de Asturias cambia el criterio de primera instancia, en lo relativo a la acción esgrimida por el demandante y la considera inapropiada para el supuesto de hecho, siendo esto el motivo de la desestimación en segunda instancia.

La Sección 1ª de la citada Audiencia esgrime los siguientes argumentos:

- En base a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, delimita con mayor precisión la esfera de actuación de la responsabilidad, generadas por los actos llevados a cabo por los administradores.
- Pone de manifiesto la complejidad que supone dicha diferenciación, cuando existe además una regulación propia de la responsabilidad, en la que

pueden incurrir los administradores de la sociedad en el ejercicio de su cargo, preceptuada en el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital, debiendo la regulación especial tener primacía sobre la general, regulada en el artículo 1902 del Código Civil.

- Alude que no puede recurrirse de un modo general a la vía de la responsabilidad directa contra los Administradores, establecida en el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital, porque ello supondría contrariar los principios fundamentales de una sociedad de capital, tales como la existencia de una personalidad jurídica propia e independiente de las personas físicas que la componen, y su capacidad de autonomía propia, incluyendo en ella la obligación de responder por sus propias deudas generadas.
- En base a lo anterior señala que el hecho dimanante del litigio, esto es la responsabilidad generada por el incumplimiento contractual que dio origen al embargo propiedad de la Cooperativa, no puede ser perseguido mediante la acción directa contra los administradores la misma, por ser la responsable la propia entidad de la que son administradores, desestimando con ello el recurso de apelación planteado por el Ilustre Ayuntamiento.

La Audiencia responde, igualmente, a una cuestión no planteada en el presente litigio, pero que sí habría sido objeto de discusión de haberse ejercitado la acción apropiada al asunto, esto es, el diferente tratamiento de los miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa y de los interventores de la misma.

De un modo explícito, se regula la responsabilidad mancomunada de los consejeros e interventores por los daños causados en el artículo 43 de la Ley de Cooperativas. Ese régimen de responsabilidad parte de la misma naturaleza del cargo, donde sus funciones no son la mera administración, sino unas labores de fiscalización amparadas en el artículo 38 de la misma Ley de Cooperativas.

De las diferencias existentes entre el régimen solidario de los miembros del consejo de administración y el régimen mancomunado de los interventores, habría provocado una exclusión de la legitimada pasiva de éstos últimos, de haberse enablado la acción apropiada.

3 CONCLUSIÓN

Esta oportuna Sentencia, profundiza en el debate académico y jurisprudencial, sobre las responsabilidades de aquellos administradores que actúan en nombre y representación de entidades cooperativas, y en la abundante y no menos prolija literatura sobre la acción directa contra estos. En este caso concreto, una entidad municipal pretende la reparación de un daño sufrido, con origen en un incumplimiento contractual de una sociedad cooperativa, y para ello ejercitan la acción directa contra los administradores e interventores de dicha sociedad, por entenderlos responsables del acto lesivo, pero la ejercita sin sujeción a los plazos de

prescripción previstos en la Ley de Sociedades de Capital, motivo por el cual la demanda no prospera.

Es en el posterior recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias, cuando a pesar de los motivos esgrimidos por el Ilustre Ayuntamiento, se sentencia la inaplicabilidad inicial de la acción planteada, por corresponder el presunto acto lesivo a la esfera de responsabilidad de la entidad cooperativa como persona jurídica, no a los administradores e interventores de la misma, estableciendo los peligros que supondría el uso indiscriminado de la acción directa contra los miembros de los consejos de administración, pues atentaría contra el fundamento último de la existencia de este tipo de personalidades jurídicas, de las que se debe proteger su autonomía e independencia.

**IMPUGNACIÓN DE UN ACUERDO DE LA ASAMBLEA
GENERAL QUE DOTA DE CARÁCTER RETROACTIVO
A UN ACUERDO ANTERIOR AFECTANDO A
ANTIGUOS SOCIOS. COMENTARIO A LA SENTENCIA
N.º 263/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE MADRID DEL 7 DE MAYO DE 2018**

*CONTESTATION OF THE ANNUAL GENERAL MEETING'S
AGREEMENT, WHICH ATTRIBUTES RETROSPECTIVE NATURE
TO ANOTHER AGREEMENT, AFFECTING, THE RECORRE,
OLD PARTNERS. COMMENTARY OF THE JUDGMENT
NUMBER 263/2018 OF THE PROVINCIAL AUDIENCE OF
MADRID, PRONOUNCED THE 7TH OF MAY OF 2018.*

ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS*

* Avogada do Ilustre Colexio de Avogados de Santiago de Compostela. Dirección de correo electrónico: isabel.cabanelas@gmail.com.

El objeto de este comentario es la sentencia n.º 263/2018 de 7 de mayo de 2018 dictada por la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid por la que se estima el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Cooperativa Madrileña MELCO XXI- EL BALCÓN DE COLMENAR contra la sentencia dictada el día 19 de noviembre de 2015 por el Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Madrid en autos de juicio ordinario n.º 460/2012. Imponiendo las costas a la parte actora.

1 ANTECEDENTES

MELCO XXI-EL BALCÓN DE COLMENAR, es una sociedad cooperativa madrileña de viviendas que en alguna de sus fases ya concluidas entregó, a parte de sus socios, viviendas por importe inferior a su valor de construcción con la firma de escritura pública y subrogación en el préstamo hipotecario correspondiente.

La Sociedad Cooperativa Madrileña MELCO XXI-EL BALCÓN DE COLMENAR, con posterioridad a la entrega de las viviendas, adopta en la Asamblea General de 25 de febrero de 2012 un acuerdo que dota de carácter retroactivo a un acuerdo previo de la misma Asamblea de fecha 4 de junio de 2011 en el que se establecía lo siguiente: “A partir de esta Asamblea I. No permitir la escrituración de una vivienda en un precio inferior al coste real de ejecución de la misma, cuando éste haya sido superior al precio de adjudicación propuesto en el título de adjudicación”.

A consecuencia de este acuerdo, un grupo de socios que ya habían recibido sus viviendas de la Cooperativa por un precio inferior al de su coste deciden interponer una demanda contra la Cooperativa alegando nulidad del acuerdo adoptado por la Asamblea General el 25 de febrero de 2012.

La demanda es resuelta por el Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Madrid el 19 de noviembre de 2015. El juzgado estima totalmente la demanda que a su vez es recurrida en apelación por la Cooperativa ante la Audiencia que falla el 7 de mayo de 2018 estimando el recurso interpuesto por la Sociedad Cooperativa Madrileña MELCO XXI-EL BALCÓN DE COLMENAR contra la sentencia dictada por el Juzgado.

2 COMENTARIO

En el fallo recurrido, el Juzgado de lo Mercantil estimaba totalmente la demanda interpuesta por cincuenta socios contra la Sociedad Cooperativa Madrileña MELCO XXI- EL BALCÓN DE COLMENAR, declarando nulo el acuerdo que la cooperativa había adoptado en la Asamblea General de 25 de febrero de 2012

que dotaba de carácter retroactivo al acuerdo adoptado en la Asamblea General de 4 de junio de 2011. La sentencia impone las costas a la parte demandada.

El acuerdo de 25 de febrero de 2012 cuya nulidad se insta, establecía lo siguiente: “Aplicar con carácter retroactivo a todos los socios de la Cooperativa (socios de 1ª y 2ª Fase con vivienda entregada a precio inferior a coste) la medida adoptada en la Asamblea General de 4 de junio de 2011, por lo que deben aportar la diferencia entre el coste real de sus viviendas respecto de su precio de adjudicación”.

El acuerdo de 4 de junio de 2011 cuya retroactividad se pretendía, establecía lo siguiente: “A partir de esta Asamblea I. No permitir la escrituración de una vivienda en un precio inferior al coste real de ejecución de la misma, cuando éste haya sido superior al precio de adjudicación propuesto en el título de adjudicación”.

La aplicación con carácter retroactivo de este acuerdo de la Asamblea, en virtud del acuerdo cuya nulidad se pretende, implica que todos los socios, incluidos los socios de la primera y la segunda fase de la Cooperativa que ya tenían entregada su vivienda por un precio inferior al de su construcción, estarían obligados a aportar la diferencia entre el coste real de las viviendas y el de su precio de adjudicación, de acuerdo con las condiciones que fije la Asamblea.

Los socios demandantes, se verían pues afectados por el acuerdo del 25 de febrero de 2012 porque todos ellos habían recibido sus viviendas de la cooperativa por un precio inferior al de su coste pese a que la firma de las escrituras de adjudicación de las viviendas con la subrogación en los préstamos hipotecarios correspondientes cumplía todos los requisitos legales.

En el escrito de DEMANDA los antiguos socios de la cooperativa alegaban los siguientes motivos para invocar la nulidad del acuerdo impugnado:

1º.- Alegaban defectos de forma en la convocatoria de la Asamblea General de 25 de febrero de 2012 al entender que se había vulnerado el artículo 32 de la Ley 4/1999 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid. En el citado artículo la Ley establece que la convocatoria de la Asamblea General se debe de hacer mediante un anuncio destacado en el domicilio social de la cooperativa y además en cada uno de los centros de trabajo, así como mediante una carta dirigida al domicilio de los socios o por otro medio que garantice su recepción.

En el caso que nos ocupa, la convocatoria de la Asamblea General de 25 de febrero de 2012 en la que se adoptó el acuerdo objeto de impugnación, se efectuó a través de la página web de la cooperativa madrileña y por correo electrónico a los socios. Los socios demandantes entienden que con este procedimiento de convocatoria “no se ha garantizado la recepción de la convocatoria de la Asamblea General Extraordinaria pudiendo el consejo rector convocar solo a aquellos socios a quienes los acuerdos que se iban a adoptar eran favorables”.

2º.- Alegaban igualmente la vulneración del derecho de información que asiste a todos los socios de las cooperativas ya que según sostienen en la convocatoria de la Asamblea no se aporta documentación contable alguna que permita acreditar que el coste real de las viviendas adjudicadas es superior al importe entregado en el momento de la adjudicación.

3º.- Alegaban además de lo anteriormente expuesto, la infracción de los artículos 9.3 de la Constitución y de los artículos: 2.3, 6.3, 1.256, 1.462 y siguientes del Código Civil.

4º.- Por último, alegaban que con el acuerdo impugnado la Cooperativa vulneraba la doctrina de los propios actos.

A sensu contrario, en su escrito de CONTESTACIÓN a la demanda, la Cooperativa formulaba las siguientes alegaciones:

Con carácter previo, la demandada, alegaba falta de legitimación activa por parte de los actores en tanto ya no eran socios de la COOPERATIVA MELCO XXI- EL BALCÓN DE COLMENAR en el momento de interponer la demanda.

Entrando ya en el fondo del asunto objeto de la demanda, la “supuesta nulidad” del acuerdo de la Asamblea General de 25 de febrero de 2012, la Cooperativa alegaba que tal nulidad no existe pues:

1º.- No se produce defecto de forma en la convocatoria de la Asamblea General tal como pretende la actora porque la convocatoria fue enviada y recibida por correo electrónico a los socios y en ningún momento del procedimiento se acredita que esa convocatoria fuese enviada solo a una parte de los socios como sostiene la parte demandante.

2º.- Tampoco se produce vulneración del derecho de información de los socios porque los demandantes en ningún momento solicitaron, ni la Cooperativa les negó, documento alguno relativo a la Asamblea. Así las cosas, la Cooperativa no infringió ninguna norma relativa a la aportación de documentos y su puesta a disposición de los socios con carácter previo a la celebración de la Asamblea.

3º.- Por último, sostiene la Cooperativa que el dotar de carácter retroactivo al acuerdo de la Asamblea de 4 de junio de 2011 no supone gravar con nuevas obligaciones a los socios, antes bien, lo que se pretende con ese carácter retroactivo es que las liquidaciones provisionales se ajusten según el precio real de la vivienda tal como se había pactado en la Cooperativa.

Vistos ambos escritos, de demanda y de contestación, el Juzgado de lo Mercantil nº10 de Madrid, dicta sentencia el 19 de noviembre de 2015 estimando la pretensión de la actora al entender que se produce una vulneración del artículo 114 de la Ley 4/199, porque entiende que en la promoción de las viviendas no ha habido de facto fases por lo cual las cantidades reclamadas a los propietarios que ya tienen adjudicada su vivienda legalmente deberían de haberse reclamado por la Cooperativa en el momento oportuno pero nunca después de la adjudicación

mediante escritura pública. No aprecia igualmente falta de legitimación activa de los demandantes como pretendía la Cooperativa porque, según el Juzgado “no se puede sostener al mismo tiempo que los socios están obligados a pagar la diferencia entre el coste real de la vivienda y el precio de adjudicación y luego negar su legitimación”. Por último, no aprecia enriquecimiento injusto de los socios.

Frente a este fallo del Juzgado de lo Mercantil, la Cooperativa demandada interpone RECURSO DE APELACIÓN ante la Audiencia alegando defecto de INCONGRUENCIA en el fallo, con vulneración del artículo 24 de la Constitución.

La Audiencia dicta la sentencia nº263/2018 el 7 de mayo de 2018 dando la razón a la recurrente pues entiende que la resolución recurrida presenta defecto de incongruencia en las argumentaciones referidas a la inexistencia de enriquecimiento injusto por parte de los socios, al no haber sido incluida tal pretensión por la Cooperativa en el suplico de la contestación a la demanda. Es, por tanto, este motivo de ausencia de enriquecimiento injusto, lo que lleva al Juzgado a entender que se ha producido una violación del artículo 114.6 de la Ley 4/1999 que implica la nulidad del acuerdo impugnado. Entiende la Audiencia que el Juzgado ha sustentado la nulidad del acuerdo en la vulneración de un artículo no invocado por la demandante dando lugar a un fallo viciado con defecto de incongruencia.

Al margen del defecto de incongruencia del fallo del Juzgado y respecto a la falta de legitimación activa de los antiguos socios, que es el primer motivo de oposición a la demanda alegado por la Cooperativa, entiende la Audiencia, igual que antes entendió el Juzgado, que no existe tal falta de legitimación pero no por los motivos invocados en el fallo de instancia, sino por otro motivo bien distinto “el interés legítimo”, de conformidad con lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 4/1999 en relación con el artículo 24 de la Constitución española.

Sostiene la Audiencia que los socios que ya tienen adjudicadas sus viviendas por debajo del precio de costo y que han interpuesto la demanda que da origen a este procedimiento se van a ver afectados por las reclamaciones que contra ellos dirija la Cooperativa a consecuencia de la ejecución del acuerdo objeto de la demanda. Serán pues, los intereses económicos de los socios, causa suficiente de interés legítimo para que puedan ser actores en este procedimiento.

En cuanto a la primera causa de nulidad recogida en la demanda, la existencia de vicio en la convocatoria al no haberse respetado los procedimientos señalados en la ley para convocar y no haberse acreditado que todos los socios recibieron esa convocatoria, sostiene la Audiencia que no puede prosperar esta causa de nulidad ya que “al margen de que la nulidad se sustente en realidad en una hipótesis- que algunos socios no hubieran sido convocados- no propiamente en un defecto legal, y que no se relaciona además con los demandantes, el Tribunal Supremo tiene declarado que el socio que es consciente de la existencia de alguna infracción legal en la convocatoria de la junta de socios o en la constitución de dicha junta y no

la pone de manifiesto para que pueda ser subsanada actúa de un modo contrario a la buena fe... los defectos en el proceso de adopción del acuerdo requieren la denuncia en momento oportuno”.

Descartada pues, la nulidad por la causa anteriormente citada, la Audiencia pasa a analizar el siguiente motivo de nulidad invocado, la irretroactividad de las normas. Sobre este asunto entiende la Audiencia que según la doctrina reiterada del Tribunal Supremo no se produce tal vulneración, pues el artículo 9.3 de la Constitución que recoge la prohibición de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables y las restrictivas de derechos individuales, no es de aplicación al supuesto que nos ocupa, que no es otro que la impugnación de un acuerdo social. Asimismo, sostiene la Audiencia, que tampoco es una causa de nulidad la supuesta vulneración de la doctrina de los propios actos pues “el acuerdo impugnado difícilmente puede resultar contrario a la doctrina de los propios actos pues su alcance no es otro que expresar la voluntad de la Cooperativa de reclamar determinada diferencia. Serán los actos concretos de reclamación en relaciones jurídicas individuales los que quedarán afectados en su caso por la citada doctrina, por la confianza generada con el otorgamiento de escrituras de adjudicación y entrega de las viviendas una vez terminadas, lo que no debe confundirse con el denominado Fondo de Compensación”.

Por último, la Audiencia se pronuncia negando la supuesta vulneración del artículo 115 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, al entender que de darse esta vulneración nada tiene que ver con el acuerdo cuya nulidad se pretende, sino que “lo que se reprocha en este caso no es que el acuerdo vulnere dicho precepto, sino que la Cooperativa, en su actuación, no ha cumplido con las obligaciones derivadas del desarrollo de la Cooperativa por fases”.

3 CONCLUSIÓN

La respuesta que da la Audiencia sobre la posible nulidad de un acuerdo social que dota de carácter retroactivo a otro anterior y que puede obligar a socios que ya han recibido sus viviendas a pagar la diferencia entre el precio real de la vivienda y el de adjudicación, es que tal nulidad no puede fundamentarse, al margen de defectos formales, ni en la doctrina de los propios actos ni mucho menos en la irretroactividad de las normas porque con el acuerdo impugnado la Cooperativa pretendía manifestar la voluntad de ejercitar el derecho a reclamar la diferencia entre el coste real y el precio de adjudicación a todos los socios, incluidos los que ya hubiesen recibido las viviendas y ese derecho a reclamar como tal derecho no vulnera ninguna norma.

