





Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 3-6

CONTIDO

DOCTRINA

- Manuel Botana Agra, *Achegas da encíclica “caritas in veritate” ao estudo da responsabilidade social das empresas (RSE)* 9
- Deolinda Aparicio Meira, *O quadro jurídico constitucional do cooperativismo em Portugal* 31
- Maria Elisabete Gomes Ramos, *Cooperativas e D&O Insurance para entidades não lucrativas* 47

ACTUALIDADE XURÍDICA

(Coordinador: Manuel José Vázquez Pena)

- Manuel José Vázquez Pena, *Aprobación da Lei 5/2011, de 29 de marzo, de economía social* 79
- Fernando García Cachafeiro, *Modificacións da Lei de cooperativas das Illas Baleares para reforzar a súa capitalización en tempos de crises* 85
- Pablo Fernández Carballo-Calero, *Anotación da Lei 4/2010, do 29 de xuño, de cooperativas da comunidade autónoma do principado de Asturias* 89
- Rafael García Pérez, *Disposicións da Lei de economía sostible que inciden no dereito de cooperativas* 93
- Francisco José Torres Pérez, *Comentario a LCCLM* 99
- Jose Antonio Rodríguez Míguez, *Cataluña adapta a súa lexislación de cooperativas a norma NIC 32 sobre contabilización dos recursos propios* 105
- Elena Salgado André, *A reforma da Lei de Cooperativas de Aragón* 109
- Maria Luisa Cabello López, *Anotación a Lei 3/2011, de 4 de marzo, pola que se regula a sociedade cooperativa europea con domicilio en España* 113
- Xacobo Izquierdo Alonso, *Dereito de información: posibilidade de impugnación dun acordó non notificado a un socio excedente ao que lle afectaba directamente* 119

- Jose Antonio Rodríguez Míguez, *Vantaxes fiscais e cooperativas* 133
- Isabel Sánchez Cabanelas, *Competencia da xurisdicción laboral na resolución dos conflitos entre os socios e as cooperativas de ensino* 137
- María Jesús Rodríguez Míguez, *Alcance da nulidade dun contrato de financiamento dunha cooperativa e o poder de representación dos seus asinantes* 145
- Sinesio Novo Fernández, *Sobre a impugnación de acordos da assemblea xeral relativos a cualificación das baixas* 149

ACTUALIDADE LABORAL

(Coordinador: Jaime Cabeza Pereiro)

- Emma Rodríguez Rodríguez, *Apuntes sobre a flexibilidade horaria como instrumento de conciliación da vida persoal, familiar e laboral no eido das cooperativas* 157
- - Marta Fernández Prieto, *Relación dos convenios colectivos de sector de ámbito autonómico ou inferior publicados no diario oficial de Galicia ou nos boletíns oficiais provinciais entre o 21 de abril de 2011 e o 31 de outubro 2011.* 163

ACTUALIDADE FISCAL

(Coordinadora: Ana María Pita Grandal)

- Ana María Pita Grandal, *O restablecemento do Imposto sobre o Patrimonio das Persoas Físicas polo Real Decreto-lei 13/2011* 173
- Roberto I. Fernández López, *Novidades lexislativas introducidas no Imposto sobre Sociedades para o ano 2011* 185
- María Cruz Barreiro Carril, *A recente modificación do réxime de amortización do fondo de comercio financeiro na Lei do Imposto sobre Sociedades* 189
- Luis Miguel Muleiro Parada, *As novidades no IRPF para o ano 2011* 193
- Jaime Aneiros Pereira, *Prontuario do IVE 2011* 201
- Carmen Ruiz Hidalgo, *Novidades no Imposto sobre Transmisións Patrimoniais e Actos Xurídicos Documentados* 207
- Mónica Siota Álvarez, *Novidades financeiras na Comunidade Autónoma galega para o 2011* 209
- María Cruz Barreiro Carril, *Comentario á sentenza do TXUE de 8 de setembro de 2011, asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08 - Réxime fiscal das cooperativas italianas e a súa compatibilidade co artigo 107 TFUE-* 215

ACTUALIDADE COOPERATIVA EM PORTUGAL

(Coordinadora. Deolinda Aparicio Meiral)

- Eduardo Graça, *Economia Social em Portugal. Actualidades* 223
- Alexandre de Soveral Martins, *Breve nota sobre a Portaria n.º 312/2010, de 5 de Maio, ou sobre o capital social das caixas agrícolas* . 227
- André Almeida Martins, *Breve nótula sobre a integração e concentração das cooperativas agrícolas* 231
- Óscar Afonso, *O microcrédito numa perspectiva económica* 237
- Cristina Parente e Vanessa Marcos, *Uma abordagem sociológica sobre o voluntariado. Análise da Resolução do Conselho de Ministros n.º 62/2010* 241
- Ana Maria Bandeira, *O novo regime de normalização contabilística para as entidades sem fins lucrativos* 247
- Raul Guichard, *Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Dezembro de 2009 (Anotação)* 253
- Tiago Pimenta Fernandes, *A cooperativa de habitação: sobre a responsabilidade por defeitos de construção na venda a terceiros (Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Junho de 2010)* 261
- Filipa Urbano Calvão, *A invalidade do acto administrativo de uma cooperativa com funções de regulação pública (Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo) decorrente da preterição da audiência prévia dos interessados (Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7 de Julho de 2010)* 267
- Paulo Vasconcelos, *O regime de invalidade das deliberações sociais previsto no Código das Sociedades Comerciais é subsidiariamente aplicável a deliberações tomadas pelos cooperadores em assembleia-geral (Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de setembro de 2010)* 277
- Deolinda Aparicio Meira, *O regime de transmissão dos títulos de capital nas cooperativas (Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de janeiro de 2011)* 283



DOCTRINA

- Manuel Botana Agra
Achegas da encíclica “caritas in veritate” ao estudo da responsabilidade social das empresas (RSE)
- Deolinda Aparicio Meira
O quadro jurídico constitucional do cooperativismo em Portugal
- Maria Elisabete Gomes Ramos
Cooperativas e D&O insurance para entidades não lucrativas



Cooperativismo e Economía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 9-30

ACHEGAS DA ENCÍCLICA “CARITAS IN VERITATE” AO ESTUDO DA RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS (RSE).

Manuel BOTANA AGRA

Catedrático, profesor emérito da Universidade de Santiago de Compostela.

1. PREÁMBULO.

A cuestión social da empresa é abordada na encíclica *Caritas in Veritate* (en diante, CiV) desde unha perspectiva obxectiva e despoxada da tensión longamente mantida entre as ideoloxías tipicamente capitalistas e socialistas. Contemplada como unha realidade humana en canto tal (a *Unternehmen an Sich*), a empresa concíbese como unha institución perfectamente ancorada no sistema económico e social hoxe universalmente imperante: o sistema de liberdade de empresa e economía de mercado; e dentro da estrutura deste sistema constitúe un piar básico xunto co empresario e o mercado. Isto explica que a CiV resalte a dimensión institucional da empresa; para a CiV, en efecto, a empresa non é só un ben patrimonial que se valora como riqueza de interese xeral, senón tamén como unha auténtica “comunidade empresarial” na que se asenta unha comunidade de persoas (propietarios, traballadores, directivos, provedores) que atopan ou deben atopar nela o medio de desenvolver o proxecto de vida persoal e familiar, contribuindo así á realización do proxecto colectivo da sociedade. É xustamente esta concepción institucional da empresa a que serve de plataforma a CiV para articular e auspiciar a súa proposta de empresa cristiá para o desenvolvemento integral do ser humano. Compréndese deste xeito que temas tan vitais como os da defensa do “interese da empresa”, da “ganancia empresarial”, dos investimentos ou da deslocalización sexan obxecto de particulares e esixentes orientacións na CiV.

