

OPERTIVISM

E ECONOMÍA SOCIAL

CES · N.º 42 · CURSO 2019-2020



Universidade de Vigo

CES

COOPERATIVISMO E
ECONOMÍA SOCIAL

N.º 42 · CURSO 2019-2020 · VIGO (ESPAÑA) · ISSN 2660-6348

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

Os contidos de CES publícanse baixo a licenza Creative Commons CC-BY-NC-ND 4.0
(<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>)

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: 2660-6348

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

ANA AMORIM
ANDRÉ ALMEIDA MARTINS
AUGUSTA FERREIRA, BRÍZIDA TOMÉ
DEOLINDA MEIRA
ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ
HAGEN HENŘ
IFIGENEIA DOUVITSA
INÊS NEVES
ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ
JOSÉ SÁ REIS
JUAN CÁNDIDO GÓMEZ GALLEGO
JULIO COSTAS COMESAÑA
LUZ SÁNCHEZ GARCÍA
M.^a JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ
MANUEL BOTANA AGRA
MANUELA DA SILVA PATRÍCIO
MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA
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.- INSTRUCIÓNS TÉCNICAS PARA OS AUTORES**
- III.- CÓDIGO ÉTICO DA REVISTA CES**
- IV.- DEREITOS DE AUTOR**

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**
- IV.- DERECHOS DE AUTOR**

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**
- IV.- COPYRIGHT**

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

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

- I.- INFORMACÃO GERAL DE CES**
- II.- INFORMACÃO 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**
- IV.- DEREITOS DE AUTOR**

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

- HAGEN HENRÝ, International Cooperative Law. Utopia, realistic utopia or reality?** 25-56
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. PARAGRAPH 10. (1) OF THE PROMOTION OF COOPERATIVES RECOMMENDATION, 2002. OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – THE LEGAL OBLIGATION TO TRANSLATE THE COOPERATIVE PRINCIPLES INTO LEGAL RULES. 2.1. The power of the ILO to set standards on cooperative law-making. 2.2. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 – the legal obligation to translate the cooperative principles into legal rules. 2.2.1. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 as a source of international cooperative law according to Article 38 of the International Court of Justice. 2.2.2. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 as a separate source of international law. 2.2.3. The 1995 ICA Statement on the cooperative identity as a source of international law. 2.2.4. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 as a connex obligation to other legal obligations under international law, especially the nascent international law on sustainable development. 2.3. The effectiveness of the obligation under Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193. 3. THE CONTENT OF PARAGRAPH 10. (1) OF THE ILO R. 193. 4. CONCLUSION. 5. BIBLIOGRAPHY.
- MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA, A fiscalização das fundações privadas de solidariedade social.** 57-75
- SUMÁRIO:** 1. APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA. 2. A FISCALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. 3. OS MECANISMOS DE FISCALIZAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. 4. SÍNTESE CONCLUSIVA. 5. BIBLIOGRAFÍA.
- JUAN CÁNDIDO GÓMEZ GALLEGRO Y LUZ SÁNCHEZ GARCÍA, Determinantes de la eficiencia bancaria en España: el caso de la banca ética.** 77-95
- SUMÁRIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. REVISIÓN DE LA LITERATURA. 3. BASE DE DATOS Y VARIABLES. 4. METODOLOGÍA. 5. RESULTADOS. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.
- MANUEL BOTANA AGRA, Acomodación de la cooperativa de crédito al marco de gobierno coporativo de las entidades de crédito.** 97-116
- SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL GOBIERNO DE LA COOPERATIVA DE CRÉDITO EN LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA LEY 10/2014. 3. EL GOBIERNO DE LA COOPERATIVA DE CRÉDITO EN EL MARCO DE LA LEY 10/2014 Y NORMAS POSTERIORES. 3.1. Condiciones exigidas a los actores del gobierno corporativo. 3.1.1. Idoneidad. 3.1.2. Incompatibilidades. 3.1.3. Registro. 3.2. Conformación del gobierno corporativo. 3.2.1. Sistemas. 3.2.2. Remuneraciones. 3.2.2.1. Políticas de remuneración. 3.2.2.2. Componentes variables de la remuneración. 3.2.2.3. El Comité de remuneraciones. 3.2.2.4. Publicidad de la política de remuneraciones. 4. GOBIERNO DE LA COOPERATIVA DE CRÉDITO E IDENTIDAD COOPERATIVA. 5. LOS CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO EN LA COOPERATIVA DE CRÉDITO. 6. CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

II XURISPRUDENZA

II.1. COMENTARIOS XURISPRUDENZA

José Sá Reis, Sobre a não-convocação de sócios honorários e a obrigatoriedade de voto secreto nas assembleias gerais de cooperativas: comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de março de 2019. 119-137

SUMÁRIO: 1. ENQUADRAMENTO. 2. A FALTA DE CONVOCAÇÃO DOS MEMBROS HONORÁRIOS. a) A categoria do membro honorário. b) A necessidade de convocação de todos os membros. c) A (des)necessidade de convocação dos membros honorários. 3. A VOTAÇÃO 'BRAÇO-NO-AR'. a) As deliberações sobre "assuntos de incidência pessoal" dos cooperadores. b) As deliberações eleitorais. 4. BIBLIOGRAFIA

INÊS NEVES, A proteção do cooperador excluindo através do processo: comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 3 de março de 2020. . . 139-160

SUMÁRIO: 1. O LITÍGIO ENTRE A COOPERATIVA E O COOPERADOR. 1.1. Os vícios apontados, pelo Autor, à deliberação de aprovação da proposta de exclusão. 2. A SENTENÇA DE 1.ª INSTÂNCIA. 3. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA. 4. COMENTÁRIO. 4.1. A exclusão como sanção disciplinar não conservatória. 4.1.1. Regime aplicável. 4.2. A proteção do cooperador através do processo. 4.3. A teleologia da imposição de processo escrito e o vício da deliberação da assembleia geral. 5. CONCLUSÃO. 6. BIBLIOGRAFIA.

ANA AMORIM, Competência para convocar a assembleia geral de uma associação. Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de maio de 2019 (proc. n.º 3578/18.9T8VFR.P1) 161-173

SUMÁRIO: 1. FACTUALIDADE RELEVANTE E QUESTÕES SUSCITADAS. 2. CONVOCAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL. 2.1. Competência. 2.2. Natureza da norma. 2.3. Fundamento constitucional. 3. LACUNA NORMATIVA. 4. CONCLUSÃO. 5. BIBLIOGRAFIA.

DEOLINDA MEIRA, Algumas questões sobre os critérios de determinação do montante do direito ao reembolso dos herdeiros numa situação de impossibilidade da transmissão mortis causa da posição do cooperador. Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27/06/2019 (Proc. n.º 236/18.8T8t-vd.11) 175-193

SUMÁRIO: 1. APRESENTAÇÃO DO LITÍGIO. 2. COMENTÁRIO. 2.1. Direitos dos herdeiros numa situação de impossibilidade da transmissão mortis causa da posição de cooperador. 2.2. A necessária deliberação da assembleia geral para a constituição do direito ao retorno dos excedentes. 2.3. O acréscimo do montante do reembolso proveniente da repartição de reservas. 3. CONCLUSÃO.

II.2.1. ANOTACIÓNS XURISPRUDENZA (PORTUGAL)

MANUELA DA SILVA PATRÍCIO, As instituições particulares de solidariedade social (IPSS) poderão assumir a qualidade de entidades adjudicantes, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), do Código dos Contratos Públicos (CCP) e por essa razão sujeitas à jurisdição dos tribunais administrativos? Anotação ao acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 10 de outubro de 2019 197-204

ANDRÉ ALMEIDA MARTINS, Assembleias gerais de delegados: compatibilização entre gestão democrática das cooperativas e eficiência organizativa. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019. 205-211

II.2.2. ANOTACIÓNS XURISPRUDENZA (ESPAÑA)

ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS, Responsabilidad de la entidad bancaria por incumplimiento del deber legal de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición de una vivienda. Comentario a la sentencia n.º 384/2019 de la Audiencia Provincial de Burgos del 29 de julio de 2019. . . 215-221

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ, El principio de puertas abiertas: la baja voluntaria no se puede calificar como improcedente de forma tácita. (Anotaciones a la SAP de Zaragoza 18 de diciembre de 2019)	223-230
M. ^a JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ, Administración de hecho y prescripción de las acciones de responsabilidad civil. (Anotaciones a la SAP de Salamanca (Sección 1 ^ª). Sentencia n.º 434/2019 de 16 septiembre de 2019).	231-238
SARA LOUREDO CASADO, La diferencia entre el reembolso de aportaciones sociales y el retorno cooperativo. (Anotación a la sentencia del Tribunal Supremo 126/2020 de 26/02)	239-246
SINESIO NOVO FERNÁNDEZ, Ambito de aplicación de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. (Anotación a la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de enero de 2020)	247-251
JULIO COSTAS COMESAÑA, Responsabilidade dos socios polas perdas da cooperativa. (Anotación á sentenza do 2 de xullo de 2019 do Tribunal Superior de Xustiza de Navarra)	253-265

III CRÓNICA

ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Comentario a la Ley 11/2019, de 20 de diciembre, por la que se modifica y actualiza la normativa de cooperativas en la Comunidad Autónoma del País Vasco.	269-274
SUMARIO: 1. ANTECEDENTES. 2. LA LEY DE COOPERATIVAS DEL PAÍS VASCO 11/2019. DE 20 DE DICIEMBRE. 3. REFLEXIONES FINALES.	
FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ, Anotación al Decreto 208/2019, de 22 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo del Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, por el que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón.	275-280
AUGUSTA FERREIRA, BRÍZIDA TOMÉ E DEOLINDA MEIRA, A transparência na economia social. O projeto TFA	281-286
IFIGENEIA DOUVITSA, The legal recognition of social and solidarity economy in Greece: A brief presentation and commentary of the general provisions of L. 4019/2011 and L. 4430/2016.	287-301

CES

COOPERATIVISMO E
ECONOMÍA SOCIAL

INDEX

I DOCTRINE

- HAGEN HENRÝ, International Cooperative Law. Utopia, realistic utopia or reality?** 25-56
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. PARAGRAPH 10. (1) OF THE PROMOTION OF COOPERATIVES RECOMMENDATION, 2002. OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – THE LEGAL OBLIGATION TO TRANSLATE THE COOPERATIVE PRINCIPLES INTO LEGAL RULES. 2.1. The power of the ILO to set standards on cooperative law-making. 2.2. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 – the legal obligation to translate the cooperative principles into legal rules. 2.2.1. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 as a source of international cooperative law according to Article 38 of the International Court of Justice. 2.2.2. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 as a separate source of international law. 2.2.3. The 1995 ICA Statement on the cooperative identity as a source of international law. 2.2.4. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 as a connex obligation to other legal obligations under international law, especially the nascent international law on sustainable development. 2.3. The effectiveness of the obligation under Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193. 3. THE CONTENT OF PARAGRAPH 10. (1) OF THE ILO R. 193. 4. CONCLUSION. 5. BIBLIOGRAPHY.
- MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA, The supervision in private foundations of social solidarity** 57-75
- SUMMARY:** 1. THE PROBLEM AND ITS DELINEATION. 2. THE STATE SUPERVISION; 3. THE SUPERVISION THROUGH PRIVATE LAW MECHANISMS. 4. CONCLUDING REMARKS. 5. BIBLIOGRAPHY.
- JUAN CÁNDIDO GÓMEZ GALLEGÓ & LUZ SÁNCHEZ GARCÍA, Determinants of banking efficiency in Spain: The case of ethical banking** 77-95
- SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. 2. LITERATURE REVIEW. 3. DATABASE AND VARIABLES. 4. METHODOLOGY. 5. RESULTS. 6. CONCLUSIONS. 7. BIBLIOGRAPHY.
- MANUEL BOTANA AGRA, Accommodation of the credit cooperative to the framework of corporate governance of the entities of credit** 97-116
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. THE GOVERNMENT OF THE CREDIT COOPERATIVE IN THE LEGISLATION PREVIOUS TO 10/2014 ACT. 3. THE GOVERNMENT OF THE CREDIT COOPERATIVE IN THE FRAME OF THE 10/2014 ACT AND LATER REGULATION. 3.1. Conditions required to the actors of the corporate government. 3.1.1. Suitability. 3.1.2. Incompatibilities 3.1.3. Register. 3.2. Conformation of the corporate government. 3.2.1. Systems. 3.2.2. Remunerations. 3.2.2.1. Politics of remuneration. 3.2.2.2. Components variables of the remuneration. 3.2.2.3. The Comité of remunerations. 3.2.2.4. Publicity of remuneration politics. 4. THE GOVERNMENT OF THE CREDIT COOPERATIVE AND COOPERATIVE IDENTITY. 5. THE CODES OF GOOD GOVERNANCE IN THE CREDIT COOPERATIVE. 6. CONCLUSION. 7. BIBLIOGRAPHY.

II CASE LAW

II.1. COMMENTS

José SÁ REIS, On the non-call for honorary members and the obligation of secret voting at general meetings of cooperatives: Commentary on the Coimbra Court of Appeal Ruling of March 19, 2019. 119-137

SUMÁRIO: 1. ENQUADRAMENTO. 2. A FALTA DE CONVOCAÇÃO DOS MEMBROS HONORÁRIOS. a) A categoria do membro honorário. b) A necessidade de convocação de todos os membros. c) A (des)necessidade de convocação dos membros honorários. 3. A VOTAÇÃO ‘BRAÇO-NO-AR’. a) As deliberações sobre “assuntos de incidência pessoal” dos cooperadores. b) As deliberações eleitorais. 4. BIBLIOGRAFIA

INÊS NEVES, Protection of the cooperator to be excluded through the procedure: commentary on the decision of the Coimbra Court of Appeal of 3 March 2020. 139-160

CONTENTS: 1. THE DISPUTE BETWEEN THE COOPERATIVE AND THE COOPERATOR. 1.1. The grounds of invalidity pointed out by the Plaintiff to the deliberation that approved the proposal of exclusion. 2. JUDGEMENT OF THE COURT OF FIRST INSTANCE. 3. JUDGEMENT OF THE COIMBRA COURT OF APPEAL. 4. COMMENTARY. 4.1. The exclusion as a non-conservative disciplinary sanction. 4.1.1 The applicable regime. 4.2. Protection of the cooperator through the procedure. 4.3. The overall aim of the mandatory written procedure and the invalidity of the deliberation of the general assembly. 5. CONCLUSION. 6. BIBLIOGRAPHY.

ANA AMORIM, Competence to notify the general meeting of an association. Commentary on the Porto Court of Appeal decision of 22nd May 2019 (proc. n.º 3578/18.9T8VFR.P1) 161-173

SUMMARY: 1. RELEVANT FACTUALITY AND ISSUES RAISED. 2. NOTIFICATION FOR THE GENERAL MEETING. 2.1. Competence. 2.2. Rule qualification. 2.3. Constitutional basis. 3. LEGAL GAP. 4. CONCLUSION. 5. BIBLIOGRAPHY.

DEOLINDA MEIRA, Some questions on the criteria for determining the amount of the right to reimbursement of heirs in a situation where the position of the cooperator is unable to be transferred mortis causa. Comments on the decision of Lisbon Court of Appeal on the 26th June 2019 (procedure n. 236/18.8T8t-vd.11) 175-193

CONTENTS: 1. PRESENTATION OF THE LITIGATION. 2. COMMENTARY. 2.1. The rights of heirs in a situation where it is impossible to transfer the position of cooperator Mortis causa. 2.2. The necessary resolution of the general meeting to establish the right to patronage refunds. 2.3. The increase in the amount of reimbursement from the allocation of reserves. 3. CONCLUSION.

II.2.1. ANNOTATIONS (PORTUGAL)

MANUELA DA SILVA PATRÍCIO, May private social solidarity (IPSS) assume the status of contracting entities, under the terms and for the purposes of the provisions of article 2, paragraph 2, point a), of the Public Contracts Code (CPP) and by this reason be subject to the jurisdiction of the administrative courts? Anotation to the decision of the Central Administrative Court South, of October 10, 2019. 197-204

ANDRÉ ALMEIDA MARTINS, General assemblies of delegates: Compatibility between cooperatives democratic member control and organisational efficiency. Commentary to the decision of the Supreme Court, March 28, 2019. 205-211

II.2.2. ANNOTATIONS (SPAIN)

ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS, Responsibility of the banking entity for failure to fulfil the legal duty to guarantee the return of deposit paid for the purchase of

a property. Commentary of the judgement number 384/2019 of the Provincial Audience of Burgos, which took place the 29 th of July of 2019	215-221
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ, The principle of open doors: A voluntary withdrawal cannot be tacily classified as improced. (Annotations to the SAP of Zaragoza December 18, 2019)	223-230
M. ^a JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ, Administration of fact and prescription of civil liability actions. (Annotations to the SAP of Salamanca (Section 1). Judgment No. 434/2019 of September 16, 2019)	231-238
SARA LOUREDO CASADO, The difference between the reimbursement of social contributions and the cooperative return. (Annotation to the Supreme Court Sentence 126/2020 of 02/26)	239-246
SINESIO NOVO FERNÁNDEZ, Scope of cooperatives Law 27/1999. (Annotation to the judgement of the Court of Appeal of Asturias, January 13 2020)	247-251
JULIO COSTAS COMESAÑA, Liability of the cooperative members for the losses of cooperative (a brief comment on the judgment of the High Court of Justice of Navarra, July 2 2019).	253-265

III CHRONICLES

ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Comment to the Law 11/2019, December 20 th , that modifies and updates the regulation by which the cooperative regulation in the Autonomous Community of the Basque Country is amended and updated	269-274
CONTENTS: 1 BACKGROUND. 2.THE LAW OF COOPERATIVES OF THE BASQUE COUNTRY 11/2019. FROM DECEMBER 20. 3.FINAL REFLECTIONS.	
FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ, Annotation to Decree 208/2019, of October 22, which approves the regulation of Legislative Decree 2/2014, of August 29, which approves the consolidated text of the Law of Cooperatives of Aragón.	275-280
AUGUSTA FERREIRA, BRÍZIDA TOMÉ E DEOLINDA MEIRA, Transparency in the social economy. the TFA project.	281-286
IFIGENEIA DOUVITSA, The legal recognition of social and solidarity economy in Greece: A brief presentation and commentary of the general provisions of L. 4019/2011 and L. 4430/2016.	287-301

I DOCTRINA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 42 (2019-2020), páxs. 25-56
ISSN: 2660-6348

INTERNATIONAL COOPERATIVE LAW.
UTOPIA, REALISTIC UTOPIA OR REALITY?

HAGEN HENRY*

Recepción: 6/7/2020 - Aceptación: 9/10/2020

* Adjunct Professor of Comparative Law and Research Director at the University of Helsinki (Finland).
Email: hagen.henry@helsinki.fi.

ABSTRACT

The article explores the question whether national cooperative law makers are bound by international cooperative law. May states, because of their sovereignty, at all be bound by international law? May recommendations of international organizations in general and in particular the Promotion of Cooperatives Recommendation, 2002, of the ILO (ILO R. 193) create such an obligation? Mainly based on the arguments of the democratic legitimacy of this recommendation and its character as an “auxiliary” instrument to fulfill legally binding obligations as concerns sustainable development, the article concludes that the ILO R. 193 creates such an obligation. Because of the principle of diversity as a source of sustainable development, it is important, however, to limit this obligation to the translation of the universally agreed upon cooperative principles into legal rules, as indicated specifically by Paragraph 10 of the ILO R. 193.

KEYWORDS: International cooperative law; cooperative principles; cooperative law.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. PARAGRAPH 10. (1) OF THE PROMOTION OF COOPERATIVES RECOMMENDATION, 2002, OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – THE LEGAL OBLIGATION TO TRANSLATE THE COOPERATIVE PRINCIPLES INTO LEGAL RULES. 2.1. The power of the ILO to set standards on cooperative law-making. 2.2. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 – the legal obligation to translate the cooperative principles into legal rules. 2.2.1. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 as a source of international cooperative law according to Article 38 of the International Court of Justice. 2.2.2. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 as a separate source of international law. 2.2.3. The 1995 ICA Statement on the cooperative identity as a source of international law. 2.2.4. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 as a connex obligation to other legal obligations under international law, especially the nascent international law on sustainable development. 2.3. The effectiveness of the obligation under Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193. 3. THE CONTENT OF PARAGRAPH 10. (1) OF THE ILO R. 193. 4. CONCLUSION. 5. BIBLIOGRAPHY.

*Utopia, a world that will come
if we give legal reasons why it must come*

1 INTRODUCTION

“Currently, the Country of Curaçao is ready to start with the development process of a law on cooperatives”,¹ the République Démocratique de Madagascar and the Republic of Tajikistan are revising their cooperative laws. These are three random cases from different parts of the world concerning national cooperative law-makers. May they freely decide or are they legally bound to give their texts a certain content?

These cases are practical examples of the general question whether national law-makers may at all be bound by what we call international law² and of the particular question whether they are bound by an international cooperative law.³

¹ Information by the Ministry of Economic development of the Country of Curaçao, 18.6.2020.

² The term “international law” stands also for terms like “public international law”, “Völkerrecht”, “droit (public) international”, “derecho (público) internacional” and others. The scopes of these terms might not necessarily be congruent, nor are they used consistently by authors, not even by those belonging to the same legal tradition.

³ Some regional organizations do also have the power to make cooperative law, for example the Organization for the Harmonization in Africa of Business Law (OHADA), the East African Community (EAC), the African Union (AU), the Mercado Común del Sur (Mercosur) and others. As the relationship between them and international law differs from the one dealt with here, these cases are not included.

This article is to shed light on these questions. I have previously dealt with them.⁴ The objective of the article is to demonstrate more rigorously⁵ that according to Paragraph 10. (1) of the Promotion of Cooperatives Recommendation, 2002, of the International Labour Organization (ILO R. 193) national legislators have to translate the cooperative principles as enshrined in the ILO R. 193⁶ into legal rules regulating the organizational aspects of cooperative enterprises (cooperative law). Paragraph 10. (1) of ILO R. 193 reads: “Member States should adopt specific legislation and regulations on cooperatives, which are guided by the cooperative values and principles set out in Paragraph 3, and revise such legislation and regulations when appropriate.”⁷

To many the objective of the article is utopian. Aren’t “recommendations”, “directives”, “resolutions”, “declarations”, “decisions” and texts with similar names⁸ - to cite Politakis and Markov⁹ - the “maillon faible du système normatif [the weak element of law]”? Their sharing with international law in general the

⁴ See for example HENŘY, H., ‘Guidelines for Co-operative Legislation’, Review of International Co-operation, Vol. 94, no. 2 (2001), pp. 50-105; IDEM, *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd revised ed., Geneva, International Labour Organization, 2012; IDEM, ‘Public International Cooperative Law: The International Labour Organization Promotion of Cooperatives Recommendation, 2002’, DANTE CRACOGNA, ANTONIO FICI AND HAGEN HENŘY (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013, pp. 65-88; IDEM, ‘The Contribution of the ILO to the Formation of the Public International Cooperative Law’, SANDRINE KOTT AND JOËLLE DROUX (eds.), *Globalizing Social Rights. The International Labour Organization and Beyond*, ILO Century Series, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 98-114.

⁵ I am particularly grateful to Dr. Alejandro Darío Marinello who during the Congreso Continental de Derecho Cooperativo at San José/Costa Rica (20-22 November 2019) pointed to some inconsistencies in my argumentation. See his written contribution to the Congress (“Acerca de la naturaleza del “Derecho Internacional Público Cooperativo” y de su valor jurídico para los ordenamientos internos”. Preparatory material of the Congress, 49-65).

⁶ Generally, the words “cooperative principles” refer either to the principles laid down in the 1995 Statement of the International Cooperative Alliance on the cooperative identity (ICA Statement) or to all parts of that Statement (definition of cooperatives, cooperative values and cooperative principles). This latter meaning reflects the link which the ICA Statement establishes between its three parts. While the ILO R. 193 integrates most of these three parts of the ICA Statement, it does so with some modifications and it does not mention the link between the three parts of the ICA Statement. These differences between the ICA Statement and the ILO R. 193 will be dealt with in more detail under Point III.

⁷ A similar, but less precise formulation of the same “obligation” may be found in Paragraph 6 of the ILO R. 193.

⁸ As for the various terms used, see for example CABRA, M., ‘Valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales’, *Derecho Internacional Contemporáneo*, pp. 139-159 (142).

⁹ POLITAKIS, G. ET MARKOV, K., ‘Les recommandations internationales du travail: instruments mal exploités ou maillon faible du système normatif [International recommendations on labour: instruments not made sufficiently use of or weak elements of law]’, *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l’avenir. Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos*, Genève, Bureau International du Travail, 2004, pp. 497-525.

lack of a centralized and institutionalized enforcement mechanism does not make them stronger. But what if they are - to cite the other half of the question Politakis and Markov raise - “instruments mal exploités [instruments of which we do not make sufficiently use]? If that can be demonstrated, then the objective of this article could at least qualify as a realistic utopia. The reality of binding international cooperative law in the form of Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 will disclose as we depart from a state-centric notion of law,¹⁰ as we renounce contradicting ourselves by denying effectiveness to a norm of international law on the ground of its lacking a criterion which is inbuilt in international law, namely a missing centralized and institutionalized enforcement mechanism,¹¹ and as we gradually correct our view of international law merely being a means to prevent conflicts and restore peace. Under the Charter of the United Nations (UN Charter) the member states of the UN have the obligation to work (together) on laying the ground for peace (positive peace).¹²

¹⁰ For many a fait accompli. See for example ARNAUD, A-J-, *Entre modernité et mondialisation [Between modernity and globalisation]*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1998; CASSESE, S., *Il diritto globale, Giustizia e democrazia oltre lo stato [Global law. Justice and democracy beyond the State]*, Torino, Einaudi, 2009; CATANIA, A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale [The Metamorphosis of law. Decision and norm in the global era]*, Roma-Bari, Laterza, 2008; FARIA, J., *El derecho en la economía globalizada [Law in the global economy]*, Madrid, Trotta 1999; FERREIRA DA CUNHA, P., ‘Claves del pensamiento jurídico en el siglo XXI: los desafíos [Keys to legal thinking in the 21st century: challenges]’, JOSÉ CALVO GONZÁLES, CRISTINA MONEREO ATIENZA (coords.), *Filosofía jurídica y siglo XXI. Ocho panoramas temáticos*, Málaga, Universidad de Málaga, 2004, pp. 43-56 (50 f.); MUTIZ, P., *Globalización del derecho [Globalization of law]*, Bogotá, Ibañez, 2010, pp. 32 f.; PASCUAL, C., *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional [World law. The struggle for international law]*, Madrid, Trotta 2015, especially on p. 246.

The question is being discussed under the term “legal pluralism” The term has been used prominently in legal anthropology (see for example Griffith) to signify the validity and effectiveness of non-state law alongside the law of the colonial powers imposed on the colonies. But it was not restricted to situations of colonialism. See for example the works of Jean Carbonnier, George Gurvitch and Sinzheimer.

For the recent discussion of “legal pluralism”, see MUTIZ, op. cit. See also contributions in: Cahiers d’Anthropologie du droit (2003): Les pluralismes juridiques, Paris, Karthala.

¹¹ As for enforceability not being a criterion for the validity of international law, see for example HART, H., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press 1961.

¹² See Preamble, Article 55 et passim of the UN Charter.

The conception of international law has added several layers to the meaning it had taken as from the Treaty of Westphalia. From being conceived as a means to ensure the peaceful co-existence of states to being a means of cooperation. Some see the need for the constitutionalization of international law. For example FERRAJOLI, L., ‘Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global [Beyond sovereignty and nationality; a global constitutionalism]’, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (1998), pp. 173-184; STOLL, P-T., ‘Koordination, Kooperation und Konstitutionalisierung im Völkerrecht [Coordination, cooperation and constitutionalization]’, WERNER HEUN UND FRANK SCHORKOPF (eds.), *Wendepunkte der Rechtswissenschaft*, Göttingen, Wallstein, 2014, pp. 273- 296.

Before concluding (IV) the article will develop arguments which are to demonstrate that under Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 national legislators have the legal obligation to translate the cooperative principles into legal rules (II) and specify the content of this obligation (III).

The article does not claim to make a contribution to the theory of international law.¹³ It rather suggests including a missing piece in the debate on the effects of international law on national law-making, namely Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193.

2 PARAGRAPH 10. (1) OF THE PROMOTION OF COOPERATIVES RECOMMENDATION, 2002, OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – THE LEGAL OBLIGATION TO TRANSLATE THE COOPERATIVE PRINCIPLES INTO LEGAL RULES

This part deals with the question of whether the ILO has the power to set standards on cooperative law-making (1.), whether Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 establishes a legal obligation for national law-makers to translate the cooperative principles into legal rules (2.) and whether this obligation is effective (3.).

2.1. The power of the ILO to set standards on cooperative law-making

With reference to Article 1, Section 1., in connection with Recital 2 of the Preamble of its Constitution, the ILO is commonly seen as that specialized organization of the “UN family” that may (only) set standards¹⁴ that regulate the “conditions of labour” (labour standards). The overwhelming practice of the ILO to set labour standards of this kind is held to exhaust its standard setting power. The power of the ILO to set standards on cooperative law-making is given, if cooperative law is part of labour law, if it can be based on an (unopposed) practice of the ILO or if its Constitution does not limit the standard setting powers of the ILO to labour standards.

Rather frequently the relationship between the members and all types of cooperatives is qualified as labour relationship. However, not even in worker

¹³ General works on international law abound. See for example Kennedy, David (multiple); KLABBERS, J., *International Law*, Cambridge et al., Cambridge University Press, 2013; Alain Pellet (multiple). See for example ALAIN PELLET, P. DAILLIER AND M. FORTEAU, *Droit international public [International law]*, 8th ed., Paris, Librairie de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 2009; SHAW, M., *International Law*, last edition 2017; VERDROSS, ALFRED/BRUNO SIMMA, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis [literally: Universal Jus Gentium. Theory and Praxis]*, 3rd ed. Berlin, Duncker & Humblot, 2010. For a critical discussion of latest developments, see for example PASCUAL, op. cit.

¹⁴ In the language of the ILO (Constitution) “standards” signify legal rules.

cooperatives the relationship between the members and the cooperative qualifies as a labour relationship.¹⁵

As concerns practice, the ILO has only once set such a standard prior to R. 193, namely R. 127, the Co-operatives (Developing Countries) Recommendation, 1966.¹⁶ A singular case, in addition not addressed to all member states, may not qualify as practice.¹⁷ The further question whether (unopposed) practice may be recognized as a sufficient basis for standard setting need henceforth not discussing.

The power to set such standards may however be derived from the ILO Constitution. It is at least noteworthy that during its 2001 and 2002 sessions, which eventually led to the adoption of R. 193, the International Labour Conference did not debate the question of whether the ILO is empowered to adopt standards on cooperative law-making, as the ILO Constitution does not contain an explicit empowerment to this effect. Its Article 12 Section 3. allows the ILO to consult with "... non-governmental organisations ... of ... cooperators" when creating standards, but it does not empower the ILO to set standards in the sense discussed here. The question is therefore whether cooperative law falls within the general empowerment of the ILO to set standards. Part II (e) of the Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation, annexed to and referred to in Article 1, Section 1. of the Constitution empowers the ILO to "include in its decisions and recommendations any provision which it considers appropriate." Obviously, this wider empowerment allows for measures, which aim to contribute to the overall aim of the ILO which is to achieve "lasting peace [through] social justice" (Recital 1 of the Preamble of the ILO Constitution). Hence, provided cooperative law contributes to social justice, the ILO may set standards on cooperative law-making. The contribution of cooperatives to social justice has been amply recognized. However, a causal effect of cooperative law on social justice may not be established, regardless of whether social justice is

¹⁵ This is not general opinion. The opposing view is however more often than not an expression of the concern that denying the quality of a labour relationship might entail loss of social protection, which it does in many countries. See for an overview, ILO, *Labour Law and Cooperatives. Experiences from Argentina, Costa Rica, France, Israel, Italy, Peru, Spain and Turkey*, Genève, ILO 1995, and ILO, 'Labour law and cooperatives: General observations', *Labour Law and Cooperatives*, Genève, International Labour Office, 1995, despite these reports being rather old. For a court case, see Corte Suprema de Justicia de Argentina in the case Lago Castro, Andrés Manuel c/Cooperativa Nueva Salvia Limitada y otros and the comment on the decision by Prof. Dante Cracogna. Both texts, in: La Ley (t.2010–A) 290 ff.

¹⁶ See Part III of that recommendation.

¹⁷ This statement is not to disregard the intensive work of the ILO, especially its Office, on cooperative development, including cooperative law, since the inception of its activities in 1920 at Geneva. See for an account of these activities the preparatory report by HENŘY, H. (manuscript) to ILO, *The Story of the ILO's Promotion of Cooperatives Recommendation, 2002 (No.193). A review of the process of making ILO Recommendation No. 193, its implementation and its impact*, Geneva, ILO, 2015, available at: http://www.ilo.org/empent/units/cooperatives/WCMS_371631/lang--en/index.htm

seen as an inbuilt part of the objective of cooperatives or whether one¹⁸ defends the thesis that the most effective contribution of cooperatives to social justice is their “[meeting the] common economic, social and cultural needs ...”¹⁹ of their members. Law is not a mechanical tool, but it is a (potential) means to pursue policy goals.²⁰

The unnecessary attempt to qualify cooperative law as labour standard, instead of understanding the width of the standard setting powers of the ILO, is all the more counterproductive as it tends to obstruct the view on the diminishing capacity of those institutions which hitherto have been the most efficient in catering for social justice, namely the labour market partners and the welfare-state. The factors of globalization do not allow them to do so to the same extent in the future.²¹ Other actors, foremost enterprises, have to fill the gap.

Having established the power of the ILO under its Constitution to set standards on cooperative law-making, we must now turn toward the question of whether Paragraph 10. (1) of ILO R. 193 establishes a legal obligation of national law-makers to translate the cooperative principles into legal rules.

2.2. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 – the legal obligation to translate the cooperative principles into legal rules

This part must be read bearing in mind the following three points. Firstly, the question of whether Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 establishes the legal obligation to translate the cooperative principles into legal rules must not be confused with the question of whether the ILO R. 193 belongs to the realm of law. Article 19, Section 6. of the ILO Constitution creates certain obligations for the member states of the ILO once a recommendation is adopted. By becoming a member of the ILO, states agree to these obligations. Secondly, this part of the article deals with the legal validity of Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193. Legal validity must not be confused with effectiveness in the sense of enforceability. And, as alluded to already, enforceability through a centralized institution is not a condition of the possible legal validity of Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193.

¹⁸ For a thorough foundation of the latter argument, see PICKER, C., *Genossenschaftsidee und Governance [The cooperative idea and governance]*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.

¹⁹ Citation of part of the definition of cooperatives as enshrined in the ICA Statement and in Paragraph 2 of the ILO R. 193, to which the cooperative principles refer.

²⁰ See HENRÝ, H., ‘Where is law in development? The International Labour Organization, cooperative law, sustainable development and Corporate Social Responsibility’, *Governance, International Law & Corporate Social Responsibility*, Geneva, International Institute for Labour Studies, 2008, pp. 179-190.

²¹ “Factors“, namely the technology behind the digitalization. See HENRÝ, H., ‘Reflexiones en torno al derecho cooperativo desde una perspectiva global - en homenaje a Dante Cracogna [Reflections on cooperative law from a global perspective - homage to Dante Cracogna]’, (forthcoming).

The various theories on the enforceability of international law²² concern mainly its relationship with national law. Hence they presuppose its legal validity. The question of effectiveness will be discussed further under Point II 3. Thirdly, the arguments presented are limited to what the title of this part indicates, namely to the question of whether Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 contains a legal obligation of national law-makers to translate the cooperative principles into legal rules. Thus, they do not deal with the entire recommendation or with recommendations of the ILO in general, let alone with similar instruments of other international organizations. This limitation builds on a turn in the discussion on the relationship between international law and national law (making). This discussion used to consider national and international law as legal systems or it considered classes of instruments of an international organization and their effects on national law (making). Now it also considers trans-border fields of law with their own ways of creating and implementing (legal) norms (autonomous fields of law)²³ in their relationship with national law (making).²⁴

The arguments, which are to demonstrate that Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 establishes indeed the legal obligation to translate the cooperative principles into legal rules, will be presented in four steps. The first one consists in asking whether this Paragraph qualifies as a legal source according to Article 38, Section 1. of the Statute of the International Court of Justice (ICJ) (2.1); the second step discusses whether “recommendations”, “decisions”, “guidelines” etc. of international organizations may constitute a source of international law in addition to those listed in the Statute of the ICJ (2.2); the third step considers whether the 1995 International Cooperative Alliance Statement on the cooperative identity (ICA Statement)²⁵ qualifies as a source of international law (2.3); and the fourth step explores whether Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 is a necessary element for the effective materialization of other international legal obligations (2.4).

Proceeding in steps is no more than a didactical tool to represent one “thing”. It is to indicate that none of the steps might be conclusive by and of itself and

²² The main ones being the dualist and the monist.

²³ Such as trade law, IT law, etc.

²⁴ In international law this is being discussed under the notion of “fragmentation”. For a critical overview of the various aspects of fragmentation of international law, see the doctoral thesis by MARTINEAU, A.-C., *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international [A critical analysis of the debate on the fragmentation of international law]*, Helsinki, University of Helsinki, 2014. And the ample work of Martti Koskenniemi. For a critique of the concept of fragmentation, see TUORI, K., ‘The Law’s Farewell to the Nation State?’, *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 19 (2008), pp. 295-327.

²⁵ *International Co-operative Review*, Vol. 88, no. 4 (1995), pp. 85 f. Also available at: <http://ica.coop/en/whats-co-op/co-operative-identity-values-principles>

that any of these steps might be discussed as part of any other one. Overlaps and repetitions are unavoidable. Proceeding by steps applies an idea on the creation of international law according to which a bundle of acts, that individually might not suffice, may densify and constitute a legal obligation.²⁶

2.2.1. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 as a source of international cooperative law according to Article 38 of the International Court of Justice

The sources of international law according to Article 38, Section 1. of the Statute of the International Court of Justice (ICJ) are

- a. “international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.”²⁷

Of these four sources of international law²⁸ the first one may be excluded. Given the distinction between “Conventions” and “Recommendations” in Article 19, Section 1 of the ILO Constitution, recommendations of the ILO are not conventions in the sense of treaties.

As concerns the second source, the wording “international custom, as evidence of a general practice accepted as law” allows for two interpretations. “International custom” could refer to a repeated international behavior “as evidence of a general practice”. Indeed a repeated commitment by states to translate the cooperative principles into legal may be observed.²⁹ However, the choice of the legal instruments demonstrating this commitment, especially the choice of a recommendation instead of a convention in the case of the ILO, might be seen - albeit falsely so, as we shall demonstrate - as an explicit expression against the acceptance of such

²⁶ I have used this argument in a one of my previously mentioned contributions, namely in ‘The Contribution of the ILO to the Formation of the Public International Cooperative Law’, op. cit. See also KISCHEL, U., *Rechtsvergleichung [Comparative Law]*, München, Beck, 2015, p. 952 with further references.

²⁷ Any of the mentioned (see footnote 13) general publications on international law deals extensively with the dogmatic aspects of these sources of law.

²⁸ More precisely: litt. a., b. and c. are sources of international law, lit. d. indicates a way the ICJ may use to determine rules of international law.

²⁹ I refer to my previously mentioned publications (see footnote 4, especially the *Guidelines for Cooperative Legislation*). To be mentioned especially the adoption in 2001 of the United Nations Guidelines aimed at creating a supportive environment for the development of cooperatives, which contain detailed Paragraphs (9.-16.) on cooperative law.

commitment “as law”. The other possible interpretation is that a possible general practice to translate the cooperative principles into legal rules could be seen as evidence of an international custom. A growing number of national and regional cooperative laws do translate the cooperative principles, while others refer at least to the cooperative principles.³⁰ This is “evidence of a practice”. However, it might not qualify as “evidence of a general practice”, as in both cases this translation pertains to laws on cooperatives only, but not sufficiently to other areas of law³¹ which, together with the law on cooperatives, constitute cooperative law in the wider sense and which continue to be “companized”.³²

Concerning the third source of international law according to Article 38, Section 1. of the Statute of the ICJ – “general principles of law recognized by civilized [33] nations” – the question is whether there is a general principle in the national laws which would support the argument that Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 obliges legislators to translate the cooperative principles into legal rules. Put in this manner, the question must be answered to the negative. However, similar to the argument developed under Point II 2.4 one might consider cooperative law as a means to materialize the general legal principles of “democracy”, “equality”

³⁰ For examples see the Introductory chapters of the country reports in CRACOGNA, FICI AND HENŘY (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, op. cit.; the results of the ICA Legal Framework Analyses, at: www.ica.coop and HENŘY, H., ‘Genossenschaftsrecht – international [Co-operative Law - International]’, J. BLOME-DREES, N. GÖLER VON RAVENSBURG, A. JUN-GMEISTER, I. SCHMALE, F. SCHULZ-NIESWANDT (eds.), *Handbuch Genossenschaftswesen*, Wiesbaden, Springer VS 2020

DOI https://doi.org/10.1007/978-3-658-18639-5_42-1; online ISBN 978-3-658-18639-5

³¹ See on “companionization” and “convergence”, HENŘY, H., ‘Quo Vadis Cooperative Law?’, CCIJ Report No. 72 (2014), pp. 50-61 (in Japanese; original in English); IDEM, ‘Reflexiones en torno ...’, op. cit. On “companionization”, see VILLAFANEZ PEREZ, I., ‘Algunas reflexiones en torno a la necesidad de integrar la perspectiva cooperativa en el estudio y desarrollo del ordenamiento jurídico [Some reflections on the necessity to integrate the perspective of cooperatives in the study and development of cooperative law]’, H. HENŘY, P. HYTINKOSKI AND T. KLÉN (eds.), *Co-operative Studies in Education Curricula. New Forms of Learning and Teaching*, Mikkeli and Seinäjoki/Finland. University of Helsinki/Ruralia Institute Publications No. 35 (2017), pp. 54-71. Both with ample further references.

³² For such wide scope of the term “cooperative law”, see HENŘY, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, op. cit., Box 2. This definition of cooperative law reflects hence a wide notion, one which comprises not only the cooperative law proper (law on cooperatives), but also all other legal rules which shape this institution and regulate its operations. The following areas, which are most likely to have this quality in any legal system, need mentioning: labor law, competition law, taxation, (international) accounting/prudential standards, book-keeping rules, audit and bankruptcy rules. This systemic view is also reflected in Chapter III of ILO R. 127. It is to be complemented by considering implementation rules and praxes, for example prudential mechanisms, audit, and registration procedures and mechanisms. It also includes jurisdiction as well as law making procedures and mechanisms.

³³ The member states of the UN might consider deleting the prejudice-laden term “civilized”.

and “solidarity”. They are legal principles in international law³⁴ and in a great number of national (constitutional) laws.³⁵ Paragraph 3. (a) of the ILO R. 193 lists them as values. Central to our debate is the legal principle of solidarity. As *obligatio in solidum* it finds its expression for example in the three-fold objective of cooperatives according to the definition enshrined in Paragraph 2 of the ILO R. 193, in mutual cooperative inter-bank guarantee funds and in the distribution of overhead costs of a cooperative in proportion to the transaction of the individual member with the cooperative and not as a part of the actual costs per member, in the indivisibility of the reserve fund as an expression of inter-generational solidarity etc.³⁶ Cooperative law that translates the cooperative principles institutionalizes/materializes³⁷ solidarity.

Finally, concerning “judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations” as a source of international law, there are close to no “teachings” (publications) and only very few court cases, which consider the cooperative principles as legally relevant for cooperative law-making.³⁸

³⁴ See for example the Preamble of the ILO R. 193 and a great number of UN resolutions, for example UN Res. XXVI on the Rights and Obligations of States. See also BUDE, H., *Solidarität. Die Zukunft einer grossen Idee [Solidarity. The future of a great idea]*, München, Hanser, 2019; RODOTÀ, S., *Solidarietà. Un’utopia necessaria [Solidarity. A necessary utopia]*, Roma, GEDI, 2017. In her seminal oeuvre *Les forces imaginantes du droit [The intellectual/imaginative forces of law]*, 4 volumes, Paris, Seuil, 2004-2011, MIREILLE DELMAS-MARTY develops the principle in numerous contexts.

³⁵ To be verified by comparative studies.

³⁶ Further examples in HENŘY, H., ‘Quo vadis ...’, op. cit.

³⁷ Different disciplines understand different things by the word “institution”. Douglass North stands for the economists’ view. William Barnes and Roger Granger are representative of the lawyers’ view. Among the many definitions of “institution” the one by North seems to be the most widely known. He writes: Institutions are “humanly devised constraints that structure political, economic, and social interactions. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions and codes of conduct) and formal rules (conventions, laws, property rights).” See NORTH, D., ‘Institutions’, *Journal of Economic Perspectives* (1991), pp. 97 f. I follow the more juridical definition proposed by Granger. He writes: « L’institution peut être définie comme le regroupement de règles de droit, agencées selon un certain esprit, autour d’une idée ou fonction centrale dont elles sont les instruments de réalisation. ». See GRANGER, R., ‘Problèmes généraux du mouvement coopératif dans les pays en voie de développement’, *Annales malgaches*, 1, série droit (1963), pp. 149 ff. ; IDEM, ‘La tradition en tant que limite aux réformes du droit’, *Revue internationale de droit comparé* (1979), pp. 37 ff. (44, 106).

³⁸ Listed in HENŘY, H., ‘Public International Cooperative Law’, op. cit.

2.2.2. Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 as a separate source of international law

The sources of international law according to Article 38, Section 1 of the Statute of the ICJ are not the only sources of international law,³⁹ nor do they rank higher than other sources. If the list of sources of international law contained in Article 38, Section 1. of the Statute of the ICJ were exhaustive, then the effectiveness of international law rules would depend entirely on the will of states as according to Article 36 of the Statute of the ICJ states may not be subjected to the decisions of the ICJ against their will. The prominent place the sources of international law listed in Article 38, Section 1 of the Statute of the ICJ occupy here as in general in the literature is due to them being undisputed.

Among the possible sources in addition to those listed in Article 38, Section 1 of the ICJ Statute are foremost normative acts set by international organizations empowered to do so by their member states through treaties. Being based on a treaty, the ILO Constitution, recommendations of the ILO could qualify as secondary “treaties”, similar to the secondary norms of the European Union (EU), derived from the Treaties of the EU. This view would however be difficult to reconcile with the explicit distinction between Conventions and Recommendations in Article 19, Section 1. of the ILO Constitution.⁴⁰

Not considering these acts as a (possible) source of international law would indeed be contradictory, at least in cases where the organization is empowered by the members states to set law. While there seems to be consensus that normative acts of international organizations need considering, there is a debate on the degree of their binding force.⁴¹ The degree of legal binding force will depend on

³⁹ See VIRALLY, M., ‘La valeur juridique des recommandations des organisations internationales’, *Annuaire français de droit international*, Vol. II (1956), pp. 66-96 (reprinted, in : *Le droit international en devenir*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, pp. 169-194). This is not undisputed. Some suggest considering the instruments of international organizations as elements of one of the sources listed in Article 38, Section 1 of the Statute of the ICJ.

⁴⁰ See for example PELLET, A., ‘Le rôle des résolutions des organisations internationales à la lumière de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice’, G. POLITAKIS, T. KOHIYAMA, T. LIEBY (eds.), *Law for Social Justice*, Genève, International Labour Organisation, 2019, pp. 149-160 (154 ff.); G. P. POLITAKIS AND K. MARKOV, op. cit.; VIRALLY, M., op. cit.

⁴¹ For an overview of different opinions, often contradictory in themselves, which are still being discussed, see WHITE, N., *The Law of International Organizations*, 2nd ed., Manchester, Manchester University Press, 2005, especially pp. 168-173. He cites a number of them. For example: ‘those acts have to be considered in good faith’; ‘they are not designed for the creation of obligations, but are essentially guides for national actions’; ‘though formally not binding, ... accepted as law by states’; ‘they have the potential to shape custom ... contributing to an existing source of international law’.

This uncertainty is the reason why the notion of “degree of binding force” is rejected by some, insisting that an act is either legally (and “fully”) binding or it is not legally binding. While this view has the advantage of being clear and might be valid in national legal systems, it ignores the reality of international law “making”, especially the highly complex “growing” of rules of international law

three circumstances: firstly, on the type of instrument a specific international organization is empowered to adopt and has adopted in a specific case; secondly, on the democratic legitimacy of the decision underlying the instrument; and thirdly, on the extent to which the empowerment or its concrete exercise impacts the sovereignty of the member states of that particular international organization, which in turn will depend on the content of the act in question.⁴²

Concerning the first circumstance, and as already discussed, the distinction made in Article 19, Section 1. of the ILO Constitution between “Conventions” and “Recommendations” leads to the argument that ILO R. 193 is not legally binding beyond what is specified in Article 19, Section 6. of the ILO Constitution. The question is whether the decision of the International Labour Conference to adopt a recommendation (R. 193), instead of a convention, because it was of the opinion that only a recommendation would “meet circumstances where the subject or an aspect of it, dealt with is not considered suitable or appropriate at that time for a Convention” (Article 19 Section 1. of the ILO Constitution) implies a decision to limit the obligations of the member states ensuing from the adoption of the recommendation to those specified in Article 19, Section 6. of the ILO Constitution. If this were the case, then recommendations of the ILO could never be binding, nor be considered as an element of one of the sources of international law listed in Article 38, Section 1. of the Statute of the ICJ.⁴³

The opinion that ILO recommendations are not binding beyond the obligations established in Article 19, Section 6 of the ILO Constitution, frequently reduced to stating that recommendations of the ILO are not legally binding, might stem from misunderstanding that *article. Article 19, Section 1. (d) reads*: “apart from bringing the Recommendation before the said competent authority or authorities, no further obligation shall rest upon the Members, except that they shall report to the Director-General of the International Labour Office, at appropriate intervals as requested by the Governing Body, the position of the law and practice in their country in regard to the matters dealt with in the Recommendation, showing the extent to which effect has been given, or is proposed to be given, to the provisions of the Recommendation and such modifications of these provisions as it has been found or may be found necessary to make in adopting or applying them.” *Why would member states have to* (in the sense of a legal obligation) report to the ILO if they had no legal obligation to do what is stated in its recommendations, here in Paragraph 10. (1) of ILO R. 193? The difference between Conventions and

with its many actors, its back and forward movements and its as many failures as successes. An early and still frequently cited proponent of a nuanced view was MICHEL VIRALLY, *op. cit.*

⁴² However “weakened” the sovereignty of states might appear in a globalized world, the importance of states must not be undervalued, not the least for the enforcement of law, notwithstanding its changed and constantly changing role otherwise.

⁴³ See footnote 39.

Recommendations is not the first one being legally binding and second one not. The difference is one of content. If the matters to be regulated can be determined and specified, then they may be included in a convention; if, on the other hand and for whatever reason they cannot (yet), then a recommendation is the appropriate instrument. This is the only difference the ILO Constitution makes in Article 19, Section 1. in terms of the requirements for the adoption of Conventions and Recommendations and the ensuing obligations.⁴⁴

Concerning the second circumstance, the democratic legitimacy of the decision underlying the adoption of ILO R. 193, it is to be considered first of all that according to Article 19, Section 2. of the ILO Constitution there is no difference between a convention and a recommendation in terms of voting and required majority. In addition, a number of issues attest to the high degree of democratic legitimacy of this recommendation. ILO R. 193 was adopted short of four abstentions from unanimity,⁴⁵ surpassing as a unique case in the history of the ILO the requirement of a two thirds majority. Furthermore, the specific nature of the ILO adds to the democratic legitimacy of its instruments. At the International Labour Conference the member states are not only represented by government delegates, but also by delegates representing the employers' organizations and the workers' organizations (Article 3, Section 1. of the ILO Constitution: per member state two government delegates, one delegate for the employers' and one for the workers' organizations). This makes the ILO a tripartite organization with a much wider representation than that of other international organizations. Finally, by integrating the essential⁴⁶ parts of the ICA Statement,⁴⁷ the ILO R. 193 reflects a wide consensus on the identity of cooperatives, which adds to its democratic legitimacy. As its title indicates the ICA Statement enshrines the elements which according to members of the ICA constitute the identity⁴⁸ of cooperatives. This identity has shaped over more than 200 years through practice and it has been the object of systematic theorizing since the foundation of the ICA in 1895.⁴⁹ Being

⁴⁴ Jean-Caude Javillier distinguishes between « obligations de résultat » (conventions) and « obligations de moyens » (recommendations). See JAVILLIER, J.-C., 'Libres propos sur la « part » du droit dans l'action de l'Organisation internationale du Travail', *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir ...*, op. cit., pp. 659-685 (677/78). Indeed, a parallel may be drawn to the difference between EU regulations (ILO conventions) and EU directives (ILO recommendations).

⁴⁵ See <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/pr-23vote.pdf>

⁴⁶ Not all parts. See Part III.

⁴⁷ The definition of cooperatives into Paragraph 2 of the R. 193, the values into Paragraph 3 and the principles into Paragraph 3 and into the Annex to the R. 193.

⁴⁸ "Identity" not to be confused with "essence".

⁴⁹ For the history of the ICA Statement see CANO ORTEGA, C., 'Una perspectiva actual del sexto principio cooperativo: Cooperación entre cooperativas [A new perspective on the sixth cooperative principle: Cooperation among cooperatives]', CIRIEC-España. Revista Jurídica, Vol. 27 (2015), pp. 285-331 (288 ff.).

part of the bylaws of the ICA the ICA Statement is binding on the members of the ICA and indirectly on the members of these members. At the time of the adoption of the ILO R. 193 in 2002 these members numbered ca. 700 million; today they number ca. 1.2 billion.⁵⁰

Concerning the third circumstance, the impact on the sovereignty of the member states – an institutional and a substantial aspect need mentioning. The institutional aspect relates to the ILO being a transnational organization besides being an international organization. According to Article 4, Section 1. of the ILO Constitution the delegates (representing the governments as well as the employers' and workers' organizations) are "entitled to vote individually" i.e. they are not bound by any order they might have received from the body they represent. This is a potential limitation of the sovereignty of the member states. However, this limitation is voluntarily agreed upon through treaty (the Constitution of the ILO). As concerns the substantial aspect of the limitation of sovereignty, Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 does not imply a complete transfer of sovereignty in matters of cooperative law, as is the case for example of the uniform laws on cooperatives of the OHADA and the EAC.⁵¹ As shall be discussed in Part III the content of the obligation established by Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 affords states with a considerable margin of appreciation when it comes to translating the cooperative principles into legal rules.

*2.2.3. The 1995 ICA Statement on the cooperative identity as a source of international law*⁵²

The ICA Statement can be recognized as a source of international law if it falls into one of the categories of non-state law which are gradually being recognized as a source of international law or if it shows traits which do not justify it being treated otherwise than one of these non-state laws.

The ICA is an association under Belgian law with world-wide membership. The ICA Statement forms part of its bylaws. In a private law dispute these might⁵³

⁵⁰ See ICA web-site at <https://www.ica.coop/en/about-us/international-cooperative-alliance>, visited on 24 June 2020.

⁵¹ 2010 Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), at :

<http://www.ohada.com/actes-uniformes-revises/939/acte-uniforme-relatif-au-droit-des-societes-cooperatives.html>

2014 East African Community Cooperative Societies Bill, at: <http://www.eala.org/documents/category/bills/P16>

⁵² Another approach could be to place cooperative law within enterprise law, which might qualify as an autonomous field of law, not the least because of the organizational integration of enterprises into global value chains.

⁵³ To the author's knowledge no such case has been decided yet.

be invoked and applied. The question here is however whether they are to be considered by national legislators as a source of international law. The content of the ICA Statement differentiates it from those autonomous fields of law which are (gradually) being recognized as source in international law. While these regulate activities, the ICA Statement deals with organizational matters of an enterprise type, cooperatives. In addition, while the ICA has its own standard setting mechanisms, it has no autonomous enforcement mechanism as have other autonomous fields of law. The specific trait of the ICA Statement which calls however for its being recognized on par with other non-state laws as is its democratic legitimacy. This argument has been used in connection with the democratic legitimacy of ILO R. 193 (see previous Point). It needs further developing. As mentioned, more than one billion people around the world improve their living conditions through membership in a cooperative. With Kelsen⁵⁴ one may hold that inferring norms from facts is illogical. But one of the functions of law is to balance facts and legal norms⁵⁵ or rather bridge the gap between facts and the autonomy of law⁵⁶ without necessarily bringing them into accord. In addition, the situation is not a purely factual one. Where cooperatives are – be it indirectly – affiliated to the ICA, they are bound by the content of the ICA Statement. The factual situation is thus coupled with a legal standard.⁵⁷ As mentioned, this legal standard has evolved over more than 125 years. It is constantly being reviewed, reinterpreted and reaffirmed by the ICA membership.⁵⁸ Disregarding this circumstance might preserve the presumed independence/autonomy of law from facts, but it cannot but lead to the ineffectiveness of cooperative law inasmuch as cooperatives might have to serve

⁵⁴ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre [Pure theory of law]*, 2nd ed., Tübingen und Wien, Mohr Siebeck und Verlag Österreich, 2017.

⁵⁵ VAN AAKEN, A., 'Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft [A functional theory of legal science for the whole legal science]', MATTHIAS JESTAEDT UND OLIVER LEPSIUS (eds.), *Rechtswissenschaftstheorie [The theory of legal science]*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 79-104.

⁵⁶ An image LOUIS ASSIER-ANDRIEU uses. See his *Le droit dans les sociétés humaines [Law in human societies]*, Paris, Nathan, 1996, p. 38. See also FÖGEN, M., *Das Lied vom Gesetz [The song of law]*, München, Friedrich Siemens Stiftung, 2007. On p. 89 she writes (citing Luhmann): „Das Gesetz des Rechts ist ein Tertium, das sich weder empirisch noch metaphysisch adäquat beschreiben lässt. Ihm genügt ... Geltung [The law of law (right) is a tertium. It cannot be described empirically or metaphysically. It is satisfied with ... validity]”.

⁵⁷ A rule-based social sphere in the sense of GALLIGAN, D.J., *Law in Modern Society*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (especially pp. 182 f.).

⁵⁸ See for example INTERNATIONAL COOPERATIVE ALLIANCE, *Blueprint for a cooperative decade 2011-2020*, available at:

[ica.coop/sites/default/files/media_items/ICA%20Blueprint%20%20Final %20version%20issued%207%20Feb%2013.pdf](http://ica.coop/sites/default/files/media_items/ICA%20Blueprint%20%20Final%20version%20issued%207%20Feb%2013.pdf)

IDEM, *Guidance notes to the co-operative principles*, available at: <http://ica.coop/sites/default/files/attachments/Guidance%20Notes%20EN.pdf>

Idem, Minutes of general meetings.

two masters, the ICA Statement and a cooperative law which does not translate the cooperative principles into legal rules.⁵⁹

2.2.4 Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 as a connex obligation to other legal obligations under international law, especially the nascent international law on sustainable development

The question debated in this paragraph is whether the legally obligatory nature of Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 may be derived from its being a necessary or at least an efficient means to enable states to comply with other legal obligations they have under international law, hence from its being a connex obligation to other existing obligations.⁶⁰ Three of such obligations will be considered here: the obligation to grant freedom of association; the obligation to treat the various enterprise forms equally and the obligation to contribute to sustainable development.

The *freedom to associate* is a human right of individuals and entities enshrined in Article 22, Section 1 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights.⁶¹ Cooperative law which does not translate the cooperative principles into legal rules contravenes this freedom in cases where cooperatives are bound by the ICA Statement and to the extent the cooperative law does not allow cooperatives to reflect the cooperative principles in their byelaws.

The *principle of equal treatment* is a principle of international law; it is enshrined in the same human rights Covenant.⁶² The wide-spread “companization” of cooperatives, i.e. the approximation of their legal features with those of capitalistic companies, and “convergence”, i.e. measures which tend to streamline the governance structures of all forms of enterprises,⁶³ infringe upon this principle.

The “companization” and “convergence” measures also disregard the concept of *sustainable development*, which has been recognized by the ICJ since 1997 as

⁵⁹ Independence/autonomy must not mean detachment from sociological facts. See CRACOGNA, D., *Estudios de derecho cooperativo [Studies in cooperative law]*, Buenos Aires, Intercoop Editora, 1967.

⁶⁰ I previously discussed and wrongly rejected this possibility. See especially HENŘY, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, op. cit., p. 51. For a convincing argumentation to the contrary (concerning the relationship between the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights, see the reference to the work of Ted Meron in DECAUX, E., *Droit international public [International law]*, 2nd ed., Paris, Dalloz, 1999, p. 47, where he describes the Universal Declaration as a “second degree treaty”.

⁶¹ UN General Assembly Resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entered into force on 23 March 1976.

⁶² Article 26. See also Paragraph 7. (2) of the ILO R. 193.

⁶³ See supra at footnote 31.

a *concept of international law*.⁶⁴ The recognition of sustainable development as a concept of international law signals and requires a number of radical paradigmatic shifts, to which law has yet to adjust to and which justify the opinion that Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 is indeed legally binding. *The first shift* is from partial to holistic approaches in development. It shows in the concept of sustainable development itself. The concept englobes four aspects: economic security, environmental balance, social justice and political stability.⁶⁵ Being aspects, they are mutually interdependent and regenerative. This means that failure to act on one or all at the same time puts the concept at risk. *The second shift* is from universality to diversity. It requires shifting from “doing business” on a set of highly standardized criteria, as if that were unconditioned, to focusing on preserving the basis of “doing business”. This basis is the principle behind (sustainable) development, namely diversity, in its two interdependent aspects, biological diversity and cultural diversity,⁶⁶ including a diversity of enterprise forms. In that sense, “convergence” measures defeat their own rationale, which is to make the economy more resilient. *The third shift* is one from national to local and global. As one of the four aspects of sustainable development relates to nature and is per se global, and given the inter-linkage of all of them, a global approach is required.⁶⁷ *The*

⁶⁴ For the history of the concept see BEKHECHI, M. A., ‘Quelques notes et réflexions sur le statut du droit international du développement durable [Some notes and reflections on the status of the international law on sustainable development]’, MOHAMMED-JALAL ESSAID (sous la dir.), *Variations sur le système international. Mélanges offerts en l’honneur du Professeur Mohamed Lamouri*, Casablanca, Najah Al Jadida, 2010, pp. 107-137; HENRÝ, H., ‘Sustainable Development and Cooperative Law: Corporate Social Responsibility or Cooperative Social Responsibility?’, *International and Comparative Corporate Law Journal* Vol.10, Issue. 3 (2013), pp. 58-75.

⁶⁵ Names given to these aspects do vary. Often “political stability” is not mentioned. I am inspired by the biosphere idea of Jacques Grinevald. See for example his *La Biosphère de l’Anthropocène. Climat et pétrole, la double menace. Repères transdisciplinaires (1824-2007) [The biosphere of the anthropocene. Climate and oil, the double threat. Transdisciplinary points of reference]*, Genève, Georg, 2007.

⁶⁶ While the vital importance of the principle of biological diversity (see for example WILLOUGHBY, J. ET AL., ‘The reduction of genetic diversity in threatened vertebrates and new recommendations regarding IUCN conservation rankings’, *Biological Conservation* 191 (2015), pp. 495-503) is almost general knowledge, that of cultural diversity is hardly recognized, despite the growing evidence that economies with diverse forms of enterprises seem to be more resilient against market and other shocks. See for example BURGHOF, H-P., ‘Vielfältiges Bankensystem besteht die Krise [A diverse banking system resists the crisis]’, *Wirtschaftsdienst* 2010/7, pp. 435 ff.; GROENEVELD, H., ‘The Value of European Co-operative Banks for the Future Financial System’, JOHANNA HEISKANEN, HAGEN HENRÝ, PEKKA HYTINKOSKI AND TAPANI KÖPPÄ (eds.), *New Opportunities for Co-operatives: New Opportunities for People*. Proceedings of the 2011 ICA Global Research Conference, Mikkeli and Seinäjoki/Finland. University of Helsinki/Ruralia Institute Publications No. 27 (2012), pp. 185-199.

⁶⁷ For an overview and critique of epistemological traps, which might hinder us to see this, it might be worthwhile re-reading, not only HANS-GEORG GADAMER, especially his *Wahrheit und Methode [Truth and Method]* and RAYMOND, M., *Le sens de la qualité [The sense of quality]*, Boudry-Neuchâtel, La Baconnière, 1948, but also SNOW’s *Two Cultures and the Scientific Revolution*

fourth shift is one which concerns the morphology of enterprises: hitherto they resembled the classic Greek theatre with its coming together of actors, time and place. With globalization actors disperse, time and place have become irrelevant for the production.⁶⁸ Enterprises of all forms integrate ever more intensively into trans-border global value chains, not only operationally but also organizationally. Private and public entities fuse in new type of socio-economic organizations and chains of permanent entities metamorphose into ephemeral global networks of actors, where the positions of producer and consumer fuse. Forms of enterprises de-form.⁶⁹ Economic activities have become trans-border phenomena.

In this context cooperative law, understood as the translation of the cooperative principles into legal rules, may serve a double purpose: It may regenerate the principle of diversity and it may provide a mechanism to regenerate social justice as the central aspect of sustainable development.

As mentioned, *diversity*, including a diversity of enterprise forms is vital; it is the source of (sustainable) development. Reducing this diversity through “companization” and “convergence” measures is not an argument for the preservation of the cooperative identity. As with biological diversity, the disappearance of a given species is no proof of diversity being at risk, as new species might appear and do appear. But apart from this being uncertain, hence forcing us into a choice between several actions in a situation of uncertainty, the criteria to make this choice are not the same concerning the two aspects of diversity. Biological diversity seems to be innate in nature, whereas cultural aspects seem to tend toward uniformity. At least they have tended toward uniformity during the past two centuries. And again: The real world of cooperatives must not be disregarded. Effective and efficient organizations build and rebuild on a trias of experience, knowledge/know-how and tradition. The centrality of *social justice* among the four aspects of sustainable development may be demonstrated schematically in the following way: social injustice puts political stability at risk;⁷⁰ political instability puts

⁶⁸ As they have for many other (social inter)actions. See contributions in: CALABRÒ, A. (a cura di), *Frontiere*, Milano, Il Sole 24 ORE, 2001.

⁶⁹ The reasons Coase gave for enterprises to be established (“firms” in his words) might (have) vanish (ed). See COASE, R., ‘The Nature of the Firm’, *Economica*, 4 (16) (1937), pp. 386-405.

This evolution brings additional general challenges for lawyers. Because of their diffusion/dissipation and total anonymization, responsibilities need readjusting; as do labour law, tax law and possibly other areas. It also requires regulating democratic participation in a situation where the five-fold control risk of cooperatives caused by an information and knowledge gap between the members and the general assembly, the members and the surveillance committee, the surveillance committee and the board, the board and the administration and between the administration and the employees worsens through the association of stakeholders and the mixing of private and public entities in new type of cooperative organizations.

⁷⁰ In fact paraphrasing the first sentence of the ILO Constitution, JEAN-CLAUDE JAVILLIER (‘Libres propos ...’, op. cit., p. 662) expresses the idea with the following words: « Paix rime nécessairement

economic security at risk;⁷¹ economic insecurity makes people unreceptive for the concerns of the environment. The question is how can social justice be regenerated and by whom. The following very brief answer does not exhaust the complexity of the subject matter. Social justice regenerates most efficiently where the highest possible number of people has the right and the possibility to participate democratically⁷² in the decisions on what and how to produce and how to distribute the produced wealth. As the factors of globalization⁷³ reduce the ability of the welfare-state and of the labour market partners to organize this participation,⁷⁴ the pressure to rethink the classical distribution of the social costs of enterprising rises. This pressure results gradually in the consensus on the need to widen the scope of corporate social responsibility (CSR) of enterprises to include societal responsibilities (CSSR), and on the need to juridify the CSSR, implying a necessary shift from share-holder value (capitalistic companies) and member value (cooperatives) to stakeholder value. Enterprise forms with an inbuilt participation mechanism, like cooperatives, might therefore relay the aspect of social justice of the legal concept of sustainable development to practice. In pursuing the mentioned double purpose of cooperative law, regeneration of the principle of diversity and regeneration of social justice as the central aspect of sustainable development lawyers face however the challenge of the mentioned metamorphosis of enterprises.

avec justice sociale [Peace rimes necessarily with social justice] ».

⁷¹ An idea which Montesquieu already developed. See his *De l'esprit des lois* [*The spirit of the laws*], for example Chapter XX, 1 and 2.

⁷² "Democratically" to be understood in the sense of a right to participate, conditioned solely by the fact of being a human being, regardless of social, economic or other status or standing.

This approach to "participation" does not depreciate other approaches. Those divide, grosso modo, into two schools, one which emphasizes the importance of effective access to basic goods (representatives: Amartya Sen and Martha Nussbaum) and one which emphasizes a fairer, more equitable distribution of goods (representative: John Rawls). See also RENAUT, A., *Un monde juste est-il possible* [*A just world. Is it possible*]?, Paris, Stock, 2013.

⁷³ Building on Immanuel Kant's concepts of time and space as conditions of life, "globalization" is understood here as a condition of life, which allows us to interact, produce, consume without regard to the conditions of time and space.

⁷⁴ See HENRY, H., 'Quo vadis ...', op. cit, footnote 102; IDEM, 'Who Makes the Law? Parliaments, Governments, Courts or Others? Social Justice through Cooperatives at Stake', CHIARA ANTONIA D'ALESSANDRO AND CLAUDIA MARCHESE (eds.), *Ius Dicere in a Globalized World. A Comparative Overview*, Volume One, Studies in Law and Social Sciences 3, Roma, Roma Tre Press, 2018, pp. 251-260.

2.3. The effectiveness of the obligation under Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193

This part deals with some theoretical and with some practical aspects of the effectiveness of the obligation under Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193.

Theoretical aspects: Frequently the term “effectiveness” is used in the context discussed here as an equivalent of or a condition of the legal validity of an act and/or as an equivalent of its enforceability through a centralized institution. These equations are not convincing. The legal validity of an obligation under international law may not depend on its being abided by. In that it does not differ from an obligation under national law. This would be contrary to its being a norm. Contrary to national law, this could also lead to a split of the validity. The norm would be valid where abided by and not valid where this is not the case. As concerns enforceability through a centralized institution, indeed a lacking element of international law rules, claiming it to be a condition of the legal validity of the rule amounts to denying the existence of international law, unless one agrees to open national enforcement mechanisms to international law rules by obliging national states to integrate these into their legal systems. Not only would this not solve the problem, because in turn such obligation would not be enforceable. It would also not be congruent with the sovereignty of states in the sense of them being absolved of the obligation to fulfill any obligation to which they have not agreed to. However, absolute sovereignty and international law exclude each other and yet they depend on each other. The sovereignty of states may be based on the UN Charter (Article 2 et passim), but it does not have its origin therein. And again, how can this Article of the UN Charter be enforced? State sovereignty has never been and cannot be now an absolute. As a right it must come with an obligation, which justifies it.⁷⁵ As a minimum, the obligation requires refraining from activities which disable other states to exercise their sovereignty effectively and efficiently. The factors of globalization make state territories irrelevant⁷⁶ and disable their national law as that means par excellence to effectively solve problems, independently of legal actions by other states. These same factors make it possible to perceive the world as one global world and to perceive the double dependency of states:⁷⁷ they depend on the state of the nature and on the willingness

⁷⁵ For the correspondence of “rights” and obligations see HOHFELD, W., ‘Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning’, Yale Law Journal, 23 (1) (1913), pp. 16–59.

⁷⁶ See for example LÓPEZ AYOLLÓN, S., ‘Globalización, estado nacional y derecho [Globalization, national state and law]’, Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho (1999), pp. 7-21 (15). As for the effects on state law, see for example RAMÍREZ, A., *Procesos de globalización. Estado-nación y redes no estatales [Globalization processes. Nation-state and non-state networks]*, Bogotá, Uniandes, 2012.

⁷⁷ See HENRÝ, H., ‘Vom Entwicklungsrecht zum Menschenrecht auf Entwicklung - vielfältige Einheit anstelle von Einheitlichkeit [From the Development Law to the Human Right to Development – Diverse

of their peers to work on the common interest of preserving it in its diversity, instead of “only” coordinating their individual interests.⁷⁸ This perception needs turning into accepting obligations in *solidum*.⁷⁹ There is no legal basis for this. The endless search for a Grundnorm (Kelsen) is senseless, as it would also require enforcing. It needs replacing with arguments that help us find that point where we decide that the fact of being mutually dependent requires common legal action.⁸⁰ The debate on international law has yet to fully accept this radical change of the situation as compared with what states might have faced when they agreed on respecting mutually their sovereignties. This acceptance is the substratum of solidarity, without which sustainable development cannot be had.

Practical aspects: A legal rule may effectuate through other means than through institutionalized enforcement. First of all, contrary the general debate which creates the impression that states were most of the time in denial of their international obligations “[i]t is probably the case that almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time.”⁸¹ Furthermore, ever more content of national laws is of regional or international origin.⁸² As mentioned, an increasing number of national cooperative laws integrate the cooperative principles or refer to them. Many national legislators have collaborated voluntarily over the past decades with the ILO, the ICA and other national, regional and international governmental and non-governmental organizations on cooperative legislation projects, knowing that these would base their contribution on the ICA Statement and/or the ILO R. 193. As far as the ILO is concerned its Office is bound to do so (Article 10, Section 2. of the ILO Constitution).⁸³ To what extent these collaborations have indeed led to a translation of the cooperative principles into legal rules cannot be established with certainty; the factors to be considered are too numerous. But one may assert that the question of effectiveness may not be reduced to that of centralized and

Unity Instead of Uniformity]’, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* (1994), pp. 3-29.

⁷⁸ See for example, GEIGER, T., *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts [Pre-studies for a legal sociology]*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, p. 185.

⁷⁹ “Solidum” in the sense of the “whole”.

⁸⁰ One of the main points of reflection in the oeuvre of Jean Carbonnier. See also CAMUS, A., *L’homme révolté*, Paris, Gallimard, 1951, especially pp. 15-38.

⁸¹ HENKIN, L., *How Nations Behave*, 2nd ed., New York, Columbia University Press, 1979, p. 47. Similar GEIGER, op. cit., pp. 184/185.

⁸² See HENRÝ, H., ‘Genossenschaftsrecht – international’, op. cit.

⁸³ See for example ILO, *General Survey concerning employment instruments in the light of the 2008 ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, Geneva, ILO, 2010; ILO, *The Story of the ILO’s Promotion of Cooperatives Recommendation ...*, op. cit.

I have myself participated in some 65 of these projects over the past decades and made the cooperative principles as defined here the basis of my participation.

institutionalized enforcement.⁸⁴ In fact, this requirement is a reflex of conceiving law as state and inter-state law. This tenet contradicts anthropological,⁸⁵ sociological and the findings of legal science and of legal practice.

A rule of the kind discussed here will be/come effective when legal arguments can be and are being used in legal circumstances/contexts claiming its legally obligatory nature.

Having - hopefully - developed arguments to justify the opinion that national law-makers are legally bound by Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193, we need to establish now the contents of this obligation.

3 THE CONTENT OF PARAGRAPH 10. (1) OF THE ILO R. 193

This part of the article intends to clarify the content of Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 and to reiterate the importance of understanding that it is not suggesting a unified world law on cooperatives, but that legislators have an obligation to contribute to diversity by not allowing for the uniformity of their cooperative laws.

Concerning the content of Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193, its text appears to be clear, but it raises complex questions.⁸⁶ This complexity is not the least due to the ILO R. 193 being somewhat ambiguous. This ambiguity is the result of textual incoherencies;⁸⁷ of changes to the ICA Declaration which, at first sight, the R. 193 seems to integrate;⁸⁸ of incoherencies between the terminologies used

⁸⁴ Similar MAUPAIN, F., 'Persuasion et contrainte aux fins de la mise en oeuvre des normes et objectifs de l'OIT [Persuasion and force to implement the ILO standards and objectives]', *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir...*, op. cit., pp. 687-709 (708).

⁸⁵ See for example EBERHARD, C., *Le droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation [Law in the mirror of cultures. A plea for another globalisation]*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 2010.

⁸⁶ A number of other paragraphs of ILO R. 193 relate to cooperative law as well. For example Paragraphs 6, 7 and 18. They are not relevant for this context. For more details see HENŘŮ, H., 'The Relevance of ILO Recommendation No. 193 Concerning the Promotion of Cooperatives for Cooperative Legislation', *Analele Stiintifice ale Universitatii Cooperatist-Comerciale din Moldova*, vol. 11 (2012), pp. 19-28.

⁸⁷ Compare Paragraphs 6 and 10; 7, 8, 9 and 18 of the ILO R. 193.