III CRÓNICA

**NUEVOS 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**

*NEW REQUIREMENTS AND PROCEDURE FOR RECOGNITION,
ENROLLMENT AND THE LAW ON THE REGISTER OF THE
PRIORITY ASSOCIATIVE ENTITIES, PROVIDED IN THE LAW
OF PROMOTION OF INTEGRATION OF COOPERATIVES AND
OTHER ASSOCIATIVE ENTITIES WITH AGRI-FOOD CHARACTER*

MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ*

* Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Lugo. Dirección de correo electrónico: cabelloabogados@hotmail.com.

RESUMEN

En virtud de la experiencia adquirida en el funcionamiento y aplicación de la normativa de reconocimiento y registro de las Entidades Asociativas Prioritarias durante sus primeros años de aplicación, y al objeto de mejorar el procedimiento y gestión, se modifica 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*”, a los efectos de lograr una mayor eficacia en la consecución de los objetivos previstos en el Plan Estatal de Integración Asociativa 2015-2020 y en los propios fines de la Ley 13/2013, de 2 de agosto. Esta modificación tiene lugar mediante el Real Decreto 161/2019, de 22 de marzo.

PALABRAS CLAVE: Sociedades cooperativas, Entidad Asociativa Prioritaria, procedimiento de reconocimiento, Registro Nacional.

ABSTRACT

In virtue of the experience acquired in the operation and application of the recognition and registration regulations of the Priority Associative Entities during their first years of application, and in order to improve the procedure and management, it modifies the Royal Decree 550/2014, of June 27, “*by which develop the requirements and procedures for the recognition of Priority Associated Entities for enrollment and low on the National Register of Priority Associated Entities develop, under the Law 13/2013*”; in order to achieve greater effectiveness in achieving the objectives set out in the State Plan for Associative Integration 2015-2020 and in the very purposes of Law 13/2013, of August 2. This modification takes place through Royal Decree 161/2019, of March 22.

KEYWORDS: Cooperative societies, Priority Associative Entity, recognition procedure, National Register.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. EL REAL DECRETO 161/2019, DE 22 DE MARZO, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 550/2014, DE 27 DE JUNIO. 2. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. GENERAL APPROACH. 2. THE ROYAL DECREE 161/2019, OF MARCH 22, BY WHICH MODIFIES THE ROYAL DECREE 550/2014, OF JUNE 27. 3. BIBLIOGRAPHY.

1 PLANTEAMIENTO GENERAL

El asociacionismo agrario, como fenómeno general, y las cooperativas, en particular, han sido y son protagonistas del gran cambio experimentado en el sector agroalimentario español, contribuyendo a la vertebración del territorio al dar continuidad a la actividad agraria, fomentando el empleo rural, y presentando una especial capacidad para ser motor de desarrollo económico y social, favoreciendo, en definitiva, la viabilidad y sostenibilidad de nuestras zonas rurales.

Se trata, sin embargo, de un sector que se caracteriza por una fuerte atomización, que está provocando que las entidades que forman parte del mismo, incluso las mejor estructuradas, no vean rentabilizados sus esfuerzos e inversiones. Parece necesario, en este sentido, poner en marcha medidas que fomenten la integración y la potenciación de grupos comercializadores de base cooperativa y asociativa, con implantación y ámbito de actuación superior al de una Comunidad Autónoma, que resulten capaces de operar en toda la cadena agroalimentaria, y que contribuyan a mejorar la renta de los agricultores, consolidando así un tejido industrial agroalimentario en las zonas rurales.

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. No cabe duda de que el fortalecimiento de las estructuras asociativas y el incremento de su dimensión facilitarán el desarrollo de la innovación y la incorporación de nuevas tecnologías, aumentará su productividad y eficiencia y mejorará su capacidad de competir más eficazmente, tanto en el mercado nacional como en los mercados internacionales.

Pues bien, con este planteamiento, en parte expresamente recogido en su Preámbulo, 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 un instrumento básico para contribuir a mejorar la estructuración de la oferta y la integración, mediante el redimensionamiento de las entidades asociativas: la nueva figura de la Entidad Asociativa Prioritaria (EAP). Tras definir esta nueva figura, en esta Ley se establecen las condiciones para su reconocimiento, mediante el correspondiente procedimiento reglamentario, se crea, en el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias, adscrito a la Dirección General de la Industria Alimentaria, y se incluye, como herramienta fundamental para el cumplimiento de los objetivos previstos, el Plan Nacional de Integración Asociativa.

En cumplimiento del mandato previsto en esta Ley, y en desarrollo de la misma, se aprobó 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 Prioritarias.

Pues bien, en este contexto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2015, de 30 de abril³, Sentencia recaída en recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra la Ley 13/2013⁴, cuestionó la insuficiente

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 y sigs.

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. 423 y sigs.

³ Boletín Oficial del Estado del 8 de junio de 2015.

⁴ El Abogado de la Generalitat de Cataluña, tras poner de manifiesto que la materia concernida era la agricultura, en su consideración como sector de la actividad económica en el que se persigue realizar una actividad de fomento estatal, recordó la competencia exclusiva autonómica en agricultura y ganadería en los términos del artículo 116, apartado 1, del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En este sentido, con argumento en dos Sentencias del Tribunal Constitucional [Sentencias del Tribunal Constitucional 104/2013, de 25 de abril (Boletín Oficial del Estado del 23 de mayo de 2013), y 135/2012, de 19 de junio (Boletín Oficial del Estado del 9 de julio de 2012)], consideró que no resultaba justificada la atribución en exclusiva a las instancias administrativas estatales de la realización de las funciones de

justificación de la asunción de funciones ejecutivas por parte de la Administración General del Estado en base a la supraterritorialidad, así como la exclusión de las Comunidades Autónomas, en relación al procedimiento de reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias. De esta forma, declaró nulo su artículo 3, apartado 2, así como las menciones “*por el Ministerio*” del apartado 3 y “*al Ministerio*” del apartado 4, ambos del artículo 5 de la Ley, en tanto que los consideraba contrarios al orden constitucional y, por consiguiente, inconstitucionales⁵.

Así las cosas, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, una vez justificada en las Cortes Generales la necesidad de asunción por el Estado de tales funciones ejecutivas, al no resultar posible fijar un punto de conexión territorial, dada la estructura, naturaleza y dimensión de las estructuras organizativas que se trata de promover, y atendiendo a los fundamentos jurídicos de la Sentencia 85/2015, se procedió a modificar la citada Ley 13/2013, dando cauce de participación a las Comunidades Autónomas en la fase de reconocimiento mediante su consulta.

Sería a través de la Ley 25/2015, de 28 de julio, “*de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*”⁶, en particular mediante su disposición final décima, donde tiene lugar la modificación de la Ley 13/2013, a los efectos de adecuar su texto al contenido de la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2015, de 30 de abril, 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.

En concreto, con esta norma se modifica el artículo 3 de la Ley 13/2013, recogiendo la previa consulta a las Comunidades Autónomas afectadas por su carácter supra-autonómico, y estableciendo la obligación de los responsables de las Entidades Asociativas Prioritarias de comunicar al Ministerio los cambios que pudieran afectar a su condición de Prioritarias cuando se produzcan, así como a las Comunidades Autónomas afectadas por su carácter supra-autonómico. También se modifica su artículo 5, por el que se crea en el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, con carácter informativo, adscrito a la Dirección General de la Industria Alimentaria, un Registro Nacional de Entidades Asociativas

carácter ejecutivo previstas en la Ley 13/2013, pues el sector agroalimentario (agrario y ganadero) está materialmente atribuido a la competencia exclusiva autonómica.

⁵ Sobre estas cuestiones, *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 y sigs.

⁶ Boletín Oficial del Estado del 29 de julio de 2015.

Prioritarias, en el que se inscribirán las entidades de esta naturaleza reconocidas de acuerdo con lo establecido en la citada Ley y en su Reglamento de desarrollo.

Es en este preciso momento cuando resulta 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 tendría 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 agroalimentario, 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*”⁷.

En particular, mediante el artículo primero se procede a dar una nueva redacción a los artículos 5, 7 y 8 del Real Decreto 550/2014. Así, atendiendo a los fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2015, se incluye la participación de las Comunidades Autónomas afectadas territorialmente en la fase o procedimiento de reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias, y se refleja la naturaleza jurídica del Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias con carácter meramente informativo.

2 EL REAL DECRETO 161/2019, DE 22 DE MARZO, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 550/2014, DE 27 DE JUNIO

A partir de las modificaciones anteriores y en virtud de la experiencia adquirida en los últimos años en el funcionamiento y aplicación de la normativa de reconocimiento y registro de las Entidades Asociativas Prioritarias, con el objeto de mejorar el procedimiento y gestión, entiende el Legislador que procede en este momento modificar tanto el texto del articulado como el anexo II del Real Decreto 550/2014, de 27 de junio, a efectos de lograr una mayor eficacia en la consecución de los objetivos previstos en el Plan Estatal de Integración asociativa 2015-2020⁸ y de los propios fines de la Ley 13/2013, de 2 de agosto. Estas modificaciones tienen lugar mediante la aprobación del Real Decreto 161/2019, de 22

⁷ Boletín Oficial del Estado del 19 de diciembre de 2015. Al respecto, *vid.* CABELLO LÓPEZ, M. L. (2015-2016), págs. 393 y sig. Por exceder claramente del objeto de estas líneas, no aludimos en esta ocasión a la modificación de los artículos 58 y 96 del 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 20 de diciembre de 2014).

⁸ El Plan Estatal de Integración asociativa 2015-2020 se articula en torno a cuatro ejes de actuación: 1) Cambios en las estructuras de las cooperativas agroalimentarias; 2) mejora de la competitividad-comercialización y adaptación al mercado-innovación-internacionalización; 3) mejora del conocimiento del cooperativismo agroalimentario español; y 4) seguimiento y evaluación mediante indicadores.

de marzo, “*por el que se modifica 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*”⁹.

Se trata, como se reconoce en el propio Real Decreto, de “*realizar una serie de modificaciones de marcado carácter técnico*”, que se articulan sobre dos objetivos principales: a) la mejora de la eficacia de la figura de la Entidad Asociativa Prioritaria “*como mecanismo para cumplir los fines de la política agroalimentaria que tiene encomendados, adecuando los requisitos de acceso a las necesidades detectadas en el sector agroalimentario para asegurar su expansión y proyección plena en el sector*”; y 2) la mejora de la gestión de las Entidades Asociativas Prioritarias y su “*eficiencia en términos de mercado y competitividad*”.

En esta línea, en la nueva redacción del artículo 2 (“*Ámbito del reconocimiento*”), apartado 4, del Real Decreto 550/2014 se precisan las condiciones aplicables para el reconocimiento, como Entidad Asociativa Prioritaria, en relación a la actividad integrada, tanto para las cooperativas agroalimentarias (el volumen de operaciones con socios o entidades participantes en el reconocimiento deberá superar el cincuenta por ciento), como para las entidades civiles o mercantiles (los socios participantes en el reconocimiento deberán superar el cincuenta por ciento del capital social), medidas con las que se asegura una correcta superposición o relación de los participantes en la Entidad Asociativa Prioritaria en el marco asociativo en que desarrolle sus actividades empresariales.

En segundo lugar, al modificarse el apartado 5 del artículo 2 del Real Decreto 550/2014, se contemplan nuevas condiciones para acreditar el requisito de supra-autonomía, estableciéndose dos alternativas para justificar la existencia de socios y operaciones en términos económicos en distintas Comunidades Autónomas de forma simultánea. A tales efectos, se introduce una precisión en la redacción del precepto, sustituyendo el término “*actividad económica*” por “*volumen de operaciones, en términos económicos*”, a fin de evitar imprecisiones jurídicas. Es voluntad del Legislador que con esta modificación se facilite el acceso de un mayor número de entidades al reconocimiento de la figura que regula el Real Decreto, de tal modo que se expanda la efectividad de dicha figura en términos de tamaño, actividad y vocación supraautonómica de las entidades, contribuyendo al reequilibrio de la cadena agroalimentaria.

Puede consultarse este Plan Estatal en www.mapa.gob.es/es/alimentacion/temas/ley-de-fomento-de-la-integracion-cooperativa/planestatal2015-2020_tcm30-209732.pdf

⁹ Boletín Oficial del Estado del 6 de abril de 2019.

En tercer lugar, entre otras cuestiones, al redactarse nuevamente el artículo 3 del Real Decreto 550/2014 (“*Solicitud de reconocimiento como EAP*”), se procede a la concreción, eliminando la relativa indefinición del texto anterior y proporcionando, en consecuencia, una mayor seguridad jurídica, de las circunstancias excepcionales que podrían eximir, en su caso, de la obligación de comercialización conjunta de la totalidad del producto para el que se solicita el reconocimiento -tales como circunstancias climatológicas o de mercado, razones de sanidad vegetal y/o animal, capacidad de las instalaciones, normas de campaña o condiciones de entrega aplicables-, que permitan la efectiva aplicación del principio de comercialización conjunta, elemento esencial de las cooperativas y de las entidades asociativas de carácter agroalimentario a efectos de su fomento conforme a lo dispuesto en la Ley 13/2013, pero sin desconocer la realidad fáctica a la que hacen frente las actividades del sector primario, sujetas en todo momento a circunstancias imprevisibles o sobrevenidas.

En cuarto lugar, al modificarse los artículos 3 y 6 del Real Decreto 550/2014, se refuerza el sistema de seguimiento del mantenimiento de los requisitos para el reconocimiento como Entidad Asociativa Prioritaria, incluyendo la obligación de contar, por parte de la propia entidad, con un procedimiento de control del cumplimiento de las obligaciones relativo a la entrega total para su comercialización conjunta, así como al abastecimiento de productos en el caso de las entidades de suministros y servicios. Para ello, se establece la obligación de acompañar, entre la documentación adjunta a la solicitud de reconocimiento, un documento descriptivo del mismo (nuevo artículo 3, apartado 2, letra “g”), así como la obligación de dar cuenta de sus resultados en la comunicación anual efectuada por la entidad (nuevo artículo 6, apartado 1, letra “d”).

La introducción de este requisito, en palabras del Legislador, “*supone un elemento de refuerzo de la confianza en el sistema, y se fundamenta en el principio de subsidiariedad y en una participación más proactiva de las EAP, asegurando el correcto funcionamiento de las entidades y la sujeción plena a los requisitos exigidos*”.

En quinto lugar, en la nueva redacción del artículo 8 (“*Modificación de las condiciones y cancelación del reconocimiento*”) se clarifican aquellas situaciones que suponen una modificación del reconocimiento, diferenciándolas de la comunicación de la información relativa a la evolución de la Entidad Asociativa Prioritaria, garantizando de esta manera, a juicio del Legislador, la correcta comprensión de la norma y facilitando su aplicación.

Por último, y como consecuencia de todo lo anterior, se incluye, en sustitución del que figuraba en el Real Decreto 550/2014, un nuevo Anexo II, esto es, un nuevo “*Modelo de solicitud de reconocimiento de Entidades Asociativas Prioritarias (EAP) y documentación complementaria*”.

3 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. 41 (2018-2019), páxs. 273-282
ISSN: 1130-2682

**CASTILLA Y LEÓN MODIFICA SU LEY
DE COOPERATIVAS DE 2002**

***CASTILLA Y LEÓN MODIFIES ITS LAW
OF COOPERATIVES OF 2002***

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ*

* Doctor en Derecho. Miembro del IDIUS y CERGI, de la USC. Dirección de correo electrónico: jarmiguez@gmail.com

RESUMEN

La Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León es reformada a través de la Ley 2/2018, de 18 de junio, dirigida exclusivamente a este propósito.

Las principales novedades del texto afectan a las normas comunes a las sociedades cooperativas en cuestiones como las relativas al capital social mínimo, el contenido mínimo de los Estatutos o la adaptación del silencio positivo a la Ley 39/2015. Junto a estas reformas es preciso destacar también las relativas a las clases de cooperativas y las formas de cooperación, como la supresión de los grupos de cooperativas, las cooperativas de trabajo o las cooperativas Agroalimentarias.

PALABRAS CLAVE: Economía Social, Sociedades cooperativas, Economía Social.

ABSTRACT

The Law 4/2002, of April 11, of Cooperatives of the Community of Castilla y León reforms the Law 2/2018, of June 18, directed exclusively for this purpose.

The main novelties of the text affect the rules common to cooperative societies in matters such as those related to minimum social capital, the minimum content of the Statutes or the adaptation of positive silence to Law 39/2015. Along with these reforms, it is also necessary to highlight those related to cooperative classes and forms of cooperation, such as the suppression of cooperative groups, worker cooperatives or Agrofood cooperatives.

KEYWORDS: Social Economy, Cooperative societies, Social Economy.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN Y PLANTEAMIENTO. 2. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA. 2.1. Cambios en las normas comunes a las sociedades cooperativas. a) Capital social mínimo. b) Contenido mínimo de los Estatutos. c) Adaptación del silencio positivo a la Ley 39/2015. d) Respecto de los socios. e) Órganos de la cooperativa. f) Asamblea General. g) Régimen económico. h) Educación y Promoción. i) Reducción de cargas administrativas. 2.2. Modificaciones relativas a las clases de cooperativas y otras formas de cooperación. a) Supresión de los grupos de cooperativas. b) Cooperativas de trabajo. c) Cooperativas Agroalimentarias. d) Cooperativas de viviendas. e) Cooperativas de crédito y cooperativas de seguros. f) Un nuevo tipo de cooperativa: la “cooperativa integral”. 3. VALORACIÓN DE CONJUNTO.