Emprazada no núcleo mesmo do sistema económico de libre mercado, pode dicirse que a CiV acepta como punto de partida a concepción da empresa como *unha organización económica de capital e traballo destinada á produción e / ou distribución de bens e servizos para o mercado*. Agora ben, fronte á posición hexemónica do modelo capitalista de empresa, que sitúa o seu obxectivo predominante na maximización do beneficio (conforme ao denominado método MPRDC: *Make More Profit, the Rest we Don't Care about*), a CiV propugna e promove o recoñecemento doutros modelos de empresa que, sen renunciar á creación de valor económico nin á obtención de beneficio, transcenden a mera lóxica do mercado para dar cobertura a obxectivos e finalidades non lucrativos. Sinala neste sentido a CiV (núm.38) que "xunto á empresa privada, orientada ao beneficio, e os diferentes tipos de empresa pública, debense poder establecer e desenvolver aquelas organizacións produtivas que perseguen fins mutualistas e sociais"; deste xeito "a caridade na verdade significa a necesidade de dar forma e organización a iniciativas económicas que, sen renunciar ao beneficio, queren ir máis aló da lóxica do intercambio de cousas equivalentes e do lucro como fin en se mesmo".

Acorde con este enfoque da empresa, a CiV opta por profundar na tarefa de "humanizar" o sistema económico no seu conxunto e, dentro del, pon particular énfase na "humanización" das súas pezas básicas: o empresario, a empresa e o mercado. Para a CiV todo se orienta ao corazón da persoa - considerada tanto individualmente como integrada en organizacións empresariais- onde aniña o núcleo das valoracións e anhelos morais que lle fan concibir e explotar a actividade económica de empresa como "vocación"; isto é, como misión que tende a promover o desenvolvemento humano e social integral con plena liberdade e responsabilidade. Para o logro deste empeño, precísase dar entrada no ámbito da economía e, xa que logo, da empresa a fortes doses de humanización que se sustenten no principio-valor da *fraternidade universal*, así como na cultura do *don e a gratuidade*. Deste xeito, a CiV incorpora ao sistema económico e ás súas institucións a xustiza social transcendida e enriquecida con contidos de natureza ética (a lóxica do don, do gratuito, do solidario) ,que van máis aló da cultura do mercantil e contractual propia da súa típica razón económica e razón xurídica liberal. Pode afirmarse neste sentido que a audacia da CiV estriba en propor unha reformulación ética de todo o sistema económico imperante, mediante a inxección da lóxica da gratuidade na realización e xestión da actividade económica, ao obxecto de superar as carencias ou deficiencias de que adoece as lóxicas do mercado, da equivalencia ou da xustiza conmutativa.

En definitiva, a CiV propónse romper coa vella e desfasada dicotomía entre o económico e o social; dicotomía que levou a considerar o *económi-*

co como o espazo onde se produce riqueza (rexida polo principio de xustiza conmutativa) e o *social* como o lugar da solidariedade (inspirada na xustiza distributiva e, ata, na cultura da gratuidade). Fronte a este xeito de ver as cousas, a CiV ensina que tamén se pode facer economía cando se perseguen fins de carácter social e se actúa por motivos de tipo prol-social; ata o punto de que non sería eticamente aceptable unha xestión económica que non incorporase a dimensión do social.

E como ferramentas necesarias para superar a apuntada dicotomía, a CiV propón, ademais da lóxica da gratuidade, os principios de fraternidade e de solidariedade. Partindo de que hai unha única comunidade da familia humana, a *fraternidade* é o principio de organización social que permite aos iguais ser diferentes (no sentido de que poden expresar de modo diverso o seu proxecto de vida), en tanto que a *solidariedade* é o principio de organización social que permite aos desiguais chegar a ser iguais en virtude da súa igual dignidade e dos seus dereitos fundamentais.

Pola súa condición de peza esencial do sistema económico preponderante no mundo, a empresa ha de contribuír tamén a conseguir o obxectivo último do *desenvolvemento humano integral*. Para iso, do mesmo xeito que ese sistema no seu conxunto, a empresa ha de someterse, segundo xa se dixo, a un baño de “humanización”. Apuntando nesta dirección, e sen que se propuxese entrar en detalles sobre este punto, a CiV contén importantes pautas ou “mensaxes” promotores do proceso humanizador da empresa como instrumento do desenvolvemento integral do ser humano. Entre tales mensaxes atópase, en primeiro termo, o da concepción das estruturas económicas (a empresa, por exemplo) como instrumentos da liberdade humana. A vocación ao desenvolvemento humano integral constitúe unha chamada transcendente que require unha resposta libre e responsable da persoa (CiV, núm.17). Unha empresa que limite os graos de liberdade das persoas facéndoas dependentes dela de xeito absoluto, impide a realización do desenvolvemento humano integral; este, en efecto, supón a liberdade responsable da persoa, polo que ningunha empresa poderá contribuír a devandito desenvolvemento desde fóra e por encima da responsabilidade humana.

Outra mensaxe é o de que a procura de beneficio a calquera prezo como obxectivo exclusivo da empresa, pode conducir á súa propia destrución. Respecto diso é ben ilustrativa a afirmación da CiV (núm.21) de que “o obxectivo exclusivo do beneficio, cando é obtido mal e sen o ben común como fin último, corre o risco de destruír riqueza e crear pobreza”. Acorde con isto, a empresa non pode limitarse a ser instrumento de creación de riqueza material; senón que, ao estar formada por persoas na súa plenitude e

complexidade, a súa faceta de eficiencia económica non pode illarse da súa faceta de solidariedade social.

Importante é así mesmo a mensaxe de que “toda decisión económica ten consecuencias de carácter moral”(CiV, núm.37). Significa isto que as normas da xustiza deben respectarse desde o principio e durante o proceso económico, e non só despois ou colateralmente; dito doutro xeito, non é aceptable unha interpretación utilitarista da ética no sentido de buscar o maior ben para o maior número de persoas, independentemente dos “efectos colaterais” (debe atenderse ao *multa* , pero tamén ao *multum*).

Como corolario do anterior, a orientación da actividade empresarial ao servizo do ben común eríxese noutra das mensaxes que a CiV dirixe á empresa. Quere isto dicir que nas diversas accións que se desenvolvan na empresa, tanto a nivel interno como cara ao exterior, deben tratar de conxugarse os intereses particulares co interese xeral ou ben común; como sinala a CiV(núm.7) “xunto ao ben individual, hai un ben relacionado co vivir social das persoas: o ben común”; e subliña respecto diso que “ a xestión da empresa non pode ter en conta unicamente o interese dos seus propietarios, senón tamén o de todos os outros suxeitos que contribúen á vida da empresa” (núm.40).

Finalmente, para que a empresa responda convenientemente ás expectativas que nela teñan depositados todos os interesados (propietarios, traballadores, clientes, etc...), incluídas a sociedade en xeral e as institucións públicas nas que esta se articula, a CiV lanza una chamada de atención sobre un concepto emerxente cuxo obxectivo reside en implicar á empresa na asunción voluntaria de responsabilidades non estritamente xurídicas (imperativas) destinadas a reparar os efectos danosos que poidan sufrir determinados “grupos de interese” (traballadores, consumidores, medio ambiente, contorna social) e que teñan a súa orixe no exercicio da correspondente actividade económica empresarial. Trátase en concreto da denominada *Responsabilidade Social da Empresa (RSE)* ou tamén *Responsabilidade Social Corporativa (RSC)*. Xustamente, ao estudo desta figura dedícanse os epígrafes que seguen, con especial atención ao papel que á RSE lle asigna a CiV como elemento transformador da empresa no marco do sistema de economía de mercado.