⁸⁸ But that is not the case. For example

- the definition of cooperatives in Paragraph 2 of the ILO R. 193 contextualizes this definition in international law by formulating "For the purposes of this Recommendation ..."
- the ICA Statement distinguishes between "values" and "ethical values" (of the members). The ILO R. 193 does not do so (see Paragraph 3)
- Paragraph 3 of the ILO R. 193 mentions as author of the principles "the international cooperative movement", without further specification. The clarification appears in the Annex to the R. 193.

in the R. 193, by philosophy and by legal sciences;⁸⁹ of it being unclear who the author of the cooperative principles is (the ICA, the ILO or an unspecified author (Paragraph 3. (b) of the R. 193: “the international cooperative movement”?)); and of not establishing a hierarchy between the cooperative values and the cooperative principles, as does the ICA Declaration.⁹⁰

The interpretation of the cooperative principles, hence their translation into legal rules depends on the clarification of this ambiguity. Interpretation according to the criteria of international law or according to those of the ICA? ICA’s criteria at the time when the ILO adopted R. 193 (2002) or the ICA’s current criteria?⁹¹ What happens should the ICA change its principles?

Paragraph 10. (1) of the ILO R. 193 is also undetermined as to how the cooperative principles should be translated into legal rules. The variety of ways found in cooperative laws attests to the problem. These ways – considering the cooperative principles, including them or making reference to them – may be classified as follows: texts which do not mention the cooperative principles, but which do translate them into legal rules; texts which refer to the cooperative principles; texts which list the titles of these principles as contained in the ICA Declaration and in the R. 193, at times introducing changes to the terminology; texts which list the titles and the explanations which come with them in the ICA Statement and in the ILO R. 193, at times with terminological changes; texts with an incomplete list of the cooperative principles, with more than seven principles or a mix of principles of the ICA and the ILO and additional ones; texts which mention the author of the principles; texts which do not mention the author of the cooperative principles, at least not unequivocally; and texts which qualify the principles as guides for the interpretation of the law.

The consequences of these different modes are of three types: i.) if the author of the principles is not mentioned, then their interpretation will follow national criteria; ii.) the same applies in cases where the principles have been changed (less than seven/more than seven and/or terminological changes; and iii.) by qualifying the principles as “guides” for the interpretation of the law, the principles change their very nature.⁹²

⁸⁹ According to the ICA Statement “democracy”, “equality” and “solidarity” are values; in legal science these are also legal principles.

⁹⁰ By formulating “The co-operative principles are guidelines by which co-operatives put their values into practice.”

⁹¹ See *INTERNATIONAL CO-OPERATIVE ALLIANCE, Guidance* notes ..., op. cit.

⁹² Independently of the mode of integration of the principles into the national cooperative law, the question is whether this integration transforms the cooperative principles into legal principles of the national legal system. If that is so, then the principles are to be interpreted according to national criteria, increasing the risk of infringing upon international law. If not, then the principles maintain a special status, the respect of which will again depend on the attitude towards international law.

These inconsistencies and their consequences leave us with an imbroglio of general values and principles, of ICA values and principles, of ILO values and principles and of legal principles. A way to untangle this imbroglio is to let the cooperative principles enter law through the same door which social norms and general values use, namely legal principles. Legal principles give a reason for a variety of decisions, whereas legal rules specify one decision.⁹³ This is all the more plausible as some of the values stated in the ICA Declaration and in the ILO R. 193 are also legal principles, such as democracy, equality and solidarity. Legal principles allow for a variety of legal rules,⁹⁴ a contribution to diversity.

4 CONCLUSION

The objective of this article was to answer the question of whether national cooperative legislators may freely decide or whether they are legally bound to give their texts a certain content. The answer is: they are not free; they have to translate the cooperative principles into legal rules. Reinforced by a bundle of other reasons, the main reason for this obligation is the democratic legitimacy of ILO R. 193. It fits with the way law in is “produced” in the global world and with the way the common interest⁹⁵ of states to contribute to sustainable development may be met. Law appears as something national, an utterance of a public authority. But even when formally issued by a public authority, applicable on the national territory and in general enforced in last instance by a national authority, its origin and the ways it is produced are not.⁹⁶ These ways coalesce national, regional and international streams, bring public and private actors together.⁹⁷ The ILO embodies these ways. Its tripartism allows private actors (employers’ and workers’ organizations) to participate in (public) standard setting; its transnational character expresses a voluntary limitation by states of their (absolute) sovereignty. The cooperative law demonstrates the argument. For example: Besides national

⁹³ See HELLER, H., ‘La justificación del Estado [The justification of the State]’, Cruz y Raya, 1993 (9). Reprint by the Universidad Nacional Autónoma de México, Estudios Jurídicos No. 6, 2002, 11. See also Alexy’s and Dworkin’s theories.

⁹⁴ This is the approach of the Study Group on European Cooperative Law. See GEMMA FAJARDO, ANTONIO FICI, HAGEN HENŘY, DAVID HIEZ, DEOLINDA MEIRA, HANS-H. MÜNKNER AND IAN SNAITH (eds.), *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge et al. intersentia, 2017.

⁹⁵ On the common interest of states see D’ASPREMONT, J., ‘The Foundation of the International Legal Order’, *Finnish Yearbook of International Law* (2007), pp. 219- 255.

⁹⁶ For more detail see HENŘY, H., ‘*Genossenschaftsrecht – international*’, op. cit.

⁹⁷ The phenomenon is not a recent one. See already JESSUP, P., *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956. But it is becoming “normal”. It is being discussed under terms like “law and globalization”, “globalization of law” and near-equivalents in other languages. Whether this will lead to what might be called “global law” is an open question.

laws we have regional laws applicable at the national level;⁹⁸ we have national accounting standards elaborated by international private entities, albeit at times applicable with national modifications;⁹⁹ we have regional and international regulators who set standards for cooperatives, especially in the financial sector.¹⁰⁰ Individually, states are not able any more to meet their own interests in sustainable development, let alone to deal with threats and risks like global pandemics, trans-border crime and terrorism, cyber-attacks, the misuse of power behind so-called Big Data.¹⁰¹ The state is not superfluous; its role as enforcer of law (of whatever origin) is undisputed. But its role is changing. We might have to remind ourselves that we allowed the “ubi societas, ibi ius” to slide towards “ubi State¹⁰², ibi ius”. Instead of the idea of a Weltstaat [world-state], which some continue to cherish, we might rather conceptualize that of Weltgesellschaften [world-societies] with states. The cooperative idea applied to Althusius?

5 BIBLIOGRAPHY

- VANAACKEN, A., ‘Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft [A functional theory of legal science for the whole legal science]’.
- MATTHIAS JESTAEDT UND OLIVER LEPSIUS (eds.), *Rechtswissenschaftstheorie* [The theory of legal science], Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 79-104.
- ARNAUD, A. J., *Entre modernité et mondialisation [Between modernity and globalisation]*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1998.
- D’ASPREMONT, J., ‘The Foundation of the International Legal Order’, *Finnish Yearbook of International Law* (2007), pp. 219- 255.
- ASSIER-ANDRIEU, L., uses. See his *Le droit dans les sociétés humaines [Law in human societies]*, Paris, Nathan, 1996, p. 38.
- BEKHECHI, M. A., ‘Quelques notes et réflexions sur le statut du droit international du développement durable [Some notes and reflections on the status of the international law on sustainable development]’, MOHAMMED-JALAL ESSAID (sous la dir.), *Variations sur le système international. Mélanges offerts en l’honneur du Professeur Mohamed Lamouri*, Casablanca, Najah Al Jadida, 2010, pp. 107-137.

⁹⁸ For example, the mentioned OHADA and EAC uniform cooperative acts; the EU Council Regulation on the Statute of the European Cooperative Society (SCE), 1435/2003.

⁹⁹ For example the standard-setting by the International Accounting Standards Board (IASB), the Financial Reporting Standards Board (FRSB) and the Basel Committee on Banking Supervision.

¹⁰⁰ For example the regulations issued by the European Banking Authority (EBA).

¹⁰¹ Similar LUIGI FERRAJOLI in an interview in *El País*, 28.3.2020, 24: “La UE debería haberse hecho cargo de la crisis desde el principio [The EU should have taken the crisis as its responsibility from the start]”, reflecting, of course his works on international constitutionalism (for example his *Constitucionalismo más allá del Estado [Constitutionalism beyond the State]*, Madrid, Trotta, 2018. See also at footnote 12.

¹⁰² There is no word in Latin for “state”. The term “res publica” covers more possibilities.

- BUDE, H., *Solidarität. Die Zukunft einer grossen Idee [Solidarity. The future of a great idea]*, München, Hanser, 2019.
- BURGHOF, H-P., 'Vielfältiges Bankensystem besteht die Krise [A diverse banking system resists the crisis]', *Wirtschaftsdienst* 2010/7, pp. 435 ff.
- CALABRÒ, A. (a cura di), *Frontiere*, Milano, Il Sole 24 ORE, 2001.
- CAMUS, A., *L'homme révolté*, Paris, Gallimard, 1951, especially pp. 15-38.
- CANO ORTEGA, C., 'Una perspectiva actual del sexto principio cooperativo: Cooperación entre cooperativas [A new perspective on the sixth cooperative principle: Cooperation among cooperatives]', *CIRIEC-España. Revista Jurídica*, Vol. 27 (2015), pp. 285-331 (288 ff.).
- CASSESE, S., *Il diritto globale, Giustizia e democrazia oltre lo stato [Global law. Justice and democracy beyond the State]*, Torino, Einaudi, 2009.
- CATANIA, A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale [The Metamorphosis of law. Decision and norm in the global era]*, Roma-Bari, Laterza, 2008.
- COASE, R., 'The Nature of the Firm', *Economica*, 4 (16) (1937), pp. 386-405.
- CRACOGNA, D., *Estudios de derecho cooperativo [Studies in cooperative law]*, Buenos Aires, Intercoop Editora, 1967.
- DANTE CRACOGNA, ANTONIO FICI AND HAGEN HENŘY (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013.
- DECAUX, E., *Droit international public [International law]*, 2nd ed., Paris, Dalloz, 1999, p. 47.
- DELMAS-MARTY, M., *Les forces imaginantes du droit [The intellectual/imaginative forces of law]*, 4 volumes, Paris, Seuil, 2004-2011.
- EBERHARD, C., *Le droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation [Law in the mirror of cultures. A plea for another globalisation]*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 2010.
- FAJARDO, G., FICI, A., HENŘY, H., HIEZ, D., MEIRA, D., H.-H. MÜNKNER, H.-H. and IAN SNAITH (eds.), *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge et al. intersentia, 2017.
- FARIA, J., *El derecho en la economía globalizada [Law in the global economy]*, Madrid, Trotta 1999.
- FERRAJOLI, L., 'Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global [Beyond sovereignty and nationality; a global constitutionalism]', *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (1998), pp. 173-184.
- IDEM, *Constitucionalismo más allá del Estado [Constitutionalism beyond the State]*, Madrid, Trotta, 2018.
- FERREIRA DA CUNHA, P., 'Claves del pensamiento jurídico en el siglo XXI: los desafíos [Keys to legal thinking in the 21st century: challenges]'
- JOSÉ CALVO GONZÁLES, CRISITINA MONEREO ATIENZA (coords.), *Filosofía jurídica y siglo XXI. Ocho panoramas temáticos*, Málaga, Universidad de Málaga, 2004, pp. 43-56 (50 f.).
- FÖGEN, M., *Das Lied vom Gesetz [The song of law]*, München, Friedrich Siemens Stiftung, 2007.

- GALLIGAN, D. J., *Law in Modern Society*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (especially pp. 182 f.).
- GADAMER, H.-G., *Wahrheit und Methode [Truth and Method]*.
- GEIGER, T., *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts [Pre-studies for a legal sociology]*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, p. 185.
- GRANGER, R., 'Problèmes généraux du mouvement coopératif dans les pays en voie de développement', *Annales malgaches*, 1, série droit (1963), pp. 149 ff.
- IDEM, 'La tradition en tant que limite aux réformes du droit', *Revue internationale de droit comparé* (1979), pp. 37 ff. (44, 106).
- GRINEVALD, J., *La Biosphère de l'Anthropocène. Climat et pétrole, la double menace. Repères transdisciplinaires (1824-2007) [The biosphere of the anthropocene. Climate and oil, the double threat. Transdisciplinary points of reference]*, Genève, Georg, 2007.
- GROENEVELD, H., 'The Value of European Co-operative Banks for the Future Financial System', JOHANNA HEISKANEN, HAGEN HENRÝ, PEKKA HYTINKOSKI AND TAPANI KÖPPÄ (eds.), *New Opportunities for Co-operatives: New Opportunities for People*. Proceedings of the 2011 ICA Global Research Conference, Mikkeli and Seinäjoki/Finland. University of Helsinki/Ruralia Institute Publications No. 27 (2012), pp. 185-199.
- HART, H., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press 1961.
- HELLER, H., 'La justificación del Estado [The justification of the State]', *Cruz y Raya*, 1993 (9). Reprint by the Universidad Nacional Autónoma de México, *Estudios Jurídicos* No. 6, 2002, 11.
- HENKIN, L., *How Nations Behave*, 2nd ed., New York, Columbia University Press, 1979, p. 47.
- HENRÝ, H., 'Vom Entwicklungsrecht zum Menschenrecht auf Entwicklung – vielfältige Einheit anstelle von Einheitlichkeit [From the Development Law to the Human Right to Development – Diverse Unity Instead of Uniformity]', *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* (1994), pp. 3-29.
- IDEM, 'Guidelines for Co-operative Legislation', *Review of International Co-operation*, Vol. 94, no. 2 (2001), pp. 50-105.
- IDEM, 'Where is law in development? The International Labour Organization, cooperative law, sustainable development and Corporate Social Responsibility', *Governance, International Law & Corporate Social Responsibility*, Geneva, International Institute for Labour Studies, 2008, pp. 179-190.
- IDEM, *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd revised ed., Geneva, International Labour Organization, 2012.
- IDEM, 'The Relevance of ILO Recommendation No. 193 Concerning the Promotion of Cooperatives for Cooperative Legislation', *Analele Stiintifice ale Universitatii Cooperatist-Comerciale din Moldova*, vol. 11 (2012), pp. 19-28.
- IDEM, 'Public International Cooperative Law: The International Labour Organization Promotion of Cooperatives Recommendation, 2002', DANTE CRACOGNA, ANTONIO FICI AND HAGEN HENRÝ (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013, pp. 65-88.
- IDEM, 'Sustainable Development and Cooperative Law: Corporate Social Responsibility or Cooperative Social Responsibility?', *International and Comparative Corporate Law Journal* Vol.10, Issue. 3 (2013), pp. 58-75.

- IDEM, 'The Contribution of the ILO to the Formation of the Public International Cooperative Law', SANDRINE KOTT AND JOËLLE DROUX (eds.), *Globalizing Social Rights. The International Labour Organization and Beyond*, ILO Century Series, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 98-114.
- IDEM, 'Quo Vadis Cooperative Law?', CCIJ Report No. 72 (2014), pp. 50-61 (in Japanese; original in English).
- IDEM, 'Who Makes the Law? Parliaments, Governments, Courts or Others? Social Justice through Cooperatives at Stake', CHIARA ANTONIA D'ALESSANDRO AND CLAUDIA MARCHESE (eds.), *Ius Dicere in a Globalized World. A Comparative Overview*, Volume One, Studies in Law and Social Sciences 3, Roma, Roma Tre Press, 2018, pp. 251-260.
- IDEM, 'Genossenschaftsrecht – international [Cooperative Law - International]', J. BLOME-DREES, N. GÖLER VON RAVENSBURG, A. JUNGMEISTER, I. SCHMALE, F. SCHULZ-NIESWANDT (eds.), *Handbuch Genossenschaftswesen*, Wiesbaden, Springer VS 2020 DOI https://doi.org/10.1007/978-3-658-18639-5_42-1; online ISBN 978-3-658-18639-5.
- IDEM, 'Reflexiones en torno al derecho cooperativo desde una perspectiva global - en homenaje a Dante Cracogna [Reflections on cooperative law from a global perspective – homage to Dante Cracogna]', (forthcoming).
- HOHFELD, W., 'Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning', *Yale Law Journal*, 23 (1) (1913), pp. 16–59.
- ILO, *Labour Law and Cooperatives. Experiences from Argentina, Costa Rica, France, Israel, Italy, Peru, Spain and Turkey*, Genève, ILO 1995.
- IDEM, Labour law and cooperatives: General observations, *Labour Law and Cooperatives*, Genève, International Labour Office, 1995.
- IDEM, *General Survey concerning employment instruments in the light of the 2008 ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, Geneva, ILO, 2010.
- IDEM, *The Story of the ILO's Promotion of Cooperatives Recommendation, 2002 (No.193). A review of the process of making ILO Recommendation No. 193, its implementation and its impact*, Geneva, ILO, 2015, available at: http://www.ilo.org/empent/units/cooperatives/WCMS_371631/lang--en/index.htm.
- INTERNATIONAL COOPERATIVE ALLIANCE, *Blueprint for a cooperative decade 2011-2020*, available at: ica.coop/sites/default/files/mediaitems/ICA%20Blueprint%20Final%20version%20issued%207%20Feb%2013.pdf.
- IDEM, *Guidance notes to the co-operative principles*, available at: <http://ica.coop/sites/default/files/attachments/Guidance%20Notes%20EN.pdf>.
- JAVILLIER, J.-C., 'Libres propos sur la « part » du droit dans l'action de l'Organisation internationale du Travail', *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir ...*, op. cit., pp. 659-685 (677/78).
- JESSUP, P., *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre [Pure theory of law]*, 2nd ed., Tübingen und Wien, Mohr Siebeck und Verlag Österreich, 2017.
- KLABBERS, J., *International Law*, Cambridge et al., Cambridge University Press, 2013.
- KISCHEL, U., *Rechtsvergleichung [Comparative Law]*, München, Beck, 2015, p. 952.

- LÓPEZ AYOLLÓN, S., 'Globalización, estado nacional y derecho [Globalization, national state and law]', *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (1999), pp. 7-21 (15).
- MARTINEAU, A.-C., *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international [A critical analysis of the debate on the fragmentation of international law]*, Helsinki, University of Helsinki, 2014.
- MAUPAIN, F., 'Persuasion et contrainte aux fins de la mise en oeuvre des normes et objectifs de l'OIT [Persuasion and force to implement the ILO standards and objectives]', *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir...*, op. cit., pp. 687-709 (708).
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois [The spirit of the laws]*, Chapter XX, 1. and 2.
- MUTIZ, P., *Globalización del derecho [Globalization of law]*, Bogotá, Ibañez, 2010, pp. 32 f. *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, Bureau International du Travail, 2004.
- NORTH, D., 'Institutions', *Journal of Economic Perspectives* (1991), pp. 97 f.
- PASCUAL, C., *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional [World law. The struggle for international law]*, Madrid, Trotta 2015, especially on p. 246.
- PELLET, A., 'Le rôle des résolutions des organisations internationales à la lumière de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice', G. POLITAKIS, T. KOHIYAMA, T. LIEBY (eds.), *Law for Social Justice*, Genève, International Labour Organisation, 2019, pp. 149-160 (154 ff.).
- PELLET, A., DAILLIER, P. AND M. FORTEAU, *Droit international public [International law]*, 8th ed., Paris, Librairie de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 2009.
- PICKER, C., *Genossenschaftsidee und Governance [The cooperative idea and governance]*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- POLITAKIS, G. ET MARKOV, K., 'Les recommandations internationales du travail: instruments mal exploités ou maillon faible du système normatif [International recommendations on labour : instruments not made sufficiently use of or weak elements of law]?', *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, Bureau International du Travail, 2004, pp. 497-525.
- RAMÍREZ, A., *Procesos de globalización. Estado-nación y redes no estatales [Globalization processes. Nation-state and non-state networks]*, Bogotá, Uniandes, 2012.
- RAYMOND, M., *Le sens de la qualité [The sense of quality]*, Boudry-Neuchâtel, La Baconnière, 1948.
- RENAUT, A., *Un monde juste est-il possible [A just world. Is it possible]?*, Paris, Stock, 2013.
- RODOTÀ, S., *Solidarietà. Un'utopia necessaria [Solidarity. A necessary utopia]*, Roma, GEDI, 2017.
- SHAW, M., *International Law*, last edition 2017.
- SNOW, C.P., *Two Cultures and the Scientific Revolution*.
- STOLL, P.-T., 'Koordination, Kooperation und Konstitutionalisierung im Völkerrecht [Coordination, cooperation and constitutionalization]', WERNER HEUN UND FRANK SCHORKOPF (eds.), *Wendepunkte der Rechtswissenschaft*, Göttingen, Wallstein, 2014, pp. 273- 296.
- TUORI, K., 'The Law's Farewell to the Nation State?', *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 19 (2008), pp. 295-327.

- VERDROSS, ALFRED/BRUNO SIMMA, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis* [literally: *Universal Ius Gentium. Theory and Praxis*], 3rd ed. Berlin, Duncker & Humblot, 2010.
- VILLAFÁÑEZ PEREZ, I., ‘Algunas reflexiones en torno a la necesidad de integrar la perspectiva cooperativa en el estudio y desarrollo del ordenamiento jurídico [Some reflections on the necessity to integrate the perspective of cooperatives in the study and development of cooperative law]’, H. HENRÝ, P. HYTINKOSKI AND T. KLÉN (eds.), *Co-operative Studies in Education Curricula. New Forms of Learning and Teaching*, Mikkeli and Seinäjoki/Finland. University of Helsinki/Ruralia Institute Publications No. 35 (2017), pp. 54-71.
- VIRALLY, M., ‘La valeur juridique des recommandations des organisations internationales’, *Annuaire français de droit international*, Vol. II (1956), pp. 66-96 (reprinted, in : *Le droit international en devenir*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, pp. 169-194.
- WHITE, N., *The Law of International Organizations*, 2nd ed., Manchester, Manchester University Press, 2005, especially pp. 168-173.
- WILLOUGHBY, J. ET AL., ‘The reduction of genetic diversity in threatened vertebrates and new recommendations regarding IUCN conservation rankings’, *Biological Conservation* 191 (2015), pp. 495-503.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 42 (2019-2020), páxs. 57-75
ISSN: 2660-6348

**A FISCALIZAÇÃO DAS FUNDAÇÕES PRIVADAS
DE SOLIDARIEDADE SOCIAL**

*THE SUPERVISION IN PRIVATE FOUNDATIONS
OF SOCIAL SOLIDARITY*

MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA*

Recepción: 7/10/2020 - Aceptación: 12/10/2020

* Professora Adjunta do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto- Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Email: margaridaazevedo15@gmail.com. Endereço: Rua Jaime Lopes Amorim, s/n, 4465-004 São Mamede de Infesta.

RESUMO

Neste artigo analisa-se o papel dos mecanismos de fiscalização de Direito Privado nas fundações privadas de solidariedade social. As fundações não incorporam uma assembleia-geral de membros que controlem o órgão de administração. Por outro lado, a fiscalização administrativa pode interferir na autonomia destas instituições perante o Estado. Consequentemente é importante encontrar mecanismos alternativo de fiscalização.

PALAVRAS CHAVE: fundações privadas de solidariedade social, fiscalização, responsabilidade civil dos administradores, business judgment rule.

ABSTRACT

This article deals with the problem of supervision in private foundations of social solidarity. This essay focus on the role of private law mechanisms in the supervision of the management body The foundations have no general assembly of members controlling the conduct the management body. On the other hand, State supervision may interfere in the autonomy of these institutions. Consequently, it is important identify alternative private law instruments of supervision.

KEYWORDS: Private foundations of social solidarity, supervision, civil liability of managers, business judgment rule.

SUMÁRIO: 1. APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA. 2. A FISCALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. 3. OS MECANISMOS DE FISCALIZAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. 4. SÍNTESE CONCLUSIVA. 5. BIBLIOGRAFIA.

SUMMARY: 1. THE PROBLEM AND ITS DELINEATION. 2. THE STATE SUPERVISION; 3. THE SUPERVISION THROUGH PRIVATE LAW MECHANISMS. 4. CONCLUDING REMARKS. 5. BIBLIOGRAPHY.

I. APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Nas páginas que seguem pretendemos analisar o regime de fiscalização das IPSS, em particular no âmbito das fundações privadas de solidariedade social.

O problema da fiscalização das fundações de solidariedade social que assumam a qualidade de IPSS, à semelhança do que acontece com a fiscalização das IPSS em geral, deve testemunhar um equilíbrio entre a necessidade de controlo da gestão das fundações, em ordem à protecção dos respectivos fins, e o respeito pela autonomia destas instituições.

O reforço de mecanismos de natureza privatística poderá atenuar a intensidade do controlo administrativo, deste modo contribuindo para o equilíbrio entre a necessidade de fiscalização e preservação da autonomia perante o Estado¹.

É nosso objectivo avaliar a adequação dos mecanismos jus-privatísticos no sentido de proteger o fim da fundação e os interesses dos seus beneficiários.

A reflexão sobre este problema é tanto mais premente quanto é certo que não existe uma assembleia-geral que controle a actividade do órgão de administração, nem uma disciplina imposta pelo mercado de capitais².

Reforçando a primeira ideia, observe-se que nas fundações não existem sócios, associados ou membros que possam acompanhar e avaliar a actuação do órgão de administração numa organização cujo risco assumiram³.

¹ Salientando a relevância dos mecanismos de transparência e de governação das fundações no reforço da sua autonomia e independência. VILAR, R.E., *A Lei-Quadro das Fundações 6 anos depois*. In Diogo Costa Gonçalves e Rui Soares Pereira (coord.), *Direito das Fundações Debate, Perspectiva de Reforma*. Cascais: Principia, 2020, p.22.

² Apresentando o problema desta forma, HOPT, K. *The Board of Nonprofit Organizations: Some Corporate Governance Thoughts from Europe*. Law Working Paper N.º. 125/2009. Net: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1425670

³ J. FERREIRA GOMES, «Administração das Fundações», in Diogo Costa Gonçalves e Rui Soares Pereira (coord.), *Direito das Fundações Debate, Perspectiva de Reforma*. Cascais: Principia, 2020, p.

Torna-se assim patente a importância da fiscalização no âmbito das organizações da economia social, e em especial, nas fundações de solidariedade social.

O nosso estudo dirige-se à análise do regime da fiscalização na sua vertente privatística, ou seja, os mecanismos de fiscalização com origem no Direito Privado. É necessário tornar clara a finalidade destes mecanismos, concretamente apurar se prosseguem os objectivos orientadores dos instrumentos administrativos de fiscalização.

Começaremos pela compreensão do sentido da fiscalização administrativa das IPSS.

2 A FISCALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

2.1. A fiscalização administrativa das IPSS

A fiscalização administrativa das IPSS começou por compreender poderes clássicos de tutela⁴, que se traduziam na necessidade de autorização estadual para determinados actos e na sujeição a visto estadual do orçamento das instituições.

A necessidade de autorização de determinados actos, prevista no art. 32º do RJIPSS, foi afastada em 1985 e a sujeição a visto do orçamento, constante do art. 33º, foi revogada no ano de 2014. Na verdade, estes mecanismos de intervenção do Estado nas IPSS representavam um sacrifício desproporcionado da sua autonomia.

Hoje, a fiscalização administrativa concretiza-se em vários poderes, entre os quais se conta o poder de realização de auditorias e inspecções, com a finalidade de detectar irregularidades.

É igualmente reconhecida ao membro do Governo responsável pela segurança social a possibilidade de pedir judicialmente a destituição do órgão de administração nos casos de incumprimento de objectivos, por causa imputável à administração, de verificação de graves irregularidades no seu funcionamento ou de constrangimentos financeiros que impeçam o cumprimento das obrigações perante os associados ou utentes.

A falta de apresentação de contas, de acordo com o art. 14º-A, durante dois anos seguidos, também se apresenta como motivo de pedido de destituição judicial do órgão de administração por parte do membro do governo responsável pela segurança social, que, em alternativa, poderá escolher exigir um plano que restabeleça a legalidade ou o equilíbrio financeiro.

147. FERREIRA GOMES, na linha da terminologia de EASTERBROOK e SCHIEDEL, que apelidam o risco suportado pelos sócios de risco residual, chama os sócios “credores residuais”.

⁴ L. LOPES MARTINS, *Nótulas sobre o “novo estatuto” das Instituições Particulares de Solidariedade Social no Direito nacional e no Direito da União Europeia*. In CES 37 (2014-2015), p. 163.

A ausência de aprovação deste plano igualmente justifica o pedido de destituição judicial do órgão de administração.

O membro do governo que tenha a seu cargo a segurança social poderá determinar o encerramento da instituição por ilegalidade ou por inadequação ou falta de condições de salubridade das instalações que comprometam a segurança, a higiene e conforto dos utentes.

A fiscalização estadual das IPSS consubstancia predominantemente um controlo de legalidade, com o objectivo de assegurar a efectiva realização dos respectivos fins, assim tutelando os interesses dos associados (nas instituições de natureza associativa) e dos beneficiários.

O Estado apenas pode pedir a destituição judicial com fundamentos tipificados na lei. Estes fundamentos reconduzem-se, em regra, ao controlo da legalidade dos actos do órgão de administração, ou a situações de evidente gravidade, e não a um puro e simples juízo de oportunidade sobre a sua gestão.

Contudo, podemos verificar a existência de resquício de uma intervenção dirigida ao controlo de mérito da condução da administração. Com efeito, em caso de falta de apresentação das contas de exercício em dois anos consecutivos nos termos legais, o membro do governo responsável pela segurança social pode exigir um plano de restabelecimento da legalidade e do equilíbrio financeiro, que será submetido à sua aprovação⁵. A falta de aprovação pode conduzir à destituição judicial da administração.

Também, como vimos, o Estado dispõe de poder de encerramento das instituições e de requisição de bens. Estamos de situações graves em que o interesse público e os interesses dos beneficiários estão comprometidos, impondo-se, nestas situações, uma intervenção directa do Estado.

Voltando aos fundamentos de destituição do órgão de administração, verificamos que, em regra, não cabe ao Governo a apreciação do mérito da actuação do órgão de administração, apenas podendo promover a destituição judicial em situações de ilegalidade ou de manifesta gravidade. Assim, descortinamos uma preocupação com a preservação da autonomia destas instituições. Contudo, como vimos, o legislador parece afastar-se desta linha na medida em que submete à apreciação do Governo o plano de restabelecimento da legalidade e de recuperação do equilíbrio financeiro.

Desta breve análise decorre a existência de uma fiscalização estadual ordenada à garantia da realização do fim da instituição, à protecção dos seus associados e beneficiários e à prossecução do interesse público.

⁵ Chamando a atenção para o problema, L. LOPES MARTINS, *Nótulas...cit.*, p. 163.

Devemos ter presente que ao regime específico das IPSS está associada a circunstância de serem automaticamente consideradas pessoas colectivas de utilidade pública.

Compreende-se a preocupação, atentos os benefícios estatais de que beneficiam, a que acresce, caso a título secundário desenvolvam uma actividade económica, o cuidado com a tutela da concorrência.

2.2. A fiscalização administrativa das fundações de solidariedade social na Lei-Quadro das fundações

2.2.1. As regras gerais de fiscalização administrativa

No âmbito da Lei Quadro das Fundações, encontramos algumas normas que instituem uma fiscalização de natureza administrativa. Pensamos desde logo nas obrigações de informação ao Governo e de sujeição das contas da fundação a auditoria externa, nos termos do art. 9º/1 alíneas a a c). Estas exigências integram-se num conjunto de normas destinadas a garantir a transparência nas fundações, de que falaremos mais adiante.

Contudo, a intervenção do Estado nas fundações privadas de utilidade pública é particularmente evidente em matéria de alienação de imóveis que integrem o património inicial da fundação. Com efeito, os imóveis afectos pelo fundador à fundação e que se revistam de especial significado nos fins da fundação, só podem ser alienados com autorização da autoridade competente para o reconhecimento (art. 11º da Lei-Quadro das Fundações). Esta imposição manifesta o cuidado posto na salvaguarda do fim fundacional, mas restringe-se, no âmbito das fundações privadas, às fundações de utilidade pública. Apenas neste caso considerou o legislador justificar-se uma intervenção particularmente invasiva na autonomia das fundações.

Na mesma, linha, apenas as fundações que recebam apoios do Estado estão sujeitas a fiscalização e controlo do Ministério das Finanças (art. 16º/3 da Lei-Quadro das Fundações). Tais poderes não ficam por um controlo de legalidade, mas consubstanciam igualmente avaliação do mérito da conduta da administração na utilização dos apoios do Estado, incidindo sobre a racionalidade e a adequação⁶, mas deixando uma ampla margem de discricionariedade à administração da fundação na escolha dos meios⁷.

⁶ J. FERREIRA GOMES. «Administração das Fundações...», cit., p. 152.

⁷ J. FERREIRA GOMES, «Administração das Fundações...», cit., p. 152.

2.2.2. *As normas especiais de fiscalização administrativa nas fundações de solidariedade social*

Ainda que não assumam a qualidade de IPSS⁸, as fundações de solidariedade, para além das regras de fiscalização que acabámos de descrever estão sujeitas a especiais normas de acompanhamento e fiscalização estaduais, prevendo-se o poder de o Ministério da Solidariedade e Segurança Social e de a Inspeção de Finanças realizar inspecções, inquéritos, sindicâncias e auditorias. A esta circunstância não é estranho, segundo cremos, o facto de as fundações poderem adquirir a qualidade de instituições de utilidade pública.

Contudo, estes poderes administrativos de fiscalização incidem igualmente sobre fundações de solidariedade que não beneficiem do estatuto de utilidade pública, Isto comprova, acreditamos, a preocupação de acautelar a efectiva realização do fim da fundação e de proteger os interesses dos beneficiários, independentemente de gozarem dos apoios de que dispõem as instituições de utilidade pública.

2.3. **Resumo das linhas de orientação do controlo administrativo**

Depois deste breve excursão pela intervenção administrativa nas fundações, podemos dizer que a fiscalização estadual tem como objectivo preservar o fim das organizações e os interesses dos beneficiários, em especial quando gozem das vantagens decorrentes do estatuto de utilidade pública, procurando-se um equilíbrio entre a fiscalização administrativa e a autonomia do sector social.

Há que fazer duas observações.

Por um lado, em aspectos pontuais, o legislador leva longe o controlo administrativo, podendo esta orientação conflitar com a autonomia das instituições perante o Estado.

Por outro lado, limitando-se as normas de fiscalização estadual normalmente às instituições com estatuto de utilidade pública, não incidem, em regra, sobre fundações desprovidas desta qualidade. Contudo, em sentido oposto lembramos os mecanismos de fiscalização especificamente contemplados para as fundações de solidariedade social, os quais se aplicam a todas as fundações de solidariedade social, beneficiem ou não do estatuto de utilidade pública e assumam ou não a qualidade de IPSS.

Torna-se, pois, necessário averiguar em que medida é que os mecanismos de Direito Privado podem cumprir a tarefa de proteger eficazmente o fim da fundação e os interesses dos beneficiários.

⁸ Como salienta C. CASAL BAPTISTA, as fundações de solidariedade podem ou não revestir a qualidade de IPSS - *As Fundações no Direito Português*. Coimbra: Almedina, 2016.

3 OS MECANISMOS DE FISCALIZAÇÃO DE DIREITO PRIVADO

a. A insuficiência dos mecanismos fiscalizadores previstos no Código Civil e na Lei-Quadro das fundações

Tanto o Código Civil como a Lei-Quadro das fundações não aprofundam os mecanismos privados de fiscalização. Vejamos o que oferecem os dois diplomas nesta matéria.

A. Os deveres de transparência e códigos de conduta

Lembrando a conhecida frase de LOUIS BRANDEIS, “*sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman*”⁹, começamos por destacar a importância da informação.

O relevo dos deveres de informação é conhecido no âmbito das sociedades comerciais, em particular no contexto do mercado de capitais. Para além de a informação ao mercado ter um papel decisivo na formação de preços dos valores mobiliários, tem também um papel muito importante na boa governação das sociedades¹⁰.

Creemos que a importância da informação ao público (*publicity*) também deve ser reconhecida na governação do sector social e, em particular no âmbito das fundações de solidariedade social, objecto do nosso estudo.

Neste sentido, a Lei-Quadro das Fundações prevê a obrigatoriedade de publicação na sua página de Internet dos elementos contemplados na alínea d) no número 1 do art. 9º. Estes deveres de informação são mais extensos no quadro das fundações de utilidade pública, como comprova o número 2 do mesmo artigo.

Estamos na presença de deveres de informação ao público, que permitem a existência de um escrutínio dos cidadãos relativamente à actividade da fundação. Estes deveres de informação consubstanciam pois deveres gerais de informação e não se dirigem a pessoas determinadas.

Tal como sucede nas sociedades comerciais através dos deveres de informação ao mercado, também os deveres de informação ao público impostos às fundações contribuirão para a sua boa governação. Reconhecemos, pois, a importância destes deveres e julgamos que deveriam ser mais amplos, estendendo-se também a fundações que não sejam fundações de utilidade pública. Em especial as fundações de solidariedade social auxiliam o Estado na realização das suas funções,

⁹ L BRANDEIS, *Other Peoples' Money*. Chapter V. Net: <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/other-peoples-money-by-louis-d.-brandeis>

¹⁰ Esta circunstância é evidenciada por A. HELLGARDT, *Kapitalmarktdelikttsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, em especial, pp. 186 e segs.

são instrumentos importantes na prossecução do bem comum, pelo que devem merecer um escrutínio público através de amplos e aprofundados deveres de informação, mesmo em fundações que não assumam a qualidade de IPSS ou não beneficiem sequer do estatuto de utilidade pública.

No contexto dos deveres de transparência, assume particular importância o dever de as fundações publicarem Códigos de Conduta que auto-regulem boas práticas designadamente a participação dos destinatários na vida da fundação, a transparência nas contas, incompatibilidades e conflitos de interesses.

Assim, é atribuído à auto-regulação um papel importante na definição das regras de governação das fundações. Estas regras são publicadas, submetendo-as ao juízo público.

Podemos dizer que nesta matéria a Lei—Quadro das Fundações optou por um modelo informativo, abstendo-se de aprofundar a regulação legal das questões ligadas à governação da fundação.

Escolhe-se nesta matéria o incentivo à criação de códigos de conduta, que deverão ser publicados, com o objectivo de estimular a boa governação das fundações através da promoção das boas práticas. Por esta via, as fundações criam ou preservam a sua reputação, fomentando a confiança do Estado e de outras pessoas com quem a fundação se relacione, em particular os doadores e os beneficiários.

Se a opção pela *soft law* é aparentemente mais consentânea com a autonomia das fundações perante o Estado, enquanto instituições do sector social, questionamo-nos sobre a sua eficácia no universo das fundações, em que, como vimos, não existe um controlo exercido por uma assembleia composta por sócios, associados ou membros que tenham assumido o risco da actividade da organização. Esta preocupação é tanto mais séria quanto é certo que não existe uma entidade reguladora do sector. A que acresce a ausência de uma sanção decorrente do incumprimento do dever de adopção de um Código de Conduta sobre estas matérias.

Embora reconheçamos a importância do papel da transparência e da adopção de Códigos de Conduta, estes últimos não dispensam o complemento hétero-regulador¹¹ em matéria de governação. Com efeito, pensamos que lei deverá assegurar patamares mínimos e eficazes em matéria de governação e, ao mesmo tempo, reconhecer aos beneficiários mecanismos que possam usar na defesa interesses da fundação.

De seguida, analisaremos as normas relativas à organização das fundações previstas na Lei-Quadro das Fundações e do Código Civil.

¹¹ Também chamando a atenção para a insuficiência dos Códigos de Conduta, J. FERREIRA GOMES, «Administração das Fundações...», cit., p. 154.

B. As normas relativas à organização das fundações

O Código Civil e a Lei-Quadro das Fundações concedem um amplo espaço à liberdade estatutária. Neste sentido, o Código Civil apenas impõe a existência de um órgão de administração e de um órgão de fiscalização. A Lei-Quadro, por seu turno, vem acrescentar a obrigatoriedade de um órgão directivo ou executivo, com funções de gestão corrente. O órgão administrativo deverá ser um órgão colegial, constituído por um número ímpar de membros. Neste ponto coincidem o Código Civil e Lei-Quadro das Fundações.

Da lei parece resultar que o órgão executivo não necessita de ser colegial¹², assim como não é necessariamente colegial o órgão de fiscalização, que pode ser constituído por Fiscal Único. Havendo um Conselho Fiscal, este será constituído por um número ímpar de membros. Tem a missão de fiscalizar a gestão e as contas da fundação.

O órgão de administração terá uma competência residual, no sentido que assume as competências que não sejam atribuídas a outros órgãos ou entidades¹³. Deve ser-lhe reconhecido um papel paralelo ao que nas associações é atribuído à Assembleia-Geral¹⁴. Assume-se assim como órgão deliberativo, ao qual cabem as decisões estratégicas da fundação, no quadro do cumprimento da vontade do fundador, assim como a representação da fundação. Podem juntar-se outras competências como a eleição e destituição dos membros do órgão executivo ou fiscalizador¹⁵. A par da administração, surge o órgão executivo, que se ocupa da gestão corrente da fundação. A separação entre as competências deliberativa, executiva e fiscalizadora é vista como importante na boa governação do ente fundacional¹⁶.

Contudo, não acreditamos que a separação por si garanta o necessário bom governo das fundações¹⁷.

Para além dos órgãos obrigatórios, podem existir outros órgãos previstos nos estatutos. Com efeito, são órgãos orientados pelo controlo do cumprimento dos estatutos e da vontade do fundador, possuindo em alguns casos um poder de controlo sobre a actividade da fundação¹⁸.

¹² Assim, C. CASAL BAPTISTA, *As Fundações no Direito Português...*cit., p. 59.

¹³ A MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2019, p. 8777.

¹⁴ A MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil...* cit., p.877

¹⁵ C. CASAL BAPTISTA, *As Fundações no Direito Português ...*cit., p.62.

¹⁶ Realçando esta circunstância, C. CASAL BAPTISTA, *As Fundações no Direito Português...*cit., p.60-

¹⁷ Neste sentido, J. FERREIRA GOMES, «Administração das Fundações...», cit., p. 148-

¹⁸ C. CASAL BAPTISTA, *As Fundações no Direito Português...*cit., p.60.

Nos órgãos de natureza facultativa inscreve-se também o Conselho de Consultores.

Mais discutida é a possibilidade de existir um Conselho ou uma Assembleia de Fundadores. Segundo alguns Autores a sua existência não se harmoniza com sua natureza fundacional e não associativa¹⁹.

Compreendemos esta afirmação, no sentido de aos fundadores não serem reconhecidos poderes deliberativos ao jeito de uma Assembleia Geral. Na realidade, as fundações são pessoas colectivas de substrato patrimonial e não de base pessoal. O fundador, uma vez instituída a fundação, posiciona-se fora dela, não se tornando seu membro, ao contrário do que sucede nas associações, em que os associados, como membros da pessoa colectiva, deliberam sobre o desenvolvimento da actividade da sociedade.

Contudo, já não nos chocaria um Conselho de Fundadores com poderes fiscalizadores do cumprimento do fim fundacional, apto para zelar pelos interesses dos beneficiários.

Pensamos que seria importante que a lei assegurasse a existência de órgão fiscalizador de natureza colegial, ainda que ao lado do Conselho Fiscal. Com efeito, atenta a ausência dos chamados credores residuais, torna-se especialmente relevante a existência de órgão colegial que tenha por missão fiscalizar o cumprimento do fim fundacional pelo órgão de administração. Este órgão poderia assumir um papel relevante na protecção dos beneficiários. A fiscalização tem de ir além de um mero controlo de contas, envolvendo o acompanhamento da actividade da fundação, no sentido de realização do respectivo fim. Isto não apenas com vista a assegurar o cumprimento da vontade do fundador, mas também enquanto meio de tutela do interesse dos beneficiários.

A existência de um órgão de fiscalização, cuja missão consista no acompanhamento da gestão de modo a zelar pela efectiva prossecução do fim fundacional, apresenta-se um instrumento muito importante na protecção dos beneficiários que a lei acaba por deixar desprotegidos.

Dada a relevância social das fundações, em particular das fundações de solidariedade social, há que encontrar soluções destinadas a compensar a falta de associados ou membros que acompanhem a actividade da fundação. Cremos que esta preocupação deve estar presente independentemente de as fundações gozarem do estatuto de utilidade pública ou de qualquer apoio estadual.

A presença de um órgão com funções de acompanhamento da actividade com a finalidade de assegurar a efectiva prossecução do fim fundacional não pode ser deixada, do nosso ponto de vista, à liberdade estatutária. O regime instituído pelo Código Civil e pela Lei-Quadro das Fundações, concentrando-se essencialmente

¹⁹ C CASAL BAPTISTA, *As Fundações no Direito Português...*cit., pp. 60 e 61.

na protecção da vontade do fundador, não olham com a devida atenção a protecção dos interesses dos beneficiários.

b. Os mecanismos de fiscalização no âmbito das IPSS

A lei aprofunda os instrumentos de fiscalização de Direito Privado no quadro das IPSS, nesta medida sacrificando a liberdade estatutária.

Contudo, há que ter presente a aplicação da Lei-Quadro das Fundações às fundações de solidariedade social, como regime principal, sendo subsidiária a aplicação do regime jurídico das IPSS (art. 77º/1 do Estatuto Jurídico das IPSS). Não obstante, aplicam-se grande parte das normas em matéria de governação das IPSS.

No que respeita ao órgão de fiscalização, o Estatuto das IPSS prevê as suas competências no art. 14º. Da leitura desta norma emerge um órgão com funções essencialmente consultivas e de vigilância da legalidade de actuação do órgão de administração, cabendo-lhe verificar o cumprimento da lei, dos regulamentos e dos estatutos. Não lhe são reconhecidos poderes de fiscalização do cumprimento do fim fundacional, Este tipo de poderes, como já tivemos oportunidade de afirmar, revestem-se, segundo julgamos, de grande importância na protecção dos beneficiários da fundação.

Outra opção legislativa que estranhámos é o facto de o Estatuto das IPSS não impor a colegialidade do órgão de fiscalização, vigorando neste aspecto o princípio da liberdade estatutária. Esta conclusão resulta do facto do art. 12º/1 do Estatuto Jurídico das IPSS, que dita a natureza colegial dos órgãos de administração e de fiscalização, não se aplicar às fundações de solidariedade social, Vale então o art. 27º da Lei-Quadro das Fundações, que faculta a possibilidade de escolha estatutária entre o Conselho Fiscal, com um número ímpar de membros, ou um Fiscal Único.

Existem normas sobre incompatibilidades, que impedem os membros do órgão de administração de tomar parte no órgão de fiscalização e normas sobre conflitos de interesses. Assim, os membros dos órgãos estão impedidos de votar em assuntos que respeitem a interesses próprios ou das pessoas próximas mencionadas no art. 21º-B, sendo os respectivos votos nulos (art. 17º).

Nesta linha, os membros dos órgãos de administração estão proibidos de contratar directa ou indirectamente com a fundação de solidariedade social, a menos que do contrato resulte um benefício manifesto para a fundação (art. 21º-B).

São aplicáveis às fundações de sociedade social as exigências de idoneidade dos membros dos órgãos impostas pelo art. 21º-A e que impedem a reeleição ou nova designação de pessoas que, por sentença transitada em julgado, tenham sido condenadas pelos crimes aí previstos.

Verificamos que foram introduzidas limitações à liberdade estatutária no contexto das fundações de solidariedade social que revistam a qualidade de IPSS. Cremos que seria desejável estender estas restrições às fundações de solidariedade social desprovidas da qualidade de IPSS, pois apresentar-se-iam como instrumentos muito relevantes na protecção do fim fundacional.

Um aspecto muito importante prende-se com a remuneração dos titulares do órgão de administração. Em princípio, o exercício das funções não é remunerado. Contudo, onde a dimensão financeira e a complexidade do exercício de funções impliquem a permanência dos titulares do órgão durante largos períodos, o exercício dessas funções pode ser remunerado. Esta possibilidade tem de estar prevista nos estatutos. No âmbito das fundações de solidariedade social, o pagamento de remunerações não pode pôr em causa o limite de despesas próprias da fundação.

As restrições à possibilidade de remuneração dos titulares dos órgãos dirigem-se à preservação do fim da fundação, mas poderão conflitar com o interesse cada vez mais evidente na sua profissionalização²⁰.

No caso das fundações de solidariedade social que sejam IPSS, em matéria de escolha dos titulares dos órgãos, vigora a liberdade estatutária, limitada. não só pela impossibilidade de os órgãos de administração e fiscalização serem integrados maioritariamente por trabalhadores, não podendo inclusivamente um trabalhador assumir o cargo de presidente do órgão de fiscalização, como também pela proibição de os membros do órgão de administração tomarem parte no órgão de fiscalização.

É manifesta a importância de uma gestão profissional apta a servir eficazmente o fim fundacional. Dada a ainda assim ampla liberdade estatutária, JOSÉ FERREIRA GOMES sublinha a importância dos estatutos no sentido de alcançar uma boa governação das fundações²¹.

Contudo, acreditamos na necessidade uma intervenção legal no sentido do envolvimento de profissionais na gestão das fundações. Como exemplo, através da exigência de equipas de assessoria técnica no apoio ao órgão de administração, onde os seus membros não possuam formação.

Esta necessidade vai além do círculo das IPSS, devendo, na nossa perspectiva, estender-se a qualquer fundação de solidariedade social. Importa dotar as fundações de solidariedade social de competência técnica de modo a assegurar a prossecução do fim para o qual foi criada.

Até ao momento, analisámos os instrumentos organizativos, de governação das fundações, guiados pela busca do cumprimento efectivo do respectivo fim.

²⁰ D. APARÍCIO MEIRA/ M. E. RAMOS, «Empreendedorismo social: contributos legislativos». *Revista Electrónica de Direito*, Maio de 2019, p. 157.

²¹ «Administração das Fundações», ...cit., p. 153.

Chega agora o momento de analisarmos as reacções associadas à má governação das fundações.

Passamos agora a reflectir sobre a responsabilidade dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização.

c. A responsabilidade dos membros do órgão de administração das fundações

i. Considerações gerais

É necessário neste momento considerar meios de reacção a condutas ilícitas dos membros dos órgãos, em particular, dos administradores. Trata-se, pois, de responsabilizar individualmente²² os titulares dos órgãos pela conduta prejudicial ao fim da fundação e às necessidades dos beneficiários.

Para além das situações susceptíveis de um enquadramento criminal, há que definir outros meios de reacção capazes de dissuadir condutas danosas, tendo presente o interesse da fundação e dos seus beneficiários.

O legislador não segue nesta sede a via da responsabilidade contra-ordenacional, que poderia revelar-se instrumento útil na prevenção de comportamentos inadequados dos administradores ao fim fundacional.

Assume assim particular relevância a via da responsabilidade civil. Passemos então à análise dos desafios que neste âmbito emergem.

Desde logo não prevê a lei um regime de responsabilidade civil dos membros dos órgãos ao jeito do previsto no Código das Sociedades Comerciais. A lei confia em primeira linha a definição da responsabilidade dos membros dos órgãos perante a fundação aos respectivos estatutos. Fiel ao papel crucial reconhecido à vontade estatutária, tanto o Código Civil (art. 164º CC), como a Lei-Quadro das Fundações (art. 29º) optam por remeter para o que estiver definido pelo fundador ou por quem os tiver elaborado, na falta e manifestação a vontade do fundador.

Sendo em regra os estatutos omissos nesta matéria, dever-se-ão, segundo a lei, aplicar as normas sobre o mandato. Contudo, estas normas não fornecem qualquer solução eficaz.

Perante este quadro, na ausência de previsão estatutária da responsabilidade, ou mesmo em complemento à que eventualmente se encontre definida nos estatutos, acreditamos ser de recorrer a aplicação analógica de normas jus-societárias sobre a responsabilidade civil dos membros dos órgãos.

²² Concordamos que o corte de apoios estatais à fundação não é a via adequada a um combate efectivo a condutas ilícitas dos administradores da fundação (assim, J. FERREIRA GOMES, «Administração das Fundações»... cit., p. 152).

Da interpretação dos estatutos não decorrerá qualquer obstáculo à posição que acabámos de defender. Com efeito, a interpretação dos estatutos deverá orientar-se pelas regras de interpretação da lei²³. Segundo estas, há que, partindo da letra da lei, buscar o seu espírito, a razão de ser da lei. Nesta tarefa, assume o elemento teleológico um importante papel. Deste modo, se as normas estatutárias são instrumentos orientados à prossecução do fim fundacional, não caberá no seu espírito a rejeição de mecanismos legais capazes de contribuir para a tutela do fim que inspirou a instituição da fundação.

Daí que, quer na hipótese de os estatutos nada preverem em matéria de responsabilidade dos membros dos órgãos perante a fundação, quer na hipótese de contemplarem algo diverso da responsabilidade civil (como por exemplo, preverem apenas a destituição dos administradores em caso de incumprimento dos deveres), não fica arredada a possibilidade de aplicação analógica de normas societárias sobre responsabilidade civil. Na verdade, como melhor explicaremos, a aplicação de normas de responsabilidade civil pode ter um importante papel, não apenas na densificação das condutas devidas pelos membros dos órgãos, como igualmente na prevenção de comportamentos ilícitos.

Nem tão pouco, claro está, terá estado no espírito do legislador, ao mandar aplicar supletivamente as normas do mandato, afastar a possibilidade de aplicação das normas sobre responsabilidade civil, em particular o regime jurídico-societário da responsabilidade civil dos membros dos órgãos.

3.3.2. A aplicação analógica de alguns aspectos do regime dos membros dos órgãos, em especial dos administradores

A aplicação das normas societárias sobre responsabilidade civil dos administradores dever-se-á fazer na medida em que a analogia das situações o justifique.

Tanto os gerentes e administradores, como os administradores das fundações estão adstritos a orientar a sua conduta no sentido de servir o fim da pessoa colectiva que gerem. Os primeiros estão vinculados à prossecução do interesse social e os segundos à realização do fim fundacional.

²³ Neste sentido, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil...cit.*, p. 712. Na verdade, concordamos que as regras sobre interpretação da lei são mais bem-talhadas à interpretação dos estatutos das pessoas colectivas do que as normas relativas à interpretação dos negócios jurídicos, onde releva em maior ou menor medida a vontade dos associados ou dos fundadores. Dever-se-á, na verdade, procurar um sentido mais objectivo.

Igual posição defende J. FERREIRA GOMES, «A Administração das Fundações», ...cit., p. 162.

A vontade deve sim relevar de forma decisiva na interpretação de instituição da fundação, que define o fim da fundação.

A circunstância de em ambos casos a conduta devida se apresentar como um conceito determinado pela sua função²⁴ aponta no sentido da aplicação analógica de normas relativas à responsabilidade civil dos administradores das sociedades.

Não obstante, temos de ter presente a circunstância de as fundações não terem uma finalidade a obtenção de lucro a distribuir pelos sócios, o que pode determinar o afastamento da aplicação analógica de certas normas.

Concretamente, a aplicação analógica do art. 77º do CSC afigura-se de extrema importância, Não existindo nas fundações uma assembleia geral que possa decidir a interposição de uma acção de responsabilidade civil em favor da fundação, a decisão sobre uma eventual acção ficaria nas mãos dos membros do órgão de administração. A aplicação analógica do art. 77º CSC permitiria aos beneficiários ou mesmo aos doadores propor uma acção de indemnização em favor da fundação.

Os administradores das fundações estão assim vinculados a deveres de cuidado e de lealdade, tal como os gerentes e administradores das sociedades, na prossecução do fim fundacional. A culpa na violação destes deveres será apreciada pelo padrão de um bom pai de família em face das circunstâncias do caso concreto²⁵. A conformação das condutas devidas pelos administradores depende sempre da apreciação das circunstâncias de cada caso. Como observa FERREIRA GOMES, este conceito é dotado de “plasticidade”, o que permite adaptar o padrão da conduta devida às circunstâncias concretas.

O art. 72º do Código das Sociedade Comerciais estabelece uma presunção de culpa, que se deverá aplicar igualmente no âmbito da responsabilidade civil dos administradores das fundações.

Diferentemente, não se afigura susceptível de aplicação analógica o art. 72/2 do Código das Sociedades Comerciais, que consagra no Direito Português a *business judgment rule*. A *business judgment rule* veio criar um espaço livre de responsabilidade²⁶, verificados que sejam determinados pressupostos, a saber: actuação informada, livre de conflitos de interesse e orientada por critérios de racionalidade empresarial.

Os argumentos que sustentam a *business judgment rule* prendem-se essencialmente com a necessidade de evitar constrangimento por parte dos administradores na tomada de decisões que envolvam risco, com protecção dos administradores de interferência dos sócios nas matérias da competência da administração, com a necessidade de evitar o escrutínio das decisões da administração pelos tribunais.

²⁴ J. FERREIRA GOMES, «Administração das Fundações...», cit., p. 156.

²⁵ Assim, J. FERREIRA GOMES, «Administração das Fundações...», cit., p. 160-

²⁶ M. CARNEIRO DA FRADA, «A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores», *ROA*, 66, 2006, p. 677.

Creemos que estes argumentos não suportam a aplicação desta regra à responsabilidade civil dos administradores das fundações.

Na verdade, tendo presente que, diferentemente das sociedades, as fundações não têm por fim a obtenção de lucro a distribuir por sócios, a relevância da assunção de risco com vista à maximização do lucro não é de todo semelhante à das sociedades comerciais. Pelo contrário, o fim fundacional, sendo um fim de natureza social, convive mal com a assunção de riscos. O interesse dos beneficiários aconselha a máxima prudência na gestão patrimonial das fundações. Com efeito, a obtenção de lucro será, quando muito, um instrumento ao serviço do fim social, sendo este o farol de actuação dos administradores.

Para além disso, ao contrário sucede com alguns sócios, os beneficiários da fundação dificilmente determinarão a acção de responsabilidade civil dos administradores pelo propósito de interferir abusivamente na gestão da fundação.

Finalmente, a intervenção judicial representa um controlo *ex post* das condutas dos administradores. Em face da inexistência de controlo de uma assembleia-geral, atentas as limitações das regras de governação das fundações, a responsabilidade civil dos administradores surgirá como importante instrumento de conformação das condutas devidas pelos administradores à luz dos deveres de cuidado e de lealdade perante a fundação e os seus beneficiários, assumindo ao mesmo tempo um papel importante na prevenção de comportamentos ilícitos. A relevância que este controlo pode assumir justifica um controlo do mérito da decisão à luz do fim da fundação, sem o limite da *business judgment rule*.

Ao que acresce a circunstância de a gestão das fundações ser em regra menos complexa do que a gestão das sociedades comerciais²⁷.

Não procedendo os argumentos que servem de base à *business judgment rule*, ela não merecerá aplicação no âmbito das fundações, submetendo as condutas dos administradores das fundações a escrutínio, no sentido de averiguar a sua adequação ao fim da fundação. Especialmente decisiva afigura-se-nos a circunstância de o mundo das fundações não ser caracterizado pela assunção de risco, o que implica um dever de prudência na gestão fundacional²⁸.

As mesmas considerações se aplicarão à responsabilidade civil de outros órgãos pelo deficiente exercício das suas competências, em especial nas suas funções fiscalizadoras.

²⁷ Neste sentido, D. PING LEE, «The Business Judgment Rule: Should It Protect Nonprofit Directors?» *Columbia Law Review* Vol. 103, No. 4 (May, 2003), p. 953.

²⁸ No Direito norte-americano constituindo-se antes do século XX as organizações caritativas como Charitable Trusts, a concretização do “duty of care”, em algumas decisões, é realizada com apelo às regras do Trust. Neste sentido, o trustee deverá ser especialmente cuidadoso., agindo como de sua propriedade se tratasse. - v. D. PING LEE «The Business Judgment Rule...», cit., p. 935.

4 SÍNTESE CONCLUSIVA

A protecção do fim da fundação de solidariedade social é essência e inspira o controlo administrativo essencialmente onde esteja em fundações que recebam apoios do Estado. No entanto, a intervenção estatal deve evitar pôr em causa a autonomia das instituições da economia social.

Neste sentido, podem assumir importância os mecanismos de Direito Privado. Com efeito, estes instrumentos poderão ter um papel relevante na tutela do fim fundacional. Contudo, as normas relativas à governação não foram tão longe como seria desejável, nem está garantida a intervenção de profissionais na gestão das fundações.

Neste quadro, assume especial relevo o recurso à aplicação analógica de algumas regras de regime jus-societário de responsabilidade civil, podendo contribuir para a conformação dos comportamentos exigidos aos administradores na gestão do ente fundacional.

Contudo, é crucial uma intervenção a nível legislativo que crie mecanismos mais eficazes de protecção do fim da fundação.

Em particular, para além de regras mais eficazes em matéria de governo das fundações de solidariedade social, um regime especial de responsabilidade civil que tenha em conta as especificidades das fundações.

5 BIBLIOGRAFIA

- BAPTISTA, Cristina Casal, *As Fundações no Direito Português*. Almedina, Coimbra, 2016.
- BRANDEIS, Louis, *Other Peoples' Money. Chapter V*. Net: <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/other-peoples-money-by-louis-d.-brandeis>.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2019.
- GOMES, João Ferreira, «Administração das Fundações». In Diogo Costa Gonçalves e Rui Soares Pereira (coord.), *Direito das Fundações Debate, Perspectiva de Reforma*. Principia, Cascais, 2020.
- HELLGARDT, Alexander, *Kapitalmarktdelikttsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck*, Principia, 2020.
- HOPT, Klaus, *The Board of Nonprofit Organizations: Some Corporate Governance Thoughts from Europe*. Law Working Paper N.º. 125/2009. Net: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1425670
- LEE, Denise Ping, «The Business Judgment Rule: Should It Protect Nonprofit Directors?», *Columbia Law Review*, Vol. 103, No. 4 (May, 2003).
- MARTINS, Licínio Lopes, «Nótulas sobre o novo estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social no Direito nacional e no Direito da União Europeia», *CES*, n.º 37 (2014-2015).

- MEIRA, Deolinda Aparício/RAMOS, Maria Elisabete, «Empreendedorismo social: contributos legislativos», *Revista Electrónica de Direito*, Maio de 2019.
- VILAR, Rui, *A Lei-Quadro das Fundações 6 anos depois*. In Diogo Costa Gonçalves e Rui Soares Pereira (coord.), *Direito das Fundações Debate, Perspectiva de Reforma*. Principia, Cascais, 2020.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 42 (2019-2020), páxs. 77-95
ISSN: 2660-6348

**DETERMINANTES DE LA EFICIENCIA BANCARIA
EN ESPAÑA: EL CASO DE LA BANCA ÉTICA**

*DETERMINANTS OF BANKING EFFICIENCY IN
SPAIN: THE CASE OF ETHICAL BANKING*

JUAN CÁNDIDO GÓMEZ GALLEGO* Y LUZ SÁNCHEZ GARCÍA**

Recepción: 28/06/2020 - Aceptación: 19/10/2020

* Prof. Dr. Universidad de Murcia. Dirección de correo electrónico: jcandido.gomez@um.es.

** Profa. Dra. Universidad Católica de Murcia. Dirección de correo electrónico: mdllsanchez@ucam.edu.

RESUMEN

En los últimos años el sector financiero se ha visto inmerso en una serie de procesos de cambio que han dado lugar al desarrollo de nuevos tipos de banca con variables estratégicas consideradas atípicas hasta ahora, siendo el fenómeno más importante el de la denominada banca ética. En este trabajo se elabora un análisis comparativo de los parámetros comúnmente aceptados de solvencia, rentabilidad y liquidez y apalancamiento, que han evaluado tradicionalmente las entidades financieras en España, con el sector de las entidades financieras catalogadas como éticas. Se ha efectuado un análisis de eficiencia y una regresión Tobit para determinar si la gestión global de las entidades refleja el comportamiento de los indicadores financieros. Los resultados muestran niveles superiores en indicadores de solvencia y estabilidad en la generación de rendimientos y en los niveles de eficiencia en el período 2015-2018, concluyendo que la banca ética puede desempeñar una alternativa real en los mercados financieros actuales.

PALABRAS CLAVE: banca; ética; mercado; financiero.

ABSTRACT

During the last years, the financial sector has become immersed in a series of change processes that have led to the development of new types of banking with strategic variables considered atypical until now, the most important phenomenon being that of so-called ethical banking. A comparative analysis has been carried out between traditional financial institutions and the ethic banking sector. An efficiency and Tobit regression analysis has been carried out to determine whether the overall management of the institutions reflects the behavior of the financial indicators. The results show higher levels in solvency and stability indicators in the generation of yields and in the efficiency levels in the period 2015-2018, concluding that ethical banking can play a true alternative in current financial markets.

KEYWORDS: bank; ethic; market; financial.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REVISIÓN DE LA LITERATURA. 3. BASE DE DATOS Y VARIABLES. 4. METODOLOGÍA. 5. RESULTADOS. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. 2. LITERATURE REVIEW. 3. DATABASE AND VARIABLES. 4. METHODOLOGY. 5. RESULTS. 6. CONCLUSIONS. 7. BIBLIOGRAPHY.

1 INTRODUCCIÓN

El enorme alcance de la crisis financiera internacional, con origen en España en el mes de agosto de 2007 es, por su globalidad e impacto, la más importante desde la Gran Depresión en los años 30. Más una década después de su inicio, la crisis ha evolucionado como un fenómeno dinámico con múltiples causas y efectos que se retroalimentan. Sin embargo, ni el fraude, la información asimétrica, el sobreendeudamiento, las burbujas especulativas o la falta de monitorización son novedosos, el único elemento distintivo es la simultaneidad, Carbó y Maudos (2010). Algunos cambios importantes ya se han empezado a producir. En España, por ejemplo, el rápido aumento de la concentración bancaria, debido al proceso de consolidación de las cajas de ahorros, y la reforma de la ley de cajas marcarán un punto de inflexión en el desarrollo del sector. Los grandes retos de estos cambios son una mayor y mejor capitalización de las entidades bancarias, un control más estricto sobre los niveles de liquidez, un incremento de la transparencia en los contratos financieros y un intento de mayor control sobre el riesgo y el nivel de apalancamiento asumido por el sector, Carbó y Maudos (2010). Es en este momento cuando el concepto de banca ética surgió en la esfera pública, dada la profunda erosión de la confianza de los clientes en el comportamiento financiero de la banca comercial. La banca ética tiene sus inicios en la inversión socialmente responsable, la cual implica la adhesión de criterios éticos o sociales en las decisiones de inversión, que han de ir acompañados de los criterios tradicionales de tipo financiero (liquidez, riesgo y rentabilidad), intentando lograr un equilibrio entre ambos. A pesar de los múltiples conceptos elaborados por autores como Carboni (2011), Weber (2011), Sasía Santos (2012) y Bosheim (2012) entre otros, todavía no existe a día de hoy una definición concreta y unánime del concepto de “banca ética”. No obstante, una primera aproximación aceptada con carácter general es la de Alsina (2002), que la define como “aquella que garantiza, de forma transparente, que el dinero que se le confía se invierte no sólo conforme a criterios de rentabilidad económica, sino también, social y medioambiental”.

Ambos objetivos son igual de importantes y necesariamente complementarios, de tal forma que establecen el diseño y actividad de los bancos éticos, diferenciándose así de los bancos tradicionales. Por ello, la banca ética invierte únicamente en proyectos con valor añadido para la sociedad en su conjunto desde un punto de vista social, educativo, cultural, medioambiental, etc. Las condiciones definitorias de una entidad ética pueden resumirse en un apoyo financiero, técnico o comercial a proyectos que contribuyan a la sostenibilidad. En segundo lugar, la implicación en la comunidad, en el sentido de tratar de paliar el riesgo de exclusión financiera y el anteriormente mencionado concepto de transparencia, en relación a la rendición de cuentas de la actividad bancaria y su repercusión en el desarrollo, tanto medioambiental como social, Martínez y Martínez (2013).

2 REVISIÓN DE LA LITERATURA

Hoy en día, la banca ética está experimentando un impulso, Alfonso (2012) y Sasia Santos (2012) realzan el valor ético de las entidades financieras, en especial las cooperativas de crédito y el informe Global Alliance for banking on values: A continuing Business case for sustainability focuses Banking (2016) ha ensalzado el papel de la banca ética en Europa, su mayor relevancia desde el origen de la crisis financiera sistémica, su potencial atractivo y tiene grandes perspectivas de convertirse en un socio confiable de las autoridades nacionales y europeas, para poner en práctica sus objetivos relacionados con el logro de objetivos de desarrollo sostenible. Este documento se centra en los bancos éticos europeos más representativos y tiene como objetivo responder a la siguiente pregunta: ¿Es eficiente la gestión de la banca ética cuando realiza su misión fundamental de intermediación bancaria? Barbú y Boitan (2019) evaluó comparativamente el desempeño financiero y la estructura del balance de varios bancos comerciales y éticos en Europa y reveló que los bancos éticos registraron un mayor nivel de rentabilidad bancaria, del 3, 98%, en comparación con el 1, 23% para los bancos grandes durante el periodo 2007–2017. Además, los bancos éticos han ampliado su papel de intermediación financiera al aumentar la participación de los depósitos en el pasivo total, de los préstamos en los activos totales (76.94%, en comparación con el 40.52% para los grandes bancos) y los indicadores de rendimiento ROA (un promedio de 0, 47%, en comparación con solo el 0, 05% para los grandes bancos) y ROE (4, 36% en comparación con el 0, 9% para los grandes bancos). Por lo tanto, concluyen, los bancos éticos merecen más atención, ya que están más orientados hacia la financiación de la economía real, son resistentes y más rentables que sus competidores comerciales.

El trasfondo y la naturaleza de la banca ética adquiere sentido e irrumpe como una respuesta alternativa al poner en duda la intermediación financiera tradicional, Knights (2009), De la Cruz y Sasia Santos (2010) y Kousis (2017). Aunque con similar realización de actividades, el objetivo principal de la banca es la

maximización del rendimiento de los accionistas, con independencia del efecto que dichas inversiones pudieran tener sobre el entorno, Castro y Romero (2011). La diferencia fundamental es, pues, el tipo de inversión en que se materializa el ahorro, teniendo ésta fines éticos Baraibar-Díez et al. (2017) y Cornée (2017).

Distintas aportaciones como Belke et al. (2015) y Cevik et al. (2016) exponen que un sistema bancario eficiente presenta una elevada estabilidad financiera, mayor calidad en la labor de intermediación financiera, y un crecimiento económico debido al incremento de la inversión. La eficiencia es vista desde un punto de vista estratégico, Grmanová e Ivanová (2018) ya que discrimina ventajas y vulnerabilidades respecto a productos y estructura organizativa. Cavallito et al. (2019) establece una comparativa a nivel europeo entre la banca ética y banca de gran tamaño, obteniendo un mayor nivel de rentabilidad bancaria del 3, 98%, en comparación con un 1, 23% para los grandes bancos durante 2007-2017.

Algunos estudios se han basado en la eficiencia para determinar si los diferentes sistemas bancarios europeos revelan niveles de rendimiento, estabilidad y liquidez, estableciendo resultados dispares, Mamatzakis (2008), Staikouras et al. (2008), Palečková, I. (2015) y Novickyte, L. (2018). Balcerzak, A.P. (2017) obtiene diferentes niveles de eficiencia bancaria entre los antiguos y nuevos estados miembros de la UE. Sin embargo, un hallazgo común es el mayor grado de eficiencia de los bancos de mayor tamaño. Fiordelisi et al. (2010) descubrió una relación entre bajos niveles de eficiencia en costes y la mala gestión bancaria, que favorece la asunción de elevados riesgos en las operaciones, mientras que elevados niveles de eficiencia se relacionan con incrementos del patrimonio neto y los indicadores de capital. Una variable específica del país donde opera un sistema bancario es su nivel de regulación, exigencias de capital y grado de libertad en la movilidad de capitales, en este sentido Pasiouras (2008) estimó las puntuaciones de eficiencia para 715 entidades financieras de países con distinta regulación, obteniendo que cuanto mayores son los mecanismos de disciplina de mercado, más positiva es su influencia en los niveles de eficiencia bancaria. Rogharian (2012) trata de estimar la productividad bancaria a través de indicadores de eficacia y eficiencia.

Otras aportaciones recientes al estudio del comportamiento bancario reciente han sido las de Belke et al. (2015), Diallo (2018), encontrando relación directa entre el crecimiento regional y desarrollo del sistema bancario en épocas de auge económico y crisis financieras. Gupta (2020) analiza la relación entre la creación de liquidez, estabilidad y capital, llegando a la conclusión de que los aumentos en la generación de montos de capital líquido fortalecen la estabilidad bancaria, no encontrando relación entre las ratios de capital y la liquidez. Por otro lado, obtienen resultados adversos en estabilidad cuando se alcanzan elevados niveles de financiación en forma de créditos.

Callejas Albiñana et al. (2017) analizan el nivel de las ratios de tendencia del activo y pasivo, concluyendo que los préstamos procedentes de la banca ética presentan un mayor impacto en el crecimiento del PIB Español que los de la banca tradicional. Los depósitos crecen más que los préstamos que conceden, esto puede dar lugar a desequilibrios en la viabilidad a medio plazo. No obstante, esta diferencia entre créditos y depósitos puede justificarse por la asignación indirecta de depósitos a empresas, con lo que se genera un crecimiento sostenido y con mayores niveles de eficiencia.

Una de las aportaciones más recientes del desempeño de la banca ética es la aportada por Valls et al. (2020), cuyos resultados revelan que la banca ética crece más que la denominada convencional y presenta mayor grado de liquidez y solvencia, aunque en términos generales su rentabilidad no es mayor.

El presente trabajo trata de partir de estas ideas y tiene como objetivo medir el grado de eficiencia de la banca ética en España para el periodo 2015-2018, establecer una comparativa con los dos sectores predominantes en el sector financiero español, a saber, la banca de inversión y la banca comercial, representados por muestras representativas de ambos conjuntos, y analizar si los niveles alcanzados por estos tres grupos de bancos cumplen las exigencias de este periodo de transformación así como los requisitos que los stakeholders de la banca tradicional hasta ahora demandaba para aceptar la hipótesis de que la banca ética se ha convertido en un objetivo atractivo para éstos. Además, se analiza la relación entre los principales indicadores del desempeño bancario y la eficiencia bancaria mediante un modelo de regresión Tobit.

3 BASE DE DATOS Y VARIABLES

Se ha utilizado una muestra, compuesta por tres grupos de entidades financieras, la banca de inversión, la banca denominada comercial, que presenta un mayor alcance de población y la banca ética. En la selección de la muestra se ha utilizado un criterio de homogeneidad con respecto a las variables utilizadas como input y output, para hacer más consistente el resultado. Con respecto a la banca de inversión las entidades seleccionadas son el Banco Santander, Banca March, Banca Puyo, Renta 4 Banco, JP Morgan Chase Bank y Citibank, N.A. S.E. La banca comercial se compone del BBVA, Bankinter, Banco Caixa Geral, S. A., Banco de Sabadell, S. A., Deutsche Bank, S.A.E., y Banco Popular, S. A. Tanto el primer como el segundo grupo constan de 6 entidades representativas y en el tercer grupo se recogen las entidades de banca ética que operan en España y tienen su sede en este mismo país, esto es, Triodos Bank, N.V., S.E., Banca Popolare Etica, Coop 57 y Oikocredit. El período considerado comprende los años 2015, 2016, 2017 y 2018 y constituye una variable muy importante ya que, como se ha comentado anteriormente, los efectos de la crisis financiera han modificado el panorama ge-

neral del sistema financiero español y es interesante por tanto analizar el comportamiento de las entidades tras este fenómeno, su rapidez de recuperación ante la situación de estrés financiero así como su vocación de permanencia y estabilidad.

Para el cálculo de la eficiencia se han utilizado los inputs depósitos y activo material, y como output los intereses e ingresos financieros. El factor productivo depósitos ha sido utilizado como input para obtener la eficiencia bancaria por Avkiran 1999, Casu and Molineux (2003), Casu et al. (2004), Chortareas et al. (2012), Louis et al. (2013) y Ayadi et al, (2016). El input activo material también ha sido ampliamente utilizado en la literatura de eficiencia resaltando las aportaciones de Kosak et al. (2009), Chortareas et al. (2012), Louis et al. (2013) y Belke et al. (2016). Por el lado del output, los ingresos e intereses han sido utilizados por Moradi Motlagh et al. (2014), Huang et al. (2015) y Moradi Motlagh et al. (2015).

Las variables input y output se recogen la tabla siguiente (ver tabla 1).

Tabla 1. Definición de variables input y output

Variable	Definición
Input	
Depósitos	Contrato en virtud del cual una persona (depositante) entrega una cierta cantidad de dinero (depósito) a una entidad bancaria (depositaria), que adquiere la obligación de restituirla de acuerdo con las condiciones estipuladas en el contrato.
Activo material	Conjunto de bienes que, con existencia física, están en el patrimonio de una empresa y no son destinados a comerciar directamente con ellos sino a la producción, siempre que la duración de su aportación productiva sea de más de un año. El inmovilizado material forma, junto con el inmovilizado inmaterial y el financiero, el activo no corriente en el balance de la sociedad.
Output	
Ingresos e intereses	Cantidades procedentes en exclusiva de la gestión financiera de la compañía en concepto de intereses de préstamos concedidos, de rendimiento de la cartera de valores, rentas conseguidas por participaciones en el capital de otras sociedades y los descuentos sobre adquisiciones por pronto pago. Por lo general, se incluyen en este apartado las inversiones financieras efectuadas para colocar un excedente de tesorería.