TABLE OF CONTENTS: 1. *PRESENTATION AND APPROACH.* 2. *CONTENT AND SCOPE OF THE REFORM.* 2.1. *Changes in common standards to cooperative societies.* a) *Minimum social capital.* b) *Minimum content of the Statutes.* c) *Adaptation of positive silence to Law 39/2015.* d) *Regarding the partners.* e) *Organs of the cooperative.* f) *General Assembly.* g) *Economic regime.* h) *Education and Promotion.* i) *Reduction of administrative burdens.* 2.2. *Modifications related to cooperative classes and other forms of cooperation.* a) *Suppression of cooperative groups.* b) *Work cooperatives.* c) *Agri-Food Cooperatives.* d) *Housing cooperatives.* e) *Credit cooperatives and insurance cooperatives.* f) *A new type of cooperative: the “integral cooperative”.* 3. *OVERALL ASSESSMENT.*

1 PRESENTACIÓN Y PLANTEAMIENTO

El BOE número 162, del pasado 5 de julio de 2018 hacía pública la reforma de la vigente Ley de cooperativas de Castilla y León, la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León, a través de la aprobación de la Ley 2/2018, de 18 de junio, dirigida exclusivamente a este propósito¹.

Esta reforma, que no es la primera de este cuerpo legal,² se realiza, como se manifiesta en su propia Exposición de Motivos “en aras a simplificar y agilizar el funcionamiento de las cooperativas, teniendo en cuenta asimismo los requeri-

¹ En 2019, las Cortes de Castilla y León tramitaron 9 leyes y 4 Decretos-leyes.

² La Ley 4/2002, de 11 de abril, fue modificada por primera vez por la Ley 9/2004, de 28 de diciembre, de medidas económicas, fiscales y administrativas, que modificó los artículos 27, 103, 132, 141 y la disposición transitoria segunda, en lo concerniente al socio inactivo, a la prestación mínima de servicio del socio trabajador, al carácter constitutivo de la modificación de los Estatutos, a las uniones de cooperativas y a la ampliación del plazo de adaptación de los Estatutos. Posteriormente se modificó por la Ley 6/2011, de 4 de noviembre, para adaptarla a las nuevas normas del Sistema Contable Internacional. Por último, la Ley 5/2014, de 11 de septiembre, de medidas para la reforma de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, dentro de sus «medidas organizativas» modificó los artículos 94, 134, 143 y 145 especialmente lo relativo a la racionalización de los órganos colegiados de asesoramiento y derogó los artículos 146 y 147, dejándolos sin contenido.

mientos demandados por el propio sector.” Se trata, sin embargo, de una reforma de cierta importancia, pues “afecta a cuarenta y cuatro artículos e incorpora dos disposiciones transitorias y dos finales. De los artículos modificados, la mayor parte, veintiocho, se refieren al título I «De la sociedad cooperativa. Normas Comunes» y otros doce al título II «De las clases de cooperativas y otras formas de cooperación».”

2 CONTENIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA

Por lo que respecta a las modificaciones concretas incorporadas al texto legal, las mismas se pueden exponer del siguiente modo: 1) Cambios en el Título I (De la Sociedad Cooperativa. Normas Comunes) y 2) Modificaciones en el Título II (De las clases de cooperativas y otras formas de cooperación).

2.1. Cambios en las normas comunes a las sociedades cooperativas

a) Capital social mínimo

Uno de los principales cambios introducidos en esta reforma afecta a un dato esencial en cualquier sociedad mercantil, como es la fijación del capital social mínimo que se eleva de los 2.000 euros de la versión anterior y se sitúa a partir de ahora en 3.000 euros (Artículo 4), cuantía exigible anteriormente sólo para las cooperativas de viviendas. Como se precisa en la Exposición de Motivos (EM) del nuevo texto legal “Se equipara así al capital mínimo de las sociedades de capital y de las sociedades laborales.”, lo cual no es sólo positivo en términos sistemáticos sino que se acerca a la realidad social de las diversas formas de sociedad mercantil, sin contar obviamente las sociedades anónimas y las sujetas a normativa especial.

b) Contenido mínimo de los Estatutos

En este punto, la reforma suprime la inclusión de la cláusula de sometimiento al arbitraje cooperativo (nueva redacción apartado 5, Artículo 6 Secciones), y lo hace, como también precisa la EM “debido a su escaso desarrollo práctico, sin perjuicio de que las Uniones, Federaciones y Confederación de Cooperativas puedan ejercer sus funciones de conciliación y arbitraje.”

c) Adaptación del silencio positivo a la Ley 39/2015

La reforma se aprovecha también para atribuir valor positivo al silencio administrativo, en consonancia con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en la calificación previa de los Estatutos (Artículo 15), donde se

establece que de no recaer resolución expresa dentro del plazo de un mes, se entenderá el silencio como estimatorio. Idéntico plazo y, en la misma línea (silencio positivo) reformando el Artículo 17 respecto a la solicitud de inscripción registral de la cooperativa, teniendo en cuenta el valor constitutivo de ésta.

d) Respecto de los socios

La reforma introduce diversas modificaciones en lo que respecta al estatuto de los socios (derechos, deberes, clases...). Tal es el caso, de la **baja voluntaria**. Respecto de la que se incorpora la posibilidad de que, para determinados supuestos, pueda establecerse un período mayor para que el socio pueda darse de baja voluntaria (apartados 2 y 3 del Artículo 20).

En cuanto a los **Derechos de los socios** (Artículo 22), se reduce el plazo máximo previsto con anterioridad en la ley para proporcionar la información relativa a la situación económica de la cooperativa y los acuerdos del Consejo Rector, que pasa de tres meses a cuarenta y cinco días.

Asimismo se introduce una nueva **clase de socios**, al incluir al “socio de servicios.” (Artículo 26), que se añade a la figura del “Socio colaborador”, y al que se define (Artículo 26.2), como el “sin realizar la actividad principal, podrán participar de otras actividades o servicios que preste la cooperativa.” previéndose que “[e]statutariamente se determinará el régimen de admisión y baja, así como los derechos y obligaciones de estos socios.” (socio colaborador y socio de servicios) y se suprimen los límites establecidos en la redacción anterior de este artículo, remitiendo la regulación de los límites de votos y de las aportaciones al capital social a lo establecido en los artículos 35.6 y 59.5 de la ley.

e) Órganos de la cooperativa

Por lo que se refiere a los órganos de la cooperativa, la reforma introduce la posibilidad de utilización de medios electrónicos para determinados actos relativos al funcionamiento de la cooperativa, como la convocatoria de la Asamblea General regulada en el Artículo 32.2, o la publicación en la página web de la cooperativa, si la cooperativa tiene más de 500 socios.

f) Asamblea General

La nueva regulación da, como también precisa la EM de la nueva ley, una mayor concreción a las **competencias de la Asamblea General** recogidas en el Artículo 31.2, y a los aspectos relativos a la constitución y funcionamiento de la cooperativa regulados en los apartados 4 y 6 del Artículo 34, estableciéndose la posibilidad de **votación secreta** para el supuesto de que sea solicitado por al menos un 20 % de los votos de los socios presentes y representados, unificándose

con otros porcentajes establecidos en el mismo artículo, como el establecido en el apartado 7.

Asimismo, se regulan los **límites de voto** en el Artículo 35, incluyendo a los socios de servicios (que como señalamos, en una nueva clase de socio introducida por esta reforma) teniendo en cuenta la menor participación en la actividad cooperativizada.

Se modifica el Artículo 46 determinando que sean los Estatutos de la cooperativa los que establezcan el **número de Interventores** previendo la posibilidad de que en los mismos se disponga la no obligatoriedad de dicha figura en aquellas cooperativas sujetas a auditoría de cuentas.

Asimismo se introduce un nuevo apartado 4 al Artículo 53 extendiendo la figura de los **delegados nombrados por la Asamblea General ordinaria** cuando así lo prevean los Estatutos a las Asambleas extraordinarias que, en su caso, se celebren hasta la siguiente Asamblea ordinaria.

g) Régimen económico

En relación a este fundamental tema, la nueva regulación se acomoda el límite de aportaciones incorporando la nueva clase de socio de servicios y se condiciona el reembolso de éstas en el Artículo 66, para los supuestos en los que una cooperativa haya realizado cuantiosas inversiones, estableciéndose la posibilidad de un período mayor para que el socio pueda darse de baja sin causar un gran quebranto a ésta.

h) Educación y Promoción

Este aspecto del régimen singular de las cooperativas es también objeto de atención. Así, se suprime en el Artículo 72.3, relativo al **Fondo de Educación y Promoción**, las aportaciones que procedan del 20 % de los resultados de operaciones con terceros. La justificación se recoge en la EM cuando afirma que estas aportaciones “no se contemplan en la normativa estatal, ni en la de comunidades autónomas, y pueden dar lugar a una mayor solvencia de la cooperativa.”

También incide en el régimen económico de las cooperativas la modificación introducida en la **aplicación de excedentes** (apartado 1 del Artículo 74) que establece ahora la posibilidad de la reducción del Fondo de Reserva Obligatorio siempre y cuando la cuantía del mismo triplique al capital social.

i) Reducción de cargas administrativas

En esta materia, se introducen modificaciones en la **legalización de los libros de las cooperativas y de las cuentas anuales**, imponiéndose la obligatoriedad de su legalización de forma electrónica (Artículo 76.2 y 4). La **presentación de las**

cuentas anuales se realizará también de forma electrónica, incluyendo la ampliación del tracto sucesivo respecto a éstas, de tal manera que transcurrido un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se hayan depositado desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se hayan depositado en el Registro de Cooperativas, éste no practicará inscripción alguna hasta que con carácter previo se practique su depósito, salvo las excepciones contempladas en el mismo. (Artículo 77.4 y 5).

2.2. Modificaciones relativas a las clases de cooperativas y otras formas de cooperación

a) Supresión de los grupos de cooperativas

La reforma suprimía los grupos de cooperativas (Artículo 98.2) que, paradójicamente, había sido una novedad destacada en la Ley 4/2002³ que clasificaba a las cooperativas en tres grupos, cooperativas de trabajadores, de servicios a los socios y de consumo. Su justificación, también expuesta en la EM de la Ley se encuentra en “que en la actualidad no se corresponden exactamente con las clases que agrupaban” y se incluye la clase de cooperativas integrales, al existir cooperativas que agrupan a varias clases de las ya existentes⁴.

b) Cooperativas de trabajo

En particular, y respecto a las cooperativas de trabajo, se acepta la posibilidad de cooperativas de trabajo con dos socios trabajadores (Artículo 100), “en consonancia con lo establecido en la normativa de otras comunidades autónomas, y con las peticiones realizadas por el propio sector. Se amplía el número máximo

³ En su EM se podía leer “La Ley de cooperativas de la Comunidad Autónoma de Castilla y León establece, desde el punto de vista de la actividad, como novedad, con ánimo clarificador una clasificación de las cooperativas en tres grupos, cooperativas de trabajadores, de servicios a los socios y de consumo.”

⁴ De este modo, el nuevo Artículo 98.1 dispone: “«1. Las cooperativas de primer grado, de conformidad con el artículo 5 se clasifican en:

- a) Cooperativas de trabajo.
- b) Cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y/o del ganado.
- c) Cooperativas de enseñanza.
- d) Cooperativas agroalimentarias.
- e) Cooperativas de transportistas.
- f) Cooperativas de industriales o de profesionales.
- g) Cooperativas de viviendas.
- h) Cooperativas de crédito.
- i) Cooperativas de seguros.
- j) Cooperativas de consumidores y usuarios.
- k) Cooperativas integrales.»”

de horas/año a realizar por los trabajadores por cuenta ajena al 50 por ciento”. Se elimina, por tanto, la solicitud de superación del 30 por ciento anterior.

Asimismo, se establece que los Estatutos o el Reglamento de Régimen Interno aprobados en Asamblea General, regularán la actividad laboral, respetando la legislación laboral vigente y los convenios colectivos que resulten de aplicación y en las cooperativas con más de 25 socios trabajadores recogerán las condiciones de protección social de los socios trabajadores, para aquellas situaciones en las que el sistema de protección público no cubra total o parcialmente las necesidades de éstos (Artículo 103)⁵.

c) Cooperativas Agroalimentarias

Esta modificación “actualiza” la denominación de “Cooperativas Agrarias” en favor de la de “Cooperativas Agroalimentarias” (Artículo 113 y concordantes, pues se ha incorporado la misma al conjunto de la ley), probablemente como consecuencia de la integración vertical que progresivamente han experimentado, pasando de meros productores a transformadores e incluso, comercializadoras. Así se expresa en la EM al afirmar que “El término agroalimentaria refleja mejor las actividades que pueden desarrollar esta clase de cooperativas, sean de carácter primario o bien de transformación de productos. Se amplían las actividades que pueden realizar como cooperativas y las relaciones entre socios y las cooperativas; aspectos clarificados con la nueva redacción del apartado 1 de dicho precepto.”

d) Cooperativas de viviendas

Por lo que se refiere a las cooperativas de viviendas reguladas en el Artículo 118, al que se da una nueva redacción, estableciéndose un porcentaje mínimo de socios inscritos sobre los previstos totales para la toma de determinadas decisiones sobre aspectos importantes en la vida de éstas. Asimismo, se incluye la figura de los “gestores profesionales de cooperativas”, regulando mínimamente, las incompatibilidades, su autorización por la Asamblea y su régimen de responsabilidad.

A este sentido, el nuevo Artículo 118 dispone:

“[...]”

⁵ La EM aclara “En este último supuesto, con la autorregulación estatutaria, que de ningún modo trata de sustituir el sistema de protección pública, se pretende su complementariedad, sobre todo teniendo en cuenta que el sistema de protección social público, puede establecer diferencias tanto en lo referente a las contingencias protegidas como en lo que concierne a la intensidad y duración en el tiempo de éstas, dependiendo de la asimilación de los socios trabajadores a un régimen de Seguridad Social u otro.”

7. Las cooperativas de viviendas podrán contratar los servicios de un gestor profesional al objeto de efectuar los actos de gestión ordinaria que sean necesarios para el desarrollo de su objeto social, sin perjuicio de las facultades que les correspondan a los órganos de la sociedad.

Al gestor profesional se le aplicarán las siguientes reglas:

- a) Los gestores, que podrán ser personas físicas o jurídicas, estarán sometidos a las normas de la presente ley sobre incompatibilidades, incapacidades y prohibiciones de los miembros del Consejo Rector y los interventores, no pudiendo además ni ser socios ni ocupar cargo alguno en los órganos de la sociedad. No obstante, se podrá tener la condición de gestor en diversas cooperativas, previa autorización de la Asamblea General de cada una de ellas.
- b) La contratación del gestor, y las condiciones del contrato, en particular la remuneración, deberá ser autorizada por la Asamblea General.
- c) Los poderes que eventualmente se otorguen al gestor serán siempre revocables. Cualquier cláusula contenida en dichos poderes contraria a esta disposición, se tendrá por no puesta.
- d) El gestor asumirá frente a la Administración Pública, la cooperativa, los socios y terceros, la responsabilidad que la ley establece para los promotores inmobiliarios. La autorización, aprobación o ratificación de la actuación del gestor por cualquier órgano de la cooperativa no le exime de esta responsabilidad.

Se aplicarán las disposiciones de seguros.”

e) Cooperativas de crédito y cooperativas de seguros

La nueva redacción del Artículo 122, relativo a la “Normativa aplicable” a las “Cooperativas de crédito y cooperativas de seguros” establece con mayor claridad, como se expone en la EM “la existencia de dos clases de cooperativas, siéndoles de aplicación también las normas que, con carácter general, regulan la actividad de las entidades de crédito y de las entidades aseguradoras.”, lo que, por otro lado es lógico pues se trata de normativa estatal. Tal afirmación, sin embargo, nunca es superflua.

f) Un nuevo tipo de cooperativa: la “cooperativa integral”

La última novedad de la reforma llevada a cabo en la normativa de cooperativas de Castilla y León supone el estableciendo un nuevo tipo de cooperativa, la cooperativa integral (añadiendo un nuevo artículo 123 bis), para regular lo que en

la EM se califica como “una realidad existente”. Así conforme al nuevo Artículo 123 bis “Se consideran cooperativas integrales aquellas que con independencia de su clase, su actividad cooperativizada es doble o plural, cumpliendo las finalidades propias de diferentes clases de cooperativas en una misma sociedad, según acuerdo de sus Estatutos y con observancia de lo regulado para cada una de dichas actividades. En dichos casos su objeto social será plural y se beneficiará del tratamiento legal que le corresponda por el cumplimiento de dichos fines”.

3 VALORACIÓN DE CONJUNTO

Aunque siempre hemos sido particularmente críticos con la dispersión normativa y las sucesivas reformas a los que nos tiene acostumbrados nuestro Poder Legislativo (tanto las Cortes Generales como los Parlamentos Autonómicos), que en sede de cooperativas ha dado lugar a una pluralidad de leyes cuyas diferencias difícilmente justifican tal pluralidad, lo cierto es que, al menos desde la perspectiva de la técnica normativa, la Ley 2/2018, de 18 de junio, por la que se modifica la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León constituye, si no probablemente una excepción, sí un modelo, pues no da lugar a una nueva ley, sino que modifica la vigente en aquello que ve necesario, y lo justifica en una Exposición de Motivos, cuya lectura nos da la pista, como debe ser, de cuál es el alcance de la reforma que a través del nuevo texto legal se produce.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 41 (2018-2019), páxs. 283-291
ISSN: 1130-2682

**EXTREMADURA APRUEBA UNA NUEVA
LEY DE COOPERATIVAS**

EXTREMADURA APPROVES A NEW LAW OF COOPERATIVES

M.^a JESÚS RODRÍGUEZ MÍGUEZ*

* Abogada del ICA de Pontevedra. Dirección de correo electrónico: mjrmiguez@mundo-r.com.

RESUMEN

La Comunidad Autónoma de Extremadura aprueba una nueva Ley de Cooperativas, la Ley 9/2018, de 30 de octubre, de sociedades cooperativas de Extremadura (BOE núm. 289, del viernes 30 de noviembre de 2018) con la que reemplaza su Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura.