2. A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA (RSE) NA TEORÍA ECONÓMICA.

A Responsabilidade Social da Empresa (RSE) -denominada tamén Responsabilidade Corporativa(RC) e Responsabilidade Social Corporativa (RSC)- erixiuse nos últimos anos nun dos vectores económico-xurídicos de

especial pegada no ámbito da configuración e competitividade das empresas. Compréndese así que a RSE ocupe na actualidade un lugar destacado no debate económico, político e social ao redor da conformación do concepto da empresa como instrumento de canalización e desenvolvemento da actividade económica nas súas múltiples e complexas proxeccións.

Sentados os seus primeiros piares no ámbito da cultura empresarial dos Estados Unidos a partir dos anos 1950, en Europa a RSE empeza a ser obxecto de análise por parte dos economistas e políticos nos anos finais do século XX e primeiros do século actual. Na toma en consideración da RSE polo empresariado europeo parece influír especialmente a chamada realizada polo secretario xeral ONU (na reunión que celebrou o WEF, *World Economic Forum* en xaneiro de 1999) ás empresas de todo o mundo instándolles a que actuasen de xeito “socialmente responsable” nos sectores sobre todo dos dereitos humanos, do traballo, do medio ambiente e da loita contra a corrupción.

Como queira que fose, é o certo que no marco da Comunidade Europea (hoxe, Unión Europea) e durante os primeiros anos do presente século levaronse a cabo estudos e accións dirixidas a crear nos poderes públicos e nas empresas dos Estados membros un estado de opinión favorable á recepción dos principios e valores da RSE importados de experiencias foráneas que xa por entón se achaban amplamente contrastadas (en particular, dos EEUU). Entre tales estudos e accións merecen cita aquí o Libro Verde (CE) titulado “ *Fomentar un marco europeo para a responsabilidade social das empresas*”(2001), a Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo e ao Consello sobre a *incorporación da RSE polas empresas europeas* (2002) e, como acción incluso máis resolutiva, a Directiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, *sobre Prácticas Comerciais Desleais* (2005).

2.1. Delimitación conceptual.

O tema do concepto da RSE parece atoparse aínda *in fieri* , dada a dificultade de subsumir nunha formulación unitaria as distintas sensibilidades concorrentes na RSE (entre outras, as das propias empresas, as da administración pública, os sindicatos ou as da sociedade civil mesma); ao que debe engadirse que, por se tratar dunha categoría histórica, a RSE ten que ser definida cun enfoque eminentemente dinámico, polo que a validez do concepto que se acolla haberá de ser tributaria dos cambios que poidan producirse nos factores sobre os que se asenta.

Dentro das apuntadas coordenadas, nas liñas que seguen resáltanse dúas definicións cuxa relevancia deriva da que adorna a quen as formulan: a

Comisión da Unión Europea e o Foro de Expertos de RSE do Ministerio español de Traballo e Asuntos Sociais.

Segundo a Comisión da Unión Europea (Libro verde citado) a RSE é *a integración voluntaria, por parte das empresas, das preocupacións sociais e ambientais nas súas operacións comerciais e nas relacións cos seus interlocutores*. (Esta definición, por exemplo, faina tamén súa *ad litteram* o lexislador da Comunidade Autónoma de Estremadura na Lei 15/2010, do 9 de decembro, *de responsabilidade social empresarial en Estremadura*).

Polo seu lado, para o Foro de Expertos de RSE do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais, a RSE é *o conxunto de obrigacións legais (nacionais e internacionais) e éticas da empresa, que xorden da relación cos seus grupos de interese e do desenvolvemento da súa actividade da que se derivan impactos no ámbito social, ambiental, laboral e de dereitos humanos nun contexto global*.

Tomando como base ambas definicións, cuxo núcleo aparece tamén recollido igualmente noutras moitas definicións expresadas desde culturas e tradicións diferentes (véxase respecto diso o elenco de definicións de RSE reproducidas por MULLERAT, R. (2010), *Internacional Corporate Social Responsibility. The Role of Corporations in the Economic Order of the 21st Century*, Kluwer Law Internacional, Alphen), pode conceptuarse a RSE como *a asunción voluntaria por parte da empresa do conxunto de compromisos éticos que no exercicio da súa actividade económica xorden nas súas relacións cos seus grupos de interese nos ámbitos social, ambiental, laboral e de dereitos humanos nun contexto global*.

Da definición que acaba de formularse cabe extraer como notas conformadoras do concepto da RSE as seguintes:

a) Sublíñase ante todo que a RSE comporta para a empresa a *asunción voluntaria* de determinados compromisos de índole ética. A voluntariedade da asunción deses compromisos constitúe o eixo fundamental da RSE; esta só entra en xogo cando esgota o seu campo de acción o imperio da Lei; afirmase neste sentido que a RSE baséase no que a empresa *pode* facer, e non no que a empresa *debe* facer. A RSE representa, pois, unha oportunidade e non unha obriga imposta por unha norma xurídica (vontade heterónoma); e aínda que presupón o estrito cumprimento de obrigacións legais vixentes, a RSE comporta que a empresa integra voluntariamente no seu goberno e xestión, así como nas súas estratexias e procedementos, as preocupacións sociais, laborais, ambientais e de respecto aos dereitos humanos que xurdan das súas relacións cos seus grupos de interese.

b) En segundo lugar, a RSE implica que a empresa ha de absorber e reflectir en toda a súa estrutura o *conxunto de compromisos éticos* que dimanhan das relacións que no exercicio da súa actividade económica típica establece cos correspondentes grupos de interese. Desde o momento en que por propia vontade o titular da empresa opta por incorporar a RSE á mesma, o total estrutura da empresa ha de verse impregnada, en todas as súas dimensións, polo contido e alcance dos compromisos de carácter ético (non legal) que se asuman; asunción que, no entanto a súa vontade, vincula á empresa coa mesma forza que se dunha obrigaón legal se tratase. Esta vinculación, derivada dunha autoimposición, coloca a RSE nun plano totalmente distinto do das accións puramente altruístas ou filantrópicas, pois mentres a RSE se inserta na medula da empresa nas súas diversas relacións (coa administración pública, cos traballadores, cos consumidores, etc...), aquelas accións realízanse desarticuladas da dinámica estrutural da empresa, sen pasar de ser algo simplemente externo e accidental á súa propia identidade esencial.

c) En terceiro lugar, o conxunto de compromisos éticos que se asumen por existencia da RSE, han de ter a súa orixe en relacións *da empresa cos seus grupos de interese no exercicio da súa actividade económica*. Con esta nota quérese destacar que a RSE se enxerta primordialmente na dimensión da empresa *adextra*, isto é, no variado e complexo mundo das relacións que a consecuencia do exercicio da súa típica actividade económica establécese entre ela e as persoas coas que, directa ou indirectamente, entra en contacto con certa vocación de permanencia; persoas que forman os denominados “grupos de interese” (*Stakeholders*), entre os que se atopan os propietarios da empresa (chamados tamén os accionistas), os traballadores, provedores, clientes, as administracións públicas ou a colectividade ou sociedade civil no seu conxunto.