4 METODOLOGÍA

El modelo DEA

Uno de los métodos más utilizados para evaluar la eficiencia de un conjunto de unidades productivas, DMU, es el Análisis Envolvente de Datos (DEA). El trabajo seminal de Farrell (1957) establece las bases metodológicas que permiten a Charnes, Cooper y Rhodes desarrollar unos modelos matemáticos basados en técnicas de programación lineal, que permiten calcular la eficiencia técnica con

la que opera una particular DMU en comparación a una muestra de unidades productivas a la que pertenece. Una particularidad de los modelos de Charnes et al. (1978) es que permite evaluar la eficiencia de un conjunto de entidades caracterizadas por una función de producción multiproducto y que emplea varios inputs. La formulación matemática del modelo CCR (rendimientos constantes a escala), en su versión lineal para el caso de n unidades productivas que producen s outputs a partir de m inputs, con orientación output, es la siguiente:

$$\begin{aligned} & \text{Max } \phi + \epsilon (\sum_{i=1}^m s_i^- + \sum_{r=1}^s s_r^+) \\ & \text{s. a.,} \\ & \sum_{j=1}^n \lambda_j x_{ij} + s_i^- = x_{i0} \quad i = 1, 2, \dots, m; \\ & \sum_{j=1}^n \lambda_j y_{rj} - s_r^+ = \phi y_{r0} \quad r = 1, 2, \dots, s; \\ & \lambda_j \geq 0 \quad j = 1, 2, \dots, n. \end{aligned}$$

(El supuesto de rendimientos variables a escala (VRS) implica que: $\sum_{j=1}^n \lambda_j = 1$).

La unidad productiva cuya eficiencia se va a calcular se denota por el subíndice 0, las variables y_{rj} y x_{ij} representan, respectivamente, las cantidades de output r y de input i de la entidad j . El vector λ es un vector ($n \times 1$) de constantes que mide los pesos utilizados para calcular la ubicación de una DMU ineficiente si pasara a ser eficiente. La resolución de este programa matemático permite determinar para cada DMU los valores de λ_j y el índice de eficiencia ϕ . Al ser un problema de optimización, en general, una entidad dará mayor peso a los inputs que utilicen menos y a los outputs que produce en una cantidad mayor ya que la ponderación que se obtiene al resolver el problema se calcula de tal forma que ofrece a cada DMU la valoración en términos de eficiencia más favorable posible Charnes et al. (1978). Los modelos formulados son determinísticos, permiten calcular para cada unidad una puntuación de eficiencia técnica. La técnica bootstrap Simar et al. (2007) es una técnica basada en el remuestreo que permite estimar la distribución de la puntuación de eficiencia para cada unidad evaluada.

Regresión de Tobit y test de multicolinealidad

El procedimiento regresión de Tobit se aplica para estimar la relación existente entre determinadas variables económicas, características de las empresas bancarias, y las correspondientes puntuaciones de eficiencia.

El modelo de regresión de Tobit, propuesto por Tobin (1958), describe la relación entre una variable dependiente no negativa (latente) y varias variables independientes cuando los datos son censurados o truncados. Las puntuaciones de eficiencia relativa que se obtienen de los modelos DEA, varían de 0.00 (censurado por la izquierda) a 1.00 (censurado por la derecha). Por lo tanto, el modelo Tobit es un procedimiento adecuado para la segunda etapa de los análisis DEA.

El modelo de regresión de Tobit se puede formular como se muestra en la ecuación,

$$\theta_{it}^* = \beta_0 + \beta_1 X_{1it} + \dots + \beta_k X_{kit} + \varepsilon_{it}$$

$$\text{where } \varepsilon_{it} \sim N(0, \sigma^2) \text{ y } \theta_{it}^* = \begin{cases} \theta_{it}^* & \text{if } 0 < \theta_{it}^* < 1 \\ 0 & \text{otherwise} \end{cases}$$

donde $\beta = (\beta_0, \dots, \beta_k)$ es un vector de coeficientes desconocidos que determinan las relaciones entre el vector de variables independientes (X_1, \dots, X_k) y la variable, θ_{it}^* (puntuación de eficiencia técnica de la unidad evaluada, en el periodo t) y ε_{it} representa los correspondientes términos de error (se suponen independientes e idénticamente distribuidos como una normal).

El uso simultáneo de k variables independientes puede dar lugar a problemas de multicolinealidad. En este estudio, realizamos dos pruebas para comprobar si existe un problema potencial de multicolinealidad: los factores de inflación de varianza (VIF) y los estadísticos de tolerancia (TOL). Como regla general, el TOL no debe estar cerca de 0 y los VIF no deben ser superiores a 10, Gujarati y Porter (2009).

Por otro lado, se han aproximado, mediante las ratios contables y financieras presentadas en la tabla 2, los principales conceptos que miden el comportamiento bancario (Gómez, 2008).

Tabla 2. Ratios financieras

Código	Nombre	Definición
L	Liquidez	Activo Corriente / Activo Total
S	Solvencia	Patrimonio Neto / Activo Total
T1	Tendencia 1	Inversión Crediticia / Activo Total
T2	Tendencia 2	Depósitos / Pasivo Total
ROE	Rendimiento Financiero	Beneficio Neto / Patrimonio Neto
ROA	Rendimiento Económico	Resultado antes de impuestos / Activo Total
Z	Z-Score	(Roa + Capital / Activo Total) / Sigma (Roa)

Elaboración propia

En primer lugar, la liquidez recoge la capacidad que tiene una entidad financiera para obtener dinero en efectivo y así hacer frente a sus obligaciones a corto plazo, generalmente depósitos. La solvencia recoge la solidez y seguridad que aporta el capital propio sobre las inversiones realizadas, con especial énfasis en el ámbito bancario, dada su tendencia a generar burbujas especulativas con las inversiones crediticias. Los dos siguientes indicadores reflejan la ponderación de las principales partidas (créditos y depósitos) sobre sus respectivas masas patrimoniales, activo y pasivo totales. Refleja, como su nombre indica, la tendencia natural de la inversión y naturaleza de deuda de las entidades financieras, y sirve como variable proxy para determinar el apalancamiento en determinadas partidas de crédito y/o depósito. El ROE refleja la rentabilidad financiera y se calcula como el beneficio último que se obtiene en la cuenta de resultados de una entidad financiera, entre las aportaciones de los socios en forma de capital social y reservas. El ROA recoge el rendimiento de todos los activos de un banco, para cada ejercicio corriente o de explotación, también se denomina rentabilidad económica.

5 RESULTADOS

En la tabla 3 se recogen los niveles promedio de las ratios financieras, para cada año, de los grupos de banca de inversión, banca comercial y banca ética respectivamente.

Los resultados de la ratio que recoge el concepto de liquidez reflejan la recuperación del primer envite de la crisis financiera, donde las entidades financieras presentaban una insuficiencia de activos líquidos para hacer frente a las deudas a corto plazo. Este fenómeno fue subsanado para la mayoría de las entidades mediante inyecciones de liquidez, por lo que los niveles para los grupos bancarios de inversión y comercial reflejan las nuevas necesidades de disponibilidad exigidas por los mercados. Destaca en este punto el nivel promedio de la banca ética con 1.09.

En segundo lugar, el comportamiento esperado de la ratio de solvencia, siguiendo los nuevos requisitos de selección de las partidas de fondos propios de Basilea III, refleja que la banca de inversión, por su naturaleza particular, dedicada a los servicios de compra-venta de activos de inversión, presenta activos totales menores a la banca tradicional, donde la importancia de las partidas de activo material, especialmente el coste de oficinas y cajeros automáticos, lo que les confiere niveles similares a los de la banca ética, siendo ésta la tipología más segura y confiable en términos de seguridad.

Un tercer concepto se refiere a los grados de apalancamiento de las partidas, tanto por parte de la estructura económica como de la financiera, más importantes en relación a sus respectivas masas patrimoniales. En el caso de la especialización de activos la partida a tener en cuenta es el importe de créditos a la clientela, con la

finalidad de recoger los movimientos en las distintas épocas de auge y crisis económica y del sector bancario, de la partida procíclica de los créditos concedidos a cualquier tipo de sector productivo.

Tabla 3. Niveles promedio anuales de las ratios financieras para la banca de inversión, comercial y ética

	2015	2016	2017	2018
Banca comercial				
L	1,01	1,09	1,19	1,19
S	0,15	0,25	0,28	0,24
T1	0,68	0,53	0,53	0,50
T2	0,56	0,79	0,79	0,81
ROE	0,09	0,08	0,05	0,08
ROA	0,01	0,01	0,02	0,02
Z	13,62	24,96	35,2	32,83
Banca de inversión				
L	0,97	0,96	1,00	0,98
S	0,08	0,08	0,07	0,08
T1	0,74	0,73	0,72	0,74
T2	0,58	0,92	0,92	0,91
ROE	0,06	0,01	-0,35	-0,09
ROA	0,01	0,01	0,02	0,02
Z	11,08	9,92	10	11,9
Banca ética				
L	1,13	1,03	1,05	1,16
S	0,28	0,27	0,31	0,31
T1	0,61	0,59	0,58	0,52
T2	0,66	0,83	0,68	0,68
ROE	0,02	0,02	0,02	0,03
ROA	0,02	0,03	0,01	0,01
Z	133,18	136,09	138,84	135,89

Elaboración propia

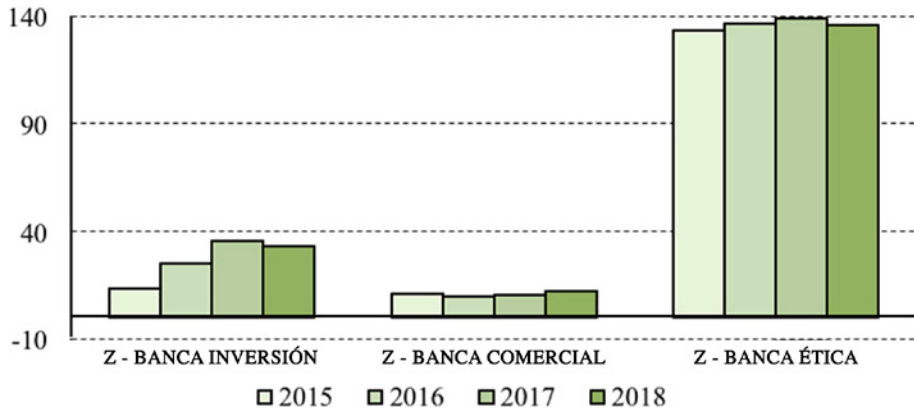
Siguiendo el esquema tradicional (de la banca comercial y por extensión del sector bancario) implica un esfuerzo en la captación de recursos financieros en

forma de depósitos para, mediante la labor de transformación financiera, convertirlos en activos potencialmente rentables como son los créditos. En este sentido los resultados de los tres tipos de instituciones bancarias deben interpretarse relacionando ambas ratios. Como se puede observar, la evolución de la banca de inversión tiende al desapalancamiento de los créditos al presentar otros tipos de activos de inversión como alternativa de rendimiento, mientras que por el lado de los depósitos los niveles son similares a los de la banca comercial. Sin embargo, como era esperable, los niveles más altos de dependencia de este activo los presenta este tipo de banca. Es destacable el comportamiento inferior y además estable en el periodo de ambos niveles de dependencia por parte de la banca ética, lo que refuerza los niveles de seguridad y previsión de fortaleza ante crisis de naturaleza crediticia como la que ha sufrido este sector desde finales de la década del dos mil. Esto se reflejará en el indicador de estabilidad financiera o puntuación z .

Los niveles de rendimiento también son los esperados en este periodo, ya que los mayores esfuerzos contraídos para la obtención de la rentabilidad los realiza el tipo de banca dedicada a ello, como es la banca de inversión. Sin embargo, es destacable que la banca ética, si bien presenta niveles inferiores, sin embargo, adolece de la dispersión en el comportamiento de la banca comercial, donde aparecen dos años con rendimiento financiero negativo, mientras que en la banca ética siempre obtiene rendimientos positivos y por tanto más atractivos para sus accionistas. Otro punto destacable es la presentación de resultados superiores en el rendimiento de los activos, debido en parte al factor antes comentado de niveles inferiores del activo total, que en esta ratio financiera hace la función de denominador.

Un resultado que merece una atención especial es el comportamiento de esta ratio, la puntuación z , que puede interpretarse como la distancia que presenta una entidad financiera hacia la quiebra, y que es resultado de la relación entre los conceptos de solvencia, rendimiento y dispersión de éste, para resaltar la desviación que las entidades financieras, en épocas de auge económico o su degeneración en burbuja financiera, presentan en sus resultados como consecuencia de la inversión en otros campos no nucleares de su negocio o el uso excesivo de las partidas que en un mayor porcentaje contribuyen a la generación de estos resultados, como es el caso de los créditos. Como se ha apuntado en los resultados de los niveles de solvencia y rendimiento, el resultado más defensorio de la seguridad y por tanto vocación de permanencia de la banca ética en el sector financiero es el nivel tan elevado de la puntuación z , en comparación al resto de grupos con los que se compara en este trabajo.

Gráfico 1: Estabilidad financiera en el periodo
2015-2018 para los tres tipos de banca



Elaboración propia

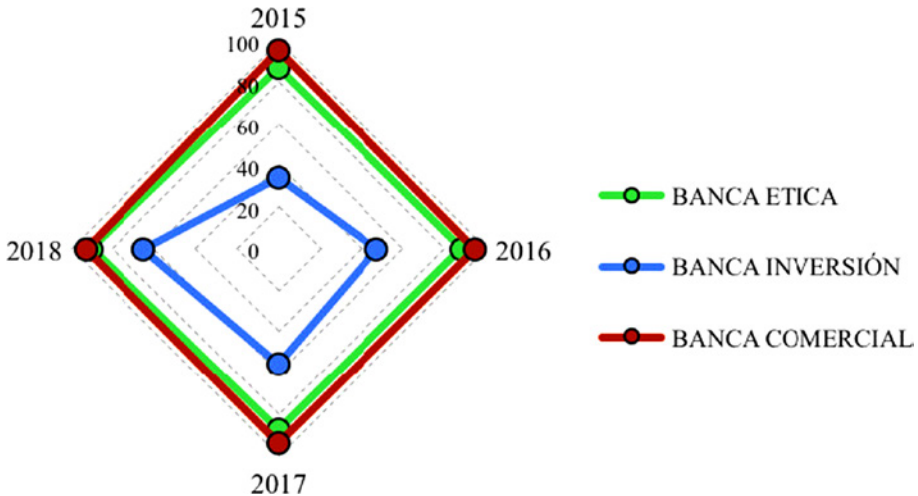
En la tabla 4 se reflejan los niveles de eficiencia de los tres grupos bancarios en cada año del periodo 2015-2018. En el gráfico 2 se reflejan los niveles promedio por año y por grupo bancario.

Tabla 4. Puntuaciones de eficiencia de los tres grupos bancarios

Nombre	2015	2016	2017	2018
Banca March, s.a.	51,19	46,28	47,63	53,61
Banca Popolare etica sociedad co	100	100	100	100
Banca Pueyo, s.a.	37,37	30,67	27,14	65,46
Banco Bilbao Vizcaya argentaria,	90,76	100	100	90,3
Banco Caixa Geral, s.a.	84,14	72,64	64,42	67,42
Banco Popular Español, s.a.	100	100	100	100
Banco Santander, s.a.	100	93,49	100	100
Bankinter, s.a.	80,64	91,05	61,22	95,38
Citibank, n.a., s.e.	4,07	100	100	100
Coop 57	47,88	52,53	48,86	60,44
Deutsche bank, s.a.e.	100	100	100	100
Dexia Sabadell, s.a.	100	100	98,28	100
Jp Morgan Chase bank national	8,2	12,36	14,27	24,32
Oikocredit	100	100	100	100
Renta 4 banco, s.a.	4,2	2,65	2,75	5,58
Triodos bank, n.v., s.e.	100	100	100	100

Elaboración propia

Gráfico 2: Puntuaciones de eficiencia promedio en el periodo 2015-2018 para los tres tipos de banca



Elaboración propia

La eficiencia se ha obtenido para los tres grupos con la misma combinación input-output, para una mejor comparación en el periodo más reciente posible de obtención de los datos a fin de año de todos los bancos. En primer lugar, se observa una mejora en los niveles generales de eficiencia en el periodo, debido en gran parte al sector más perjudicado, la banca de inversión, que ve incrementado su nivel de eficiencia de un 34, 17 en el año 2015 a un 64, 93 en 2018, fruto de la recuperación financiera en España y mayores posibilidades de obtención de intereses e ingresos. La banca comercial se mantiene en unos niveles muy elevados con promedios de 93% y en niveles similares, 88% la banca ética se mantiene con muy poca dispersión en los años del periodo, lo que le confiere de nuevo una estabilidad y permanencia cercana a la gestión óptima de sus recursos.

La tabla 5 recoge los resultados de la regresión Tobit utilizando como variable dependiente la eficiencia obtenida mediante la metodología DEA, y como independientes los indicadores financieros de la tabla 2. La variable solvencia (S) aparece como significativa y con un coeficiente positivo de 0.758, lo que implica una relación positiva e influyente entre los niveles de solvencia y los de eficiencia alcanzados por las entidades financieras españolas. Las variables de tendencia no aparecen como significativas, pero es interesante resaltar los signos que presentan, ya que la variable T1 tiene signo positivo, lo que implica que variaciones positivas de esta variable afectarían positivamente a los niveles de eficiencia. Sin embargo, la variable T2 tiene coeficiente negativo, y teniendo en cuenta su formulación, un mayor apalancamiento en deuda en forma de depósitos penaliza a la gestión

eficiente de las entidades financieras, mientras que en el caso de la T1 ocurre lo contrario. La variable ROA es significativa al 10% y presenta resultados en coeficientes e intervalos de confianza muy elevados debido a su reducido valor por su construcción en relación al resto de variables. Tiene signo positivo, al igual que la solvencia. En último lugar, la estabilidad es muy significativa (0.000) y con signo positivo. Es el indicador que, en el periodo más reciente de la banca española en general, influye más en la consecución de elevados niveles de eficiencia.

Tabla 5. Resultados de la regresión Tobit. Variable dep: eficiencia

	Coef.	Std. Err.	t	P>t	[95% Conf.	Interval]
S	0,758	0,402	1,890	0,064	-0,046	1562292,000
T1	0,280	0,314	0,890	0,376	-0,349	0,909
T2	-0,320	0,281	-1,140	0,259	-0,883	0,242
ROE	-0,271	0,186	-1,460	0,151	-0,643	0,102
ROA	8462245,000	4906575,000	1,720	0,090	-1363002,000	1828749,000
Z	-0,002	0,001	-4,030	0,000	-0,004	-0,001
_cons	0,882	0,379	2,330	0,024	0,123	1640516,000
/sigma	0,377	0,051			0,275	0,479

Log likelihood = -32.725017 Pseudo R2 = 0.3465

Elaboración propia

6 CONCLUSIONES

La banca ética ha experimentado un auge en los últimos años, siendo objeto de estudio y análisis con mayor profusión desde la crisis financiera de 2007 por parte de la comunidad científica, encontrando, en la mayoría de los casos, unos niveles de comportamiento en cuanto a resultados de liquidez, solvencia, rendimiento y apalancamiento económico y financiero similares a los de otros tipos de banca más asentados en los sistemas financieros más avanzados como es el caso de España.

En el periodo más reciente de estudio, como es el caso de nuestro trabajo, los niveles de liquidez que presenta la banca ética son similares a los de la banca comercial y de inversión. Sin embargo, un aspecto crucial en una entidad financiera de la actualidad, como es la solvencia, siguiendo la definición de Basilea III, presenta una gran diferencia a su favor, en relación a los otros dos grupos bancarios, lo que le confiere una posición de tranquilidad y seguridad que se plasma, en combinación con los rendimientos promedio similares a la banca comercial en el indicador más relevante a nivel financiero que es la estabilidad financiera, donde los niveles de z-score son más de diez veces el promedio de los otros grupos en comparación.

Estos indicadores, que recogen aspectos concretos del comportamiento general de las entidades, tienen su afectación en los niveles de eficiencia presentados para el periodo de estudio, donde se observa que la banca ética tiene un comportamiento estable y cercano al nivel óptimo, similares en este caso a los de la banca comercial, lo que les confiere una posición relevante en el panorama actual del sistema financiero, así como una alternativa real, tanto en términos financieros con variables de resultado como en su comportamiento de gestión global en términos de eficiencia, a la banca hasta ahora predominante en la prestación de servicios financieros.

En cuanto a las variables significativas para la explicación de la variabilidad de la eficiencia por parte de las entidades financieras, es importante destacar que la solvencia, el ROA y la estabilidad financiera medida por el indicador Z, resultan significativas y están relacionadas positivamente con los niveles de eficiencia.

En los últimos años, tras la crisis financiera más importante del último siglo, el panorama financiero y por tanto bancario internacional sufrió una modificación estructural, tanto a nivel organizativo como legislativo, con nuevas medidas de control de ciertos parámetros como la solvencia y solidez de las instituciones para afrontar periodos de dificultades financieras, como de las propias actuaciones bancarias en sus entornos de actividad. La contribución principal de este trabajo se basa en la demostración del atractivo financiero de la banca ética para el inversor que tradicionalmente ha optado por otro de los grandes tipos de banca en España, desde el punto de vista del rendimiento y el riesgo soportados, así como de la importancia que estos indicadores muestran en la muestra de la banca ética en España para alcanzar elevados niveles de eficiencia de gestión.

7 BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO, R., “*Realidad contable y actitud ética de / en las sociedades cooperativas*”, Diario La Ley. (2012).
- ALSINA, O. “*La banca ética. Mucho más que dinero*”. Barcelona. Ed. Icaria. (2002).
- AVKIRAN, N. K., “*The Evidence on Efficiency Gains: The Role of Mergers and the Benefits to the Public*”. Journal of Banking and Finance, (1999). 23, 991-1013.
- AYADI, R., FERRI, G., PESIC, V “*Regulatory Arbitrage in EU Banking: Do Business Models Matter?*”. International Research Centre on Cooperative Finance Working Paper. (2016).
- BALCERZAK, A.P., KLIESTIK, T., STREIMIKIENE, D., SMRČKA, L. “*Non-Parametric Approach to Measuring the Efficiency of Banking Sectors in European Union Countries*”. Acta Polytech. Hung (2017), 14, 51-70.
- BARAIBAR-DIEZ, E., ODRIOZOLA, M. D., FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. “*Communication transparency in ethical and traditional banking in Spain*”. Journal of International Business Research and Marketing, (2017). Nº 2, vol. 2, pp. 24-32.
- BARBU, T.C.; BOITAN, I.A. “*Ethical Financing in Europe—Non-Parametric Assessment of Efficiency*”. Sustainability (2019), 11, 5922.

- BELKE, A., HASKAMP, U., SETZER, R. “Regional bank efficiency and its effect on regional growth in ‘normal’ and ‘bad’ times”. (2015). Econstor Make Your Publications Visible. ROME Discussion Paper Series, No. 15-07.
- BOSHEIM, S. A. “Social banks and impact measurement: The case of Charity Bank and Triodos Bank”. (2012). ISB Paper Series, No. 10. The Institute for Social Banking.
- CALLEJAS-ALBIÑANA, F. E., MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ, I., CALLEJAS-ALBIÑANA, A. I., DE VIDALES-CARRASCO, I. “Assessing the Growth of Ethical Banking: Some Evidence from Spanish Customers”. (2017) *Frontiers in Psychology* Vol=8 PAGES=782.
- CARBÓ, S. y MAUDOS, J. “Diez interrogantes del sector bancario español”. *Cuadernos de información económica*. 215 (2010). pp. 89-115.
- CARBONI, V. “Banking on Ethics”, Campagna per la riforma della banca mondiale, (2011).
- CASTRO COTÓN, M. y ROMERO CASTRO, N. “Cooperativas de crédito y banca ética: ¿Un camino por explorar?” (2011). *Ciriec-España. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 72, pp. 263-300.
- CASU, B., MOLINEUX, P. “A comparative study of efficiency in European banking”. *Applied Economics*, (2003), vol. 35, issue 17, 1865-1876.
- CASU, B., MOLINEUX, P. “Productivity change in European banking: A comparison of parametric and non-parametric approaches”. (2004). *Journal of Banking & Finance*. Vol. 28, issue 10, 2521-2540
- CAVALLITO, M., ISONIO, E., MEGGIOLARO, M. “Ethical and Sustainable Finance in Europe”. (2019). Available online: <https://www.finance-watch.org/pioneers-in-ethical-banking-a-new-goldmine-of-information/> (accessed on 15 October 2019).
- CEVIK, N. K., DIBOGLU, S., KUTAN, A. M. “Real and Financial Sector Studies in Central and Eastern Europe: A Review”. *Financ. Uver.* (2016), 66, 2–31.
- CHARNES, A., COOPER W., RHODES, E. “Measuring the efficiency of decision making units”. (1978). *European Journal of Operational Research* 2: 429-44.
- CHORTAREAS, G., GIRARDONE, C., VENTOURI, A. “Bank supervision, regulation and efficiency: Evidence from the European Union”. (2012). *Journal of Financial Stability*. 8, 292-302.
- CORNÉE, S. “The relevance of soft information for predicting small business credit default: Evidence from a social bank”. (2017). *Journal of Small Business Management*.
- DE LA CRUZ AYUSO, C., SASIA SANTOS, P. M. “La banca ética como herramienta de acción política”. (2017). *Ícade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 80, pp. 185-210.
- DIALLO, B. “Bank efficiency and industry growth during financial crises”. (2018) *Economic Modelling* 68: 11-22.
- FARRELL, M. J. “The Measurement of Productive Efficiency.” *Journal of the Royal Statistical Society. Series A (General)* 120, no. 3 (1957): 253-90. Accessed October 18, (2020).
- FIORDELISI, F., MARQUES-IBANEZ, D., MOLYNEUX, P. “Efficiency and Risk in European Banking”. ECB Working Paper. Ser. (2010), 1–37.
- GLOBAL ALLIANCE FOR BANKING ON VALUES. Nieuweroordweg 1 PO Box 55, 3700. (2016). AB Zeist The Netherlands.
- GOMEZ, J., “Eficiencia técnica en el sistema bancario español: dimensión y rentabilidad”, *Trimestre Económico*; 300, 1017-1042. (2008)

- GRMANOVÁ, E. y IVANOVÁ, E. “*Efficiency of banks in Slovakia: Measuring by DEA models.*” J. Int. Stud. (2011), 11, 257–272. Sustainability, 11, 5922 10 of 10.
- GUJARATI, D. y DAMODAR, N. “*Basic Econometrics series*”. McGraw-Hill series in economics. Edición 5 Editor McGraw-Hill Irwin. Númº de páginas 922.
- HUANG, D. J., LEUNG, C. K. y QU, B. “*Do bank loans and local amenities explain Chinese urban house prices?*,” (2015). China Economic Review, Elsevier, vol. 34 (C), pages 19-38.
- KNIGHTS, D. “*The failure of regulation in banking: ethical reflections*”. (2009). In 13th European Business Ethics Network UK Conference, Bristol, pp. 6-8.
- KOSAK, M., ZAJC, P. y ZORIĆ, J. “*Bank efficiency differences in the new EU member states*”. (2009). Baltic Journal of Economics. 9. 67-90.
- KOUSIS, M. “*Alternative Forms of Resilience Confronting Hard Economic Times*”. A South European Perspective. Partecipazione e conflitto, (2017). N° 10, Vol. 1, pp. 119-135.
- LOUIS, P., SERET, A. y BAESENS, B. “*Financial Efficiency and Social Impact of Microfinance Institutions Using Self-Organizing Maps*”. (2013). World Development. 46, 197-210.
- MAMATZAKIS, E., STAIKOURAS, C. y KOUTSOMANOLI-FILIPPAKI, A. “*Bank efficiency in the new European Union member states: Is there convergence?*”. Int. Rev. Financ. Anal. (2008), 17, 1156-1172.
- MARTÍNEZ, A. y MARTÍNEZ, M., “*Banca ética: Diferencias con la banca tradicional y evolución tras la crisis*”, (2013). Universidad de León.
- MORADI-MOTLAGH, A. y SALMAN SALEH, A. “*Re-examining the Technical Efficiency of Australian Banks: A Bootstrap DEA Approach*”. Australian Economic Papers. (2014). 53. 112-128.
- MORADI-MOTLAGH, A. y ALPERHAN, B. “*The impact of the global financial crisis on the efficiency of Australian Banks*”. Economic Modelling, (2015), vol. 46, issue C, 397-406.
- NOVICKYTE, L. y DROŽDZ, J. “*Measuring the Efficiency in the Lithuanian Banking Sector: The DEA Application*”. Int. J. Financ. Stud. (2018), 6, 37.
- NOVICKYTĚ, L. y DROŽDZ, J. “*Measuring the Efficiency in the Lithuanian Banking Sector: The DEA Application.*” (2018). International Journal of Financial Studies. 6. 37. 10.3390/ijfs6020037.
- PALEČKOVÁ, I. “*Banking Efficiency in Visegrad Countries: A Dynamic Data Envelopment Analysis*”. Acta Univ. Agric. Silv. Mendel. Brun. (2015), 63, 2085-2091.
- PASIOURAS, F. “*International evidence on the impact of regulations and supervision on banks’ technical efficiency: An application of two-stage data envelopment analysis.*” Rev. Quant. Financ. Account. (2008), 30, 187-223.
- ROGHANIAN, P., AMRAN, R. y HAMED, G. “*Productivity through Effectiveness and Efficiency in the Banking Industry*”. (2012). Procedia—Social and Behavioral Sciences 40: 550-56.
- SASIA SANTOS, P. “*La banca ética en Europa: el enfoque del crédito como criterio de configuración de un espacio de alternativa*”. CIRIEC-España. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa. Núm: 75. Agosto (2012). pp. 276-299.
- SIMAR, L. y WILSON, P. W. “*Estimation and Inference in Two-Stage, Semi-Parametric Models of Production Processes*”. 2007. Journal of Econometrics, 136 (1), 31-64.

- STAIKOURAS, C., MAMATZAKIS, E. y KOUTSOMANOLI-FILIPPAKI, A. “*An empirical investigation of operating performance in the European banking landscape*.” *Glob. Financ. J.* (2008), 19, 32–45.
- TOBIN, J. «*Liquidity Preference as Behavior Towards Risk*». *Review of Economic Studies*. (1958). 25.1: 65-86.
- VALLS MARTÍNEZ, MdC., CRUZ RAMBAUD, S. y PARRA OLLER, I. “*Sustainable and conventional banking in Europe*”. (2020). *PLoS ONE* 15 (2): e0229420.
- WEBER, O. “*Sustainable Banking. Issues and challenges*”. Palgrave pivot. London UK. (2011). pp. 96-121.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 42 (2019-2020), páxs. 97-116
ISSN: 2660-6348

ACOMODACIÓN DE LA COOPERATIVA DE
CRÉDITO AL MARCO DE GOBIERNO COPORATIVO
DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

*ACCOMMODATION OF THE CREDIT COOPERATIVE
TO THE FRAMEWORK OF COPORATE
GOVERNANCE OF THE ENTITIES OF CREDIT*

MANUEL BOTANA AGRA*

Recepción: 12/11/2020 - Aceptación: 17/11/2020

* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidade de Santiago de Compostela. Dirección de correo electrónico: manuel.botana@usc.es

RESUMEN

La crisis iniciada en los años 2007-2008 ha puesto al descubierto las deficiencias que en materia de gobierno corporativo presentaban en general las entidades de crédito. Esta circunstancia ha dado lugar a un movimiento de reformas normativas en el ámbito del gobierno corporativo de estas entidades. El presente artículo analiza algunas de las cuestiones referidas al gobierno corporativo de un concreto tipo de estas entidades: las Cooperativas de Crédito. Y en este marco, el estudio se centra especialmente sobre el sistema de remuneración de los ejecutivos y sobre las medidas de control en la asunción de riesgos; cuestiones que ofrecen significativas peculiaridades en el ámbito de las Cooperativas de Crédito, toda vez que en estas entidades existen tensiones de convivencia entre, de un lado, los principios esenciales en los que se inspiran las organizaciones cooperativas (la “identidad cooperativa”) y las fuertes exigencias y presiones de los mercados, por someterlas a la disciplina general impuesta a las otras entidades de crédito con las que han de competir.

PALABRAS CLAVE: Cooperativa de Crédito, Gobierno corporativo, Identidad cooperativa.

ABSTRACT

The crisis that began in 2007-2008 revealed deficiencies in the Corporate Governance of the credit institutions. This event has led to a legal reform in this area. This article analyzes some corporate governance issues in the Credit Cooperatives. In this context the approach is speciality based on the remuneration system for executives and foresighted measures aimed at controlling risk taking. In other respect, the credit Co-operative have been facing for some time the problem of compatibilising the essential principals with insoire the co-operative organizations with the demands of ever more complex and competitive markets (the Co-operative Identity).

KEYWORDS: Credit Co-operative, Corporate Governance, Co-operative Identity.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL GOBIERNO DE LA COOPERATIVA DE CRÉDITO EN LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA LEY 10/2014. 3. EL GOBIERNO DE LA COOPERATIVA DE CRÉDITO EN EL MARCO DE LA LEY 10/2014 Y NORMAS POSTERIORES. 3.1. Condiciones exigidas a los actores del gobierno corporativo. 3.1.1. Idoneidad. 3.1.2. Incompatibilidades. 3.1.3. Registro. 3.2. Conformación del gobierno corporativo. 3.2.1. Sistemas. 3.2.2. Remuneraciones. 3.2.2.1. Políticas de remuneración. 3.2.2.2. Componentes variables de la remuneración. 3.2.2.3. El Comité de remuneraciones. 3.2.2.4. Publicidad de la política de remuneraciones. 4. GOBIERNO DE LA COOPERATIVA DE CRÉDITO E IDENTIDAD COOPERATIVA. 5. LOS CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO EN LA COOPERATIVA DE CRÉDITO. 6. CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE GOVERNMENT OF THE CREDIT COOPERATIVE IN THE LEGISLATION PREVIOUS TO 10/2014 ACT. 3. THE GOVERNMENT OF THE CREDIT COOPERATIVE IN THE FRAME OF THE 10/2014 ACT AND LATER REGULATION. 3.1. Conditions required to the actors of the corporative government. 3.1.1. Suitability. 3.1.2. Incompatibilities 3.1.3. Register. 3.2. Conformation of the corporative government. 3.2.1. Systems. 3.2.2. Remunerations. 3.2.2.1. Politics of remuneration. 3.2.2.2. Components variables of the remuneration. 3.2.2.3. The Comité of remunerations. 3.2.2.4. Publicity of remuneration politics. 4. THE GOVERNMENT OF THE CREDIT COOPERATIVE AND COOPERATIVE IDENTITY. 5. THE CODES OF GOOD GOVERNANCE IN THE CREDIT COOPERATIVE. 6. CONCLUSION. 7 BIBLIOGRAPHY.

1 INTRODUCCIÓN

1 Sabido es que el cooperativismo de crédito nace como instrumento destinado primordialmente a facilitar la obtención de recursos financieros a personas o agrupaciones de personas a las que resultaba imposible o difícil acceder a estos recursos por los cauces de la banca tradicional. Han sido particularmente los pequeños empresarios (artesanos, comerciantes individuales, agricultores, etc.) los que impulsaron las entidades de crédito mutuo asentadas sobre principios cooperativos (solidaridad, autoayuda, corresponsabilidad, gestión democrática). Y si bien en una primera etapa los beneficiarios de los servicios que prestaban las cooperativas de crédito (básicamente servicios de depósito y de préstamo) eran exclusivamente los socios cooperativistas, poco a poco se ha derivado en una ampliación y apertura tanto en lo concerniente a la gama de servicios ofrecidos como a los potenciales beneficiarios de los mismos (terceros no socios), produciéndose así una progresiva aproximación de configuración jurídico-económica entre las banca típica mercantil y la banca cooperativa.

Sin duda, la confluencia de ambas bancas en sus estructuras, en sus servicios y en sus potenciales clientes ha acelerado la dual e híbrida concepción jurídica de la cooperativa de crédito como banco y como cooperativa; concepción que se plas-

mó en el sometimiento de este tipo de cooperativas a un doble bloque normativo: el regulador de las entidades de crédito en general y el regulador de las sociedades cooperativas. En concreto, la sujeción de la cooperativa de crédito a la normativa bancaria, representada durante algún tiempo por la Ley 2/1962, de 14 de abril, *sobre bases de ordenación del crédito y de la banca* y por la Ley 26/1988, 29 de julio, *sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito*, se reiteró en la vigente Ley 13/ 1989, de 26 de mayo, *de Cooperativas de crédito* (BOE, 129, de 31-5-1989). Al delimitar el régimen jurídico de estas cooperativas, el artículo 2 de esta Ley dispone que las cooperativas de crédito se habrán de regir por las normas propias de las cooperativas y, también, por las normas que regulan la actividad de las entidades de crédito. Por su lado, la Ley estatal 27/1999 de Cooperativas (BOE 170, de 17.7.1999) establece también (art. 104) que las cooperativas de crédito se regirán por su Ley específica y por sus normas de desarrollo, así como por las normas que, con carácter general, regulan la actividad de las entidades de crédito. (Normas paralelas se contienen en la legislación autonómica sobre sociedades cooperativas; tal ocurre, por ejemplo, en la Ley 5/1998, *de Cooperativas de Galicia*, que en su artículo 127.2 declara: “*As cooperativas de crédito rexeranse pola súa normativa específica, así como pola lexislación sobre as entidades de crédito en xeral, resultándolles así mesmo aplicables con carácter supletorio esta lei e as normas que a desenvolvan*”).

2. Ceñidos al ámbito del gobierno corporativo de las Cooperativas de crédito, este gobierno se sitúa en un contexto que habrá de estar presidido por el principio de compatibilización de las exigencias de un mercado cada vez más complejo, globalizado y competitivo, con la observancia de los parámetros que caracterizan las organizaciones cooperativas. Y si bien las cooperativas de crédito desarrollan sus actividades en un marco conformado por diversos factores (políticos macroeconómicos, de competitividad en los mercados, etc.), es indudable que el gobierno corporativo de las mismas representa una pieza básica de su viabilidad y de su éxito empresarial.

En una primera etapa el gobierno corporativo de las cooperativas de crédito estuvo presidido por el principio de identidad “propiedad/poder”, por cuya virtud el ejercicio de ese gobierno estaba reservado a sus socios: cooperativistas. Esta situación pronto mudó como consecuencia de la incorporación a las mismas de otros grupos de interés (inversores, gerentes asalariados, empleados no socios etc), así como de su sometimiento a la normativa común aplicable también a las otras entidades de crédito, dando paso así al principio de separación “propiedad/poder” y, por ende, a la creciente aparición también de conflictos de intereses entre los diversos colectivos participantes en la entidad cooperativa.

3. Justamente, con el fin de ordenar y reglamentar, al menos en sus líneas angulares, el gobierno corporativo de las cooperativas de crédito, la Ley 13/1989 reserva la ejecución de este gobierno al Consejo Rector. Y si bien en su artículo

9 este órgano queda sometido en ciertos aspectos a un régimen imperativo (especialmente en materia de incompatibilidades), deja también un amplio margen de libertad a las cooperativas de crédito con respecto a la configuración de sus Consejos Rectores; configuración que, salvo casos excepcionales, se ha acreditado como un instrumento eficiente para la consecución de los objetivos y fines específicos de estas cooperativas.

Ahora bien, la crisis económica y financiera de los últimos años ha dejado al descubierto, entre otras cosas, notables carencias y disfunciones en los sistemas tradicionales del gobierno corporativo de las entidades de crédito en general y, concretamente, de las cooperativas de crédito. Ello motivó que, como medidas de lucha frente a los perniciosos efectos derivados de dicha crisis, se hayan acometido, tanto a nivel de la Unión Europea (UE) como en el plano del Derecho español, una serie de acciones jurídicas tendentes a corregir las deficiencias y asimetrías de que adolecían tales sistemas de gobierno corporativo.

4. Entre las acciones llevadas a cabo en el ámbito de la UE destacan la aprobación de la *Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 26 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/287/CE y se derogan las Directivas 2006/18/CE y 2006/49/CE* (DOUE L 176, de 27-6-2013), así como la adopción del *Reglamento (UE) 575 (2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 648 (2012 (DOUE, L 176, de 27-6-2013),*

Por lo que respecta al Derecho español, el proceso de renovación normativa en el campo de las entidades de crédito tiene como hitos más significativos: la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, *de medidas de reforma del sistema financiero* (BOE, 281, de 23.11.2002), la Ley 26/2003, de 17 de julio, *por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas* (BOE, 171, de 18.7.2003), la Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible* (BOE 55, de 5.3.2011), la Ley 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (=LOSS)* (BOE 156, de 27.6.2014, correc. errores, BOE 158, de 28-6-2014), la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, *por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo* (BOE, 293, de 4.12.2014) y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, *por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (=RDLOSS)* (BOE, 39, de 14-2-2015). (Como complemento informativo de la normativa establecida en la Ley 10/2014, es de interés la **Circular 2/2016**, de 2 de febrero, del Banco de

España, a las entidades de crédito *sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) 575/2013* (BOE, 24 de 9.2.2016; correc. errores; BOE 182, de 20.7.2016)

5. La normativa española ahora en vigor- contenida primordialmente en la Ley 10/2014 (LOSS) y en el RD 84/2015 (RDLOSS)- hace hincapié en la implantación de sistemas de gobierno corporativo más eficientes y en la fijación de políticas de remuneración de altos cargos alineadas con los riesgos a medio plazo de la entidad. En relación con los sistemas de gobierno corporativo, la LOSS y el RDLOSS ponen el acento en los requisitos de idoneidad que han de reunir los miembros del Consejo de administración, directivos o asimilados, así como en el régimen de incompatibilidades y limitaciones, Y en lo que respecta a los sistemas de remuneraciones, dichos cuerpos normativos prestan especial atención a la formulación de los principios a los que deben ajustarse tales sistemas.

Pues bien, al análisis del régimen instaurado en los mencionados textos normativos sobre los temas apuntados se destinan los apartados siguientes. Pero antes de entrar en este análisis, parece oportuno exponer, siquiera sucintamente y a los efectos de resaltar las diferencias entre el derogado régimen que precedió a la Ley 10/2014 y el instaurado por ésta, el formato de gobierno corporativo de las cooperativas de crédito vigente con anterioridad a esta Ley; formato que básicamente estaba conformado en la Ley 13/1989, de 26 de mayo, *de Cooperativas de Crédito* (BOE 129, de 31.5.1989) y en el Real Decreto 84/1993, de 22 de enero, *por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito* (BOE 43, de 19.2.1993).

2 EL GOBIERNO DE LA COOPERATIVA DE CRÉDITO EN LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA LEY 10/2014

La Ley 13/1989 se ocupa del gobierno corporativo en su artículo 9; y como normas imperativas al respecto tenía establecido: el carácter obligatorio del Consejo rector como órgano social; la competencia exclusiva del Consejo en materia de designación, contratación y destitución del Director general; la existencia de presidente del Consejo con reserva de competencia para convocar este órgano, un sistema de incapacidades e incompatibilidades; la llevanza por el Banco de España de un Registro de altos cargos de cooperativas de crédito; así como el necesario desempeño de la Dirección de la cooperativa por uno o más Directores generales.

Por su lado, el RD 84/1993 se ocupó de desarrollar algunos de los aspectos contemplados por la Ley 13/1989, entre los que pueden destacarse: la elección, composición y responsabilidad del Consejo rector (art. 23), el funcionamiento de este órgano (art. 24), las comisiones, las delegaciones, el consejero delegado (art. 25), y la dirección general de la cooperativa (nombramiento, existencia de uno o más directores generales (art. 27).

Por último, el RD 256/2013, de 12 de abril, *por el que se incorporan a la normativa de las entidades crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea, de 22 de noviembre de 2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del Consejo de administración y de los titulares de funciones clave* (BOE 89, de 13-4-2012) introdujo profundos cambios en punto a los requisitos que debían concurrir en los consejeros, directores (y asimilados) de las entidades de crédito. En relación concretamente con las Cooperativas de Crédito, el artículo segundo de este RD modificó el artículo 2 del RD 84/1993 destinado a definir los “requisitos para obtener y conservar la autorización”; y así, en la letra f) del apartado 1 de este precepto se disponía que las Cooperativas de Crédito han de “contar con un Consejo Rector formado al menos por cinco miembros, dos de los cuales podrán ser no socios”; todos ellos serán personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional, deberán poseer conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones y estar en disposición de ejercer un buen gobierno de la entidad. Los requisitos de honorabilidad y conocimiento y experiencia deberán concurrir también en los directores generales o asimilados, así como en los responsables de las funciones de control interno y otros puestos clave para el desarrollo diario de la actividad de la entidad, conforme establezca el Banco de España.

3 EL GOBIERNO DE LA COOPERATIVA DE CRÉDITO EN EL MARCO DE LA LEY 10/2014 Y NORMAS POSTERIORES

La Ley 10/2014 formula en su título I las disposiciones generales del régimen jurídico por el que han de regirse las entidades de crédito, entre las que incluye expresamente las cooperativas de crédito; y dentro de este título se ocupa de establecer las disposiciones clave sobre los requisitos que deben reunir los actores (consejeros y altos cargos) que desempeñen funciones de gobierno corporativo (cap. IV, arts. 24 a 27) y sobre los instrumentos que garanticen la operatividad y eficiencia de este gobierno (cap. V, arts. 28 a 39) (Según la **Disposición final decimocuarta** de la Ley, la mayoría de los preceptos contenidos en estos artículos entraron en vigor el 28 de junio de 2014, si bien para algunos de ellos (en concreto, los contenidos en los arts. 26 (1-4), 29.4, 34.1 (d, g, i) y 38 (2-3) la entrada en vigor se aplazó hasta el 1 de noviembre de ese mismo año).

3.1. Condiciones exigidas a los actores del gobierno corporativo

Estos requisitos están polarizados en torno a la *idoneidad, incompatibilidades y registro* de las personas que hayan de ejercer funciones de miembro del Consejo de administración (= Consejo rector en las cooperativas de crédito), de director general o asimilado (sobre las personas “asimiladas” a director general v. el art. 6.6 de la LOSS).

3.1.1. *Idoneidad*

Acorde con la línea marcada por el RD 256/2013, la Ley 10/2014 dispone (art. 24.1) que el Consejo de administración de las entidades de crédito estará formado por personas que reúnan los requisitos de idoneidad necesarios para ejercer el cargo y; en particular, exige que estas personas posean una “ reconocida honorabilidad comercial y profesional, tener conocimientos y experiencia adecuados para ejercer las funciones y estar en disposición de ejercer un buen gobierno de la entidad”; requisitos que se exigen también para los directores generales o asimilados, así como para los responsables de funciones de control interno y otros puestos clave para el diario desarrollo de la actividad.

- a) Por lo que respecta a la *honorabilidad*, el apartado 3, a) del artículo 24 establece que concurrirá este requisito en quienes hayan venido mostrando una conducta personal, comercial y profesional que no arroje dudas sobre su capacidad para desempeñar una gestión sana y prudente de la entidad. (Para valorar la concurrencia de honorabilidad se habrá de tener en cuenta toda la información disponible, en los términos que prevé el artículo 30.2 del RD 84/2015).
- b) En relación con los *conocimientos y experiencia adecuados*, la Ley entiende que concurre este requisito en quienes posean una formación de nivel y perfil apropiados, en particular en las áreas de la banca y servicios financieros, y que tengan experiencia derivada de ocupaciones anteriores durante períodos de tiempo suficiente (.v. también el art. 31 del RD 84/2015).
- c) Finalmente, para apreciar la *capacidad para un buen gobierno* la Ley establece que se tendrán en cuenta los potenciales conflictos de interés, así como la capacidad de dedicar tiempo suficiente para realizar las correspondientes funciones (v. en igual sentido, el artículo 32 del RD 84/2015).

Por lo que concierne al *juicio de evaluación* sobre la concurrencia de los requisitos de idoneidad, el artículo 29 del RD 84/2015 prevé que tal juicio puede ser realizado por la propia entidad de crédito (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 del RD 84/2015) o también por el adquirente de una participación significativa que comporte cambios en el Consejo de administración, así como por el Banco de España (Una muestra de aplicación e interpretación detallada de la normativa que acaba de indicarse, la constituye, por ejemplo, el “*Cuestionario para la evaluación de la idoneidad de los altos cargos en entidades de crédito* (mayo de 2018) preparado por los Servicios del Banco de España (= <https://se-deelectronica.bde.es>); y con referencia al ámbito de las cooperativas de crédito, puede verse el *Reglamento interno sobre evaluación de idoneidad de altos cargos y otros puestos clave* (agosto de 2016) adoptado por Ruralnostra, SCC Valenciana (= www.ruralnostra.com))

A fin de evaluar la concurrencia y mantenimiento de la idoneidad de los altos cargos en el tiempo, la Ley (art.31) prevé la figura del *Comité de nombramientos*, que estará integrado por miembros del Consejo que no ejerzan funciones ejecutivas (al menos un tercio de estos miembros y, en todo caso, el presidente del Comité habrán de ser consejeros independientes). Entre las funciones que competen a este Comité, el artículo 38.1 del RD 84/2015 menciona expresamente las relativas a la selección de candidatos y a la evaluación de su idoneidad y de la permanencia de ésta en el tiempo.

3.1.2. Incompatibilidades

A fin de controlar de manera efectiva las acciones y decisiones de la dirección, la LOSS (art. 26) dispone que el Banco de España habrá de determinar el número máximo de cargos que puede ocupar simultáneamente un miembro del Consejo de administración o un Director general o asimilado. Y para la determinación de ese número se tendrán en cuenta las circunstancias particulares de cada entidad de crédito, así como la naturaleza, dimensión y complejidad de sus actividades, sin que en ningún caso los consejeros y los directores generales (o asimilados) de entidades “*mayores, más complejas o de naturaleza más singular*” puedan ocupar al mismo tiempo más cargos que los previstos en alguna de estas dos combinaciones: i) un cargo ejecutivo junto con dos cargos no ejecutivos; ii) cuatro cargos no ejecutivos (son cargos ejecutivos aquellos que desempeñen funciones de dirección, cualquiera que sea la relación jurídica que les atribuya estas funciones). (A tenor de lo dispuesto en el art. 34 de la Circular 2/2016 del Banco de España, se considera que una entidad de crédito es “*mayor, más compleja o de naturaleza más singular*” cuando el volumen total de sus activos a nivel individual supera los diez mil millones de euros a la fecha de cierre de los dos ejercicios inmediatamente anteriores). Por su parte, tanto la LOSS (art. 26.2) como la Circular (art. 34.2) establecen los criterios sobre el cómputo del número de cargos. Así, en primer lugar, se computará como un único cargo, el conjunto de cargos ejecutivos y no ejecutivos ocupados dentro de un mismo Grupo; asimismo, se computará como un único cargo el desempeño de cargos ejecutivos y no ejecutivos en entidades que formen parte de un mismo Sistema institucional de protección; y también se computará como un solo cargo, los cargos ejecutivos y no ejecutivos ocupados en sociedades mercantiles en las que la entidad de crédito posea una participación cualificada. Por último, no se computarán como cargos, los que se desempeñen en organizaciones o entidades sin ánimo de lucro o que no persigan fines comerciales (Como muestra de recepción de esta normativa por parte de entidades de crédito, puede verse el documento aprobado por Bankia (abril de 2016) con el título: *Mecanismos internos implantados para cumplir con la normativa sobre incompatibilidades* (www.bankia.com)).

3.1.3. Registro

Sin perjuicio de la pertinente inscripción en el Registro Mercantil, la LOSS (art. 27) dispone que para el ejercicio de las funciones de consejero o director general (o asimilado) es requisito ineludible la previa inscripción en el Registro de Altos Cargos. En el procedimiento de inscripción, los consejeros o directores generales (o asimilados) habrán de hacer constar documentalmente la aceptación del cargo, así como la manifestación de que reúnen los requisitos de idoneidad exigidos y que no están incurso en ninguna de las limitaciones o incompatibilidades previstas.

3.2. Conformación del gobierno corporativo

3.2.1 Sistemas

Sin imponer modelos determinados de gobierno corporativo, la LOSS formula (art.29.1) unas exigencias mínimas a las que han de ajustarse los procedimientos de gobierno por los que opten las entidades de crédito. Tales exigencias son: i) una estructura organizativa clara con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes; ii) procedimientos eficaces de identidad, gestión, control y comunicación de los riesgos existentes o potenciales; iii) mecanismos adecuados de control interno; iv) políticas y prácticas de remuneración que sean compatibles con una gestión apropiada y eficaz de riesgos.

De otra parte, aunque la Ley no lo impone como modelo único, es indudable que la misma se decanta por el Consejo de administración como pieza clave del gobierno corporativo. En esta línea, la propia Ley (art.29.2) obliga al Consejo a que defina un sistema de gobierno corporativo que garantice “una gestión sana y prudente y que incluya un adecuado reparto de funciones en la organización y prevención de conflictos de intereses” (Esto explica que en su apartado 3 el mismo artículo 29 formule un listado de funciones indelegables del Consejo). Ahora bien, para alejar cualquier sombra de duda respecto de la actuación del presidente del Consejo, el artículo 29.4 acoge el principio de *separación* de las funciones de presidente y de consejero-delegado; dispone en este sentido que el presidente del Consejo no podrá ejercer “simultáneamente” el cargo de consejero-delegado, a menos que la entidad lo justifique y que el Banco de España lo autorice (norma similar se recoge, por ejemplo, en el art.529 *septies* del TRLSC).

En aras de garantizar que los procedimientos de gobierno corporativo sean sanos y prudentes, la LOSS (art. 30) obliga a las entidades de crédito a elaborar y mantener actualizado un *Plan General de Viabilidad* que recoja las medidas que hayan de tomarse en caso de que ocurra algún deterioro significativo, destinadas a restaurar la viabilidad y solidez financiera; Plan que habrá de someterse a la aprobación del Banco de España.

Por su lado, el artículo 38.2 del RD 84/2015 —que desarrolla el artículo 31 de la LOSS— encomienda al Comité de nombramientos que vele por que la toma de decisiones por parte del Consejo no se vea dominada por un individuo o por un grupo reducido de individuos, que comporte un perjuicio a los intereses de la entidad en su conjunto.

Finalmente, la Ley (art. 37) responsabiliza de la *gestión de riesgos* al Consejo de administración y le impone: i) dedicar tiempo suficiente a los asuntos relacionados con los riesgos, en particular participando en la gestión de todos los riesgos más sustanciales contemplados en la normativa de solvencia y velando por que se aseguren los recursos adecuados para la gestión de los riesgos, y ii) aprobar y revisar las estrategias y políticas de asunción, gestión, supervisión y reducción de los riesgos a los que la entidad está o puede estar expuesta.

Y como instrumento de gestión de los riesgos, la LOSS (art. 38) obliga a las entidades de crédito a disponer de una unidad u órgano cuya función sea precisamente la gestión de los riesgos; unidad u órgano que, previa decisión del Banco de España, adoptará el formato de *Comité de riesgos*, integrado por miembros del Consejo con funciones no ejecutivas y con conocimientos, capacidad y experiencia adecuados (Sobre el detalle de las funciones del Comité de riesgos v. el art.42 del RD 84/2015).

3.2.2. Remuneraciones

Entre las medidas ensayadas para poner remedio a los nocivos efectos derivados de la crisis económica, destacan sin duda las concernientes a las políticas de “remuneración” de los administradores y directivos de las entidades financieras. Las líneas clave de estas políticas aparecen ya bien definidas en la “*Recomendación de la Comisión Europea sobre las políticas de remuneración en el sector de los servicios financieros*” de 30 de abril de 2009 (DO, L 120, de 15.5.2009) y, de forma aún más concisa, en la *Directiva 2010/76, de 24 de diciembre de 2010, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE en lo que respecta a los requisitos de capital para la cartera de negociación y las reutilizaciones y a la supervisión de las políticas de remuneración* (DOUE L329, de 14.12.2010). Pues bien, las previsiones contenidas en esta Directiva fueron objeto de incorporación al Derecho español mediante la Ley 6/2011, de 11 de abril, *por la que se modifican la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre la adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas* (BOE 87, 12.4.2011), así como mediante el Real Decreto 771/2011 de 3 de junio, *por el que se modifica el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades*

financieras, y el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de las entidades de crédito (BOE 133, de 4.6.2011).

Tras la aprobación de la Directiva 2013/36/UE, la Ley 10/2014 acomodó el régimen instaurado por la Ley 6/2011 a las disposiciones de esta Directiva en materia de remuneración de consejeros y directivos de las entidades de crédito. En este marco, el régimen legal vigente se asienta sobre estos pilares: las políticas de remuneración, los componentes variables de la remuneración, el comité de remuneraciones, y la publicidad de la política de remuneraciones.

3.2.2.1. Políticas de remuneración

En la fijación y aplicación de la remuneración global de los altos cargos, las entidades de crédito se atenderán a los principios formulados en el artículo 33 de la Ley; entre ellos cabe destacar que: i) la política de remuneraciones habrá de promover y será compatible con una gestión adecuada y eficaz de los riesgos, evitando ofrecer incentivos para asumir riesgos que rebasen el nivel de tolerancia de la propia entidad; ii) la política de remuneraciones debe ser compatible con la estrategia empresarial, los objetivos y los intereses a largo plazo de la entidad, con inclusión de medidas dirigidas a evitar posibles conflictos de interés; iii) las personas que ejerzan funciones de control han de ser independientes de las unidades de negocio que supervisen y contarán con la autorización necesaria para desempeñar su cometido, debiendo ser remunerados en función del cumplimiento de los objetivos propios de sus funciones independientemente de los resultados de las áreas de negocio que controlen; iv) en las políticas de remuneraciones que establezcan, las entidades de crédito se han de diferenciar de manera clara los criterios para la determinación de una remuneración “fija” y una remuneración “variable”

La adopción, revisión y supervisión de los principios a los que ha de ajustarse la política de remuneraciones incumbe al Consejo de administración, y éste elaborará un informe de evaluación anual al respecto (sobre los aspectos que han de reflejarse en este informe, v. el art 37 de la Circular 2/ 2016 del Banco de España). Por lo demás, el apartado 3 del artículo 33 de la Ley impone que la remuneración de los miembros del Consejo se someta a la aprobación de la Junta o Asamblea general en los mismos términos que los establecidos para las sociedades cotizadas (será de aplicación, por tanto, lo dispuesto en el artículo 529 del TRLSC).

3.2.2.2. Componentes variables de la remuneración

En punto a los *componentes variables* de la remuneración, la Ley (art. 34) formula también una serie de principios que han de cumplirse al respecto. Sin entrar en mayores detalles, basta hacer mención aquí a las siguientes pautas o criterios :i) en caso de que la remuneración esté vinculada a los resultados, el importe total de la misma se basará en una evaluación en la que se combinen los resultados in-

dividuales con los resultados globales de la entidad; ii) el total de la remuneración variable no limitará la capacidad de la entidad para reforzar la solidez de su base de capital; iii) la evaluación de los resultados se realizará en un marco plurianual para asegurar que la misma se asienta sobre resultados a largo plazo; iv) deberá existir un equilibrio entre los componentes fijos y variables de la remuneración; v) la política de pensiones habrá de ser compatible con la estrategia empresarial, los objetivos y los intereses de la entidad a largo plazo; vi) no se permitirá utilizar estrategias personales de cobertura o seguros relacionados con la remuneración que menoscaben los efectos de alineación con la gestión sana de los riesgos que fomenten los sistemas de remuneración; y vii) no se permitirá el abono de la remuneración variable mediante instrumentos o métodos que faciliten el incumplimiento de la ordenación y disciplina a que está sometida la entidad de crédito (el artículo 36, 1 y 2 del RD 84/2015 desarrolla algunos aspectos del artículo 34 de la Ley 10/2014).

Cuando una entidad de crédito reciba apoyo financiero público, además de cumplir los principios comunes sobre política de remuneraciones, la LOSS exige en su artículo 35 que la remuneración variable se limite estrictamente a un porcentaje de los ingresos netos en caso de que la misma sea incompatible con el mantenimiento de una base sólida de capital y con la oportuna renuncia del apoyo financiero público (v.art.36.3 RD 84/2015).

3.2.2.3. *El Comité de remuneraciones*

La creación obligatoria del *Comité de remuneraciones* está prevista en el artículo 36 de la LOSS. Este Comité estará integrado por miembros del Consejo de administración que desempeñen funciones “no ejecutivas”; y al menos un tercio de sus componentes (y en todo caso su presidente) habrán de ser consejeros independientes.

Compete al Comité de remuneraciones preparar las decisiones relativas a remuneraciones; en particular, habrá de emitir su informe sobre la política general de retribuciones de los consejeros y directivos, así como sobre la retribución individual de los miembros del Consejo que desempeñen funciones ejecutivas; y al preparar sus decisiones, habrá de tener en cuenta los diversos intereses en juego (de socios, inversores, etc.), incluido el interés público (art.39 RD 84/2015).

3.2.2.4. *Publicidad de la política de remuneraciones*

En materia de *publicidad* de la política de remuneraciones, la LOSS (art.29.5) impone a las entidades de crédito contar con una página *web* en la que se dará información sobre los extremos y asuntos previstos en el capítulo V del título I de la propia Ley. Por su lado, la misma Ley (art.32.3) obliga a las entidades de crédito a dar publicidad de la remuneración total devengada en cada ejercicio económico

por cada uno de los miembros del Consejo de administración; publicidad que habrá de desglosar los conceptos retributivos diferenciando la parte fija, la parte variable y las dietas e, igualmente, deberá informarse sobre el resultado de la votación de la política de remuneraciones habida en la Junta o Asamblea general (v.art.37 RD 84/2015).

4 GOBIERNO DE LA COOPERATIVA DE CRÉDITO E IDENTIDAD COOPERATIVA

Una vez analizadas las piezas angulares de la configuración del gobierno corporativo a las que han de ajustarse también las cooperativas de crédito en el marco de la Ley 10/2014, cabe plantear si esa configuración sigue siendo compatible con el molde de la *identidad cooperativa* al que también, por exigencias conceptuales, ha de acomodarse la cooperativa de crédito. Pues bien, al igual que cualquier otro tipo cooperativo, la cooperativa de crédito ha nacido y se ha desarrollado tradicionalmente conforme a los típicos valores cooperativos de autoayuda, de corresponsabilidad, equidad o de solidaridad (ACI 1995). Justamente, la encarnación de estos valores en su misma esencia ha servido de base a la singularidad que la cooperativa de crédito ha venido presentando frente a otros formatos de entidades financieras; singularidad que se ha reflejado principalmente en la participación igualitaria de los socios en su gestión y gobierno, en la vinculación de la cooperativa a las empresas de los socios, en su ámbito de actuación de corte primordialmente local etc.

Ocurre, sin embargo, que desde el último cuarto del pasado siglo XX se ha producido el ya apuntado proceso de homogeneización de la cooperativa de crédito con las restantes entidades crédito. De este modo, la fuerza de los mercados y el afán por competir con otros operadores, contribuyeron a que la cooperativa de crédito diversificara sus servicios, ofreciera éstos a terceros no socios, superara su vinculación territorial y profesionalizara sus cuadros directivos; todo ello a imagen y semejanza de las restantes entidades de crédito.

De este modo, la cooperativa de crédito se ha visto arrastrada por la fuerza de los mercados que valoran los grandes números y los resultados brillantes y, por ello, se produjo un notable debilitamiento de las claves cooperativas sobre las que se había asentado en sus orígenes, a saber: primacía del elemento personal sobre el capitalista, la participación democrática, el desarrollo sostenible o la incorporación de valores éticos.

Con todo, y a pesar del indicado proceso de homogeneización —e incluso de unificación en no pocos aspectos— en el momento actual siguen apreciándose en la cooperativa de crédito, de forma más o menos nítida, los rasgos configuradores de la denominada *identidad cooperativa*. Entre estos rasgos cabe resaltar:

- a) El mantenimiento de una especialización, siquiera relativa, en los sectores productivos en los que tradicionalmente se ha alimentado su base social (agricultura, artesanía, empresa familiar, etc.).
- b) La prestación de servicios a sus socios a coste menor que los prestados por otras entidades de crédito. Tal suele suceder, por ejemplo, en caso de préstamos de Cajas rurales a cooperativas agrarias o de explotación comunitaria de la tierra.
- c) Por lo general las *ratios* de solvencia, fruto de la progresiva capitalización de excedentes, son notablemente superiores a los de otras entidades crédito.
- d) La subsistencia del principio de primacía de la persona socia en cuanto tal, al margen de su mayor o menor participación en el capital social, hasta el punto de que, con independencia del grado de esa participación, los cooperativistas gozan de una posición igualitaria en punto al derecho de voto.
- e) Si bien en la cooperativa de crédito la aplicación de la normativa sobre entidades de crédito puede debilitar significativamente el principio cooperativo de la autogestión democrática, se aprecia todavía un cierto margen de actuación e intervención de los socios en materia de gobierno corporativo de la cooperativa.
- f) El mantenimiento del peculiar sistema de distribución de beneficios (excedentes) integrado: i) por el principio de irrepertibilidad de un porcentaje de los mismos entre los socios (los excedentes que por Ley o estatutos tienen un destino predeterminado); y ii) por el criterio de reparto de los excedentes entre los socios, atendiendo no a su participación en el capital social sino a su participación en la actividad cooperativizada.

En definitiva, la transparencia, la responsabilidad, la solidaridad y la proyección social son valores que, con mayor o menor fuerza, todavía están presentes en la cooperativa de crédito. La acción de ésta no es meramente la de dar satisfacción a un interés personal egoísta; antes bien, su razón de ser y de actuar se proyecta en la atención del interés colectivo de los socios y de la colectividad humana que forma su entorno social.

5 LOS CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO EN LA COOPERATIVA DE CRÉDITO

En un importante estudio elaborado por la ACI en 1995 sobre el gobierno corporativo de las cooperativas se apuntaban como deficiencias más significativas de este gobierno: el nombramiento de directivos inexpertos y con limitados conocimientos en temas financieros, la escasa capacidad técnica de los miembros de Consejos rectores, la insuficiente atención prestada por éstos al interés colectivo de la cooperativa, la endogamia o la excesiva inmovilidad de renovación en la ocu-

pación de los cargos. Y entre los posibles remedios para corregir estas deficiencias se avanzaban propuestas favorables a la implantación de los denominados *códigos de buen gobierno* en el ámbito de las organizaciones cooperativas (Para una amplia exposición de este estudio v. R. VOLKERS, R/LEER, M., 1996), pp.37 y ss.).

En línea con estas propuestas, a comienzos de los años 2000, la ACI impulsó un estudio titulado “*Las estructuras de gobierno de las empresas de economía social y el papel de sus directivos*”, cuyos resultados se publicaron en el año 2004 (la versión española se publicó en la Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, CIRIEC-España, 48 (2004), págs.5 y ss.). El tema medular de la investigación era el siguiente: ¿de qué estructuras de gobierno y tipos directivos se han de dotar las empresas cooperativas y de economía social para mejorar el nivel de desarrollo y eficiencia de su actividad económica en términos que resulten compatibles con su “identidad” cooperativa y de economía social?

Sin duda, la cuestión de la oportunidad de articular códigos de buen gobierno en el sector de las cooperativas no era sino una incursión en este sector del movimiento general, que se inició a finales de los años 1990, a favor de la elaboración e implantación de los denominados Códigos de Buen Gobierno Corporativo en el ámbito de las sociedades mercantiles (Informes Olivencia (1998), Aldama (2003), Código Unificado del Buen Gobierno Corporativo-CUBGC (2006), y últimamente, el Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas-CBGSC (2015)).

Así las cosas, se plantea la cuestión de si los principios, normas y recomendaciones contenidas, por ejemplo, en el CUBGC (o en su caso, en el CBGSC) son trasladables *tal cual* (o con adaptaciones de índole menor) a las cooperativas de crédito o si, por el contrario, el peculiar ADN que caracteriza a estas cooperativas postula la preparación de Códigos de buen gobierno *ad hoc* para estas sociedades.

Pues bien, sin necesidad de alterar sustancialmente la singularidad de las cooperativas de crédito, a nuestro modo de ver no se aprecian imperativos que exijan descartar la aplicación a las cooperativas de los Códigos destinados a otras sociedades mercantiles. Como certeramente se ha escrito (OLIVENCIA RUIZ-2012), “ni el fin mutualista propio de las cooperativas en general ni el respeto a los principios y/o valores cooperativos proclamados por la ACI, suponen, en principio, un obstáculo insalvable” para la aplicación de tales Códigos en el ámbito de las cooperativas de crédito. Lo cual, obviamente, no impide que a la hora de acomodar estos Códigos a cada cooperativa que los acoja, se introduzcan en los mismos las pertinentes adaptaciones. Y como experiencias llevadas a cabo en esta línea, pueden verse, entre otros, los Códigos de Buen Gobierno del Consejo rector de la Caixa Rural de Vinarós (2016) o de Banicarló (2016), así como los Códigos de Buen Gobierno de la Caja Rural de Soria, de Zamora o de Granada (2015). En este orden de cosas hay que convenir con el admirado maestro OLIVENCIA que los Códigos de buen gobierno suponen un *plus* que sobrepasa el mero cumplimiento de las normas jurídicas imperativas, toda vez que persiguen incorporar al gobierno

corporativo valores éticos que refuerzan la transparencia de actuación y el grado de responsabilidad de los encargados de este gobierno.

6 CONCLUSIÓN

Ciertamente, las cooperativas de crédito vienen desarrollando sus actividades financieras en un entorno cada vez más complejo y competitivo, en el que predominan objetivos y aspiraciones propios de la economía puramente capitalista y en el que tienen que sortear no pocos obstáculos para poder mantener su identidad cooperativa. Se comprende de este modo que las expectativas de presente y de futuro de estas entidades de crédito estén condicionadas, en buena medida, a cómo erigirse en empresas sólidas, eficientes y competitivas en los mercados financieros manteniendo, al propio tiempo, dicha identidad. Admitiendo que para conciliar ambos factores estas cooperativas habrán de despojarse de algunos lastres del pasado, es indudable que existe todavía una amplia libertad de configuración para que las mismas desarrollen su actividad financiera conforme a valores y principios propios de la economía social. En el marco de esa libertad está comprendida sin duda la articulación de su gobierno corporativo, entendido como el conjunto de principios y normas relativas, en especial, a la participación de los cooperativistas en este gobierno, al Consejo rector, a los directivos y empleados, así como a la previsión de instrumentos que aseguren una información transparente, suficiente y oportuna dirigida a los socios y a otros grupos de interés. Al logro de estos objetivos se destina precisamente el conjunto de medidas orientadas a dotar a los Consejos rectores de las entidades de crédito de un cúmulo de competencias y responsabilidades hasta hace poco tiempo apenas explicitadas, entre las que caben resaltar las relativas al control y gestión de riesgos o a las políticas de remuneraciones. Justamente, el dinamismo y los incesantes cambios del actual escenario económico y financiero, así como la profusión (a veces excesiva) de normas jurídicas de distinto alcance y procedencia a que se ven sometidas, imponen que las personas designadas para ocupar los cargos en los Consejos rectores y en la Dirección de la entidad hayan de reunir las capacidades y preparación suficientes para desempeñar tales cargos con garantías de eficiencia y acierto. Por ello, en el lugar de los modelos de gestión (entendida ésta en términos amplios) inmovilistas o de estructuras rutinarias y miméticas heredados de tiempos pasados, ha de instaurarse un marco jurídico moderno y flexible que facilite la configuración de los consejeros y altos directivos de las cooperativas de crédito como piezas angulares en la superación de los retos y desafíos que plantea una economía cada vez más globalizada y competitiva, en la que el ejercicio de la actividad de tales entidades resulta complejo y sofisticado.

En línea con lo que acaba de apuntarse y en relación con los Consejos rectores y la Dirección de las cooperativas de crédito, a continuación se avanzan algunas

líneas que pueden contribuir a una conformación de aquéllos como instrumentos idóneos y eficientes de un buen gobierno corporativo de esas cooperativas.

- a) Los Consejos deben ser un fiel reflejo de la diversidad de intereses de su base social; en este marco, las mujeres deberían incrementar su presencia en ellos. Además, sería una medida de profilaxis establecer un sistema rotativo en la ocupación de cargos, evitando situaciones de cooptación o de privilegios, así como incorporar mecanismos de renovación periódica del personal al servicio de los consejeros y altos cargos.
- b) La elección y nombramiento de los consejeros y directivos debería estar precedida de un serio y riguroso proceso de selección en el que prime la honorabilidad personal la formación técnica o profesional y también la formación cooperativa, así como la disponibilidad de tiempo y el grado de implicación en el logro de los objetivos y en la satisfacción de los intereses de la entidad en cuanto tal.
- c) Los Consejos rectores habrán de esforzarse por seleccionar y contratar Directivos y altos cargos entre quienes, además de las pertinentes capacidades y competencias técnicas, se interesen por ajustar el ejercicio de las actividades financieras a los valores que presiden toda actuación cooperativa, esto es, que en el desempeño de su cargo no se limiten a satisfacer las exigencias del mercado, conscientes de que en las cooperativas de crédito se ha de atender también a otros valores.
- d) Los Consejos rectores deberán impulsar los denominados “Códigos de buen Gobierno” en los que se incluyan reglas, principios y recomendaciones que van más allá del cumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas. Aunque no existen modelos rígidos a los que tengan que acomodarse estos Códigos, en la práctica (v. por ejemplo, los Códigos de buen gobierno de la Caja Rural de Zamora (www.cajaruraldigital.com/zamora/ruralvia/gobierno) o de Granada (www.cajaruralgranada.es)), los extremos relativos a los Consejos rectores suelen estar referidos a: los principios de actuación, al tamaño y composición, a las obligaciones del presidente/ secretario/consejeros, a la remuneración, a la evaluación del Consejo/ del presidente / y del Director general, y a las Comisiones (Ejecutiva, de Auditoría, de Riesgos, de nombramientos y de retribuciones).

En definitiva, aunque es innegable que las cooperativas de crédito se ven sometidas cada vez con más intensidad a las disposiciones jurídicas que rigen a las entidades de crédito en general, no lo es menos que disponen de márgenes suficientes para mantener todavía bien demarcados los rasgos propios de su identidad cooperativa; rasgos que habrán de contribuir a reforzar su solvencia y estabilidad económica y financiera, así como la confianza de los grupos de interés (cooperativistas, inversores, poderes públicos, etc.); objetivos éstos cuyo logro dependerá,

en buena medida, de la seriedad, rigor, dedicación y competencias que despliegan en la cooperativa las personas que en cada momento desempeñen las funciones de altos cargos (consejeros, directores generales o asimilados) en cuanto integrantes de sus gobiernos corporativos.

7 BIBLIOGRAFÍA

- ALDA GARCÍA, M., ASSO SANZ, J. L. y MARCO SANJUÁN, I., (2017). *Las cooperativas de crédito en España tras la reestructuración del sector financiero*, Aposta-Revista de ciencias sociales, 75 (2017), págs. 98 y ss.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R. y SÁNCHEZ RUIZ, M., (2007). *Aspectos generales sobre el buen gobierno de las cooperativas y de los grupos cooperativos*, RDM, 166 (2007), págs. 1057 y ss.
- BROOK, Y., (2000). *Corporate Governance and recent consolidation in the Banking Industry*, Journal of Corporate Finance, v.6-2º, págs. 141 y ss.
- BOTANA AGRA, M., (2018). *Notas sobre los códigos de buen gobierno corporativo en el ámbito de las sociedades cooperativas*, en CES (Cooperativismo y Economía Social), n.º 40 (curso 2017-2018), Universidad de Vigo, págs. 87-104.
- CASTILLO, E., TRIAS, C. y ARRIBAS, A. Modelos de cooperativismo de crédito europeo, en: <http://old.eesc.europa.eu/resources/docs/qe-02-17-761-es-n.pdf>.
- CESE (Comité Económico y Social Europeo) (2015). *Dictamen (de iniciativa) sobre el papel de las cooperativas de crédito y cajas de ahorro en la cohesión territorial-propuestas para un marco adaptado de regulación financiera*, publicado en DOUE, C 251, de 31.7.2015.
- CHAVES, R. y SOLER, F., (2004). El gobierno de las cooperativas de crédito en España, CIRIEC-España, Valencia.
- GUERRA MARTÍN, G., (2018). *El gobierno corporativo de las entidades de crédito*, en AA.VV. Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero, M. Pons, Madrid, págs. 159 y ss.
- LUQUE FRIAS, J., (2012). Crisis económica y cooperativas de crédito: el reto de la eficiencia en: <http://o-hera.ugr.es.adeustria.ugr.es/tesisugr/21007196.pdf>.
- MORTLOCK, G., (2002). *Corporate Governance in the Financial Sector*, Bulletin Reserve Bank N. Z., v-65-2º, págs. 12 y ss.
- OCDE, (2016). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, ed. OCDE, París.
- OLIVENCIA RUIZ, M., (2012). *Los códigos de buen gobierno en la crisis o la crisis de los códigos de buen gobierno*, en AA.VV. El sistema financiero y el gobierno corporativo, UNACC, Madrid 2012, págs. 25 y ss.
- ONTIVEROS BAEZA, E. y SÁNCHEZ PAJARES, F., (2012). *Gobierno corporativo y cooperativas de crédito: un modelo singular*, en AA.VV. El sistema financiero y el gobierno corporativo, UNACC, Madrid 2012, págs. 55 y ss.
- SOLER TORMO, F. V., (2002). *La identidad cooperativa como garantía de futuro: las cooperativas de crédito ante la trivialización de sus principios*, en Revista de Economía pública, social y cooperativa (REPSyC), CIRIEC-España, 40 (2002) págs. 215 y ss., con ulteriores y abundantes citas.
- UNACC (2015)-*Banca Cooperativa*, Revista de la UNACC, 62 (2014/2015).