El nuevo cuerpo legal incorpora diversos cambios entre los que destacan los relativos a la participación de las mujeres, el voto según el capital social o la creación de la clase de las cooperativas juveniles.

PALABRAS CLAVE: Economía Social, Sociedades cooperativas, Economía Social.

ABSTRACT

The Autonomous Community of Extremadura approves a new Law on Cooperatives, the Law 9/2018, of October 30, of cooperative societies of Extremadura (BOE N°. 289, of Friday, November 30, 2018) with which it replaces its Law 2 / 1998, of March 26, of Societies Cooperatives of Extremadura.

The new legal body incorporates several changes among which are those related to the participation of women, the vote according to social capital or the creation of the class of youth cooperatives.

KEYWORDS: Social Economy, Cooperative societies, Social Economy.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 2. ESTRUCTURA. 3. NOVEDADES MÁS SIGNIFICATIVOS INTRODUCIDOS EN LA REGULACIÓN DE LAS COOPERATIVAS EN EXTREMADURA. 3.1. Participación de las mujeres. 3.2. El voto según el capital social. 3.3. Cooperativas juveniles. 3.4. Otras novedades: la cuestión de los llamados “falsos autónomos”. 4. VALORACIÓN FINAL.

CONTENTS: 1. PRESENTATION. 2. STRUCTURE. 3. MOST SIGNIFICANT INNOVATIONS INTRODUCED IN THE REGULATION OF COOPERATIVES IN EXTREMADURA. 3.1. Participation of women. 3.2. The vote according to the social capital. 3.3. Youth Cooperatives. 3.4. Other news: the question of the so-called “false self-employed”. 4. FINAL ASSESSMENT.

1 PRESENTACIÓN

Como expresamos en el título de esta Crónica, Extremadura aprueba una nueva Ley de Cooperativas, con la que reemplaza su Ley 2/1998, de 26 de marzo, de sociedades cooperativas de Extremadura, por la nueva Ley 9/2018, de 30 de octubre, de sociedades cooperativas de Extremadura (BOE núm. 289, del viernes 30 de noviembre de 2018).

Llama la atención —y es honesto destacarlo con carácter preliminar—, que no encontramos justificación explícita en la nueva norma a la adopción de un texto legal completo frente a la opción de la modificación del texto hasta entonces vigente, que ya había sido objeto de varias reformas. Personalmente consideramos que esta última opción permite visualizar mejor los cambios realmente introducidos, que podría complementarse, en su caso, con la ulterior publicación de una versión consolidada. No cabe duda de que la simplificación normativa implica también, a nuestro juicio, mantener la identidad y estructura, cuando sea posible, de las leyes y normas vigentes, pues ello facilita su mejor conocimiento y aplicación.

2 ESTRUCTURA

La nueva Ley 9/2018, de 30 de octubre, consta además de una Exposición de Motivos (EM) y un total de 197 artículos (frente a los 186, de la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de sociedades cooperativas de Extremadura), estructurados en 4 títulos, más las correspondientes disposiciones adicionales (9), transitorias (4), derogatoria única y Disposiciones finales (4). Se trata pues, de un texto algo más extenso que el anterior, cuyo contenido se expone en 4 títulos, frente a los 3 de la norma anterior. y que contaba con un título menos (3/4¹).

¹ Cfr Ley 2/1998: Título I. De la sociedad cooperativa; Título II. De la Administración Pública y las sociedades cooperativas y Título III. Del asociacionismo y promoción de las sociedades cooperativas

3 NOVEDADES MÁS SIGNIFICATIVOS INTRODUCIDOS EN LA REGULACIÓN DE LAS COOPERATIVAS EN EXTREMADURA

Como es obvio, la nueva ley introduce cambios en la regulación que hasta entonces estaba vigente en Extremadura, esto es, respecto de “[...] las sociedades cooperativas con domicilio social en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que desarrollen con carácter principal su actividad cooperativizada en dicho territorio, sin perjuicio de las actividades que realicen con terceros no socios, así como de cualesquiera otras de naturaleza instrumental, accesoria o complementaria que pudieran ser llevadas a cabo incluso fuera de dicho territorio.” (Artículo 2. Ámbito de aplicación. Apartado 1º).

La nueva norma parte, en consecuencia, de la anterior, introduciendo algunas modificaciones² que merecen un breve comentario que comienza por la referencia al proceso de su tramitación antes la cámara parlamentaria autonómica. Así, se destaca que el proyecto de ley no tuvo enmienda de totalidad por parte de ningún grupo político, pero sí 148 enmiendas parciales (74 de Podemos, 45 del PP, 16 de Ciudadanos y 13 del PSOE), de las cuales, una parte importante de ellas se han aprobado y, en consecuencia, quedan incorporadas a la nueva Ley. De estas enmiendas, las de Podemos se centraban en aspectos más sustantivos, mientras las del resto de grupos parlamentarios fundamentalmente abordaban cuestiones de pequeña mejora técnica o gramatical.

Veamos brevemente los cambios más importantes, pues dada la extensión del texto y la naturaleza de crónica de este comentario, no parece posible un examen exhaustivo de la norma. Debemos advertir, no obstante, al hilo de lo ya expuesto, que la Exposición de Motivos (EM), no ofrece en esta ocasión grandes pistas sobre dichas novedades. Quien lea dicha EM creará, hasta leer la disposición derogatoria, que Extremadura no tenía legislación propia al respecto lo cual, aun aprobándose una nueva ley, parece tal vez, inapropiado pues puede suscitar confusión.

Nos limitaremos, pues a descara sus aspectos más significativos. A este respecto, los comentarios ya existentes sobre el mismo han subrayado tres aspectos principales: La participación de las mujeres, el voto según el capital social y las cooperativas juveniles. Nos centraremos en estos tres aspectos —no exentos de polémica— y aludiremos brevemente algunas otras novedades.

Frente a los 4 de la actual Ley 9/2018: Título I. La sociedad cooperativa; Título II. Clases de sociedades cooperativas; Título III. Administración Pública y sociedades cooperativas y Título IV. Asociacionismo cooperativo.

² Como tendremos ocasión de señalar, algunas de las novedades incorporadas a la regulación autonómica no ha estado exenta de polémica.

3.1. Participación de las mujeres

No cabe duda que las cuestiones relativas a la igualdad de género tienen cada vez mayor importancia y a esta necesidad trata de responder la nueva ley en el ámbito específico de las cooperativas, por tratarse de una cuestión no abordada con anterioridad, como puso de relieve el informe del Instituto de la Mujer de Extremadura. Así, por ejemplo, se recogía que en Extremadura la asistencia a la asamblea general de las cooperativas y la participación en ellas de las mujeres está por debajo del 20%, y cuando asisten, apenas se atreven a hablar y tomar decisiones, y en los consejos rectores apenas supera el 4% las mujeres que lo integran. La situación es aún más alarmante respecto a determinados sectores, así por ejemplo en las cooperativas agroganaderas. De las 242 existentes en Extremadura, solo en dos de ellas hay una presidenta el frente.”

Para intentar cambiar progresivamente esta situación se ha introducido en la Ley medidas como la prohibición de recibir subvenciones a las cooperativas cuyo consejo rector no tenga al menos un número de integrantes mujeres proporcional al número de socias de la cooperativa. Así, el Artículo 50, relativo a la composición del Consejo Rector, dispone en su apartado 7º:

“7. La sociedad cooperativa asegurará la representatividad de todos sus socios y socias. Para ello, el consejo rector, en su composición, tenderá a la paridad y habrá, al menos, un número de integrantes mujeres proporcional al número de socias que tenga la sociedad cooperativa.

El incumplimiento de esta obligación conllevará la prohibición a la sociedad cooperativa de obtener la condición de beneficiaria de las subvenciones cuyas bases reguladoras y convocatorias sean aprobadas por la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Si no se alcanzase la paridad, en la memoria de cuentas anuales de la sociedad cooperativa se deberá justificar, debidamente, el motivo y el procedimiento a seguir para alcanzarla. Además, el incumplimiento de la proporcionalidad respecto al número de socias que tenga la cooperativa supondrá la comisión de una infracción leve de las tipificadas en el artículo 185.3 de esta Ley.”

En la misma línea se sitúa la obligación de constituir, en las cooperativas que cuenten con un número de socios comunes igual o superior a 50 o en las de menos cuando lo acuerde su asamblea general, un “Comité de Igualdad” (Artículo 64. Comité de igualdad) o las destinadas a favorecer la asistencia y participación de las socias a las asambleas generales, garantizar también la paridad en los administradores de la cooperativa las comisiones ejecutivas o delegadas y en el comité de recursos (Artículos 50.7, ya aludido y 56.1, entre otros).

3.2. El voto según el capital social

Esta previsión, tan común a las sociedades mercantiles en general es probablemente una de las que más polémica ha suscitado en la nueva normativa extremeña. En efecto, en la anterior Ley, que seguía el modelo tradicional de las cooperativas, cada socio o socia integrante de las cooperativas tenía un voto, con independencia del capital social que hubiere suscrito y desembolsado, a excepción, por sus características especiales, de las cooperativas agrarias. Se trataba, como es bien sabido, de una manifestación del tradicional principio de “un socio, un voto”, que es lo que ha venido siendo uno de los rasgos configuradores tradicionalmente asociados a las sociedades cooperativas, dada su pertenecía a la denominada, Economía Social marcándose así la diferencia entre éstas y las sociedades mercantiles convencionales, consagrándose así el denominado “principio de gestión democrática y asamblearia” al primar dicha igualdad entre los socios frente a su participación en el capital social. Por esta razón, dicho principio sigue siendo el mantenido tanto por la legislación estatal, como por numerosas autonómicas en materia de cooperativas. La ruptura, como veremos, con este principio ha sido uno de los aspectos más destacados de la nueva regulación extremeña.

Esta cuestión es abordada, con carácter preliminar, en la EM. Así, en ella se pueden leer las siguientes afirmaciones³:

“Debe destacarse la preferencia de la Ley por el sistema de voto plural. La admisión del voto plural es una constante en el Derecho positivo, tanto histórico como vigente, tanto español como comunitario y comparado. Y es que el voto plural tiene fundamento en la mutualidad, es decir, en la actividad cooperativizada que realiza el socio para satisfacer sus necesidades. El socio de la sociedad cooperativa además de aportar capital desarrolla actividades económicas con la sociedad cooperativa, de tal manera que el patrimonio de aquel puede verse afectado por dos vías —el valor de su aportación al capital social y los resultados positivos o negativos de la actividad cooperativizada—, por lo que es lícito decir, sin quebranto de la ortodoxia cooperativa, que en las situaciones de mayor actividad cooperativizada debe reconocerse más poder de decisión, mayor nivel de voto, lo que debe traducirse en un sistema de voto plural proporcional a la actividad cooperativizada. Sin embargo, es difícil romper con la inercia histórica y acoger de pleno las exigencias derivadas de la mutualidad, por ello, la Ley regula un sistema de voto plural, pero permite que los estatutos prevean el voto unitario. En cambio, para las sociedades cooperativas de trabajo asociado donde la mutualidad se mide principalmente por la persona, más que por su ac-

³ Epígrafe VI de la EM.

tividad, el sistema legal es el inverso: el voto unitario, salvo que los estatutos prevean el plural.”

Esta afirmación de la EM unida al texto de los preceptos que anticipa nos hace cuestionar la crítica dirigida al texto final, de que prima el capital social, -lo que aproximaría aun más a las cooperativas a las demás sociedades mercantiles-, sino que trata de ajustar el peso del voto a la “actividad cooperativizada”, concepto que no entendemos, tras leer los texto positivos indicados, únicamente ligado a las aportaciones al capital social.

3.3. Cooperativas juveniles

La nueva ley dedica el Capítulo XVI, del extenso Título I (“La sociedad cooperativa”), a la regulación de las “Sociedades cooperativas juveniles”, compuesto por un único precepto, el Artículo 174, en el que expone su “Objeto y régimen jurídico”.

Este nuevo tipo de sociedad cooperativa, introducido mediante enmienda durante la tramitación del proyecto de ley, identifica, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del citado precepto (Artículo 174), a las sociedades cooperativas 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”, añadiendo en un segundo párrafo que deberán estar formadas “mayoritariamente por personas socias trabajadoras con edades comprendidas entre los dieciséis y treinta años, salvo en caso de que sean personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, en el cual la edad máxima será de treinta y cinco años”. Se trata pues, de una fórmula, como se ha destacado “dirigida a dar facilidades al autoempleo a un colectivo duramente castigado por el desempleo y la precariedad”.⁴

3.4. Otras novedades: la cuestión de los llamados “falsos autónomos”

Una de las novedades más sobresalientes de la nueva ley tiene como finalidad la lucha contra lo que se ha denominado “falsos autónomos” y que es una cuestión de gran importancia y, sin duda, de gran actualidad, especialmente respecto de los nuevos modelos de negocio surgidos con la aparición de plataformas digitales⁵.

Las dudas y problemas que suscita la figura de los “falsos autónomos” se plantean también en el mundo cooperativo. De ahí la importancia de la incorporación

⁴ Cfr. “La nueva Ley de Cooperativas de Extremadura rompe con el principio democrático”, disponible en <https://www.elsaltodiario.com/saltamos-extremadura/nueva-ley-cooperativas-extremadura-rompe-principio-democratico>

⁵ Cfr., principalmente los Artículos 146 y 147) de la nueva ley.

de esta cuestión en la nueva ley. Baste apunta que es uno de los temas que se tratan en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020. A este respecto⁶.

En dicho Acuerdo, entre las medidas Operativas, concretamente el número 5 Refuerzo de la lucha contra la economía irregular, en las medidas relativas al refuerzo de la Inspección de Trabajo se puede leer lo siguientes (extracto):

“B) Se ha denominado como trabajo declarado incompleto aquellos en los que existen una infra cotización a la Seguridad Social o un encuadramiento indebido dentro del Sistema con la finalidad de obtener un ahorro en los gastos sociales. El principal exponente de este fenómeno son los denominados «falsos autónomos», provocado porque ciertos empresarios, en su deseo de mejorar de una manera fácil su competitividad, han recurrido a esta figura para reducir fraudulentamente los costes laborales, evitando la cotización por ellos al Régimen General de la Seguridad Social y solicitando el trabajador el alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos asumiendo éste, por tanto, la totalidad de la cotización a la Seguridad Social. Todo ello supone una lesión a los derechos de los trabajadores y trabajadoras afectados, siendo un claro ejemplo de precarización de las relaciones laborales al desproveer a estos trabajadores de protección social, implicando igualmente competencia desleal para las empresas que cumplen con sus obligaciones legales, y un fraude a la Seguridad Social, al eludir la cotización correspondiente.

Si bien en determinados supuestos, la Inspección de Trabajo ha detectado que determinadas empresas han instado a trabajadores a renunciar a su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, para así justificar la inexistencia de relación laboral a pesar de la falta de autonomía y de las múltiples notas de ajeneidad de la misma, hay que reafirmar que el régimen de seguridad social es indisponible y vendrá determinado por la verdadera naturaleza jurídica de la prestación de servicios que realizan.

Relacionado directamente con la figura del falso autónomo, se han detectado ciertos comportamiento consistentes en la «utilización» de

⁶ Cfr. Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020 (BOE nº 182 Sábado 28 de julio de 2018). Para más información acerca de esta figura y los problemas que suscita, vid. *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018 / coord. por Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 2, 2018 (CD), ISBN 9788416668557. Mas información en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=713469>

forma fraudulenta de las distintas formas de organización social (cooperativas) para aprovecharse del legítimo derecho de opción que la normativa concede a las mismas, en cuanto al régimen de seguridad social aplicable, especialmente en las cooperativas de trabajo asociado, sirviendo estas para enmascarar verdaderas relaciones laborales con la mercantil que utiliza las citadas cooperativas, dado que no existe una auténtica relación societaria. El objetivo de este comportamiento es no asumir las obligaciones y responsabilidades que la ley les atribuye como empleador, con los efectos tan devastadores que provoca en las personas que emplea, ya que carecen de derechos laborales, así como de determinada protección social. Estas prácticas fraudulentas no se corresponden con el comportamiento mayoritario de las sociedades cooperativas.

[...]"

El nuevo marco legal, se ha destacado también por sus esfuerzos para moderniza y mejora los derechos de información y transparencia en la gestión de la cooperativa, puesto que, entre otras opciones, podrán tener una página web corporativa para cumplir con la publicidad de los actos, acuerdos y documentos y posibilitar la comunicación de los socios con la sociedad, que podrá realizarse también por medios electrónicos. Se trata, de una realidad impuesta por lo tiempos y a la que muchas cooperativas habían llegado ya respondiendo a sus propias necesidades en los mercados en los que la digitalización constituye ya un capítulo inexcusable.

4 VALORACIÓN FINAL

Parece evidente que el nuevo marco legal de las cooperativas extremeñas ofrece una guía renovada de su estructura y reglas de juego, que esperamos potencie su desarrollo.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 41 (2018-2019), páxs. 293-298
ISSN: 1130-2682

A ANOTACIÓN Á LEY 5/2018, DE 19 DE JUNIO, POLA
QUE SE MODIFICA A LEY 14/2011, DE 23 DE DICIEMBRE,
DE SOCIEDADES COOPERATIVAS ANDALUZAS

*ANOTATION TO LAW 5/2018, OF 19 JUNE,
MODIFICATION OF LAW 14/2011, OF 23 DECEMBER,
OF ANDALUSIA COOPERATIVES SOCIETIES*

FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ*

* Profesor Titular de Derecho mercantil, Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: ftorres@uvigo.es.