d) Para rematar, os compromisos que por virtude da RSE asume a empresa fronte aos grupos de interese han de se incardinar nos *ámbitos social, ambiental, laboral e de respecto dos dereitos humanos nun contexto global*. Sen descartar a posibilidade de expansión da RSE a outros aspectos, na actualidade este instituto centra o seu campo de actuación nos ámbitos social, laboral, ambiental e de respecto dos dereitos humanos. No ámbito social, os compromisos derivados da RSE adoitan focalizarse en accións educativas e sanitarias en beneficio de grupos determinados ou da colectividade humana en xeral; as accións de carácter laboral adoitan proxectarse na mellora das condicións de traballo de todas as persoas que prestan servizos á empresa (asalariados, concesionarios, asesores externos, etc.); no ámbito ambiental, a RSE comporta a asunción por parte da empresa de compromisos dirixidos a evitar a deterioración do medio ambiente, entendido nun sentido amplo

(fauna, flora, aire, auga, etc...), e/ou a contribuír á súa conservación e mellora; e finalmente, no campo dos dereitos humanos a RSE implica para a empresa o recoñecemento e respecto dos dereitos humanos proclamados como tales nos textos xurídicos de ámbito nacional e internacional (dignidade humana, non discriminación, igualdade de xénero, etc...).

2.2. Obxectivos.

Visto que a RSE comporta a integración pola empresa de determinados compromisos éticos nacidos das súas relacións empresariais cos seus grupos de interese, debe concluírse que aquela representa unha especie de pacto entre empresa/sociedade dirixido a instaurar un desenvolvemento económico sostible, harmónico e respectuoso cun conxunto de valores humanos, sociais e ambientais. Agora ben, por contraste co que a primeira vista puidese parecer, a RSE non significa unha abrupta ruptura cos principios sobre os que tradicionalmente se cimentaron as estruturas e organizacións empresariais (sociedades mercantís, cooperativas, etc.). Así a todo, sen renunciar ao núcleo deses principios, a RSE aspira a enmarcalos nun contexto que excede do estritamente lucrativo; esfórzase por imprimirlles novos enfoques e horizontes acomodándoos ás esixencias dun mundo cada vez máis globalizado e cunha acentuada sensibilidade en materia de dereitos humanos, de atencións sociais e de preservación da Natureza.

Tendo en conta estes presupostos, seguidamente se realiza unha sucinta exposición sobre, dun lado, os valores e principios reitores da empresa clásica ou tradicional (que é a recollida, por exemplo, no Código de Comercio español de 1885) e, doutro, sobre o “plus” ou valor engadido que aos mesmos inxecta a RSE.

Sen pretensións de exhaustividade, os principais valores e principios da empresa “tradicional” (puramente mercantilista) pódense compendiar nos seguintes: a obtención de lucro, a competitividade, a xerarquía, a eficiencia e a imaxe.

A) A *procura de beneficio* (sustentada no “animo de lucro”) representou e segue representando un elemento connatural da empresa (respecto diso é ben ilustrativo o artigo 116 do vixente Código de Comercio español ao definir a compañía mercantil como “*o contrato polo cal duas ou máis persoas obríganse a pór en fondo común bens, industria ou algunha destas cousas, para obter lucro*”).

Pois ben, sen que a obtención de beneficios deixe de actuar como un obxectivo lexítimo da empresa, a RSE trata de someter a un certo grao de

“contención” o afán egoísta inherente á obtención de lucro; noutras palabras, a RSE busca conxugar este obxectivo con responsabilidades e compromisos doutra índole, grazas ás cales poidan coexistir as aspiracións da empresa no logro de beneficios co ben común, que redunde en proveito doutros suxeitos e da sociedade en xeral. A RSE, pois, pon o acento en que a empresa debe buscar, xunto ao ben particular, o ben común como valor necesario para a mellora da situación económica, social e ambiental. Nesta liña a empresa ha de acometer a xestión das inevitables tensións que se deriven da procura do ben propio e do ben común; xestión que lle permitirá descubrir as sinerxías existentes entre ambos os obxectivos en aparencia contraditorios e excluíntes.

B) Polo seu lado, a *competitividade* segue sendo un importante paradigma da empresa como factor de éxito no mercado e de permanencia no tempo. Sostense comunmente que a existencia dunha competencia efectiva entre as empresas constitúe un dos elementos definatorios da economía de mercado: disciplina a actuación da empresa e reasigna os recursos produtivos a favor dos operadores ou das técnicas máis eficientes e, deste modo, a eficiencia produtiva trasládase ao consumidor baixo a forma de menores prezos ou dun aumento da cantidade ofrecida de produtos, da súa variedade e da súa calidade.

Agora ben, sen desatender os aspectos positivos que indubidablemente derivan da competitividade entre as empresas (competitividade que finca as súas raíces no egoísmo e no afán por superar aos demais), a magnitude dos retos económicos, sociais e ambientais que ten que afrontar a colectividade humana no seu conxunto, conduce irremediabilmente a que o valor da competitividade empresarial deixe espazo ao da *cooperación* da empresa cos seus grupos de interese. E é precisamente neste cambio de dirección onde a RSE pon a súa énfase; de aí que para as empresas sexa tarefa, non sempre fácil, a de xestionar equilibradamente a tensión entre a necesidade de competir e a de cooperar; cooperación que debe estar aberta a clientes, provedores, administracións públicas e ata ás propias empresas competidoras.

C) En canto ao principio de xerarquía, é indubidable que a empresa debe dotarse dunha estrutura baseada neste principio; en caso contrario, dificilmente poderá operar con éxito e alcanzar os obxectivos que se ten proposto. Obviamente, na articulación do principio xerárquico no seo da empresa son posibles graos ou niveis que van desde os máis ríxidos (centralización de pensamento, de actuación e de decisión) aos que permiten unha certa repartición de funcións. Pois ben, fronte a unha aplicación estrita do principio de xerarquía, propia da concepción tradicional da empresa, a RSE preconiza

proceder neste campo con marxes de flexibilidade, especialmente no seo das modernas organizacións empresariais; flexibilidade que haberá de supor asumir un certo nivel de descentralización na toma de decisións, tolerar e acoller puntos de vista diverxentes ou dar entrada a actividades marxinais ás tipicamente empresariais. A RSE persegue, pois, que na empresa poidan coexistir o principio xerárquico con estruturas temporais baseadas nun liderado non xerárquico, promovendo non tanto relacións de carácter piramidal senón relacións en rede no seo da pirámide xerárquica. Afirmase neste sentido que é tarefa da RSE conseguir que xerarquía e holarquía convivan na empresa asegurando deste xeito a súa sustentabilidade.

D) Polo que respecta á *eficiencia*, ben sabido é que esta nota eríxese nun dos fundamentos da teoría económica; xa que logo, para ter éxito no presente e seguir téndoo no futuro a empresa ha de ser eficiente. En síntese, a eficiencia tradúcese en obter o maior rendemento co menor custo. Así entendida, a eficiencia sitúa o foco das súas atencións no presente e descoida o futuro; promove a seguridade, busca a certeza e foxe do risco. Con base nisto dise que a eficiencia lastra a capacidade de aprender e de crear. Pois ben, aínda recoñecendo que a empresa debe ter a eficiencia como norte do súa actuación, a RSE ocúpase de estimular no seu seo -sobre todo, como instrumento de sustentabilidade no tempo- que a súa actuación eficiente conviva co afán de procura, co risco e coa incerteza. A RSE trata de promover que a empresa adopte unha actitude aberta, que favoreza a creatividade a aprendizaxe; só así poderá manterse viva.