UNACC (2018) Anuario 2017: en www.unacc.com/Portals/0/Anuario/Anuario2017.pdf.

VARGAS VASSEROT, C., (2015). *Las cooperativas de crédito y su posición dentro de modelo cooperativo: integración frente a diferenciación en el marco de la reforma del sistema financiero*, REVESCO (Revista de Estudios Cooperativos) 117 (2015), págs. 50 y ss.

VOLKERS, R. y LEER, M., (1996). *General trends fundings and recommendations on Corporate Governance and Management Control in European Cooperatives*, en *Review of International Corporation*, 89 (1996), págs. 37 y ss.

II

XURISPRUDENCIA

II.1. COMENTARIOS XURISPRUDENCIA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 42 (2019-2020), páxs. 119-137
ISSN: 2660-6348

**SOBRE A NÃO-CONVOCAÇÃO DE SÓCIOS HONORÁRIOS
E A OBRIGATORIEDADE DE VOTO SECRETO NAS
ASSEMBLEIAS GERAIS DE COOPERATIVAS:
COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA
RELAÇÃO DE COIMBRA DE 19 DE MARÇO DE 2019**

*ON THE NON-CALL FOR HONORARY MEMBERS AND THE
OBLIGATION OF SECRET VOTING AT GENERAL MEETINGS
OF COOPERATIVES: COMMENTARY ON THE COIMBRA
COURT OF APPEAL RULING OF MARCH 19, 2019*

José Sá Reis*

Recepción: 13/8/2020 - Aceptación: 1/10/2020

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Investigador do CIJE-Centro de Estudos Jurídico-Económicos; Advogado. E-mail: reis@direito.upt.pt.

RESUMO

(I) é muito discutível que deva aplicar-se à convocação dos membros honorários de uma cooperativa, quando existam, a regra de direito societário que prescreve a nulidade das deliberações aprovadas em assembleia geral para a qual não tenham sido convocados todos os sócios; (ii) a obrigatoriedade de voto secreto, imperativamente prevista para a eleição de titulares de órgãos sociais e para “*assuntos de incidência pessoal dos cooperadores*”, deve aplicar-se a outras deliberações em que se apreciem, para efeitos de ação disciplinar ou civil, destituição ou aplicação de outras sanções, as qualidades ou comportamentos de cooperadores, sejam ou não membros dos órgãos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: cooperativas; membros honorários; falta de convocação; voto secreto.

ABSTRACT

(I) it is highly debatable that the rule of company law which prescribes the nullity of resolutions approved at a meeting for which not all shareholders have been convened should apply to the convening of honorary members of cooperatives, when such members exist; (ii) vote secrecy, which is mandatory for the election of members of cooperative bodies and for “*matters of personal incidence of cooperators*”, should apply to resolutions in which the qualities or behaviour of cooperators is assessed for the purpose of disciplinary or civil proceedings, removal, or application of legal and statutory sanctions, whether or not they sit on cooperative bodies.

KEYWORDS: cooperatives; honorary members; failure to convene; vote secrecy.

SUMÁRIO: 1. ENQUADRAMENTO. 2. A FALTA DE CONVOCAÇÃO DOS MEMBROS HONORÁRIOS. a) A categoria do *membro honorário*. b) A necessidade de convocação de todos os membros. c) A (des)necessidade de convocação dos membros honorários. 3. A VOTAÇÃO 'BRAÇO-NO-AR'. a) As deliberações sobre “assuntos de incidência pessoal” dos cooperadores. b) As deliberações eleitorais. 4. BIBLIOGRAFIA

SUMMARY: 1. FRAMEWORK. 2. THE LACK OF CALL FOR HONORARY MEMBERS. a) The category of honorary member. b) The need to call all members. c) The (de)need to call for honorary members. 3. THE 'ARM-IN-AIR' VOTING. a) The deliberations on “matters of personal incidence” of the cooperators. b) The electoral deliberations. 4. BIBLIOGRAPHY

1 ENQUADRAMENTO

O Acórdão em apreço debruça-se sobre a impugnação, por parte de dois cooperadores e membros do Conselho de Administração de uma Cooperativa de Solidariedade Social, de um conjunto de deliberações relativas à suspensão imediata das funções que exerciam, acompanhada de abertura de processo disciplinar e de eventual instauração de ação de responsabilidade civil.

Para esse efeito servem-se os A. A. de um vasto arsenal de argumentos, todos cabalmente recusados quer pelo Tribunal de 1ª instância, quer pelo Tribunal da Relação. Entre eles contam-se a omissão, na ordem de trabalhos, de um ponto relativo à nomeação da secretária da reunião, a incompatibilidade desta para o exercício do cargo (por ser simultaneamente vogal do Conselho Fiscal), ou a omissão, na convocatória, da referência aos documentos em que se baseavam as propostas de deliberação. Não vamos aqui analisar todas estas questões, em virtude da manifesta falta de fundamento de alguns dos argumentos rebatidos no Acórdão. Centrar-nos-emos em duas questões suscitadas que nos parecem, essas sim, relevantes: (i) a necessidade (ou não) de convocação de todos os cooperadores, sejam eles membros *efetivos* ou *honorários*; e (ii) a regularidade de as deliberações em causa, com aquele concreto conteúdo, terem sido aprovadas com recurso ao método do *braço no ar*, e não através de voto secreto.

2 A FALTA DE CONVOCAÇÃO DOS MEMBROS HONORÁRIOS

a) A categoria de *membro honorário*

Apesar de o Código Cooperativo de 2015¹ apenas prever, como categoria especial de membros de cooperativas (a par, claro, dos cooperadores), a existência

¹ Aprovado pela Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto.

de *investidores* (cuja criação constituiu, de resto, uma das grandes novidades da nova lei), o Regime Jurídico das Cooperativas de Solidariedade Social² (doravante, RCSS) estabelece uma dicotomia diferente: a de membros *efectivos* (art. 4.º) e *honorários* (art. 5.º). Ora, se existe uma razoável identidade conceptual entre os membros efetivos e os cooperadores, o mesmo não pode dizer-se relativamente às categorias de membro honorário e investidor.

A qualidade de membro honorário pressupõe a contribuição “*com bens ou serviços, nomeadamente de voluntariado social, para o desenvolvimento do objecto da cooperativa*”. A de membro investidor, por seu lado, depende da subscrição de títulos de capital ou de investimento (art. 20.º, n.º 2, do Cód. Cooperativo). Estes são, nas palavras de DEOLINDA MEIRA, “membros de natureza contingente ou adjetiva, cuja presença não é necessária para a válida existência da cooperativa, e que se caracterizam por reduzir o seu compromisso obrigacional à mera entrada para o capital social. São, portanto, membros que colaboram na consecução do fim social através de uma contribuição financeira para a cooperativa, não participando na actividade cooperativizada”.³

As duas categorias têm subjacente, portanto, a ideia de permitir a participação no projeto cooperativo a membros que, não pretendendo “*utilizar os serviços prestados pela cooperativa, em benefício próprio ou dos seus familiares, ou nela desenvolver a sua actividade profissional*”, como é apanágio da generalidade dos cooperadores⁴, se dispõem todavia a contribuir de algum modo para que esta possa desenvolver a atividade compreendida no seu objeto – seja essa contribuição com puro e simples financiamento, como sucede com os investidores, seja antes com bens ou serviços, como no caso dos membros honorários. Esta afinidade não deve, no entanto, ocultar as diferenças de fundo entre ambas, e que de resto explicam que a figura dos investidores venha prevista no Cód. Cooperativo para a generalidade dos tipos de cooperativa, ao passo que a dos membros honorários está arredada do diploma de enquadramento geral do direito cooperativo e remetida para o regime particular de alguns tipos⁵. Daqui resultam, como é natural, importantes diferenças de regime.

² Aprovado pelo Decreto-lei 7/98, de 15 de janeiro, que se mantém em vigor.

³ D. MEIRA, «O Regime económico das cooperativas à luz do novo Código Cooperativo português», in *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n.º 50/2016, pág. 315; ainda sobre os membros investidores pode ver-se, da mesma A., “O que mudou no regime económico das cooperativas”, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 27, 2016, pp. 37 ss.; D. MEIRA/ M. E. RAMOS, «A reforma do Código Cooperativo em Portugal», *Cooperativismo e Economía Social*, n.º 38 (2015-2016), pp. 77 ss.; G. FAJARDO, anotação ao art. 20.º no *Código Cooperativo Anotado*, Coord. D. Meira/M. E. Ramos, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 122 ss.

⁴ Cfr. o art. 4.º do RCSS.

⁵ Sem prejuízo, como depois explicaremos, da possibilidade da sua consagração em estatutos de cooperativas de tipo diverso daqueles.

Desde logo, e nos termos da norma (imperativa) do art. 5.º, n.º 3, do RCSS, apesar de os membros honorários das cooperativas de solidariedade social, quando existam, terem o direito a tomar parte nas assembleias gerais, nunca poderá ser-lhes atribuído o direito de voto. O RCSS não é claro quanto à extensão daquele direito de participação, dizendo apenas que estes podem “*assistir às assembleias gerais sem direito de voto.*” Ora, interpretada à letra, e no contexto de uma assembleia geral, a expressão “*assistir*” significa apenas, em princípio, “ver o que se passa e ouvir o que se diz”. Ou seja, pode defender-se que a escolha de palavras pelo legislador teve a intenção de reduzir a participação dos membros honorários a um papel meramente passivo. Em defesa desta interpretação mais restrita pode até invocar-se o argumento sistemático de o direito destes membros à informação, “*nos mesmos termos dos membros efectivos*”, constar da mesma norma. O “direito a assistir” seria, assim, um mero complemento ou dimensão daquele outro direito, permitindo aos sócios honorários tomar conhecimento direto e pessoal de tudo quanto é proposto, discutido e decidido pelo órgão deliberativo da cooperativa – mas nada mais.

Pensamos, contudo, que estes membros devem gozar de todas as prerrogativas normalmente associadas à participação numa assembleia geral, com exceção da que a lei expressamente lhes retira: a de votar. Poderão assim, nomeadamente, apresentar propostas de deliberação, pedir informações antes ou durante a reunião e usar da palavra nas discussões⁶. Esta convicção baseia-se, desde logo, nos princípios cooperativos gerais enunciados no art. 3.º do Cód. Cooperativo, em especial no da “gestão democrática pelos membros”. É certo, dir-se-á, que este preceito deve ser aplicado com cautela à situação (e à categoria de membros) que aqui nos ocupa, desde logo porque tem como corolário a *igualdade de voto*, precluída no nosso caso pela expressa negação desse direito aos membros honorários. Nada impede, no entanto, que dele nos sirvamos enquanto critério interpretativo da generalidade dos direitos dos membros (de *todos* os membros), se e quando a lei não definir com acuidade os respetivos contornos – o que nos parece ser o caso relativamente ao direito (muito mais amplo e mais genérico do que o simples direito de voto) de “participar na formação da vontade” da cooperativa.

A não ser assim nem se compreenderia bem o cuidado do legislador em concretizar a exclusão do direito de voto *stricto sensu*. Com efeito, se a um membro honorário apenas se permitisse assistir passivamente às reuniões, inibindo-o de qualquer conduta passível de conformar o sentido da assembleia, não haveria necessidade de particularizar o impedimento em votar, que é apenas uma das várias

⁶ Temos já muitas dúvidas de que possam requerer a convocação de assembleias gerais, direito que o art. 21.º, al. e), do Cód. Cooperativo reserva para os cooperadores. Não sendo absolutamente nítidas as fronteiras entre os tipos de membros (e respetivos direitos) que os diferentes diplomas preveem, parece-nos ser esta uma prerrogativa que nas cooperativas de solidariedade social deve ficar reservada à categoria dos membros efetivos, e que como dissemos *supra* é assimilável à dos cooperadores.

dimensões daquele outro direito de participação, mais genérico, cujo exercício já lhe estaria globalmente vedado.

Mesmo entendendo-se este direito de participação nos termos generosos que defendemos, a verdade é que existe aqui uma diferença fundamental de estatuto entre os membros honorários e os investidores: enquanto aos primeiros, como vimos, é liminarmente negado o direito a votar, os segundos terão o número de votos constante da proposta de admissão aprovada em assembleia geral, a qual “*deve abranger obrigatoriamente (...) o número de votos a atribuir a cada membro investidor e os critérios para a sua admissão*”⁷. Da letra da lei não resulta inequivocamente se podem ser-lhe atribuídos zero votos, negando-se-lhe de facto aquele direito. Mas não se tratando, ao que cremos, de um direito irrenunciável, nada parece impedir que os estatutos o façam⁸. Nem vale invocar contra este argumento o princípio da gestão democrática das cooperativas e o seu corolário da igualdade de voto, acima referidos: uma vez que os investidores não são cooperadores⁹, esses princípios (e toda a lógica mutualista que lhes subjaz) não têm de se lhes aplicar. Aquilo que a lei parece claramente impor é que a regra estabelecida nos estatutos seja a mesma para todos os investidores, não podendo diferenciar-se entre membros da mesma categoria¹⁰.

Ainda quanto ao voto dos investidores, o art. 41.^o¹¹ abre a possibilidade de, em alguns tipos de cooperativas¹², cada membro (cooperador ou investidor) dispor de mais do que um voto¹³. Como salvaguarda imperativa da manutenção da natureza

⁷ Cfr. o art. 20.^o, n.º 4, al. b), do Cód. Cooperativo

⁸ No mesmo sentido, cfr. G. FAJARDO, «Anotação ao art. 20.^o», *Código Cooperativo Anotado*, cit., pág. 127: “a proposta poderá reconhecer um voto por membro, poderá não reconhecer o direito de voto e poderá reconhecer um voto plural (...)”.

⁹ Cfr., neste sentido, D. MEIRA/M. E. RAMOS, «A reforma do Código Cooperativo em Portugal», cit., pág. 84.

¹⁰ Sem prejuízo de o número de votos de cada um (sempre dentro dos limites traçados pelo art. 41.^o, n.º 3) poder depender do montante de capital concretamente subscrito.

¹¹ O art. 41.^o tem por epígrafe “*Voto plural*”, querendo a expressão significar, aqui, a possibilidade de atribuição de mais do que um voto aos cooperadores ou investidores. Ora, no direito societário esta mesma expressão designa uma realidade diferente: a possibilidade de o mesmo sócio utilizar em sentido diferente os votos de que dispõe (e que, nas sociedades por quotas e anónimas, dependem normalmente do valor da sua participação), prática expressamente proibida pelo art. 384.^o, n.º 5 do C.S.C. Melhor teria andado o legislador cooperativo, portanto, se tivesse chamado ao art. 41.^o “*Voto múltiplo*”, “*Pluralidade de votos*”, ou qualquer outra expressão que não criasse confusões desnecessárias com o diploma legal subsidiariamente aplicável à regulação destas entidades.

¹² Mas não nas de solidariedade social: cfr. art. 41.^o, n.º 1, b).

¹³ Sobre o voto plural (dos investidores e dos cooperadores) veja-se D. MEIRA/M. E. RAMOS, «anotação ao art. 41.^o», *Código Cooperativo Anotado*, cit., pp. 235 ss.; «Projeções do princípio da autonomia e da independência na legislação cooperativa portuguesa», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n.º 55/2019, esp. pp. 139 ss.; D. MEIRA, «O regime económico das cooperativas», cit., esp. pp. 318 ss.

mutualista, a totalidade dos votos atribuídos aos investidores não pode ultrapassar 30% dos votos dos cooperadores¹⁴, nem pode um investidor individual ter votos superiores a 10% do total dos votos dos cooperadores¹⁵.

Cotejando o disposto nos arts. 20.º, n.º 4, als. b) e c), e 21.º, n.º 1, al. b), do Cód. Cooperativo, não resulta absolutamente líquido, em face da lei, se os investidores com direito de voto têm o direito de apresentar propostas de deliberação se isso não decorrer *expressamente* do elenco constante da posposta referida nos n.ºs 3 e 4 do art. 20.º. De facto, enquanto o art. 21.º separa claramente as diferentes dimensões do direito de participação em assembleia dos cooperadores¹⁶, o art. 20.º refere apenas que os investidores terão *o número de votos e os direitos que constarem dos estatutos*. Ora, se aí não se especificar nenhum especial direito de participação, poderão estes membros apresentar propostas e participar na discussão, ou apenas votar as propostas apresentadas e discutidas pelos cooperadores? Cremos que valem aqui, *mutatis mutandis* (e pesem embora as diferenças entre os dois tipos de membros), as considerações expendidas a propósito dos membros honorários. Com a exceção de direito de convocação, cuja natureza é mais particular (e por isso mesmo vem previsto numa alínea separada da mesma norma), parece-nos que a atribuição do direito de voto não pode deixar de ser acompanhada do reconhecimento destes outros direitos, que funcionam de certa forma como seus *complementos diretos*.

Uma última diferença entre os membros honorários e investidores prende-se com a possibilidade de participação nos órgãos da cooperativa: enquanto os primeiros “*não podem eleger nem ser eleitos para os órgãos sociais*”¹⁷, os segundos têm esse direito a menos que os estatutos ou a assembleia geral disponham diversamente. De facto, da já referida proposta de admissão deve constar, nos termos do art. 20.º, n.º 4, al. f), “*a eventual existência de restrições dos membros investidores à integração dos órgãos sociais respetivos da cooperativa, devendo ser especificado o fundamento das mesmas*”.

b) A necessidade de convocação de todos os membros

Nos termos do art. 56.º, n.º 1, al. a) do Código das Sociedades Comerciais (CSC), subsidiariamente aplicável ao funcionamento das cooperativas por força do art. 9.º do Cód. Cooperativo, consideram-se nulas quaisquer deliberações apro-

¹⁴ Cfr. o art. 41.º, n.º 7.

¹⁵ Cfr. o art. 41.º, n.º 6, de onde decorre (embora não sem alguma ambiguidade) que esse limite de 10% deve ser entendido por referência ao número total de votos de que dispõe o investidor, caso lhe tenha sido atribuído voto plural.

¹⁶ Cfr. a al. b) do n.º 1: “*Os cooperadores têm direito, nomeadamente, a (...) tomar parte na assembleia geral, apresentando propostas, discutindo e votando os pontos constantes da ordem de trabalhos*”.

¹⁷ Cfr. o art. 5.º, n.º 3, do RCSS.

vadas em assembleia geral não convocada. À ausência *absoluta* de convocação equipara o n.º 2 daquele artigo certas irregularidades especialmente graves do aviso convocatório. A doutrina¹⁸ e a jurisprudência¹⁹ assimilam igualmente à falta absoluta de convocação a que seja apenas *relativa* – ou seja, a não – convocação de apenas um ou alguns sócios. Este entendimento é praticamente unânime entre nós, sendo igualmente consensual que a equiparação não depende sequer de o sócio não convocado ter efetivamente direito de voto: desde que tenha direito *a estar presente* na assembleia, todo e qualquer sócio tem obrigatoriamente de ser convocado, sob pena de aquele efeito se produzir.

Isto explica-se facilmente: mesmo não podendo votar, sempre poderia o sócio, se tivesse sido convocado, apresentar propostas de deliberação, fazer perguntas à mesa ou aos membros que as apresentassem, intervir na discussão com os seus próprios pontos de vista e, eventualmente, convencer os demais a alterar o sentido do seu voto. Como explica com clareza PEDRO MAIA²⁰ “ (...) pode sempre admitir-se que, usando da palavra e/ou formulando propostas diferentes daquela que veio a ser votada, o sócio não convocado poderia ter obstado a que a deliberação fosse tomada nos termos em que o foi – ou porque o sentido da votação terá sido outro ou porque o teor da proposta levada à votação não teria sido aquele. Em abstracto, o sócio ausente e não convocado poderia ter exercido esta influência sobre o colégio fosse qual fosse o número dos seus votos.” A única voz discordante na doutrina nacional é, tanto quanto sabemos, a de PINTO FURTADO²¹, que defende para estes casos a sanção menos pesada da anulabilidade das deliberações, por entender que a nulidade constitui uma “*invalidade excepcional*” que apenas deverá operar quando expressamente prevista em norma legal, previsão que não existe, com efeito, para a falta de convocação meramente relativa, e não absoluta.

Ficou demonstrado nos autos que nem todos os cooperadores foram convocados para a assembleia em que as deliberações impugnadas foram aprovadas. Mais se demonstrou que essa falta de convocação veio na sequência da prática de nunca convocar os membros honorários para as assembleias gerais, prática que era seguida naquela cooperativa desde há vários anos. À luz do que se disse, esta irregularidade do aviso convocatório configuraria uma causa de nulidade de todas as deliberações aprovadas naquelas assembleias gerais²², uma vez que diversos

¹⁸ Para um elenco da bibliografia nacional sobre esta questão, cfr. J. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 6ª ed., 2019, Almedina, Coimbra, pág. 476, n. 1218.

¹⁹ Apenas a título de exemplo, cfr. Ac. STJ 4 de novembro de 1993 (Proc. 085406/JSTJ00024710; Relator: Cura Mariano); Ac. RL de 13 de julho de 2016 (Proc. 154/14.9T8VFX.L1-2, Relatora: Ondina do Carmo Alves).

²⁰ “Invalidade de deliberação social por vício de procedimento”, in *ROA*, 61 (II), pág. 719.

²¹ *Deliberações de sociedades comerciais*, 2005, Almedina, Coimbra, pp. 580 ss.

²² Usamos o plural porque a ser assim, e a fazer fé no que consta do Acórdão, todas as deliberações aprovadas pela assembleia geral da cooperativa desde 2010 estariam inquinadas do mesmo vício.

membros com direito de nelas participar ficaram por isso privados de o fazer. O Tribunal entendeu, todavia, que a invocação daquele fundamento de invalidade por parte dos AA. configurou um abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*, uma vez que estes tinham perfeito conhecimento daquela prática recorrente, tendo-a aceite como boa durante anos a fio e participado em numerosas reuniões inquinadas do mesmo vício. A própria A. terá mesmo procedido pessoalmente à convocação de pelo menos uma assembleia nesses precisos termos.

A confiança de todos os cooperadores em que a não convocação dos membros honorários para as assembleias gerais não redundaria na invalidade das deliberações delas resultantes parece impedir, de facto, que quem tomou parte ativa na formação daquele costume procedimental intra-cooperativo pudesse, mais tarde, vir invocá-lo para finalidades muito diferentes das que justificam a obrigatoriedade de convocação de todos os membros. Repare-se, aliás, que sendo a sanção cominada para este vício procedimental a da nulidade, invocável, nos termos gerais, a todo o tempo e por qualquer interessado (inclusivamente por membros que, regularmente convocados, compareçam à assembleia geral e votem as propostas), os interesses dos sócios honorários não convocados podem ser absolutamente alheios às preocupações de quem pretenda, depois, invalidar essas deliberações. Ao que tudo indica, terá sido precisamente o que se passou neste caso.

c) A (des)necessidade de convocação dos membros honorários

Subscrevendo plenamente o juízo expresso no Acórdão, cremos, todavia, que há interesse em colocar uma outra questão a que o Tribunal não teve de dar resposta: o que aconteceria se, em vez terem sido os AA. a invocar a nulidade das deliberações, tivesse sido um membro honorário, não convocado para a reunião, a fazê-lo?

Temos de ter presente que, muito embora as normas do C.S.C. se apliquem às cooperativas, uma cooperativa *não é* uma sociedade comercial. Queremos com isto dizer que a equiparação, sem mais, da falta relativa à falta absoluta de convocação, aceite de forma praticamente unânime no âmbito das sociedades comerciais, pode não colher em absoluto numa estrutura económica onde existe esta dualidade de estatutos entre membros. A questão é, portanto, a de saber se ao direito dos membros honorários de uma cooperativa a participar na assembleia geral (sempre, recorde-se, sem direito de voto²³) deve ser atribuída tal importância que a falta de convocação de algum deles deva desencadear, sem mais, a nulidade

²³ Sublinhamos este ponto apenas para recordar que aquilo que no domínio das sociedades comerciais é pontual e/ou patológico (a supressão de direito de voto), é para estes membros a regra absoluta e imperativa. Ou seja, para sublinhar que a tal transposição de regras entre as duas realidades não pode ser feita sem a devida ponderação dos interesses em causa.

de todas as deliberações aprovadas. Isto pressupõe, como ponto prévio, que se reflita mais um pouco sobre a razão de ser desta especial categoria de membros.

Para além das cooperativas de solidariedade social, a existência de membros honorários apenas vem prevista nos regimes particulares das cooperativas agrícolas²⁴ e de ensino²⁵ – não, portanto, nos das de interesse público, de artesanato, de comercialização, de consumo, de crédito, de cultura, de habitação e construção, de pescas, de produção operaria ou de serviços. Diga-se, em todo o caso, que a falta de previsão expressa nos regimes respetivos não deve prejudicar a possibilidade de os estatutos de uma cooperativa de qualquer destes tipos prever a existência de membros honorários (ou “*beneméritos*”, ou “*auxiliares*”, como também são por vezes designados). Dentro do respeito pelas regras imperativas (nomeadamente as constantes do Cód. Cooperativo ou desses regimes particulares), nada impede que, ao abrigo da liberdade conferida pelo art. 405.º do Código Civil para a generalidade dos negócios e atos jurídicos, os fundadores determinem a existência de diferentes categorias de membros. Uma rápida consulta de estatutos cooperativos publicamente acessíveis confirma, de resto, a frequência com que isso se verifica na prática, em especial nas cooperativas culturais e nas de interesse público²⁶.

Ora, diferentemente dos sócios de uma sociedade comercial, estes membros não adquirem aquela qualidade como contrapartida da obrigação de entrada. Ao contrário da participação social, entendida como “o conjunto unitário de direitos e obrigações actuais e potenciais do sócio (enquanto tal)”²⁷, ela não representa o sinalagma da entrega, pelos sócios à sociedade, de bens ou de dinheiro²⁸. Nem tão pouco se tornam membros, como já referimos, por pretenderem *utilizar os serviços prestados pela cooperativa ou nela desenvolver a sua profissão* (como refere o art. 4.º RCSS), ou para *satisfazer as suas necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais* (na expressão do art. 2.º, n.º 1, do Cód. Cooperativo). Como transparece da leitura do regime especial desta categoria de membros, a razão de ser da sua consagração é primacialmente a de facultar uma espécie de contrapar-

²⁴ Cfr. o art. 10.º do DL 335/99, de 20 de agosto.

²⁵ Cfr. o art. 12.º do DL 441-A/82 de 11 de junho.

²⁶ Um exemplo que parece não deixar dúvidas, por ter origem em instrumento normativo de natureza pública, é o da Cooperativa de Interesse Público criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 7/98, para a gestão da zona cinegética da Tapada de Mafra. O art. 13.º dos seus estatutos prevê a existência de membros honorários, cujos direitos são reconhecidos em termos muito semelhantes aos descritos no RCSS: “*não participam no capital social, mas têm direito a participar na assembleia geral, sem direito a voto*”; “*são isentos da responsabilidade que o Código Cooperativo atribui aos membros efectivos*”; “*não podem ser eleitos para qualquer órgão social da cooperativa*.” E isto apesar de o DL 34/84, de 21 de janeiro (onde está previsto o regime das cooperativas de interesse público) não fazer qualquer menção a essa categoria de membros naquele tipo de entidades.

²⁷ Cfr. J. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, cit., pág. 203.

²⁸ Ou com *indústria*, tratando-se de sociedade em nome coletivo ou de um sócio comanditado de uma sociedade em comandita.

tida moral (no sentido de *não patrimonial*) a certas pessoas que deram provas de uma generosidade fora do comum, de conceder uma distinção *honorífica* (indo de encontro à etimologia da categoria) a quem deu algo à cooperativa sem esperar retorno. Daí que seja legítimo perguntar se o seu interesse em participar nas assembleias gerais será, de uma maneira geral, assimilável ao interesse paralelo dos membros efetivos da mesma cooperativa, ou dos sócios de uma sociedade comercial, ainda que desprovidos de direito de voto²⁹. E temos muitas dúvidas que possa responder-se afirmativamente.

Os sócios de uma sociedade comercial têm um interesse patrimonial direto na atividade da sociedade, não apenas por quererem fiscalizar o modo como as suas entradas são geridas e aplicadas, mas sobretudo por serem titulares de um direito irrenunciável a partilhar dos lucros que aquela venha a obter no decurso da sua atividade, lucros que dependerão (direta e indiretamente³⁰) de deliberações aprovadas pelos sócios. De forma semelhante (embora consideravelmente mais mitigada por não terem, como aqueles sócios, direito ao quinhão do excedente financeiro que esta venha a gerar), os membros efetivos de uma cooperativa têm também um evidente interesse económico na sua atividade e, por conseguinte, em participar nos processos de formação da vontade que lhe são próprios (*maxime*, em tomar parte na assembleia geral), uma vez que disso depende a eficiente prestação de serviços de que são utilizadores, e nos quais estão diretamente interessados.

E os membros honorários? Na sequência do que dissemos acima, parece-nos que a natureza do seu interesse em acompanhar a vida da cooperativa é mais altruística do que verdadeiramente económica. A sua condição de membros deve-se sobretudo à generosidade de que deram provas para com a cooperativa, em resultado de uma especial ligação que com ela desenvolveram (muitas vezes, quase afetiva), e que justifica que, por princípio, lhes sejam abertas as portas da assembleia geral quando nelas queiram tomar parte – questionando, inquirindo ou informando-se. Daí a transpor uma regra enxertada do regime das sociedades comerciais, nos termos da qual a falta de convocação de qualquer desses membros-benfeitores possa fundamentar, sem mais, a invalidade das deliberações aprovadas, colocando em causa tudo quanto os membros efetivos decidiram, vai um passo demasiado grande, em nossa opinião. Mais a mais (e não é um pormenor

²⁹ Quer o membro efetivo da cooperativa, quer o sócio da sociedade comercial podem estar impedidos de votar, por exemplo, por se encontrarem em situação de conflito de interesses com a pessoa coletiva. Nem por isso, como já dissemos, podem deixar de ser convocados para a assembleia geral.

³⁰ *Diretamente*, porque salvo casos excecionais toda a distribuição de lucros depende de prévia deliberação dos sócios (art. 31.º, n.º 1 do C.S.C.); *indiretamente*, porque compete aos sócios apreciar a gestão da sociedade (gestão essa de que os lucros serão os frutos), que está a cargo da gerência (que está totalmente subordinada aos sócios) ou da administração, e (em princípio) nomear os titulares destes cargos (cfr., entre outros, os arts. 252.º, n.º 2, 257.º, n.º 1, 259.º, 376.º, n.º 1, 391.º, n.º 1, 403.º, n.º 1, todos do C.S.C.)

de somenos) tratando-se de uma *nulidade*, invocável a todo o tempo por qualquer interessado.

É certo que o recurso à figura do abuso de direito, aplicada com acerto no Acórdão em análise, associada à possibilidade de renovação de qualquer deliberação afetada por aquele vício, sem prejuízo dos efeitos entretanto produzidos³¹, minimiza as possíveis consequências negativas que dali possam advir para a vida da cooperativa. Para sanar aquele vício procedimental bastaria convocar nova assembleia geral, agora com todos os membros (efetivos e honorários), e deliberar a renovação de todas as deliberações contaminadas. Ainda assim, e porque todo este processo implica consumir recursos e tempo dos cooperadores, inclinamo-nos a entender que nesta situação a falta de convocação não deverá servir de fundamento à invocação da nulidade das deliberações aprovadas. Poderia, quando muito, justificar que o próprio membro-honorário pudesse requerer a sua anulação, cabendo-lhe sempre o ónus de demonstrar o seu interesse em ter sido convocado – mas isso seria assunto a exigir outras considerações e ponderações.

Nada disto impede, evidentemente, que as boas práticas e a cautela procedimental aconselhem a que qualquer cooperativa convoque para as suas assembleias gerais todos os membros, sejam eles efetivos, honorários, beneméritos ou auxiliares. Perante a atual redação da lei, será a forma mais certa, mais simples e mais expedita de evitar problemas futuros.

3 A VOTAÇÃO POR ‘BRAÇO-NO-AR’

a) As deliberações sobre “assuntos de incidência pessoal” dos cooperadores

Como se constata do texto do acórdão, as várias deliberações aprovadas na assembleia geral em questão foram-no pelo método de ‘braço-no-ar’.

Nos termos do art. 32.º, n.º 4, do Cód. Cooperativo. “*as votações respeitantes a eleições dos órgãos da cooperativa ou a assuntos de incidência pessoal dos cooperadores realizam-se por voto secreto, podendo a legislação complementar aplicável aos diversos ramos do sector cooperativo, ou os estatutos, prever outros casos em que este modo de escrutínio seja obrigatório*”. E quanto a este ponto, o Acórdão limita-se a corroborar o entendimento do Tribunal *a quo*, que entendera que “*as deliberações em causa nada têm que ver com questões eminentemente pessoais dos autores, mas sim com uma suposta actuação abusiva destes, no exercício dos cargos cooperativos para que foram eleitos, em detrimento da própria cooperativa*”.

É certo que, estando em causa comportamentos dos AA. que, a serem provados, configuram ilícitos dos quais decorreram prejuízos patrimoniais para tercei-

³¹ Cfr. o art. 62.º do C.S.C.

ros, tais comportamentos representam muito mais do que “*questões pessoais*” dos membros visados. Convém, no entanto, refletir sobre dois pontos antes de decidir, como decidiu o Acórdão, pela liminar não aplicação dessa norma às deliberações em causa³².

Começemos por notar, como se notou no Acórdão, que a regra do art. 32.º, n.º 4, do Cód. Cooperativo não é ímpar no nosso ordenamento jurídico, apesar de o ser para pessoas coletivas de direito privado: o art. 31.º, n.º 2, do Cód. do Procedimento Administrativo (C.P.A.) prescreve solução semelhante para as deliberações de órgãos colegiais da Administração Pública que “*envolvam um juízo de valor sobre comportamentos ou qualidades de pessoas*”. Ora, a doutrina administrativista não tem dúvidas em entender que esta regra se aplica às deliberações “em que o comportamento ou qualidades tidas em vista constituem o próprio objecto da apreciação a fazer”, ou seja, que vale “para o caso de decisão disciplinar (que versa sobre o comportamento de uma pessoa)”. E ao falar-se de qualidades da pessoa, fala-se naturalmente, pelo menos, “da sua ombridade, da sua integridade, da sua sensibilidade, da sua inteligência, da sua compostura, do seu modo de se empenhar, enfim, da sua valia como pessoa humana (...)”³³.

Ora, concordamos com RUI PINTO DUARTE³⁴, quando afirma que “a expressão ‘*assuntos de incidência pessoal dos cooperadores*’ deve ser interpretada de modo consonante com a primeira parte de tal preceito” (ou seja, a citada norma do C.P.A.). E isto significa um alargamento considerável do âmbito de aplicação da norma, relativamente à interpretação subscrita no Acórdão. Defendeu aí o tribunal que, não obstante tratar-se de um juízo de valor eminentemente pessoal, “a *circunstância dos comportamentos e qualidades implicadas serem da própria Presidente do Conselho de Administração e do vogal do Conselho de Administração, implica que esteja em causa predominantemente a própria Cooperativa, o que afasta a necessidade de voto secreto.*” Como ficou já subentendido, temos sérias

³² Recorde-se que as questões relativas à votação constituem vícios de procedimento não elencados no art. 56.º, pelo que a sua consequência será sempre, nos termos do art. 58.º, n.º 1, al. a), a anulabilidade (e não a nulidade) das deliberações afetadas. Isso significa, nos termos do art. 286.º do Cód. Civil (*a contrario*), que não constituem matéria do conhecimento oficioso do Tribunal.

³³ Cfr., ainda à luz da norma paralela (e não rigorosamente idêntica) do C.P.A. anterior, M. ESTEVES DE OLIVEIRA, P. COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª ed. (8ª reimp.), Almedina, Coimbra, 1997, pág. 177. O C.P.A. de 2015 substituiu a expressão “*apreciação*” por “*juízo de valor*”. Como explicam F. DE QUADROS et. al., in *Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 74, “a apreciação pode resumir-se em alguns casos ao tratamento de informação respeitante a dados objetivos e, portanto, a um raciocínio puramente subsuntivo de correspondência com uma previsão normativa de textura fechada. Pelo contrário, o juízo de valor envolve o exercício de uma margem de livre avaliação.”

³⁴ Em anot. ao art. 32.º no *Código Cooperativo Anotado*, cit., pág. 194: “É vulgar a opinião de que certas deliberações devem ser tomadas por voto secreto, sendo um dos casos mais frequentemente referidos o das que impliquem comportamentos.”

dúvidas quanto a ser esta a melhor interpretação do preceito. Uma tal imputação à Cooperativa, ou aos seus órgãos, de condutas que são essencialmente pessoais parece esvaziar de conteúdo a regra do n.º 4 do art. 32.º, que assim ficaria reservada para comportamentos dos cooperadores que não tenham qualquer reflexo na sua atuação enquanto membros dos órgãos sociais. Não nos parece, de todo, que tenha sido vontade do legislador incorporar essa limitação.

b) As deliberações eleitorais

Acresce que a mesma norma estipula, imediatamente antes, a obrigatoriedade de segredo de voto num outro caso, que não deixa grande margem para interpretações: as “*eleições dos órgãos da cooperativa*”³⁵.

Como já vimos, as deliberações aprovadas respeitavam a diversas matérias do foro disciplinar e sancionatório relativas a comportamentos imputados aos AA. (que, além de cooperadores, eram também administradores da cooperativa), incluindo a proposição de ação judicial de responsabilidade civil, a suspensão provisória de funções e a instauração de processos disciplinares, matérias cuja forma de votação não é regulada pelo Cód. Cooperativo. E menos ainda se diz sobre isso na lei das sociedades comerciais, que é subsidiariamente aplicável ao Cód. Cooperativo e não impõe forma de voto para quaisquer deliberações, seja qual for o seu conteúdo, podendo sempre o voto ser nominal ou secreto³⁶. Como explica COUTINHO DE ABREU³⁷, “dizendo os *estatutos* algo sobre o assunto, deve proceder-se em conformidade. Se, como sucederá habitualmente, nada disserem, o método de votação é em primeira linha *decidido pelo presidente da mesa* da assembleia geral. Anunciado por este certo método, pode qualquer sócio propor método diferente. Deve então o presidente *pôr à votação* essa proposta segundo o método por ele decidido. Mas o presidente da mesa, em vez de decidir sobre o método de votação, pode apresentar e/ou receber proposta de modo a que *os sócios deliberem sobre o assunto*.” Também sobre isto diz PAULO OLAVO CUNHA³⁸:

³⁵ Diga-se, apenas de passagem, que o legislador não primou pela precisão: quem é eleito não são, como é claro, *os órgãos*, cuja existência está prevista na lei ou no contrato, mas sim os seus titulares.

³⁶ Se dúvidas houvesse quanto à admissibilidade de ser estabelecido, estatutariamente ou na própria assembleia, o caráter público ou secreto da votação (já que não havendo qualquer indicação imperativa em contrário, sempre estaríamos em pleno domínio da autonomia contratual) ela sempre resultaria claramente do art. 59.º, n.º 6, do C.S.C., onde as duas possibilidades são expressamente referidas a propósito da legitimidade dos sócios para interpor ação de anulação de deliberação. Daqui não pode resultar outra coisa senão que a decisão sobre a forma do voto em assembleia fica na total disponibilidade dos sócios, e será expressa nos estatutos da sociedade ou no decurso da própria assembleia.

³⁷ Em comentário ao art. 384.º do CSC, no *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, 2013, Almedina, Coimbra, pp. 134 ss.

³⁸ *Direito das Sociedades Comerciais*, 6ª ed., 2016, Almedina, Coimbra, pp. 658.; mais recentemente, com conteúdo muito semelhante, também in *Deliberações Sociais – formação e impugnação*, Almedina,

“No que respeita à manifestação de vontade dos sócios ou acionistas, expressa no respetivo voto, a forma de exercício deste pode revestir diversas modalidades, designadamente ser (absolutamente) secreto ou seu conhecimento ser reservado à mesa, em terminais eletrónicos, com eventual recurso a cartões magnéticos, boletins ou por esferas (pretas e brancas, por exemplo), nominal [de braço no ar (com ou sem boletim com indicação do número de votos), erguendo-se e sentando-se os sócios] ou ser exercido por correspondência. Na falta de cláusula estatutária ou de deliberação dos sócios sobre a forma de exercício do voto, fica ao critério do presidente da mesa a escolha do procedimento a adotar (art. 384.º, n.º 8). Contudo, a requerimento dos acionistas, que deverá ser colocado à votação pela forma que o presidente da mesa entender conveniente, poderão os acionistas deliberar diversamente, por simples maioria.”³⁹

Da letra da lei, e de tudo quanto a doutrina tem escrito sobre o tema, resulta assim inequivocamente que nas sociedades comerciais os sócios têm sempre total liberdade de determinar a forma como o seu voto será expresso. A votação de deliberações eleitorais, como a de quaisquer outras, far-se-á pelo método que estes decidirem – seja porque o escolheram nos estatutos, seja porque o votaram em assembleia geral, seja simplesmente porque se limitaram a aceitar a decisão do Presidente, prescindindo livremente de outra escolha. Em face desta diferença de regimes entre o direito societário e o direito cooperativo, e com incidência direta na questão *sub judice*, não podemos deixar de questionar-nos sobre a razão de ser do art. 32.º, n.º 4, do Cód. Cooperativo.

Como vimos, esta regra é *expressa e imperativamente* aplicável às deliberações de eleição de titulares dos órgãos da cooperativa. Parece-nos claro que a particularidade justificativa de um regime diferenciado é a de ser inerente a estas declarações de voto um juízo de avaliação pessoal, quando não de comparação entre as competências e méritos (de disponibilidade, de conhecimentos técnicos, de carácter, etc.) dos diferentes candidatos para desempenhar certas funções. Com isto em mente, parece-nos claro que a finalidade principal (senão mesmo exclusiva) da estipulação do n.º 2 do art. 32.º é a de assegurar que neste tipo particular de deliberações todos os cooperadores se sintam totalmente livres para expressar o sentido do seu voto, sem qualquer constrangimento decorrente de relações pessoais com os potenciais eleitos ou com outros cooperadores.

Coimbra, 2020, pág. 125.

³⁹ Em sentido semelhante, E. LUCAS COELHO, *Direito de voto dos accionistas nas assembleias gerais as sociedades anónimas*, Ed. Rei dos Livros, Lisboa, 1987, pp. 120 ss. (fornecendo uma perspetiva mais geral sobre as formas de votação, veja-se também, deste A., «Formas de deliberação e de votação dos sócios», in *Problemas do direito das sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 363ss.); P. MAIA, “O Presidente das Assembleias de Sócios”, in *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 460; P. DE TARSO DOMINGUES, «O presidente da mesa da assembleia geral (PMAG)», in *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 33;

Não são absolutamente líquidas as razões que terão levado o nosso legislador a optar por limitar este regime às cooperativas, desviando-se das regras aplicáveis às sociedades comerciais e indo até mais longe do que foi, como vimos, para os órgãos da Administração Pública⁴⁰. Na base do pensamento legislativo terá estado, possivelmente, a convicção de que as cooperativas se fundam em grande medida nessas relações pessoais e na confiança recíproca entre os seus membros. Numa sociedade comercial, onde a busca do lucro se sobrepõe a tudo o resto⁴¹, é de esperar que os sócios usem critérios de estrita racionalidade económica, olhando apenas às competências (de liderança, de gestão, de contabilidade, etc.) de quem se propõe ocupar cargos sociais, sem levar em conta sensibilidades ou ressentimentos pessoais. Ao contrário, numa organização que se funda em princípios como a *entrepajuda* e a *intercooperação*⁴², será porventura mais natural que quem se predispõe a exercer aqueles cargos, normalmente sem remuneração e sem expectativa de vir a receber quaisquer dividendos ou outra forma de distribuição de excedentes, se possa sentir melindrado com o sentido dos votos. E dando-se o caso, como se dá com alguma frequência, de as pessoas que se apresentam a eleições para esses cargos terem algum ascendente (social, cultural, financeiro, etc.) sobre os seus parceiros da cooperativa, a publicidade do voto pode viciar, de facto, a independência com que este é exercido.

É certo que há um lugar paralelo no nosso sistema jurídico onde, a ser esta a *ratio* do art. 32.º, nº 4, seria natural encontrar uma disposição com conteúdo semelhante: a disciplina das associações, constante dos arts. 167.º e ss. do Cód. Civil, e que em nenhum ponto do respetivo regime se estipula a obrigatoriedade de voto secreto, seja qual for o conteúdo da deliberação. Isso dever-se-á, porventura, ao facto de esse diploma estruturante (o mais estruturante) do nosso ordenamento jurídico-civil ter sido pensado e promulgado há mais de meio século, numa altura em que a preocupação com a independência e a liberdade do voto individual estava bem mais distante do que hoje das preocupações do legislador. Ainda que não falem ocasiões para alterar aquilo que, a esta luz, poderia justificar ser alterado, a verdade é que por regra apenas se altera o Cód. Civil quando razões muito ponderosas o imponham, sendo de notar que o regime das associações se mantém praticamente inalterado desde 1966⁴³. Talvez numa futura reforma (se e quando

⁴⁰ E confessamos não ter encontrado qualquer texto de natureza normativa, jurisprudencial ou doutrinária em que a questão se tenha colocado.

⁴¹ Dizemo-lo não como expressão de um juízo de valor, mas como uma constatação dos dados positivos: a obtenção e distribuição de lucros é o fim de qualquer sociedade (civil ou comercial), e por essa via a medida da sua capacidade de gozo, nos termos dos arts. 980.º do Cód. Civil e 6.º do C.S.C.

⁴² Cfr., em especial, os 4.º e 6.º princípios cooperativos, elencados no art. 3.º do Cód. Cooperativo.

⁴³ De facto, e em termos substantivos, o regime apenas foi alterado por duas vezes: pelo DL 496/77, de 25 de novembro, que na sequência Constituição de 1976 veio atribuir aos notários e aos Tribunais certas competências relativas à sua constituição e extinção; e pela lei 40/2007, de 24 de agosto, que

ela ocorrer) se uniformize a regulação desta matéria para a generalidade das pessoas coletivas, como nos parece razoável numa perspetiva de direito a constituir.

Cabe por isso questionar se os fundamentos do regime especial das deliberações relativas à eleição dos membros dos órgãos sociais não valem igualmente para outras deliberações, por regra mais melindrosas e muitas vezes coincidentes com momentos de rotura dentro da agremiação. Fará sentido colocar tanto cuidado na salvaguarda da independência do cooperador num momento de eleição, estatuidando-se um regime imperativo de voto secreto, para depois, num momento de potencialmente muito maior tensão, o obrigar a tomar partido público em matérias nas quais, por maioria de razão, ele poderá ter razões para preferir que o sentido do seu voto seja desconhecido? Não se sentirá mais constrangido ou coartado na sua liberdade de voto se se vir forçado a afirmar publicamente, e de forma mais ou menos explícita, que determinado cooperador ou administrador é grosseiramente incompetente, desleixado ou desonesto, do que se sentiu no momento da eleição? Não temos dúvidas em responder que sim. E por isso estamos convictos de que, se tivesse feito esta ponderação, o legislador não teria sujeitado estas outras deliberações a um regime menos protetor da liberdade e independência de voto do que o que previu para as deliberações eleitorais. E sendo certo que podemos estar a falar de deliberações com conteúdo bastante diverso, e por isso difíceis de enumerar (instauração de procedimento disciplinar, proposição de ação de responsabilidade civil ou criminal, suspensão ou destituição da titularidade de órgão social, aplicação aos cooperadores de qualquer das sanções previstas no art. 25.º n.º 1, nomeadamente a suspensão ou a exclusão, etc.), inclinamo-nos a entender que qualquer apreciação do comportamento de um cooperador capaz de fundamentar uma deliberação daquele tipo, *maxime* se delas resultar alguma espécie de juízo de valor sobre o seu carácter ou as suas qualidades, deve ser rodeada de cautelas acrescidas para que a plena independência de voto seja garantida. E que passam, claro, pelo segredo de voto.

Ou seja, regressamos ao critério geral do art. 31.º, n.º 2, e à sua interpretação em conformidade com a norma paralela do C.P.A., concluindo que de outra forma a imperatividade do voto secreto nas deliberações eleitorais perde grande parte do sentido, comprometendo a unidade do sistema jurídico a que alude o art. 9.º do Código Civil. Seja por uma interpretação lata deste critério geral, seja aplicando

(no âmbito da reforma conhecida por *simplex*) veio criar o processo de constituição das “associações na hora”. Em bom rigor houve duas outras alterações, operadas pelas leis 24/2012, de 9 de julho, e 150/2015, de 10 de setembro. Mas a verdade é que a primeira teve por objeto a revogação do n.º 3 do art. 168.º, relativo à necessidade de publicação dos estatutos como condição da sua eficácia perante terceiros (que havia sido introduzida em 1977, aquando da primeira alteração), e a segunda veio repor a sua vigência (três anos depois) exatamente com a mesma redação que tinha antes de 2012, deixando tudo como dantes.

analogicamente a regra prevista para as deliberações eleitorais⁴⁴, impor o segredo do voto é a solução que aqui nos parece acompanhar melhor a vontade do legislador cooperativo, e a que melhor serve os interesses em presença.

4 BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Jorge Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- Comentário ao artigo 384.º, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Almedina, Coimbra, 2013.
- COELHO, Eduardo Lucas, *Direito de voto dos accionistas nas assembleias gerais as sociedades anónimas*, Rei dos Livros, Lisboa, 1987.
- CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- DOMINGUES, Paulo de Tarso, “O presidente da mesa da assembleia geral (PMAG)”, *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2014.
- DUARTE, Rui Pinto, Anotação ao artigo 32.º, in *Código Cooperativo Anotado*, in MEIRA, Deolinda e RAMOS, Maria Elisabete (Coord.), Almedina, Coimbra, 2018.
- FAJARDO, Gemma, Anotação ao art. 20.º, in *Código Cooperativo Anotado*, MEIRA, Deolinda e RAMOS, Maria Elisabete (Coord.), Almedina, Coimbra, 2018.
- FURTADO, Jorge Pinto, *Deliberações de sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra 2005.
- MAIA, Pedro, “Invalidade de deliberação social por vício de procedimento”, *ROA*, 61 (II).
- “O Presidente das Assembleias de Sócios”, in *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002.
- MEIRA, Deolinda, “O regime económico das cooperativas à luz do novo Código Cooperativo português”, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n.º 50/2016.
- MEIRA, Deolinda, “O que mudou no regime económico das cooperativas”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 27, 2016.
- MEIRA, Deolinda/RAMOS, Maria Elisabete, “A reforma do Código Cooperativo em Portugal”, *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 38 (2015-2016).
- MEIRA, Deolinda/RAMOS, Maria Elisabete, “Projeções do princípio da autonomia e da independência na legislação cooperativa portuguesa”, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n.º 55/2019.

⁴⁴ De facto, ainda que a norma do art. 32.º, n.º 4, do Cód. Cooperativo se referisse apenas às deliberações eleitorais sem mencionar os “assuntos de incidência pessoal”, parece-nos que esta solução sempre decorreria de um argumento de maioria de razão, caucionando a sua aplicação analógica a estas outras situações. E não nos esqueçamos de que se trata de uma norma excepcional, que nos termos gerais previstos no art. 11.º do Cód. Civil não deveria comportar aplicação analógica. Como ensina A. CASTANHEIRA NEVES, « (...) o que justifica a analogia em geral justificará igualmente a aplicação analógica de normas excepcionais (...) sempre que a *eadem ratio* da norma excepcional ou do seu regime de excepção se puder afirmar quanto a outros casos não expressamente previstos nessa norma.» (*Metodologia jurídica – Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 275.)

- MEIRA, Deolinda/RAMOS, Maria Elisabete, Anotação ao art. 41.º, in *Código Cooperativo Anotado*, MEIRA, Deolinda e RAMOS, Maria Elisabete (Coord.), Almedina, Coimbra, 2018.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de, GONÇALVES, Pedro Costa, e AMORIM, JOÃO PACHECO DE, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed. (8ª reimp.), Almedina, Coimbra, 1997.
- QUADROS, Fausto de, et. al., *Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2016.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 42 (2019-2020), páxs. 139-160
ISSN: 2660-6348

A PROTEÇÃO DO COOPERADOR EXCLUENDO ATRAVÉS
DO PROCESSO: COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DE COIMBRA DE 3 DE MARÇO DE 2020

*PROTECTION OF THE COOPERATOR TO BE
EXCLUDED THROUGH THE PROCEDURE:
COMMENTARY ON THE DECISION OF THE COIMBRA
COURT OF APPEAL OF 3 MARCH 2020*

INÊS NEVES*

Recepción: 18/07/2020 - Aceptación: 6/10/2020

* Assistente convidada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Doutoranda em Direito. Investigadora Colaboradora no Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE). Advogada Estagiária na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados. Rua dos Bragas, 223, 4050-123, Porto – Portugal. Correio eletrónico: ineves@direito.up.pt.

RESUMO

O n.º 2 do artigo 25.º do Código Cooperativo¹ impõe que a aplicação de qualquer uma das sanções disciplinares elencadas no n.º 1 do mesmo artigo, seja, sempre, precedida de processo escrito. Não se descobre, porém, na legislação cooperativa uma densificação do conceito que vá além da fixação do seu mínimo denominador comum, facto que justifica a pertinência do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 3 de março de 2020. Nele, e ao abrigo de um exercício de delimitação negativa, o Tribunal arredou do conceito de «processo», um conjunto de peças documentais escritas avulsas, circunstância que motivou a análise do vício daí resultante para a deliberação da assembleia geral, que aprovara a proposta de exclusão. O comentário apelará à dimensão garantística da norma e ao *telos* da imposição de processo escrito prévio à aplicação da sanção ao cooperador.

PALAVRAS-CHAVE: sanção disciplinar; exclusão; processo escrito; norma de proteção; invalidade da deliberação.

ABSTRACT

Article 25 (2) of the Cooperative Code² requires that the imposition of any of the disciplinary sanctions provided for in paragraph 1 of the same article, must always be preceded by a written procedure. However, one cannot find in the cooperative legislation a comprehensive explanation of the concept that goes beyond its minimum application. This justifies the relevance of the judgment of the Coimbra Court of Appeal, of 3 March 2020. Under an exercise of negative delimitation, the Court concluded that a set of individual documented pieces do not form part of the concept of «procedure», which justified an analysis of the type of invalidity affecting the general assembly's deliberation, that approved the exclusion. The commentary considers the rule's protective nature and the rationale of imposing prior written procedure before the sanction is applied to the cooperator.

KEYWORDS: disciplinary sanction; exclusion; written procedure; protection regulation; invalidity of the deliberation.

¹ Aprovado pela Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto, alterada pela Lei n.º 66/2017, de 9 de agosto.

² Approved by Law no. 119/2015 of 31 August, as amended by Law no. 66/2017, of 9 August.

SUMÁRIO: 1. O LITÍGIO ENTRE A COOPERATIVA E O COOPERADOR. 1.1. Os vícios apontados, pelo Autor, à deliberação de aprovação da proposta de exclusão. 2. A SENTENÇA DE 1.ª INSTÂNCIA. 3. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA. 4. COMENTÁRIO. 4.1. A exclusão como sanção disciplinar não conservatória. 4.1.1. Regime aplicável. 4.2. A proteção do cooperador através do processo. 4.3. A teleologia da imposição de processo escrito e o vício da deliberação da assembleia geral. 5. CONCLUSÃO. 6. BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1. *THE DISPUTE BETWEEN THE COOPERATIVE AND THE COOPERATOR.* 1.1. *The grounds of invalidity pointed out by the Plaintiff to the deliberation that approved the proposal of exclusion.* 2. *JUDGEMENT OF THE COURT OF FIRST INSTANCE.* 3. *JUDGEMENT OF THE COIMBRA COURT OF APPEAL.* 4. *COMMENTARY.* 4.1. *The exclusion as a non-conservative disciplinary sanction.* 4.1.1 *The applicable regime.* 4.2. *Protection of the cooperador through the procedure.* 4.3. *The overall aim of the mandatory written procedure and the invalidity of the deliberation of the general assembly.* 5. *CONCLUSION.* 6. *BIBLIOGRAPHY.*

1 O LITÍGIO ENTRE A COOPERATIVA E O COOPERADOR³

O Autor, membro de uma cooperativa cujo objeto social visa, entre outros, a prossecução, sem fins lucrativos, de objetivos de solidariedade social e de ensino, propôs ação declarativa, sob a forma de processo comum, peticionando, a final, a declaração de nulidade, ou, subsidiariamente, a anulação da deliberação da assembleia geral extraordinária⁴, que aprovara a exclusão do

³ Agradecemos ao Exmo. Sr. Dr. Renato Lopes Militão, ilustre mandatário do Autor, a gentileza e a amabilidade de nos ter facultado o acesso às peças e decisões jurisprudenciais, na base do presente litígio, o que em muito contribuiu para o conhecimento global dos factos e dos antecedentes do acórdão em comentário.

⁴ A assembleia geral extraordinária de que aqui se trata teve início no dia 18 de março de 2018. Acontece, porém, que o Autor (acompanhado pelo outro cooperador a excluir) requereu a realização de diligências probatórias, em particular, a produção de prova testemunhal, o que conduziu a que a presidente da mesa informasse os presentes de que «iria suspender a assembleia, determinando desde logo a continuação para o dia treze de abril, pelas vinte horas, para conclusão da discussão dos pontos da convocatória», facto que ficou consignado na ata da referida sessão de 18 de março. Em acórdão de 26 de março de 2019, pelo qual julgou procedente o procedimento cautelar de suspensão da deliberação de exclusão, requerido pelo Autor, o Tribunal da Relação de Coimbra começou, desde logo, por afastar um dos vícios por aquele apontados, quanto à irregularidade da convocatória. Alegou o Autor que a continuação da assembleia geral extraordinária (iniciada a 18 de março de 2018), agendada para o dia 13 de abril de 2018, fora apenas comunicada aos cooperadores presentes na primeira sessão, o que inquinaria a deliberação de exclusão, aprovada na segunda sessão (de continuação), ocorrida a 13 de abril de 2018. Quanto a este ponto, entendeu o Tribunal que «se a assembleia geral extraordinária de 13/04/2018, na qual foi tomada a deliberação impugnada, foi uma continuação de assembleia anterior (a de 18/03/2018), deve concordar-se que a assembleia suspensa para continuar noutro dia é

Autor da cooperativa. Na mesma assembleia geral extraordinária, foi, também, deliberado aprovar a proposta de exclusão de um outro cooperador.⁵

fracionada em duas partes, mantendo-se a mesma assembleia, apenas se exigindo convocatória para o dia em que se iniciam os trabalhos (assembleia/sessão). Termos em que não há lugar, nesta perspetiva, a uma nova convocatória, dirigida aos membros ausentes, no caso de suspensão para continuação noutra data» – v. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26.03.2019, proferido no âmbito do processo n.º 1762/18.4T8LRA-A.C1, disponível em www.dgsi.pt. No mesmo sentido, pese embora relativo a uma assembleia de condóminos, v. acórdão do mesmo Tribunal, de 20.02.2019, proferido no âmbito do processo n.º 3125/17.0T8VIS.C1, também disponível em www.dgsi.pt. Compreende-se o entendimento, dado que, de outro modo, a sessão de continuação só poderia realizar-se, uma vez corrido o prazo de antecedência mínima previsto para a expedição da convocatória, ao que acresce o facto de não ser de presumir a incapacidade dos cooperadores faltosos, sendo-lhes exigível que, de forma diligente, cuidem de se informar sobre a eventual suspensão da sessão e, em caso positivo, sobre qual o dia designado para a continuação dos trabalhos. Poderão fazê-lo, ao abrigo do seu direito à informação, designadamente, requerendo o acesso à ata da primeira sessão, nos termos do artigo 289.º do Código das Sociedades Comerciais ('CSC'), aplicável *ex vi* artigo 9.º do Código Cooperativo ('CCoop'), sem quaisquer limitações quanto ao respetivo exercício, isto é, sem que o mesmo dependa da titularidade de uma determinada percentagem do capital social – v. APARÍCIO MEIRA, D., «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», CES, 35, (2012-2013), pág. 9-35 (28). A esta luz, não há motivo para a expedição de nova convocatória. Não pode, contudo, esquecer-se que o n.º 1 do artigo 387.º do CSC atribui ao presidente da mesa, apenas e tão-só, o poder de determinar as «suspensões normais» dos trabalhos, isto é, aquelas que correspondam a interrupções de curta duração e que sejam usuais ou convenientes para o regular funcionamento da assembleia – v. COUTINHO DE ABREU, J., «Artigo 387.º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VI, Coimbra, Almedina, 2013, pág. 151. Isto dito, pressupondo-se uma suspensão de duração mais lata, «a fim de prosseguir em outra data», terá a mesma «de ser deliberada pelos sócios (sob proposta de um ou alguns deles, ou do presidente da mesa)», pág. 152. O Autor reconhece que poderão surgir aqui problemas, advindos da circunstância de a legitimidade para a participação nas assembleias se aferir por referência a cada reunião, motivo por que tal «aconselha à publicitação da suspensão de assembleia geral. No mínimo, no sítio da sociedade na internet», pág. 153. *In casu*, i) sabendo a presidente da mesa que, com elevada probabilidade, os cooperadores excluendos iriam apresentar a sua defesa e requerer a produção de diligências de prova, e encontrando-se, além do mais, ciente de que o poderiam fazer até ao termo do prazo que lhes fora concedido para o efeito – o dia útil anterior à primeira sessão da assembleia -, ao que acresce ii) o facto de ter sido logo determinada a data de 13 de abril, para a continuação dos trabalhos (o que não nos parece preencher sequer o conceito de «suspensão normal», ou corresponder a uma necessidade fortuita e inesperada de suspensão), somos da opinião de que a data de 13 de abril de 2018, para eventual continuação dos trabalhos, poderia ter, desde logo, ficado a constar da convocatória inicialmente expedida, sob pena de esta não estar a cumprir os seus objetivos. Outra hipótese passaria por publicitar a data determinada para a continuação dos trabalhos, através de meio idóneo para o efeito – v. Pedido de consulta n.º 1/2015, do Tribunal Arbitral do Desporto, disponível em https://fptaekwondo.pt/wp-content/uploads/2018/07/Consulta-1-2015_FPT_TAD.pdf [último acesso em 17.07.2020], no qual se firmou que «Atendendo a que não estamos perante uma nova Assembleia-Geral, mas sim em presença da continuação de uma outra que ficara suspensa, não será forçoso o cumprimento das formalidades impostas para a convocação de uma reunião, bastando a comunicação a todos os associados da data da continuação da reunião, com a antecedência necessária para assegurar a comparência de todos os membros da Assembleia-Geral (art.º 23.º, n.º 2, do CPA)».

⁵ Por uma questão de completude, cumpre salientar que ambos os cooperadores ocuparam, em momento anterior ao da data do presente litígio, os cargos de vogal (o aqui Autor) e de presidente do conselho de administração da cooperativa. Por deliberação da assembleia geral extraordinária, de 9 de

A título de contextualização, importa referir que, em momento prévio ao da propositura daquela ação, o Autor intentou procedimento cautelar especificado de suspensão de deliberações sociais contra a cooperativa, requerendo a suspensão da mesma deliberação, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 380.º do Código de Processo Civil ('CPC')⁶. O Tribunal da Relação de Coimbra, em acórdão de 26 de março de 2019⁷ – proferido na sequência da sentença do juízo central cível de Leiria, que julgara o procedimento cautelar improcedente, por não provado – considerou justificada a cautelar suspensão da deliberação.

1.1. Os vícios apontados, pelo Autor, à deliberação de aprovação da proposta de exclusão

Na Petição Inicial, o Autor avançou o seguinte conjunto de circunstâncias, em seu ver, passíveis de inquinar a deliberação aprovada: i) a convocatória para a assembleia geral extraordinária não foi dirigida a todos os «cooperadores» da Ré, em violação do n.º 2 do artigo 33.º do Código Cooperativo (doravante 'CCoop') e do n.º 3 do artigo 25.º dos Estatutos da Ré⁸ (doravante, 'Estatutos'); ii) da ordem de trabalhos vertida na convocatória para a assembleia geral extraordinária, não constava a eleição da secretária da mesa da assembleia geral, violando-se, assim,

abril de 2017, foi aprovada a proposta de destituição de ambos os cooperadores dos respetivos cargos, por irregularidades graves na gestão da cooperativa. Os Autores impugnam a referida deliberação, em ação que foi julgada improcedente, pelo juízo central cível de Leiria, decisão da qual aqueles recorreram para o Tribunal da Relação de Coimbra, que, em acórdão proferido a 30.04.2019, sublinhou que a aplicação de qualquer uma das sanções disciplinares previstas no n.º 1 do artigo 25.º do CCoop, incluindo, portanto, a perda de mandato, deverá, sempre, ser precedida de processo escrito, imperativo este, à luz do qual decidiu, em consequência, anular as deliberações de destituição dos cargos, aprovadas pela assembleia geral – v. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.04.2019, proferido no âmbito do processo n.º 2067/17.3T8LRA.C1, disponível em www.dgsi.pt.

⁶ O juízo central cível de Leiria indeferiu liminarmente a providência cautelar requerida pelo aqui Autor, por considerar inexistente o fundado receio da ocorrência de lesão grave e dificilmente reparável. Considerou o Tribunal que a privação dos direitos de participação invocados pelo Requerente, entre eles, o de i) ser convocado para as assembleias gerais, ii) nelas participar e votar, iii) exercer o seu direito de informação, iv) influir nas deliberações, v) impugná-las e fiscalizá-las, bem assim, vi) fiscalizar a gestão da cooperativa, seriam uma decorrência natural da deliberação de exclusão adotada, não correspondendo a sua privação a mais do que um mero incómodo ou contrariedade. Do despacho que indeferiu liminarmente a providência cautelar veio o Requerente, aqui Autor, a recorrer para o Tribunal da Relação de Coimbra, que, em decisão na qual começou por recordar que «o receio de lesão grave e dificilmente reparável do direito do requerente não constituía pressuposto da providência cautelar», qualificou a privação dos direitos do cooperador como dano considerável, para efeitos do n.º 1 do artigo 380.º do CPC, julgando, em consequência, o recurso procedente e revogando a decisão recorrida, mais ordenando a sua substituição por decisão a ordenar o prosseguimento dos termos da providência. V. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10.07.2018, proferido no âmbito do processo n.º 1552/18.4T8LRA.C1.

⁷ Já devidamente identificado, na nota de rodapé 4.

⁸ Com idêntica previsão.

o preceituado no artigo 39.º do CCoop, ao que acrescia, não só a circunstância de a eleição não haver sido realizada por voto secreto, como determinado pelo n.º 4 do artigo 32.º do CCoop e pelo n.º 3 do artigo 19.º dos Estatutos⁹, como também a circunstância de a pessoa nomeada secretária ser, à data, vogal do conselho fiscal da Ré, o que violaria o n.º 1 do artigo 31.º do CCoop e o artigo 22.º dos Estatutos¹⁰; iii) o advogado da Ré participou e interveio na referida assembleia geral, em incumprimento do preceituado no n.º 2 do artigo 33.º do CCoop; iv) a proposta de exclusão notificada ao Autor, em conjunto com a convocatória para a assembleia geral, não foi precedida de processo escrito, em violação do disposto nos artigos 25.º e 26.º do CCoop; v) a presidente da mesa determinou que as testemunhas indicadas pelo Autor fossem ouvidas em sessão da assembleia, e na presença dos demais cooperadores, moldes nos quais as mesmas se recusaram a ser inquiridas, verificando-se, deste modo, quer a omissão de diligências essenciais para a descoberta da verdade¹¹, quer violação grave do direito de defesa do Autor, e vi) por fim, subsidiariamente, e à cautela, sempre os factos alegados na proposta de exclusão notificada ao Autor não correspondiam à verdade.

Na sua contestação, a Ré – cooperativa – sustentou que i) as convocatórias foram sempre, ao longo de vários anos¹², remetidas ao mesmo conjunto de «sócios efetivos», encontrando-se o Autor ciente de que os demais membros foram sendo excluídos; ii) a nomeação da secretária reveste natureza meramente funcional, configurando um procedimento conatural a qualquer assembleia, e que não confere à escolhida capacidades deliberativas; iii) o CCoop não proíbe a participação de um jurista nas assembleias gerais, além de que a sua intervenção, não só se limitou, *in casu*, ao campo administrativo, como foi aceite pelos presentes, e, por fim, iv) ao contrário do sustentado pelo Autor, houve efetivamente um processo escrito prévio à aprovação da proposta de exclusão, incluindo uma peça acusatória, em relação à qual o Autor soube apresentar a sua defesa, v) mais havendo as testemunhas indicadas sido previamente informadas dos termos em que iriam depor, nada tendo avançado em contrário¹³.

⁹ Com similar previsão.

¹⁰ Replicando a norma legal.

¹¹ Prevista, como nulidade insuprível, na alínea d) do n.º 4 do artigo 25.º do CCoop.

¹² E, aliás, em peças elaboradas pelo próprio Autor (na qualidade de ex-vogal do conselho de administração da Ré).

¹³ Quanto a este ponto, esclarecer apenas que, da ata da sessão de 18 de março de 2018, ficou a constar a admissão expressa da audição das testemunhas indicadas pelo Autor, a ocorrer em sessão posterior da assembleia. Mais ficou determinado que aquelas poderiam ser inquiridas pelo próprio, ou, caso consentissem, pelos restantes cooperadores, com os limites dos factos a que fossem depor. Na sessão de 13 de abril de 2018, o Autor declarou que, pese embora as testemunhas estivessem presentes, não iria proceder à audição, em assembleia, motivo por que, atenta a manutenção das condições de inquirição previamente determinadas, acabou por prescindir da produção de prova testemunhal.

2 A SENTENÇA DE 1.^a INSTÂNCIA

Através de sentença de 11 de junho de 2019¹⁴, o juízo central cível de Leiria julgou improcedente, por não provada, a ação interposta pelo Autor, absolvendo a Ré do pedido.

Para o efeito, e quanto à questão relativa à irregularidade da convocatória, propugnou o Tribunal pela necessidade de traçar uma distinção entre «cooperadores efetivos» e «portadores de títulos de participação do capital social da ré». Por outras palavras, além dos cooperadores regularmente convocados para a assembleia geral extraordinária, o Tribunal deu como provada a existência de um conjunto de «outras» pessoas», que - apesar de i) serem portadoras dos títulos de participação do capital social da cooperativa, ii) nunca haverem sido formalmente declaradas excluídas da cooperativa, ou notificadas da perda da sua qualidade de cooperadoras, e, não obstante, iii) em momento algum, lhes terem sido restituídos os valores dos respetivos títulos representativos do capital social -, não seriam «cooperadores efetivos». A fim de traçar esta distinção, o Tribunal analisou os estatutos da Ré¹⁵, dos quais resultava que o desenvolvimento de uma atividade profissional na cooperativa seria requisito *sine qua non* da qualidade de membro efetivo. Ora, como no segundo grupo de sujeitos, tal pressuposto falhava, o Tribunal concluiu pela inexistência de qualquer irregularidade ou vício¹⁶, dado que as pessoas não convocadas para a assembleia geral extraordinária seriam meros portadores de títulos de capital – inconfundíveis, portanto, com os «cooperadores efetivos»¹⁷ -, não resultando a sua participação em assembleia geral, imposta pelo n.º 2 do artigo 33.º do CCoop.

¹⁴ Proferida no âmbito do processo n.º 1762/18.4T8LRA.

¹⁵ À data da aprovação da deliberação litigiosa, estavam em vigor os Estatutos da Ré, aprovados em assembleia geral extraordinária de 4.11.2011 (e com as alterações introduzidas em assembleia geral extraordinária de 9.4.2017), cujo artigo 8.º tinha a seguinte redação: «1. Membros efectivos da cooperativa: a) Podem ser membros efectivos as pessoas que, propondo-se utilizar os serviços prestados pela cooperativa, em benefício próprio ou dos seus familiares, ou nela desenvolver a sua actividade profissional, voluntariamente solicitem a sua admissão. b) Perdem a qualidade de membros efectivos da cooperativa os que deixem de desenvolver a sua actividade profissional na cooperativa e ainda aquele que no espaço de cento e oitenta dias, a contar da data da sua admissão, não tenha subscrito os respectivos títulos de capital, salvo motivo justificado».

¹⁶ E, em particular, não padecia do vício referido na alínea a) do n.º 1 do artigo 56.º do CSC.

¹⁷ O Tribunal considerou que, deixando o cooperador de desenvolver essa atividade, não se exige qualquer deliberação da assembleia geral, dirigida à perda da qualidade de cooperador efetivo, tratando-se, ao invés, de uma hipótese de perda automática dessa qualidade. No mesmo sentido, decidiu o juízo central cível de Leiria, em ação previamente intentada pelo Autor, a propósito da deliberação relativa à perda do mandato, enquanto vogal do conselho de administração da Ré – vd. sentença de 12.11.2018, proferida no âmbito do processo n.º 2067/17.3T8LRA. Trata-se de um entendimento próximo da chamada «*baja obligatoria*» prevista no Ordenamento Jurídico Espanhol, no n.º 5 do artigo 17.º da Ley 27/1999, de 16 de julho, e que determina que «*Causarán baja obligatoria los socios que pierdan los requisitos exigidos para serlo según esta Ley o los Estatutos de la cooperativa*», mas que deve,

Já quanto à nomeação da secretária, o Tribunal afastou, em primeiro lugar, i) a nulidade decorrente do artigo 39.º do CCoop, atento o facto de a deliberação em causa visar, apenas, o funcionamento e o secretariado da reunião, em nada se relacionando com o conteúdo funcional da cooperativa; em segundo lugar, ii) a violação do n.º 4 do artigo 32.º do CCoop e do n.º 3 do artigo 19.º dos Estatutos, por força do facto de a votação não contender com a eleição de um órgão da cooperativa, e, finalmente, iii) o desrespeito da incompatibilidade resultante do n.º 1 do artigo 31.º do CCoop e do artigo 22.º dos Estatutos da Ré, pela circunstância de o «secretário da reunião» não configurar um cargo eletivo estatutariamente previsto, vendo as suas funções circunscritas a uma concreta reunião da assembleia.

A questão da presença do advogado da cooperativa, na assembleia geral extraordinária, resultou validada, quer pela interpretação da norma do n.º 2 do artigo 33.º do CCoop, da qual não resulta que apenas «os cooperadores e membros investidores no pleno gozo dos seus direitos» possam participar na assembleia¹⁸, quer, ainda, da aplicação subsidiária do n.º 6 do artigo 379.º do CSC, norma que legitima o presidente da mesa a autorizar a presença de um terceiro na assembleia geral.

Quanto ao núcleo problemático do litígio, contendente com a falta de processo escrito, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 25.º do CCoop, o Tribunal bastou-se com um controlo de evidência e de mínimos. Entendeu o Tribunal que os elementos elencados e exigidos pelo n.º 3 do artigo 25.º do CCoop foram efetivamente reduzidos a escrito, constatando-se a existência de um conjunto formado, não só pela i) carta inicialmente remetida ao Autor, com ii) a proposta de exclusão e iii) a convocatória para a assembleia geral extraordinária, como também pelas, iv) atas das sessões de 18 de março e de 13 de abril de 2018, nas quais se desdobrou a referida assembleia, e, por fim, pela v) defesa escrita apresentada pelo Autor. No entendimento do Tribunal, tal bastaria para a subsunção da realidade ao conceito de «processo escrito».