RESUMEN

A lexislación andaluza de sociedades cooperativas é unha das máis detalladas do noso Estado. Non obstante, en xuño do 2018 tense modificado fundamentalmente cos seguintes obxectivos: flexibilizar o proceso de constitución das cooperativas e a estrutura do órgano de administración; introducir certas variacións no réxime económico; e, principalmente, introducir cambios na disciplina das seccións de crédito. Así mesmo, as modificacións afectaron a aspectos relacionados coas infraccións e as oportunas sancións.

PALABRAS CHAVE: Lei Cooperativas Andalucía, Constitución, Órgano de administración, infraccións e sancións.

ABSTRACT

Andalusian legislation on cooperative societies is one of the most detailed in our State. However, in June 2018, it has been fundamentally modified with the following objectives: to make the cooperative constitution process and the structure of the administrative body more flexible; to introduce certain variations in the economic regime; and, mainly, to add changes in the discipline of the credit sections. In addition, the changes have affected aspects related to infractions and the appropriate sanctions.

KEYWORDS: Andalusian Cooperative Law, Company formation, Administrative Body, Infractions and Sanctions.

I

O día 2 de xullo de 2018 publicábase no “Boletín Oficial de la Junta de Andalucía” a “Ley 5/2018, de 19 de junio, pola que se modificaba a Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas” (en diante LSCA). A norma entrou en vigor o día seguinte da súa publicación no BOJA e, ademais, publicouse no BOE do 30 de xullo de 2018.

De inicio é preciso salientar que o corpo normativo no eido das Cooperativas na Comunidade Autónoma de Andalucía é o mais extenso do panorama lexislativo existente no noso Estado. De feito, a LSCA antes citada foi desenvolvida polo Decreto 123/2014, de 2 de setembro polo que se aprobou o seu Regulamento. Un regulamento completo e detallado e próximo aos 200 artigos que viña a completar o xa de por si extenso articulado da “Ley 14/2011”. Por tanto, tal e como se deduce das datas de aprobación de tales normas, o marco legal vixente en Andalucía xa estaba adaptado as modificacións que de forma gradual se realizaron no ámbito das cooperativas e coa finalidade de adaptar a normativa de tales sociedades as esixencias da normas internacionais de contabilidade.

Non obstante, tamén é necesario indicar que a diferenza doutros lexislativos autonómicos, en Andalucía non se tiña aprobado unha norma específica sobre cooperativas de crédito, estando disciplinadas as denominadas seccións de crédito na propia “Ley 14/2011”.

Avanzadas estas cuestións, temos que sinalar que as modificacións operadas pola “Ley 5/2018” aquí anotada, céntranse no réxime de constitución (ii), en modificacións puntuais na organización do órgano de administración e no rexime e económico (iii), e, por último, con maior detalle no réxime de infraccións e sancións (iv).

II

No que atinxe ao réxime de constitución, a principal novidade introducida pola “Ley 5/2018” e a variación do número mínimo de persoas socias. Nunha liña seguida por outros lexisladores autonómicos, a nova redacción do artigo 10 da LSCA contempla a posibilidade de constituír cooperativas de primeiro grao con dúas persoas socias. A xustificación desta medida situase polo lexislador andaluz nunha “nova” medida de flexibilidade na constitución deste tipo de sociedades debido aos beneficiosos efectos que dita solución legal ten implicado noutras comunidades autónomas o que, segundo o expresado na Exposición de Motivos da norma aquí anotada, incide na creación de emprego e na marcada responsabilidade social deste tipo de sociedades. Ao respecto, simplemente destacar a inexisten-

cia de datos estatísticos concluíntes sobre esta aseveración do lexislador andaluz nin que esta sexa a medida seguida por todos os lexisladores. De facto, normas recentes como a nova lei de Estremadura de cooperativas (art. 6º da Lei 9/2018, de 30 de outubro, de sociedades cooperativas de Estremadura) declaran como regra xeral o tradicional número mínimo de 3 persoas socias para constituír unha cooperativa de primeiro grao. Tamén neste punto, e sen ánimo de detalle, temos que salientar que outras normas circunscriben a constitución por dúas persoas ás cooperativas de traballo asociado –por exemplo o art. 9.3 do Decreto Lexislativo 2/2015, de 15 de maio, pola que se aprobou o texto refundido da Lei de Cooperativas da Comunidade Valenciana-. En relación co réxime constitutivo tense variado o art. 104.1 no relativo á tipoloxía de persoas socias nas cooperativas agrarias. En concreto regúlanse os requisitos de acceso das denominadas explotacións agrarias de titularidade compartida no que se refire a acreditación da persoa física que exercerá a súa representatividade na cooperativa.

Así mesmo, en relación coa inscrición de actos no rexistro de cooperativas, modificouse o art. 119.1. Neste caso, o lexislador andaluz parte da diferenciación entre efectos constitutivos da inscrición de certos actos expresamente citados (constitución, modificación de estatutos, fusión, escisión, etc.), e declarativos noutros supostos (non producindo efectos fronte a terceiros de boa fe, ata a súa inscrición en rexistro). Con todo, neste artigo declárase que a intervención notarial na documentación a presentar no rexistro, terá por regra xeral carácter potestativo.

III

Outra das novidades da “Ley 5/2018” afecta á estrutura do órgano de administración das cooperativas. Neste punto, declárase como carácter xeral que o órgano de administración nas cooperativas será o Consello Reitor para engadir (art. 36.1, II) que en sociedades que teñan un número igual ou inferior a 10 persoas socias, estatutariamente poderá preverse outros modos de organizar a sociedade, isto é: Administración única ou Administración solidaria. No caso das cooperativas con dúas persoas socias terá que preverse nos estatutos obrigatoriamente dita atribución (art. 42.1). Tamén compre subliñar que, segundo se especifica no art. 36.2, os estatutos poderán atribuír a Asemblea Xeral a posibilidade de optar por calquera modo de organizar a sociedade sen necesidade de modificación estatutaria si ben axustándose a inscrición rexistral ao procedemento que se determine regulamentariamente.

Seguindo coas novidades no ámbito da organización, o art. 47 contempla a posibilidade de prever nos estatutos unha dirección integrada por unha ou varias persoas. Non obstante, no caso específico das sociedades cooperativas de crédito ou naquelas cooperativas que teñan seccións de crédito, será necesaria a designación dun director/a xeral con dedicación permanente ou órgano equivalente. En

tales supostos tamén prevese a posibilidade de que podan coexistir unha dirección xeral da cooperativa cunha específica da sección de crédito correspondente. A posibilidade de elixir un “órgano equivalente” ven avalada polo art. 12.2 que tamén foi variado e no se que se fala que, no caso das seccións, poderase elixir un órgano Colexiado (o denominado Consello de Sección) ou unipersonal (a chamada Administración da Sección).

Ao fío desta modificación na organización da estrutura do órgano de administración, varíase a lexitimación activa para impugnar os acordos do Consello Reitor. Neste punto, o art. 41 completa o previsto no art. 35 –que contempla a impugnación de acordos da Asemblea Xeral-. Neste senso, ademais de estar lexitimadas aquelas persoas que fixeran constar no acta a oposición ao acordo, as non asistentes e as que foran ilexítimamente privadas de emitir o voto, os acordos anulables do Consello Reitor poderanse impugnar por un número de persoas que represente ao menos: o 10% nas cooperativas de máis de mil, 15% nas de máis de 500, e 20% nas restantes. No caso de acordos nulos, poderanse impugnar por calquera persoa socia.

No ámbito económico, tan so dúas breves referencias a sendas modificacións incorporadas pola norma aquí anotada. No art. 54.3 segue contemplándose unha limitación ao importe máximo que pode realizar cada persoa socia, en concreto o 45% do capital social en caso de cooperativas de primeiro grao e coa consabida excepción nas aportacións por entidades públicas. Non obstante, precísase que no caso de que tal cooperativa este integrada por dúas persoas socias, tal importe poderá chegar ata o 65% do capital social. A outra modificación afecta aos xuros que devengan as achegas ao capital social. Segundo a nova redacción do art. 57.1, no caso de que tales achegas foran feitas por unha persoa socia, a contía dos xuros –determinada estatutariamente ou pola Asemblea ou polo órgano que as determine no caso das achegas voluntarias-, non poderá superar 6 puntos do xuro legal, e no caso de facerse a achega por unha “persoa inversora” tal límite situaríase en 8 puntos.

IV

Finalmente, na norma aquí anotada e ao fío da revisión da normativa aplicable ás seccións de crédito, introdúcense importantes modificacións no réxime de inspección, infraccións e sancións da LSCA. Neste punto, simplemente sinalar que no art. 120.1 declárase que a función inspectora nas seccións de seccións de crédito corresponde especificamente á Consellería competente en materia de política financeira. A partir desa declaración, defínense as competencias do órgano inspector (art. 122.2) e, como avanzamos, faise unha revisión certamente pormenorizada das infraccións (art. 123) partindo da típica clasificación entre infraccións leves,

graves e moi graves (neste último punto certamente detallada –art. 123.4 aptos. a)-t)- se a analizamos comparativamente con respecto a outras normas autonómicas).

No que atinxe ás contías das sancións tamén realízanse modificacións engadindo unha regra específica para infraccións moi graves cometidas en materia de seccións de crédito. En particular, para aqueles casos nos que tales infraccións sexan susceptibles de provocar unha perda total ou parcial dos depósitos das persoas socias ou cando concorra reincidencia na comisión de infraccións, poderá sancionarse coa baixa de oficio da sección de crédito e prohibición de desenvolver a súa actividade. Por último, tamén en materia de sancións, modifícanse os prazos de prescrición así como as causas de interrupción de tales prazos (art. 125.2).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 41 (2018-2019), páxs. 299-305
ISSN: 1130-2682

LAS MICROCOOPERATIVAS DE LAS ILLES BALEARS

THE MICROCOOPERATIVES OF THE BALEARS ILLES

MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA*

⁰ Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña. Dirección de correo electrónico: manuel.jose.vazquez.pena@udc.es.

RESUMEN

Al objeto de fomentar y favorecer la creación de micropymes bajo el modelo de la sociedad cooperativa de trabajo asociado y del de la cooperativa de explotación comunitaria de la tierra, como base para el crecimiento y desarrollo futuro del tejido empresarial cooperativo de las Illes Balears, en su condición de modelo generador de empleo de calidad y como modelo de explotación asociativa común que facilita y posibilita la rentabilidad de las explotaciones a través de las economías de escala, se aprueba la Ley 4/2019, de 31 de enero, de “*Microcooperativas de las Illes Balears*”.

PALABRAS CLAVE: Sociedades Cooperativas, Microcooperativas, Cooperativa de trabajo asociado, Cooperativa de explotación comunitaria de la tierra, Sector Agrario.

ABSTRACT

In order to promote and favor the creation of micro-enterprises under the model of the cooperative working partnership and that of the cooperative of community exploitation of land, as a basis for the growth and future development of the cooperative business fabric of the Balears Illes Islands, as a model generating quality employment and as a common associative exploitation model facilitating and enabling the profitability of farms through economies of scale, the Law 4/2019, of January 31, on “*Microcooperatives of the Balears Illes*” is approved.

KEYWORDS: Cooperative societies, microcooperatives, cooperative working partnership, cooperative of community exploitation of land, agrarian sector.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REGULACIÓN DE LAS MICROCOOPERATIVAS DE LAS ILLES BALEARS. 2.1. Las disposiciones generales. 2.2. La constitución y la inscripción. 2.3. Las normas de funcionamiento y de los órganos sociales.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE REGULATION OF THE MICROCOOPERATIVES OF THE BALEARS ILLES. 2.1. The general provisions. 2.2. The constitution and the inscription. 2.3. The rules of operation and social organs.

1 INTRODUCCIÓN

Reconoce el Legislador balear que “*el modelo cooperativo se conforma con auténticas empresas que pueden y deben ser rentables y competitivas, combinando aspectos económicos con aspectos sociales y societarios*”. Representa este modelo, a su juicio, “*un modelo de empresa en el que los objetivos económicos y empresariales se integran con otros de carácter social, consiguiendo de esta forma un crecimiento económico basado en el empleo, la equidad social y la igualdad*”. Por ello, concluye, “*la promoción de empresas cooperativas se considera clave para favorecer y potenciar un desarrollo económico sostenible y socialmente responsable*”.

Siendo así, parece evidente que la Ley 1/2003, de 20 de marzo, de “*Coooperativas de las Illes Balears*”¹, al establecer un número mínimo de socios para constituir e integrar una Sociedad Cooperativa de primer grado, tres, en concreto, según su artículo 11, junto con la necesidad de cumplir una serie de requisitos en materia de trámites, aportaciones de las personas socias y contratación tanto para las grandes cooperativas como para las pequeñas, provoca en los emprendedores un claro desincentivo a la hora de decidirse por este modelo societario.

Tampoco se puede ignorar la importancia de elaborar propuestas para dinamizar el sector agrario fomentando la cohesión social y el asociacionismo, en especial mediante la agrupación de titulares de explotaciones. No en vano la ya derogada Ley 12/2014, de 16 de diciembre, “*agraria de las Illes Balears*”², establecía que este sector es considerado un sector estratégico, especialmente por su vertiente productiva extensiva, por su papel fundamental en el mantenimiento del

¹ Butlletí Oficial de les Illes Balears núm. 42, del 29 de marzo de 2003; Boletín Oficial del Estado núm. 91, del 16 de abril de 2003.

² Butlletí Oficial de les Illes Balears núm. 175, del 23 de diciembre de 2014; Boletín Oficial del Estado núm. 29, del 3 de febrero de 2015.

territorio y del paisaje; idea ésta que se reitera nítidamente en la nueva y vigente Ley “*agraria de las Illes Balears*”, la Ley 3/2019, de 31 de enero³.

Bajo estas premisas, en consenso con el propio sector agrario, se aprueba la Ley 4/2019, de 31 de enero, de “*Microcooperativas de las Illes Balears*”⁴, al objeto de fomentar y favorecer la creación de micropymes bajo el modelo de la sociedad cooperativa de trabajo asociado y del de cooperativa de explotación comunitaria de la tierra, como base para el crecimiento y desarrollo futuro del tejido empresarial cooperativo de las Illes Balears, en su condición de modelo generador de empleo de calidad y como modelo de explotación asociativa común que facilita y posibilita la rentabilidad de las explotaciones a través de las economías de escala.

Se trata, en definitiva, según reconoce el Legislador balear, “*de una iniciativa que busca simplificar la creación de las pequeñas cooperativas*”, adaptándose a la realidad actual y posibilitando que numerosos grupos de emprendedores tengan la oportunidad de iniciar su actividad a través del modelo de empresa de economía social.

2 LA REGULACIÓN DE LAS MICROCOOPERATIVAS DE LAS ILLES BALEARS

La Ley de “*Microcooperativas de las Illes Balears*” consta de tres Capítulos, con un total de trece artículos, de tres disposiciones adicionales⁵ y de dos disposiciones finales⁶.

2.1. Las disposiciones generales

Cuatro artículos integran el Capítulo I (“*Disposiciones generales*”) de la Ley 4/2019, de “*Microcooperativas de las Illes Balears*”. Tras señalarse en el primero que el objeto de la Ley es la regulación de la microcooperativa en el ámbito de las Illes Balears, se define la misma como “*aquella sociedad cooperativa de primer grado, perteneciente exclusivamente a la clase de las de trabajo asociado y a la de las de explotación comunitaria de la tierra*”, cuyo régimen jurídico se regula

³ Butlletí Oficial de les Illes Balears núm. 18, del 9 de febrero de 2019; Boletín Oficial del Estado núm. 67, del 19 de marzo de 2019.

⁴ Butlletí Oficial de les Illes Balears núm. 18, del 9 de febrero de 2019; Boletín Oficial del Estado núm. 67, del 19 de marzo de 2019.

⁵ Una introduce una pequeña modificación en el régimen legal de las cooperativas agrarias; otra exige la puesta en marcha de las medidas necesarias para que un documento electrónico posibilite la constitución de las microcooperativas; y la tercera propugna la habilitación de puntos de atención a personas emprendedoras para la creación de este tipo de sociedades.

⁶ Autorización para el desarrollo normativo de la Ley objeto de nuestro análisis, por un lado, y, por otro, fijación de la entrada en vigor de la norma al día siguiente de su publicación en el Butlletí Oficial de les Illes Balears.

en virtud de la referida Ley 4/2019 como especialidad de la sociedad cooperativa (artículo 2), y que desarrolle principalmente su actividad en el ámbito de las Illes Balears (artículo 4).

El artículo 3, en la idea apuntada por el Legislador balear de simplificar las exigencias en la fase de creación, establece los límites en el número de personas socias. Así, la norma dispone que las microcooperativas de trabajo asociado deben estar integradas por un mínimo de dos y un máximo de diez personas socias trabajadoras incorporadas de forma indefinida, a jornada completa o a jornada parcial, y las de explotación comunitaria de la tierra por un mínimo de dos y un máximo de diez socios que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 125 de la antes citada Ley 1/2003, de “*Cooperativas de las Illes Balears*”, esto es, el régimen necesario para poder ser socio de una cooperativa balear de explotación comunitaria de la tierra.

2.2. La constitución y la inscripción

El Capítulo II (“*Constitución e inscripción*”) de la precitada Ley consta también de cuatro artículos. En estos preceptos se contienen una serie de especialidades respecto del régimen legal previsto, con carácter general, en la antes mencionada Ley de “*Cooperativas de las Illes Balears*”. Estas especialidades se centran básicamente en la simplificación de los trámites necesarios para llevar a cabo su constitución.

En efecto, según se indica en el artículo 5 de la Ley 4/2019, las microcooperativas pueden ser tanto las sociedades cooperativas de nueva creación, como las ya constituidas sobre la base de lo previsto en la Ley 1/2003 que cumplan los requisitos de la Ley 4/2019, adaptando sus estatutos a ésta, así como cualquier otro tipo societario mercantil que se transforme en microcooperativa.