E) Finalmente, outro valor da empresa tradicional é o da *súa imaxe*, isto é, a percepción que os demais (consumidores, competidores, administracións públicas, etc.) teñen da empresa. Trátase, sen dúbida, dun intanxible susceptible de condicionar o maior ou menor éxito da empresa no mercado. Cando a imaxe se cimenta sobre a calidade das propias prestacións da empresa, é indubidable que a mesma contribúe en medida nada desdeñable ao *goodwill* ou boa reputación da empresa, o que, á súa vez, redundará no éxito e duración da mesma. Pero pode suceder que a imaxe da empresa non pase de ser unha pura maquillaxe (forxado fundamentalmente a base de campañas publicitarias ou de comportamentos desleais no mercado) que, máis pronto ou máis tarde, deixa ao descuberto o carácter enganoso da mesma. Isto explica que a través do instituto da RSE se aspire a frear a excesiva énfase pola creación dunha mera imaxe externa e a fomentar que esta asente sobre o valor da “coherencia”. Xa que logo, a incorporación da RSE á empresa implica que esta se compromete a que a imaxe que de se mesma trata de proxectar ao exterior non quede nun mero envoltorio, senón

que sexa unha consecuencia derivada da coherencia da súa actuación cos valores e principios que deben presidir as súas relacións cos seus grupos de interese no exercicio da súa actividade económica empresarial.

2.3. Elementos configuradores.

Do que queda exposto cabe concluír que a integración da RSE na dinámica da empresa comporta que esta, ademais do cumprimento estrito das obrigacións legais en vigor, inserta de forma voluntaria no seu goberno e xestión, na súa estratexia e nas súas políticas e procedementos, os valores e códigos éticos das preocupacións sociais, laborais, ambientais e de respecto aos dereitos humanos que xorden da relación e o diálogo transparente cos seus grupos de interese, responsabilizándose das consecuencias e dos impactos negativos que derivan das súas actuacións.

Así delimitada, varios son os elementos que interveñen na configuración da RSE; elementos que poden agruparse nos apartados relativos á ética e valores da empresa, aos recursos humanos e relacións laborais, ao medio ambiente, ás relacións externas da empresa e ao tratamento da información e a comunicación.

I) No apartado destinado á “*ética e valores da empresa*” os ítems a ter en conta son principalmente os seguintes:

- A definición do conxunto de valores e normas mediante a súa plasmación nun código de conduta ou instrumento análogo.
- A transmisión deses valores e normas aos grupos de interese da empresa (propietarios, traballadores, provedores, consumidores, contorna social)
- A determinación do alcance da responsabilidade social asumida.
- A participación e interacción en redes sociais.
- A orientación cara aos obxectivos e actividades dos grupos de interese da empresa.
- A comunicación dos seus resultados de xestión estratéxica de responsabilidade social empresarial.
- A promoción da aplicación da ciencia e das novas tecnoloxías, así como da innovación.

II) No capítulo de recursos “*humanos e relacións laborais*”, a RSE deberá estar centrada principalmente sobre:

- O establecemento de accións positivas antidiscriminatorias (por razón de sexo, raza, nacionalidade, etnia, etc.) nos procesos de selección de persoal, de inserción laboral e de relacións laborais.
- A reserva de postos de traballo para persoas con discapacidade en porcentaxes superiores aos establecidos por Lei ou por convenio.
- A ordenación e distribución das xornadas laborais, horarios e descansos que permita aos traballadores un equilibrio entre a vida persoal, familiar e laboral en mellores condicións que as legalmente previstas.
- O fomento da implicación do persoal no seu conxunto na xestión da responsabilidade social da empresa.
- A potenciación do desenvolvemento persoal e profesional dos traballadores, mediante plans de formación, cualificación e perfeccionamento profesional.
- A práctica de políticas favorables á estabilidade laboral.
- A mellora continua da seguridade e saúde laboral.
- A promoción da liberdade de afiliación sindical, da efectividade do dereito á negociación colectiva e da adopción de procedementos de solución extraxudicial de conflitos laborais.
- O fomento do talento inventivo dos empregados.
- A transparencia das políticas salariais e a equidade na súa aplicación.

III) Dentro do apartado destinado ao "*medio ambiente*", a RSE ha de atender a:

- A preservación do medio ambiente mediante o establecemento de sistemas de análises, xestión e avaliación ambiental.
- A redución da contaminación de aire e o chan, así como a redución da polución acústica.
- A redución de custos mediante o aforro de enerxía, reciclaxe e transportes alternativos.
- A planificación ambiental con establecemento de parámetros sobre prevención e redución do impacto.
- A evolución das emisións industriais que se xeren.

IV) No ámbito das “*relacións sociais da empresa*”, a RSE debe contemplar:

- A adquisición de subministracións e a relación cos seus provedores.
- O establecemento dos criterios a seguir na selección de provedores.
- O compromiso social activo co desenvolvemento local e os colectivos sociais máis facilmente vulnerables.
- A promoción dos valores solidarios e o estímulo á colaboración voluntaria dos traballadores en actividades da localidade.
- O impulso á realización de proxectos de carácter cultural, deportivo ou doutra natureza a favor da comunidade local.

V) Finalmente, no apartado referido ao “*tratamento da información e a comunicación*”, a RSE supón levar a cabo:

- A adopción de procesos de validación externa e auditorías para incrementar a transparencia informativa e contable.
- A elaboración e difusión de memorias sobre sustentabilidade que reflectan o seu triplo balance: social, económico e ambiental.
- A posta en funcionamento dun servizo de reclamacións.
- O establecemento dun sistema de etiquetaxe que conteña información clara e sinxela para os consumidores e clientes.
- A introdución de medidas integrais de xestión da calidade nos diferentes aspectos da actividade desenvolvida pola empresa.

3. RSE Á LUZ DA ENCÍCLICA “CARITAS IN VERITATE”, (CIV).

3.1. Posición da Doutrina Social da Igrexa (DSI) anterior a á CIV.

Aínda que a DSI que precede á CIV non aborda de xeito explícito a cuestión da RSE, atópanse nela algúns elementos estimables que permiten facer unha aproximación á mesma. Tales elementos son especialmente denominada “función social” da empresa e as achegas sobre a antropoloxía subxacente ao exercicio da actividade económica e empresarial.

En canto á función social da empresa, a encíclica *Centesimus Annus* (núm.35) destaca esta función ao afirmar que “*a finalidade da empresa non é simplemente a produción de beneficio, senón máis ben a existencia mesma da empresa como comunidade de homes que, de diversos xeitos, buscan*

a satisfacción das súas necesidades fundamentais e constitúen un grupo específico de servizo á sociedade enteira”. Destácase aquí que a empresa é unha institución de “servizo” consistente en producir ou distribuír bens e servizos, co fin de satisfacer necesidades humanas en xeral e, en particular, as necesidades fundamentais dos que a integran.

Doutra parte, ao caracterizar á empresa como un grupo específico humano ao servizo da *sociedade enteira*, sublíñase que a empresa non é unha institución pechada nos intereses de quen a compón ou do territorio no que desenvolve a súa actividade, senón que a mesma ha de abrirse e pór a súa actuación ao servizo de toda a humanidade. Pois ben, esta apertura deriva da globalización, nota propia da economía moderna, ante a que tamén a empresa ha de actuar con solidariedade; como se apunta no *Compendio da Doutrina Social da Igrexa* (núm.342), o papel da empresa, hoxe máis que nunca, *resulta determinante para un desenvolvemento autenticamente solidario e integral da humanidade*”.