Permanecendo nesta linha, o Tribunal afastou, ainda, a existência de omissão de diligências essenciais à descoberta da verdade (ponto contendente com a falta de audição das testemunhas indicadas pelo Autor). Sublinhou o Tribunal que a Ré não *negou* a produção de prova requerida pelo Autor, não podendo, portanto, ser-lhe atribuída qualquer responsabilidade pelo facto de, em assembleia, aquelas testemunhas se recusarem a depor. Mais considerou o Tribunal inexistir impeditivo legal à produção de prova perante a assembleia, por ser este o órgão competente para deliberar sobre a matéria.

também, aí, obediência a um conjunto de requisitos procedimentais. Sobre o tema, v. PAZ CANALEJO, N., «Tipología de las bajas de socios según la ley 27/1999. Algunos problemas», REVESCO, 74, 2001, pág. 151-180.

¹⁸ Pretendendo, ao invés, o legislador tão-só garantir a presença desses sujeitos.

Finalmente, e no que respeita ao mérito da exclusão, o Tribunal recordou que não estaria, aí, em causa, uma questão relativa à validade e/ou legalidade da deliberação, pelo que o meio idóneo para aferir de eventual erro da deliberação seria o recurso previsto no n.º 5 do artigo 26.º do CCoop.

3 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

Da sentença do juízo central cível de Leiria recorreu o Autor para o Tribunal da Relação de Coimbra, na sequência do que veio a ser proferido o acórdão de 3 de março de 2020, que constitui o objeto do nosso comentário.

Nas suas alegações¹⁹, o cooperador cingiu o objeto do recurso i) à ausência de processo escrito, antecedente à deliberação da assembleia geral extraordinária que aprovou a sua exclusão, bem assim, ii) à inexistência de fundamento substantivo para a aplicação da referida sanção disciplinar.

O Tribunal da Relação de Coimbra, em acórdão sintético, mas exemplar, começou por enquadrar o litígio no âmbito da aplicação da sanção disciplinar de exclusão - a mais grave, de entre as que se encontram legal e/ou estatutariamente previstas. Daqui, partiu o Tribunal para a aferição do motivo subjacente à imposição de processo escrito, a anteceder a aplicação da sanção, aderindo à densificação do conceito, que fora já encetada pelo mesmo Tribunal, em acórdão de 26 de março de 2019²⁰, proferido nos autos de providência cautelar de suspensão da mesma deliberação, requerida pelo Autor.

No entender do Tribunal, quer i) a noção literal da expressão «processo escrito», quer ii) a leitura conjugada dos n.ºs 3 e 4 do artigo 25.º do CCoop, quer, ainda, iii) os interesses subjacentes a tais normativos, de entre os quais, a necessidade de garantir ao cooperador excluindo as mais amplas garantias de defesa, militam no sentido da não subsunção ao conceito de «processo escrito»²¹, de um conjunto de peças documentais escritas avulsas, desprovidas, de qualquer enquadramento global, num processo organizado e sistematizado.

Para legitimar essa sua conclusão, o Tribunal atendeu, ainda, à cronologia dos acontecimentos, e, em particular, ao facto de a proposta de exclusão haver sido notificada ao Autor «na mesma missiva que lhe foi enviada, pelo presidente da assembleia geral, com a convocatória da assembleia geral, a realizar cerca de 15 dias depois, cujo objeto da ordem de trabalhos era precisamente a sua exclusão de cooperador da ré [...] informando-o –, além do mais, que poderia apresentar a

¹⁹ Ao mesmo foi anexo Parecer dos Exmos. Senhores Professores Deolinda Meira e Tiago Martins Fernandes.

²⁰ Já devidamente identificado na nota de rodapé 4.

²¹ Nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 25.º do CCoop.

sua defesa por escrito até ao dia útil anterior a essa assembleia, devendo os seus elementos de defesa probatórios serem apreciados nessa assembleia»²².

No que respeita ao vício daí resultante para a deliberação da assembleia geral extraordinária que, na ausência do referido processo escrito, deliberou a aprovação da proposta de exclusão do Autor, o Tribunal - depois de reconhecer a existência de divergência jurisprudencial²³ quanto à questão de saber se essa omissão acarreta a nulidade ou a anulabilidade da deliberação que aprova a exclusão – acabou por aderir à tese da anulabilidade da deliberação.

Na medida em que a resposta à primeira questão suscitada pelo Recorrente foi favorável a este, o Tribunal não cuidou de analisar a existência ou não de suporte material para a exclusão do Autor como cooperador da Ré.

4 COMENTÁRIO

A interrogação nuclear a que o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra visa dar resposta é a de saber se um conjunto de peças avulsas, em suporte escrito, notificadas ao cooperador, em momento prévio ao da realização da assembleia geral que deliberará a sua exclusão, preenche, ou não, o conceito de «processo escrito», nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 25.º do CCoop²⁴.

A solução que se busca pressupõe, como não poderia deixar de ser, que se compreenda o porquê da exigência legal, isto é, o seu fundamento. Só uma vez assente esse pressuposto, se poderá aferir se o mesmo se satisfaz com um conjunto de peças avulsas, ou se exige, ao invés, uma sucessão ordenada e concatenada de atos, tendentes à aplicação da sanção final de exclusão.

²² Transcrevemos o acórdão.

²³ No sentido da nulidade da deliberação que aprova a exclusão do cooperador, na ausência de processo escrito prévio, v. acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21.02.2002, proferido no âmbito do processo n.º 0011528, e de 23.02.2017, no âmbito do processo n.º 335-16.0T8VPV.L1. Em contrário, propugnando pela mera anulabilidade da deliberação, v. acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.02.2002, proferido no âmbito do processo n.º 01B3618, de 23.09.2003, proferido no âmbito do processo n.º 02B2465, e de 30.04.2019 (relativo a deliberação de aprovação da perda de mandato), proferido no âmbito do processo n.º 2067/17.3T8LRA.C1, bem assim, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26.03.2019, já citado. Em sentido distinto das duas correntes (talvez por força das particularidades do caso), v. acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01.02.2001, proferido no âmbito do processo n.º 1459/00, e para o qual «É juridicamente inexistente a deliberação da assembleia geral que se propôs deliberar sobre a exclusão de cooperadores “no âmbito dos princípios e sem personalizar os infractores”, com total omissão do processo escrito onde devia ser lavrada a proposta de exclusão a submeter a deliberação». Todos disponíveis em www.datajuris.pt.

²⁴ A norma equivalente do anterior Código Cooperativo, aprovado pela Lei n.º 51/96, de 7 de setembro, sucessivamente alterada, impunha já a precedência de processo escrito, do qual se impunha que constasse, também, a indicação das infrações, a sua qualificação, a prova produzida, a defesa do arguido e a proposta de aplicação da medida de exclusão (v. n.º 3 do artigo 37.º do CCoop de 1996).

A dúvida subsequente colocar-se-á, depois, no plano das consequências jurídicas da ausência do processo escrito, havendo que determinar se o vício de procedimento gera a nulidade ou a mera anulabilidade da deliberação da assembleia geral, da qual resulta a exclusão do cooperador.

4.1. A exclusão como sanção disciplinar não conservatória

A exclusão do cooperador é, de entre o elenco das sanções disciplinares previstas no n.º 1 do artigo 25.º do CCoop²⁵, a única sanção não conservatória. Por corresponder - de entre todas as demais - à sanção mais grave, compreende-se a preocupação do legislador cooperativo em consagrar um conjunto de formalidades que, se bem que atinentes ao procedimento, são, na realidade, mínimos de observação e cumprimento imperativos. Os artigos 25.º e 26.º do CCoop apresentam-nos algumas dessas normas imperativas mínimas, cabendo, depois, ao intérprete, densificar os conceitos indeterminados e garantir que a generalidade e a abstração da lei não atraíam os interesses do caso concreto²⁶.

No que à sanção de exclusão respeita, trata-se de evitar - ao abrigo de uma tutela do tipo preventivo - que o cooperador possa ser excluído, sem uma razão objetiva e comprovada para o efeito. Trata-se, pois, de afastar a arbitrariedade²⁷.

4.1.1. Regime aplicável

A aplicação de uma sanção disciplinar obedece a um regime próprio, sob os prismas orgânico, formal e material. Trataremos, aqui, em particular, da exclusão.

No que respeita ao aspeto orgânico e às normas de competência, haverá que distinguir os seguintes momentos: i) o do impulso e instrução do processo e ii) o da aplicação da sanção. Quanto ao primeiro, o órgão competente para a instauração do processo disciplinar e a realização da respetiva instrução é o conselho de administração da cooperativa (cf. n.º 4 do artigo 26.º e alínea a) do n.º 1 do artigo 46.º do CCoop), com possibilidade de delegação (cf. n.º 3 do artigo 50.º do

²⁵ Replicado no artigo 13.º dos Estatutos da Ré, em vigor à data da aprovação da deliberação em assembleia geral extraordinária.

²⁶ De entre esses mínimos, encontra-se a previsão da nulidade insuprível, resultante do não cumprimento de um conjunto de procedimentos - v. n.º 4 do artigo 25.º do CCoop.

²⁷ Questão que a Doutrina ainda reconduz ao princípio da adesão voluntária e livre, tal como previsto no artigo 3.º do CCoop - v. APARÍCIO MEIRA, D., *O Regime Económico das Cooperativas no Direito Português*, Vida Económica Editorial, Porto, 2009, pág. 64. No mesmo sentido, NAMORADO, R., *O essencial sobre Cooperativas*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Porto, 2013, pág. 41, e PAZ CANALEJO, N., «Tipología...», cit., pág. 153.

CCoop *a contrario*²⁸⁾²⁹. Já quanto à aplicação da sanção de exclusão, o legislador consagra, no n.º 6 do artigo 25.º e na alínea k) do artigo 38.º do CCoop, a competência exclusiva da assembleia geral³⁰, de cuja deliberação cabe recurso para os Tribunais, nos termos do n.º 5 do artigo 26.º do CCoop³¹.

²⁸ Do n.º 3 do artigo 50.º do CCoop resulta a natureza indelegável dos poderes relativos à aplicação de sanções, competência prevista na alínea d) do artigo 47.º do CCoop, e que respeita, apenas, às sanções elencadas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 25.º do CCoop. A proibição de delegação não abrange, portanto, os poderes necessários e convenientes à instrução do processo disciplinar tendente à exclusão (cf. n.ºs 5 e 6 do artigo 25.º do CCoop).

²⁹ No mesmo sentido, não só o parecer junto pelo Autor aos autos, da autoria dos Srs. Professores Deolinda Meira e Tiago Martins Fernandes, mas também, ALMEIDA MARTINS, A., «A relação jurídica entre cooperador trabalhador e cooperativa. Notas sobre a sua qualificação e regime», CES, 36, (2013-2014), pág. 31-53 (48). Os Autores do parecer defendem a bondade e a vantagem da delegação da condução desta fase num terceiro independente – o instrutor. É verdade que a figura do instrutor não encontra consagração expressa no CCoop, ao contrário do previsto, em sede laboral (no n.º 1 do artigo 356.º do atual Código do Trabalho ('CT'), aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, enquanto mera opção do empregador, e especificado, no artigo 208.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas ('LTFP'), aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, de forma imperativa). É uma solução que se compreende e à qual se adere, mas que, de *iure condendo*, não pode configurar, senão, uma opção, isto é, uma faculdade livre da cooperativa, suportada, seja em procuração de caráter genérico, por via da qual se atribua ao instrutor o conjunto de poderes necessários para que o mesmo possa desenvolver a instrução dos vários processos instaurados pela cooperativa, seja em procuração junta ao processo, para aquele processo em particular – cf. SILVA, D., «Despedimento por facto imputável ao trabalhador: a figura do instrutor no pós Lei n.º 23/2012», JULGAR online, 2016, pág. 1-49 (28-29).

³⁰ Podendo, aqui, falar-se, de uma reserva absoluta de competência da assembleia geral, não sendo, pois, de aceitar uma deliberação da Direção da cooperativa que a assembleia se limite a confirmar. Sobre o tema, v. acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12.06.2008, proferido no âmbito do processo n.º 900/08-2, e que propugnou pela inexistência da deliberação, numa hipótese em que a Direção da cooperativa «decidira» a exclusão dos cooperadores. Nas palavras do Tribunal, «diferentemente do que defende a ré/apelante, o que resulta claramente do cotejo de todos estes artigos é que compete à direcção a aplicação de sanções aos cooperadores, com excepção da sanção de exclusão de cooperadores. Ora, porque provado ficou que a autora, M... Lourenço, foi excluída pela Direcção da R., quando é certo que esta não tinha competência nem poderes para o efeito, dúvidas não restam estarmos perante uma “deliberação de pura aparência” ou “pseudodeliberação”, enquadrável na figura da inexistência jurídica, que embora sem consagração legal, é maioritariamente admitida pela doutrina e pela jurisprudência [...] É que, neste caso, a omissão da declaração da vontade de excluir por parte do órgão competente para produzir tal efeito relativamente àquela cooperadora é absoluta. Segundo Pinto Furtado” In, obra citada, pág.235., uma deliberação é inexistente quando a sua imperfeição da deliberação é tal que exclui a própria susceptibilidade de identificação de um facto como deliberação social. E porque assim é, justificada fica a aplicação de uma sanção mais grave que a nulidade, sendo a deliberação inexistente sancionável com ineficácia geral, passível de ser declarada oficiosamente». Sustentando a nulidade, v. acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01.02.2001, já citado, e cujo sumário dita que «A competência para exclusão de cooperadores não pode ser delegada na direcção da cooperativa e, a ter esta deliberado a exclusão, tal deliberação é nula».

³¹ Trata-se de uma solução distinta daquela adotada pelo legislador espanhol, que previu a concentração do poder disciplinar no órgão de administração, sem possibilidade de delegação ou avocação pela assembleia geral. V. alínea a) do n.º 3 do artigo 18.º da Ley 27/1999, de 16 de julho, nos termos

Trata-se de uma solução que se compreende, à luz do critério que deve presidir à separação de poderes entre a assembleia geral e o conselho de administração da cooperativa, e que se justifica pela natureza dual das cooperativas, enquanto associação e empresa³².

Isto basta para concluir no mesmo sentido do Tribunal da Relação de Lisboa, que, em acórdão de 21 de fevereiro de 2002, proferido no âmbito do processo n.º 00115208, determinou que «A assembleia geral de uma Cooperativa não se pode substituir à entidade instrutora realizando perante si, em processo oral, a audição do arguido e testemunhas por ele arroladas em defesa a fim de decidir sobre a exclusão ou não do cooperador/arguido»³³. Com efeito, admitir que a inquirição de testemunhas indicadas pelo cooperador-arguido pudesse ser realizada em assembleia geral equivaleria a desrespeitar a bipartição de competências delineada pelo legislador cooperativo, e «querida» pela própria natureza da cooperativa. À assembleia geral cabe decidir. Não instruir o processo.

Aferida a questão orgânica, cumpre analisar a *iter* processual, no seio do qual salientamos as seguintes diretrizes: i) a aplicação da sanção deverá ser precedida de processo disciplinar escrito (cf. n.º 2 do artigo 25.º do CCooop); ii) do processo disciplinar deverá constar a indicação suficientemente individualizada das infrações imputadas e dos preceitos violados (legais, estatutários ou regulamentares), a sua qualificação, a prova produzida, a defesa do arguido e a proposta de aplicação da sanção (cf. n.º 3 e alíneas b) e c) do n.º 4 do artigo 25.º do CCooop); iii) a determinação concreta da sanção a aplicar impõe a observância de um conjunto de princípios, incluindo o da proporcionalidade e o da coerência disciplinar (cf.

da qual «*Los Estatutos establecerán los procedimientos sancionadores y los recursos que procedan, respetando las siguientes normas: a) La facultad sancionadora es competencia indelegable del Consejo Rector*». Existem, contudo, leis autonómicas que autorizam solução distinta, desde que prevista nos estatutos. Sobre o tema, v. MORILLAS JARILLO, M. / FELIU REY, M., *Curso de cooperativas*, 3.ª ed., Tecnos, 2018, pág. 724 e seguintes.

³² Devendo dotar-se o conselho de administração da liberdade necessária e indispensável para uma gestão eficiente da cooperativa, mais garantindo que todas as decisões relativas à cooperativa enquanto associação são adotadas pela, e em, assembleia geral – v. HENRY, H., *Guidelines for cooperative legislation*, 3.ª ed., International Labour Office, Genebra, 2012, pág. 81.

³³ Disponível em www.dgsi.pt e confirmado, quanto a este ponto, pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.09.2003, proferido no âmbito do processo n.º 02B2465, que analisou a factualidade do caso, nos seguintes termos: «As testemunhas não foram inquiridas no processo disciplinar, e o autor não foi notificado da proposta de exclusão, vindo apenas a ser notificado, por carta datada de 24.11.98, para a assembleia geral, marcada para 12.12.98, destinada exclusivamente a apreciar, discutir e votar tal proposta. É certo que, nessa assembleia geral, além do mais, a mesa deu a palavra a quatro dos cooperadores arrolados como testemunhas pelo arguido; mas tal não supre a irregularidade cometida, traduzida na falta da sua inquirição no processo disciplinar, que, traduzindo a omissão de diligências essenciais para a descoberta da verdade, equivale ainda, no âmbito do direito disciplinar em geral, à falta de audiência do arguido. O processo escrito, dada a finalidade, acima assinalada, a que se acha colimado, não pode ser substituído por declarações orais prestadas na assembleia geral».

n.º 1 do artigo 25.º do CCoop³⁴), e, no que à exclusão diz concretamente respeito, deverá a decisão fundar-se em violação grave e culposa, devidamente tipificada, seja no CCoop, seja na legislação complementar aplicável, seja, ainda, nos estatutos e regulamentos internos da cooperativa (cf. n.º 1 do artigo 26.º do CCoop); iv) a «proposta de exclusão» deverá ser fundamentada (cf. n.º 3 do artigo 25.º do CCoop); v) a «proposta de exclusão» deverá ser notificada, por escrito, ao cooperador-arguido, com a antecedência mínima de sete dias, em relação à data agendada para a assembleia geral que a votará; vi) o cooperador-arguido deverá ser ouvido (ou, melhor, impõe-se que lhe seja dada essa possibilidade³⁵) (cf. alínea a) do n.º 4 do artigo 25.º do CCoop); vii) deverão ser produzidas e encetadas todas as diligências que se afigurem essenciais para a descoberta da verdade, incluindo as que sejam requeridas pelo cooperador-arguido; viii) a exclusão do cooperador deverá ser deliberada, no prazo máximo de um ano, a partir da data em que algum dos titulares do órgão de administração tome conhecimento do facto que legitima a aplicação da sanção³⁶.

Assim lido, o encadeamento processual não parece acomodar a existência de uma primeira proposta de aplicação da sanção - notificada ao cooperador-arguido, e em relação à qual este apresenta a sua defesa - e uma segunda proposta, final, que será objeto de deliberação pela assembleia geral. Parece-nos, contudo, que esta é a única solução que se coaduna, quer com a garantia dos direitos de defesa do cooperador-arguido, quer, ainda, com as várias peças escritas cuja imposição resulta clara dos artigos 25.º e 26.º do CCoop³⁷. À luz do exposto, estamos em crer que «a proposta de aplicação da sanção» e a «proposta de exclusão» a que se refere o legislador cooperativo, no n.º 3 do artigo 25.º e no n.º 3 do artigo 26.º do CCoop correspondem à decisão final, objeto de deliberação pela assembleia geral, decisão essa que deverá acomodar os resultados da eventual defesa apresentada

³⁴ Resulta implicitamente da ordenação das sanções, vertida no n.º 1 do artigo 25.º do CCoop, que a entidade detentora do poder disciplinar deverá, não só atender à gravidade do facto ilícito e ao grau de culpa do infrator, como garantir, também, a coerência entre as sanções aplicadas a cooperadores distintos, pelos mesmos (ou similares) factos materiais, e em circunstâncias próximas. A exclusão deverá ficar reservada para os casos em que a manutenção da qualidade de cooperador seja inexistente à cooperativa.

³⁵ O facto de o cooperador-arguido optar, livre e deliberadamente, por não apresentar defesa não afeta a verificação do cumprimento do requisito legal de audiência prévia.

³⁶ Apesar de o CCoop não prever, à semelhança do n.º 3 do artigo 329.º do CT, o prazo de duração máxima da fase de instrução, sempre o mesmo se deverá conter neste prazo de um ano.

³⁷ A solução parece-nos legitimada pelas referências a elementos do procedimento, enquadráveis em fases distintas do processo disciplinar. No mesmo sentido, v. ALMEIDA MARTINS, A., «A relação jurídica...», cit., pág. 48, quando sustenta que «As exigências legais relativas ao processo disciplinar escrito implicam, necessariamente, consubstanciar a acusação numa nota de culpa, conceder ao arguido prazo razoável para apresentar a sua defesa, assegurar a realização das diligências instrutórias necessárias e formalizar as mesmas em auto».

pelo cooperador-arguido³⁸. Isto não invalida que o dever de fundamentação da «proposta de exclusão» se não deva aplicar, quer à nota de culpa, quer à decisão final³⁹, havendo, ainda, que assegurar que a primeira seja notificada ao cooperador-arguido, em tempo de o mesmo i) apresentar a sua defesa e ii) ser notificado da decisão final, com a antecedência mínima, prevista no n.º 3 do artigo 26.º do CCoop⁴⁰.

À luz do *supra* exposto, parece-nos serem fortes os indícios em favor da presença de momentos processuais demarcados no procedimento disciplinar cooperativo⁴¹. São eles: a fase de inquérito, a fase de instrução e a decisão final⁴².

³⁸ Nesse sentido, militam, não só o facto de a «proposta de aplicação da sanção» surgir imediatamente a seguir à «defesa do arguido», no n.º 3 do artigo 25.º do CCoop, mas, ainda, a circunstância de no n.º 3 do artigo 26.º do CCoop se esclarecer que é sobre essa «proposta» que a assembleia geral delibera, não podendo a assembleia geral votar uma mera «nota de culpa», em relação à qual o cooperador-arguido não pôde apresentar a sua defesa.

³⁹ No caso da nota de culpa, a finalidade da fundamentação é clara, e passa por garantir que o cooperador-arguido se consiga defender perante uma acusação, assente em factos concretos e devidamente circunstanciados. Não obstante, caso o cooperador-arguido se prevaleça da faculdade a cujo exercício a nota de culpa devidamente fundamentada se dirigia, isto é, na hipótese de o mesmo demonstrar ter compreendido, de forma precisa, os factos que lhe eram imputados, e a acusação que lhe foi dirigida, sendo capaz de a escrutinar ponto por ponto, não se justificará dar por verificada a existência de qualquer invalidade – v. FERREIRA DE SOUSA, P., *O Procedimento Disciplinar Laboral*, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 56-58. Trata-se do chamado «critério da adequação funcional», que para aqui convocamos, através de raciocínio analógico. V. MONTEIRO FERNANDES, A., *Direito do Trabalho*, 18.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pág. 591 e FURTADO MARTINS, P., *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4.ª ed., Parede, Principia, 2017, pág. 209, para quem a exigência de fundamentação não deverá ser sobrevalorizada a ponto de «ser mais difícil elaborar uma nota de culpa do que deduzir uma acusação em processo penal». É Doutrina que se aplica, também, em sede de processo penal, sendo, aliás, transversal aos processos de matriz sancionatória. Há, contudo, que proceder a uma leitura restritiva desta «sanação», não bastando, em nosso ver, que o cooperador-arguido compreenda a conduta que lhe é imputada, quando isso se dirija apenas à conclusão – a decisão de aplicação da sanção x. É que, bem vistas as coisas, a finalidade da fundamentação não estará, nessas hipóteses, preenchida, impondo-se aferir se o cooperador conseguiu escrutinar as premissas dessa mesma conclusão.

⁴⁰ Somos da opinião de que a antecedência mínima de sete dias, referida no n.º 3 do artigo 26.º do CCoop, respeita à decisão final, a deliberar pela assembleia geral, e à qual deverá ter presidido a notificação de uma nota de culpa, com a possibilidade de apresentação de defesa pelo cooperador excluendo. O prazo mínimo que aí se determina permitirá ao cooperador excluendo escrutinar a existência de eventual alteração substancial dos factos ou da qualificação jurídica, em relação à nota de culpa, em tempo de evitar que a assembleia geral delibere sobre uma decisão, sobre a qual o cooperador não exerceu o contraditório. No que respeita ao prazo de resposta à nota de culpa, e uma vez que a figura não encontra previsão expressa no CCoop, impõe-se a fixação de prazo razoável, cuja determinação dependerá das circunstâncias concretas do ilícito e da factualidade material do caso.

⁴¹ Aliás, à semelhança do que se verifica nos mais variados processos de natureza sancionatória, em lugares paralelos do Direito.

⁴² Trata-se de fases que, mais ou menos densificadas, deverão preceder a assembleia geral, na qual será deliberada a exclusão de um determinado cooperador.

De facto, referências como «proposta de aplicação da sanção», «processo escrito», «prova produzida» ou «defesa do arguido» militam no sentido da autonomização de i) uma fase preliminar - de inquérito⁴³ - que findará, em princípio, com uma primeira proposta de exclusão (similar a uma nota de culpa), notificada ao cooperador-arguido, com a advertência de que poderá apresentar a sua defesa, e requerer a produção de prova, para o que lhe será concedido prazo para o efeito; ii) uma segunda fase - de instrução⁴⁴ -, cuja condução é, como vimos, da competência do órgão de administração, ou de instrutor, com poderes para o efeito, e no decurso da qual, não só deverão ser realizadas todas as diligências que se reputem essenciais à descoberta da verdade, incluindo aquelas que o cooperador-arguido possa ter requerido, como se imporá, também, a audiência prévia deste; e, por fim, iii) a decisão final, que deverá, de igual modo, ser notificada ao cooperador-arguido, e obedecer aos requisitos de forma e de substância, previstos no CCoop, para a «proposta de exclusão». Será esta a decisão submetida a votação pelos cooperadores, em assembleia geral⁴⁵.

A propósito da sucessão ordenada de atos que aqui apresentamos não deverá, porém, adotar-se um entendimento estritamente formalista, que menospreze a superveniência de eventuais entorses, justificadas, por exemplo, pela prova que venha a ser produzida, quer na fase de inquérito, quer na fase de instrução.

⁴³ Nesta fase, o conselho de administração deverá, após tomar conhecimento do facto ilícito, determinar o (s) efetivo (s) autor (es) e a sua responsabilidade e elencar os comportamentos a imputar-lhe (s), devendo, para o efeito, recolher todas as provas que se afigurem necessárias e pertinentes ao contraditório do cooperador.

⁴⁴ Trata-se de uma fase que terá início com a notificação da proposta inicial de exclusão (nota de culpa), ao cooperador. A fase de instrução poderá, contudo, corresponder a um momento meramente formal, caso o cooperador-arguido não apresente defesa, nem requeira a produção de qualquer prova adicional.

⁴⁵ Encontrando-se o cooperador excluindo impedido de votar, nos termos do n.º 6 do artigo 384.º, aplicável *ex vi* artigo 9.º do CCoop. Trata-se de uma situação de conflito de interesses entre o cooperador e a cooperativa. Apesar de o n.º 6 do artigo 384.º do CSC não conter, expressamente, uma alínea semelhante à alínea d) do n.º 1 do artigo 251.º do CSC (o que se compreende, atenta a problemática relativa à possibilidade de exclusão dos acionistas), e não obstante o carácter aparentemente taxativo daquele n.º 6, seguimos de perto Coutinho de Abreu, quando refere que se trata de «casos em que há divergência entre o interesse (objectivamente avaliado) do sócio e o interesse (objectivamente avaliado também) da sociedade, interessando, portanto, ao sócio uma deliberação orientada em determinado sentido e à sociedade uma deliberação orientada em sentido diverso. Ambos os artigos visam, pois, neutralizar o perigo da tomada de deliberações contrárias ao interesse social por influência do voto de sócio portador de interesse divergente», não havendo razões «para não aplicar analogicamente alguns dos preceitos legais directamente aplicáveis às sociedades por quotas» - v. COUTINHO DE ABREU, J., *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 5.ª ed. reimp., Coimbra, Almedina, 2017, pág. 226. Como é aqui o caso, dada a admissibilidade expressa de exclusão dos cooperadores, e atenta a condição primacial imposta à aplicação subsidiária das normas relevantes das sociedades anónimas - o respeito pelos princípios cooperativos.

Assim, e em primeiro lugar, poderá suceder que o conselho de administração conclua, no fim da primeira fase, pelo «arquivamento» do processo, caso verifique a inexistência de indícios suficientes da prática de qualquer ilícito pelo cooperador. Em segundo lugar, sempre que, após a notificação da nota de culpa e a apresentação da defesa pelo cooperador-arguido, sobrevenham factos novos e relevantes para o processo disciplinar em curso, aquele deverá ser notificado de aditamento à nota de culpa, e do prazo fixado para querendo, não só apresentar nova pronúncia, como também – eventualmente – requerer a produção de prova que se afigure relevante para a sua defesa, só assim se assegurando o cumprimento do contraditório⁴⁶. Por fim, poderá dar-se o caso de o terceiro momento – decisão final – acabar, também, substituído por uma decisão de arquivamento, na hipótese de a prova produzida e as diligências encetadas permitirem concluir pela inexistência de factos dados como provados, necessários para a imputação da infração e consequente aplicação da sanção ao cooperador.

É apenas neste contexto e à luz do *iter* processual desenhado, que as referências esparsas e «avulsas» aos vários elementos do processo, consagradas no CCoop, ganham sentido.

4.2. A proteção do cooperador através do processo

O garantismo de que nos fala Ferrajoli⁴⁷ e a necessidade de assegurar o cumprimento de mínimos substanciais e processuais há muito se afastaram do âmbito de exclusividade do Direito sancionatório Público, deslocando a sua esfera de influência, também, para o campo do Direito Privado sancionador⁴⁸. Em particular, quanto ao direito de audiência e defesa, entende a Doutrina ser o mesmo «inerente a todos os processos sancionatórios incluindo os de natureza privada (disciplina laboral, disciplina das organizações colectivas etc.), como regra inerente à ordem jurídica de um Estado de direito»⁴⁹.

⁴⁶ No mesmo sentido, pese embora em sede laboral, v. acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22.10.2012, proferido no âmbito do processo n.º 473/08.3TTVRL.P1, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁷ V. FERRAJOLI, L., «Garantías y derecho penal» in *Garantismo Penal*, Colección Lecturas Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, 34, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

⁴⁸ Seguimos BILBAO UBILLOS, J., «Las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución en los procedimientos disciplinarios privados: un análisis de su posible aplicación a las sanciones impuestas por los órganos de gobierno de las asociaciones», *DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCIÓN*, 9, 1996, pág. 45-94 (47). V. também, WIEDEMANN, H., «Richterliche Kontrolle privater Vereinsmacht», *JURISTENZEITUNG*, 23, 7, 1968, pág. 219-221.

⁴⁹ GOMES CANOTILHO, J. / MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 2007, pág. 526. O Tribunal Constitucional teve já oportunidade de esclarecer, no seu acórdão n.º 338/2010, de 22 de setembro de 2010, que «o processo disciplinar laboral constitui um dos processos sancionatórios que se encontra abrangido pela previsão da norma fundamental prevista no n.º 10 do artigo 32.º, a qual impõe que sejam «assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa», tanto nos «processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer

A ampliação da esfera de influência típica desses princípios pressupõe, no entanto, e necessariamente, a analogia das situações, nomeadamente, a existência de uma verdadeira sanção, de carácter unilateral, determinada e aplicada pelo titular do poder disciplinar⁵⁰. O legislador cooperativo, no cumprimento dos deveres que sobre si impendiam, em matéria de organização, procedimento e processo, consagrou, nos artigos 25.º e 26.º do CCoop, um conjunto de condições institucionais, dirigidas a assegurar o pleno exercício dos direitos de defesa do cooperador-arguido, incluindo os de audiência prévia e de contraditório⁵¹. A exigência de processo escrito é uma delas.

Trata-se, em todo o caso, de normas que não visam, apenas, a instituição de um determinado esquema técnico-organizativo, e que se não podem, de igual modo, ver resumidas a meras garantias de objetividade, em defesa do cooperador-arguido, perante atuações arbitrárias ou irrazoáveis da entidade titular do poder disciplinar⁵². É que, mais do que a defesa do cooperador excluindo, estas normas visam, em nosso ver, a criação das condições fáticas necessárias para que aquele possa intervir e contribuir para o desfecho do processo disciplinar. Trata-se,

processos sancionatórios». Considerou, pois, que apesar da CRP não distinguir se tal preceito constitucional é aplicável tanto a processos levantados por entidades públicas como por entidades privadas, atenta a natureza sancionatória

da consequência a aplicar ao comportamento do trabalhador em sede de processo disciplinar, não há como não concluir pela relevância de tal procedimento sancionatório para efeitos do referido preceito» - v., sobre o tema, em sede laboral, AMORIM MAGALHÃES, J., «A inconstitucionalidade do artigo 356.º, n.º 1 do Código do Trabalho - Breves considerações», *ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ*, 29, 2011, pág. 151-155 (151 e 152).

⁵⁰ V. BILBAO UBILLOS, J., «Las garantías...», cit., pág. 47. Não se poderá, porém, adotar um modelo de transplantação jurídica pura, que esqueça as especificidades das relações entre privados.

⁵¹ Sobre estes deveres, v. PEREIRA DA SILVA, J., *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pág. 33 e 642 e ss. De acordo com o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 166/2010, de 28 de abril de 2010, proferido no âmbito do processo 1206/2007 «Basicamente, poderá considerar-se que existe um deficit inconstitucional de protecção (ou de prestação normativa), quando as entidades sobre as quais recai o dever de proteger adoptam medidas insuficientes para garantir a protecção adequada às posições jusfundamentais em causa, sendo que tal sucede sempre que se verificar um duplo teste: (i) sempre que se verificar que a protecção não satisfaz as exigências mínimas de eficiência que são requeridas pelas posições referidas; (ii) cumulativamente, sempre que se verificar que tal não é imposto por um relevante interesse público, constitucionalmente tutelado. (Neste sentido, e quanto à dogmática geral dos imperativos jurídico-constitucionais de protecção, veja-se o já citado Acórdão n.º 75/2010, ponto 11.4.3). Para que se saiba se a protecção adoptada satisfaz ou não as exigências mínimas de eficiência requeridas pelas posições jusfundamentais em causa necessário é que se tenha em conta a intensidade do perigo ou do risco de lesão que pode resultar, para as referidas posições, da medida legislativa sob juízo. Por seu turno, para que se saiba se tal risco de lesão é ou não justificado, em ponderação, por motivos constitucionais relevantes, necessário é que se identifiquem os bens jurídicos e interesses contrapostos às referidas posições, e se decida se, na escolha do legislador, foi ou não sobreavaliado o seu peso (Acórdão n.º 75/2010, loc. cit)».

⁵² V. BILBAO UBILLOS, J., «Las garantías...», cit., pág. 73.

pois, e também, de tutelar a capacidade interventiva e participativa do cooperador-arguido, não só o protegendo perante comportamentos ativos da cooperativa⁵³, como impondo, de igual modo, um dever ativo de respeito pelo núcleo mínimo de «regras organizativas e de procedimento, indispensáveis para garantir o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais⁵⁴ dos seus membros».

Isto posto, e atentas as fases processuais suprarreferidas, cremos que só o entendimento do Tribunal da Relação de Coimbra, no acórdão em comentário - no sentido de recusar subsumir ao conceito de «processo escrito» um conjunto de peças escritas avulsas, sem qualquer ligação ou articulação sistemático-cronológica entre si – se coaduna e respeita os interesses tutelados pelos artigos 25.º e 26.º do CCoop.

4.3. A teleologia da imposição de processo escrito e o vício da deliberação da assembleia geral

Como se viu já, não é consensual a qualificação do vício que afeta a deliberação da assembleia geral que decide aprovar a proposta de exclusão de um cooperador, na ausência de processo escrito. Em nosso ver, a questão resolve-se, quando devidamente ponderados os interesses que se pretendem salvaguardar, e uma vez considerada a teleologia da imposição de processo escrito, nos termos do n.º 2 do artigo 25.º do CCoop.

É entendimento pacífico que, no plano societário, os vícios de procedimento não geram, via de regra, a nulidade da deliberação, ainda quando os preceitos violados correspondam a normas legais imperativas⁵⁵. Convém, contudo, não esquecer as especificidades das cooperativas, e, em particular, as idiossincrasias do procedimento disciplinar⁵⁶. Cuidamos, *in casu*, da não verificação de uma das condições que o legislador pressupõe estar preenchida, para que a assembleia geral possa deliberar sobre a exclusão do cooperador – a existência de processo escrito prévio.

⁵³ Esperando desta, uma atitude de abstenção.

⁵⁴ V. PEREIRA DA SILVA, J., *Deveres do Estado...*, cit., pág. 645.

⁵⁵ Segundo Pedro Maia, «O fundamento para este regime encontrava-o Lobo Xavier no facto de os vícios ocorridos no procedimento deliberativo, ao invés daqueles que inquinam o conteúdo da deliberação, serem insusceptíveis de afectar outros interesses que não apenas os dos sócios que o eram ao tempo em que a deliberação foi tomada» - v. MAIA, P., «Invalidade de deliberação social por vício de procedimento», ROA, 61, vol. II, 2001, pág. 699-748 (701). Devemos a Vasco da Gama Lobo Xavier um dos mais minuciosos estudos a propósito do tratamento (diverso) a que se devem sujeitar os vícios de conteúdo e de procedimento, de uma determinada deliberação social – v. LOBO XAVIER, V., *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Coimbra, Edições Almedina, 1998.

⁵⁶ É que, não estamos, aqui, perante um vício atinente à convocatória ou à emissão ou contagem dos votos, casos em que a aplicação subsidiária do disposto no CSC não ofereceria grandes dúvidas.

Como vimos já, trata-se de uma imposição orientada, em primeira linha, para a efetivação dos direitos de defesa do cooperador-arguido no processo disciplinar em curso, e que só em segunda linha apresenta refrações de interesse público⁵⁷, visando a garantia de um determinado esquema organizativo-formal. Isto posto, parece-nos que a via mais razoável e, acima de tudo, aquela que segue o regime⁵⁸ que melhor se coaduna com os interesses primários aqui em causa, é a da anulabilidade da deliberação, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 58.º do CSC, aplicável *ex vi* artigo 9.º do CCoop. Com efeito, caso se propugnasse pela nulidade, por violação de preceito legal imperativo, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 56.º do CSC, logo esbarraríamos com a natureza inderrogável dos preceitos, o que não nos parece ser o caso, atento o que atrás deixamos dito, quanto à possibilidade de o cooperador prescindir da referida articulação sistemática e do nexó cronológico entre as várias partes integrantes do procedimento, bastando-se com um conjunto de documentos escritos avulsos, em relação aos quais consiga, ainda assim, apresentar a sua defesa e contraditório⁵⁹. Além do mais, sendo o interesse primário a tutelar, o do cooperador-arguido, não cremos que haja motivo para sujeitar a deliberação da assembleia geral à impugnação a todo o tempo, e por qualquer interessado, nos termos do regime geral decorrente do artigo 286.º do Código Civil.

5 CONCLUSÃO

O processo disciplinar cooperativo obedece a um conjunto de normas de natureza adjetiva, que visam garantir e efetivar os direitos de defesa do cooperador-arguido. Analisou-se, a esse propósito, o modo como os artigos 25.º e 26.º do CCoop refletem a irradiação de garantias sancionatórias de Direito Público, em procedimento disciplinar de Direito Privado, para o que muito contribuiu o esforço do legislador cooperativo que, no cumprimento dos seus deveres legiferantes, garantiu os mínimos necessários para que o cooperador-arguido possa ser parte e não mero sujeito de sanção.

Uma dessas garantias mínimas passa pela imposição de um processo escrito, prévio à aplicação de uma sanção, e decomposto numa sucessão ordenada de atos

⁵⁷ Mais não seja, decorrentes da imperatividade da obediência aos princípios cooperativos, decorrente do n.º 2 do artigo 61.º e da alínea a) do n.º 4 do artigo 82.º da Constituição da República Portuguesa ('CRP'). V. NAMORADO, R., «A economia social e a Constituição», *ECONOMIA SOCIAL EM TEXTOS*, 3, Coimbra, Centro de Estudos Cooperativos e da Economia Social, 2017, pág. 1-17 (15).

⁵⁸ Previsto no artigo 59.º do CSC.

⁵⁹ Acresce que, e seguindo de perto Pinto Furtado, a violação da norma imperativa não acarreta, aqui, um resultado substantivo contrário à norma - v. PINTO FURTADO J., *Deliberação dos Sócios. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Edições Almedina, 1993, pág. 346. Esse resultado antagónico pode - tratando-se de vício relativo ao processo formativo da deliberação - ser «sanado», pelo próprio titular do «direito ao procedimento».

e de fases processuais, no decurso das quais se pretende que seja assegurado o contraditório do cooperador-arguido. O processo escrito exige uma coordenação sistemática e cronológica entre os diversos atos dele integrantes, não se bastando com um conjunto avulso, sem qualquer coerência intrínseca.

O facto de o interesse primário dessa imposição ser o do cooperador-arguido milita no sentido da mera anulabilidade da deliberação da assembleia geral que, na ausência do referido processo escrito, aprove a exclusão do cooperador excluendo.

6 BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA MARTINS, A., «A relação jurídica entre cooperador trabalhador e cooperativa. Notas sobre a sua qualificação e regime», CES, 36, (2013-2014), pág. 31-53.
- AMORIM MAGALHÃES, J., «A inconstitucionalidade do artigo 356.º, n.º 1 do Código do Trabalho - Breves considerações», ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ, 29, 2011, pág. 151-155.
- APARÍCIO MEIRA, D., «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», CES, 35, (2012-2013), pág. 9-35.
- APARÍCIO MEIRA, D., *O Regime Económico das Cooperativas no Direito Português*, Vida Económica Editorial, Porto, 2009.
- BILBAO UBILLOS, J., «Las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución en los procedimientos disciplinarios privados: un análisis de su posible aplicación a las sanciones impuestas por los órganos de gobierno de las asociaciones», DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCIÓN, 9, 1996, pág. 45-94.
- COUTINHO DE ABREU, J., *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 5.ª ed. reimp., Coimbra, Almedina, 2017.
- COUTINHO DE ABREU, J., «Artigo 387.º», Código das Sociedades Comerciais em Comentário, vol. VI, Coimbra, Almedina, 2013.
- FERRAJOLI, L., «Garantías y derecho penal» in *Garantismo Penal*, Colección Lecturas Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, 34, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- FERREIRA DE SOUSA, P., *O Procedimento Disciplinar Laboral*, Coimbra, Almedina, 2016.
- FURTADO MARTINS, P., *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4.ª ed., Parede, Principia, 2017.
- GOMES CANOTILHO, J. / MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 2007.
- HENRÝ, H., *Guidelines for cooperative legislation*, 3.ª ed., International Labour Office, Genebra, 2012.
- LOBO XAVIER, V., *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Coimbra, Edições Almedina, 1998.
- MAIA, P., «Invalidade de deliberação social por vício de procedimento», ROA, 61, vol. II, 2001, pág. 699-748.
- MONTEIRO FERNANDES, A., *Direito do Trabalho*, 18.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017.
- MORILLAS JARILLO, M. / FELIU REY, M., *Curso de cooperativas*, 3.ª ed., Tecnos, 2018.

- NAMORADO, R., *O essencial sobre Cooperativas*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Porto, 2013.
- NAMORADO, R., «A economia social e a Constituição», *ECONOMIA SOCIAL EM TEXTOS*, 3, Coimbra, Centro de Estudos Cooperativos e da Economia Social, 2017, pág. 1-17.
- PAZ CANALEJO, N., «Tipología de las bajas de socios según la ley 27/1999. Algunos problemas», *REVESCO*, 74, 2001, pág. 151-180.
- PEREIRA DA SILVA, J., *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015.
- PINTO FURTADO J., *Deliberação dos Sócios. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Edições Almedina, 1993.
- SILVA, D., «Despedimento por facto imputável ao trabalhador: a figura do instrutor no pós Lei n.º 23/2012», *JULGAR online*, 2016, pág. 1-49.
- WIEDEMANN, H., «Richterliche Kontrolle privater Vereinsmacht», *JURISTENZEITUNG*, 23, 7, 1968, pág. 219-221.

**COMPETÊNCIA PARA CONVOCAR A ASSEMBLEIA
GERAL DE UMA ASSOCIAÇÃO**
Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto
de 22 de maio de 2019 (proc. n.º 3578/18.9T8VFR.P1)

*COMPETENCE TO NOTIFY THE GENERAL
MEETING OF AN ASSOCIATION*
*Commentary on the Porto Court of Appeal decision of
22nd May 2019 (proc. n.º 3578/18.9T8VFR.P1)*

ANA AMORIM*

Recepción: 10/07/2020 - Aceptación: 29/09/2020

* 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 disposto no artigo 173.º do Código Civil, que consagra a competência da administração para convocar a assembleia geral de uma associação, discutindo-se a sua qualificação como norma de natureza imperativa ou dispositiva. À semelhança de alguma jurisprudência, invoca-se a proteção constitucional da liberdade de associação.

PALAVRAS-CHAVE: associação, assembleia geral, convocação, estatutos, constitucionalidade

ABSTRACT

The text addresses article 173 of the Portuguese Civil Code, which establishes the competence of the administration to notify the members of an association for the general meeting, discussing its qualification as an imperative or dispositive rule. Like some jurisprudence, constitutional protection of freedom of association is invoked.

KEYWORDS: association, general meeting, notification, statutes, constitutionality

SUMÁRIO: 1. FACTUALIDADE RELEVANTE E QUESTÕES SUSCITADAS. 2. CONVOCAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL. 2.1. Competência. 2.2. Natureza da norma. 2.3. Fundamento constitucional. 3. LACUNA NORMATIVA. 4. CONCLUSÃO. 5. BIBLIOGRAFIA.

SUMMARY: 1. *RELEVANT FACTUALITY AND ISSUES RAISED.* 2. *NOTIFICATION FOR THE GENERAL MEETING.* 2.1. *Competence.* 2.2. *Rule qualification.* 2.3. *Constitutional basis.* 3. *LEGAL GAP.* 4. *CONCLUSION.* 5. *BIBLIOGRAPHY.*

1 FACTUALIDADE RELEVANTE E QUESTÕES SUSCITADAS

O presidente da direção de uma associação requereu, em sede de procedimento cautelar especificado, a suspensão das deliberações sociais tomadas na assembleia geral que teve lugar em 13 de outubro de 2018. Para o efeito, alegou que a convocação foi feita pela presidente da assembleia geral que tinha cessado funções em data anterior. Entre outras irregularidades, o requerente alegou igualmente que a convocatória não foi enviada a todos os associados e que, não estando todos presentes, foram tomadas deliberações sobre assuntos que não constavam da ordem de trabalhos. Na oposição, a associação requerida invocou que a presidente da mesa se mantinha em funções até nova eleição e que a sua legitimidade para convocar a assembleia geral resultava expressamente dos estatutos da pessoa coletiva. Após a tramitação dos autos, a primeira instância considerou ter sido regularmente convocada a assembleia geral. Foi anulada uma das deliberações sociais tomadas e reputadas válidas as destituições com justa causa do presidente da direção e dos membros do conselho fiscal.

Inconformado com a sentença proferida, o requerente interpôs recurso de apelação para o Tribunal da Relação do Porto. O acórdão de 22 de maio de 2019 – aqui analisado – suscita sobretudo a questão da validade da cláusula estatutária que reconhece a legitimidade da presidente da mesa para convocar a assembleia geral. Face ao artigo 173.º do CC, que consagra a competência da administração para convocar a assembleia geral ordinária de aprovação do balanço, o Tribunal da Relação do Porto discute a sua qualificação como norma de natureza imperativa ou dispositiva. Invocando a proteção constitucional da liberdade de associação prevista no artigo 46.º da CRP, afirma que o legislador não excluiu a legitimidade de outros titulares de cargos associativos para a convocação da assembleia geral. Neste sentido, a apelação foi julgada improcedente e confirmada a sentença recorrida.

2 CONVOCAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL

2.1. Competência

De acordo com o 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”. Este dever de convocar, que impende sobre a administração, aplica-se à assembleia geral ordinária, que anualmente se destina a aprovar o relatório de gestão e os documentos de prestação de contas do exercício. Mas aplica-se também quando se verificarem os pressupostos de que os estatutos fazem depender a realização obrigatória de assembleias gerais extraordinárias.¹ Deve ainda existir convocação sempre que seja requerida “com um fim legítimo, por um conjunto de associados não inferior à quinta parte da sua totalidade, se outro número não for estabelecido nos estatutos” (n.º 2). Nos casos em que a administração não convoca a assembleia geral, em violação de um dever legal ou estatutário, “a qualquer associado é lícito efetuar a convocação” (n.º 3).

A convocatória, enquanto instrumento em que se materializa a convocação, segue a forma enunciada no artigo 174.º n.º 1 do CC, segundo o qual “a assembleia geral é convocada por meio de aviso postal, expedido para cada um dos associados com a antecedência mínima de oito dias; no aviso indicar-se-á o dia, hora e local da reunião e a respetiva ordem do dia”.

Ora, os estatutos da requerida previam que “as assembleias gerais são convocadas pelo seu presidente, por meio de aviso postal enviado aos associados com a antecedência mínima de oito dias, devendo nelas consignar-se o dia, hora e local da reunião e respetiva ordem de trabalhos”. A validade de cláusulas estatutárias com uma redação semelhante tem sido discutida na doutrina e na jurisprudência, sobretudo no que respeita à competência para convocar a assembleia geral. Os requerentes invocam a anulabilidade das deliberações tomadas em assembleia geral convocada pelo presidente da mesa, 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”.

Do confronto com o regime jurídico aplicável a outras pessoas coletivas resulta que a competência para convocar a assembleia geral é frequentemente atribuída ao respetivo presidente. Assim, no domínio das sociedades comerciais, o artigo 377.º n.º 1 do CSC, relativo às sociedades anónimas, prevê que “as assembleias gerais são convocadas pelo presidente da mesa ou, nos casos especiais previs-

¹ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume IV – Parte Geral. Pessoas, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 820.

tos na lei, pela comissão de auditoria, pelo conselho geral e de supervisão, pelo conselho fiscal ou pelo tribunal”. No entanto, já a propósito das sociedades por quotas, o artigo 248.º n.º 3 do CSC prevê que “a convocação das assembleias gerais compete a qualquer dos gerentes e deve ser feita por meio de carta registada, expedida com a antecedência mínima de quinze dias, a não ser que a lei ou o contrato de sociedade exijam outras formalidades ou estabeleçam prazo mais longo”, norma que é aplicável também às sociedades em nome coletivo, por força da remissão resultante do artigo 189.º n.º 1.

Nestes casos, a convocatória realizada por quem não tenha competência constitui um vício de procedimento que determina a nulidade das deliberações sociais tomadas pela assembleia geral, equiparando-se à falta de convocatória. Ou seja, nos termos do artigo 56.º n.º 2 do CSC, “não se consideram convocadas as assembleias cujo aviso convocatório 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”. Trata-se de uma solução sem paralelo no regime jurídico das associações, onde o legislador consagrou a anulabilidade de todas as deliberações sociais inválidas.

Também no domínio das cooperativas, o artigo 36.º n.º 1 do Código Cooperativo, aprovado pela Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto, prevê que “a assembleia geral é convocada pelo presidente da mesa, ou nos casos especiais previstos na lei, pela comissão de auditoria, pelo conselho geral e de supervisão, ou pelo conselho fiscal, com, pelo menos, 15 dias de antecedência”. Para as assembleias gerais extraordinárias, a convocação pode ser realizada, nos termos do artigo 34.º n.º 6, “pelo presidente da mesa, por sua iniciativa, a pedido do órgão de administração ou de fiscalização, ou a requerimento de, pelo menos, cinco por cento dos membros da cooperativa, num mínimo de três”, exceto se os estatutos dispuserem de modo diverso. Ainda a propósito de outras pessoas coletivas sem fins lucrativos, alguns diplomas legais atribuem igualmente competência para convocar a assembleia geral ao respetivo presidente. Por exemplo, o 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, prevê que “a assembleia geral deve ser convocada com, pelo menos, 15 dias de antecedência, pelo presidente da mesa ou seu substituto”.

Apesar de serem frequentemente confundidas, as normas analisadas têm conteúdo diverso. Enquanto o artigo 173.º do CC relativo às associações estabelece um dever de convocar que impende sobre a administração em certos casos, os referidos preceitos legais em matéria de sociedades comerciais, cooperativas e Instituições Particulares de Solidariedade Social regulam um conjunto de aspetos relativos à forma de convocação, semelhante ao que resulta do artigo 174.º do CC. Por este motivo, são também diversas as consequências da respetiva violação. Assim, no caso de incumprimento de um dever legal ou estatutário de convocar, qualquer associado pode realizar a convocação, sem necessidade de recurso a

tribunal. Já as irregularidades relativas à forma de convocação determinam a anulabilidade das deliberações tomadas na assembleia geral, de acordo com o artigo 177.º do CC.

Neste sentido, o artigo 173.º n.º 1 do CC corresponde, no domínio das sociedades comerciais, ao dever de convocar previsto no artigo 376.º n.º 2 do CSC, que obriga o órgão de administração a submeter à aprovação dos sócios o relatório de gestão e os documentos de prestação de contas do exercício, nos termos do artigo 65.º do CSC. No caso das sociedades anónimas, este dever de convocar traduz-se na necessidade de pedir a convocação da assembleia geral ao respetivo presidente, nos termos gerais. A norma é igualmente aplicável às sociedades por quotas, por força da remissão resultante do artigo 248.º n.º 1 do CSC, ainda que a convocação caiba aqui a qualquer dos gerentes. Ou seja, na medida em que compete aos sócios deliberar sobre estas matérias, a assembleia geral deve ser convocada nos termos gerais. A irregularidade na convocação é ainda punida com multa, nos termos do artigo 515.º do CSC. Também o artigo 35.º estabelece um dever de convocar a assembleia geral quando “metade do capital social se encontra perdido, ou havendo em qualquer momento fundadas razões para admitir que essa perda se verifica”.

Paralelamente, no domínio das cooperativas, o artigo 47.º alínea a) do Código Cooperativo obriga o órgão de administração a “elaborar anualmente e submeter ao parecer dos órgãos de fiscalização e à apreciação e aprovação da assembleia geral o relatório de gestão e os documentos de prestação de contas, bem como o plano de atividades e o orçamento para o ano seguinte”. A estas assembleias gerais ordinárias faz referência o artigo 34.º n.º 2.

2.2. Natureza da norma

Face ao disposto nos estatutos da associação requerida, a questão fundamental no acórdão analisado coincide com a qualificação do artigo 173.º n.º 1 do CC como norma de natureza imperativa ou dispositiva. O Tribunal da Relação do Porto considerou que “não se contém aí uma norma de exclusão da legitimidade de outros titulares de cargos associativos para a decisão sobre convocação da assembleia geral, mas sim a previsão dessa obrigatoriedade pela administração, não apenas nos casos em que os estatutos o indiquem, mas também e obrigatoriamente, uma vez em cada ano para aprovação do balanço”. Assim se justifica que, ao contrário do que pretendia o requerente, a referida cláusula estatutária não tenha sido declarada nula.

Na ausência de manifestações linguísticas inequívocas da natureza imperativa de uma norma, importa recordar o que poderia estar subjacente à sua consagração, especialmente ao nível da proteção de interesses gerais ou de ordem pública. No regime jurídico das pessoas coletivas, a natureza imperativa dos preceitos legais assenta quase sempre na garantia de interesses de terceiros como os credores, de

interesses indisponíveis dos próprios membros ou de um determinado esquema organizativo-funcional.² Ao contrário do que se verifica relativamente aos vícios de conteúdo, as irregularidades na convocatória são suscetíveis de lesar apenas interesses dos membros e o esquema organizativo-funcional. É neste pressuposto que assenta a nulidade das deliberações prevista no referido artigo 56.º n.º 2 do CSC. No entanto, no domínio das sociedades comerciais, o legislador consagrou a posição doutrinária segundo a qual não obstante o carácter imperativo das normas que disciplinam o processo de formação da vontade, não seria aceitável a aplicação meramente residual da anulabilidade.³ Neste sentido, as consequências dos vícios – sobretudo, vícios de procedimento – não ficam exclusivamente dependentes da natureza das normas, devendo ser ponderados os interesses protegidos e a sua lesão. Deixa de existir uma correspondência estrita entre o carácter imperativo das normas e a nulidade das deliberações sociais.⁴

Alguns autores fundam a natureza imperativa do artigo 173.º n.º 1 do CC no respeito pelo princípio da competência e da separação de poderes dos diversos órgãos sociais. Esta posição sustenta-se também na formulação literal da norma, ao estabelecer que a “assembleia geral *deve* ser convocada pela administração”.⁵ Daqui decorre que a atribuição desta competência “a uma entidade diversa redundaria numa ingerência intolerável nas competências da direção”.⁶

Contudo, a doutrina maioritária tem admitido a possibilidade de os estatutos reconhecerem a legitimidade do presidente da mesa para convocar a assembleia geral.⁷ Tratando-se de uma norma de natureza dispositiva, a competência para convocar a assembleia geral resultante do artigo 173.º n.º 1 do CC seria válida apenas no caso de silêncio dos estatutos, que ao abrigo do princípio da autonomia privada regulam o processo de formação da vontade da pessoa coletiva. A propósito da validade das cláusulas estatutárias que estabelecem aquela competência, vem sendo reconhecida “a liberdade de no estatuto se fixarem as circunstâncias da convocação da assembleia, o que cobre a aludida prática”. Ou seja, o presidente da

² J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, volume II – *Das Sociedades*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 483.

³ V. LOBO XAVIER, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 180-196.

⁴ P. MAIA, “Invalidade de deliberação social por vício de procedimento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, volume II, abril de 2001, p. 701.

⁵ A. MORAIS ANTUNES, *O governo das associações civis*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2018, p. 107.

⁶ Neste sentido, M. VILAR DE MACEDO, *As Associações no Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 95.

⁷ Entre outros, J. ALVES, *Controlo da Legalidade da Constituição e Estatutos de Associações e Fundações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 67; P. OLAVO CUNHA, “Artigo 173.º (convocação da assembleia)”, L. CARVALHO FERNANDES e J. BRANDÃO PROENÇA (coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 374.

mesa não tem “o *direito* de convocar a assembleia, por sua iniciativa, a menos que o estatuto lho atribua especificamente”, mas tem já “o *dever* de o fazer sempre que a convocação lhe seja pedida por quem, para tanto, tenha poderes”.⁸

Sempre que impenda sobre a administração um dever de convocar, como se verifica no caso de aprovação do balanço, o legislador parece impedir o afastamento daquela competência pelos estatutos da pessoa coletiva. Ou seja, ainda que seja atribuída competência a outros titulares de cargos associativos, não deixa a administração de poder realizar a convocação. No entanto, alguns autores afirmam que neste caso a “administração continua obrigada a pedir a convocatória, ficando as formalidades da convocação por conta do presidente da assembleia geral”.⁹

A questão da natureza da norma tem sido objeto de divergência igualmente na jurisprudência. No sentido agora adotado, o Tribunal da Relação do Porto tinha já reconhecido no acórdão de 25 de novembro de 2004 (proc. 0436032) que “o alcance do artigo 173.º do CC é apenas o de não permitir a exclusão estatutária de qualquer dos direitos de convocação nele previstos e não o de estabelecer uma enumeração taxativa, impedindo que dos estatutos constem disposições que prevejam outros casos de convocação”. Assim, foi considerada válida a cláusula estatutária que permitia também ao presidente da mesa convocar a assembleia geral. Esta posição veio a ser reiterada, nomeadamente, nos acórdãos de 28 de junho de 2005 (proc. n.º 0522433) e 27 de janeiro de 2009 (proc. n.º 0825340). Também o Tribunal da Relação de Lisboa perfilhou, no acórdão de 30 de setembro de 2008 (proc. n.º 1487/2008-1), a natureza dispositiva da referida norma e a consequente licitude de uma cláusula estatutária com conteúdo semelhante.

Em sentido contrário, o Tribunal da Relação do Porto afirmou, no acórdão de 27 de março de 2006 (proc. n.º 0650564), que a referida norma tem natureza imperativa, “não podendo ser afastada por vontade do ente associativo”. Com este fundamento, foi declarada nula a cláusula estatutária de uma associação que atribuía competência para a convocação da assembleia geral ao presidente da mesa ou ao presidente da direção. Distingue-se aqui a legitimidade para convocar das circunstâncias que podem determinar a convocação. Apenas estas últimas poderiam ser fixadas pelos estatutos, nos termos do artigo 173.º n.º 1 do CC. Pelo contrário, a legitimidade resultaria de uma enumeração legal taxativa, independentemente de se tratar de uma assembleia geral ordinária ou extraordinária.

Também o Tribunal da Relação de Coimbra afirmou, no acórdão de 15 de dezembro de 2016 (proc. n.º 314/15.5T8FND.C1), que “a competência para convocar a assembleia geral reside em exclusivo no órgão da administração, designa-

⁸ L. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª edição, volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pp. 640-641.

⁹ M. PITA, “Artigo 173.º (convocação da assembleia)”, A. PRATA (coord.), *Código Civil anotado*, volume I, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 227.

do vulgarmente de direção relativamente às associações sem fins lucrativos”. No entanto, no caso concreto, os estatutos da associação não regulavam a forma de convocação da assembleia geral. Ou seja, “no silêncio dos estatutos é à direção que incumbe deliberar sobre a convocação da assembleia geral, sendo a consequência a anulabilidade das deliberações sociais tomadas na assembleia geral”.

Ao contrário do que se verifica relativamente à competência para convocar, a forma de convocação prevista no artigo 174.º n.º 1 do CC tem carácter imperativo quanto à antecedência mínima, não podendo os estatutos estabelecer um prazo mais curto. Já quanto ao meio, o legislador admitiu a possibilidade de os estatutos consagrarem alternativas à expedição do aviso postal, nos termos do artigo 174.º n.º 2 do CC, introduzido pela Lei n.º 40/2007, de 24 de agosto, por equiparação ao regime jurídico das sociedades comerciais. Neste sentido, face ao elevado número de membros de algumas associações, tem sido admitida a convocação por meio diverso do aviso postal, desde que garanta uma adequada divulgação da reunião. Esta admissibilidade foi reconhecida designadamente no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de janeiro de 1995 (proc. n.º 085807), onde se afirmou que “os anúncios na imprensa utilizados são meio bastante para convocação de assembleia geral de associação desportiva”. Contudo, o Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão de 13 de fevereiro de 2007 (proc. n.º 10573/2006-1), considerou nula a cláusula estatutária que admitia a convocação por meio de aviso postal ou de anúncio publicado nos dois jornais de maior circulação da área da sede da associação.

Atualmente, a convocação pode ter lugar mediante publicação do aviso em sítio da Internet de acesso público, nos termos da Portaria n.º 590-A/2005, de 14 de julho, aplicável às sociedades anónimas nos termos dos artigos 167.º n.º 1 e 377.º n.º 2 do CSC. Pode ainda ter lugar através do recurso ao correio eletrónico com recibo de leitura, mediante autorização prévia dos destinatários. Não se exclui igualmente a convocação pessoal, que assegura o contacto com cada um dos membros.¹⁰ Importa referir que esta interpretação extensiva está em conformidade com outros diplomas legais, que consagram um conjunto mais alargado de meios de convocação, como se verifica no artigo 36.º n.º 2 a 5 do Código Cooperativo ou no artigo 60.º n.º 2 do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social.

2.3. Fundamento constitucional

Para fundar a natureza dispositiva da norma em discussão, o Tribunal da Relação do Porto invoca a proteção constitucional da liberdade de associação prevista no artigo 46.º da CRP, segundo o qual “os cidadãos têm o direito de, livremente e

¹⁰ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, 4.ª edição, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 174.

sem dependência de qualquer autorização, constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respetivos fins não sejam contrários à lei penal” (n.º 1) e “as associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas atividades senão nos casos previstos na lei e mediante decisão judicial” (n.º 2). Acrescenta que o artigo 173.º do CC seria inconstitucional se interpretado no sentido de afastar a legitimidade do presidente para convocar a assembleia geral de uma associação. O Tribunal da Relação do Porto cita o acórdão do Tribunal Constitucional de 6 de janeiro de 2006 (proc. n.º 61/05), relativo ao voto por procuração, onde se afirma estar em causa “um poder de autoconformação e autodeterminação subjetiva, que se assume como *conditio sine qua non* da existência das associações enquanto entes não heteronomamente determinados”.

Esta liberdade de organização coletiva privada assenta no princípio do Estado de direito democrático enunciado do artigo 2.º da CRP e traduz sobretudo um direito negativo ou de defesa perante o Estado, proibindo designadamente a sua intromissão na vida interna das associações. O artigo 46.º da CRP consagra o direito subjetivo de associação no n.º 1 e a liberdade de associação no n.º 2, relativa à organização da própria pessoa coletiva. Assim, sem prejuízo da fixação normativa de regras gerais, que asseguram a proteção de interesses gerais ou de ordem pública, a garantia constitucional da liberdade de associação traduz uma liberdade de organização interna, que abrange a autonomia estatutária, bem como a liberdade de gestão e de escolha dos membros dos respetivos órgãos.¹¹

Desta forma, a doutrina afirma que a liberdade de associação pode ser analisada em várias dimensões: individual e institucional, positiva e negativa, interna e externa.¹² A referida autonomia estatutária traduz uma dimensão institucional, positiva e interna, onde cabe a questão da competência para convocar a assembleia geral, sobretudo fora do caso de aprovação do relatório de gestão e dos documentos de prestação de contas do exercício. O que importa assegurar são os requisitos mínimos de uma organização democrática interna, nomeadamente através do exercício do direito de participação em cargos associativos e do direito ao voto, cuja afetação lesaria a própria liberdade de associação, tal como está constitucionalmente consagrada.

À semelhança do acórdão analisado, esta garantia constitucional da liberdade de associação tem sido maioritariamente invocada pela jurisprudência que reconhece a natureza dispositiva do artigo 173.º do CC. Por exemplo, no acórdão de 28 de junho de 2005 (proc. n.º 0522433), o Tribunal da Relação do Porto aludiu ao

¹¹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 644-646.

¹² Desenvolvidamente, J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV – *Direitos Fundamentais*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 476-479.

“princípio da autonomia associativa e da autorregulação das associações sem fim lucrativo”. Também o Tribunal da Relação de Lisboa afirmou, no acórdão de 30 de setembro de 2008 (proc. n.º 1487/2008-1), que “numa interpretação conforme à Constituição, as normas reguladoras das pessoas coletivas têm de ser entendidas como normas supletivas, salvo na medida em que imponham o respeito de princípios fundamentais, justificadores de limitação da liberdade de auto-organização”.

3 LACUNA NORMATIVA

Ao contrário do que se verifica relativamente a outras pessoas coletivas, como as sociedades comerciais, as cooperativas e as Instituições Particulares de Solidariedade Social, o legislador não regulou a questão da competência para convocar a assembleia geral nas associações. Ou seja, não obstante a epígrafe do artigo 173.º do CC – “convocação da assembleia” – parece estar em causa apenas o dever de a administração convocar a assembleia geral ordinária de aprovação do balanço. Já o artigo 174.º do CC – “forma de convocação” – incide sobre a antecedência mínima e o meio, mas não a competência para convocar a assembleia geral.

Neste sentido, julgamos ser possível afirmar a existência de uma lacuna normativa quanto à competência, na medida em que não existe regra aplicável ao caso concreto. Ao contrário do que tem sido equacionado pela jurisprudência, fora dos casos em que impende sobre a administração um dever legal ou estatutário de convocar a assembleia geral, não está em causa a interpretação do artigo 173.º do CC ou sequer a sua qualificação como norma de natureza imperativa ou supletiva. Do confronto com os regimes jurídicos aplicáveis às restantes pessoas coletivas resulta que no domínio das associações, a hipótese não parece estar compreendida no espírito da lei, para efeitos de interpretação extensiva.¹³ O legislador regulou apenas a assembleia geral ordinária, que anualmente se destina a aprovar o relatório de gestão e os documentos de prestação de contas do exercício, onde se manifestam especialmente interesses gerais ou de ordem pública. As assembleias gerais extraordinárias – como a que no caso concreto visou as destituições com justa causa do presidente da direção e dos membros do conselho fiscal – são reguladas apenas no artigo 174.º do CC quanto à forma de convocação, que acautela sobretudo interesses dos membros.

Ora, a integração de lacunas normativas através do recurso à analogia encontra-se prevista no artigo 10.º do CC, nos termos do qual “os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos” (n.º 1) e “há analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei” (n.º 2). Daqui decorre que, não tendo o legislador consagrado uma norma relativa à competência para convocar as assem-

¹³ Sobre esta distinção, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 438-440.

bleias gerais extraordinárias nas associações, deve aplicar-se analogicamente o artigo 173.º do CC que estabelece o dever de a administração convocar a assembleia geral anual, na medida em que se trata de uma hipótese semelhante. Esta solução, a que se chega pela via da analogia, não deve prejudicar a consagração de uma cláusula estatutária de sentido diverso, ao abrigo da referida liberdade de organização interna.

4 CONCLUSÃO

O artigo 173.º n.º 1 do CC faz impender sobre a administração o dever de convocar a assembleia geral ordinária de aprovação do balanço. Neste sentido, consagra uma norma de natureza imperativa, que não fica abrangida pela liberdade de organização interna da associação. No entanto, ao contrário do que se verifica no regime jurídico aplicável às sociedades comerciais, às cooperativas e às Instituições Particulares de Solidariedade Social, o legislador não regulou genericamente a questão da competência para convocar a assembleia geral de uma associação. Assim, a competência da administração resulta da analogia com a referida norma, não obstante a que os estatutos da pessoa coletiva atribuam legitimidade para a convocação também a outros titulares de cargos associativos, como o presidente da mesa.

5 BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, volume II – *Das Sociedades*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.
- ALVES, João, *Controlo da Legalidade da Constituição e Estatutos de Associações e Fundações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- ANTUNES, Ana Filipa Morais, *O governo das associações civis*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2018, pp. 93-142.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.
- CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, volume IV – *Parte Geral. Pessoas*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.
- CUNHA, Paulo Olavo, “Artigo 173.º (convocação da assembleia)”, FERNANDES, Luís Carvalho; PROENÇA, José Brandão (coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 373-375.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª edição, volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, 4.ª edição, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- MACEDO, Manuel Vilar de, *As Associações no Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

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.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV – *Direitos Fundamentais*, 3.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

PITA, Manuel, “Artigo 173.º (convocação da assembleia)”, PRATA, Ana (coord.), *Código Civil anotado*, volume I, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 226-227.

XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Almedina, Coimbra, 1998.

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE OS CRITÉRIOS DE
DETERMINAÇÃO DO MONTANTE DO DIREITO AO
REEMBOLSO DOS HERDEIROS NUMA SITUAÇÃO
DE IMPOSSIBILIDADE DA TRANSMISSÃO MORTIS
CAUSA DA POSIÇÃO DO COOPERADOR.

Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de
lisboa de 27/06/2019 (Proc. n.º 236/18.8T8tvd.11)

*SOME QUESTIONS ON THE CRITERIA FOR DETERMINING THE
AMOUNT OF THE RIGHT TO REIMBURSEMENT OF HEIRS IN
A SITUATION WHERE THE POSITION OF THE COOPERATOR
IS UNABLE TO BE TRANSFERRED MORTIS CAUSA.*

*Comments on the DECISION of Lisbon Court of Appeal on
the 26th JUNE 2019 (Procedure n. 236/18.8T8tvd.11)*

DEOLINDA MEIRA*

Recepción: 18/08/2020 - Aceptación: 12/10/2020

* Professora Coordenadora do Instituto Politécnico do Porto/ISCAP/CEOS.PP. Correio eletrónico: meira@iscap.ipp.pt. Correio postal: Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Rua Jaime Lopes de Amorim, 4465-004 S. Mamede de Infesta, PORTUGAL.

RESUMO

O presente texto comenta a decisão tomada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no seu Acórdão de 27/06/2019. Este Acórdão versa sobre os critérios de determinação do montante do direito ao reembolso dos herdeiros, numa situação de impossibilidade da transmissão *mortis causa* da posição de cooperador. O Acórdão enquadra inadequadamente esta questão, ao adotar como critério para a determinação da quota-parte das reservas repartíveis o critério da proporcionalidade da participação no capital social. Só são repartíveis as reservas não obrigatórias compostas por excedentes provenientes de operações com cooperadores e só poderão beneficiar dessa distribuição os cooperadores que tenham contribuído para a formação de tais excedentes e na exata medida dessa contribuição. Acresce que é sempre necessária a deliberação da assembleia geral para que o direito ao retorno dos excedentes se constitua.

PALAVRAS-CHAVE: cooperativas, excedentes, reservas não obrigatórias repartíveis, reembolso.

ABSTRACT

This text comments on the Decision taken by the Lisbon Court of Appeal in its Decision of 27/06/2019. This Decision concerns the criteria for determining the amount of the right to reimbursement of heirs in a situation where it is impossible to transfer the position of cooperator *Mortis causa*. The Decision inadequately frames this issue by adopting a criterion for determining the share of distributable reserves the criterion of proportionality of the participation in the share capital. Only non-compulsory reserves consisting of surpluses from transactions with cooperators are distributable and only cooperators who have contributed to the formation of such surpluses and to the exact extent of that contribution may benefit from such distribution. Also, a resolution of the general meeting is always necessary for the right to patronage refunds.

KEYWORDS: cooperatives, surpluses, distributable non-compulsory reserves, reimbursement

SUMÁRIO: 1. APRESENTAÇÃO DO LITÍGIO. 2. COMENTÁRIO. 2.1. Direitos dos herdeiros numa situação de impossibilidade da transmissão *mortis causa* da posição de cooperador. 2.2. A necessária deliberação da assembleia geral para a constituição do direito ao retorno dos excedentes. 2.3. O acréscimo do montante do reembolso proveniente da repartição de reservas. 3. CONCLUSÃO.

CONTENTS: 1. PRESENTATION OF THE LITIGATION. 2. COMMENTARY. 2.1. The rights of heirs in a situation where it is impossible to transfer the position of cooperador *Mortis causa*. 2.2. The necessary resolution of the general meeting to establish the right to patronage refunds. 2.3. The increase in the amount of reimbursement from the allocation of reserves. 3. CONCLUSION.

1 APRESENTAÇÃO DO LITÍGIO

Com relevância para as questões a comentar, salientemos alguma da matéria de facto vertida no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, que a seguir transcrevemos:

- a) A ação (recurso de apelação) foi movida pela *Adega Cooperativa de S. Mamede da Ventosa, C.R.L.* (doravante Adega Cooperativa).
- b) A 28 de março de 2016, faleceu Maria Jorge Curado Ferreira Figueirôa Rego (doravante cooperadora *de cujus*), a qual era cooperadora da Adega Cooperativa, sendo detentora de títulos de capital no valor nominal de 3 301, 20 euros.
- c) Uma vez que os herdeiros não preenchiam os requisitos necessários para adquirirem a qualidade de cooperadores, não podendo, por isso, operar-se a transmissão *mortis causa* da posição de cooperador, estes, invocando o disposto nos arts. 86.º, n.º 5, e 89.º do Código Cooperativo, solicitaram à Adega Cooperativa, em junho de 2016, a restituição do valor nominal dos títulos de capital, no valor de 3 301, 20 euros, e legais acréscimos (quota-parte dos excedentes e reservas obrigatórias não repartíveis), no valor de 18 878, 80 euros, pelo que o valor total do reembolso seria de 22 180, 15 euros.
- d) A Adega Cooperativa apenas se disponibilizou a restituir aos herdeiros o reembolso dos títulos de capital no valor nominal de 3 301, 20 euros, recusando a quota-parte dos excedentes e reservas obrigatórias não repartíveis.
- e) Não houve, durante os exercícios sociais em que a *de cujus* foi cooperadora (exercícios de 2013, 2014 e 2015), qualquer deliberação da assembleia

- geral da AdegA Cooperativa no sentido da distribuição de excedentes pelos cooperadores.
- f) O Tribunal da Relação de Lisboa considerou que tal deliberação não seria necessária.
 - g) No exercício do ano de 2016: (i) o capital social da AdegA Cooperativa era de 2 148 247, 00 euros; (ii) o valor das «Outras reservas» era de 9 486 676, 00 euros; (iii) os resultados transitados negativos eram de 8 835, 00 euros; os ajustamentos/outras variações de capital próprio eram de 2 807 592, 00.
 - h) O Tribunal da Relação de Lisboa considerou que as «Outras reservas», no valor de 9 486 676, 00 euros, eram todas elas reservas não obrigatórias repartíveis, dado não ter sido provada a existência de operações com terceiros.
 - i) Para calcular o valor da quota-parte destas reservas a reembolsar aos herdeiros, o Tribunal da Relação de Lisboa utilizou o seguinte critério: multiplicação do valor da entrada de capital da cooperadora *de cujus*, no valor de 3 301, 20 euros por cem; e, seguidamente, divisão pelo capital social da AdegA Cooperativa (3 01, 20 euros x 100: 2 148 247, 00 euros), perfazendo uma percentagem de 0, 1536694%.
 - j) Aplicando a referida percentagem ao valor de 9 486 676, 00 euros (valor das «Outras reservas»), o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa afirma que a quota-parte das reservas repartíveis corresponde à quantia de 14 578, 12 euros.