Para ello, esto es, para poder ser microcooperativa a los efectos de la Ley que ahora nos ocupa, se requiere escritura pública e inscripción en el Registro de cooperativas de las Illes Balears, que llevará una sección diferenciada a estos efectos. En virtud de su inscripción, la microcooperativa de nueva constitución adquirirá personalidad jurídica.

En este punto, y dentro del mismo artículo 5, cabe subrayar la previsión de un modelo orientativo de estatutos sociales de microcooperativa de trabajo asociado o de explotación comunitaria de la tierra, que será elaborado por la consejería competente en materia de cooperativas, y que se pondrá a disposición de las personas interesadas en su constitución. La utilización de este modelo orientativo sin introducir modificaciones en el mismo conllevará la tramitación abreviada del expediente, con la consiguiente exención del trámite de calificación previa de dichos estatutos, en cuyo caso el plazo de calificación e inscripción de la escritura de constitución no deberá ser superior a quince días. Por el contrario, en caso de

que no se utilice el modelo orientativo de estatutos, la inscripción de la microcooperativa se efectuará siguiendo el procedimiento ordinario previsto en la Ley 1/2003, de “*Cooperativas de las Illes Balears*”, y en su normativa de desarrollo.

En lo que respecta a la denominación de estas sociedades, el artículo 6 dispone que deben incluir necesariamente la expresión “*sociedad microcooperativa*” o su abreviatura “*s. microcoop.*”.

Asimismo ha de destacarse el carácter de temporalidad de las microcooperativas, por cuanto el artículo 7 señala que su duración máxima será de siete años, a contar desde la fecha de adquisición de su personalidad jurídica. Transcurrido ese plazo, deberán contar con tres personas socias como mínimo y regirse por la Ley 1/2003.

Si, dentro de este período máximo de siete años, la microcooperativa de trabajo asociado superase el número máximo de personas socias trabajadoras sin que se restablezca el citado límite en un plazo de seis meses, deberá adaptar sus estatutos sociales a lo establecido en la Ley de “*Cooperativas de las Illes Balears*”. En el caso de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, esta disposición será de aplicación para todo tipo de personas socias.

Una vez cumplido el plazo de siete años desde la adquisición de la personalidad jurídica, las microcooperativas deberán certificar ante la consejería competente en materia de cooperativas su adecuación a la Ley 1/2003 en un plazo de seis meses. El acuerdo de adaptación de los estatutos deberá ser adoptado por la asamblea general y será suficiente el voto a favor de la mitad más uno de las personas socias presentes y representadas. Transcurrido el plazo de seis meses indicado sin que los estatutos se hayan adaptado a lo establecido en la Ley 1/2003, la microcooperativa quedará disuelta de pleno derecho y entrará en período de liquidación, sin perjuicio de que acuerde expresamente su transformación en cooperativa, previo acuerdo de la asamblea general (artículo 8).

2.3. Las normas de funcionamiento y de los órganos sociales

El Capítulo III (“*Normas de funcionamiento y órganos sociales*”) de la Ley 4/2019 está integrado por cinco artículos. Según el primero de ello, el artículo 9, los órganos sociales con los que deberá contar necesariamente cada microcooperativa son la asamblea general, donde se integrará la totalidad de los socios, y el consejo rector, que es el órgano de gobierno, gestión y representación.

A las microcooperativas de trabajo asociado y a las de explotación comunitaria de la tierra que únicamente cuenten con dos personas socias trabajadoras o dos personas socias cedentes, les serán de especial aplicación, mientras permanezcan en esta situación, las siguientes disposiciones: a) Todos los acuerdos sociales que requieran mayoría de personas socias o de votos deberán adoptarse con el voto favorable de las dos únicas personas socias; b) podrán constituir el consejo rector

con solo dos miembros que, necesariamente, se distribuirán los cargos de presidente y secretario; c) el plazo de duración de los cargos será de cuatro años y, transcurrido dicho período, deberá procederse a su reelección o a un nuevo nombramiento; d) no precisarán constituir la comisión de recursos; e) cuando todas las personas socias de la microcooperativa formen parte del órgano de gobierno, gestión y representación, no se precisará el nombramiento del interventor o interventora; y f) podrá encomendarse la liquidación de estas cooperativas a una o a las dos personas socias liquidadoras.

La Ley 4/2019 regula también, concretamente en su artículo 10, las aportaciones sociales, estableciendo que el importe total de las aportaciones de cada socio al capital social no podrá superar el cincuenta por ciento del mismo.

Incorpora también el texto, en su artículo 11, una limitación a la contratación de personal por cuenta ajena, señalando al respecto que, durante un plazo de siete años a contar desde la fecha de adquisición de la personalidad jurídica, el número de trabajadores por cuenta ajena con contrato indefinido de la microcooperativa no podrá exceder de cinco, salvo que por necesidades objetivas de la empresa se vea obligada a superar esta cifra por un período que no exceda de tres meses. Para poder superar dicho plazo, deberán comunicarse las contrataciones a la consejería competente en materia de cooperativas indicando motivadamente la causa de las mismas y el plazo total durante el que se superará dicho número máximo de trabajadores, que no podrá exceder de otros tres meses.

Las microcooperativas se regularán por lo dispuesto en la Ley 4/2019 y, supletoriamente, por la Ley 1/2003 de “*Cooperativas de las Illes Balears*” (artículo 12). Tratándose de microcooperativas de trabajo asociado, éstas deberán procurar favorecer la adopción de medidas de igualdad tales como la implantación de planes de igualdad, con independencia o no de su carácter obligatorio (artículo 13).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 41 (2018-2019), páxs. 307-322
ISSN: 1130-2682

O FUNDO PARA A INOVAÇÃO SOCIAL E AS
EMPRESAS SOCIAIS EM PORTUGAL

*THE SOCIAL INNOVATION FUND AND
SOCIAL ENTERPRISES IN PORTUGAL*

MAÍRA FAJARDO LINHARES PEREIRA*

* Doutoranda em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI na Universidade de Coimbra, Mestre em Direito Internacional e Integração Económica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e advogada. Endereço de correio electrónico: mairafajardo@uol.com.br. Endereço postal: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Av. Dias da Silva, 165, 3004-512, Coimbra.

RESUMO

O Decreto-Lei n.º 28/2018 de 3 de maio criou o Fundo para a Inovação Social (FIS), quarto instrumento da Iniciativa Portugal Inovação Social. O FIS destaca-se dos demais instrumentos por ser o único a oferecer financiamentos reembolsáveis, prever retorno financeiro e incluir as sociedades sob a forma comercial que se qualifiquem como Pequenas e Médias Empresas como beneficiárias.

O objetivo desta crónica é fazer uma breve análise jurídica do Decreto-Lei n.º 28/2018 no contexto do desenvolvimento do quadro legal português e do quadro legal europeu relativo às empresas sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Fundo para a Inovação Social; Portugal Inovação Social; investimento social; empresas sociais; sociedades comerciais.

ABSTRACT

Decree-Law No. 28/2018 of May 3 created the Fund for Social Innovation (FIS), the fourth instrument of the Portugal Social Innovation Initiative. The FIS stands out from the other instruments because it is the only one to offer repayable financing, predict financial return and include limited liability companies and joint-stock companies qualify as Small and Medium Enterprises as beneficiaries.

The purpose of this article is to provide a brief legal analysis of Decree-Law No 28/2018 in the context of the development of the Portuguese legal framework and the European legal framework for social enterprises.

KEYWORDS: Fund for Social Innovation; Portugal Social Innovation Initiative; social investment; social enterprises; limited liability companies and joint-stock companies.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O FIS E A REGULAÇÃO DAS EMPRESAS SOCIAIS EM PORTUGAL. 2.1. Contextualização legal do Decreto-Lei n.º 28/2018 no quadro legal português e no quadro legal europeu. 2.2. Conceituação e natureza do FIS. 2.3. Os beneficiários do FIS. 2.4. Sobre as condições de sustentabilidade financeira dos beneficiários do FIS. 2.5. O Decreto-Lei 28/2018 e o conceito normativo de empresa social. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. FIS AND THE REGULATION OF SOCIAL ENTERPRISES IN PORTUGAL. 2.1. Legal context of Decree-Law No 28/2018 in the Portuguese legal framework and in the European legal framework. 2.2. Concept and nature of FIS. 2.3. The beneficiaries of the FIS. 2.4. On the conditions of the financial sustainability of the beneficiaries of the FIS. 2.5. Decree-Law 28/2018 and the normative concept of social enterprise. 3. FINAL CONSIDERATIONS. 4. BIBLIOGRAPHY.

I INTRODUÇÃO

O objetivo desta crónica é fazer uma breve análise jurídica do Decreto-Lei n.º 28/2018 de 3 de maio que criou o Fundo para a Inovação Social (FIS) no contexto do desenvolvimento do quadro legal português e do quadro legal europeu relativo às empresas sociais². Interessante observar desde já que, apesar de o FIS poder ser considerado pelas suas características um fundo de investimentos em empresas sociais, o Decreto-Lei não faz uso da expressão empresa social. Os possíveis motivos e implicações desta opção serão abordados ao longo da crónica.

O FIS é um dos quatro instrumentos de financiamento que compõem a Iniciativa Portugal Inovação Social e se destaca dos demais por ser o único que incluiu, até o momento, as sociedades sob a forma comercial que se qualifiquem como Pequenas e Médias Empresas como beneficiárias e cuja natureza dos financiamentos concedidos é reembolsável e prevê retorno financeiro.

2 O FIS E A REGULAÇÃO DAS EMPRESAS SOCIAIS EM PORTUGAL

2.1. Contextualização legal do Decreto-Lei n.º 28/2018 no quadro legal português e no quadro legal europeu

O FIS é um dos quatro instrumentos de financiamento que compõem a iniciativa pública Portugal Inovação Social, cuja execução é coordenada pela Estrutura

² Uma análise do mesmo Decreto-Lei enquanto política pública foi feita em QUINTÃO, C./MARTINHO, A. L. «Crónicas da Iniciativa Portugal Inovação Social. Aprofundamento Crítico do Debate a Propósito do Fundo de Inovação Social», CES n.º 40, (2017-2018), p. 411-423.

de Missão Portugal Inovação Social (EMPIS) e que “visa promover a inovação social e dinamizar o mercado de investimento social em Portugal”.³

A Portugal Inovação Social foi criada no âmbito do Acordo de Parceria entre Portugal e a Comissão Europeia designado Portugal 2020 e que regula a mobilização de Fundos Europeus Estruturais e de Investimento (FEEI), especificamente o Fundo Social Europeu (FSE), para Portugal no período 2014-2020⁴. As disposições comuns dos FEEI foram estabelecidas no Regulamento (UE) n.º 1303/2013, complementado pelo Regulamento Delegado (UE) n.º 480/2014. Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 159/2014 de 27 de outubro estabeleceu as regras gerais de aplicação dos programas financiados pelos FEEI para o período de programação 2014-2020.

A Iniciativa Portugal Inovação Social e a EMPIS foram implementadas pela Resolução do Conselho de Ministros (RCM) n.º 73-A/2014, alterada posteriormente pelas Resoluções do Conselho de Ministros n.º 74/2016, n.º 157/2017 e n.º 177/2018.

A Resolução 157/2017 alterou a redação das quatro alíneas do número 2 da Resolução 73-A/2014 que traz as definições dos quatro instrumentos de financiamento da Portugal Inovação Social. A Resolução 177/2018 alterou apenas as alíneas c) e d), referentes ao Programa de Parcerias para o Impacto (PPI) e ao Programa de Capacitação para o Investimento Social (PCIS)⁵.

2.2. Conceituação e natureza do FIS

Inicialmente, na Resolução 37-A/2014, o FIS é descrito como sendo “de natureza grossista com fundos participados, para apoio a iniciativas e investimentos

³ Ver Portugal Inovação Social – Sobre – O que fazemos, disponível em <https://inovacaosocial.portugal2020.pt/sobre/portugal-inovacao-social/>, consultado no dia 09 de julho de 2019.

⁴ ALMEIDA, F./SANTOS, F. «Portugal Inovação Social: na encruzilhada dos tempos», CES n.º 39, (2016-2017), p. 443-462.

⁵ A principal alteração na definição dos Títulos de Impacto Social foi terem passado de apoios reembolsáveis para apoios não reembolsáveis, outra alteração é referente ao objetivo do financiamento, antes financiar soluções inovadoras na prestação de serviços públicos e depois financiar projetos de inovação em áreas de prioridades de políticas públicas. A diferença da primeira versão da definição do Programa de Parcerias para o Impacto para a segunda versão é o destaque dado às fundações e misericórdias entre as entidades da economia social e a menção às fases das iniciativas de inovação e empreendedorismo a serem suportadas, embrionária ou exploratória, na primeira versão e a inclusão dos investidores sociais como cofinanciadores na segunda. Já a definição do Programa de Capacitação para o investimento foi alterada de vales de capacitação para apoios não reembolsáveis e os destinatários passaram a ser identificados como sendo as entidades da economia social. A Resolução 177/2018 trouxe a mesma alteração para o PPI e para o PCIS, ambos passaram a incluir entre seus beneficiários, entidades públicas e entidades privadas juntamente com as entidades da economia social. Esta alteração foi feita possivelmente para permitir a inclusão das sociedades sob forma comercial nas próximas candidaturas como está sendo feito no caso do FIS.

em inovação e empreendedorismo social em fase de consolidação ou disseminação, através da concessão de empréstimos, bonificação de juros, prestação de garantias ou quase-capital”. Já na Resolução 157/2017, o FIS passa a ser descrito como “apoios para permitir acesso ao financiamento de projetos de inovação e empreendedorismo social, nomeadamente, através de instrumentos de dívida, incluindo mecanismos de cofinanciamento e de garantia, e de capital”.

Como pode ser observado, o FIS teve não somente a sua natureza alterada, de fundo de fundos para fundo autónomo, mas também a natureza de seus instrumentos de financiamento, passando a incluir instrumentos de capital.

Inicialmente, o FIS foi pensado para ser um fundo grossista, sendo assim os beneficiários seriam os intermediários financeiros, ou seja, os gestores dos fundos retalhistas⁶, e não as organizações implementadoras de Iniciativas de Inovação e Empreendedorismo Social (IIES) como previsto no Decreto-Lei 28/2018.

Possivelmente quando foi pensado como um fundo de fundos, levou-se em consideração os fundos de empreendedorismo social instituídos e regulados pelo Regime Jurídico do Capital de Risco, do Empreendedorismo Social e do Investimento Especializado (RJCREISIE) aprovado pela Lei n.º 18/2015 de 04 de março e alterado pelo Decreto-Lei n.º 56/2018 de 9 de julho. A questão é que a instituição e regulação dos fundos não foi suficiente para o seu desenvolvimento em Portugal, em parte devido às incertezas em relação à própria definição de investimento em empreendedorismo social e, conseqüentemente, da identificação dos beneficiários destes fundos⁷.

O artigo 4º do RJCREISIE definiu investimento em empreendedorismo social como sendo “a aquisição, por período de tempo limitado, de instrumentos de capital próprio e de instrumentos de capital alheio em sociedades que desenvolvem soluções adequadas para problemas sociais, com o objetivo de alcançar incidências sociais quantificáveis e positivas”. Sendo assim, os beneficiários dos fundos

⁶ PROGRAMA OPERACIONAL INCLUSÃO SOCIAL E EMPREGO (PO ISE), ESTRUTURA MISSÃO PORTUGAL INOVAÇÃO SOCIAL (EMPIS), Fundo para a Inovação Social - Estratégia de Investimento - (versão em 12/11/2015 PO ISE / EMPIS), 2015.

⁷ A regulação dos fundos de empreendedorismo social e das sociedades de empreendedorismo social foi objeto de análise no artigo SOVERAL MARTINS, A. de. «Sociedades de Empreendedorismo Social e Fundos de Empreendedorismo Social: A Lei 18/2015, de 4 de março», CES, n.º 38, (2015-2016), p. 375-386. O artigo afirma que o regulamento gerou muitas dúvidas, o que dificulta o desenvolvimento deste tipo de investimento, porque para investir os investidores necessitam de certeza. O artigo aprofunda inclusive a análise sobre a natureza dos fundos de empreendedorismo social instituídos pela lei, se de fundo autónomo ou de organismo de investimento coletivo. Sobre os fundos de empreendedorismo social previstos no RJCREISIE ver também DIAS GONÇAVES, J. L. «As empresas sociais e o seu financiamento: as sociedades e os fundos de empreendedorismo social», Direito das Sociedades em Revista, ano 10, vol. 21, (2019), p. 197-218, para este autor os fundos de empreendedorismo social são organismos de investimento coletivo, assim como as sociedades de empreendedorismo social também o são.

de empreendedorismo social seriam as sociedades que desenvolvem soluções adequadas para problemas sociais.

Esta definição do RJCRESIE gerou discussão por causa da palavra sociedades. Em Portugal, o empreendedorismo social é associado às organizações da economia social (OES), organizações estas previstas no artigo 4º da lei de Bases da Economia Social – Lei n.º 30/2013 de 8 de maio: cooperativas; associações mutualistas; misericórdias; fundações; instituições particulares de solidariedade social; associações com fins altruísticos que atuem no âmbito cultural, recreativo, do desporto e do desenvolvimento local; entidades abrangidas pelos subsectores comunitários e autogestionário, integrados nos termos da Constituição no sector cooperativo e social; outras entidades dotadas de personalidade jurídica, que respeitem os princípios orientadores da economia social previstos no artigo 5.o da Lei de Bases e constem da base de dados da economia social. A princípio, as sociedades não podem ser consideradas OES. O objeto da controvérsia não ficou restrito ao uso da palavra sociedades, mas também incluiu os instrumentos de investimento mencionados na definição, instrumentos de capital próprio e de capital alheio, instrumentos estes típicos do investimento em capital de risco em sociedades tradicionais, com objetivos lucrativos. Ou seja, mesmo que o RJCRESIE tivesse usado outra expressão, como OES ao invés de sociedades, a controvérsia não seria muito menor, dado que a forma jurídica das OES não suporta investimentos em capital. A crítica à adequação da realização de investimento por meio dos instrumentos de capital relaciona-se também com o tipo de retorno oferecido ao investidor, associado a ganhos financeiros obtidos por meio da valorização das participações adquiridas ou por meio do recebimento de dividendos, o que no caso das OES também não é permitido por serem organizações sem fins lucrativos.