Con respecto á achega da DSI á antropoloxía que subxace á actividade económica e empresarial, basta resaltar aquí a primacía que no exercicio e desenvolvemento desta actividade corresponde ao ser humano. Fronte á chamada “lóxica do mercado”, tamén a economía debe estar ao servizo das persoas e dun humanismo integral e solidario. Desde a óptica da DSI hai que rexeitar, pois, as concepcións que propugnan colocar o “mercado” no centro da actividade económica. Advirte neste sentido a encíclica *Centesimus Annus* (núm.39) que *“a liberdade económica é soamente un elemento da liberdade humana”*; polo que *“cando aquela se volve autónoma, é dicir, cando o home é considerado máis como un produtor ou un consumidor de bens que como un suxeito que produce e consome para vivir, entón perde a súa necesaria relación coa persoa humana e termina por alienala e oprimila”*.

Á luz destas contribucións da DSI, ben pode concluírse que a RSE da empresa ha de incorporar tamén ás súas esencias estes dous pensamentos: a concepción da empresa como institución que cumpre unha importante función ao servizo da sociedade enteira (que transcende os intereses dos seus propietarios) e o desenvolvemento da súa actividade empresarial subordinada á primacía da persoa humana.

3.2. Elementos de conformación da RSE no marco da CiV.

Son tres as referencias expresas que contén a CiV sobre a RSE. A esta alude, en efecto, ao sinalar que nos tempos actuais “ estase estendendo a conciencia da necesidade dunha “responsabilidade social” máis ampla da

empresa” (núm.40); así mesmo, ao referirse á difusión no mundo desenvolvido do sistema de certificacións “éticas” faise eco de que este sistema segue “a liña do movemento de ideas nado ao redor da responsabilidade social da empresa” (núm.45); e, para rematar, en relación ao emerxente “poder dos consumidores”, sublíñase que “o consumidor ten unha responsabilidade social específica, que se engade á responsabilidade social da empresa” (núm.66).

A pesar desta explícita recepción da figura da RSE, a CiV abstense de ofrecer unha definición da mesma. Moi posiblemente, esta abstención se deba a que a construción doutrinal do concepto de RSE se atopa aínda nunha fase inacabada. Compréndese por iso que tanto no mundo da doutrina económica como na dos foros institucionais e profesionais, a RSE se oriente fundamentalmente en tres direccións: a ética, a social e a instrumental ou estratéxica. Segundo a primeira destas direccións concíbese a RSE como o compromiso da empresa de asumir as responsabilidades que se deriven das súas accións ou omisións fronte aos grupos de interese cos que máis directamente se relaciona no exercicio da súa actividade económica; responsabilidades que non se limitan ás estritamente impostas polas normas xurídicas, senón que se estenden ás de natureza ética. Pola súa banda, a óptica social da RSE parte da contemplación da empresa como unha entidade integrante da sociedade que, xuntamente con outras persoas e entidades, ha contribuír á convivencia social e á satisfacción das aspiracións e postulados que dela demanden os demais en cada momento. Finalmente, segundo o enfoque instrumental ou estratéxico, a RSE concíbese como un medio útil para conseguir a maximización do valor económico para os propietarios da empresa; a RSE atopa, pois, a súa xustificación no que con ela se obteña de proveito económico; a incorporación da RSE na empresa tanto interesa canto a mesma reporte de incremento do beneficio.

Pois ben, aínda que non o diga explicitamente, parece claro que a CiV empatiza coa RSE contemplada desde unha dimensión ética. Debe sinalarse a este respecto que a CiV (especialmente no seu núm.40) fai a súa invocación á RSE como elemento de contrapeso, como unha especie de remedio paliativo, fronte a certas deficiencias e riscos que afectan á empresa nos nosos días. Como tales deficiencias e riscos a CiV apunta :a) a visión da empresa como instrumento dirixido exclusivamente a satisfacer as expectativas lucrativas dos seus propietarios (investidores) en detrimento da súa dimensión social; b) a fragmentación dos seus capitais entre un número anónimo e cada vez máis disperso de titulares, coa consecuente indeterminación dos que asumen as responsabilidades e resultados da empresa; c) a multinacionalidade da empresa, o que dificulta a asunción de compromisos

de vinculación co territorio no que se sitúan os seus establecementos fabrís; d) a chamada “deslocalización” produtiva, o que pode atenuar o sentido de responsabilidade para cos interesados incluído especialmente a contorna social e local do seu emprazamento xeográfico ; e) a versatilidade dos propietarios debida especialmente á ampla liberdade de movementos que rexe no mercado de capitais, derivándose diso un debilitamento no arraigamento dos titulares da empresa con e devandita contorna.

Ante este panorama a CiV ve na RSE unha especie de aire “fresco” ou de remedio capaz de minorar, en parte polo menos, os negativos efectos que poden derivarse dos apuntados riscos. Agora ben, lonxe de aceptar calquera concepción da RSE, a CiV cóidase de apostilar que a mesma só poderá servir a ese beneficioso obxectivo se é que na súa esencia se enxertan determinados postulados enraizados na Doutrina Social da Igrexa. Subliña neste sentido a CiV (núm.40) que “non todas as formulacións éticas que guían hoxe o debate sobre a responsabilidade da empresa son aceptables segundo a perspectiva da doutrina social da Igrexa”.

Así as cousas, avánzanse a continuación os ingredientes que á luz da CiV deben conformar a RSE.

A) Orientación ao desenvolvemento humano integral.

A RSE en canto xestión da empresa que ha de ter en conta tanto o interese dos propietarios desta como o de todos os outros suxeitos que contribúen á existencia da mesma, constitúe unha opción expresiva da liberdade responsable das persoas; xa que logo, ao supor esta liberdade o desenvolvemento humano integral, a RSE debe configurarse de forma tal que proxecte toda a súa virtualidade sobre ese desenvolvemento. E dado que esa liberdade esixe tamén que se respecte a verdade (CiV núm.18), a RSE traducirase en elemento impulsor do desenvolvemento humano integral se é que esta se proxecta a todos os homes e a todo o home (nos seus planos natural e transcendente).

Doutra parte, para que contribúa ao desenvolvemento de todo home e de todo o home, a RSE debe estar impregnada dun alto compoñente ético aínda que, como advirte a CiV (núm.40), non todas as formulacións éticas que actualmente se barallan no debate sobre a RSE son aceptables. En efecto, aínda que para o seu correcto funcionamento a economía ten necesidade da ética (CiV núm.45), non serve unha ética calquera (debendo fuxir de certas intoxicacións de que ultimamente é obxecto o adxectivo “ético” -finanza ética, banco ético, comercio ético, etc.-) sendo inaceptables os cualificativos de “éticas” aplicados a certas accións e decisións contrarias á xustiza e

ao verdadeiro desenvolvemento integral do home (CiV núm.45). Xustamente, para conxurar estes usos espúreos do “ético”, a CiV propugna que a ética da que debe impregnarse a RSE ha de ser “unha ética amiga da persoa” (núm.45).

B) Proxección cara aos concretos grupos de interese.