2 COMENTÁRIO

São três as questões fulcrais suscitadas por este Acórdão:

- (i) Quais os direitos dos herdeiros numa situação de impossibilidade da transmissão *mortis causa* da posição da cooperadora?
- (ii) Havendo excedentes, é ou não necessária uma deliberação da assembleia geral quanto à sua distribuição a título de retorno?
- (iii) O critério da determinação da quota-parte das reservas não obrigatórias repartíveis é o da participação no capital social cooperativo, tal como se defende nesse Acórdão?

2.1. Direitos dos herdeiros numa situação de impossibilidade da transmissão *mortis causa* da posição de cooperador

Perante a impossibilidade da transmissão *mortis causa* da posição da cooperadora Maria Jorge Curado Roque Ferreira Figueirôa Rego, uma vez que os seus herdeiros não preenchem os requisitos de admissão, estes, por força do disposto

no n.º 5 do art. 86.º do Código Cooperativo português (doravante CCoop)¹, terão direito ao reembolso dos títulos de capital do autor da sucessão, nos termos previstos no art. 89.º do CCoop².

O art. 89.º, n.º 1, do CCoop dispõe que o cooperador que se demitir tem direito ao montante dos títulos de capital realizados, segundo o seu valor nominal e não segundo o seu valor real, afastando-se, por isso, a possibilidade de reconhecer ao cooperador um direito à liquidação do teórico valor real da sua participação no património da cooperativa.

O reembolso pelo valor nominal decorre do fim não lucrativo da cooperativa, como veremos mais adiante.

O legislador consagra a possibilidade de estabelecer acréscimos ou deduções ao valor nominal do reembolso.

Assim, o art. 89.º, n.º 2, do CCoop dispõe que aquele valor nominal poderá ser acrescido: dos juros a que o cooperador tiver direito relativamente ao último exercício social (art. 88.º do CCoop); e da quota-parte dos excedentes e reservas não obrigatórias repartíveis (art. 100.º do CCoop)³.

Nos termos do mesmo art. 89.º, n.º 2, do CCoop, aquele valor nominal poderá ser deduzido, se for o caso, das perdas que lhe sejam imputáveis, reveladas no balanço do exercício no decurso do qual surgiu o direito ao reembolso⁴.

Desta norma resulta então que só por mera coincidência o cooperador receberá o montante com que entrou para a cooperativa. Neste sentido, a doutrina advoga que os cooperadores, quando saem da cooperativa (por demissão ou por qualquer outra causa), não têm direito à restituição da sua entrada, mas à sua liquidação, pelo que o direito ao reembolso não tem carácter absoluto⁵. Como acertadamen-

¹ Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto, com as alterações constantes da Lei n.º 66/2017, de 9 de agosto.

² Sobre esta matéria, ver DEOLINDA MEIRA, «Artigo 87.º», in *Código Cooperativo Anotado* (coord. de D. Meira & M. E. Ramos), Coimbra, Almedina, 2018, pp. 480-483.

³ Sobre o regime jurídico do reembolso das reservas não obrigatórias na cooperativa, aponte-se, na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de junho de 2009. Para uma análise desenvolvida deste Acórdão, ver DEOLINDA MEIRA, «A repartição de reservas não obrigatórias decorrente da demissão de cooperador», in *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola* (coord. de D. Meira & M. E. Ramos), Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp. 499-504.

⁴ Sobre esta questão, aponte-se, na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de novembro de 2008. Ver, sobre este Acórdão, DEOLINDA MEIRA, «O regime de imputação de perdas na cooperativa (anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de novembro de 2008)», *Cooperativismo e Economia Social*, 31, 2009, pp. 279-284.

⁵ Destacando que o direito ao reembolso não tem carácter absoluto, ver GEMMA FAJARDO, ANTONIO FICI, HAGEN HENRÝ, DAVID HIEZ, DEOLINDA MEIRA, HANS-H. MÜNKNER, IAN SNAITH, *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 78 e ss.

te escreveu VICENT CHULIÁ, as entradas para o capital social «são objeto de liquidação e não de restituição ou reembolso, em sentido próprio, tal como num empréstimo»⁶. Efetivamente, o cooperador quando sai da cooperativa dificilmente receberá de volta aquilo que entregou àquela, a título de entrada. Poderá receber mais ou menos, dependendo da situação líquida da cooperativa.

No caso que nos ocupa, e como muito bem destaca o Acórdão em comentário, os herdeiros da cooperadora *de cujus* têm direito a que a Adega Cooperativa lhes liquide a entrada daquela para o capital social, pelo seu valor nominal, a qual pode ter sofrido um aumento ou uma redução⁷.

A adequada compreensão dos critérios previstos na legislação cooperativa para esta liquidação, nomeadamente para a questão de saber se a repartição dos excedentes depende da necessária deliberação da assembleia geral e para a questão da determinação da quota-parte das reservas repartíveis (questões centrais deste comentário), impõe uma reflexão sobre alguns aspetos relevantes do regime jurídico das cooperativas, que, como veremos, colocam em causa a correção do raciocínio empreendido pelo Tribunal da Relação de Lisboa no Acórdão em comentário.

2.2. A necessária deliberação da assembleia geral para a constituição do direito ao retorno dos excedentes

A *Adega Cooperativa de S. Mamede da Ventosa, C.R.L.* pertence ao ramo das cooperativas agrícolas, mencionadas pelo Código Cooperativo na al. a) do n.º 1 do seu art. 4.º.

O regime jurídico das cooperativas agrícolas consta de um diploma próprio, o Decreto-Lei n.º 335 /99, de 20 de agosto. Quanto ao direito que lhes é aplicável, o art. 1.º deste diploma dispõe que as cooperativas agrícolas (de primeiro grau e suas organizações de grau superior) se regem «pelas disposições do presente diploma» e, nas suas omissões, «pelo disposto no Código Cooperativo».

⁶ FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, Tomo XX, Vol. 3.º, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, SA, 1994, p. 185. No mesmo sentido, DEOLINDA MEIRA, ANA MARIA BANDEIRA e VÍTOR GONÇALO, “A (in)suficiência do regime do direito ao reembolso em Portugal: o estudo particular das cooperativas vitivinícolas da região demarcada do Douro. Uma análise crítica”. *Boletín de la Asociación de Derecho Cooperativo*, 51, 2017, pp. 140 e ss.

⁷ Confirmando esta tese da liquidação da entrada, cite-se, na jurisprudência portuguesa, o Acórdão da Relação de Coimbra, de 21 de dezembro de 2004 (*Colectânea de Jurisprudência*, Tomo V, p. 38, ss.), no qual se afirma: «I. - Os cooperadores que se demitem da sociedade cooperativa têm o direito ao montante dos títulos de capital realizados segundo o seu valor nominal; II. - Tendo havido prejuízos nos exercícios anteriores à assembleia em que se demitem alguns cooperadores, não há lugar a juros nem a excedentes repartíveis, devendo as perdas serem deduzidas no valor nominal dos títulos». Sobre este Acórdão, ver 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. de D. Meira & M. E. Ramos), Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp. 375 e ss.

Temos, portanto, que nas áreas não cobertas pela regulação constante do Decreto-Lei n.º 335 /99, de 20 de agosto, aplicar-se-ão, de modo direto, as normas mais gerais do Código Cooperativo.

As cooperativas são «pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles» (n.º 1 do art. 2.º do CCoop).

Esta definição tem, implícitos, dois elementos: um elemento positivo — o fim mutualístico — e um elemento negativo — a ausência de um fim lucrativo.

O fim mutualístico significa que o objeto social da cooperativa surge intimamente ligado à promoção dos interesses dos cooperadores, ou seja, à satisfação das suas necessidades económicas, sociais e culturais⁸.

As cooperativas não têm um fim próprio ou autónomo face aos seus membros, sendo um instrumento de satisfação das necessidades individuais (de todos e de cada um) dos cooperadores, que, no seio dela, e através dela, trabalham, consomem, vendem e prestam serviços⁹. Diz-se, por isso, que as cooperativas têm um escopo mutualístico, na decorrência do qual os cooperadores assumem a obrigação de participar na atividade da cooperativa, cooperando mutuamente e entreajudando-se. As cooperativas operam com os seus membros, no âmbito de uma atividade que a eles se dirige e na qual participam cooperando [al. c) do n.º 2 do art. 22.º do CCoop]. Esta participação traduzir-se-á num intercâmbio recíproco de prestações entre a cooperativa e os cooperadores, prestações essas que são próprias do objeto social da cooperativa.

Contudo, este escopo mutualístico não implica que as cooperativas desenvolvam atividade apenas com os seus membros, podendo também realizar operações com terceiros. Nesta decorrência, o CCoop, no seu art. 2.º, n.º 2, estabeleceu que «as cooperativas, na prossecução dos seus objetivos, poderão realizar operações com terceiros, sem prejuízo de eventuais limites fixados pelas leis próprias de cada ramo». As operações com terceiros abrangem a atividade entre cooperativas e membros não-cooperadores (terceiros) para o fornecimento de bens, serviços ou trabalho, do mesmo tipo dos fornecidos aos membros cooperadores. Tal significa que as atividades com terceiros, de que fala o legislador, se reportarão a

⁸ Sobre estas especificidades ver GEMMA FAJARDO, ANTONIO FICI, HAGEN HENŘY, DAVID HIEZ, DEOLINDA MEIRA, HANS-H. MÚNKNER, IAN SNAITH, *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, cit., pp. 19 e ss.

⁹ Sobre esta instrumentalidade da cooperativa ver PAULO DUARTE, «Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pelas cooperativas de habitação e construção», in *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola* (coord. de D. Meira & M. E. Ramos), Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp. 484-487.

atividades do mesmo tipo da atividade desenvolvida com os cooperadores¹⁰. No caso específico que nos ocupa, serão «terceiros» da *Adega Cooperativa S. Mamede* todos aqueles que entregam na cooperativa as suas vindimas sem serem seus cooperadores.

Os resultados positivos provenientes das operações com terceiros são lucros e, por isso, o legislador cooperativo português impediu que estes resultados sejam repartidos entre os cooperadores, quer durante a vida da cooperativa, quer no momento da sua dissolução (art.s 99.º, 100.º, n.º 1, e 114.º do CCoop), sendo transferidos integralmente para reservas irrepartíveis. Estamos perante lucros (objetivos), ainda que, ao impedir a sua distribuição pelos cooperadores, não se possa falar de escopo lucrativo, uma vez que não há lucro subjetivo¹¹.

Na decorrência do escopo mutualístico da cooperativa, estabelece-se, então, uma relação jurídica complexa, na qual se destaca, por um lado, a obrigação assumida pelo cooperador de participar na atividade da cooperativa e, por outro lado, a contraprestação realizada por esta.

De facto, o cooperador, diversamente do sócio de uma sociedade comercial, não estará apenas sujeitado à obrigação de entrada para o capital social da cooperativa, mas também à obrigação de participar na atividade da mesma. Neste sentido, o art. 22.º, n.º 2, al. c), do CCoop estabeleceu que os cooperadores deverão «participar em geral nas atividades da cooperativa e prestar o trabalho ou serviço que lhes competir».

No caso específico que nos ocupa, os cooperadores participam na atividade da cooperativa, entregando anualmente à *Adega Cooperativa* as uvas das respetivas explorações agrícolas, para que esta as vinifique, conserve, destile, embale e coloque no mercado.

Esta obrigação de participação na atividade da cooperativa surge como o mecanismo básico para desenvolver o objeto social da cooperativa e a obtenção da vantagem mutualista, como veremos.

Destas relações estabelecidas entre o cooperador e a cooperativa no desenvolvimento da atividade mutualística decorrem ulteriores negócios e obrigações sobre cuja natureza jurídica o Código Cooperativo e a legislação setorial (incluindo-se aqui o diploma que regula as cooperativas agrícolas, o já mencionado Decreto-Lei n.º 335/99) não se pronunciam. Contudo, tal qualificação reveste enorme relevância prática, uma vez que tais negócios se configuram como negócios específicos,

¹⁰ Sobre esta matéria, ver DEOLINDA MEIRA, “As operações com terceiros no Direito Cooperativo Português (Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de dezembro de 2007)”, *RCEJ - Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 17, 2010, pp. 93-111.

¹¹ Ver DEOLINDA MEIRA, “O regime da distribuição de resultados nas cooperativas de crédito e m Portugal. Uma análise crítica”, *Boletín de la Asociación de Derecho Cooperativo*, 49, 2015, pp. 83-113.

com funções específicas, que não se enquadram, adequadamente, nas categorias jurídicas tradicionais.

Perante o silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência dividem-se entre duas teses. Tomando por referência o nosso objeto de análise – as entregas das vindimas pelo cooperador à Adega Cooperativa – encontramos por um lado os que partilham a «tese dualista» (ou «contratualista»), nos termos da qual tais negócios seriam externos ao vínculo cooperativo, merecendo a qualificação própria que lhes caiba no caso concreto – contrato de compra e venda – sujeitando-se ao correspondente regime, surgindo o cooperador na dupla posição de cooperador e contraente (a chamada «dupla qualidade»). Por outro lado, os que partilham a «tese monista», segundo a qual tais obrigações e negócios subsumir-se-iam na relação cooperativa, sendo uma «dimensão» desta, pelo que corresponderiam a direitos e deveres estatutários, e estariam por isso submetidos em primeira via às regras cooperativas constantes da lei, dos estatutos, dos regulamentos internos, das deliberações dos órgãos sociais. Esta tese monista anda próxima da categoria jurídica do «ato cooperativo»¹², prevista nos ordenamentos latino-americanos, dado tratar-se de uma construção jurídica que enquadra as operações das cooperativas com os seus membros e com terceiros, na prossecução do seu objeto social.

Tendo em conta esta construção jurídica, quando a Adega Cooperativa recebe as uvas dos seus cooperadores, este ato tem a estrutura formal de um contrato de compra e venda, mas apresenta especificidades que o diferenciam de um mero contrato de compra e venda. Tais especificidades decorrem do já referido escopo mutualístico da cooperativa, que assenta no pressuposto de que não há uma oposição de interesses entre os cooperadores e a cooperativa. De facto, diversamente da sociedade comercial que visa desenvolver uma atividade económica, operando com terceiros, com vista à obtenção de um lucro, a cooperativa visa realizar uma atividade económica com vista à satisfação das necessidades dos seus cooperadores e na qual estes participam.

Ora, não prevendo o CCoop a categoria jurídica do «ato cooperativo», consideramos que caberá à cooperativa – dentro da faculdade mais genérica de escolher os meios de prossecução do seu fim, ou seja os instrumentos para a sua atividade mutualística – a liberdade de conformar, nos limites da lei e no respeito dos estatutos, as suas relações com os cooperadores (nesses termos acordando com estes), ou seja, de as submeter em último termo às regras do direito cooperativo ou do «direito comum»¹³.

¹² Sobre a noção de «ato cooperativo», ver DANTE CRACOGNA, «O acto cooperativo», *Pensamento Cooperativo- Revista de Estudos Cooperativos*, 3, pp. 175-189.

¹³ Neste sentido, ver RAÚL GUICHARD, «Capacidade das cooperativas. Relações entre cooperativas e cooperadores», in *Jurisprudência Cooperativa Comentada*. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola (coord. de D. Meira & M. E. Ramos), Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp 521- 527; e ENRIQUE GADEA, FERNANDO

Alguns setores doutrinários entendem que, nas relações económicas cooperativas, a cooperativa atuará no mercado como um representante indireto dos seus cooperadores¹⁴.

Partilhando das teses monistas acima mencionadas e da teoria do «ato cooperativo», estes setores doutrinários consideram que entre a cooperativa e o cooperador não existirá uma transferência de bens ou serviços, ou seja, qualquer troca ou modificação patrimonial. Sendo assim, seria equívoco recorrer à compra e venda, ao empréstimo ou à prestação de serviços para enquadrar estes atos, devendo antes recorrer-se ao mandato com ou sem representação.

Deste modo, uma Adega Cooperativa agrícola cumpre a função de comercializar a produção dos seus cooperadores (transferindo os bens para o mercado). Logo, quando o agricultor entrega a sua produção à cooperativa para que esta a coloque no mercado, esta entrega não configurará uma venda, mas sim um ato de representação. A Adega Cooperativa representa o cooperador no mercado, vendendo a terceiros um produto que é do cooperador. Nesta representação não existirá, pois, transferência de propriedade do cooperador para a cooperativa e desta para os terceiros, mas uma transferência de propriedade entre o cooperador e os terceiros «por gestão do representante que é a cooperativa»¹⁵. Por isso, todos os montantes que as cooperativas atribuem aos seus membros, no momento da entrega dos produtos, são meros adiantamentos daquilo que mais tarde obterá pela venda destes no mercado, o que comprova a intermediação desenvolvida pela cooperativa¹⁶.

Do que ficou dito devemos dar por adquirido que as cooperativas agem como se mandatárias fossem dos seus membros, praticando atos no interesse exclusivo destes.

SACRISTÁN E CARLOS VARGAS VASSEROT, *Régimen Jurídico de la Sociedad Cooperativa del Siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 421, ss.

¹⁴ Neste sentido: ISABEL-GEMMA FAJARDO GARCÍA, «La masa activa y pasiva en el concurso de Cooperativas», in *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo V, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 5253; FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, cit., pp.305 e ss.; CARLOS TORRES Y TORRES LARA, *Derecho Cooperativo. La teoría del acto cooperativo*, Ed. INESLA, Lima, 1990, p. 188; e DEOLINDA MEIRA, Da possibilidade de imputação de perdas ao cooperador numa régie cooperativa. *Cooperativismo e Economia Social*, 37, 2015, pp. 63-89.

¹⁵ CARLOS TORRES Y TORRES LARA, *Derecho Cooperativo. La teoría del acto cooperativo*, cit., p. 188. Na mesma linha, ver RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativo. Estudos e pareceres*, cit., p. 100

¹⁶ Ver, neste sentido, CARLOS VARGAS VASSEROT, *La actividad cooperativizada y las relaciones de la Cooperativa con sus socios y con terceros*, Monografía asociada a RdS, 27, 2006, Editorial Aranzadi, pp. 167-168; IVÁN JESÚS TRUJILLO DÍEZ, *Cooperativas de consumo y cooperativas de producción*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, p. 47; CARLOS TORRES Y TORRES LARA, *Derecho Cooperativo. La teoría del acto cooperativo*, cit., p. 230.

O cooperador auferirá, em contrapartida pela sua participação na atividade cooperativa, vantagens económicas, às quais a doutrina chama de vantagens mutualistas¹⁷. Estas traduzir-se-ão na obtenção de determinados bens ou serviços a preços inferiores aos do mercado, na venda dos seus produtos eliminando os intermediários do mercado ou numa maior retribuição do trabalho prestado, tal como foi acima referido.

O momento em que o cooperador irá receber a vantagem mutualista, assim como o seu montante, dependerão, normalmente, da situação financeira que a cooperativa atravessa, assim como da estratégia de gestão económica adotada pela mesma. Neste sentido, a doutrina distingue entre vantagens imediatas – mediante a prática de preços mais baixos ou retribuições mais elevadas do que as praticadas no mercado – e vantagens diferidas – atribuídas no final do exercício mediante o retorno dos excedentes, de que falaremos a seguir¹⁸.

A cooperativa pode praticar preços muito próximos do custo, gerando excedentes insignificantes, ou até pode reforçar a qualidade do serviço prestado e as condições em que o mesmo é prestado, desvalorizando o apuramento de excedentes, sem que tal seja sinónimo de uma gestão deficiente¹⁹.

O excedente cooperativo corresponde à diferença entre as receitas e os custos das operações que a cooperativa desenvolve com os seus cooperadores. Trata-se de um valor provisoriamente pago a mais pelos cooperadores à cooperativa ou pago a menos pela cooperativa aos cooperadores, como contrapartida da participação destes na atividade da cooperativa²⁰.

Estas definições tornam evidente que o conceito de excedente cooperativo decorre da prossecução do escopo mutualístico pela cooperativa.

Assim, os excedentes anuais líquidos, de que se fala na al. b) do n.º 2 do art 96.º do CCoop, reportam-se aos resultados cooperativos positivos relacionados com o escopo mutualístico prosseguido pela cooperativa.

Os excedentes poderão retornar aos cooperadores (n.º 1 do art. 100.º do CCoop). O retorno, entendido como o instrumento técnico de atribuição ao coo-

¹⁷ Sobre este conceito, ver AMADEO BASSI, «Dividendi e ristorni nelle società cooperative», *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano:Giuffrè Editore, 1979, pp. 1 e ss.; e FRANCO COLOMBO & PIETRO MORO, *I ristorni nelle cooperative*, Milano, Il Sole 24 ore, 2004, pp. 44 e ss.

¹⁸ Ver, neste sentido AMADEO BASSI, “Dividendi e ristorni nelle società cooperative”, cit., p. 2.

¹⁹ Neste sentido, ver GEMMA FAJARDO, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 125-140; MANUEL PANIAGUA ZURERA, “Determinación y distribución de resultados en la sociedad cooperativa”, *Derecho de los Negocios*, 66, Año 7, marzo 1996, pp. 3-4; DEOLINDA MEIRA, ANA MARIA BANDEIRA & ANA LUÍSA FERREIRA, “O regime de dotação da reserva legal e o mecanismo contabilístico do excedente nulo”, *CIRIEC-España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 32, 2018, pp.149-178.

²⁰ RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativo*, cit., p. 183.

perador do excedente, surge, então, como uma distribuição diferida da vantagem mutualista, significando a devolução ou a restituição que se faz ao cooperador, ao fazer o balanço e a liquidação do exercício económico, daquilo que já é seu desde o início da atividade. O retorno de excedentes funcionará, deste modo, como uma correção *a posteriori*, através da qual se devolverá, a quem formou o excedente, a diferença entre o preço praticado e o custo, ou a diferença entre as receitas líquidas e os adiantamentos laborais pagos, diferença esta determinada com exatidão no final de cada exercício.

Dada a participação económica dos cooperadores na atividade da cooperativa, a distribuição do retorno entre os cooperadores será feita em função e proporcionalmente às atividades ou operações efetuadas com a cooperativa de que são membros (valor das compras ou serviços consumidos ou prestados, no caso das cooperativas de consumo ou de serviços; valor das transações efetuadas ou produtos entregues, no caso das cooperativas agrícolas ou de comercialização), ou em função e proporcionalmente ao trabalho de cada membro (como é o caso das cooperativas de trabalho, nas quais na distribuição do excedente gerado pelos membros deverão ser deduzidos os levantamentos já recebidos «por conta dos mesmos») ²¹.

Nas sociedades comerciais, os dividendos distribuem-se entre os sócios na proporção da participação de cada um na sociedade, ou seja, na proporção da participação no capital social ²². Na cooperativa, o excedente que cada cooperador gerou foi consequência da atividade que desenvolveu com a cooperativa e na mesma proporção do intercâmbio mutualístico, pelo que a cada cooperador corresponderá um retorno, proporcional também a esse intercâmbio.

A distribuição do retorno entre os cooperadores será, então, proporcional às operações feitas por cada um deles com a cooperativa, no referido exercício. Sendo os excedentes resultantes de operações da cooperativa com os seus cooperadores, compreende-se, assim, que, quando ocorra o retorno, ele corresponda ao volume dessas operações e não ao número de títulos de capital que cada um detenha.

Para além da orientação genérica consagrada no art. 3.º, no sentido de uma repartição dos excedentes em «benefício dos membros na proporção das suas transações com a cooperativa», não encontramos no Código Cooperativo qualquer critério substancial explícito que regule a distribuição dos excedentes. O art. 100º, que se ocupa da distribuição dos excedentes, limita-se a afirmar que estes poderão

²¹ Ver sobre esta questão, HANS-H MÜNKNER, *Co-operative Principles and Co-operative Law*, 2nd, revised edition, Zurich: Lit Verlag GmbH & Co. KG Wien, 2015, pp. 147 e ss.

²² De acordo com o art. 22.º, n.º 1, do *Código das Sociedades Comerciais*, os sócios participam nos lucros da sociedade segundo a proporção dos valores nominais das respetivas participações no capital. Este princípio pode ser livremente derogado pelos sócios, por unanimidade, uma vez que a alteração da regra se traduzirá, em princípio, na atribuição de um direito especial a um sócio.

«retornar aos cooperadores». Na legislação aplicável aos diferentes ramos, também não encontramos qualquer critério explícito de repartição, mas meras orientações genéricas. Assim, quanto às cooperativas culturais (Decreto-Lei n.º 313/81, de 19 de novembro), dispõe-se, no seu art. 8.º, que aquela distribuição será «proporcional ao trabalho de cada membro» e que deverá obedecer «aos critérios definidos nos estatutos ou regulamentos internos». Quanto às cooperativas de produção operária (Decreto-Lei n.º 309/81, de 16 de novembro), o art. 9.º estabelece que, após a determinação dos excedentes, se deduzirão «os levantamentos dos membros recebidos por conta dos mesmos». Finalmente, o diploma que regula as cooperativas de serviços (Decreto-Lei n.º 323/81, de 4 de dezembro), estipula, no seu art. 9.º, que a distribuição dos excedentes, nas cooperativas de prestação de serviços, será feita «proporcionalmente ao trabalho de cada membro, segundo critérios definidos nos estatutos e/ou regulamentos internos da cooperativa, nos termos do art. 73.º do CCoop, deduzindo-se após a sua determinação, os levantamentos dos membros recebidos por conta dos mesmos».

Tal significa que o legislador se limitou a consagrar uma orientação genérica quanto à repartição dos excedentes, cabendo às cooperativas e aos cooperadores a definição concreta dos critérios de repartição dos excedentes nos estatutos, nos regulamentos internos, ou nas assembleias gerais das cooperativas²³.

Tal como no direito societário, no qual se destaca a inexistência de um direito subjetivo à concreta repartição do lucro, também no direito cooperativo será de defender que a inclusão, entre os direitos do cooperador, do direito ao retorno cooperativo (art. 100.º, n.º 1, do CCoop) não supõe o reconhecimento, a favor do cooperador, de um direito (concreto) a exigir a aplicação de parte dos excedentes disponíveis como retorno. A utilização, pelo legislador cooperativo português, da expressão «poderão retornar aos cooperadores» evidencia a possibilidade de que o direito ao retorno seja derogado por deliberação da assembleia geral.

Destaque-se, ainda, que nas cooperativas uma percentagem do excedente de exercício, resultante das operações com os cooperadores, reverterá para a reserva legal [art. 96.º, n.º 2, al. b), do CCoop] e para a reserva para educação e formação cooperativa [art. 97.º, n.º 2, al. b), do CCoop], como veremos mais adiante, assim como para o eventual pagamento de juros pelos títulos de capital (art. 100.º, n.º 1, do CCoop).

Só depois de efetuadas estas reversões e pagamentos se estará em condições de apurar o retorno (art. 100.º, n.º 1, do CCoop).

Além disso, tal como nas sociedades comerciais, nas quais, se houver reservas a formar ou a reconstituir, não poderão os sócios receber quaisquer quantias ou bens a título de lucros (arts. 32.º e 33.º do *Código das Sociedades Comerciais*),

²³ Ver DEOLINDA MEIRA, «Artigo 100.º», in *Código Cooperativo Anotado*, cit., pp. 539-547.

também nas cooperativas não se poderá proceder à distribuição de excedentes «antes de se terem compensado as perdas dos exercícios anteriores ou, tendo-se utilizado a reserva legal para compensar essas perdas, antes de se ter reconstituído a reserva ao nível anterior ao da sua utilização» (art. 100.º, n.º 2, do *CCoop*). Por outras palavras, o legislador impede a distribuição de excedentes quando e na medida em que forem necessários para cobrir prejuízos transitados ou para reconstituir a reserva legal.

Consagra-se, deste modo, um regime inderrogável de cobertura de prejuízos, devendo os excedentes de exercício ser afetados em primeira linha a tal finalidade.

Tal como nas sociedades comerciais, quanto ao lucro societário (arts. 31.º, 250.º, n.º 3, e 386.º, n.º 1, do *Código das Sociedades Comerciais*), também nas cooperativas as normas não determinam uma distribuição automática dos excedentes a título de retorno e, por isso, a distribuição não se operará sem uma deliberação social nesse sentido. No silêncio dos estatutos, tal deliberação de repartição deverá ser tomada por maioria dos votos emitidos, dado que é esta a regra para a aprovação da generalidade das deliberações (art. 40.º, n.º 2, do *CCoop*; e art. 386.º do *CSC*, aplicável por força do art. 9.º do *CCoop*).

Assim, havendo resultados positivos no exercício, será inequívoco o espaço de discricionariedade de que disporá a assembleia geral, quanto à aplicação dos mesmos²⁴.

Por um lado, a assembleia geral poderá optar livremente entre a distribuição pelos cooperadores ou pela formação de reservas. A assembleia poderá considerar que a política de constituição de reservas, com vista ao autofinanciamento (a grande opção que se contrapõe à distribuição), poderá ser muito mais conveniente, do ponto de vista dos cooperadores e da cooperativa. Parece ter sido este o entendimento da assembleia geral da Adega Cooperativa, dado que ao longo dos anos não se deliberou no sentido do retorno dos excedentes.

Por outro lado, a assembleia geral poderá determinar a retenção temporária de parte dos retornos individuais («retorno diferido», nas palavras de Ferreira da Costa²⁵), para obviar à falta de capitais próprios suficientes. Este diferimento do retorno constituirá um empréstimo do cooperador à cooperativa, devendo, por isso, ser consentido pelo cooperador (art. 294.º, n.º 2, do *Código das Sociedades Comerciais*, aplicável por remissão do art. 9.º do *CCoop*).

²⁴ Ver DEOLINDA MEIRA, «O regime jurídico do excedente cooperativo», in *Jurisprudência Cooperativa Comentada*. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola (coord. de D. Meira & M. E. Ramos), Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp. 359-374.

²⁵ FERNANDO FERREIRA DA COSTA, *Código Cooperativo. Benefícios fiscais e financeiros*. Estatutos do Inscoop (Lisboa: Livraria Petrony, 1981), 94.

Tudo isto está em harmonia com o *Princípio da participação económica dos membros* (art. 3.º do CCoop) que aponta três destinos possíveis para os excedentes: 1.º – «desenvolvimento das suas cooperativas»; 2.º – «apoio a outras atividades aprovadas pelos membros»; 3.º – «distribuição dos excedentes em benefício dos membros na proporção das suas transações com a cooperativa». Daqui resultará que o retorno é um dos três destinos admitidos pelo legislador, no caso de se colocar essa hipótese, sendo que existe também a possibilidade de se conjugarem os três tipos de objetivos ou dois deles²⁶.

Esta inexistência de um direito subjetivo ao retorno dos excedentes tem repercussões de natureza fiscal. De facto, dadas as considerações precedentes, afigura-se lógica a decisão do legislador fiscal português de considerar o excedente como parte do património e dos resultados das cooperativas. Enquanto não se formaliza uma deliberação de pagamento dos excedentes aos membros da cooperativa, esta pode utilizar esses excedentes afetando-os a novas finalidades de investimento ou de outro tipo²⁷.

No entanto, se é verdade que a legislação cooperativa não impõe às cooperativas a obrigatoriedade de retornar os excedentes aos cooperadores, nem permite esse retorno se houver perdas transitadas de exercícios anteriores, é igualmente certo que a mesma legislação deixa uma amplíssima margem para os estatutos cooperativos disporem sobre essa matéria. Com efeito, diz o n.º 2 do artigo 16.º do CCoop (Elementos dos estatutos), na sua alínea e), que «os estatutos podem ainda incluir: (...) al. e) as normas de distribuição dos excedentes (...)».

Portanto, embora a lei não fixe qualquer obrigatoriedade de retorno de excedentes, nada impede que os estatutos estabeleçam essa obrigatoriedade, desde que se cumpram as limitações de constituição das reservas legal e de educação e de formação ou de outras reservas obrigatórias previstas na legislação setorial, bem como de cobertura de prejuízos.

Em suma, diversamente do que se advoga no Acórdão em comentário, a distribuição dos excedentes a título de retorno não se produz automaticamente, dependendo de deliberação dos membros em assembleia geral. Concluído o exercício social, os membros do órgão de administração têm a obrigação de elaborar as contas da cooperativa, para as submeter à apreciação dos membros, sendo que, entre os documentos de prestação de contas, se inclui o relatório de gestão, contendo a proposta de aplicação de resultados. Esta proposta incluirá o tratamento a dar

²⁶ Ver DEOLINDA MEIRA, “O princípio da participação económica dos membros à luz dos novos perfis do escopo mutualístico”, *Boletín de la Asociación de Derecho Cooperativo*, 53, 2018, pp. 107-137.

²⁷ Ver NINA AGUIAR & DEOLINDA MEIRA, «Cooperative Income and ability to pay taxes – A critical review», in *Entidades com valor social: nuevas perspectivas tributarias* (coord. de Merino Jara), Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2017, pp. 145-157.

aos resultados positivos e negativos. Os documentos de prestação de contas serão depois presentes à assembleia geral anual para serem objeto de deliberação pelos membros (art. 38.º, b), do CCoop)²⁸.

Discordamos, por isso, da posição adotada no Acórdão que comentamos, nos termos da qual «existindo excedentes, não seria necessária deliberação sobre a forma da sua distribuição, isto é, o retorno aos cooperadores».

Na Adegas Cooperativas, não tem sido deliberada a distribuição de excedentes, o que significa que os mesmos, a existir, foram afetados a reservas obrigatórias irrepartíveis (v.g. reserva legal e reserva de educação e formação) e a reservas livres, nos termos que enunciaremos no ponto seguinte.

2.3. O acréscimo do montante do reembolso proveniente da repartição de reservas

Como vimos, o art. 89.º, n.º 2, do CCoop dispõe que, em caso de reembolso, o valor nominal dos títulos de capital poderá ser acrescido da quota-parte das reservas não obrigatórias repartíveis.

A este propósito levantam-se duas questões principais: (i) que reservas não obrigatórias repartíveis são estas? (ii) qual o critério de determinação dessa quota-parte?

O Código Cooperativo prevê a existência de cinco tipos de reservas: a reserva legal; a reserva para educação e formação cooperativas; as reservas previstas na legislação complementar aplicável a cada um dos ramos do setor cooperativo; as reservas previstas pelos estatutos; e as reservas constituídas por deliberação da Assembleia geral.

A reserva legal é uma reserva de constituição obrigatória por força da lei, sendo considerada um dos componentes mais importantes da estrutura financeira da cooperativa, o que resulta essencialmente da sua finalidade (cobertura de eventuais perdas de exercício) e do seu carácter irrepartível (art. 99.º do CCoop). Tem como fontes: as joias (art. 90.º, 1, do CCoop) e os excedentes anuais líquidos (art. 100.º do CCoop), numa percentagem fixada nos estatutos ou, se estes forem omissos, pela assembleia geral, não podendo tal percentagem “ser inferior a 5% (art.º 96.º, 2, do CCoop)²⁹”.

A reserva para a educação e formação é também uma reserva de constituição obrigatória por força da lei, com carácter absolutamente irrepartível (art. 99.º do CCoop), constituída para assegurar a “educação cooperativa e a formação cultural e técnica dos cooperadores, dos trabalhadores da cooperativa e da comunidade”

²⁸ Ver DEOLINDA MEIRA, O regime económico das cooperativas no direito português: o capital social, Porto, Vida Económica, p. 160 e ss.

²⁹ Ver DEOLINDA MEIRA, «Artigo 96.º», in *Código Cooperativo Anotado*, cit., pp. 520-525.

(art. 97.º, 1, do *CCoop*). Revertem para esta reserva: a parte das joias que não for afetada à reserva legal; pelo menos 1% dos excedentes líquidos anuais, provenientes das operações com os cooperadores (sendo que esta percentagem poderá ser mais elevada se os estatutos ou a assembleia geral assim o entenderem³⁰); os donativos e os subsídios que forem especialmente destinados à finalidade da reserva; e os resultados anuais líquidos provenientes de operações com terceiros que não forem afetados a outras reservas (art. 97.º, 2, do *CCoop*)³¹.

Por sua vez, o art. 98.º do *CCoop* prevê a existência de outros três tipos de reservas: as reservas previstas na legislação complementar aplicável a cada um dos ramos do setor cooperativo; as reservas previstas nos estatutos; e as reservas constituídas por deliberação da assembleia geral.

As reservas do primeiro tipo serão ou não obrigatórias, de acordo com o que dispuser o preceito do qual resultam. Os dois outros tipos de reservas são voluntárias ou livres, pois dependem da vontade coletiva dos cooperadores consubstanciada nos estatutos ou numa deliberação da assembleia geral.

Nas cooperativas agrícolas consagra-se a possibilidade de os estatutos poderem prever a constituição de uma reserva para investimento destinada a renovar e a repor a capacidade produtiva da cooperativa. Esta reserva será constituída por uma percentagem dos excedentes líquidos anuais provenientes de operações com cooperadores – a definir pela assembleia geral, por proposta do órgão de administração – e por uma percentagem não inferior a 40% dos excedentes líquidos anuais provenientes de operações com terceiros (art. 12.º, do DL n.º 335/99, de 20 de agosto).

O legislador não prevê um limite quantitativo e temporal na dotação desta reserva. Sendo uma reserva composta por excedentes provenientes de operações com terceiros será irrepartível, nos termos do art. 99.º do *CCoop*.

Abordemos, agora, as reservas que dependem da vontade coletiva dos cooperadores, consubstanciada nos estatutos ou numa deliberação da assembleia geral, nas quais se determinará o modo de formação, de aplicação e de liquidação das reservas livres, nomeadamente a sua natureza irrepartível ou repartível.

As reservas livres só poderão ser criadas com os excedentes anuais líquidos que remanescam: depois de terem sido, eventualmente, pagos os juros pelos títulos de capital; depois de terem sido efetuadas as reversões para as diversas reservas; depois de terem sido compensadas as perdas de exercícios anteriores; ou, tendo-se utilizado a reserva legal para compensar essas perdas, depois de se ter reconstituído a reserva no nível anterior ao da sua utilização (art. 100.º do *CCoop*).

³⁰ Nas caixas agrícolas, o art. 44.º, 2, c), do DL n.º 24/91, de 11 de janeiro, determina que dos excedentes anuais líquidos serão afetados 5%, no máximo, à reserva para formação e educação cooperativa, de acordo com o que for decidido pela assembleia geral, sob proposta do órgão de administração.

³¹ Ver DEOLINDA MEIRA, «Artigo 97.º», in *Código Cooperativo Anotado*, cit., pp. 526-531.

As reservas livres constituídas por benefícios provenientes de operações com terceiros serão insuscetíveis de repartição entre os cooperadores (art. 99.º); e sendo compostas por excedentes provenientes de operações com cooperadores, só poderão ser distribuídas aos cooperadores que tenham efetuado com a cooperativa as operações das quais tais excedentes tenham resultado e na exata medida da proporção da contribuição dessas operações para os mesmos.

Sendo certo de que só poderão beneficiar dessa distribuição os cooperadores que tenham contribuído para a formação de tais excedentes e na exata medida dessa contribuição, consideramos que, quando os cooperadores deliberam no sentido de destinar uma importância dos excedentes por eles gerados a reservas livres, dever-se-á individualizar quem os gerou e qual a medida da contribuição de cada cooperador para esse fundo de reserva livre. Assim, estas reservas devem organizar-se com base em contas individuais dos membros, pois só assim será possível determinar «a quota parte das reservas não repartíveis» a que o cooperador terá direito quando se demite da cooperativa (art. 89.º, n.º 2, do CCoop). No ordenamento português, esta solução está expressamente prevista para reserva social das cooperativas de habitação e construção, dispondo o art. 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 502/99, de 19 de novembro, que, nas cooperativas em que tenha sido criada esta reserva social, será obrigatória a criação de uma conta individualizada para a sua contabilização³².

Rejeitamos, deste modo, o critério adotado no acórdão para a determinação da quota-parte das reservas repartíveis que, lembre-se correspondia ao critério adotado nas sociedades comerciais para a repartição dos lucros: o critério da proporcionalidade da participação no capital social. Efetivamente, neste Acórdão, o Tribunal da Relação de Lisboa utilizou o seguinte critério: multiplicação do valor da entrada de capital da cooperadora *de cujus*, no valor de 3 301, 20 euros por cem e, seguidamente, divisão pelo capital social da Adegua Cooperativa (3 301, 20 euros x 100: 2 148 247, 00 euros), perfazendo uma percentagem de 0, 1536694%. Aplicando a referida percentagem ao valor de valor de 9 486 676, 00 euros (valor das “Outras reservas), o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa afirma que a quota-parte das reservas repartíveis corresponde à quantia de 14 578, 12 euros.

Haveria, por isso, que averiguar qual o valor dos excedentes gerados pela cooperadora *de cujus*, qual a percentagem desses excedentes que foi afetada a reservas irrepertíveis e qual a percentagem alocada a reservas repartíveis.

3 CONCLUSÃO

O Acórdão enquadra inadequadamente a questão dos critérios de determinação do montante do direito ao reembolso dos herdeiros, numa situação de impos-

³² DEOLINDA MEIRA, «Artigo 97.º», in *Código Cooperativo Anotado*, cit., pp. 532-535.

sibilidade da transmissão *mortis causa* da posição de cooperador, ao adotar como critério para a determinação da quota-parte das reservas repartíveis o critério da proporcionalidade da participação no capital social e ao considerar a não necessidade de deliberação da assembleia geral que o direito ao retorno dos excedentes se constitua.

Só são repartíveis as reservas não obrigatórias compostas por excedentes provenientes de operações com cooperadores. Só poderão beneficiar dessa distribuição os cooperadores que tenham contribuído para a formação de tais excedentes e na exata medida dessa contribuição. Deste modo, estas reservas devem organizar-se com base em contas individuais dos membros, pois só assim será possível determinar «a quota parte das reservas repartíveis» a que o cooperador terá direito quando se demite da cooperativa.

Nas cooperativas a participação nos excedentes tem como parâmetro a participação na atividade da cooperativa e não a participação no capital social. Os excedentes serão repartidos entre os cooperadores, a título de retorno, proporcionalmente às operações realizadas por cada um deles com a cooperativa no referido exercício e não proporcionalmente ao capital social trazido por cada um para a cooperativa. Acresce que é sempre necessária uma deliberação da assembleia geral para que o direito ao retorno dos excedentes se constitua.

Deste modo, rejeitamos o critério adotado no douto acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa para a determinação da quota-parte das reservas repartíveis, que corresponde ao critério adotado nas sociedades comerciais para a repartição dos lucros: o critério da proporcionalidade da participação no capital social. Tornava-se, por isso, imperioso averiguar quais os exercícios sociais em que a cooperadora *de cujus* participou na atividade da cooperativa, ou seja aqueles em que entregou as suas uvas à cooperativa, contribuindo, desse modo, para a formação de excedentes nesses mesmos exercícios, bem como qual a percentagem desses excedentes que foi afetada a reservas irrepertíveis e qual a percentagem alocada a reservas repartíveis. Sendo assim, os herdeiros da cooperadora *de cujus*, no que respeita à quota-parte das reservas repartíveis, só teriam direito ao reembolso da quota-parte dos excedentes alocada a reservas repartíveis nos exercícios em que, com base na conta individual da cooperadora *de cujus*, ocorreu tal alocação.

II

XURISPRUDENCIA

II.2.1. ANOTACIÓNS XURISPRUDENCIA (PORTUGAL)

AS INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL (IPSS) PODERÃO ASSUMIR A QUALIDADE DE ENTIDADES ADJUDICANTES, NOS TERMOS E PARA OS EFEITOS DO DISPOSTO NO ARTIGO 2.º, N.º 2, ALÍNEA A), DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS (CCP) E POR ESSA RAZÃO SUJEITAS À JURISDIÇÃO DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS? ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL, DE 10 DE OUTUBRO DE 2019

MAY PRIVATE SOCIAL SOLIDARITY (IPSS) ASSUME THE STATUS OF CONTRACTING ENTITIES, UNDER THE TERMS AND FOR THE PURPOSES OF THE PROVISIONS OF ARTICLE 2, PARAGRAPH 2, POINT A), OF THE PUBLIC CONTRACTS CODE (CPP) AND BY THIS REASON BE SUBJECT TO THE JURISDICTION OF THE ADMINISTRATIVE COURTS? ANOTATION TO THE DECISION OF THE CENTRAL ADMINISTRATIVE COURT SOUTH, OF OCTOBER 10, 2019

MANUELA DA SILVA PATRÍCIO*

* Professora Adjunta do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto. Rua Jaime Lopes de Amorim, s/n, 4465-004 S. Mamede de Infesta, Portugal. mmsilva@iscap.ipp.pt.

1 O LITÍGIO

O Tribunal Central Administrativo Sul foi chamado a dirimir, em sede de recurso interposto da decisão final, que pôs termo ao processo em 1.^a instância, considerando a jurisdição administrativa materialmente incompetente para conhecer da pretensão formulada pela Autora, por dois motivos:

«Por um lado, porque a entidade recorrida não pode ser considerada entidade adjudicante para efeitos do Código dos Contratos Públicos, uma vez que não preenche o requisito imposto pelo artigo 2.º, n.º 2, alínea a), ii), do CCP, ou seja, não é financiada maioritariamente pelo Estado. Por outro lado, a entidade recorrida tem liberdade contratual, nos termos do artigo 405.º, n.º 1, do Código Civil, para escolher a forma de contratar para a adjudicação do fornecimento dos produtos objeto da contratação».

O Tribunal Central Administrativo Sul não concordou com esta linha de fundamentação, aduzindo os argumentos que se seguem:

«O Código dos Contratos Públicos aplica-se a entidades adjudicantes, independentemente de pertencerem ou não à Administração Pública (cfr art 1º, nº 2, do CCP).

Nos termos do art 2º, nº 2, al a) do Código dos Contratos Públicos, são também *entidades adjudicantes* (além das pessoas coletivas de direito público «clássicas» do nº 1) quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada:

- i) Tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tais aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica concorrencial de mercado, designadamente por não terem fins lucrativos ou por não assumirem os prejuízos resultantes da sua atividade; e*
- ii) Sejam maioritariamente financiadas por entidades referidas no número anterior **ou** por outros organismos de direito público, **ou** a sua gestão esteja sujeita a controlo por parte dessas entidades, **ou** tenham órgãos de administração, direção ou fiscalização cujos membros tenham, em mais de metade do seu número, sido designados por essas entidades;*

São assim pressupostos, cumulativos, da qualificação como *entidades adjudicantes*, independentemente da sua natureza pública ou privada,

nos termos do art 2º, nº 2, al a), do CCP (i) a personalidade jurídica, (ii) terem sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial e (iii) que estejam sujeitas à influência determinante de alguma das entidades adjudicantes identificadas no nº 1 daquele artigo 2º.

Relativamente ao 3º pressuposto – dependência da IPSS de uma entidade do art 2º, nº1 do CCP – o mesmo pode ser aferido, alternativamente, (a) em função do financiamento maioritário, (b) do controlo de gestão ou (c) ainda porque qualquer dos seus órgãos, de administração, de direção ou de fiscalização, integra uma maioria de titulares direta ou indiretamente designada por aquelas entidades (cfr Pedro C. Gonçalves, Regime da Contratação Pública no Código dos Contratos Públicos, 2016, pág. 94 a 96).»

Tendo o Tribunal Central Administrativo Sul entendido que estas instituições, em que se insere a recorrida F....., porque dotadas de personalidade jurídica, criadas para satisfazer necessidades gerais, ou seja, de interesse público, e sujeitas ao poder de controlo de gestão por parte do Estado são de considerar entidades adjudicantes, nos termos e para efeitos do disposto no art 2º, nº 2, al a), ii) do CCP, pelo que a jurisdição administrativa será materialmente competente, ao contrário do decidido pelo TAC de Lisboa, para apreciar o presente litígio, nos termos que resultam do disposto no art 4º, nº 1, al e) do ETAF, de acordo com o qual: *1 - Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto questões relativas a: (...) e) Validade de atos pré-contratuais e interpretação, validade e execução de contratos administrativos ou de quaisquer outros contratos celebrados nos termos da legislação sobre contratação pública, por pessoas coletivas de direito público ou outras entidades adjudicantes.*

2 ENQUADRAMENTO DA QUESTÃO A TRATAR

O que se vai tratar na presente Anotação ao Acórdão *supra* identificado é a questão de saber se as IPSS poderão assumir a qualidade de entidades adjudicantes, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), do Código dos Contratos Públicos (CCP) e por essa razão sujeitas à jurisdição dos Tribunais Administrativos.

Em primeiro lugar, cumpre saber qual o âmbito de aplicação da jurisdição administrativa.

Nos termos do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, mais concretamente, para o que nos interessa, n.º 1, alínea e), compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham

por objeto questões relativas a validade de atos pré-contratuais e interpretação, validade e execução de contratos administrativos ou de quaisquer outros contratos celebrados nos termos da legislação sobre contratação pública, por pessoas coletivas de direito público ou outras entidades adjudicantes.

Resulta claro da referida norma que a jurisdição administrativa apenas abranje, no que à contratação pública diz respeito, os litígios que tenham como protagonistas entidades de direito público, o que as IPSS não são, ou outras entidades adjudicantes.

Assim sendo, o ponto fundamental da presente análise é o de saber se as IPSS poderão ser entidades adjudicantes.

O conceito de entidade adjudicante resulta do artigo 2.º do CCP. Esta norma delimita o universo das entidades adjudicantes em duas categorias distintas¹. Numa delas (artigo 2.º, n.º 1) encontram-se as entidades adjudicantes integradas no setor público administrativo tradicional, classificadas como Administração em sentido orgânico: o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais, os institutos públicos, as fundações públicas e as associações públicas. Para referir à outra categoria foi introduzido o conceito de organismo de direito público como entidade adjudicante, independentemente da sua natureza pública ou privada (artigo 2.º, n.º 2, alínea a). Todavia, para que uma entidade detenha a natureza de organismo de direito público, independentemente da sua natureza pública ou privada, são necessários três requisitos cumulativos que resultam das alíneas i) e ii), da alínea a), do n.º 2, do artigo 2.º do CCP: a) que tenha sido criada, *ab initio*, especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral; b) que a sua atividade não seja industrial ou comercial; e c) que seja maioritariamente financiada ou controlada (direta ou indiretamente) pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º, isto é, pelas entidades pertencentes à Administração Pública. Consegue-se identificar nesta solução normativa a intenção do legislador de garantir uma adequada transposição das diretivas europeias e do conceito abrangente de organismo de direito público. Neste n.º 2 do artigo 2.º do CCP incluem-se no conceito de entidade adjudicante todas as entidades que, sendo consideradas pelas diretivas europeias organismos de direito público, não estejam já cobertas pelo n.º 1 desse mesmo preceito².

Sendo certo que as IPSS não pertencem ao setor público administrativo tradicional, pelo que não fazem parte da Administração Pública em sentido orgânico, não se subsumindo no n.º 1 do artigo 2.º do CCP, resta-nos saber se podem ser

¹ FERNANDA PAULA OLIVEIRA/JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2019, p. 305.

² JOÃO CAUPERS/VERA EIRÓ, *Introdução ao Direito Administrativo*, 12.ª Edição. Lisboa, Âncora Editora, 2016, p. 284.

consideradas entidades adjudicantes, nos termos do n.º 2, alínea a) do artigo 2.º do CCP e, conseqüentemente, sujeitas à jurisdição administrativa.

Assim, ter-se-á que aferir se os três requisitos referidos anteriormente se verificam em relação às IPSS.

Todavia, antes de avançarmos para a análise referida no parágrafo anterior, far-se-ão algumas considerações sobre a natureza jurídica das IPSS, isto é, saber onde se enquadram do ponto de vista jurídico-organizacional.

É comumente aceite no âmbito da doutrina jurídico-administrativa que o Direito Administrativo não regula apenas entidades públicas, também regula algumas categorias de entidades privadas, precisamente aquelas que pela atividade a que se dedicam não podem deixar de ser consideradas na ótica do interesse geral – são as *instituições particulares de interesse público*, podendo-se defini-las como pessoas coletivas privadas que, por prosseguirem fins de interesse público, têm o dever de cooperar com a Administração Pública, ficando sujeitas, em parte, a um regime especial de Direito Administrativo. Todavia, esta sujeição à regulamentação administrativa não as transforma em entidades integradas na Administração Pública, mas constituem uma forma de descentralização funcional do setor público, por transferência de poderes próprios deste para a órbita do setor privado, ou pela autorização de um desempenho concorrencial com a Administração Pública de certas tarefas comuns³. De entre as espécies de *instituições particulares de interesse público* a doutrina inclui as IPSS e, também, o próprio legislador, ao determinar a aquisição automática, logo que registadas, da natureza de pessoas coletivas de utilidade pública (artigo 8.º do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social – EIPSS, aprovado pelo Decreto-lei n.º 119/83, de 25 de fevereiro, com a redação operada pelo Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de novembro e pela Lei n.º 76/2015, de 28 de julho). As pessoas coletivas de utilidade pública são uma modalidade de *pessoa coletiva de interesse público*, podendo ser definidas como pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos que prossigam fins de interesse geral em cooperação com a Administração central ou local em termos de merecerem da parte da Administração a declaração de utilidade pública (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 460/77, de 07 de novembro, com a redação operada pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de dezembro). Sendo as IPSS consideradas pessoas coletivas de utilidade pública, sem prejuízo de possuírem um regime jurídico específico, comungam das características genéricas do regime jurídico destas últimas.

Assim, de um modo simplista, poder-se-á afirmar que as pessoas coletivas de utilidade pública estão sujeitas a um regime especial de Direito Administrativo de caráter misto: por um lado, tais entidades beneficiam de certos privilégios, de

³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 4.ª Edição, volume I. Coimbra, Almedina, 2019, p.p. 584/586.

que não gozam em geral as pessoas coletivas privadas, uma vez que se dedicam à prossecução de interesses gerais; por outro lado, ficam sujeitas a deveres e encargos especiais, a que também não estão submetidas em geral as pessoas coletivas privadas, o que se justifica igualmente pelo facto de se tratar de entidades que prosseguem fins que diretamente interessam à Administração Pública como zeladora do bem comum⁴.

Uma vez chegados a este ponto, somos de concluir que as IPSS fazem parte do acervo das pessoas coletivas de interesse público, na modalidade de pessoas coletivas de utilidade pública, pelo que importa, agora, retomar a questão que levantámos lá atrás – não pertencendo as IPSS ao setor público administrativo tradicional, não fazendo parte da Administração Pública em sentido orgânico, e, por tal motivo, não subsumíveis no n.º 1 do artigo 2.º do CCP, necessário se torna saber se podem ser consideradas entidades adjudicantes, nos termos do n.º 2, alínea a) do artigo 2.º do CCP e, conseqüentemente, sujeitas à jurisdição administrativa.

Os requisitos exigidos pelo n.º 2, alínea a) do artigo 2.º do CCP são:

- a) Ter sido criada, *ab initio*, especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral;
- b) Que a sua atividade não seja industrial ou comercial;
- c) Que seja maioritariamente financiada ou controlada (direta ou indiretamente) por entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º do CCP.

No que concerne ao primeiro requisito, resulta inequívoco de tudo o que foi exposto, quanto à natureza das IPSS, bem como do conceito legal de IPSS (artigo 1.º do EIPSS), e dos fins e atividades principais a que se encontram adstritas (artigo 1.º-A do EIPSS) que estas entidades são criadas *ab initio*, especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral.

Também não nos restam dúvidas quanto à verificação do segundo requisito, uma vez que a intenção do legislador é que a atividade do organismo em causa não esteja submetida à lógica da concorrência. Assim, necessário se torna que a atuação da entidade no mercado não se desenvolva livremente e em plena concorrência com outros operadores económicos privados com os mesmos fins. Caso contrário, não poderá ser considerada como um organismo de direito público, para efeitos do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), do CCP e, conseqüentemente, não poderá ser considerada entidade adjudicante. As IPSS, como pessoas coletivas de utilidade pública e como resulta do já referido artigo 1.º do EIPSS, são pessoas coletivas, sem finalidade lucrativa, constituídas exclusivamente por iniciativa dos particulares, com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de justiça e de solidariedade, contribuindo para a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos, desde que não sejam administrados pelo Estado ou por outro organismo público,

⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 608.

pelo que se as IPSS são criadas para satisfazer interesses que, em primeira linha, deveriam ser prosseguidos pela Administração Pública, mas por razões de descentralização funcional, o legislador entendeu por bem conferir a entidades privadas sem fins lucrativos, logicamente que não poderão atuar como se de uma pessoa coletiva privada empresarial se tratasse.

Finalmente, no que se refere ao terceiro requisito, somos da opinião que também se verifica em relação às IPSS, uma vez que resulta do artigo 34.º e ss., do EIPSS um poder de fiscalização e controlo por parte do Estado que, quanto a nós, consubstancia um verdadeiro poder tutelar sobre as IPSS, aliás, o próprio EIPSS intitula toda a Secção III (onde se inserem os artigos 34.º a 38.º-A) de “Da tutela”, entendendo-se por tutela o poder conferido por lei a uma pessoa coletiva de direito público de interferir na gestão de outra pessoa coletiva “pública”, a fim de assegurar a legalidade e/ou o mérito da sua atuação. Não obstante as IPSS serem pessoas coletivas de direito privado e não de direito público, o facto de se encontrarem sob o poder tutelar do Estado, ainda que, apenas, de mera legalidade, legitima a conclusão de se incluir no conceito de “*são também entidades adjudicantes: os organismos de direito público, considerando-se como tais quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada*” (artigo 2.º, n.º 2, alínea a), do CCP).

Acresce a tudo isto o facto do artigo 23.º do EIPSS estabelecer que a realização de obras, alienação e arrendamento de imóveis deve observar o estabelecido no CCP, o que já por si só revela a intenção legal de aplicar o CCP às IPSS, e, nessa medida, terão que assumir a natureza de entidades adjudicantes.

Por todas as considerações expostas, entendemos que as IPSS poderão assumir a qualidade de entidades adjudicantes, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), do Código dos Contratos Públicos (CCP) e por essa razão sujeitas à jurisdição dos Tribunais Administrativos, pelo que acompanhamos o entendimento do Tribunal Central Administrativo Sul, sufragado no Processo n.º 836/19.9BELSB, de 10 de outubro de 2019.

BIBLIOGRAFIA

- DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 4.ª Edição, volume I. Coimbra, Almedina, 2019.
- FERNANDA PAULA OLIVEIRA/JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2019.
- JOÃO CAUPERS/VERA EIRÓ, *Introdução ao Direito Administrativo*, 12.ª Edição. Lisboa, Âncora Editora, 2016.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 42 (2019-2020), páxs. 205-211
ISSN: 2660-6348

ASSEMBLEIAS GERAIS DE DELEGADOS:
COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE GESTÃO DEMOCRÁTICA
DAS COOPERATIVAS E EFICIÊNCIA ORGANIZATIVA.
ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE 28 DE MARÇO DE 2019

*GENERAL ASSEMBLIES OF DELEGATES: COMPATIBILITY
BETWEEN COOPERATIVES DEMOCRATIC MEMBER
CONTROL AND ORGANISATIONAL EFFICIENCY.
COMMENTARY TO THE DECISION OF THE
SUPREME COURT, MARCH 28, 2019*

ANDRÉ ALMEIDA MARTINS*

⁵ Assistente na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Mestre em Direito. Doutorando em Direito. aamartins@porto.ucp.pt / a.almeidamartins@gmail.com.

1 BREVE DESCRIÇÃO DO LITÍGIO

Na assembleia geral de uma cooperativa agrícola, a direção da cooperativa apresentou uma proposta de alteração estatutária relativa à matéria das assembleias gerais, bem como ao voto por representação.

Em primeiro lugar, no que diz respeito à composição e definição das assembleias, propunha-se, entre outras, uma alteração no âmbito da constituição da assembleia geral no sentido de, em vez de ser constituída por todos os cooperadores no pleno gozo dos seus direitos, passar a ser composta por delegados dos cooperadores eleitos nas secções da cooperativa. Por outro lado, em consonância com esta alteração, também se propunha a alteração da norma estatutária relativa ao voto de representação, passando a prever-se a possibilidade de um delegado atribuir mandato para voto a outro delegado, em vez de idêntica faculdade anteriormente prevista entre cooperadores.

Estas propostas foram aprovadas por maioria, com treze votos a favor, um contra e sem abstenções.

Um dos cooperadores, inconformado, propôs uma ação judicial pedindo a declaração de nulidade da deliberação da assembleia geral em causa, sustentando, quanto aos aspetos supra referidos, que a nova redação dos estatutos, ao não permitir a participação direta dos cooperadores na assembleia geral, violava o princípio da gestão democrática das cooperativas e os artigos 3.º, 33.º, n.º 1, a) e 34.º, n.º 2, a), todos do CCoop. Além disso, ao não permitir a cooperadores, não representados por delegados, fazerem-se representar na assembleia geral por outros cooperadores, os estatutos violavam igualmente, além do mesmo princípio, o artigo 43.º, n.º 1 do Ccoop.

O Tribunal de 1.ª instância entendeu que, efetivamente, aquelas disposições estatutárias eram nulas, mas tal decisão foi revertida pelo Tribunal da Relação de Guimarães que não encontrou qualquer causa de nulidade passível de afetar os estatutos em causa (acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18/10/2018, disponível em www.dgsi.pt, objeto de anotação por NEVES, I., «Por Uma Gestão Democrática Indireta Das Cooperativas: Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 18 de Outubro de 2018», CES 41 (2018-2019), pág. 193-214, em que se analisam, com maior fôlego e detalhe, as matérias que aqui adiante também se tratam).

O Autor da ação apresentou recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, tendo este, no acórdão que se comenta, mantido a decisão do Tribunal da Relação de Guimarães e, assim, confirmando a validade das disposições estatutárias que resultaram da alteração aprovada na assembleia geral.

2 O PRINCÍPIO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA É COMPATÍVEL COM UM MODELO DE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NAS ASSEMBLEIAS GERAIS

A questão fundamental tratada no acórdão em comentário, bem como nos arestos que o antecederam, pode ser resumida de forma simples: o princípio da gestão democrática das cooperativas implica sempre a participação direta dos cooperadores na assembleia geral ou é compatível com modelos de representação? O entendimento sustentado pelo Autor e validado pelo Tribunal de 1.^a instância era o primeiro, já a contraparte e os Tribunais Superiores perfilaram o segundo, que, provavelmente, se terá consolidado como decisão definitiva do litígio. Também nós sufragamos o entendimento de que o princípio da gestão democrática das cooperativas é compatível com um modelo de democracia representativa nas assembleias gerais (no mesmo sentido, NEVES, I., pág. 208-211). Vejamos porquê.

O princípio da gestão democrática pelos membros, o 2.^o princípio cooperativo, enunciado no artigo 3.^o do Ccoop, cuja imperatividade decorre de imposição constitucional (vide artigos 61.^o, n.^o 2 e 84.^o, n.^o 4, a) da CRP e NAMORADO, R., «Artigo 3.^o», *Código Cooperativo Anotado*, coord. de Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos, Coimbra, Almedina, 2018, pág. 31), «*reflecte a intrínseca democraticidade das cooperativas, da qual decorrerá a necessária participação activa, por parte dos cooperadores, na definição das políticas da cooperativa e na tomada de decisões*» (MEIRA, D., *O Regime Económico das Cooperativas no Direito Português – O capital social*, Porto, Vida Económica, 2009, pág. 65). É, pois, no enquadramento deste princípio que surgem e devem ser consideradas as disposições do Ccoop que permitem o envolvimento direto e ativo dos cooperadores na vida cooperativa, que se manifesta sobretudo na participação na assembleia geral: os arts. 21.^o, n.^o 1, b), e 22.^o, n.^o 2., a) segundo os quais constituem simultâneo direito e dever dos cooperadores o «tomar para nas assembleias gerais», «apresentando propostas, discutindo e votando os pontos constantes da ordem de trabalhos»; ou o art. 33.^o, n.^o 2, segundo o qual participam «na assembleia geral todos os cooperadores e membros investidores no pleno gozo dos seus direitos; ou o art. 40.^o, n.^o 1 segundo o qual nas «assembleias gerais das cooperativas de primeiro grau cada cooperador dispõe de um voto, qualquer que sejam a sua participação no respectivo capital social».

Ora, o grau e intensidade desta participação ativa e direta dos cooperadores na vida cooperativa é também influenciado, em termos práticos, pela dimensão da cooperativa, quer no que diz respeito ao número de cooperadores, quer no que concerne à área geográfica porque se espraia. Conscientes deste facto, os legisladores desenvolveram instrumentos para tentar garantir uma real participação dos cooperadores nas decisões da vida cooperativa, entre os quais um dos mais eficazes é a possibilidade de serem realizadas assembleias setoriais (vide CUSA, E., «Il procedimento assembleare nella società cooperativa e il principio democrá-

tico, CIRIEC, 15, 2004, pág. 7; com uma recolha de direito comparado, NEVES, I., pág. 202-203, notas 23-27).

No Ccoop, a possibilidade de realização de assembleias setoriais, pressupondo a divisão da cooperativa em secções delimitadas em função da atividade e/ou área geográfica de atividade da cooperativa, resulta expressa do artigo 44.º, n.º 1 que dispõe que os estatutos as podem prever precisamente « (...) quando as cooperativas o considerem conveniente, quer por causa das suas atividades, quer em virtude da sua área geográfica» (veja-se também o regime das cooperativas agrícolas polivalentes e a existência de assembleias setoriais nos termos do artigos 13.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 335/99, de 20 de Agosto). Além disso, nos termos do artigo 33.º, n.º 3 do CCoop, «os estatutos da cooperativa podem prever assembleias gerais de delegados (...)», o que pressupõe a existência de duas ou mais assembleias setoriais. O número de delegados à assembleia geral a eleger nas assembleias setoriais é estabelecido, conforme disposto nos estatutos, em função do número de cooperadores ou do volume de atividade de cada secção ou de ambos e deve ser anualmente apurado pelo órgão de administração da cooperativa (artigo 44.º, n.º 2 e 3 do Ccoop).

No caso de os estatutos preverem a realização de assembleias setoriais e a eleição nestas de delegados à assembleia geral, que era precisamente o que se verificava no caso em apreciação no acórdão em comentário, a assembleia geral da cooperativa será assim constituída «não por todos os membros da cooperativa, mas pelos delegados eleitos pelos cooperadores de cada assembleia sectorial» (COUTINHO DE ABREU, J.M., «Artigo 33.º», *Código Cooperativo Anotado*, pág. 200).

É esta solução - imposta por «imperativos de exequibilidade» e que apresenta vantagens de «economia de meios e tempo», «ordem na condução dos trabalhos» e «participação informada e interessada» (NEVES, I., pág. 205-206) - que entendemos, na esteira do acórdão em comentário, que não belisca o núcleo fundamental do princípio da gestão democrática, desde que os delegados tenham sido eleitos de forma democrática, sejam representativos do universo de base em causa e a sua atuação e voto em assembleias gerais estejam, de alguma forma, vinculados ao que nas assembleias setoriais tenha sido previamente decidido (neste último ponto, coloca-se a questão, não resolvida expressamente na lei, da extensão dos poderes dos delegados na assembleia geral; o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal da relação de Guimarães referem-se brevemente ao ponto; vide, com desenvolvimento, NEVES, I., pág. 206-207).

Com efeito, estamos simplesmente perante um instrumento que permite que as cooperativas adotem um modelo de democracia representativa, alternativo à regra geral de democracia direta, sempre que as condicionantes referidas no artigo 44.º, n.º 1 do Coop o justifiquem. A democracia representativa também garante a dimensão fundamental de participação ativa, embora não direta, de todos os

cooperadores na formulação de políticas e na tomada de decisões contida no princípio da gestão democrática. Aliás, entendimento contrário, que se traduzisse na imposição inelutável de um modelo de participação direta, é que poderia redundar na prática em postergar ou dificultar qualquer tipo de participação ativa e real, na medida em que nas cooperativas com elevado número de cooperadores e dispersão geográfica, estas condicionantes, pela sua dimensão ou pela onerosidade de participação na assembleia geral que possam significar para o cooperador, são suscetíveis de desincentivar e assim diluir qualquer tipo de participação por parte dos cooperadores isoladamente considerados. Como explica CUSA, E., pág. 9, para garantir democracia real nas assembleias gerais é preciso compatibilizar a ideia de democracia cooperativa com eficiência organizativa. Neste sentido, como explica o Tribunal da Relação de Guimarães no acórdão supra referido, o modelo de assembleias setoriais e de delegados à assembleia geral, ao considerar «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», pode efetivamente fomentar a participação e assim melhorar a qualidade da gestão democrática na medida em que «facilita a efectiva discussão dos assuntos que a todos interessam, o apuramento da sua vontade colectiva, e a proporcional e vinculada representação desta na assembleia geral da cooperativa a que todos pertencem, bem como o posterior e mais eficaz funcionamento da dita assembleia geral.»

Assim, é possível afirmar, como fez o Supremo Tribunal de Justiça, que as assembleias gerais de delegados, como instrumento que visa garantir eficiência organizativa, são compatíveis com o princípio da gestão democrática, o que não significa que não se devam ter, legal e estatutariamente, cautelas na execução desses modelos (matéria a que o acórdão não se refere e em que o Ccoop poderia ser mais explícito - por exemplo, seguindo NEVES, I., pág. 211-212: requisitos objetivos, incompatibilidades e ausência de delegados; extensão dos poderes e modelo de vinculação dos delegados, responsabilidade dos delegados perante os cooperadores-representados).

3 CONCLUSÃO

Além de afirmar a compatibilidade do princípio da gestão democrática com as assembleias gerais de delegados, assim confirmando a decisão do Tribunal da Relação de Guimarães nessa matéria, o Supremo Tribunal de Justiça também confirmou, quanto à questão do voto por representação, que a remissão do artigo 44.º, n.º 4 do Ccoop permite que a solução do artigo 43.º se aplique igualmente às assembleias de delegados, o que aliás decorre de uma interpretação linear das normas em causa.

Em suma, a decisão em análise está, em todas as matérias, perfeitamente alinhada com a ideia de que em certas cooperativas, com elevado número de cooperadores e/ou dispersão geográfica considerável, uma real participação dos cooperadores nas decisões da vida cooperativa reclama e é fomentada pela existência de instrumentos de eficiência organizativa que introduzam modelos de representação, igualmente respeitadores do princípio da gestão democrática, não se podendo simplesmente «repousar à sombra do primado, puro e simples, da clássica assembleia geral, como expressão única da democracia» (NAMORADO, R., apud NEVES, I., pág. 210).

BIBLIOGRAFIA

- COUTINHO DE ABREU, J. M., «Artigo 33.º», *Código Cooperativo Anotado*, coord. de Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos, Coimbra, Almedina, 2018, pág. 197-200.
- DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, D., *O Regime Económico das Cooperativas no Direito Português – O capital social*, Porto, Vida Económica, 2009.
- EMANUELE CUSA, «Il procedimento assembleare nella società cooperativa e il principio democratico», CIRIEC, 15, 2004, pág. 1-17.
- INÊS NEVES, «Por Uma Gestão Democrática Indireta Das Cooperativas: Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 18 de Outubro de 2018», CES 41 (2018-2019), pág. 193-214.
- RUI NAMORADO, «Artigo 3.º», *Código Cooperativo Anotado*, coord. de Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos, Coimbra, Almedina, 2018, pág. 27-36.

II

XURISPRUDENCIA

II.2.2. ANOTACIÓNS XURISPRUDENCIA (ESPAÑA)

RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD BANCARIA
POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL
DE GARANTIZAR LA DEVOLUCIÓN DE LAS
CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA PARA LA
ADQUISICIÓN DE UNA VIVIENDA. COMENTARIO
A LA SENTENCIA N.º 384/2019 DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE BURGOS DEL 29 DE JULIO DE 2019

*RESPONSIBILITY OF THE BANKING ENTITY FOR FAILURE
TO FULFIL THE LEGAL DUTY TO GUARANTEE THE
RETURN OF DEPOSIT PAID FOR THE PURCHASE OF A
PROPERTY. COMMENTARY OF THE JUDGEMENT NUMBER
384/2019 OF THE PROVINCIAL AUDIENCE OF BURGOS,
WHICH TOOK PLACE THE 29TH OF JULY OF 2019*

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 384/2019 de 29 de julio de 2019 dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos por la que se estima el recurso de apelación interpuesto por DON MARCELINO (antiguo cooperativista de la Cooperativa de Viviendas SAN BRUNO OBISPO) contra la sentencia dictada el día 19 de octubre de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Burgos en autos de juicio ordinario n.º 636/2017.

1 ANTECEDENTES

SAN BRUNO OBISPO, es una sociedad cooperativa burgalesa de viviendas de la que era socio el ahora recurrente, DON MARCELINO. DON MARCELINO ingresó como socio cooperativista para adquirir una vivienda de protección oficial en régimen de arrendamiento por diez años con opción de compra al finalizar el período arrendaticio.

Con la finalidad de adquirir la citada vivienda, DON MARCELINO entregó a la cooperativa 62.900 euros en concepto de anticipos a cuenta. Para recibir tales anticipos, en el año 2008, la Sociedad Cooperativa de Viviendas SAN BRUNO OBISPO, abrió una cuenta en la entidad financiera “Caja del Círculo Católico”, actual recurrida, IBERCAJA BANCO, S. A.

La apertura de la citada cuenta vulneró la normativa vigente ya que, para que las entidades financieras pudieran abrir este tipo de cuentas, la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, obligaba a las promotoras a la firma de un aval bancario solidario o de un contrato de seguro concertado con una entidad aseguradora. La finalidad del aval, al que obligaba la ley, era garantizar la devolución de las cantidades ingresadas para el caso de que las viviendas no fuesen adjudicadas a los socios por la promotora en los términos previstos.

La Caja del Círculo Católico, actual recurrida IBERCAJA BANCO, S. A., permitió abrir a la Cooperativa de Viviendas SAN BRUNO OBISPO, una cuenta para recibir los anticipos sin la firma del correspondiente aval, incumpliendo así la obligación legal ineludible que establecía la Ley 57/1968, de 27 de julio.

La Cooperativa no entregó a DON MARCELINO la vivienda en los términos establecidos y tampoco le devolvió la totalidad de las entregas a cuenta ingresadas como anticipos, que ascendían a 62.900 euros, quedando por devolver la cantidad de 17.513,06 euros.

A consecuencia de esta situación, en el año 2011, DON MARCELINO, interpuso una demanda contra IBERCAJA BANCO, S. A., en reclamación de canti-

dad, derivada de la omisión del deber legal de garantizar las entregas a cuenta por compra de vivienda, al amparo de la Ley 57/68, de 27 de julio.

La demanda fue resuelta por el Juzgado de lo Mercantil nº6 de Burgos el 19 de octubre de 2018. El Juzgado desestimó totalmente la demanda, que a su vez fue recurrida en apelación por DON MARCELINO ante la Audiencia, que falló el 29 de julio de 2019. Esta estimó el recurso interpuesto por DON MARCELINO, condenando al banco al pago de 17.513, 06 euros de principal, más el interés legal devengado por las cantidades anticipadas ingresadas y no devueltas desde la fecha de su último ingreso en la cuenta del banco demandado y hasta el día de su íntegra satisfacción, que a la fecha de la presentación de la demanda sumaban 6.253, 06 euros, así como al pago de las costas procesales generadas en primera instancia, sin imposición de costas en la alzada.

2 COMENTARIO

En el fallo recurrido, el Juzgado de Primera Instancia nº6 de Burgos desestimaba totalmente la demanda interpuesta por DON MARCELINO contra IBERCAJA BANCO, S. A., por falta de acción.

En el escrito de DEMANDA DON MARCELINO solicitaba que se condenase a IBERCAJA BANCO, S. A. a reintegrar 17.513, 06 euros de principal, más los intereses legales desde la fecha de su abono, en concepto de cantidad ingresada por DON MARCELINO en una cuenta abierta en el año 2008 por la Cooperativa de Viviendas SAN BRUNO OBISPO en la entidad financiera Caja Círculo, hoy IBERCAJA BANCO, S. A., para la adquisición de una vivienda de protección oficial que no fue entregada por la Cooperativa al demandante.

A sensu contrario, en su escrito de CONTESTACIÓN a la demanda, la entidad financiera formulaba las siguientes alegaciones para solicitar la desestimación íntegra de las peticiones del demandante:

Con carácter previo, la demandada, alegaba falta de legitimación activa por parte de la actora en tanto la vivienda no iba a ser adquirida en régimen de propiedad sino de arrendamiento por diez años con opción de compra al finalizar el arrendamiento.

Entrando ya en el fondo del asunto objeto de la demanda, la demandada negaba el incumplimiento de la obligación legal de garantizar la devolución de las entregas a cuenta porque entendía que:

1º.- La Cooperativa de Viviendas SAN BRUNO OBISPO no era la promotora de la vivienda que pretendía adquirir DON MARCELINO.