O formato inicial do FIS parece ser sido pensado exclusivamente para as OES e, provavelmente por isso, previu apenas o uso de instrumentos de quase-capital e não instrumentos de capital.

Os instrumentos de quase-capital pensados para o formato inicial do FIS foram os do tipo Revenue Participation Agreements (RPA) ou acordos de participação em receitas. Estes acordos “assumem a forma de contribuições financeiras não garantidas cujo reembolso está dependente do sucesso da IIES, recebendo o investidor uma percentagem das receitas geradas pelas iniciativas desenvolvidas com o apoio desse investimento”⁸. Este tipo de acordo talvez pudesse ser feito pelas OES por estarem associados à geração de receitas e não de lucros.

Em seu formato atual, o FIS é um fundo autónomo, isto é, constitui um património autónomo sem personalidade jurídica, mas com personalidade judiciária⁹,

⁸ PROGRAMA OPERACIONAL INCLUSÃO SOCIAL E EMPREGO (PO ISE), ESTRUTURA MISSÃO PORTUGAL INOVAÇÃO SOCIAL (EMPIS), 2015, p.1-17 (6).

⁹ Art. 15º, 1 da Lei n.º 18/2015 de 04 de março.

e tem por objeto a realização de dois tipos de operação: (i) operações de coinvestimento de capital e quase capital (FIS Capital) e (ii) operações de facilitação de acesso ao financiamento (FIS Crédito).

2.3. Os beneficiários do FIS

Os beneficiários deste instrumento de financiamento, ao contrário dos beneficiários dos outros instrumentos previstos na Portugal Inovação Social, devem apresentar condições de sustentabilidade financeira que permitam o posterior reembolso dos investimentos, já que a natureza dos financiamentos concedidos pelo FIS, além de ser reembolsável, prevê retorno financeiro. São beneficiários finais do FIS as sociedades sob forma comercial que se qualifiquem como PME e as OES, em ambos os casos, implementadoras de IIES.

As sociedades sob a forma comercial que se qualificam como PME são aquelas certificadas de acordo com o processo previsto no Decreto-Lei n.º 372/2007 de 6 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 143/2009 de 16 de junho e pelo Decreto-Lei n.º 81/2017 de 30 de junho. Interessante observar que o Decreto-Lei n.º 372/2007 adota a definição de PME prevista na Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 6 de maio, e considera empresa como sendo “qualquer entidade que, independentemente da sua forma jurídica, exerce uma atividade económica”¹⁰. Sendo assim, de acordo com o Decreto-Lei 372/2007, outras entidades também podem ser certificadas como PME, no entanto, somente podem ser beneficiárias do FIS as PME que sejam sociedades sob forma comercial¹¹. Isto se justifica porque somente organizações no formato de sociedades comerciais estão aptas a se beneficiarem dos instrumentos previstos nas operações de coinvestimento de capital.

Já as OES são aquelas previstas na Lei de Bases. Todas elas podem ser beneficiárias dos instrumentos previstos para as operações de facilitação de acesso ao financiamento, sendo que as sociedades sob forma comercial também podem ser beneficiárias destes instrumentos.

2.4. Sobre as condições de sustentabilidade financeira dos beneficiários do FIS

Sobre as condições de sustentabilidade financeira, o Decreto-Lei não traz muita informação.

A responsabilidade pela averiguação da sustentabilidade financeira, cabe assim, a duas entidades diferentes, consoante o instrumento. No caso do FIS Capital,

¹⁰ Art. 1º do Anexo do Decreto-Lei 372/2007 de 6 de novembro.

¹¹ V. art. 1º, n. 4, do Código das Sociedades Comerciais.

a responsabilidade é da PME Investimentos, entidade gestora do FIS e encarregue de todos os processos administrativos e operacionais, que avalia a capacidade de o negócio permitir o retorno do investimento¹².

De acordo com a alínea f) do artigo 13º do Decreto-Lei, a entidade gestora é quem tem competência para analisar e propor ao comitê de investimento os investimentos do FIS Capital, previstos no artigo 3º, que deverão, então, após a proposta da entidade gestora, ser aprovados pelo comitê de investimento de acordo com o número 1 do artigo 12º.

A PME Investimentos - Sociedade de Investimento, S. A., após convite feito pela Autoridade de Gestão do Programa Operacional Temático Competitividade e Internacionalização (COMPETE 2020), enviou proposta para a Ministra da Presidência e da Modernização Administrativa, para o ministro do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social e para o Secretário de Estado do Desenvolvimento e Coesão que, conjuntamente, resolveram por designá-la, no Despacho n.º 12106/2018, como entidade gestora do FIS, de acordo com o procedimento previsto no artigo 14º do Decreto-Lei 28/2018.

Os critérios de admissão e seleção dos beneficiários finais do FIS Capital foram divulgados pela PME Investimentos. Entre estes critérios podem ser destacados três relacionados à apresentação de condições de sustentabilidade financeira: (i) A sociedade sob forma comercial candidata ao FIS Capital deve apresentar “uma situação económico-financeira equilibrada ou demonstrar capacidade de financiamento da operação”; (ii) o financiamento de risco a ser concedido deve basear-se em um “plano de atividades viável com informações pormenorizadas sobre o produto, as vendas e as perspectivas de rentabilidade, estabelecendo a viabilidade do investimento ex-ante”; (iii) o financiamento de risco deve ainda “ter subjacente uma estratégia de saída clara e realista”¹³.

No caso do FIS Crédito, a responsabilidade pela averiguação da sustentabilidade financeira é do departamento de risco do banco protocolado a quem o projeto recorreu. O banco avalia a capacidade do negócio de gerar receitas suficientes para pagar o empréstimo nos termos acordados¹⁴.

De acordo com a alínea g) do artigo 13º, a entidade gestora tem competência, não somente para analisar as operações a enquadrar no âmbito dos instrumentos do FIS Crédito, previstos no artigo 4º, mas também para aprová-las.

¹² Informações prestadas por e-mail recebido pela autora no dia 09 de julho de 2019 e enviado por João Machado, membro da Equipe Técnica de Financiamento do FIS.

¹³ Fundo Inovação Social - Critérios de Admissão e Seleção, documento em formato pdf disponível em <https://www.fis.gov.pt/wp-content/uploads/2019/04/Capital-Criterios-Selecao-e-Admissao-vf.pdf>, baixado em 09 de julho de 2019.

¹⁴ Informações prestadas por e-mail recebido pela autora no dia 09 de julho de 2019 e enviado por João Machado, membro da Equipe Técnica de Financiamento do FIS.

Até o momento de elaboração desta crónica, o FIS Crédito ainda não estava com candidaturas abertas. O circuito de candidatura prevê a existência de bancos protocolados¹⁵ que farão a análise da operação de acordo com suas próprias políticas de risco. O banco poderá recusar a candidatura. No caso de aprovação, o banco enviará a proposta à sociedade de garantia mútua para obter uma garantia do valor de financiamento, que por sua vez, também de acordo com sua própria política de risco de crédito, decidirá sobre as condições de emissão da garantia. Em caso de aprovação pela sociedade de garantia mútua, o banco submeterá a candidatura à PME, entidade gestora, que deverá enquadrar e aprovar a proposta. Somente após a aprovação da PME, o banco e a sociedade de garantia mútua procederão à contratação do financiamento e da garantia¹⁶.

Apesar de a legislação não detalhar muito a questão da sustentabilidade financeira dos beneficiários, ela merece atenção.

Em geral, o conceito de sustentabilidade financeira não é abordado isoladamente, mas junto aos conceitos de sustentabilidade econômica, social e ecológica. Uma ideia comum presente nos diversos conceitos de sustentabilidade é a capacidade de um empreendimento de se manter para sempre, isto é, se manter mais ou menos constante ou estável, por um longo período, em termos institucionais, técnicos, políticos e financeiros. Desta forma, a sustentabilidade financeira pode ser entendida como a capacidade de uma entidade econômica auto prover recursos financeiros para manter sua exploração econômica, estando preparada inclusive para enfrentar os contratempos decorrentes¹⁷.

A sustentabilidade econômica tem sido uma das questões centrais nos debates, sejam sobre o empreendedorismo social, a economia social, as OES ou as empresas sociais. Discute-se como as organizações gerem seus recursos, quais métodos de gestão e processos de trabalho adotam. A questão atual parece ser a percepção da necessidade por parte das entidades com objetivos sociais da realização de algum tipo de atividade econômica orientada para o mercado que garanta excedentes suficientes para sua reprodução duradoura. Ao mesmo tempo que se discute como conciliar os objetivos econômicos com os objetivos sociais, discute-se ainda

¹⁵ O interesse das instituições bancárias portuguesas em participar do FIS Crédito ainda em sua primeira versão foi criticado, apontou-se questões referente a necessidade ou não da criação de uma nova área de negócio e os valores das taxas de retorno que se esperam mais baixas em relação aos produtos financeiros tradicionais. PARENTE, C./MARCOS, V./ QUINTÃO, C. «Portugal Inovação Social. Anotação à Resolução do Conselho de Ministros n.º 73-A/2014, de 16 de dezembro de 2014», CES, n.º 37, (2014-2015), p. 397-405 (401).

¹⁶ Ver FIS Crédito – Circuito de Candidatura disponível em: <https://www.fis.gov.pt/fis-credito-processo-de-candidatura/>, consultado no dia 09 de julho de 2019.

¹⁷ ALMEIDA FERNANDES, M. de/MEIRELES, M. «Justificativa e proposta de indicador de sustentabilidade financeira», *Revista Contemporânea de Contabilidade*, v. 10, n. 20 (mai./ago. 2013), p. 75-96 (77-78).

se esta combinação é possível. A necessidade da geração de receitas próprias decorre da constatação da insuficiência de recursos, públicos ou privados, recebidos para manter o modelo de dependência financeira tradicionalmente associado às OES. Facto é que os recursos económicos de uma organização que tem objetivos sociais costumam ser escassos ou tem tendência a escassez e parece ser consensual a busca pela geração de receitas próprias, seja por meio de um subproduto da atividade social, seja por um modelo de negócio lucrativo, para substituir ou, pelo menos diminuir o modelo de dependência¹⁸.

A questão prática do modelo de dependência ou de autossuficiência financeira das OES e das empresas sociais é indissociável do debate teórico ancorado em duas perspetivas, a estadunidense e a europeia, estando a questão da sustentabilidade mais relacionada à primeira. Uma das abordagens feitas pela perspetiva estadunidense é a da escola da gestão empresarial, responsável pelo desenvolvimento de uma análise “centrada nas preocupações de sustentabilidade económica do setor não lucrativo baseadas numa forte orientação para o mercado e na eficácia dos métodos empresariais consideradas ferramentas para sobreviver e/ou prosperar”. A entrada das organizações do setor não lucrativo na esfera comercial nos EUA ocorreu devido às razões de ordem estrutural em um contexto de retração económica¹⁹.

A criação de instrumentos de financiamento mais adequados às necessidades específicas do setor da economia social juntamente com a melhora dos níveis de resposta das OES e com a contribuição para a sustentabilidade económica e financeira destas organizações estão entre os objetivos declarados, inclusive expressamente nos diversos documentos legais, relacionados à Portugal Inovação Social. A questão é saber se a oferta de financiamento por meio de instrumentos de capital é uma forma adequada para se atender estes objetivos.

Os instrumentos previstos no FIS são apontados como “mecanismos de financiamento complexos, organizados por lógicas, linguagens, metodologias e métricas próprias, bem como largamente ausentes da cultura e das práticas da maior parte das OES em Portugal”²⁰. Esta observação vale tanto para o FIS Crédito quanto para o FIS Capital, no entanto no caso do FIS Capital não se trata apenas de instrumentos ausentes da cultura e da prática das OES, mas de instrumentos impossíveis de serem utilizados devido às formas jurídicas utilizadas por estas organizações. Uma questão é saber se, apesar de as sociedades sob a forma comercial não estarem previstas de forma expressa na Lei de Bases, existem atualmente em Portugal sociedades aptas a serem consideradas OES. Talvez existam e, neste

¹⁸ PARENTE, C./QUINTÃO, C. «Capítulo 1 – Uma abordagem eclética ao empreendedorismo social», PARENTE, C., *Empreendedorismo Social em Portugal*, Universidade do Porto, 2014, p. 11-74 (40-47).

¹⁹ PARENTE, C./QUINTÃO, C. p. 11-74 (26-29).

²⁰ QUINTÃO, C./ MARTINHO, A. L., p. 411-423 (420).

caso, o FIS Capital vem atender uma necessidade específica do setor da economia social.

2.5. O Decreto-Lei 28/2018 e o conceito normativo de empresa social

Neste ponto, entra a questão sobre a percepção do que sejam as empresas sociais em Portugal e de sua conceituação normativa. Em Portugal, não existe ainda um conceito normativo de empresa social, seja por meio da criação de um tipo legal ou de um status legal. O tipo legal prevê uma estrutura própria para o exercício da empresa social e o status legal oferece um reconhecimento a algumas entidades previstas em lei que atendem determinadas condições na sua prática econômica produtiva e que merecem, por isso, serem chamadas de empresas sociais.

No Relatório sobre Portugal no âmbito do estudo “A map of social enterprises and their eco-systems in Europe”, realizado em 2014, concluiu-se que muitas das OES que operam sob diferentes formas legais poderiam se enquadrar no conceito de empresas sociais, especialmente aquelas com status de IPSS (Instituições Particulares de Solidariedade Social). O relatório menciona a possibilidade de empresas convencionais com missão social, isto é, sociedades sob a forma comercial com missão social, virem a serem consideradas empresas sociais, para isto deveriam ter um objetivo social claro e bem definido, assim como uma política de distribuição de lucros bem definida²¹.

Em 2019 foi feita uma atualização do relatório. O relatório de 2019 reafirma que não há nenhuma forma legal própria para as empresas sociais, mas que há algumas formas legais que se alinham de perto à definição operacional das empresas sociais, seria o caso dos OES descritas na Lei de Bases da Economia Social, Instituições Privadas de Solidariedade Social e pessoas coletivas de utilidade pública. Como o anterior, destaca que nem todas as organizações mencionadas se enquadram como empresas sociais, que existe uma zona cinzenta, na qual inclui também a situação de algumas sociedades sob a forma comercial. Menciona que alguns estudos realizados em Portugal já identificaram sociedades sob a forma comercial como empresas sociais, mas destaca a importância do objeto social, do modelo de governança e da política de distribuição de dividendos para esta identificação²².

A doutrina também questiona o facto de sociedades poderem ser consideradas empresas sociais em Portugal, o facto de eventualmente uma sociedade ter por objeto atividades sociais ou ter objetivos de carácter social não é suficiente para

²¹ EUROPEAN COMMISSION. A map of Social Enterprises and their ecosystems in Europe. Country Report for the Portugal. Authors: VAN DER VELDEN, M./ ALVAREZ, N./ SÁ, J. de/ MEIRA, D./ RAMOS, M. E. London, 2019.

²² EUROPEAN COMMISSION. Social enterprises and their ecosystems in Europe. Updated country report: Portugal. Author: FERREIRA, S. Luxembourg: Publications, 2019.

considerá-la uma empresa social. A sociedade não deixa, por isso, de estar integrada no setor privado, quer pelo escopo lucrativo, quer por apresentar gestão que não possa ser considerada democrática²³. No entanto, há também quem²⁴ defenda o contrário e argumente que o legislador pode vir a “criar um regime jurídico das empresas sociais que integre também pessoas coletivas que prossigam o lucro embora com limitação substancial na sua distribuição”.²⁵

Apesar de não usar a expressão empresa social, o Decreto-Lei 28/2018 trata-se sim de um documento legal relacionado às empresas sociais, isto porque a promoção da inovação e do empreendedorismo social e o desenvolvimento do mercado do investimento social, colocados ao mesmo tempo como objetivos e fundamentos da Portugal Inovação Social, estão diretamente relacionados com elas. A Portugal Inovação Social é um desdobramento, como visto do Portugal 2020, que por sua vez é um desdobramento do Europa 2020, instituído em 2010 e que resultou na produção de diversos documentos legais relacionadas às empresas sociais como a Iniciativa de Empreendedorismo Social de 2011 e o Regulamento (UE) n.º 346/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2013 relativo aos fundos europeus de empreendedorismo social (EUSEF), com uma conceção muito semelhante ao do FIS no que se refere a instrumentos de investimento e beneficiários e que tem por objetivo declarado no considerando 16, “apoiar o crescimento das empresas sociais na União”. O documento sobre estratégia de investimento elaborado em conjunto pela PO ISE e pela EMPIS, afirma que o modelo proposto para o FIS “tem total enquadramento na regulamentação financeira nacional e comunitária aplicável”, destacando o Regulamento dos EUSEF e o RJCRESIE²⁶.

De certa forma, pode-se dizer então que o Decreto-Lei 28/2018 criou um conceito normativo implícito de empresa social por meio da criação de um status legal.