A RSE hase de contextualizar nun espazo e nun tempo concretos, directamente conectada coas persoas e institucións que entran en relación inmediata coa empresa en canto unidade económica de produción ou distribución de bens e servizos para o mercado. Fórxanse así os denominados “grupos de interese” ou “interesados” (os *Stakeholders*) Ordinariamente estes grupos son os integrados polos propietarios, traballadores, clientes, provedores dos diversos elementos de produción e a comunidade de referencia (CiV núm.40).

Como é obvio, a determinación dos grupos de interese para cada empresa en concreto, dependerá de múltiples variables (xénero de actividade empresarial, dimensión da empresa, forma xurídica desta, etc.), o que fai estéril establecer un listado apriorístico dos grupos de interese sobre os que se ha proxectar a RSE; ao contrario, serán as circunstancias fácticas e, tamén, o grao de desenvolvemento moral das persoas implicadas o que permita definir, con referencia a unha empresa determinada, cales son os grupos de interese a ter en conta.

C) Centralidade da persoa humana.

En todo proxecto de desenvolvemento, incluído o desenvolvemento humano integral, debe quedar a salvo o principio de centralidade da persoa humana. Como se apunta na CiV (núm.47), o que interesa principalmente é a mellora da vida das persoas concretas, a fin de que poidan atender aqueles deberes que a indixencia non lles permite satisfacer. E evocando o ensino do Concilio Vaticano II de que o home é o centro e fin de toda a vida económico-social (*Gaudium et Spes*, núm.63), a mesma CiV (núm.25) proclama que “o primeiro capital que se ha de salvagardar e valorar é o home, a persoa na súa integridade”.

En concordancia co principio da centralidade da persoa humana, a RSE ha de respectar a dignidade desta en canto artífice do seu propio desenvolvemento. De aí que o papel da RSE se deba manter no plano da subsidiariedade, no sentido de servir de apoio ás persoas naquelas situacións nas que non poidan valerse por si mesmas. Significa isto que ata onde lles sexa factible, as persoas han de asumir as súas propias responsabilidades e tomar

conciencia de que son elas as que teñen que atender ao seu propio desenvolvemento; deste xeito, a RSE supón asunción de compromisos tanto polas empresas como polos propios grupos de interese que con elas se relacionan.

D) Sintonía cos fins da empresa.

O complexo escenario no que se desenvolven as actividades económicas, está impondo unha concepción da empresa substancialmente diferente á imperante ata época relativamente recente. E así, fronte á consideración da empresa como unha estrutura apoiada no capital e traballo destinada exclusivamente a obter uns resultados lucrativos, esta concepción está sendo revisada e desprazada pola que entende a empresa como unha comunidade humana dirixida a producir bens e servizos para o mercado asegurándose a súa continuidade no tempo e colaborando á realización do ben común. Este novo enfoque leva a que a distinción entre empresas destinadas ao beneficio e as que perseguen outros obxectivos humanos e sociais, non reflecta plenamente a realidade actual.

Afondando nesta dirección, declara a CiV (núm.46) que, sen restar importancia e utilidade económica e social ás formas tradicionais de empresa, as novas formas emerxentes desta fan evolucionar o sistema cara a unha asunción máis decidida e plena dos seus deberes por parte dos axentes económicos, ata o punto de que “ a mesma pluralidade das formas institucionais de empresa é o que promove un mercado máis cívico e ao mesmo tempo máis competitivo”.

Pois ben, integrada na dinámica da empresa, a RSE ha sintonizar cos fins sociais e humanos que aquela se impoña; en particular, debe ser empeño da RSE a inserción da economía da gratuidade como elemento configurador dos fins ou obxectivos da empresa, pois como se apunta na CiV (núm.38) “na época da globalización a actividade económica non pode prescindir da gratuidade, que fomenta e estende a solidariedade e a responsabilidade pola xustiza e o ben común nas súas diversas instancias e axentes”. Todo o cal ha conducir a que no mercado poidan operar libremente, e con igualdade de oportunidades, empresas que perseguen fins institucionais diversos. Subliña neste sentido a CiV (núm.38) que no mercado, xunto á empresa orientada ao beneficio, se deben poder establecer e desenvolver as empresas que perseguen fins mutualistas e sociais. De aí a necesidade de potenciar “os diversos tipos de empresas e, en particular, as que son capaces de concibir o beneficio como instrumento para conseguir obxectivos de humanización do mercado e da sociedade” (núm.47).

E) Fundamentación na Xusticia e na Caridade.

No marco da CiV o desenvolvemento de actividades económicas debe estar fundamentado tamén sobre o exercicio das virtudes da xustiza e da caridade; ambas son inseparables, pois a caridade esixe a xustiza aínda que a supera e a completa. Os bens da xustiza son os que nacen dun deber, en tanto que os bens da caridade son bens que nacen do recoñecemento de que os demais son parte constitutiva dun mesmo. Precisamente por iso, a lóxica da gratuidade incumbe á dimensión meta-ética da dimensión humana sendo a súa lóxica a da sobreabundancia e non a da equivalencia.

Agora ben, para lograr que nas organizacións produtivas para o mercado teña lugar a práctica das xustiza e da caridade, é necesario que as mesmas estean xestionadas e gobernadas por persoas rectas. Proclama neste sentido a CiV (núm.71) que “o desenvolvemento é imposible sen homes rectos, sen operadores económicos e axentes políticos que sentan fortemente na súa conciencia a chamada do ben común”; e para iso necesítase tanto a formación profesional como a coherencia moral”.

4. EPÍLOGO.

Canto queda exposto nos epígrafes que anteceden, permite concluír con solidez que a CiV ofrece elementos de innegable interese para enriquecer a visión da RSE desde a perspectiva da Doutrina Social da Igrexa; elementos que son extraíbles das apreciacións éticas que a Encíclica *Caritas in Veritate* ofrece sobre a economía en xeral e, máis particularmente, sobre o mercado e a empresa como os seus principais axentes. E no obstante ser a RSE unha categoría aínda en construción, existe unha clara conciencia de que no actual escenario socioeconómico o cada vez máis expansivo e influente poder das empresas ha de contrapesarse coa esixencia dunha responsabilidade social que comporte un compromiso voluntario das mesmas de respecto e atención aos intereses dos grupos que con elas interactúan no desenvolvemento da súa actividade empresarial. Desta forma, fronte á radicalidade e simpleza do citado método MPRDC no que unicamente importan os beneficios mediante o incremento dos ingresos e/ou a diminución dos custos), a RSE pode ofrecer unha valiosa axuda para superar esta visión egoísta e angosta, propiciando a implantación de formas de exercicio de actividades económicas abertas a marxes de gratuidade e comunión imprescindibles para o desenvolvemento humano integral.

Máis aló da amplitude e alcance que en cada empresa se queira dar aos compromisos que se asuman por virtude da RSE fronte aos seus grupos de interese, parece indiscutible que esta ha de supor, en primeiro termo, o

cumprimento das obrigacións xurídicas en vigor; cumprimento que debe constituír os cimentos sobre os que se asente aquela. En segundo lugar, a RSE ha de ser de carácter global, no sentido de comprender todas as áreas da actividade da empresa, con inclusión de toda a cadea de valor necesaria para o desenvolvemento desa actividade. Ademais, a RSE ha de comportar compromisos éticos obxectivos que a empresa asume voluntariamente, pero que se converten en obrigatorios desde o momento en que se contraen publicamente. Doutra parte, a RSE ha de facerse perceptible fundamentalmente no ámbito social, ambiental e económico; a xestión da empresa con criterios de RSE ha permitir maximizar os impactos positivos do exercicio da súa actividade económica e, ao propio tempo, previr ou mitigar os seus eventuais impactos negativos.