Por consiguiente, sostenía la demandada que para la apertura de la cuenta a nombre de la Cooperativa de Viviendas SAN BRUNO OBISPO, en la que DON MARCELINO ingresó los anticipos, no era necesaria la firma de ningún aval

bancario solidario o contrato de seguro con una entidad aseguradora que garantizase la devolución de las cantidades ingresadas en la cuenta, porque la citada obligación legal es exigible solo a las promotoras en la construcción de viviendas y la Cooperativa de Viviendas SAN BRUNO OBISPO no era promotora de la vivienda que DON MARCELINO pretendía adquirir. La condición de promotora de la vivienda le correspondía al Consorcio para la Gestión de la Variante Ferroviaria de Burgos, que fue la entidad que adquirió el inmueble, promovió la edificación y asumió el compromiso de entregar, “llave en mano” las viviendas terminadas a la Cooperativa, en virtud de un contrato que a posteriori se resolvió por impago del precio por parte de la Cooperativa.

2º.- La garantía, de existir, debía entenderse cancelada.

Según la demandada, la cancelación de la garantía se produce ya que, la promotora de la obra, es decir, el Consorcio para la Gestión de la Variante Ferroviaria de Burgos cumplió con sus obligaciones pues construyó todas las viviendas de la promoción “Cellophane”, a la que pertenece la vivienda que iba a adquirir DON MARCELINO. La promotora vendió las viviendas entre los años 2012 y 2013 por contrato de compraventa a los antiguos socios de la Cooperativa de Viviendas SAN BRUNO OBISPO. Fue DON MARCELINO el que libremente no ejerció el derecho de adquisición de la vivienda y no la promotora la que le negó su adquisición.

3º.- Asimismo, afirmaba la demandada que DON MARCELINO había firmado, en su momento, un acuerdo renunciando a cualquier reclamación frente al Consorcio por las cantidades entregadas en concepto de anticipos para la adquisición de la vivienda.

4º.- Igualmente, afirmaba la entidad financiera que las cantidades no devueltas a DON MARCELINO fueron destinadas por la Cooperativa a remunerar a la empresa gestora y esta remuneración no estaría amparada por la garantía legal de ser esta aplicable al caso que nos ocupa.

5º.- Por último, sostenía la demandada que los intereses de las cantidades anticipadas reclamados, de proceder su abono, empezarían a computarse desde la interposición de la reclamación judicial de los mismos y no desde la fecha del ingreso del último anticipo.

Vistos ambos escritos de demanda y de contestación, el Juzgado de Instancia n.º 6 de Burgos, dicta sentencia el 19 de octubre de 2018 desestimando la pretensión de la actora por falta de acción y no haciendo especial pronunciamiento sobre las costas procesales de la instancia.

Frente a este fallo del Juzgado de Instancia DON MARCELINO interpuso RECURSO de APELACIÓN ante la Audiencia, donde ambas partes reproducen sus escritos de demanda y contestación.

La Audiencia dictó la sentencia n.º 384/2019 el 29 de julio de 2019 estimando la apelación y condenando a IBERCAJA BANCO, S. A. al pago de la suma reclamada, 17.513,06 euros de principal, más el interés legal devengado desde el 11 de julio de 2008 (fecha del último ingreso a cuenta) y hasta el día de su íntegra satisfacción, que a fecha de la presentación de la demanda ascendía a 6.253,06 euros, así como al pago de las costas procesales generadas en primera instancia.

Respecto a la falta de la condición de promotora de la Cooperativa, que es el principal motivo de oposición a la demanda alegado por la entidad financiera, entiende la Audiencia que no existe tal falta de la condición de promotora pues “el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/68, de 27 de julio, a la Comunidades y Cooperativas de Viviendas, señala en su artículo 2º que “la garantía a que se refiere la condición primera del artículo 1º de la Ley 57/1968, será exigida a la persona física o jurídica que gestione la adquisición del solar y la construcción del edificio, y, en consecuencia, perciba las cantidades anticipadas, ya sea en calidad de propietaria del solar o como mandataria, gestora o representante de aquella o bien con arreglo a cualquier modalidad de hecho o de derecho, directamente o por persona interpuesta”.

Sostiene la Audiencia que aun cuando la Cooperativa no adquiriera el solar, ni promoviera la edificación, limitándose a firmar un contrato con el Consorcio (propietario del solar y promotor) en virtud del cual las viviendas construidas serían vendidas y entregadas “llave en mano”, si se admitiese que por las anteriores actuaciones la Cooperativa no tiene la condición de promotora según la Ley, pese a haber recibido las entregas a cuenta para la adquisición de las viviendas y haberse comprometido a entregar las viviendas a quienes realizaron tales ingresos, se dejaría en total desamparo a los socios que efectuaron tales entregas y se permitiría un fraude de ley clarísimo que llevaría a eludir el cumplimiento de las garantías previstas en la Ley 57/1968 para el supuesto de que las viviendas no se inicien o terminen en el plazo convenido. Entiende asimismo la Audiencia que en el caso que nos ocupa, la entidad financiera al ser conocedora de que la Cooperativa había abierto una cuenta para recibir los anticipos de sus socios estaría reconociendo implícitamente la condición de promotora a la Cooperativa. Sería pues, el hecho de adquirir los anticipos a cuenta para la construcción de las viviendas lo que otorgaría de facto el carácter de “promotora” a la Cooperativa aun cuando no fuese esta sociedad la que hubiese adquirido el solar ni promovido la construcción.

La responsabilidad de la entidad financiera en el fraude de ley iría más allá pues, IBERCAJA BANCO, S. A. habría participado en todo un entramado de actuaciones que desde su inicio irían encaminadas a evitar el cumplimiento de la citada garantía. Así el banco originalmente era el propietario de los terrenos destinados a la construcción de las viviendas que a su vez fueron vendidos al Consorcio (promotora en sentido literal de la construcción) de la que también era socia. Razones todas ellas que apoyarían la decisión de la Audiencia de entender que la

entidad financiera sabía en todo momento que la Cooperativa era la “promotora real” de la construcción y sus socios así lo entendían, por eso ingresaban las entregas a cuenta en la cuenta abierta para este fin por la Cooperativa en IBERCAJA BANCO, S. A.

En cuanto a la supuesta caducidad de la garantía recogida en la oposición al recurso, sostiene la Audiencia que no puede prosperar esta alegación porque los hechos que motivaron la reclamación son anteriores a la entrada en vigor de la Ley 20/2015 en la que se ampara la caducidad de la garantía y la misma no contempla su aplicación retroactiva.

Descartada pues, la inexistencia de la garantía legal ni su caducidad por las causas anteriormente citadas, la Audiencia pasa a analizar el siguiente motivo de oposición al recurso: las cantidades no devueltas corresponden al pago de los honorarios de la entidad gestora por lo cual no están sujetas a garantía alguna. Sobre este asunto entiende la Audiencia que, al margen de que en el procedimiento no haya quedado acreditado que los anticipos no devueltos hayan sido destinados al pago de los honorarios de la gestora, estos deben de considerarse amparados por la garantía legal del aval o seguro exigido por la Ley 57/1968. Esto es así porque son un gasto necesario para la construcción de una vivienda en régimen de cooperativa, por lo que deben ser incluidos como parte del precio de la vivienda, entendiéndose, por ende, que las anticipos destinados al pago de estos gastos se entenderán garantizados por el aval o seguro exigido por la Ley.

Por último, sostiene la Audiencia que tampoco existió renuncia a reclamar frente a IBERCAJA BANCO, S. A. ni frente a la Cooperativa por los anticipos no devueltos. La única renuncia a reclamar que se acredita en el procedimiento es frente al Consorcio, no frente a la entidad financiera, que es la obligada a garantizar la devolución de los citados anticipos.

3 CONCLUSIÓN

La respuesta que da la Audiencia sobre la posible responsabilidad de la entidad financiera por incumplimiento del deber legal de garantizar la devolución de las cantidades a cuenta entregadas para la adquisición de una vivienda es muy clara. Tal deber existe y no puede evitarse amparándose en la falta de la condición de “promotora” de la cooperativa que abre la cuenta bancaria. IBERCAJA BANCO S.A al permitir a la cooperativa la apertura de una cuenta para el ingreso de los anticipos a cuenta para la construcción de las viviendas sin el correspondiente aval bancario solidario o contrato de seguro con aseguradora, no solo infringe la ley, sino que implícitamente está reconociendo el carácter de promotora a la Cooperativa.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 42 (2019-2020), páxs. 223-230
ISSN: 2660-6348

EL PRINCIPIO DE PUERTAS ABIERTAS: LA BAJA
VOLUNTARIA NO SE PUEDE CALIFICAR COMO
IMPROCEDENTE DE FORMA TÁCITA
(Anotaciones a la SAP de Zaragoza 18 de diciembre de 2019)

*THE PRINCIPLE OF OPEN DOORS: A VOLUNTARY
WITHDRAWAL CANNOT BE TACILY CLASSIFIED AS IMPROCED
(Annotations to the SAP of Zaragoza December 18, 2019)*

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ*

* Doctor en Derecho. Subdirector de Investigación de la Comisión Gallega de la Competencia. Dirección de correo electrónico: jarmiguez@gmail.com

1 ANTECEDENTES

La sentencia que vamos a examinar fue dictada por la Sección 5ª, de la Audiencia Provincial de Zaragoza (SAP Zaragoza, núm. 1079/2019), el 18 diciembre 2019 y resuelve el recurso de apelación presentado por los demandantes (dos cooperativistas) contra la dictada en Primera Instancia, por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Zaragoza, que desestimó la pretensión de los mismos, destinada a hacer efectiva su baja voluntaria en una cooperativa de vivienda. (Procedimiento ordinario número 478/2015-00)

Los demandantes y, posteriormente apelantes, formularon una pretensión que tenía por objeto examinar la negativa de la demandada, ZARA ARCO 2008 PRIMAVERA SOCIEDAD COOPERATIVA DE VIVIENDAS, a hacer efectivo en su momento el derecho de darse de baja voluntaria en la referida cooperativa, de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable y en los estatutos de la misma. El JM había concluido el litigio desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de A. y M., absolviendo a la demandada respecto de la pretensión de los demandantes que, en síntesis, tenía por objeto que se declarara su baja en la cooperativa demandada como “baja justificada” y que, en consecuencia, se les reintegraran las aportaciones realizadas a la misma.

La apelación ante la Audiencia Provincial tiene el mismo objeto, alegando los recurrentes, otrora demandantes, infracción de normas procesales en cuanto a la admisión y práctica de la e interrogatorio practicados, así como error en la valoración de la prueba al señalar la sentencia apelada que la solicitud de baja fue contestada en sentido negativo.

No vamos a entrar, aunque son interesantes, en las alegaciones de naturaleza procesal (prueba documental y testifical) y nos centraremos en la alegación relativa a la existencia de un supuesto error en la valoración de la prueba al señalar la sentencia de instancia que la solicitud de baja fue contestada en sentido negativo.

2 PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL

Ventiladas las cuestiones procedimentales, la Sala se centra en el invocado error en la valoración de la prueba al señalar la sentencia apelada que la solicitud de baja fue contestada en sentido negativo, por ser una cuestión directamente relacionada con la interpretación y aplicación de la normativa propia en materia de cooperativas. La Sala parte de unos hechos que considera pacíficos y no sometidos, por lo tanto a controversia. Por ello, señala que «[e]s pacífico que, con fecha 16 de julio de 2013, los actores hoy recurrentes remitieron carta al Consejo Rector de la Cooperativa manifestando su voluntad de causar baja voluntaria a partir del

1 de noviembre de 2013 por imposibilidad económica de hacer frente al pago de la vivienda y anexos.»

A partir de aquí, como subraya la Sala «las partes mantienen posturas enfrentadas. Así, los actores recurrentes mantienen que dicha solicitud de baja no fue contestada por la Cooperativa y desde la fecha del envío del burofax no volvieron a recibir convocatorias de asambleas generales ni información alguna de la Cooperativa por lo que entendieron que la baja estaba aceptada por silencio. La Cooperativa demandada hoy recurrida afirma que sí contestó, pues la petición fue sometida a votación de los socios presentes en la asamblea del día 29 de julio de 2019 [fecha errónea, debiendo ser la correcta la de 2013], a la que los demandantes fueron convocados y no acudieron, acordándose por unanimidad requerir a los socios que no hayan escriturado su vivienda para que lo hagan, y que, en caso de que no lo hicieran, se valoraría en una asamblea la posición a adoptar por la Cooperativa. Añade que los demandantes recibieron copia del acta de la asamblea pudiendo impugnarla, cosa que tampoco hicieron y la misma postura adoptaron en las asambleas de 25 de septiembre de 2013, 2 y 25 de octubre de 2013.»

La Sala no comparte el criterio mantenido por el Juzgado de los Mercantil n.º 1 de Zaragoza. Lo que se acordó en la Asamblea del día 29 de julio de 2013 resulta, a su juicio, confuso, pues, si bien es cierto que se discutió el tema de las bajas (se habían solicitado varias bajas) lo que se acordó fue requerir a los socios que no habían escriturado su vivienda para que lo hicieran, y que, en caso de que no lo hicieran, se valoraría en una asamblea la posición a adoptar por la Cooperativa. Tal proceder da a entender que quedaba abierta la posibilidad de llegar a algún tipo de acuerdo.

La tesis de la demandada se ampara en una especie de contestación tácita denegatoria por vía indirecta a través de la Asamblea General, posibilidad que rechaza claramente la Audiencia. De acuerdo con su propia Doctrina la Sala afirma (FJ Tercero), citando sus propios y previos pronunciamientos (concretamente, SAP de Zaragoza, de 6 de marzo de 2019, Roj: SAP Z 166/2019), en la que recuerda la propia cooperativa denunciada haber sido parte, en el que se planteaba un tema análogo, «El Consejo Rector ha de responder. No es correcta la postura silente. ...».

Esta afirmación clara y rotunda de la AP de Zaragoza es la ratio decidenda y el fundamento básico de su nuevo pronunciamiento, que recuerda que el Consejo Rector de la Cooperativa tiene encomendada la función de la calificación de las bajas, lo que hace necesario un pronunciamiento de ese órgano cooperativo ante la comunicación del socio de modo que éste acate las consecuencias inherentes al mismo o pueda, en cambio, discutir las a través de los recursos.

Por ello, ante la petición de baja de los socios hoy recurrentes, la Cooperativa debió responder de manera clara, no siendo de recibo posturas confusas, puesto

que aunque los recurrentes, en tanto socios de la Cooperativa, debieron acudir a la Asamblea del día 29 de julio de 2013 en la que se iba a tratar de su solicitud, la Sala abriga «serias dudas» de que hubieran sido efectivamente convocados a la misma pues el documento que, al parecer, acreditaría tal cosa, ha sido inadmitido al haber sido aportado extemporáneamente, y tampoco la presidenta de la Cooperativa llegó a afirmar tal cosa en el juicio, pues lo único que hizo fue explicar cómo se citaba a los socios, incluidos los que habían solicitado la baja, pero sin llegar a dar fe de que los hoy demandantes hubieran sido convocados. En realidad, para la Sala, «la presidenta no podía saberlo porque según declaró en la vista, fue en la Asamblea cuando el gestor Sr. Visús les informó que los demandantes habían pedido la baja.»

Pero al margen de lo que la Sala considera «postura evasiva y confusa», su atención se centra en la existencia de «otras irregularidades que deben destacarse»:

En primer lugar, que el órgano competente para acordar la baja no es la Asamblea sino el Consejo Rector, como considera se infiere del artículo 22 de la Ley de Cooperativas de Aragón (en adelante, LCA)¹, y del artículo. 12.2 de los Estatutos de la propia cooperativa denunciada, que dice: “Si el socio estuviese disconforme con el acuerdo del Consejo Rector sobre la calificación y efectos de su baja voluntaria podrá impugnar dicho acuerdo de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley de Cooperativas de Aragón pudiendo también si lo desea recurrirlo previamente ante la Asamblea General ...”

Este criterio es conforme con el artículo 17 de la Ley de Cooperativas estatal, la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (en adelante LC), que resulta de aplicación de manera supletoria según la Disposición Final 1ª de la LCA, tal y como ya había mantenido en la sentencia antes citada.

En el presente caso, el Consejo Rector ni siquiera tuvo conocimiento de que los demandantes hubieran pedido la baja, por lo que mal pudo resolver, como habría corroborado, a juicio de la Sala, la propia presidenta en la vista, lo que a su juicio sería otro motivo por el que la Cooperativa demandada no podría reprochar a los socios recurrentes que no hubieran asistido a la asamblea del día 29, pues para el Tribunal, «una vez solicitada la baja es comprensible su desinterés en asistir dado que quien debía acordarla era el Consejo Rector y no la Asamblea.»

En segundo lugar, la AP niega que la Cooperativa no puede denegar la baja, pues «solicitada ésta el socio no puede permanecer en contra de su voluntad, lo cual es consecuencia directa del régimen de “puertas abiertas.”», de acuerdo con el artículo 22 LCA y el artículo 12 de sus Estatutos que lo reproduce en términos parecidos, pues en cualquier momento, el socio podrá causar baja voluntaria en

¹ Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón.

la Cooperativa observando el plazo de preaviso establecido en los Estatutos, que no tendrá una duración superior a tres meses. De este modo considera que la separación del socio cooperativista se configura «como derecho ad nutum, que no precisa alegación justificativa alguna, y se produce en el momento mismo en el que manifiesta su voluntad al efecto.»

De acuerdo con lo establecido en el artículo 17.2 LC, el Consejo Rector de la Cooperativa deberá adoptar el acuerdo de calificación de la baja del socio “en el plazo de tres meses, excepto que los Estatutos establezcan un plazo distinto, a contar desde la fecha de efectos de la baja, por escrito motivado; por lo que es el Consejo Rector quien debe calificar la baja como justificada o no justificada (artículo 22 LCA) pero lo que no puede hacer es denegarla.

Esta interpretación se asienta en STS de 16 de marzo de 1998 que estableció que la Cooperativa, una vez manifestada por el socio su voluntad de causar baja voluntaria, no puede obligar a éste a permanecer como miembro activo de la misma, aunque no haya efectuado preaviso, sin perjuicio de solicitar indemnización de daños y perjuicios.

El tercer argumento de la Sala para admitir la apelación es el de que el acuerdo se debió notificar al interesado a fin de garantizar su derecho de defensa (artículo 12.2 de los Estatutos), «pues de lo contrario los derechos del socio quedarían en manos del Consejo Rector, al que le bastaría con no notificar el acuerdo.», afirmación que apoya en su previo pronunciamiento en sentencia de 25 de junio de 2012 (ROJ: SAP Z 1591/2012) en la que esa misma Sección había afirmado «Así, es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, entre otras la sentencia de fecha 13 de abril de 2012, que establece “la aplicación, por exigencia de la Disposición Final Primera de la Ley 9/1998 de Cooperativas de Aragón, que establece la aplicación supletoria de la Ley General de Cooperativas, del artículo. 17.2 de la Ley 27/1999 estatal, interpretada en el sentido de estimar que la misma impone a la Cooperativa la necesidad de notificar el acuerdo denegatorio de la baja a los socios afectados en el plazo de tres meses so pena de sanción de considerar la baja como justificada (sentencias de esta Sala de 17 de diciembre de 2010 y 27 de mayo de 2011), ...»

Resulta evidente para el Tribunal que aunque ni la Ley ni los Estatutos exigen que la notificación se haga de una determinada manera, por lo que la Cooperativa puede efectuar la notificación del modo que considere oportuno, lo relevante es que siempre quede constancia del conocimiento por parte del socio, más cuando se trata de un acuerdo que afecta a sus derechos; extremo cuya prueba incumbe a la Cooperativa.

Más allá de las dudas sobre la efectiva notificación, su contenido es también claro «el “escrito motivado” con la calificación de la baja, como exige el artículo. 17.2 de la Ley de Cooperativas estatal.», por lo que «Aun admitiendo que se haya notificado el acta, la misma no suple la exigencia de “escrito motivado” no solo

porque la misma resulta confusa, como dijimos, sino además porque la misma ni concede la baja ni, consecuentemente, la califica.»

Lo mismo cabe decir del argumento de la no impugnación, pues no puede reprocharse al socio que no haya impugnado un acuerdo inexistente. Incluso aunque se le hubiera remitido el acta, es perfectamente explicable que no haya emprendido ninguna iniciativa impugnatoria habida cuenta que, como dijimos, de la misma no se deduce con la necesaria claridad la respuesta a la solicitud de baja, mucho menos cuando esta proviene de un órgano que no es competente para acordarla.

En el FJ CUARTO la Sala señala los efectos del transcurso del plazo previsto [tres meses o el que señalen los Estatutos] sin haber resuelto el Consejo Rector, pues conforme al artículo 17.2 LCA, el socio podrá considerar su baja como justificada a los efectos de su liquidación y reembolso de aportaciones al capital, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 51 LCA (que regula el régimen del devengo de interese).

Así pues, en coherencia con el aludido principio de «puertas abiertas» y lo señalado por la propia Sala en la antes citada sentencia de 25 de junio de 2012, la Sala entiende que «la falta de respuesta al socio sobre la calificación de la baja, bien porque no se llegara a adoptar acuerdo alguno al respecto o incluso, porque éste, de existir, no se comunicara en el plazo oportuno, produce el denominado efecto de la resolución favorable por silencio. De este modo, transcurrido el plazo antedicho, el socio podrá considerar su baja como justificada a fines de su liquidación y reembolso de aportaciones.»

El FJ QUINTO se centra en la alegación de la cooperativa de que los socios recurrentes incumplieron los plazos de permanencia, entendiendo, aun teniendo en cuenta el régimen previsto en el contrato que se había suscrito y en el artículo 22 LCA que señala en su apartado b) que «El incumplimiento del preaviso o de los plazos de permanencia fijados en los Estatutos determinará la baja como no justificada a todos los efectos.» que, «[...] como dijimos en el fundamento anterior, de 25 de junio de 2012 la Cooperativa no declaró nunca que la baja no fuera justificada. De hecho, como venimos manteniendo, no se pronunció. Tan es así que lo que la Cooperativa defiende es que lo que hubo fue una denegación tácita acordada por la Asamblea, cuestión esta que ya ha sido respondida. En cualquier caso, el incumplimiento de los plazos de permanencia puede modular el derecho a recuperar las aportaciones pero nada más.»

Finalmente y por su parte, los FJ SEXTO y SÉPTIMO abordan dos cuestiones concretas y relevantes en el caso examinado, que derivan de lo resuelto ya por la Sala al dar por acreditada la existencia de baja voluntaria justificada de los recurrentes: las aportaciones para la compra de la vivienda y los gastos del préstamo hipotecario que se atribuían a todos los cooperativistas.

La primera cuestión se resuelve acudiendo a los artículos 84 LCA y 52 Estatutos; mientras que respecto de la segunda estima que, si bien los recurrentes deberían hacer frente a los gastos generados hasta la fecha de baja, la Cooperativa no había formulado la correspondiente reconversión, o en su caso compensación, para el abono de estos gastos, por lo que no se pronuncia al respecto.

3 VALORACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Resulta evidente que la singularidad de las cooperativas de vivienda, vinculadas a la financiación de forma colectiva de la construcción de las mismas suscita una problemática singular.

La cooperativa tiene un objeto concreto, la construcción de las viviendas para los cooperativistas, cuyo resultado está sujeto a múltiples vicisitudes, centradas no solo en las peripecias de cada concreta promoción, sino también de la financiación, por lo general hipotecaria empleada para costearla.

La cooperativa permite obtener una masa crítica de socios y capital que es la clave del éxito del proyecto, pero también su talón de Aquiles, pues las vicisitudes de cada uno de ellos tienen consecuencias directas en los demás.

El mecanismo estaba consolidado y las previsiones legales y estatutarias tratan de prever diferentes panoramas. El que resultaba difícil de prever era la crisis del sector inmobiliario que afectó, entre otras muchas empresas, a sociedades cooperativas. Ello supuso que una contingencia normal, como es la baja de un cooperativista, se generalizara haciendo en muchos casos inviable o más difícil completar el proyecto colectivo.

Casar esa realidad fáctica sobrevenida con las previsiones legales habría exigido, en este y otros casos semejantes, mayor previsión y atención de los que asumían de iure no de facto, la administración del proyecto cooperativo.

El principio de «puertas abiertas» es uno de los principios básicos que inspira toda la regulación de las cooperativas. Sus consecuencias, máxime si no se respetan las formalidades, puede resultar crítico, pero son inapelables. Y a ello se atiene, de forma coherente con su propia doctrina consolidada la presente sentencia.

ADMINISTRACIÓN DE HECHO Y PRESCRIPCIÓN DE
LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL
(Anotaciones a la SAP de Salamanca (Sección 1ª).
Sentencia n.º 434/2019 de 16 septiembre de 2019)

*ADMINISTRATION OF FACT AND PRESCRIPTION
OF CIVIL LIABILITY ACTIONS
(Annotations to the SAP of Salamanca (Section 1).
Judgment No. 434/2019 of September 16, 2019)*

M.^a JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ*

¹ Abogada y administradora concursal del ICA de Pontevedra. Dirección de correo electrónico: mjrmiguez@mundo-r.com

1 PLANTEAMIENTO

La sentencia objeto de la presente anotación podría pasar por una demanda de responsabilidad civil y por deudas que un Ayuntamiento reclama a los administradores de una mercantil, que se constituye como cooperativa. Las vicisitudes del caso hacen la sentencia mucho más interesante, puesto que pone en evidencia como la responsabilidad de los administradores de derecho y de hecho, pues ambas figuran coexisten en el caso, se suscita para reclamar un impago de rentas de arrendamiento no reclamadas en su momento como forma indirecta de garantizar que liberando a la empresa de dicho coste fuera esta viable y se mantuviera en activo con su correspondiente personal.

2 ANTECEDENTES

La sentencia de referencia es la dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, en apelación de la dictada en Juicio de Procedimiento Ordinario nº 199/2017 por el Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Salamanca, en la que fueron partes como demandante-apelante-impugnada el Ayuntamiento de ALDEA-DAVILA DE LA RIBERA (en adelante, el Ayuntamiento), y como demandado-apelado-impugnante Don Abelardo, y como demandado-apelado Don Agustín.

La demanda del Ayuntamiento, desestimada en primera instancia al estimarse la prescripción de la correspondiente acción, cuestionaba la actuación de ambos demandados en su condición de administradores de una cooperativa que, sin embargo, no es objeto de la presente demanda.

Contra la referida sentencia, dictada el 28 de septiembre de 2018, se interpuso recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandante (Ayuntamiento) solicitando que estimando el correspondiente recurso, se revoque íntegramente la Sentencia impugnada, sirviéndose dictar otra en su lugar que contuviera los siguientes pronunciamientos:

“1.- Se declare a los codemandados responsables, con carácter solidario, de los daños generados a mi patrocinado, cuantificados en TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS EUROS CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO (372.242, 68.-€).

2.- Se declare a D. Abelardo como responsable solidario para con la Cooperativa de la deuda existen entre esta última y mi patrocinado que asciende a la cantidad de TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS EUROS CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO (372.242, 68.-€).

3.- Se condene a D. Abelardo y D. Agustín, con carácter solidario entre ellos, y entre el primero y la Cooperativa, al pago de la cantidad de TRESCIENTOS SE-

TENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS EUROS CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO (372.242,68 €)...”

La representación procesal del Ayuntamiento había interpuesto demanda contra los Don Abelardo y Don Agustín, en su respectiva condición de administradores de derecho y de hecho de la cooperativa DISEC, S.C.L., ejercitando acción de responsabilidad por deudas y acción individual de responsabilidad por daños, ex arts. 367 y 241 respectivamente del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC), por remisión del art. 43 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

Los codemandados se oponen por separado a la apelación y solicitan la confirmación de la sentencia. El Ayuntamiento considera que existe impugnación de la sentencia por parte del Sr. Agustín cuando en su escrito ante la Sala manifiesta no estar conforme con su calificación como administrador de hecho, lo cual carece de sentido pues dicha manifestación ha de considerarse incidental en el conjunto de su argumentario para solicitar que se confirme la sentencia de instancia que le absuelve de toda responsabilidad. El escrito ante la Sala no contiene ninguna petición formal de adhesión al recurso o impugnación de la sentencia y de su lectura no puede deducirse la existencia de una impugnación tácita.

3 LA DECISIÓN DE LA AUDIENCIA

Sobre la excepción de prescripción de las acciones dirigidas contra Don Abelardo

Como se recoge en el Fundamento Jurídico (FJ) SEGUNDO de la sentencia anotada, el 25 de octubre de 2011 se celebró Asamblea de cooperativistas de DISEC, S.C.L. en la que se aprobó el siguiente acuerdo: *“Se acuerda el cambio de administrador de la empresa, que se cambia de administrador único que era D. Abelardo, a dos administradores que son D. Agustín y D. Leovigildo; se mantiene a D. Mariano como apoderado de la sociedad; se acuerda transformar la sociedad cooperativa en sociedad limitada”*.

Como se constató en el juicio, este acuerdo no llegó a elevarse a público ni, por tanto, se inscribió en el correspondiente Registro Mercantil. Sin embargo, la Juzgadora lo considera oponible a la actora (Ayuntamiento) por cuanto tenía, para la juzgadora, sobrado conocimiento que desde esa fecha, el Don Abelardo había cesado de forma efectiva en la gestión y representación de la cooperativa, siendo sustituido por Don Agustín, con quien mantuvo desde esa fecha todas las conversaciones pertinentes para que la cooperativa hiciera efectiva la deuda mantenida con el Ayuntamiento en concepto de rentas impagadas.

La Juez “a quo” aplica la doctrina jurisprudencial que declara que la inscripción del cese de administradores no tiene carácter constitutivo, de manera que el

administrador puede cesar efectivamente en sus funciones, si bien sólo a partir de la inscripción registral puede oponerse a terceros de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su conocimiento (SSTS de 15 de abril de 2010 y 23 de noviembre de 2010, entre otras). Así, a efectos del cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad dirigidas contra administradores mercantiles, ha de tomarse como “dies a quo” el día de la constancia del cese en el Registro Mercantil, salvo que se acredite el efectivo conocimiento del cese de hecho por parte del tercero (SSTS de 3 de julio de 2008 y 15 de abril de 2010, entre otras).

La juzgadora en instancia consideró acreditado que el Ayuntamiento había tenido conocimiento del cese de Don Abelardo desde la adopción del acuerdo asambleario de 25 de octubre de 2011, pues a partir de esa fecha todas las negociaciones sobre el canon arrendaticio y la deuda pendiente se efectuaron con Don Agustín, quien actuó en todo momento como administrador de la cooperativa, asignándole así la juzgadora la condición de administrador de hecho.

Por lo tanto, al haberse interpuesto demanda de responsabilidad, con fecha de 20 de abril de 2017, habrían transcurrido los cuatro años que el art. 949 Ccom establece como plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños y que resulta igualmente de aplicación a la responsabilidad por deudas del art. 367 TRLSC. (El art. 241bis TRLSC que dispone igualmente un plazo prescriptivo de cuatro años, se incorporó al TRLSC por la Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.)

El Ayuntamiento considera sin embargo, en apelación, errónea la conclusión de la juzgadora y, en consecuencia, que no existe prescripción de las acciones dirigidas contra Don Abelardo. Alega falta de prueba sobre el supuesto conocimiento del cese de hecho del administrador de la cooperativa desde el 25 de octubre de 2011. Alega asimismo que sólo pudo tener conocimiento efectivo del cese de Don Abelardo a partir del 17 de febrero de 2014, fecha en la que éste compareció ante el S.C.A. C.E, cuando se le dio traslado de documentación y requerimiento que se le hacía en calidad de administrador único de DISEC, y declaró lo siguiente: “*al efecto quiere dejar clara una vez más aunque ya consta en el Juzgado de Vitigudino que él cesó en este cargo de representación el 25 de octubre de 2011*”. Subsidiariamente, el Ayuntamiento propone como fecha de referencia a efectos de comienzo del cómputo de la prescripción la de 16 de julio de 2013, momento en el que Don Abelardo presentó un escrito ante el Juzgado de Vitigudino comunicando su cese como administrador de DISEC, S.C.L.

La Audiencia rechaza este planteamiento de la apelante, afirmando:

“11. No puede estimarse el motivo de apelación, pues ha quedado sobradamente acreditado durante el juicio que desde al menos el verano de 2011 el Ayuntamiento de Aldeadávila reconocía como interlocutor válido de la cooperativa a

D. Agustín. Así se hizo constar por escrito mediante escrito remitido por dicho Ayuntamiento al Juzgado de lo Mercantil de Salamanca con registro de salida de 8 de noviembre de 2017, y así se desprende con meridiana claridad de la testifical del Sr. Alcalde de Aldeadávila de la Ribera y del codemandado Sr. Agustín, ratificando ambos que era este último y no Abelardo quien mantenía conversaciones y negociaba con el Ayuntamiento la situación de la cooperativa y de la deuda que esta mantenía con el Ayuntamiento en concepto de rentas. De lo anterior se desprende que el Ayuntamiento conocía ya el cese siquiera de hecho del Sr. Abelardo como administrador de la cooperativa desde al menos el mes de octubre de 2011, habiendo transcurrido más de cuatro años desde esa fecha cuando tuvo lugar la interpelación judicial, de modo que han de considerarse prescritas las acciones de responsabilidad (individual por daños y responsabilidad por deudas) contra él dirigidas.”

Sobre las acciones de responsabilidad por daños y por deudas dirigidas contra Don Agustín (FJ TERCERO)

Como se reconoce por la Audiencia, la juzgadora atribuyó a Don Agustín la condición de administrador de hecho de DISEC, S.C.L. “*al menos desde el acuerdo asambleario de 25 de octubre de 2011, aunque reconoce acciones de gestión anteriores a esa fecha.*”

La Sala comparte esta apreciación que infiere tanto de las deposiciones de los testigos, —incluyendo la propia declaración de Don Agustín— que acreditan que “*efectivamente, desde al menos el mes de octubre de 2011 y ante su interés por hacerse con el control de la cooperativa, a pesar de que el acuerdo de la asamblea nombrándole administrador no llegó a elevarse a escritura pública ni a inscribirse en el Registro, éste vino ocupándose de los asuntos empresariales en sustitución del Sr. Leovigildo, negociando con el Ayuntamiento de Aldeadávila de la Ribera el pago de la deuda e intentando reflotar la empresa.*”

El art. 236.3 TRLSC establece que “La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”. Así, se determinó que de la prueba practicada quedaba acreditado que Don Abelardo había desempeñado sin título las funciones propias de administrador de la cooperativa, por lo que puede ser considerado sujeto pasivo de acciones de responsabilidad por parte de terceros.

Por lo que se refiere a la acción individual de responsabilidad por daños, ejercida por el Ayuntamiento demandante, la Sala coincide con la juzgadora de instancia en que no se acredita que concurren los requisitos exigidos por la Ley para

que pueda prosperar, arts. 236 y 241 TRLSC: la existencia de un daño causado por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa, lesionando directamente los intereses de socios o de terceros, sin necesidad de lesionar también los intereses de la sociedad (cfr. STS, Sala Primera, núm. 87/2019, de 13 de febrero de 2019).

La responsabilidad tendría que derivar de actuaciones por parte del administrador de hecho entre la fecha del acuerdo asambleario de 25 de octubre de 2011 y la fecha de resolución del contrato de arrendamiento el 26 de noviembre de 2012, cuando la cooperativa cesó en su actividad. El daño reclamado son las rentas impagadas por el arrendamiento de inmueble desde la celebración del contrato de arrendamiento el 27 de marzo de 2003. No puede decirse, por tanto, que el administrador de hecho codemandado contratara o continuara con el arrendamiento a sabiendas o debiendo saber sin faltar a la buena fe que no podría hacer frente al pago, actuando así de manera negligente en el cumplimiento del cargo y causando un daño a un tercero acreedor; único supuesto en el que se podría deducir responsabilidad por la vía del art. 241 TRLSC. Por el contrario, se ha demostrado que Don Abelardo intentó reflotar la empresa y negociar la deuda con el Ayuntamiento, por lo que ningún acto doloso o culposo del que derive un daño para el Ayuntamiento se le puede imputar, decayendo así el tercer motivo de apelación.

No existe por tanto una relación de causalidad entre la actuación del administrador de hecho y el daño reclamado. El simple impago de las rentas del inmueble arrendado por la sociedad cooperativa (deuda arrastrada desde el inicio del contrato, en el que no participó el codemandado) no puede derivar en una imputación de responsabilidad al administrador, de derecho o de hecho, de la sociedad, si no se acredita que el contrato se concertó o se mantuvo en el tiempo a sabiendas de que no sería posible cumplir con las obligaciones derivadas del mismo o que el administrador causó dolosa o culposamente el empobrecimiento de la sociedad cooperativa para hacer imposible el pago del arrendamiento.

Por el contrario, ha quedado acreditado en autos que el Ayuntamiento toleró durante años el impago de rentas a pesar de conocer la difícil situación económica de la cooperativa arrendataria, subvencionando la actividad de la cooperativa a cambio de que mantuviera los puestos de trabajo, y que sólo cuando se reveló imposible la continuidad de su actividad forzó la resolución del contrato y procedió a reclamar las rentas a la cooperativa. Ninguna responsabilidad por tanto se puede reclamar al administrador de hecho que se limitó a negociar la continuación de la empresa y el pago de la deuda con el Ayuntamiento, no acreditando la parte actora que actuase dolosamente o con culpa en esas negociaciones ni que, por tanto, el impago de las rentas pueda asociarse directamente a su comportamiento como administrador de hecho.

En cuanto a la responsabilidad por deudas del art. 367 TRLSC, la acción fue dirigida únicamente contra Don Abelardo, como aclara la parte recurrente en su escrito ante la Sala, siendo resuelta sin embargo por la juzgadora en relación con Don Agustín en su condición de administrador de hecho. Al considerarse prescrita la acción respecto a Don Abelardo (ut supra, fundamento de derecho segundo, apartados 5-11) no procede valorar en la alzada la procedencia o improcedencia de dicha acción en relación con Don Agustín, pues así lo entiende y solicita de manera expresa la parte apelante, al considerar que sería una cuestión no planteada en el escrito de demanda.

4 VALORACIÓN DE CONJUNTO Y ALGO MÁS

Como ya hemos tenido ocasión de apuntar al iniciar la presente anotación, la sentencia aborda diversas cuestiones de interés: la figura del administrador de hecho y la prescripción de acciones. Sin embargo, me gustaría destacar el hecho de que la deuda se reclamó una vez que la empresa se hace inviable, pues hasta entonces, el Ayuntamiento no había reclamado nada y por ello fracasa su demanda, probablemente tras ser inviable reclamar a la propia cooperativa.

Quiero destacar este hecho desde una perspectiva diferente, que obviamente no tenía acogida en este procedimiento, y es que desde el Ayuntamiento no se reclama el abono de la renta pactada para intentar con ello la supervivencia de la empresa y de los puestos de trabajo que generaba. Tal práctica supone una ayuda o “subvención” a la actividad de la cooperativa que se otorgaba de forma irregular, y que no podía haberse concedido desde luego por el procedimiento empleado.

LA DIFERENCIA ENTRE EL REEMBOLSO DE APORTACIONES
SOCIALES Y EL RETORNO COOPERATIVO
(Anotación a la sentencia del Tribunal Supremo 126/2020 de 26/02)

*THE DIFFERENCE BETWEEN THE REIMBURSEMENT OF
SOCIAL CONTRIBUTIONS AND THE COOPERATIVE RETURN
(Annotation to the Supreme Court Sentence 126/2020 of 02/26)*

SARA LOUREDO CASADO*

* Profa. Dra. de Derecho mercantil de la Universidad de Vigo. Investigadora Posdoctoral de la Xunta de Galicia en la Universidad de Lisboa, Centro de Direito Privado. Por su parte, su grupo de investigación es beneficiario de dos proyectos de investigación, uno financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades para el período 2019-2022: “El Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial: actualización, europeización y adaptación a la nueva economía” (ref. PGC2018-096084-B-I00) y otro financiado por la Xunta de Galicia: “Retos para un mercado de trabajo equitativo e aberto á competencia no contexto da nova economía” (2019-2021). Derecho Mercantil y del Trabajo (Universidad de Vigo). DMT-Grupo con potencial de crecimiento. Dirección de correo electrónico: saralouredo@uvigo.es

1 HECHOS DE LA SENTENCIA E *ITER PROCESAL* DEL LITIGIO

La sentencia del Tribunal Supremo (TS) que ahora anotamos es la tercera resolución sobre el caso que enfrenta a la cooperativa de trabajo asociado, Cogalso Ferrolterra y a uno de sus socios, D. Constantino. Ante el TS se presentan un recurso por infracción procesal y uno de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial (AP) que había dado la razón al recurrente y había condenado a la cooperativa a abonar una cuantía superior a 19.000 € en concepto de reembolso de aportaciones sociales (en aproximadamente 300 €) y de retorno (en unos de 18.700 €).

A su vez, la sentencia de la AP de A Coruña, ante la que se presentó el recurso de apelación, revocó la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña que entendía que las cantidades solicitadas por D. Constantino no eran exigibles a la cooperativa. El Juzgado entendió, en primer lugar, en relación con las aportaciones sociales, que aun no había transcurrido el plazo que el art. 55 de los Estatutos había fijado para efectuar el reembolso. En segundo lugar, el retorno cooperativo, que se deslindaba de los “anticipos laborales”, tampoco era exigible por no cumplirse sus requisitos: que se hubieran cubierto las dotaciones legalmente previstas para los fondos obligatorios y, que se produjese una previa decisión de la asamblea general de la cooperativa en relación al reparto de esos excedentes. En este punto la sentencia comprobó que existía un acuerdo pero era del consejo rector, órgano incompetente para adoptarlo.

Por su parte, los motivos de la AP para revocar la sentencia de primera instancia habían sido que, si bien la clasificación efectuada por el Juzgado de lo Mercantil de las dos cantidades había sido adecuada (reembolso de aportaciones sociales y retorno cooperativo), el Juzgado había cometido un error que suponía que las cantidades sí resultaban exigibles. En relación a las aportaciones sociales, el plazo de reembolso que debía aplicarse era de tres años y no de cinco, al tratarse de una baja justificada originada por una incapacidad permanente del recurrente (según el art. 64 de la Ley de Cooperativas de Galicia, en adelante LCG). En relación al retorno cooperativo, la argumentación era más escasa y se fundaba en que la cooperativa no podía retener las cantidades referidas al no haberse fijado plazo alguno por el consejo rector para su devolución. Además, la AP entendió que se extendía a este concepto el plazo máximo de tres años.

Nos detenemos brevemente en los hechos de la sentencia que no han sido desarrollados en profundidad en los párrafos precedentes. D. Constantino, el demandante y recurrente ante la AP era socio trabajador de la cooperativa de trabajo asociado Cogalso Ferrolterra hasta que se le diagnosticó una dolencia -la cual no se refiere- que le ocasionó una incapacidad permanente -de la que tampoco sabe-

mos el porcentaje de incapacidad laboral- en el año 2014. Debido a este diagnóstico, D. Constantino solicitó la baja (justificada) de la cooperativa.

2 MOTIVOS DE LOS RECURSOS ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

En este contexto, el recurso presentado por la cooperativa contra la resolución de la segunda instancia, en que se la condenaba a abonar la suma solicitada por el recurrente, D. Constantino, llega al Tribunal Supremo, con base en dos motivos.

Por una parte, la cooperativa presenta un recurso de infracción procesal porque la AP había obviado un acuerdo de la asamblea general del 3 de agosto de 2013 respecto a otro socio al que se adeudaban también determinadas cantidades y que había votado el actor. En este acuerdo se decidía retrasar el retorno cooperativo hasta que la situación económica de la cooperativa permitiera que se abonase a todos los cooperativistas. Este acuerdo es, a juicio de la cooperativa, un medio probatorio esencial y su falta de consideración en la resolución del caso constituye un error en la valoración de la prueba (art. 469.1.4º LEC). El TS, sin embargo, apoyándose en la sentencia 229/2019 de 11 de abril de la misma Sala, reitera que el recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia y que su estimación depende de que el error alegado sea de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española (en adelante, CE). La conclusión es la desestimación del recurso por entender que el cuestionamiento de la valoración de la sentencia de la AP es de tipo sustantivo y no procesal.

Esto nos conduce directamente al recurso de casación que se articula sobre dos motivos:

- El primero se apoya en el art. 64.4 de la LCG con relación al art. 67.1 y 2 de la misma, que reproducimos en apartados siguientes. La alegación es que la AP ha confundido los conceptos de retorno cooperativo y de reembolso, ignorando la distinta naturaleza jurídica de ambos.
- El segundo motivo se apoya en los arts. 60 y 67.4 LCG porque la sentencia ha interpretado que ha de producirse una concesión automática del retorno, por la baja obligatoria, sin tener en cuenta la necesidad legal de un acuerdo previo de la asamblea general y de sus condiciones.

El Tribunal acepta el planteamiento de este recurso pero no hace diferencia en su resolución entre los dos motivos.

3 LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y SU ACTIVIDAD COOPERATIVIZADA

Antes de entrar en el fondo de la cuestión resuelta, nos detenemos brevemente en el tipo de cooperativa demandada y sus peculiaridades.

Este tipo cooperativo se detalla en los artículos 80 a 87 de la Ley de Cooperativas (estatal), que en adelante abreviamos LC, y 104 a 110 de la LCG. Nos centramos en la legislación estatal porque nos parece más completa, si bien la gallega sigue con bastante similitud a la primera. Ambas coinciden en que el objeto de las cooperativas de trabajo asociado es proporcionar a sus socios puestos de trabajo, a través del esfuerzo personal y directo de éstos (y a tiempo completo o parcial) por la organización en común de la producción de los bienes o servicios para terceros. También es importante destacar, como hacen estas leyes, que la relación de los socios trabajadores con la cooperativa es de tipo societario y no laboral (art. 80.1 LC). Es cierto que pueden existir relaciones laborales, las de los trabajadores por cuenta ajena, pero éstas no pueden superar determinados porcentajes en relación al total de horas al año trabajadas por los socios, como medida para asegurar que la cooperativa no se desnaturaliza (art. 80.7 LC).

La retribución de los socios se articula fundamentalmente a través de los anticipos societarios que son percepciones a cuenta de los excedentes de la cooperativa, periódicos -devengados por plazos no superiores a un mes- y que se calculan en función de su participación en la actividad cooperativizada. Estas percepciones, de nuevo, no tienen la consideración de salariales sino de societarias (art. 80.4 LC).

Es causa de suspensión temporal de la obligación y del derecho a prestar su trabajo (el socio trabajador) la incapacidad temporal. Además, si de acuerdo con las leyes vigentes sobre Seguridad Social, el socio es declarado en situación de Incapacidad Permanente - lo que ocurre en el caso que comentamos-, cesa el derecho de reserva del puesto de trabajo y si fuese absoluta o gran invalidez, se producirá la baja obligatoria del socio trabajador (art. 84.2 LC). Este precepto arroja luz sobre la IP atribuida a D. Constantino que es causa de su baja obligatoria puesto que, como acabamos de ver, sólo se produce ésta cuando nos encontramos ante una IP absoluta o una gran invalidez.

4 DIFERENCIACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE ANTICIPOS LABORALES, APORTACIONES AL CAPITAL SOCIAL Y RETORNO COOPERATIVO

Consideramos que éste es el apartado fundamental de nuestra anotación y también el objeto decisivo de la sentencia. En realidad, la catalogación de las cantidades como anticipos sociales de tipo “laboral” quedó descartada ya desde la primera instancia, lo que confirmó la AP de A Coruña. Como acabamos de ver, estos anticipos responden a la prestación de la actividad cooperativizada del socio y no tienen naturaleza de salario —recordemos que la relación que une al socio con la cooperativa es societaria y no laboral—. Sin embargo, son parcialmente asimilables al salario en cuanto que son periódicos y, en concreto, mensuales y son el “pago” de la cooperativa al trabajo que en ella invierte el socio. La duda

se había planteado, fundamentalmente, por un artificio contable realizado por la cooperativa y que se detalla en el FJ 5º *in fine* (página 13 de la sentencia) que el demandado alegó en primera instancia: los 18.735 € que D. Constantino solicitaba en concepto de retorno se habrían justificado documentalmente como “anticipos laborales” porque se incluyeron en nóminas y fueron objeto de las retenciones fiscales correspondientes, si bien nunca fueron abonados. La conclusión es, sin embargo, que este artificio no altera la verdadera consideración de las cantidades como retorno.

Expuesto lo anterior, la verdadera cuestión para el TS es aceptar la exigibilidad de las cantidades derivadas de los dos conceptos diferenciados —aportaciones al capital social y retorno— que solicita el socio, tal y como hizo la AP, o justificar la inexigibilidad de las dos (como hizo el Juzgado de lo Mercantil) o de una de ellas. Veremos que esta última opción, inexplorada por los órganos judiciales de instancias inferiores, es la que adopta el TS. El análisis que ahora desarrollamos ocupa los FJ 4º y 5º.

Comenzamos por las aportaciones al capital social. A ellas resulta de aplicación el art. 64 LCG, que incluye el siguiente contenido en su apartado 1: 1) el derecho al reembolso cuando se produce la baja del socio, 2) la valoración de la aportación según su valor nominal fijado de acuerdo con el balance del cierre del ejercicio en el que el socio causa baja y, 3) la imposibilidad de aplicar deducciones a las mismas si dicha baja es justificada. El mismo artículo contempla en su apartado 4 la posibilidad de que el órgano de administración, el consejo rector, aplaze el reembolso, si bien este plazo no puede ser superior a tres años en el caso de bajas justificadas. La diferencia que se establece con el retorno cooperativo tiene una clara conexión con los principios que informan el régimen jurídico de las cooperativas, ya que en éstas -y al contrario que en las sociedades de capital-, el capital social no opera como criterio de atribución de los derechos políticos y económicos. Este criterio es el de la actividad cooperativizada de cada socio. Además, el capital social de las cooperativas es una cifra variable, no fija, que responde al principio de puertas abiertas de estas sociedades que sólo pueden “limitar” el derecho del socio a marcharse y recuperar lo invertido, previendo ciertas deducciones y un plazo de devolución de las aportaciones para evitar problemas de descapitalización.

Por su parte, el retorno cooperativo se regula en el art. 67 LCG que establece un proceso o *iter* para calcular el excedente que se ha producido en la cooperativa y sus posibles aplicaciones, siendo el retorno una de ellas. El proceso es el regulado en el apartado 1 y se puede resumir del siguiente modo: cada año, sobre la cantidad de excedentes que se han contabilizado de acuerdo a los cálculos del resultado del ejercicio, se deducen las pérdidas de ejercicios anteriores y, antes de la aplicación del impuesto de sociedades, se reservan unos porcentajes para el Fondo de Reserva Obligatorio y para el Fondo de Formación y Promoción. Una vez he-

chas estas reservas y satisfechos los impuestos exigibles, el resto (“el excedente del excedente”) está a disposición de la asamblea general “*que podrá distribuirlo en la forma siguiente: al retorno cooperativo a las personas socias (1), a la dotación a fondos de reserva voluntarios de libre disposición (2), al incremento de los fondos obligatorios (3) y a la participación del personal trabajador asalariado en los resultados de la cooperativa (4)*”.

Una definición de retorno cooperativo la encontramos en el apartado 2 del mismo artículo que dice que “*es la parte del excedente disponible que la asamblea general acordase repartir entre las personas socias, que se acreditará a las mismas en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada persona socia con la cooperativa, sin que pueda acreditarse en caso alguno en función de las aportaciones al capital social*”. Es similar la redacción contenida en la LC, si bien ésta precisa que el retorno cooperativo se hará efectivo según lo dispuesto en los Estatutos o, en su defecto, por acuerdo de la asamblea por más de la mitad de los votos válidamente expresados (art. 58.4 LC).

En todo caso, observamos de esta regulación que el retorno es tan sólo uno de los cuatro destinos posibles de los excedentes contabilizados por la cooperativa. Para que efectivamente el excedente sea aplicado a este destino es necesario que la asamblea general -y no el consejo rector- adopte un acuerdo. En palabras de la sentencia “*la adopción de un acuerdo de la asamblea general (o precepto estatutario) que mute o transforme el derecho social en abstracto del socio al retorno (hasta entonces en situación de mera expectativa) en un concreto derecho de crédito, determinado, líquido y exigible, a su favor*”. También se ha expresado en este sentido GAMENDIA EGIA (vid. GAMENDIA EGIA, E., “Régimen jurídico de la participación de los socios y socias en el capital de la cooperativa: tipos de aportación y derechos económicos”, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* 53 (2018), págs. 221-222).

Por lo expuesto, además de la diferente naturaleza jurídica del retorno y de las aportaciones sociales, existe una diferencia formal fundamental entre ellos: el reembolso de la aportación social es automático, se genera *ex lege*, mientras que el derecho al retorno precisa de una disposición estatutaria al efecto y, a falta de ella, de un acuerdo de la asamblea general. En el caso analizado, no existía ni esa disposición ni ese acuerdo asambleario. Por ello, el derecho al retorno nunca dejó de ser esa mera expectativa a la que hacía referencia el TS. La conclusión es que, en el caso, ha nacido y es ya exigible -porque han transcurrido tres años desde la baja justificada- el derecho del socio al reembolso de la aportación social pero nunca se originó un derecho al retorno. Se estima, entonces, parcialmente el recurso de la cooperativa y se revoca (también parcialmente) la sentencia de la AP. Esto se traduce, en concreto, en una obligación de la cooperativa de devolver sólo 398, 17 € al actor, más los intereses devengados de acuerdo a la LCG y a la LEC, en

concepto de reembolso de aportaciones, y no los 18.735 más sus correspondientes intereses, en concepto de retorno.

5 CONCLUSIONES PERSONALES

No queremos terminar esta anotación sin incluir una breve consideración sobre el caso. Para el recurrente se produce un claro perjuicio derivado de la inexistencia de un acuerdo de aplicación de los excedentes al retorno cooperativo. Como señalamos *ut supra*, la cantidad económica más relevante reclamada por el actor lo es en este concepto. Pues bien, el retorno cooperativo es ciertamente sólo uno de los cuatro destinos alternativos de los excedentes pero la posibilidad de aprobar y hacer efectivo ese retorno implica la inexistencia de pérdidas a compensar y el pago previo de los impuestos correspondientes. Por otra parte, en casos como el analizado, a falta de disposición estatutaria, se habrá dado un acuerdo por la mayoría, lo que supone una decisión democrática que los socios deben acatar pero podemos preguntarnos también si el órgano asambleario está adoptando las mejores decisiones para sus miembros, teniendo en cuenta, además, que ha realizado algunos artificios contables para “camuflar” ese retorno. No queremos en este punto posicionarnos en contra de la cooperativa, la cual adoptó en su día un acuerdo, que fue aprobado por el actor, en el que se decidía retrasar el retorno cooperativo hasta que la situación económica de la cooperativa permitiera que se abonase a todos los cooperativistas. Ciertamente no conocemos las concretas en este punto.

Finalizamos con la reflexión de que, si bien las cooperativas no son organizaciones sin ánimo de lucro, tal y como las comprendemos hoy en día, el bien de sus socios —como conjunto, aunque algunos de ellos puedan verse perjudicados por acuerdos puntuales— ha de ser el motor de actuación. Si no, los principios de la Alianza Internacional y el espíritu que dio origen a esta forma social se convertirán en papel mojado.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 42 (2019-2020), páxs. 247-251
ISSN: 2660-6348

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 27/1999,
DE 16 DE JULIO, DE COOPERATIVAS
(ANOTACIÓN A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE ASTURIAS DE 13 DE ENERO DE 2020)

*SCOPE OF COOPERATIVES LAW 27/1999.
(ANNOTATION TO THE JUDGEMENT OF THE COURT
OF APPEAL OF ASTURIAS, JANUARY 13 2020)*

SINESIO NOVO FERNÁNDEZ*

* Letrado de Administración de Justicia del Juzgado de lo Social 2 de Lugo. Dirección de correo electrónico: sinenovo@yahoo.es

1 ANTECEDENTES

La sentencia objeto de esta anotación fue dictada en apelación por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias. La resolución apelada, por su parte, proviene del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Oviedo, quien estima la demanda interpuesta por un particular frente a CASINTRA S.C.L. y, en consecuencia, declara la nulidad del acuerdo del Consejo Rector de 4 de noviembre de 2017. Antes de entrar en el fondo de la cuestión, la sentencia de primera instancia rechaza la excepción de caducidad de la acción planteada por la cooperativa demandada. Según el juzgador, la norma aplicable al caso es la contenida en el artículo 58 de la Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas, del Principado de Asturias, cuyo tenor literal dice que “la acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año, con excepción de los acuerdos que por causa o contenido resulten contrarios al orden público”. Por lo tanto, la legislación autonómica contempla un plazo mayor que el previsto en la norma estatal, cuya aplicación sostiene la demandada. En efecto, en virtud del artículo 37.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, “podrán ser impugnados los acuerdos del Consejo Rector que se consideren nulos o anulables en el plazo de dos meses o un mes, respectivamente, desde su adopción”.

La parte condenada por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil interpone el correspondiente recurso de apelación, en el que insiste en la excepción de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos del Consejo Rector con carácter previo a cuestionar el pronunciamiento sobre el fondo, a través de alegaciones sobre la ampliación del régimen sancionador que son ajenas al interés de la presente anotación.

La Audiencia Provincial de Asturias estima la excepción de caducidad y, en consecuencia, el recurso de apelación, con lo que revoca la sentencia de primera instancia y resuelve no haber lugar a declarar nulo el acuerdo del Consejo Rector. El tribunal de apelación entiende, contrariamente a lo expuesto en la sentencia recurrida, que la ley aplicable al caso es la norma estatal, cuyo artículo 2 contempla su ámbito de aplicación y lo extiende a “las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal”. A partir de los datos obrantes en las actuaciones, y aun cuando no se haya practicado una prueba cumplida al respecto, la Audiencia presume que la cooperativa condenada “desarrolla su actividad cooperativizada no de manera concentrada sino en el territorio de una pluralidad de comunidades autónomas, sin que conste que en el territorio de Asturias se desarrolle con carácter principal, por más que su sede central esté situada en Granda (Siero)”. Así las cosas, el tribunal de apelación

aplica el plazo de caducidad previsto en la Ley 27/1999 y estima la excepción planteada por la parte recurrente.

2 ANÁLISIS

La controversia principal que plantea este supuesto es determinar, en el contexto de una competencia legislativa compartida entre el Estado central y el Estado autonómico, cuál de las leyes vigentes debe aplicarse. No obstante, con carácter previo a abordarla, es importante reseñar el estado de la cuestión acerca de la constitucionalidad de la normativa autonómica en materia de cooperativas. Como ha puesto de manifiesto la doctrina (VICENT CHULIÁ, F. y PEINADO GRACIA, J.I., *Introducción. Normas y ámbito de aplicación*, en AA.VV., PEINADO GRACIA, J.I. (Dir.), *Tratado de Derecho de cooperativas*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, p. 105), “se trata de una competencia legislativa que, al margen de la posición doctrinal que se quiera mantener en cuanto a su consideración como sociedades mercantiles o no, se encuentra compartida entre el Estado central y el Estado autonómico”. Si bien es cierto que ninguna de las partes ha manifestado nada al respecto, la sentencia de apelación también descarta problemas de encaje competencial en la atribución de facultades regulatorias en materia de cooperativas a las Comunidades Autónomas. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2012 señala que la Ley 27/1999 “supuso un cambio significativo en orden a la posible concurrencia de legislación estatal y autonómica en materia de cooperativas”. Por lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional, la mencionada sentencia del Alto Tribunal enumera distintos pronunciamientos (sentencia del Tribunal Constitucional 241/2005, de 11 de noviembre; auto del Tribunal Constitucional 203/2008, de 7 de julio) que declaran la constitucionalidad de las leyes autonómicas de cooperativas y la ausencia de vulneración de la competencia exclusiva del Estado señalada en el artículo 149.1 de la Constitución, entre otras, en materia de “legislación mercantil, penal y penitenciaria y legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”.

Una vez solventado el encaje constitucional de la Ley de Cooperativas del Principado de Asturias, procede determinar el ámbito de aplicación de dicha norma autonómica y de la Ley 27/1999. Esta última establece, en su artículo 2, que será de aplicación “a las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal”. Por otro lado, la ley 4/2010 de Cooperativas del Principado de Asturias, dispone, también en su artículo 2, que “se aplicará a las sociedades cooperativas que desarrollen total o principalmente la actividad cooperativizada con sus socios en el territorio del Principado de Asturias, sin perjuicio de la actividad que realicen con terceros no socios, de la instrumental o de la personal accesoria que puedan realizar fuera de dicho ámbito

territorial. Se entenderá que la actividad cooperativizada se realiza principalmente en el territorio del Principado de Asturias cuando la misma resulte superior en su conjunto a la desarrollada fuera del mismo”.

La parte demandada y recurrente fundamenta la excepción procesal de caducidad de la acción en la aplicación de la Ley de Cooperativas del Estado, que establece un plazo menor que el previsto en la Ley de Cooperativas del Principado de Asturias. No tenemos conocimiento, mediante la lectura de la sentencia que nos ocupa, que el demandante haya alegado ni probado las circunstancias que motivarían la aplicación de la norma autonómica. Por el contrario, el recurrente trata de justificar la concurrencia de las circunstancias descritas en el artículo 2 de la Ley 27/1999, en el sentido de afirmar que la cooperativa demandada desarrolla su actividad cooperativizada en el territorio de varias comunidades autónomas, sin que considere que lo haga en Asturias de forma principal. A pesar de que el tribunal de apelación inadmite por extemporánea la certificación de inscripción de la recurrente en el Registro de Sociedades Cooperativas, el resto de pruebas tenidas en cuenta en la sentencia se antojan suficientes para concluir la aplicación de la ley estatal. En primer lugar, el propio artículo 4 de los estatutos sociales determina que “el ámbito al que alcanzarán los servicios cooperativizados por esta entidad será nacional”. En segundo término, entre la documentación unida a las actuaciones se encuentran una serie de cartas remitidas por la cooperativa en las que aparece un membrete que permite constatar la existencia de instalaciones abiertas en el territorio de distintas Comunidades Autónomas. Finalmente, no se discute ni acredita en el procedimiento que la actividad cooperativizada desarrollada por la demandada en el territorio de la Comunidad Asturiana ostente un carácter principal. Al contrario de lo que sucede con el silencio de otras leyes autonómicas, el artículo 2 de la ley 4/2010 aclara en su inciso final que el carácter principal se produce cuando la actividad desplegada en una comunidad autónoma resulte superior en su conjunto a la desarrollada fuera de la misma. La ubicación de la sede central de la cooperativa en Asturias no aporta nada a este respecto. Es más, cualquier definición del carácter principal distinta al criterio cuantitativo podría vulnerar la jurisprudencia constitucional, que a partir de la sentencia 72/1983 de 29 de julio considera inconstitucional extender la competencia autonómica a las actividades de las cooperativas domiciliadas en una determinada comunidad que se realicen fuera de ella. Así las cosas, no se presenta en ninguna de las instancias datos que corroboren que la actividad que despliegue la cooperativa en Asturias lo sea de modo principal, quedando por lo tanto ajena al ámbito de aplicación de la ley autonómica.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 42 (2019-2020), páxs. 253-265
ISSN: 2660-6348

RESPONSABILIDADE DOS SOCIOS POLAS
PERDAS DA COOPERATIVA (ANOTACIÓN Á
SENTENZA DO 2 DE XULLO DE 2019 DO TRIBUNAL
SUPERIOR DE XUSTIZA DE NAVARRA)

*LIABILITY OF THE COOPERATIVE MEMBERS FOR THE LOSSES
OF COOPERATIVE (A BRIEF COMMENT ON THE JUDGMENT
OF THE HIGH COURT OF JUSTICE OF NAVARRA, JULY 2 2019)*

JULIO COSTAS COMESAÑA*

* Catedrático de Dereito Mercantil. Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: jcostas@uvigo.es

1 O BXECTO DO PLEITO, FEITOS RELEVANTES, MARCO NORMATIVO E ESTATUTARIO RELEVANTES

A controversia resolta pola la sentenza do 2 de Xullo de 2019 ditada pola Sección 1ª da Sala do Civil e o Penal do Tribunal Superior de Xustiza de Navarra (ECLI: ES:TSJNA:2019:412) versa sobre o carácter limitado ou ilimitado da responsabilidade dos socios cooperativistas polas perdas imputadas pola cooperativa con ocasión da súa baixa, no marco da Lei Foral 14/2006, do 13 de decembro, de Cooperativas de Navarra (en adiante, LCN) e do disposto nos estatutos sociais da cooperativa demandante.

Os feitos relevantes son os que seguen. Durante os anos 2012 e 2013 déronse de baixa de Bildu Lan, Sociedade Cooperativa de Traballo Asociado (en adiante, Bildu Lan), un número elevado de socios traballadores. Na Asemblea Xeral ordinaria celebrada o 24 de xuño do 2013 aprobáronse as contas relativas ao ano 2012, que reflicten perdas, que foron distribuídas consonte ao disposto nos estatutos sociais, que regulan a imputación das perdas aos socios.

Un total de 13 socios non procederon ao pago da liquidación efectuada por Bildu Lan, razón pola que a cooperativa acreedora presentou demanda de xuízo ordinario de reclamación de contía, na que se solicita se condene a cada socio demandado ao pago dos importes resultantes da liquidación do seu interese na cooperativa, mais os intereses.

Ademais de diversas diferencias en relación ao procedemento e criterios aplicados pola cooperativa para determinar o importe da liquidación e a imputación das perdas a cada socio dado de baixa, os cooperativistas demandados alegaron que, consonte á LCN e aos estatutos de Bildu Lan, a responsabilidade dos socios polas perdas da cooperativa non é ilimitada senón que está limitada ao importe da aportación de cada socio ao capital da cooperativa.

A este respecto, o marco normativo e estatutario relevante está integrado polas normas que seguen:

O Artigo 8 da LCN, baixo o rótulo de “Responsabilidad”, dispón:

“1. La responsabilidad de los socios podrá ser limitada o ilimitada según dispongan los estatutos. A falta de disposición expresa, la responsabilidad de los socios por las deudas sociales frente a terceros estará limitada a las aportaciones al capital social suscritas, con independencia de que estén o no desembolsadas.

2. La responsabilidad de los socios tendrá carácter mancomunado o solidario según dispongan los estatutos.

A falta de disposición expresa, se entenderá que la responsabilidad de los socios tiene carácter mancomuna”.

En relación con esta materia, o artigo 15 dos estatutos de Bildu Lan dispoñen:

“Uno - La responsabilidad económica de los socios en las operaciones sociales de la Cooperativa se limita al importe de las aportaciones obligatorias y voluntarias al Capital Social que se hubieran obligado a desembolsar y a los compromisos que de modo expreso y concreto, hubieran asumido. Dicha responsabilidad es de carácter mancomunado simple.” (subliñado engadido)

O artigo 23 da LCN regula as clases de baixa e a responsabilidade do socio que causa baixa polas perdas da cooperativa, dispoñendo no núm. 3 o que sigue:

“3. La responsabilidad de un socio después de su baja por las obligaciones asumidas por la cooperativa con anterioridad se extenderá a un período máximo de cinco años a contar desde la pérdida de la condición de socio.

Para calcular las indicadas obligaciones se tendrá en cuenta el importe pendiente de capitalizar por la entidad de acuerdo con el balance siguiente a la fecha de baja una vez aprobado por la Asamblea General, en el cual se tendrá en cuenta respecto al socio la parte que le correspondería sufragar de dichas obligaciones e inversiones aprobadas, de haber seguido como socio, calculándose las mismas sobre la actividad desarrollada por el socio en los tres últimos ejercicios económicos.

La cuantía pendiente de capitalizar se calculará, a su vez, determinando la diferencia existente entre los inmovilizados y los recursos propios de la sociedad.

En todo caso el socio será responsable, en la cuota parte que le corresponda, de las pérdidas generadas por la cooperativa con anterioridad a su baja, calculada sobre el balance aprobado en la Asamblea General siguiente a la fecha de dicha baja.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el supuesto de fallecimiento del socio, los derechohabientes del mismo que no deseen adquirir la condición de socio, verán limitada la responsabilidad que le pudiera corresponder al causante por las obligaciones descritas anteriormente al importe del capital social que aquéllos tuvieran reconocido”. (subliñado engadido)

Nesta mesma materia, o art. 15 dos estatutos de Bildu Lan dispoñen:

“Dos - El socio que cause baja responderá ante la Cooperativa durante cinco años, por las obligaciones contraídas por la misma con anterioridad a su baja, hasta el importe reembolsado o a reembolsar de sus aportaciones a capital social y de conformidad con las reglas previstas por el artículo 23 de la Ley Foral 14/2006”. (subliñado engadido)

Esta regulación é completada polo artigo 46 da LCN, relativo ao réxime económico das cooperativas navarras, que no núm. 5 establece:

“5. Los estatutos regularán el derecho al reembolso de las aportaciones al capital al socio que cause baja, independientemente de la causa que la origine, con arreglo a las siguientes normas:

a) Siempre se deducirán, sin límite alguno, las pérdidas imputadas correspondientes al ejercicio económico y las acumuladas si existieran, así como los importes pendientes de capitalizar regulados en el artículo 23.3 de esta Ley Foral”. (subliñado engadido)

Finalmente o art. 53 da LCN, relativo á imputación das perdas da cooperativa, dispón:

1. Los estatutos fijarán los criterios para imputación y compensación de pérdidas que pudieran producirse al cierre del ejercicio.

La compensación podrá hacerse bien con cargo a reservas, o en proporción a las operaciones, servicios, o actividades realizados por cada socio o bien combinando ambas fórmulas, pero en ningún caso en función de las aportaciones del socio al capital social.

2. Las pérdidas asumidas por los socios, pero no compensadas, serán consideradas como un crédito a favor de la cooperativa que podrá ser ejercitado aunque el socio haya causado baja voluntaria u obligatoria en la cooperativa”. (subliñado engadido)

Completando este réxime legal da imputación de perdas, o artigo 51 dos Estatutos Sociais establece:

“Uno - Para la imputación de pérdidas, o resultados negativos, se seguirán equivalentes criterios que en la aplicación de los excedentes netos o resultados positivos.

Dos - Consecuentemente, la imputación de pérdidas se sujetará a las reglas siguientes:

Se detraerá del Fondo de Reserva Obligatorio como máximo el 50 por 100 de las pérdidas del ejercicio.

Si existiese Fondo de Reserva Voluntario se podrá imputar al mismo el porcentaje que fije la Asamblea General.

El importe restante será imputado a extornos cooperativos a los socios en proporción a la actividad realizada en la Cooperativa.

Los extornos imputados a cada socio se satisfarán mediante reducción de su aportación al Capital, o en su defecto directamente, dentro del ejercicio de su aprobación.

Tres - No obstante lo señalado en el apartado anterior, las pérdidas habidas en un ejercicio podrán destinarse, total o parcialmente, a una cuenta específica para su amortización a cargo de futuros excedentes netos y/o regularizaciones de activo en su caso.

Cuatro - Se imputarán al Fondo de Reserva Obligatorio las pérdidas derivadas de enajenaciones de activo inmovilizado y de otros conceptos que deban figurar en contabilidad separada”.

O Xulgado do Mercantil nº 1 de Pamplona ditou sentenza o 4 de xullo de 2016, na que desestima integramente a demanda interposta por Bildu Lan fronte a oito dos socios demandados. Previamente, mediante Auto do 1 de marzo do mesmo ano, o Xulgado acordara sobreseer o proceso e o arquivo das actuacións respecto dos cinco restantes socios demandados, pola razón de que no Xulgado nº 2 do Social de Pamplona seguíase un procedemento laboral que tiña o mesmo obxecto.

Desconforme coa sentenza de instancia, Bildu Lan interpón recurso de apelación. Na sentenza anotada afirmase que este recurso así como o de casación perante o Tribunal Superior de Xustiza, é formulado por “Bildu Lan Sociedad Limitada Laboral”. Mais na sentenza non figura a data de transformación; aínda mais, nalgún pasaxe da mesma indicase que a transformación fora a sociedade anónima laboral. Consta igualmente na sentenza que Bildu Lan estaba en concurso de acredores ao tempo de acordar a liquidación das perdas da cooperativa aos socios dados de baixa.

A Sección 3ª da Audiencia Provincial de Navarra, mediante sentenza do 5 de setembro de 2018, acordou estimar o recurso de apelación, revogar a sentenza de primeira instancia obxecto do recurso de apelación, e condenar aos oito socios demandados ao pago das cantidades reclamadas resultantes da imputación das perdas da cooperativa.

Estes socios cooperativistas interpuxeron recurso de casación contra esta sentenza de apelación perante o Tribunal Superior de Xustiza de Navarra (en adiante, TSXN), que admitiu a trámite o recurso alegando existir interese casacional, consistente na inexistencia de doutrina do Tribunal respecto do réxime de responsabilidade dos socios cooperativistas polas perdas da sociedade cooperativa, sendo este o motivo principal do recurso de casación.

2 DOCTRINA DA SENTENZA: DISTINCIÓN ENTRE SOCIOS QUE CAUSAN BAIXA E SOCIOS QUE PERMANECEN NA COOPERATIVA

A sentenza do TSXN, por maioría, admite este primeiro e fundamental motivo de casación, xa que considera que a imputación de perdas aos socios cooperativistas debe ter como límite o importe das súas aportacións ao capital da cooperativa. Por tanto, casa a sentenza de apelación e confirma a promulgada en primeira instancia polo Xulgado do Mercantil nº 1 de Pamplona.

A maioría dos membros da Sección 1 da sala do Civil e o Penal do TSXN recoñece que a sentenza de apelación casada sigue á maioría da doutrina cooperativista, que distingue dous tipos de responsabilidade patrimonial do socio. Por unha banda, unha responsabilidade “ad extra” do socio polas débedas sociais

derivadas das obrigas que a cooperativa teña asumidas fronte os seus propios acredores, que está limitada á aportación ao capital social feita ou comprometida polo socio cooperativista. Por outra banda, o socio tamén asume unha responsabilidade “ad intra” ou fronte á cooperativa polas perdas sociais, que non está limitada á aportación ao capital social senón que é ilimitada. A razón dogmática apuntada para xustificar a natureza ilimitada desta responsabilidade interna radica en que as perdas da cooperativa derivan das relacións que mantén o socio coa cooperativa pola súa condición de usuario da actividade cooperativizada, ben porque pagoulle ao “socio provedor ou traballador” da cooperativa polas súas prestacións (de servizos, bens ou traballo) unha cantidade superior á obtida no mercado (cooperativas de produción), ou ben porque a cooperativa cobroulle ao “socio cliente” polos bens entregados ou polos servizos prestados unha cantidade que é inferior ao coste de provisión de tal prestación ao socio (cooperativas de servizos). En definitiva, xa que nas cooperativas, con carácter exclusivo ou principal e a diferenza das sociedades mercantís, a función de provedor ou de cliente da sociedade non a realizan terceiros senón os socios, estes deben asumir fronte á cooperativa, con carácter persoal e ilimitado, o risco empresarial que representan as posibles perdas sociais (e, no seu caso, o beneficio en concepto de retorno cooperativo) derivadas dunha actividade económica que a cooperativa executa no mercado en nome propio pero por conta dos seus socios.

Así pois, esta dobre condición de socio e usuario de todo cooperativista constitúe a *ratio legis* desta distinción existente en toda a lexislación cooperativa española entre débeda social e perdas da cooperativa. Conceptualmente, a débeda xurde cando a cooperativa nas súas relacións con terceiros (no mercado de bens e servizos) incumpre o establecido na relación xurídica que mantén cos mesmos, en tanto que a perda é unha situación contable, interna, que acontece cando as contas dun determinado exercicio económico reflicten un resultado negativo, causado porque os gastos da cooperativa teñen sido superiores aos ingresos obtidos polas prestacións realizadas polos socios á cooperativa o por esta a favor dos socios.

A maioría do TSXN considera que nin a LCN nin os estatutos de Bildu Lan resolven de xeito claro a natureza limitada ou ilimitada dos socios polas perdas sociais, cuestión que tamén estima non está satisfactoriamente debatida na súa propia xurisprudencia, particularmente en relación coas cooperativas de traballo asociado e polo que fai a responsabilidade do socio polas débeas no momento en que causa baixa na cooperativa. Mais na procura da resolución de tal cuestión, a maioría da Sala do TSXN considera que o Tribunal Superior de Xustiza de Catalunya (en adiante, TSXC) ten resolto, en varias sentenzas, un caso moi similar ao obxecto da sentenza anotada (por todas, sentenza do 6 de novembro de 2014 (ECLI: ES:TSJCAT:2014:12006), entendendo ademais que a lexislación catalana de cooperativas aplicable ao caso ten unha redacción similar á LCN.