Como afirmado antes, o Decreto-Lei não faz uso da expressão empresa social, mas ao identificar os beneficiários do FIS como sendo as OES e as sociedades sob a forma comercial classificadas como PME, ambas implementadoras de IIES, destacou algumas entidades entre as OES e as sociedades sob a forma comercial, só faltou dizer que estas entidades destacadas são empresas sociais. Não dizer, foi

²³ COUTINHO DE ABREU, J. M. «Empresas Sociais (Nótulas de Identificação)». CES, n.º 37, (2014-2015), p. 369-376 (375).

²⁴ SOARES FARINHO, D. «A sociedade comercial como empresa social – breve ensaio prospetivo a partir do direito positivo português». Revista do Direito das Sociedades, ano VII, (2015), 2, 247-270 (261).

²⁵ Sobre o tema ver também RAMOS, M. E. *Direito Comercial e das Sociedades. Entre as empresas e o mercado*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 122-125.

²⁶ PROGRAMA OPERACIONAL INCLUSÃO SOCIAL E EMPREGO (PO ISE), ESTRUTURA MISSÃO PORTUGAL INOVAÇÃO SOCIAL (EMPIS), p.3.

provavelmente uma escolha consciente, dado a polémica existente em torno da regulação das empresas sociais em Portugal.

Interessante observar que a escolha pelo uso de outras expressões alusivas às empresas sociais no lugar da própria expressão aparece em documentos e artigos sobre o FIS. No documento sobre estratégia de investimento elaborado em parceria pelo PO ISE e pela EMPIS, usa-se *startup* sociais, ainda que inicialmente considere-se que elas devem assumir a forma jurídica das entidades da economia social. No entanto, a possibilidade de assumirem uma forma jurídica que permita constituir capital social também seja aventada no documento²⁷. O atual e o ex-presidente da Portugal Inovação Social, coautores em um artigo sobre a iniciativa, também usam a expressão *startup* de missão social ao falar sobre o FIS, ainda em sua primeira definição²⁸.

O facto é que apesar de não usar a expressão *empresa social* no Decreto-Lei isto não significa que o FIS não tenha sido criado para financiamento das empresas sociais em Portugal, até porque, como realidade prática, a existência das empresas sociais independe de conceituação legal. As empresas sociais não são criadas por lei, mas sim devem ser reguladas por ela.

O problema desta criação indireta de um status legal para as empresas sociais em Portugal por meio do Decreto-Lei que criou o FIS é que algumas questões relevantes no reconhecimento de uma prática econômica produtiva como prática de empresa social, como gestão e processo de decisão democráticos/participativos e, ainda mais fundamental, a política de distribuição de lucros, que a princípio deve ser restritiva devido a prevalência dos interesses sociais sobre os interesses lucrativos, não mereceram tratamento.

Para merecer o status implícito de empresa social e estar apto a participar do FIS, a entidade interessada, seja OES, seja sociedade sob a forma comercial, deve solicitar um parecer de avaliação à EMPIS sobre o projeto que pretende desenvolver. Se o projeto for qualificado como IIES pela EMPIS, será então analisado pela entidade gestora do FIS como previsto nas alíneas f) e g) do número 1 do artigo 14º.

Uma IIES “é um projeto que visa intervir, direta ou indiretamente, de forma inovadora e eficiente sobre um ou vários problemas sociais com o objetivo de gerar impacto social positivo”. No questionário que deve ser respondido pelas entidades que querem ter um projeto reconhecido como IIES é solicitado, entre outros dados, a forma jurídica da organização; nome, descrição e localização de implementação do projeto; tipo de intervenção, se direta ou indireta; grupo alvo; problema social abordado; aspetos inovadores e diferenciadores de outras solu-

²⁷ PROGRAMA OPERACIONAL INCLUSÃO SOCIAL E EMPREGO (PO ISE), ESTRUTURA MISSÃO PORTUGAL INOVAÇÃO SOCIAL (EMPIS), p. 5-7.

²⁸ F. ALMEIDA, F. SANTOS, p. 459.

ções; montante de investimento pretendido e estratégia para sua aplicação; identificação dos indicadores e metas utilizados para medir o sucesso de implementação do projeto²⁹. Como se pode observar, o questionário avalia somente o projeto apresentado, apesar de ser a organização a beneficiária do FIS, ela não é avaliada. Desta forma, corre-se o risco de serem beneficiadas organizações, essencialmente sociedades sob a forma comercial, que possuem outros projetos além do projeto avaliado como IIES. Pergunta-se: será que organizações que possuem apenas um projeto classificado como IIES, podem ser consideradas como promotoras da inovação e do empreendedorismo social, enfim como empresas sociais, mesmo sem terem gestão participativa e, principalmente, não fazendo nenhuma alteração em relação à sua política de distribuição de lucros?

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promoção da inovação social e a dinamização do mercado de investimento social em Portugal por meio da criação de instrumentos de financiamento mais adequados às necessidades específicas do setor da economia social são objetivos legítimos e importantes. A questão, como visto, é saber se a oferta de financiamento por meio de instrumentos de capital é uma forma adequada para se atender estes objetivos.

Um dos pontos é o valor atribuído ao capital investido, que pode ser diferente no caso de uma empresa social sob o formato legal previsto para as OES ou sob o formato de sociedade comercial.

No caso das OES, o capital é um instrumento que as ajuda a serem socialmente úteis. Ao contrário do que ocorre nas empresas capitalistas, o capital não é o essencial para as OES, essencial é o que é produzido, o que é gerado pela atividade destas entidades³⁰. Contudo, ainda que apenas um instrumento, uma maior oferta de capital para as entidades da economia social deve ser bem vista.

O FIS faz uma adaptação de instrumentos típicos do mercado capitalista para atendimento das necessidades da economia social. A fim de que este processo seja feito de forma a reforçar a economia social e não a subjugá-la, o direito deve realizar o seu papel, estipular as regras para o uso destes instrumentos, criando novas

²⁹ Ver FIS – Qualificação IIES – solicitar parecer, disponível em: <https://www.fis.gov.pt/qualificacao-iies-parecer/>, consultado no dia 09 de julho de 2019. O Regulamento Específico do Domínio da Inclusão Social e Emprego instituído na Portaria n.º 97-A/2015 define, na alínea n) do artigo 2º, IIES como sendo “os projetos que preconizam respostas inovadoras que se distinguem das respostas tradicionais na resolução de problemas sociais pelo seu potencial de impacto e sustentabilidade”. O Capítulo VII do Regulamento sobre Inovação Social aplica-se aos instrumentos de financiamento que compõem a Iniciativa Portugal Inovação Social, com exceção do FIS, de acordo com o artigo 223º.

³⁰ NAMORADO, R. *O que é a economia social? – Economia Social em Textos*. Número 1. Coimbra: CECEs, 2017, p. 12.

categorias e novas figuras jurídicas, se necessário, protagonizando o processo de imbricação crescente entre direito e sociedade de acordo com os princípios orientadores adotados por esta³¹.

Esta crónica termina deixando uma questão para reflexão. Uma leitura atenta do Decreto-Lei 28/2018 parece indicar que mais do que criar o FIS, o Decreto-Lei parece ter criado um conceito normativo implícito de empresa social por meio da criação de um status legal. Terá sido esta uma boa escolha no processo de construção do quadro regulador das empresas sociais em Portugal?

4 BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, F./SANTOS, F. «Portugal Inovação Social: na encruzilhada dos tempos», CES n.º 39, (2016-2017), p. 443-462.
- ALMEIDA FERNANDES, M. de/MEIRELES, M. «Justificativa e proposta de indicador de sustentabilidade financeira», Revista Contemporânea de Contabilidade», v. 10, n. 20 (mai./ago. 2013), p. 75-96.
- COUTINHO DE ABREU, J. M. «Empresas Sociais (Nótulas de Identificação)». CES, n.º 37, (2014-2015), p. 369-376.
- DIAS GONÇAVES, J. L. «As empresas sociais e o seu financiamento: as sociedades e os fundos de empreendedorismo social», Direito das Sociedades em Revista, ano 10, vol. 21, (2019), p. 197-218.
- EUROPEAN COMMISSION. A map of Social Enterprises and their ecosystems in Europe. Country Report for the Portugal. Authors: VAN DER VELDEN, M./ ALVAREZ, N./ SÁ, J. de/ MEIRA, D./ RAMOS, M. E. London, 2019.
- EUROPEAN COMMISSION. Social enterprises and their ecosystems in Europe. Updated country report: Portugal. Author: FERREIRA, S. Luxembourg: Publications, 2019.
- NAMORADO, R. *O que é a economia social? – Economia Social em Textos*. Número 1. Coimbra: CECES, 2017
- PARENTE, C./MARCOS, V./ QUINTÃO, C. «Portugal Inovação Social. Anotação à Resolução do Conselho de Ministros n.º 73-A/2014, de 16 de dezembro de 2014», CES, n.º 37, (2014-2015), p. 397-405.
- PARENTE, C./QUINTÃO, C. «Capítulo 1 – Uma abordagem eclética ao empreendedorismo social», PARENTE, C., *Empreendedorismo Social em Portugal*, Universidade do Porto, 2014, p. 11-74.
- PROGRAMA OPERACIONAL INCLUSÃO SOCIAL E EMPREGO (PO ISE), ESTRUTURA MISSÃO PORTUGAL INOVAÇÃO SOCIAL (EMPIS), Fundo para a Inovação Social - Estratégia de Investimento - (versão em 12/11/2015 PO ISE / EMPIS), 2015.
- QUINTÃO, C./MARTINHO, A. L. «Crónicas da Iniciativa Portugal Inovação Social. Aprofundamento Crítico do Debate a Propósito do Fundo de Inovação Social», CES n.º 40, (2017-2018), p. 411-423.
- RAMOS, M. E. *Direito Comercial e das Sociedades. Entre as empresas e o mercado*. Coimbra: Almedina, 2018.

³¹ R. NAMORADO, 2017, p. 20.

- SOARES FARINHO, D. «A sociedade comercial como empresa social – breve ensaio prospectivo a partir do direito positivo português». *Revista do Direito das Sociedades*, ano VII, (2015), 2, 247-270.
- SOVERAL MARTINS, A. de. «Sociedades de Empreendedorismo Social e Fundos de Empreendedorismo Social: A Lei 18/2015, de 4 de março», *CES*, n.º 38, (2015-2016), p. 375-386.

IV RECENSIONES

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 41 (2018-2019), páxs. 325-329
ISSN: 1130-2682

**LA BAJA COMO CAUSA DE FINALIZACIÓN DE
LA RELACIÓN SOCIETARIA ENTRE LA PERSONA
SOCIA Y LA SOCIEDAD COOPERATIVA**

ARRIETA IDIAKEZ, F. J.

**EDITORIAL DYKINSON, MADRID, 2019, 194 PÁGINAS
ISBN: 978-84-1324-347-4**

PATRICIA PRIETO PADÍN*

* Investigadora postdoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Deusto.

Sirva esta recensión para estimular al lector a adentrarse en la lectura de una interesante monografía que, ocupando el ordinal sexto de la específica Colección Deusto sobre cooperativismo, aborda, de forma integral, el análisis y la resolución de los interrogantes que plantea la institución de la baja del socio cooperativista.

Al margen del indudable acierto y oportunidad del objeto estudiado en un contexto de proliferación de este tipo de entidades de Economía Social y donde “no cabe desconocer que el principio de conservación del negocio jurídico, típico del Derecho del Trabajo, debe operar con más fuerza en el seno del Derecho de las cooperativas”, la obra cuenta con una doble garantía de partida: de un lado, la aproximación rigurosa al tema, sustentada en un sólido y actual soporte bibliográfico a través no sólo de las fuentes legislativas (las diecisiete leyes de cooperativas vigentes en España), sino también incluyendo constantes referencias de la doctrina científica, de los laudos arbitrales del Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo (BITARTU), así como de las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia que enriquecen, más si cabe, los aspectos analizados. De otro lado, como un aval seguro, destaca el valioso aporte personal del autor proporcionado tanto por su acreditada trayectoria académica [profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Deusto e investigador principal del grupo de investigación “Cooperativismo, fiscalidad, fomento, relaciones laborales y protección social” reconocido por el Gobierno Vasco], como por su significativa experiencia y buen quehacer como árbitro del BITARTU y miembro de la Junta Directiva de la Academia Vasco de Derecho.

De los cinco capítulos que componen y estructuran la monografía, el inicial contiene una breve introducción donde el autor da cuenta de la importancia del tema analizado, quedando expedito para examinar en el Capítulo Segundo, ya *in extenso*, y al calor del marco normativo de Derecho Cooperativo, así como de los diversos Estatutos, los distintos tipos de baja diferenciando cada figura según su naturaleza voluntaria, obligatoria o disciplinaria por expulsión. Aquellas derivadas de la libertad de trabajo o profesional, aún en la vertiente negativa, encuentran limitaciones y condicionantes diversos para el socio que el autor desgana con tiento reflexionando sobre su acierto y legitimidad. Constatadas cuantas bajas obedecen a causas imperativas para el afectado (ya por razones que afectan a los requisitos para ostentar la condición de socio, ya por causas económicas, técnicas organizativas o de producción ligadas a la propia sociedad cooperativa, ya por fuerza mayor y otros motivos singulares y dignos de atención), remarcable es el completo compendio de soluciones abordadas con rigor que tratan de dar respuesta a la necesidad y preocupación, que debiera ser común, de ofrecer ga-

rantías mínimas a través de un procedimiento que pase, entre muchas, desde una definición clara de las causas motivadoras, hasta la posibilidad de impugnación. En fin, aunque las bajas derivadas de una sanción disciplinaria no dejen de ser una salida obligatoria del socio por decisión del Consejo Rector, loable y requerido es el tratamiento propio y diferenciado dispuesto al lector a fin de remarcar las reglas generales y pautas específicas en función de las clases cooperativas.

Certero también el criterio seguido por el doctor Arrieta Idiakez en el Capítulo Tercero al realizar, a la luz de las fuentes legales y jurisprudenciales manejadas, una recopilación de las variopintas situaciones que dan lugar a la calificación de justificada o no justificada de cada baja voluntaria por parte del Consejo Rector de la cooperativa. Operación necesitada de deslinde por mor de la existencia de hasta veintiséis causas que no resultan extrañas o censurables (entre muchas más, la acreditación de una negación reiterada de los derechos económicos y políticos al socio; el desacuerdo de los socios con cualquier acuerdo de la Asamblea General, que implique la asunción de obligaciones o cargas gravemente onerosas no previstas en los Estatutos; la fusión de cooperativas y su proceso inverso de escisión o la alteración del objeto social de la entidad). Escenario que, con sus particularidades extensas, contrasta con las ocho causas que, hasta el momento, no se consideran de recibo (basten en este punto, la baja voluntaria sin haber desembolsado el socio el importe total de las cantidades adeudadas a la cooperativa o la realización por parte del socio de actividades competitivas).

Dispuesto el escenario anterior y siguiendo un hilo conductor admirable, las líneas del Cuarto Capítulo llevan a centrar la atención en los efectos económicos de las bajas de los socios; materia de frecuente y notable tensión entre las partes implicadas (socio cesante y sociedad cooperativa) y dispuesta a ofrecer múltiples “situaciones (...) que deben analizarse con detenimiento por ser ricas en matices”. Cómo deban calcularse las obligaciones asumidas por la cooperativa con anterioridad a la baja del socio, los efectos de obligado cumplimiento que permanecen vigentes aún a pesar de la pérdida de condición de socio o el singular derecho al reembolso del ex socio, forman parte del riguroso elenco de ejemplos bien conocidos por el investigador y sistematizados en dos bloques: de un lado, las reglas de juego existentes en el régimen general; de otro, aquellas otras características señeras de los regímenes particulares en función de los diferentes tipos de cooperativas, ya sean estas de trabajo, de vivienda, de explotación comunitaria de la tierra y/o del ganado, agrarias o agroalimentarias, de explotación de los recursos acuícolas, de comercio ambulante, de transportes, de servicios, de consumo o de iniciativa social.

Finaliza la monografía en el Quinto Capítulo con la valoración, de forma exhaustiva y con una perspectiva práctica, del panorama protector dispuesto a evitar la situación de necesidad en que podría quedar el socio saliente como consecuencia de la pérdida de ingresos, so pena del riesgo o exclusión social. Presenta un

meritorio análisis del derecho a las prestaciones por desempleo o por cese de actividad de aquellos socios que causan baja en la sociedad cooperativa como contingencias del Sistema de Seguridad Social que, materializadas, su concreta manifestación y operatividad dependerá del Régimen elegido por cada cooperativa en sus Estatutos. En este contexto, especial atención merece para el autor la capitalización de tales las prestaciones como medida para ayudar a afrontar las transiciones a lo largo de la vida laboral de este colectivo, en línea con el importante enfoque del futuro del trabajo adoptado por la OIT.

Visto someramente el contenido de esta solvente y original investigación (amén de la redacción en un estilo claro, sencillo, de agradable lectura y comprensión), concurren razones de peso para afirmar que la dimensión científica, teórico y práctica, de la obra *La baja como causa de finalización de la relación societaria entre la persona socia y la sociedad cooperativa* hace que constituya un referente imprescindible que interese e invite a la reflexión por igual, tanto al colectivo de estudiantes y académicos, como a operadores o profesionales jurídicos. En este sentido, su especialización y perspectiva omnicomprensiva respecto a la institución de la baja de los socios cooperativistas la convierte, además, en una valiosa herramienta, incluso, punto cardinal de inspiración, para los encargados de la redacción de los Estatutos y de los Reglamentos de Régimen Interno de las cooperativas, sobre quienes pesa el deber y la labor de conocer y aplicar una normativa tan sensible como extensa y compleja.

Solo cabe felicitar muy sinceramente al autor por medio de estas modestas líneas que esperan haber servido para amplificar el conocimiento de esta obra y, sobre todo, para llamar la atención y curiosidad de quien a ellas se acerquen.



andavira
e d i t o r a