A sentenza da Audiencia de Lleida recorrida en casación perante o TSXC resolveu o carácter limitado -a súa aportación ao capital- da responsabilidade dos socios que permanecen na cooperativa polas perdas sociais, mentres que afirma o carácter ilimitado de tal responsabilidade patrimonial cando se trata de socios que causan baixa. O TSXC casa esta doutrina por infracción do principio de igualdade. Recoñece que na doutrina científica se defende a responsabilidade ilimitada do socio fronte a cooperativa por todo tipo de perdas en base a: (1) que o capital social da cooperativa ten a consideración contable de pasivo, como consecuencia do principio de libre adhesión e baixa voluntaria, do que deriva o dereito ao reembolso do socio que abandona a cooperativa á liquidación da súa aportación ao capital; (2) que os socios participan na toma de decisións conforme ao principio democrático de un socio un voto; e (3) que os socios, en tanto que usuarios, participan nos fluxos económicos da cooperativa mediante a realización da actividade cooperativizada nos termos establecidos nos estatutos sociais. Unha tese que ten recollido de forma expresa certa lexislación cooperativa española, como é o caso da Lei 27/1999, de Cooperativas (en adiante, LC), que expresamente distingue entre a responsabilidade polas perdas (art. 59.3) e a responsabilidade polas débedas da cooperativa fronte a terceiros (art. 15.3), sendo a primeira ilimitada e a segunda limitada á aportación ao capital cooperativo.

O TSXC sostén que esta distinción entre socios que permanecen e que causan baixa infrinxe o principio cooperativo de igualdade de trato, que só podería ceder ante unha previsión legal expresa que non atopa. Unha desigualdade que se produce porque o socio que permanece, consonte a lexislación de cooperativas catalana, ten a posibilidade de compensar as perdas con cargo aos fondos de reserva da cooperativa e a excedentes futuros, posibilidades que non teñen os socios que causan baixa. No caso de autos, esa desigualdade sería notaría xa que as perdas fixadas para o ano 2012 por criterios meramente contables serían imputadas integramente aos socios cesantes, mentres que os socios que permanecen vanse ver beneficiados por un aprazamento efectivo da débeda e por un posterior convenio de quita no seo do concurso de Bildu Lan.

Ademais cabe engadir que se trata dunha interpretación contraria ao art. 67.4 da Lei 18/2002 de Cooperativas de Catalunya vixente ao tempo dos feitos, que, sen distinguir entre socios que permanecen e que causa baixa, afirma a obriga dos socios de satisfacer as perdas non compensadas ata o límite das súas aportacións ao capital social. O TSXN asume esta argumentación do TSXC e engade que a responsabilidade ilimitada do socio polas perdas sociais converte a responsabilidade limitada dos socios polas débedas da cooperativa fronte a terceiros nunha entelequia, pois de ser así en poucos casos as cooperativas terían débedas sociais na medida en que sempre poderían acudir aos socios para enxugar as súas necesidades económicas. Esta última circunstancia é a que a xuízo do TSXN -seguinte novamente a xurisprudencia do TSXC- motiva que as mais recentes leis

autonómicas de cooperativas establezan de forma expresa o carácter limitado da responsabilidade patrimonial dos cooperativistas polas débedas sociais e tamén polas perdas da cooperativa, citándose a Lei 12/2015, de 9 de xullo, de Cooperativas de Catalunya en adiante, LCC); a Lei 14/2011, do 23 de decembro, de sociedades cooperativas andaluzas; o Decreto Lexislativo 2/2015, do 15 de maio, de cooperativas da Comunitat Valenciana, e da Lei 6/2013, do 6 de novembro, de Cooperativas de Cantabria.

Para a maioría do TSXN, esta nova lexislación autonómica de cooperativas é indicativa dunha “vontade lexislativa” que pretende aclarar unha cuestión discutida na doutrina e que non é obvia no texto da LCN, que ao referirse a responsabilidade do socio no art. 8.1 afirma que pode ser limitada ou ilimitada segundo dispoñan os estatutos, sen aludir a causa de tal responsabilidade: débedas o perdas sociais, afirmando que “a imputación indiscriminada das débedas de capital aos socios cooperativistas debe considerarse contrario co significado e sentido do movemento cooperativo”. Argumento que se reforza lembrando que a xurisprudencia do Tribunal Supremo estende a responsabilidade dos socios mais aló das súas aportacións ao capital exclusivamente nas chamadas cooperativas mutuas (que só operan cos socios), e principalmente nas de construción de vivendas, e sempre que se acredite o cumprimento dos requisitos da figura do enriquecemento inxusto.

3 A DOCTRINA DO VOTO PARTICULAR

O sentido do voto particular é coincidente coa tese recollida na sentenza casada emitida pola Audiencia de Navarra. O maxistrado disidente, Sr. Fernández Urzainqui, comeza subliñando que toda a lexislación cooperativa española distingue e regula de forma separada dous tipos de responsabilidade patrimonial dos cooperativistas, como consecuencia da especial configuración xurídica destas sociedades e da peculiar posición que nelas lle corresponde aos socios.

Polo que fai a responsabilidade dos cooperativistas fronte a terceiros polas débedas sociais contraídas pola cooperativa, o maxistrado observa que a LCN -así como as dúas Leis precedentes de cooperativas- segue nesta materia á Lei estatal de cooperativas de 1999 que, a súa vez, substancialmente reproduce o réxime da previa Lei Xeral de cooperativas de 1987, vixente cando se aprobou en 1989 a primeira Lei de cooperativas de Navarra. Así, ambas lexislacións dispoñen, en preceptos separados, que a responsabilidade dos socios pelas débedas sociais está limitada a súa aportación ao capital social (salvo disposición en contrario dos estatutos, no caso da LCN: art. 8.1), limitación que resulta matizada no caso de baixa do socio, xa que neste caso a responsabilidade do socio “pelas obrigas asumidas pola cooperativa se estenderá a un período máximo de cinco anos a contar desde a perda da condición de socio” (art. 23.3 LCN). Para este maxistrado a referencia xenérica do art. 8.1 LCN *in limine* á “responsabilidade dos socios” debe

ser reconducida exclusivamente á responsabilidade pelas “debas sociais fronte a terceiros” verbalizada no propio apartado 1 do precepto legal que, lembremos, dispón: “1. *La responsabilidad de los socios podrá ser limitada o ilimitada según dispongan los estatutos. A falta de disposición expresa, la responsabilidad de los socios por las deudas sociales frente a terceros estará limitada a las aportaciones al capital social suscritas, con independencia de que estén o no desembolsadas*”. Interpretación que confirma a lectura do apartado 2 do mesmo art. 8 LCN: “*La responsabilidad de los socios tendrá carácter mancomunado o solidario según dispongan los estatutos. A falta de disposición expresa, se entenderá que la responsabilidad de los socios tiene carácter mancomunado*”. Para este maxistrado, a necesidade de establecer o carácter solidario ou mancomunado da responsabilidade do socio só ten sentido fronte as obrigas contraídas pola cooperativa fronte a terceiros, xa que a responsabilidade do socio fronte a cooperativa polas perdas sempre terá que ser individualizada e é persoal de cada un deles.

A estes argumentos, o maxistrado engade que ante o silencio dos estatutos de Bildu Lan sobre o particular, só cabe entender consonte ao art. 8.1 LCN que unicamente está limitada ás achegas ao capital a responsabilidade polas débedas sociais, na mentres que a responsabilidade do socio polas perdas é persoal e ilimitada. En efecto, o art. 15 dos estatutos regula tan só a responsabilidade dos socios polas débedas sociais, determinado o seu carácter limitado ao capital social ou a o importe do capital reembolsado en caso de baixa, pois pese a que non se usa esa expresión de débedas sociais os termos “operacións sociais da cooperativa” e “obrigas contraídas pola cooperativa” sen dúbida remiten a tal responsabilidade patrimonial externa.

Polo que fai a responsabilidade dos socios fronte á cooperativa polas perdas rexistradas no exercicio económico, a tese do maxistrado disidente da opinión da maioría se sustenta na premisa de que actuando a cooperativa no mercado por conta dos socios coa finalidade de satisfacer a necesidade ou aspiración común a todos eles que motivou a constitución da sociedade (no caso de autos, proveer de traballo aos socios traballadores de Bildu Lan), os resultados positivos ou negativos obtidos pola sociedade cooperativa no desenrolo da actividade que constitúe o obxecto social deben ser asumidos polos socios en función da súa contribución a tal actividade. En definitiva, con apoio en certa xurisprudencia, sostense que se trata mais dunha débeda do socio coa cooperativa que dunha débeda de estas, xa que a perda prodúcese porque o socio tería percibidos anticipos cooperativos en cantidade superior a que, unha vez efectuadas as correspondentes liquidacións ao termino de exercicio económico, lle correspondía percibir.

No plano do dereito positivo, o maxistrado subliña no seu voto particular que a sentenza do TSXC na que se apoia a maioría da sala do TSXN resolve o caso en base á Lei de cooperativas de Catalunya de 2002, que, como segue a facer a vixente Lei, declara de forma expresa que a responsabilidade do socio polas per-

das non compensadas está limitada as súas aportacións ao capital. Unha previsión legal, existente tamén en outras Leis de cooperativas autonómicas citadas na sentenza, pero que non existe nin expresa nin implicitamente na LCN aplicable ao caso. Polo contrario, o art. 23 LCN ao regular no apartado 3 a responsabilidade do socio que causa baixa, distingue, por unha banda, a “*responsabilidade polas obrigas asumidas pola cooperativa*” con anterioridade á baixa, e por outra a *responsabilidade do socio, na cota parte que lle corresponda, polas “perdas xeradas pola cooperativa con anterioridade a súa baixa”*. A diferenza da primeira responsabilidade, que por disposición do art. 8.1 LCN está limitada ás aportacións ao capital subscritas, salvo disposición en contrario dos estatutos, o art. 23.3 LCN non declara expresamente o carácter limitado ou ilimitado da responsabilidade por perdas, mais o carácter xeralmente ilimitado se desprende implicitamente do disposto no derradeiro parágrafo de ese apartado 3. En efecto, neste parágrafo 5º do art. 23.3 LCN, se afirma que “*Non obstante o disposto no parágrafo anterior*” [relativo a responsabilidade por perdas do socio que causa baixa], *no suposto de falecemento do socio, os herdeiros do mesmo que non desexen adquirir a condición de socio, terán limitada a responsabilidade que lle puidera corresponde ao causante polas obrigas descritas anteriormente ao importe do capital aqueles tiveran recoñecido*”. Carácter xeralmente ilimitado da responsabilidade do socio polas perdas da cooperativa que confirmaría a lectura do disposto no art. 46.5 LCN, para a regulación estatutaria do reembolso do socio que causa baixa, e o establecido no art. 53 en relación coa imputación das perdas, sen que dos estatutos de Bildu Lan se desprenda que se teña establecido o contrario.

4 ANOTACIÓN CRÍTICA Á DOCTRINA DA SENTENZA

Polas razóns que se apuntan a seguir, concordamos coa tese do voto particular; por tanto, coa doutrina da sentenza da Audiencia de Navarra casada polo TSXN.

Parece claro que a lexislación cooperativa navarra nesta materia se inspira na lexislación estatal de cooperativas, tanto na actual LC de 1999 como na anterior Lei Xeral de Cooperativas de 1987, de cuxos textos se desprende con claridade o carácter ilimitado da responsabilidade do socio polas perdas sociais. As similitudes entre ambas lexislacións chegan incluso ao feito “*estraño*” de que obrigan a distinguir entre resultados cooperativos e extracooperativos aos efectos de determinar o resultado do exercicio e de aplicación dos excedentes (arts. 57 e 58 LC e arts. 50 e 52 LCN), pero non así en materia de imputación das perdas sociais, o que permite -salvo que os estatutos dispoñan outra cousa- a imputación ao socio de perdas derivadas da actividade que a cooperativa mantivo con terceiros ou nacidas de operacións extraordinarias. A diferenza entre a LC e a LCN radica en que esta responsabilidade ilimitada polas perdas sociais sempre será subsidiaria no ámbito de aplicación da Lei estatal (art. 49.2.c), en tanto que a LCN establece a plena liberdade estatutaria para determinar a natureza desta responsabilidade

(Torres Pérez, F.J., *Régimen Jurídico de las Aportaciones Sociales en la Sociedad Cooperativa*, Aranzadi, 2001, pp. 433-435).

A LCC tamén se integra nese grupo de leis de cooperativas que teñen optado por un único sistema de compensación das perdas, fronte ao modelo alternativo que representan as leis que contemplan dous sistemas de imputación, en función da orixe cooperativa ou extracooperativa das perdas. Mais o art. 82 da LCC de 2015 (que reproduce case literalmente o texto do art. 67 da Lei de 2002) dispón que as perdas sociais non compensadas cos fondos voluntarios e obrigatorios da cooperativa serán imputadas persoalmente aos socios, en proporción á actividade cooperativizada efectivamente realizada por cada socio ou de forma proporcional á actividade cooperativizada mínima obrigatoria, no caso que a primeira fose inferior á segunda, e ata o “límite das súas aportacións ao capital”. Por tanto, das perdas sociais, en primeiro termo, responde a cooperativa con todo seu patrimonio (de forma ilimitada) e, se este fose insuficiente, de forma subsidiaria, os socios responden con seu patrimonio persoal ata o límite do valor contable das súas aportacións ao capital cooperativo (apartado 4º). Por conseguinte, interpretar a LCN á luz da lexislación de cooperativas catalana e da doutrina establecida polo TSXC non resulta en absoluto acertado.

Consideramos que non existe a infracción do principio de igualdade entre os socios que afirma o TSXN. O feito de que os socios que permanecen na cooperativa poidan satisfacer as perdas imputadas con cargo a futuros retornos (derivados da súa participación na actividade cooperativizada) ou excedentes non pode comportar unha discriminación respecto de quen causou baixa na cooperativa. Como se afirma no voto particular, a igualdade de trato entre socios está referida aos criterios de cuantificación das perdas e a forma de concreción da cota parte que lle corresponda a cada socio, pero non cabe estendela ás formas, procedementos e recursos posibles para o pago da débeda fronte á cooperativa.

Da lectura da sentenza anotada, podería deducirse que o TSXN resolveu o preito antes que en base ao dereito positivo a razóns de xustiza material. En efecto, algúns dos socios dados de baixa e demandantes en primeira instancia alegaron a inexistencia da débeda reclamada pola cooperativa, así como non estar conformes con determinados acordos adoptados pola xunta xeral cualificando determinadas cantidades como perdas do exercicio de 2012 (previas á baixa). Por outra banda, o TSXN considera que as perdas que reflicten as contas anuais é un concepto contable que non se corresponde necesariamente con un estado de insolvencia real da empresa (como acreditaría o convenio acordado no seo do concurso de Bildu Lan), afirmando que no “caso presente as débedas imputadas en 2012 se corresponden con un incremento importante das vendas da sociedade demandada e se expresan dúbidas tamén na valoración contable do seu importante capital inmovilizado. E non é xusto que respondan os socios traballadores por inversións financeiras que se corresponde con unha concepción capitalista da sociedade mercantil”.

Como se destaca no voto particular, de *lege ferenda*, é unha cuestión a debater se a responsabilidade interna dos socios fronte á cooperativa polas perdas sociais debe quedar tamén limitada ao capital subscrito, particularmente cando sexa legal ou estatutariamente posible imputar ao socio todo tipo de perdas, tanto as de orixe cooperativa como extracooperativa, xa que nestes casos en que a cooperativa opera tamén con terceiros non se pode falar con propiedade de que as perdas sociais son, en realidade, débeas que os socios adquiren fronte á sociedade por ter percibido anticipos cooperativos ou pagos superiores aos que realmente podían percibir pola actividade de intermediación efectuada pola súa conta pola cooperativa. En definitiva, en tal suposto, desaparece ou se mitiga o fundamento dogmático que permite soste o carácter ilimitado da responsabilidade do socio polas perdas sociais.

De igual xeito, si que se podería falar dunha infracción do principio de igualdade de trato, entre os socios que permanecen e os que se dan de baixa, cando a lexislación cooperativa admita tamén a repartibilidade parcial dos fondos obrigatorios da cooperativa, particularmente do Fondo de Reserva Obrigatorio (como acontece no art. 84 da vixente LCC de 2015. Para un comentario: Costas Comesaña, J., “Capital social, aportaciones y régimen económico”, en *Régimen Jurídico de las Sociedades Cooperativas Catalanas*, pp. 221-278, Ateleir, 2020). Neste supostos a responsabilidade ilimitada polas débedas sociais fai posible un trato desigual entre o socio que causa baixa -a quen se lle poderá imputar as perdas que lle correspondan con carácter ilimitado- e os socios que permanecen, que poderán satisfacer as perdas imputadas con fondos da cooperativa parcial o totalmente xerados con anterioridade á baixa dos socios.

En todo caso, neste debate de *lege referenda*, debese ter en conta que o establecemento dunha responsabilidade limitada polas perdas favorece, sen dúbida, os intereses económicos dos socios pero, polo contrario, pode comprometer a solvencia financeira da cooperativa, particularmente de seguir unha política de excedentes netos cero.

III CRÓNICA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 42 (2019-2020), páxs. 269-274
ISSN: 2660-6348

COMENTARIO A LA LEY 11/2019, DE 20 DE
DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA Y
ACTUALIZA LA NORMATIVA DE COOPERATIVAS EN
LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

*COMMENT TO THE LAW 11/2019, DECEMBER 20TH,
THAT MODIFIES AND UPDATES THE REGULATION
BY WHICH THE COOPERATIVE REGULATION IN
THE AUTONOMOUS COMMUNITY OF THE BASQUE
COUNTRY IS AMENDED AND UPDATED*

ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ*

* Abogado. Dr. en Ciencias Políticas y Sociología por la UCM. Dirección de correo electrónico: kostka@knm-abogados.es

RESUMEN

Comentarios a la nueva Ley que modifica y actualiza la normativa de cooperativas en el País Vasco, cuyo objetivo es adaptarse a la nueva realidad cooperativa, es especial, a la potencialidad que manifiesta en esta comunidad autónoma las cooperativas de trabajo asociado.

PALABRAS CLAVE: modificación legal, País Vasco, Ley Cooperativas.

SUMMARY

Comments to the new Law that modifies and updates the regulations of cooperatives in the Basque Country, whose objective is to adapt to the new cooperative reality, specially the potential that associate cooperatives manifest in this autonomous community.

KEYWORDS: legal modification, Basque Country, Cooperatives Law.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES. 2. LA LEY DE COOPERATIVAS DEL PAÍS VASCO 11/2019. DE 20 DE DICIEMBRE. 3. REFLEXIONES FINALES.

CONTENTS: 1 BACKGROUND. 2. THE LAW OF COOPERATIVES OF THE BASQUE COUNTRY 11/2019. FROM DECEMBER 20. 3. FINAL REFLECTIONS.

1 ANTECEDENTES

La justificación general de la modificación y refundición de la legislación cooperativa, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, se produce por el desarrollo, la creciente complejidad y, sobre todo, la potencialidad del cooperativismo vasco, protagonizado por las cooperativas de trabajo asociado. Este es el objeto de la Ley que analizamos, en un territorio en el que ya desde los inicios del desarrollo legislativo democrático, se mostró sensible a crear un instrumento jurídico propio.

La Ley 1/1982, de 11 de febrero, sobre Cooperativas, cumplió con esta finalidad, fomentando la configuración jurídica de las cooperativas y el desarrollo de grandes proyectos empresariales. La Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, durante los veintiséis años de vigencia ha permitido la consolidación de un modelo cooperativo, eficaz, eficiente, competitivo y desarrollado.

La razón del texto legislativo que analizamos, se justifica en la existencia de los textos legales existentes, que han modificado la Ley 4/1993 sucesivamente en el tiempo y de la aprobación de la Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi, por razones de sistematicidad y rigor legislativo.

Así pues, el objetivo fue la aprobación de un texto único, en el que se incluyeran todas las disposiciones aplicables a las cooperativas, sujetas a la legislación autonómica vasca, en búsqueda de la necesaria armonización legislativa, de la adaptación a los mercados globales, de la competitividad y de un desarrollo armónico de sociedades cooperativas, que precisan seguridad, sobre todo, jurídico-legislativa.

2 LA LEY DE COOPERATIVAS DEL PAÍS VASCO 11/2019. DE 20 DE DICIEMBRE

La ley que comentamos consta de 165 artículos, 9 disposiciones adicionales, 2 disposiciones transitorias, una derogatoria y 5 disposiciones finales, estructurados en 4 títulos y 16 capítulos. Se trata de una regulación sobre constitución cooperativa, en la que se alteran e incluyen, aspectos referidos al derecho de información de

las personas socias, al modelo de prevención de delitos de la sociedad cooperativa y a la garantía en su seno de un ámbito libre de violencia sexista. En adición, se incluyen ajustes técnicos de armonización: especificación de que el reembolso no constituye un derecho en todo caso; la no obligatoriedad legal de determinados órganos; la remisión a la Ley de Sociedades de Capital vigente (texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), en sustitución de la referencia a la Ley de Sociedades Anónimas, o al departamento del Gobierno Vasco competente en materia de trabajo, en lugar del nombre concreto, que en cada legislatura varía ordinariamente.

En referencia a la personas socias la regulación de la posición jurídica de las personas socias, se mantiene en los términos vigentes; singularmente, la obligación estatutaria de fijar los criterios de participación de las personas socias de trabajo. Se aclara la posibilidad de hacerla efectiva en otras entidades con las que la cooperativa coopere o participe, siempre con carácter minoritario, salvo en situaciones de necesidad empresarial, aspecto que ya había sido desarrollado reglamentariamente, y que pueden tener carácter estructural o coyuntural. De igual modo, se amplía el derecho de las personas socias a examinar el informe, no preceptivo, que sobre las cuentas anuales auditadas de la cooperativa emita la comisión de vigilancia. Respecto a las bajas, se establecen un máximo de tres meses para su formalización y los efectos del silencio.

En lo que respecta a los órganos sociales, las novedades que se introducen en el régimen de los órganos sociales son, con carácter general, desarrollos concretos de aspectos específicos. Se significa la nueva regulación del órgano de administración y gestión, donde los desarrollos normativos han sido mayores. De esta forma, con carácter introductorio y a efectos sistemáticos, se identifican los órganos de la cooperativa, previamente a su regulación individualizada, y se deja a la autorregulación el preciso y concreto complemento de organización para el más adecuado funcionamiento de la sociedad.

Respecto de la asamblea general, se mantienen su configuración y delimitación funcionales en relación con el resto de órganos, lo que responde a la misma finalidad de eficaz y eficiente gestión empresarial, además de seguridad jurídica; así como su régimen jurídico innovado en 1993 en relación con la publicidad reforzada para la convocatoria en cooperativas de gran número de personas socias; reducción de los supuestos de mayoría reforzada de dos tercios para la adopción de determinados acuerdos; posibilidad de voto plural respecto de específicas personas jurídicas; límite al derecho de voto de las personas socias que no realicen de manera plena la actividad cooperativizada; regulación del conflicto de intereses y sus efectos, y aspectos formales como la redacción del acta y su aprobación.

En lo referente al régimen económico, se aclara y delimita con mayor precisión la responsabilidad de la sociedad y de las personas socias frente a terceras personas no socias, así como el régimen de imputación de las pérdidas en el seno

de la cooperativa, y se flexibiliza, en este caso, el límite de la imputación al Fondo de Reserva Obligatorio, al que se imputará como máximo el porcentaje medio de lo destinado a los fondos legalmente obligatorios en los últimos cinco años de excedentes positivos, o desde su constitución si esta no fuera anterior a dichos cinco años. No obstante, en caso de que el Fondo de Reserva Obligatorio supere el cincuenta por ciento del capital social de la cooperativa, el importe que exceda de dicho porcentaje se podrá también emplear para compensar las pérdidas.

Sobre la documentación social y contabilidad, en la regulación de la contabilidad de la cooperativa, se agrega la referencia al estado de cambios de patrimonio neto y el de flujos de efectivo, en su caso, para acomodarlos a la normativa contable; pero se mantiene la regulación en vigor sobre documentación social, auditoría de cuentas y contabilidad, que deberá ajustarse al Plan General de Contabilidad, a las normas contables específicas de las sociedades cooperativas, a las normas de obligado cumplimiento aprobadas por el Instituto de Contabilidad y de Auditoría de Cuentas en desarrollo del Plan General de Contabilidad, así como al resto de normativa contable que le sea de aplicación.

En referencia a la modificación de estatutos, fusión y escisión de cooperativas, además de aspectos técnicos de carácter operativo, se introduce la previsión expresa, respecto de fusiones especiales, de la posibilidad de que las sociedades cooperativas se fusionen con cualquier otro tipo societario, civil o mercantil, siempre que no exista precepto legal que lo prohíba expresamente, como ya estaba fijado como criterio. En línea con las modificaciones propuestas para el supuesto de transformación de cooperativa, se prevé el mismo tratamiento para los fondos contemplados en el artículo 89.4 cuando se trate de la fusión de una sociedad cooperativa por una sociedad no cooperativa.

En cuanto a la transformación, los procesos de reestructuración societaria a través de las vías reconvertoras de tipos societarios, que cautelan la desnaturalización de la esencia cooperativista de las cooperativas intervinientes a la vez que aprovechan las técnicas normativas del derecho de sociedades, se mantienen formulados en los términos legales vigentes, excepto en lo que afecta a la intervención del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi en el proceso transformador y, en su caso, a la intervención de la comisión de vigilancia en el mismo.

Se mantiene inalterada la regulación de las causas de disolución, con la única novedad de la necesaria acomodación a la actual regulación concursal, de la que deriva del supuesto de insolvencia, así como la posibilidad de reactivación. Por el contrario, el régimen legal de las liquidadoras o liquidadores varía significativamente respecto de la anterior regulación, en que era necesario ostentar la condición de persona socia para ser nombrada persona liquidadora. Ahora, puede ser nombrada o nombrado quien no tenga tal condición, para supuestos especiales de cooperativas totalmente desestructuradas, con falta de personas socias, incapacidad o negativa de las mismas, y a efectos de posibilitar la liquidación y extinción

ordenadas de la sociedad. En el mismo sentido, se faculta a la asamblea general la determinación de su régimen de funcionamiento aplicable.

En lo referente a la integración y agrupación cooperativa, la configuración dada a las cooperativas de segundo o de ulterior grado ha supuesto un cauce normativo realista para los fenómenos de agrupación intercooperativa, necesitados de un marco para una colaboración empresarial efectiva con estructura genuinamente cooperativa y con el grado de integración autorregulado por quienes intervienen en el mismo, no solo cooperativas, aunque sí mayoritariamente.

Sobre el asociacionismo cooperativo se mantiene la regulación de mínimos, en favor de la libertad asociativa, de las asociaciones de cooperativas, y del llamamiento a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco para que fomenten las relaciones intercooperativas, así como los criterios de reconocimiento de representatividad y su reflejo nominal.

Entre las disposiciones de cierre de la norma (Disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales), cabe destacar las siguientes:

Disposición adicional séptima, sobre adopción de acuerdos sobre previsión social.

Disposición adicional novena, sobre articulación del movimiento cooperativo.

Disposición transitoria segunda, relativa al proceso de adaptación estatutaria, en la que se explicitan tanto el plazo para llevarlo a cabo como los efectos jurídicos de su no realización.

Disposición final tercera, que pretende equiparar las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública con las cooperativas que tengan declarado tal carácter, en relación con los actos de disposición gratuita sobre bienes o derechos regulados por el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Euskadi. Así mismo, y con los mismos fines, a favor de sociedades cooperativas de viviendas declaradas de utilidad pública en el caso de terrenos destinados a la construcción de viviendas para las personas socias.

3 REFLEXIONES FINALES

Dicho todo lo anterior, cabe concluir que la regulación comentada resulta imprescindible y necesaria, para conseguir los objetivos cooperativos, y ello porque evita innecesarias cargas administrativas, agiliza la gestión; y, finalmente, mantiene la estabilidad de los aspectos básicos del marco normativo cooperativo aplicable en la Comunidad Autónoma de Euskadi, al que se dota de una mayor seguridad jurídica. Por todo lo cual, la norma se adecua a los principios de buena regulación, establecidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

ANOTACIÓN AL DECRETO 208/2019, DE 22 DE OCTUBRE,
POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE
DESARROLLO DEL DECRETO LEGISLATIVO 2/2014,
DE 29 DE AGOSTO, POR EL QUE APRUEBA EL TEXTO
REFUNDIDO DE LA LEY DE COOPERATIVAS DE ARAGÓN.

*ANNOTATION TO DECREE 208/2019, OF OCTOBER 22, WHICH
APPROVES THE REGULATION OF LEGISLATIVE DECREE
2/2014, OF AUGUST 29, WHICH APPROVES THE CONSOLIDATED
TEXT OF THE LAW OF COOPERATIVES OF ARAGÓN.*

FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ*

* Profesor Titular de Derecho Mercantil. Integrante del Proyecto “Retos para un mercado de trabajo equitativo e aberto á competencia no contexto da nova economía” (2019-2021). Derecho Mercantil y del Trabajo (Universidad de Vigo). DMT-Grupo con potencial de crecimiento. Dirección de correo electrónico: ftorres@uvigo.es

I

El 30 de octubre de 2019 se publicaba en el Boletín Oficial de Aragón el Reglamento de desarrollo del Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón (en adelante TRLCA). Dicho Reglamento entró en vigor el día 31 de octubre. El TRLCA, datado en 2014, había supuesto una adaptación de la ley precedente a las modificaciones normativas derivadas de la reforma contable. En su disposición adicional sexta, el TRLCA establecía que el procedimiento para la calificación e inscripción de una cooperativa de trabajo asociado como pequeña empresa cooperativa, se regulará en el reglamento del Registro de Cooperativas de Aragón. A su vez, la disposición final de dicho texto, habilitaba al Gobierno de Aragón para dictar todas aquellas normas necesarias para el desarrollo y aplicación del TRLCA.

Pues bien, de dicho mandato legal y de la citada habilitación, deriva el Reglamento aquí anotado que tiene por objeto la regulación de la organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas de Aragón y el procedimiento para la calificación e inscripción de la pequeña empresa cooperativa. Se trata de un Reglamento con 68 artículos divididos en dos títulos de cinco y once capítulos respectivamente. El texto articulado va precedido, al tratarse de una norma reglamentaria, de dos disposiciones adicionales y dos finales.

II

En relación con la dinámica operativa y funcionamiento del Registro de cooperativas, el texto aquí anotado incorpora soluciones ya conocidas por todos. El Registro de Aragón circunscribe su ámbito de aplicación a las sociedades cooperativas que tengan su domicilio social y desarrollen sus actividades dentro del territorio aragonés si bien se admite que tales cooperativas puedan realizar actividades instrumentales y relaciones con terceros fuera de Aragón (art. 2.1). En este punto se sigue echando de menos que las normas autonómicas incorporen la solución técnica del Reglamento de Registro estatal de cooperativas en la que se determina claramente cuál es el criterio por el cual una cooperativa tiene acceso al mismo y, por exclusión, cuales son aquellos supuestos donde tal sociedad ha de inscribirse en el registro autonómico. Dicho esto, al Registro de Aragón accederán también las uniones, federaciones, confederaciones de cooperativas u otras entidades asociativas aragonesas que agrupen mayoritariamente a sociedades cooperativas (art. 2.2). Queda en este punto la duda de si tales entidades asociativas tan solo han de ser inscritas en este registro o, si por el contrario, persiste una doble obligación registral.

Asimismo, en el art. 3 antes citado, se aboga por la necesaria coordinación entre registros éste y otros registros de cooperativas o mercantiles. No obstante, se trata de una simple declaración de intenciones habida cuenta de las escasas referencias a tal coordinación interregistral existentes a lo largo del texto –en línea con otros Reglamentos autonómicos y el propio Reglamento que regula el Registro estatal- así como la nula referencia a cuestiones controvertidas y que tampoco se contemplan en otras normas, como la coordinación entre registros a efectos de denominaciones de las cooperativas.

En lo que concierne a la naturaleza y objeto del Registro de cooperativas de Aragón (art. 3), éste se configura como un registro constitutivo, público y unitario que, además de la inscripción de los actos propios de las sociedades allí inscritas, también tiene por objeto la legalización de libros sociales y contables, depósito de cuentas y expedición de certificaciones. Las funciones del registro se determinan concretamente en el art. 13. Estará a cargo del mismo el funcionario responsable de la unidad administrativa a la que le corresponda ejercer las funciones en materia de cooperativas (art. 14). Como cualquier registro público, está informado por los consabidos principios registrales (legalidad, legitimación, publicidad material y formal y tracto sucesivo) –arts. 8 a 11-.

Finalmente, el capítulo V del Título I de la norma aquí anotada, incorpora un solo precepto –el art. 22- donde se reglamente la calificación e inscripción de la denominada “pequeña empresa cooperativa”. En línea con lo dispuesto en otras normas autonómicas, el legislador aragonés se ha decantado por esta fórmula cuyo objetivo es incentivar el uso de la cooperativa. Para ello se parte de tres condiciones cumulativas: que el número de socios trabajadores se sitúe entre 2 y 10; que sean de carácter indefinido; y que presten sus servicios laborales en la sociedad. A continuación, se disciplinan una serie de reglas que afectan al proceso constitutivo y de inscripción de la pequeña empresa cooperativa.

III

Por su parte, el Título II del Reglamento bajo la rúbrica de desarrollo del TR de la Ley de Cooperativas de Aragón, comprende todos aquellos aspectos relativos a la dinámica registral. En dicho Título se regula la calificación registral, los actos que pueden ser objeto de inscripción que, en línea de máximos, se efectuarán en virtud de escritura pública (art. 28) si bien cabe la posibilidad de inscripción mediante certificación o por Resolución administrativa o judicial (art. 29). En lo que concierne al proceso constitutivo cabe destacar la admisión de la caracterizadora “calificación previa” de los Estatutos que se configura como potestativa (art. 32). La certificación negativa de denominación se solicitará, también en línea con lo estipulado en otras normas autonómicas y en coherencia con la normativa estatal vigente en la materia, a la Sección central del Registro de Cooperativas

Estatal (art. 33). Una vez más, parece necesario alertar sobre la conveniencia de cambiar este sistema para que la expedición de tal certificación dependa del Registro mercantil central con la finalidad de evitar posibles incoherencias entre las denominaciones inscritas en ambos registros. Por último, en lo que concierne al proceso constitutivo, se estipula un plazo de 6 meses para otorgar escritura desde la celebración de la Asamblea constituyente o desde la fecha de calificación previa de los estatutos sociales (art. 34).

Entre las funciones del registro también constan la inscripción de nombramiento y cese de cargos sociales, así como de delegación de facultades, otorgamiento poderes y modificación de estatutos. Cuestiones todas ellas que están reguladas con detalle en los arts. 35 a 41. Llama la atención la solución técnica adoptada en el art. 40 respecto a la modificación estatutaria del ámbito territorial. Por una parte, por incorporar una solución de coordinación interregistral loable y clara; pero, por otra, por no ser totalmente coherente —o cuando menos exceder— lo contenido en el Reglamento de Registro de cooperativas estatal. En línea de los actos susceptibles de inscripción, destaca la prolija y cuidada regulación de la inscripción de ciertas modificaciones estructurales, a saber: fusión y escisión (arts. 42 a 48) y la transformación (arts. 49 y 50) donde, en línea con lo regulado en el TRLCA, se permite la transformación de cualquier entidad en cooperativa y viceversa.

A continuación, el Reglamento aquí anotado disciplina la disolución y liquidación. Llama la atención la regulación de tal proceso derivada de una descalificación de la cooperativa como tal y que está contenida en el art. 56. Por último, en el penúltimo capítulo y a modo de “cajón de sastre” se contemplan acertadamente otras anotaciones y actos inscribibles. Procede señalar, entre otras: la baja provisional en el índice de entidades a efectos tributarios; la inscripción de la declaración de concurso; la constitución y extinción de secciones; la calificación como entidad sin ánimo de lucro —también trascendente a efectos fiscales—; y, quizás la más habitual, la demanda de impugnación de acuerdos sociales.

El punto final a este Reglamento lo encontramos en el capítulo XI de este Título II. Está compuesto por tres preceptos (arts. 66 a 68). Se desarrolla la disciplina de la pequeña empresa cooperativa en lo que concierne a los órganos sociales previendo particularidades para aquellos casos donde tal forma social esté constituida solo por dos personas socias. Asimismo, se contiene una regla específica para las aportaciones al capital social en supuestos en los que solo exista tal número de socios —ninguno de ellos podrá realizar aportaciones obligatorias que superen el 50%—; y una regla para la liquidación también en tal supuesto de dos socios, donde tal operación deberá encomendarse a ambos. En suma, una regulación lógica y coherente con las preexistentes previstas en ciertas normas autonómicas. Con todo no se logra entender su ubicación sistemática en el Reglamento aquí anotado

cuando en el título I se disciplinaba en parte —como avanzamos— la pequeña empresa cooperativa.

A TRANSPARÊNCIA NA ECONOMIA SOCIAL. O PROJETO TFA
TRANSPARENCY IN THE SOCIAL ECONOMY. THE TFA PROJECT

AUGUSTA FERREIRA¹, BRÍZIDA TOMÉ² E DEOLINDA MEIRA³

¹ Professora, Universidade de Aveiro / Instituto Superior de Contabilidade e Administração / Centro de Investigação de Contabilidade e Fiscalidade / Escola de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e da Ave / Coordenador do projeto TheoFrame Accountability - Quadro teórico para a promoção da Accountability no sector da economia social: o caso das IPSS". augusta.ferreira@ua.pt

² Doutora, Centro de Estudos Organizacionais e Sociais do Politécnico do Porto (CEOS.PP) / Investigadora no projeto TheoFrame Accountability - Quadro teórico para a promoção da Accountability no sector da economia social: o caso das IPSS". brizida.tome@gmail.com

³ Professora, Politécnico do Porto / Instituto Superior de Contabilidade e Administração (ISCAP) / Centro de Estudos Organizacionais e Sociais do Politécnico do Porto (CEOS.PP) / Investigadora no projeto TheoFrame Accountability - Quadro teórico para a promoção da Accountability no sector da economia social: o caso das IPSS". dl.meira@sapo.pt

Numa época em que muito se fala e debate sobre transparência, não podemos ignorar o setor da economia social.

O dever de transparência das entidades deste setor é tão mais acrescido quanto ele beneficia de discriminação positiva face aos restantes setores da economia portuguesa, por força do fomento disposto na Constituição da República Portuguesa (CRP) (artigo 80) e da Lei de Bases da Economia Social (artigo 1), para além de ser uma exigência cada vez maior por parte de todos os outros *stakeholders*.

Estas instituições veem-se obrigadas a incrementar a sua *Accountability*, indo ao encontro destes requisitos, tão importantes para a sua credibilidade e notoriedade no seio da sociedade, dando a conhecer o que fazem e como fazem, não deixando de forma ambígua o traço do seu retrato junto das partes interessadas.

É neste contexto que surge o projeto TFA – “*TheoFrameAccountability - Quadro teórico para a promoção da Accountability no sector da economia social: o caso das IPSS*”.

Este é um projeto de investigação com o apoio financeiro do “Programa Operacional Competitividade e Internacionalização” na sua componente FEDER e pelo orçamento da Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P. (FCT, IP) na sua componente OE.

A Universidade de Aveiro é a promotora do projeto e conta com a participação da Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade, do Instituto Politécnico de Coimbra e do Instituto Politécnico do Porto.

O projeto destina-se às IPSS – Instituições Particulares de Solidariedade Social – que, em Portugal, assumem particular relevância no setor da economia social: (5622 entidades, representando 7, 8% do total da economia social). As IPSS podem encontrar-se ao longo das várias famílias da economia social tais como associações (84%), misericórdias (6,9%), fundações (4,6%), cooperativas de solidariedade social (2,8%) e associações mutualistas (1,7%), sendo entidades privadas com este estatuto particular (CASES/INE - Contas satélite, 2019).

O estatuto das IPSS (Decreto-Lei 172-A/2014), reformulado em 2014, impõe regras de elevado rigor e exigência às IPSS. Assim, as IPSS enfrentam pressões para uma maior responsabilização (social e corporativa dos gestores) para com os seus financiadores, utentes e cidadãos e uma necessidade crescente de divulgação das boas práticas e do impacto social que têm na comunidade. Foi igualmente promulgada a Lei 76/2015, que introduziu um novo modelo de supervisão financeira. Torna-se, portanto, imperativo aumentar a *Accountability* da gestão destas entidades

Os objetivos do projeto visam essencialmente promover a *Accountability* (social, financeira e económica) no setor da economia social através da:

- facilitação de um meio para a divulgação *online* da informação obrigatória e voluntária que cubra os aspetos sociais, financeiros e económicos das suas atividades;
- conceptualização de uma *framework* de indicadores através da qual seja possível fazer a avaliação do desempenho global das instituições;
- construção de um anuário onde se divulguem os resultados dos indicadores e que permita fazer a avaliação do impacto do desempenho das IPSS.

Este projeto está concebido para auxiliar as IPSS no cumprimento das suas obrigações legais, para permitir um relato mais apropriado dos resultados das suas atividades e para a transferência de conhecimento, contribuindo assim para a *Accountability* e para o desenvolvimento das IPSS, para divulgar informações sobre o desempenho das IPSS aos diferentes *stakeholders*, possibilitando-lhe fazer uma avaliação das IPSS, bem como para a comunidade académica que, através do repositório de dados poderá desenvolver estudos sobre este tipo de instituições.

O Projeto TFA tem vindo a ser desenvolvido em várias fases:

- revisão de literatura;
- desenvolvimento de uma plataforma digital para divulgação dos relatórios de contas via internet, bem como do relato do estudo de performance social, financeira e económica das IPSS;
- conceptualização da *framework* de indicadores divididos por dimensões, com informação financeira e não-financeira;
- realização de um *Focus group*;
- validação da plataforma tecnológica;
- recolha de dados junto das IPSS (informação obrigatória e voluntária) e preparação sobre a avaliação da sua performance social, financeira e económica;
- análise global.

A construção da *framework* de indicadores, sustentada na revisão de literatura, conjugou diversas teorias e abordagens como o *triple bottom line*, que contempla as vertentes social, financeira e ambiental, os 3 P's da Sustentabilidade (People, Planet, Profit), o processo produtivo das entidades de economia social e ainda o processo de engenharia organizacional, para traçar as dimensões, subdimensões e indicadores propriamente ditos. Em paralelo, e no terreno, foi visitada uma amostra de IPSS, por forma a melhor se conhecer a sua realidade e preocupações e poder ir ao encontro das suas necessidades.

Embora habitualmente a avaliação da performance destas entidades seja feita apenas mediante parâmetros económico-financeiros tal facto é muito redutor, mais ainda se considerarmos que a sua missão é de cariz eminentemente social. Importará avaliar o nível de satisfação das necessidades dos beneficiários dos serviços prestados, a sustentabilidade e eficiência das IPSS, bem como a qualidade das relações mantidas com a comunidade, como garante da transparência destas instituições.

Assim, a *framework* está dividida em 6 dimensões: 1. *Purpose* (Estratégia e perfil organizacional / Governação / Transparência); 2. *Partners* (Utentes / Trabalhadores / Voluntariado / Fornecedores / Estado e outras entidades públicas); 3. *Performance* Económico-Financeira (Atividade / Económica / Financeira); 4. *Proximity* (Comunidade / Investimento social, doação e mecenato / Parcerias); 5. *Planet* (Eficiência energética / Resíduos / Ambiente); 6. *Progress* (Infraestrutura TIC / Aceitação da tecnologia / Cultura).

A *framework* de indicadores foi submetida à apreciação de um *Focus group*, por forma a ser obtida uma validação da sua adequabilidade. Este *Focus group* foi constituído por um grupo representativo e heterogéneo, tendo sido convidados para o efeito representantes de IPSS, de municípios e da Rede Social, bem como académicos ligados ao estudo do setor da economia social. Através inputs recebidos foram ainda introduzidas reformulações nos indicadores, aproximando-os das necessidades sentidas.

A primeira abordagem desta *framework* será como um olhar interno que cada instituição terá de si mesma, ponderando e refletindo sobre forças e oportunidades, fraquezas e ameaças. Posteriormente, sendo-lhes facultada a possibilidade de comparação com os resultados da avaliação dos seus pares, poderão estender esse olhar à sua envolvente externa, através de um processo de *benchmarking*, mimetizando o que de melhor se faz e contribuindo para a obtenção de melhores resultados, reforçando a sua gestão e a sua sustentabilidade a todos os níveis.

Em desenvolvimento encontra-se a plataforma **somosipss** para suportar o questionário acabado de referir e para permitir às IPSS responderem a esse mesmo questionário, online, e para tratamento das respostas e cálculo dos indicadores da *framework*.

Paralelamente à construção desta *framework*, está a ser desenvolvida uma plataforma tecnológica, chamada **SomosIPSS**¹ que oferece às IPSS a possibilidade de criarem o seu website institucional que lhes proporcione uma maior aproximação com a comunidade, que lhes permita divulgar as suas áreas de intervenção, bem como partilhar outras informações que lhes permitam, por um lado, cumprir com as obrigações legais, e, por outro, disseminar as suas boas práticas e o seu

¹ www.somosipss.pt.

impacto social. De salientar que apesar do novo modelo de supervisão financeira das IPSS preconizar que as mesmas têm de publicar os seus relatórios de contas anuais no website institucional, muitas destas instituições não têm como cumprir com esse requisito obrigatório, por não disporem de website para o efeito. Em 2016, verificou-se que apenas 37, 62% das IPSS dispunham de website e em 2017 esta percentagem somente tinha alterado para 37, 86% e que a divulgação de informação financeira tinha sido de 6% e 23% respetivamente, o que de per si demonstra a dificuldade de cumprimento mesmo das obrigações legais.

Na plataforma SomosIPSS as instituições, podem construir o seu website sem a ajuda de técnicos especialistas e sem conhecimentos específicos. Basta seguirem os tutoriais criados para o efeito.

Numa segunda etapa de desenvolvimento da plataforma SomosIPSS está a ser implementado o questionário de suporte à recolha de dados para permitir às IPSS responderem a esse mesmo questionário, online, e para tratamento das respostas e cálculo dos indicadores da *framework*.

É através desses indicadores as instituições podem fazer uma avaliação da sua gestão e da sua evolução ao longo do tempo. Com a análise desses indicadores, que cobrem como vimos acima 6 dimensões de análise as instituições conseguem verificar a sua trajetória, em termos de desempenho, e se os resultados vão de encontro aos objetivos estratégicos definidos. O que está pensado neste momento é que, para além desta possibilidade, a plataforma SomosIPSS tenha além dessa parte de administração, um *dashboard* muito intuitivo que mostre esses indicadores e esses rácios de desempenho em comparação com instituições congéneres. Portanto, as instituições obtêm uma mais-valia. É também nessa comparação individual que as instituições têm muitas vantagens em aderir à plataforma, porque vai permitir-lhes compararem-se aos seus pares e observar quais as melhores medidas a tomar, potenciando a dinâmica de rede. Por outro lado, estes indicadores irão facilitar algumas ferramentas ou, pelo menos, alertar para a existência de ferramentas que podem melhorar a gestão das instituições.

Neste momento as diversas fases do projeto estão praticamente concluídas, esperando-se a adesão ao projeto seja participada por um largo número de instituições que possa fazer com que a sua escalabilidade seja aumentada.

No futuro, antevemos que o projeto possa ser replicado noutros países e também noutros setores como, por exemplo, no setor público.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 42 (2019-2020), páxs. 287-301
ISSN: 2660-6348

**THE LEGAL RECOGNITION OF SOCIAL AND
SOLIDARITY ECONOMY IN GREECE: A BRIEF
PRESENTATION AND COMMENTARY OF THE GENERAL
PROVISIONS OF L. 4019/2011 AND L. 4430/2016**

IFIGENEIA DOUVITSA*

¹ Adjunct Lecturer, Hellenic Open University, ifigeneiadouvitsa83@yahoo.gr.

1 THE ACKNOWLEDGEMENT OF SOCIAL ECONOMY IN LEGISLATION

1.1 L. 4019/2011: The first law on social economy in Greece

In recent years the concept of social economy has attracted significant interest by policy makers leading to designing and implementing tailored to the social economy public policies, including the enactment of social economy laws. More specifically, the term “law on social economy” is usually used to describe a framework law that perceives the social economy as an “umbrella concept”¹ and, thus, such a law introduces provisions for “a dynamic and evolving group of organizations [and enterprises]” with a large number of “different forms” that share “common features that distinguish them from public and private enterprises and organizations”².

Based on the above definition, the sector of social economy in Greece was recognized by law for the first time in 2011³, while special laws for specific social economy actors pre-existed. During that time, the International Monetary Fund and the EU had already agreed to provide the Greek government with a loan, so that a default would be prevented⁴. In exchange, the Greek government had to implement austerity measures, including spending cuts and tax raises which caused a broad public discontent, numerous demonstrations and the emergence of the Greek Anti-austerity movement⁵.

It was within this context, that the national legislator enacted L. 4019/2011 under the title “*Social Economy and Social Entrepreneurship and other provisions*”.

¹ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Social and Solidarity Economy and the Future of Work*. Geneva: ITC/ILO/EURICSE, 2017, p. 1.

² INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Social and Solidarity Economy: Building a Common Understanding*. Turin: International Training Centre of the ILO, 2010, p.5. GILLES CAIRE, WILLY TADJUDJE, “Toward a global legal culture of the social economy enterprise? An international comparison of social economy legislation” [Vers une culture juridique mondiale de l’entreprisocial economy d’ESS ? Une approche comparative internationale des législations ESS], *RECMA* 2019/3 (No 353), p. 74-88 (4).

³ IOANNIS NASIOULAS, “Social cooperatives in Greece. Introducing new forms of social economy and entrepreneurship”, *International Review of Social Research*, Vol. 2, Issue 2, pp. 141-161 (155).

⁴ DAN BILEFSKY AND LANDON THOMAS JR., *Greece Takes Its Bailout, but Doubts for the Region Persist*, The New York Times, 2nd of May 2010. Available at: <https://www.nytimes.com/2010/05/03/business/global/03drachma.html?pagewanted=all>

⁵ Cf. BBC NEWS, *Eurozone approves massive Greece bail-out*, 2nd of May 2020. Available at: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8656649.stm> ENET.GR ELEUTHEROTUPIA (Ελευθεροτυπία), *Syntagma Square overflowing with indignation [Ξεχείλισε αγανάκτηση το Σύνταγμα]*. Available at: <http://www.enet.gr/?i=news.el.ellada&id=279683>

Based on its explanatory report, the newly enacted law aimed at the creation of vacancies, including the social integration of persons belonging to vulnerable groups of the population. It also had as its goal to cover emerging social needs through the development of social economy, social entrepreneurship and social innovation, as well as to contribute to local development and social cohesion⁶.

With regard to its length and structure, L. 4019/2011 was a rather short legal text, consisting of 21 articles that could be divided into two categories a) the general provisions for the social economy sector as a whole, b) the special provisions that introduced a new type of legal entity, the social cooperative enterprise (SCE) (κοινωνική συνεταιριστική επιχείρηση-Κοιν.Σ.Επ.)⁷. Despite the law's references to social economy at its title and explanatory report, the vast majority of its provisions referred to the establishment and function of the social cooperative enterprises⁸. In the present article we shall focus on the general provisions, which were applicable to all social economy actors.

The legal text of L. 4019/2011 began with the definition of social economy as “a set of economic, entrepreneurial, productive and social activities undertaken by legal persons or associations of persons, the statutory purpose of which is the pursuit of the collective benefit and the wider social interest” (ar. 1 par. 1 L. 4019/2011).

The legislator went on and acknowledged as social economy actors the legal persons inscribed at the General Registry of Social Economy (ar. 14 L. 4019/2011). The latter consisted of: a) the Registry of Social Entrepreneurship, in which social cooperative enterprises and social cooperatives of limited liability⁹ were obligated to register and b) the Special Registry of other Social Economy Actors, the inscription to which was on a voluntary basis for all existing legal forms, which cumulatively met the following criteria (ar. 14 par. 1 b L. 4019/2011):

- a) they have as their statutory purpose the social benefit through the production of goods or the provision of services of collective and social character,

⁶ Cf. Explanatory Report of draft law “*Social Economy and Social Entrepreneurship and other provisions*”, 2011, 4th of August 2011, p.1-2. Available at: https://www.hellenicparliament.gr/Nomothetiko-Ergo/Anazitisi-Nomothetikou-Ergou?law_id=7daab675-950f-436b-8b82-bc5eedb70d40

⁷ Under L. 4019/2011 the social cooperative enterprise was stipulated as a civil cooperative with a social objective, according to its ar. 2 par. 1. The law prescribed for three different types of social cooperative enterprises: a) the social cooperative enterprises of integration, focused on the integration of disadvantaged people, b) the social services' social cooperative enterprises, aiming at the management of specific services (such as social and healthcare services) and c) the social cooperative enterprises with a collective and productive purpose, the activities or employees of which were not limited to specific sectors or groups of population.

⁸ Cf. NASIOULAS, *ibid.*, p. 156

⁹ The social cooperatives of limited liability [κοινωνικοί συνεταιρισμοί περιορισμένης ευθύνης-ΚΟΙΣΠΕ] aim at the integration of people suffering from mental illnesses (ar. 12 L. 2716/1999).

- b) they give priority to individuals and labour over capital,
- c) they employ a democratic system of decision-making,
- d) they enjoy autonomy in the management of their activities,
- e) their profits are utilized primarily for the service of their statutory goals and secondarily for any limited profit distribution,
- f) they operate on the principle of sustainable development,
- g) their operations are exclusively described in par. 2 of ar. 2¹⁰.
- h) they have been active for 3 years at least before submitting an application of inscription to the register”.

In order to incite existing legal persons to register, the legislator provided them with access to the subsidiaries of the National Fund of Entrepreneurship and Development.

As we can observe from the above provisions, the legislator’s intension was not to limit the social economy sector to specific legal forms. Nevertheless, in practice, the vast majority of the registered legal persons were social cooperative enterprises¹¹. As a consequence, the concept of the otherwise pluralistic social economy was mainly coincided and limited to the abovementioned legal form.

In addition, the legislator prescribed for two governmental advisory bodies for the social economy. The first body was the Special Office for Social Inclusion and Social Economy of the Ministry of Labour and Social Security (ar. 15 L. 4019/2011). Such body was in charge of designing and evaluating public policies on social economy. The second advisory body was the Inter-ministerial Committee with representatives of various ministries as its members. On occasion and if deemed necessary representatives from the public or private sector would be in-

¹⁰ Ar. 2 par. 2 L. 4430/2016: “2. SCEs, depending on their specific purpose, are divided into the following categories: a) Integration SCEs, which focus on integration of individuals belonging to vulnerable (: ευάλωτες) population groups into the economic and social life. At least 40% of their employees must come from the vulnerable Population Groups. The Limited Liability Social Cooperatives (L.L.S.C.) are automatically considered as integration SCEs and are subject to the provisions of this law. The L.L.S.C.s are governed by the provisions of the ar. 12 of law 2716/1999 and additionally by the provisions of this law and by law 1667/1986, as well as by the ar. 12 of law 3842/2010. b) Social care SCEs, which focus on production and provision of goods and services of social / social-care character towards certain population groups, such as the elderly, the infants, the children, the disabled and the chronically ill. c) Social Cooperative Enterprises of Collective and Productive Purpose, which focus on the production of products and the provision of services to meet the needs of collectivity (culture, environment, ecology, education, social benefit services, promoting local products, saving traditional activities and crafts etc.) which promote local and collective interest, the development of employment, the enhancement of social cohesion and the strengthening of local or regional development.”

¹¹ Cf. SPECIAL SECRETARY OF SOCIAL AND SOLIDARITY ECONOMY, *National report 2017 and action plan for the development of an ecosystem of social and solidarity economy 2017-2023*, p. 33. Available at: <http://www.yeka.gr/>

vited, but with no voting rights (ar. 16 par. 4 L. 4019/2011). The Inter-ministerial Committee was responsible for providing an opinion for issues related to the public procurement with social clauses (ar. 16 par. 5 L. 4019/2011).

From the above, several remarks can be made. In the first advisory body there was an absence of participation of social economy representatives. The role of the second body was limited to issues on public procurement and the social economy representatives' participation would had been exceptional and non-decisive as no voting rights were acknowledged. Therefore, the first law on social economy had not fostered the social economy actors' active participation for co-constructing and evaluating public policies and, instead, it seemed to embrace a more top-down approach.

1.2 L. 4430/2016: The currently in force law on social and solidarity economy

The Syriza political party, in the strategic plans of which was the development of social and solidarity economy, won the elections of January 2015. In fact, with the financial support of some of its members- deutes a hub was established aiming at strengthening the relationship between social solidarity initiatives and social economy actors¹².

Following the election's result, a coalition government was formed with Syriza as its main corpus. The change in the political scenery in Greece brought about fundamental reforms in the legal landscape of social economy. More specifically, the Ministry of Labour submitted to the Greek Parliament a new draft law that was voted by the deutes and became L. 4430/2016 with the title "Social and Solidarity Economy, the Development of its Actors and other provisions". The new law abolished L. 4019/2011 "*Social Economy and Social Entrepreneurship and other provisions*". We can observe from the title that the two legal texts differ considerably. The new law introduces the broader term social and solidarity economy, which was also the term used at the Syriza's strategy plans in order to emphasize and acknowledge the existence and important role that solidarity initiatives played during the crisis years¹³.

Based on the new law's explanatory report, the social and solidarity economy is perceived as a means to transform the current socio-economic relationships and not a precarious tool to minimize the crisis' impact. More specifically, the main goals of the new law are- among others- the following:

¹² Cf. SOFIA ADAM, *Social and solidarity economy and the crisis: Challenges from the public policy perspective*, East-West Journal of Economics and Business, Vol. XXI, Nos 1-2, pp.229.

¹³ Cf. SOFIA ADAM, *ibid.*, pp. 229-230.

- a) the clarification of the social and solidarity economy concept, its traits, as well as its potential role based on the thus far national and international experience,
- b) the expansion of the social and solidarity economy sector to the all the spectrum of economy and not limit its role to integration and social services, c) the promotion of social and solidarity economy networks by enabling the formation of social and solidarity economy unions and provide incentives) to this direction,
- d) the disassociation of social and solidarity economy to only one particular legal form, that of social cooperative enterprise,
- e) the introduction of the worker cooperative as a new legal form that would enable the worker takeover of bankrupted enterprises¹⁴.

The new law with its 75 articles is significantly extended and detailed compared to the previous one. With regard to its structure, L. 4430/2016 can be divided into three sections:

- a) the general provisions applicable to the whole social and solidarity economy (ar. 1-13 L. 4430/2016)
- b) the special provisions applicable explicitly to social cooperative enterprises (ar. 14-23 L. 4430/2016)
- c) the special provisions applicable explicitly to worker cooperatives (ar. 24-33 L. 4430/2016).

In this article, we shall focus on the first section, which consists of the general provisions that define the social and solidarity economy, its actors, the supportive measures for their development, as well as the formation of advisory boards, unions and networks.

In particular, pursuant to the definition of ar. 2 par. 1 of L. 4430/2016 the concept of the social and solidarity economy refers to all economic activities that introduce an alternative form of organization in production, distribution, consumption and reinvestment, based on the principles of democracy, equality, solidarity, cooperation, and respect to the humans and the environment. Compared to the definition of the previous law, we note that the new law introduces a broader, value-oriented, definition, while highlighting the social and solidarity economy's potential as an alternative model of organizing socio-economic relationships¹⁵.

¹⁴ Cf. Explanatory report of the draft law “*Social Economy and Social Entrepreneurship and other provisions*”, pp.1-2, 10th of October 2016. Available at: https://www.hellenicparliament.gr/Nomothetiko-Ergo/Anazitisi-Nomothetikou-Ergou?law_id=de53343e-dbb3-4c24-b7c9-a69700b7f2bb

¹⁵ Cf. SOFIA ADAM, *ibid*, p. 230.

One key provision of the new law is ar. 3 which identifies the social and solidarity economy actors. Specifically, the legislator divides the social and solidarity economy actors into two categories. The first category consists of legal persons that are *ope legis* acknowledged as social and solidarity economy actors. This *numerus clausus* category consists of only three legal entities which are: a) the social cooperative enterprises, b) the social cooperatives of limited liability and c) the worker cooperatives (ar. 3 par. 1 (a-c) L. 4430/2016). These legal persons are recognized by the legislator as social and solidarity economy actors, since their establishment and attribution of legal personality. The second category consists of collective legal persons that are obligated to fulfill specific criteria in order to acquire the status of the social and solidarity economy actor (ar. 3.1 (d) L. 4430/2016). The specific criteria are the following:

- a) to undertake collective and socially beneficial activities,
- b) to ensure the information and participation of their members and to implement a democratic decision-making system, according to the principle “one member one vote”, regardless of the contribution of each member,
- c) to distribute profit as follows:
 - i. at least 5% allocated for the formation of reserves,
 - ii. up to 35% attributed to the employees, unless 2/3 of the members of the General Meeting decide to allocate the above percentage to activities of passage iii,
 - iii. the rest of the profit shall be invested to the creation of new jobs and to expanding their production,
- d) to introduce a system of convergence on labour remuneration, for which the maximum net salary shall not exceed more than three times the minimum, unless 2/3 of the members of the General Meeting decide otherwise,
- e) to aim at networking on a horizontal and equal basis with other actors in order to undertake economic activities and maximize the social benefit,
- f) not to be established and managed by public entities.

The legislator by referring to collective legal persons excludes single-person companies from being recognized as social and solidarity economy actors. Indicatively, the legislator mentions agricultural cooperatives, civil cooperatives¹⁶ and civil non-profit companies as potential candidates for the second category, as long as they fulfil cumulatively the aforementioned criteria.

Some of the above criteria received strong criticism by academics and practitioners for various reasons. On a first reading, the law seems to conceive the social

¹⁶ Civil or urban cooperatives [αστική συνεταιρισμοί] are subject to L. 1667/1986 and may undertake any type of economic activity except agriculture (e.g. cooperative banks, consumer cooperatives).

and solidarity economy in broad terms and not attributing the status of a social and solidarity economy actor to specific legal forms. However, based on the above criteria there are several legal entities excluded, such as: a) the foundations, since they cannot fulfil the democratic governance principle, b) the anonymous societies due to the profit distribution constraints¹⁷.

Moreover, the social and solidarity economy criteria do not apply to the *ope legis* social and solidarity economy actors. Nevertheless, some of the criteria are also prerequisites for the establishment of legal persons of the first category (e.g. the democratic governance or the profit distribution constraints for the social cooperative enterprises and worker cooperatives). However, this is not the case for a number of criteria, such as the criterion of wage convergence, which is only required for the other legal entities and not for the *ope legis* social and solidarity economy actors, even though in this category worker cooperatives are included and according to the World Declaration on Worker Cooperatives wage convergence among the worker cooperative members should be encouraged and promoted¹⁸. In addition, the implementation of the criterion on networking seems to be troublesome. On one hand the social and solidarity economy sector is still in its embryonic stage in Greece and therefore the number of social and solidarity economy unions and networks remains rather low. Also, if a member of such union or network decides to withdraw, does it mean that its status as a social and solidarity economy actor may be jeopardised¹⁹? If such provision is interpreted in a strict manner, then the negative freedom of association may be infringed, since the right to become a member at a union becomes an obligation under L. 4430/2016. On the other hand, if such criterion is interpreted in a flexible manner and may be fulfilled by declaring in the bylaws the intention to participate in unions and other networks, then its application has a rather limited and non significant impact. Such criterion does not apply to *ope legis* social and solidarity economy actors, leading therefore to an unequal treatment in detriment of the non *ope legis* social and solidarity economy actors.

¹⁷ Cf. SOFIA ADAM, AGGELOS KORNILAKIS & KAROLOS IOSIF KAVOULAKOS, *The legal framework of social and solidarity economy in Greece: The experience of public consultation and a critical evaluation of Law 4430/2016*, Heinrich Boll Foundation, 2018, pp. 47 ff.

¹⁸ World Declaration on Worker Cooperatives, approved by the ICA General Assembly in Cartagena, Colombia, on 23 September 2005, p. 3, II (1): "In their internal operations, worker cooperatives must take into account the following rules. They shall: Compensate the work of their members equitably, taking in consideration the function, the responsibility, the complexity and the specificity requested by their positions, their productivity and the economic capacity of the enterprise, trying to reduce the difference between the highest and the lowest compensations". Available at: https://cicopa.coop/wp-content/uploads/2018/02/world_declaration_on_worker_coops_en.pdf

¹⁹ Cf. SOFIA ADAM, AGGELOS KORNILAKIS & KAROLOS IOSIF KAVOULAKOS, *ibid*, pp. 50-51

With regard to the advisory boards, the new law prescribes for the formation of two bodies:

- a) the National Committee for Social and Solidarity Economy (ar. 12 L. 4430/2016),
- b) the Steering Committee for Social and Solidarity Economy (ar. 13 L. 4430/2016).

More specifically, the National Committee for Social and Solidarity Economy is responsible for promoting the social discourse on the public policies of social and solidarity economy, as well as for providing an opinion on the implementation of the National Action Plan for Social Economy (ar. 12 par. 3 L. 4430/2016). The legislator prescribes for a long list of representatives from the public and private sector that may participate at the above committee as members, including representatives from each union of social and solidarity economy actors (ar. 12 par. 1 L. 4430/2016). Although the latter is considered as a significant step forward that strengthens the social and solidarity economy actors' role with regard to monitoring and evaluating relevant public policies, the committee's heterogenous and multi-membered composition may become an obstacle to its formation and proper function²⁰. Thus far, such committee remains inactive due to the fact that the ministerial decision for its formation has not been enacted.

The second committee, which is the Steering Committee for Social and Solidarity Economy, is competent of providing an opinion for the public policies and programs of social and solidarity economy (ar. 13 par. 3 L. 4430/2016). The Minister of Labour chairs at the above committee which members are representatives from other ministries (ar. 13 par. 1 L. 4430/2016). Representatives of other actors can also participate, if deemed necessary and depending on the nature of the subject (ar. 13 par. 3 L. 4430/2016). This committee, as with the previous one, has not been established thus far due to the fact that the ministerial decision for its formation has not been enacted.

One potential way to address the inactiveness of both bodies may be to enable a minority of actors, such as social and solidarity economy representatives, to request the convocation of both committees, that would exercise political pressure to the Minister of Labour to act accordingly. Otherwise, the formation of these committees shall mainly depend on whether the social and solidarity economy is high at the political agenda of the Ministry of Labour and the political party in power without the potential of counteractive actions.

As we have discussed previously, it is within the new law's goals to encourage cooperation among social and solidarity economy actors, as well as synergies

²⁰ Cf. SOFIA ADAM, AGGELOS KORNILAKIS & KAROLOS IOSIF KAVOULAKOS, *ibid*, pp. 79.

with other private or public actors. In particular, according to ar. 9 L. 4430/2016 at least ten social and solidarity economy actors may establish a union, which shall promote the principles of social and solidarity economy and the collective and social benefit of its members- social and solidarity economy actors by undertaking a variety of activities such as the provision of technical/legal assistance, of training and education, as well as of offering support to new or existing social and solidarity economy actors.

In relation to promoting economic collaborations among social and solidarity economy actors, the legislator prescribes for forming contracts, establishing consortiums, second degree cooperatives or European cooperatives and European grouping and networks that have a legal personality separate from their members (ar. 7 L. 4430/2016). Such synergies could take place by applying the general provisions of civil and commercial law. Therefore, the above provision has mainly an informative/pedagogic function, since there is no limitation to social and solidarity economy actors forming any type of enterprise they wish and drafting contracts with other economic actors.

With regard to the representation and cooperation of social and solidarity economy actors, a sharp division is perceived by the legislator who conceives unions as explicitly focused on advocacy, whereas other legal forms may be used by the social and solidarity economy actors for joint economic activities. The fact that the above unions are not awarded a commercial status and are in fact deprived from undertaking commercial acts is a rather unnecessary limitation set by the legislator without serving any obvious reason. Interestingly, practice has shown that organizations that represent social and solidarity economy actors tend to undertake also economic activities for their members and organizations for joint economic activities in the course of time may also represent their members and advocating for the social and solidarity economy sector²¹. For this reason, it is advisable to repeal any limitations set to social and solidarity economy actors and leave enough room to them to decide accordingly based on their needs and aspirations with regard to choosing the adequate legal form and define their pursued goals.

Furthermore, L. 4430/2016 prescribes for a number of supportive measures such as:

- a) access to funding and to programs supporting employment (ar. 5 par. 1&2 L. 4430/2016)

²¹ Cf. GEMMA FAJARDO, "National Reports: Spain" in: Gemma Fajardo, Antonio Fici, Hagen Henry, David Hiez, Deolinda Meira, Hans Münkner, Ian Snaith, *Principles of European cooperative law: Principles, commentaries and national reports*, footnote 158, pp. 603. DAVID HIEZ, "National Reports: France" in: Gemma Fajardo, Antonio Fici, Hagen Henry, David Hiez, Deolinda Meira, Hans Münkner, Ian Snaith, *Principles of European cooperative law: Principles, commentaries and national reports*, p. 246.

- b) the use of movable and immovable public property (ar. 5 par. 3 L. 4430/2016)
- c) public procurement provisions (ar. 6 L. 4430/2016)
- d) tax exceptions (ar. par. L. 4430/2016).

In particular concerning the access to funding, according to ar. 5 par. 1. the actors of Social and Solidarity Economy have access to the National Fund for Entrepreneurship and Development. In addition, the law in ar. 10 stipulates the formation of a fund explicitly for the social and solidarity economy actors under the name “Social Economy Fund”. The Fund shall be established as a legal person of private law and shall be supervised by the Ministry of Labour, Social Security and Welfare. Its main purpose is to finance programs and actions of social and solidarity economy actors. The above fund shall be formulated with the enactment of a joint ministerial decision, which shall further its function. Until such a legal entity is established, a ministerial decision shall prescribe for the formation and management of an account entitled as “Social and Solidarity Economy Fund”. Until recently, the above provisions has remained a “dead letter” due to an inertia of enacting the required ministerial decisions depriving, therefore, the social and solidarity economy actors of benefiting from such a funding tool.

Apart from the above, the legislator mentions that social and solidarity economy actors may participate in programs for entrepreneurship and the Manpower Employment Organisation programs (OAED) to support the work (ar. 5 par. 2 L. 4430/2016). Usually such programs cover part of wage expenses of their employees and a number of social and solidarity economy actors have taken advantage of such programs offered to a variety of enterprises.

The use of public movable or/and immovable property is also one of the supportive measures for social and solidarity economy actors. Such use is permitted with the enactment of a joint ministerial decision between the minister of labour and the competent minister (ar. 5 par. 3 L. 4430/2016).

Concerning the public procurement, ar. 6 enables social and solidarity economy actors to conclude program contracts with the wider public sector and the local authorities. These contracts aim at designing and implementing projects and programs with a social interest and are subject to pre-contractual judicial review by the competent court (ar. 6 par. 1 L. 4430/2016). To carry out such program contracts the use of public property, plant, machinery and tools may be permitted (ar. 6 par. 4 L. 4430/2016).

With regard to taxation, a general remark is that social and solidarity economy actors are subject to the general tax provisions applicable to all legal persons with only a few exceptions, such as the fact that they are not taxed for the part of their profits, which is distributed as a bonus to their workers (: up to 35%) (ar. 72 L.

4430/2016), since it is not considered as an income generated from business activities, but instead it is a wage income²².

2 CONCLUDING REMARKS

The legal recognition of social economy in Greece occurred in 2011 in the midst of the financial crisis and public unrest. Although L. 4019/2011 on “*Social Economy and Social Entrepreneurship and other provisions*” referred to social economy at its title and explanatory report, the vast majority of its provisions regulated a new form of enterprise: the social cooperative enterprise. The legislator’s intension was not to limit the social economy sector to specific legal forms. Nevertheless, the vast majority of the registered legal persons were actually social cooperative enterprises. The above led the otherwise pluralistic social economy to be mainly identified with the above legal form. Moreover, the first law on social economy had not enabled the social economy actors’ active participation in the governmental advisory bodies that were in charge of designing and evaluating public policies.

After the 2015 elections, the change in the political scenery in Greece brought about fundamental reforms in the legal landscape of social economy. More specifically, L. 4430/2016 on “*Social and Solidarity Economy, the Development of its Actors and other provisions*” was promulgated and it substituted L. 4019/2011. The new law introduces the broader term of social and solidarity economy, in order to emphasize the important role that solidarity initiatives played during the crisis years and aim at disassociating the social and solidarity economy sector from a specific legal form, that of the social cooperative enterprise. Some of the social and solidarity economy provisions can be considered as an improvement of the previous law, such as the participation of social economy representatives at the National Committee for Social and Solidarity Economy. On the other hand, the provisions on both governmental advisory bodies remain inactive. In addition, the criteria that the collective legal persons are required to fulfil in order to be recognized as social and solidarity economy actors foster an unequal and unjustified legal treatment between them and the legal entities recognised *ope legis* as social and solidarity economy actors. Based on the above, a future reform of L. 4430/2016 most troublesome and ineffective provisions is needed, in order to provide a favourable legal environment for the development of the social and solidarity economy.

²² ISIDOROS SARIDIS, “Aspects of the tax treatment of social and solidarity economy enterprises under the Income Tax Code” [Όψεις της φορολογικής μεταχείρισης των επιχειρήσεων της Κοινωνικής Οικονομίας στο πλαίσιο του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος], Διοικητική Δίκη 1/2019, p. 50.

BIBLIOGRAPHY

- BBC NEWS, *Eurozone approves massive Greece bail-out*, 2nd of May 2020. Available at: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8656649.stm> ENET.GR ELEUTHEROTUPIA (Ελευθεροτυπία), Syntagma Square overflowing with indignation [Ξεχείλισε αγανάκτηση το Σύνταγμα]. Available at: <http://www.enet.gr/?i=news.el.ellada&id=279683>
- DAN BILEFSKY AND LANDON THOMAS JR., *Greece Takes Its Bailout, but Doubts for the Region Persist*, The New York Times, 2nd of May 2010. Available at: <https://www.nytimes.com/2010/05/03/business/global/03drachma.html?pagewanted=all>
- DAVID HIEZ, “National Reports: France” in: Gemma Fajardo, Antonio Fici, Hagen Henry, David Hiez, Deolinda Meira, Hans Münkner, Ian Snaith, *Principles of European cooperative law: Principles, commentaries and national reports*.
- Explanatory Report of draft law “*Social Economy and Social Entrepreneurship and other provisions*”, 2011, 4th of August 2011, p.1-2. Available at: https://www.hellenicparliament.gr/Nomothetiko-Ergo/Anazitisi-Nomothetikou-Ergou?law_id=7daab675-950f-436b-8b82-bc5eedb70d40
- Explanatory report of the draft law “*Social Economy and Social Entrepreneurship and other provisions*”, 10th of October 2016. Available at: https://www.hellenicparliament.gr/Nomothetiko-Ergo/Anazitisi-Nomothetikou-Ergou?law_id=de53343e-dbb3-4c24-b7c9-a69700b7f2bb
- GEMMA FAJARDO, “National Reports: Spain” in: Gemma Fajardo, Antonio Fici, Hagen Henry, David Hiez, Deolinda Meira, Hans Münkner, Ian Snaith, *Principles of European cooperative law: Principles, commentaries and national reports*
- GILLES CAIRE, WILLY TADJUDJE, “Toward a global legal culture of the social economy enterprise? An international comparison of social economy legislation” [Vers une culture juridique mondiale de l’entreprisocial economy d’ESS ? Une approche comparative internationale des législations ESS], *RECMA* 2019/3 (No 353).
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Social and Solidarity Economy and the Future of Work*. Geneva: ITC/ILO/EURICSE, 2017.
- IOANNIS NASIOULAS, “Social cooperatives in Greece. Introducing new forms of social economy and entrepreneurship”, *International Review of Social Research*, Vol. 2, Issue 2, pp. 141-161.
- ISIDOROS SARIDIS, “Aspects of the tax treatment of social and solidarity economy enterprises under the Income Tax Code” [Όψεις της φορολογικής μεταχείρισης των επιχειρήσεων της Κοινωνικής Οικονομίας στο πλαίσιο του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος], *Διοικητική Δίκη* 1/2019.
- SOFIA ADAM, AGGELOS KORNILAKIS & KAROLOS IOSIF KAVOULAKOS, *The legal framework of social and solidarity economy in Greece: The experience of public consultation and a critical evaluation of Law 4430/2016*, Heinrich Boll Foundation, 2018.
- SOFIA ADAM, *Social and solidarity economy and the crisis: Challenges from the public policy perspective*, East-West Journal of Economics and Business, Vol. XXI, Nos 1-2.
- SPECIAL SECRETARY OF SOCIAL AND SOLIDARITY ECONOMY, *National report 2017 and action plan for the development of an ecosystem of social and solidarity economy 2017-2023*, p. 33. Available at: <http://www.yeka.gr/>

World Declaration on Worker Cooperatives, approved by the ICA General Assembly in Cartagena, Colombia, on 23 September 2005, Available at: https://cicopa.coop/wp-content/uploads/2018/02/world_declaration_on_worker_coops_en.pdf



andavira
e d i t o r a