En definitiva, a RSE debe implicar para a empresa o recoñecemento e a integración na súa xestión do conxunto de preocupacións laborais, sociais, ambientais e de respecto dos dereitos humanos fundamentais que teñan a súa orixe nas súas relacións cos seus grupos de interese; preocupacións que esixen da empresa deseñar políticas, estratexias e procedementos orientados a dar satisfacción aos impactos negativos que afecten a eses grupos e se xéren a consecuencia de tales relacións. E para que a RSE poida atender cumpridamente este obxectivo hase de sustentar, como insignia a CiV, sobre unha ética amiga do home na que luzan con singular brillo os principios de centralidade da persoa humana e do seu desenvolvemento integral, así como a práctica da xustiza e da caridade na verdade.

5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

ARGANDOÑA, A. (2008), *Ethical Foundations of Corporate Social Responsibility*, en BETTINI, E. MOSCARINI, F.(eds.) Responsabilità sociale d'Impresa e nuovo Humanesimo, Sangiorgio Editrice, Xénova, páxs.31-56.

BAREA TEJEIRO, JMONZÓN CAMPOS, J.L.(2002), *Informe de síntesis sobre la Economía Social en España en el año 2000*, CIRIEC-España, Valencia.

BENEDITO XVI, (2009), *Carta Encíclica Caritas in Veritate* , ed.Palabra, Madrid

COMISIÓN DAS COMUNIDADES EUROPEAS(2001), *Libro verde sobre Responsabilidad Social de las Empresas*. Comisión Europea. Bruxelas.

ERMULT, JASHTA, A., *Développement durable, responsabilité sociétale do entreprise, theorie deas parties prenantes: Évolution et perspectives*, Cahiers du CEREN, 21(2007), páxs.4-31.

FONT GALÁN, J.I.(2009), *Sistema económico, modelos de empresa y cultura empresarial en la encíclica Caritas in Veritate* en AA.VV.,---

GARCIA PERDIGUERO,T.(2003), *La responsabilidad social de las empresas en un mundo global*, Anagrama, Barcelona.

JÁUREGUI, R MARTINEZ PUJALTE, V. TORME, A. (2011), *Responsabilidad Social Empresarial. Ideas y Reflexiones*, Ceim, Madrid.

LEIPZIGER, D(2003), *The Corporate Responsibility Code Book*, Greenleaf Publishing, Londres.

PONTIFICIO CONSELLO XUSTIZA E PAZ(2005), *Compendio da Doutrina Social da Igrexa*, Librería Editrice Vaticana.

SANPEDRO, J L. (2002), *El Mercado y la Globalización*, ed.Destino, Barcelona.



Cooperativismo e Enomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 31-46

O QUADRO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO COOPERATIVISMO EM PORTUGAL¹

Deolinda APARÍCIO MEIRA

*Professora Adjunta da Área Científica de Direito do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto*

Resumo:

Em Portugal, as cooperativas gozam de uma consideração jurídica autónoma por parte da Constituição da República Portuguesa, que lhes dedica mais de uma dezena de artigos dispersos por todo o seu texto, mas articulados entre si por um conjunto de princípios estruturantes, como o princípio da coexistência dos três setores (público, privado, e cooperativo e social), o princípio da liberdade de iniciativa cooperativa, o princípio da proteção do setor cooperativo e social, o princípio da obrigação do Estado estimular e apoiar a criação de cooperativas, e o princípio da conformidade com os princípios cooperativos da ACI.

Abstract:

In Portugal, the cooperatives enjoy a separate legal consideration by the Portuguese Constitution, which devotes them more than a dozen items scattered throughout the text, although linked to each other by a set of key principles, as the principle of coexistence of three sectors (public, private, and cooperative and social), the principle of freedom of cooperative initiative, the principle of protection of the cooperative and social sectors, the principle of state's obligation to encourage and support the creation of co-

¹ - Este artigo corresponde, com algumas alterações, à comunicação por mim apresentada no *Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional Cooperativo*, que decorreu em Porto Alegre, Brasil, nos dias 30 de junho e 1 de julho de 2011.

operatives, and the principle of compliance with the ICA cooperative principles.

Palavras-chave:

Cooperativa, Constituição da República Portuguesa, princípios cooperativos, limites materiais de revisão constitucional.

Key words:

Cooperative society, Portuguese Constitution, cooperative principles, material limits of constitutional review.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Em Portugal, as cooperativas são objeto de um tratamento jurídico autónomo por parte da CRP (Constituição da República Portuguesa).

Esta presença cooperativa na Constituição portuguesa habilita-nos a afirmar que estamos perante uma verdadeira «constituição cooperativa»², dado o relevo que a componente cooperativa assume no âmbito da «constituição económica»³. Efetivamente, com base no critério da propriedade dos meios de produção, a CRP, ao lado de um setor público e de um setor privado, consagra um setor cooperativo e social, que se reparte por quatro subsectores que correspondem a duas vertentes: a cooperativa (que engloba o subsector cooperativo) e a social (que abrange os subsectores autogestionário, o comunitário e o solidário).

Veremos que, quando comparada com a vertente social, a vertente cooperativa beneficia de uma proteção mais completa por parte da CRP, o que poderá ser explicado pelo facto de estas entidades serem o braço mais robusto deste setor, apresentando-se segundo lógicas e critérios de base absolutamente homólogos em todas as partes do mundo⁴.

O setor cooperativo e social goza, então, de proteção num conjunto de preceitos que estão dispersos pelo texto constitucional, mas que, não obs-

² - Ver, neste sentido, RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e Pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 68.

³ - Entende-se por «constituição económica» o conjunto de normas e princípios constitucionais relativos à economia. Na CRP, tais normas e princípios são acolhidos na Parte II (artigos 80.º a 107.º).

⁴ - Ver, neste sentido, RENATO DABORMIDA, «La Cooperativa Europea. Finalmente in porto», *Rivista della Cooperazione*, n.º 3, 2003, págs. 123-124.

tante esta dispersão, estão implicitamente articulados entre si por um conjunto de princípios lógicos ou vetores estruturantes nas palavras de RUI NAMORADO⁵, como veremos mais adiante.

Refira-se, ainda, que o perfil atual deste conjunto de preceitos constitucionais é fruto de um caminho que se foi percorrendo desde a primeira versão da Constituição (1976) até aos dias de hoje.

Efetivamente, na primeira versão da CRP, a de 1976, este terceiro setor abrangia somente a vertente cooperativa, sendo designado apenas por setor cooperativo. Na revisão de 1989, este terceiro setor passou a ser designado por «setor cooperativo e social», passando a abranger, na sua vertente social, os subsectores autogestionário e comunitário. Finalmente, na revisão constitucional de 1997 a vertente social passou a abranger o subsector solidário⁶.

Analisemos, agora, em concreto, o conteúdo normativo desta «constituição cooperativa».

2. A «CONSTITUIÇÃO COOPERATIVA»

A CRP ocupa-se expressamente das cooperativas, em mais de uma dezena de artigos, dispersos por todo o seu texto.

2.1. O art. 82.º da CRP: o «princípio da coexistência dos três setores»

Destaca-se, desde logo, o art. 82.º, que é considerado um dos preceitos-chave da «constituição económica» configurada na CRP. Esta norma garante a coexistência de três setores económicos — o setor público, o setor privado e o setor cooperativo e social —, no mesmo plano, com a mesma dignidade constitucional, enquanto estruturas necessárias de um modelo económico consagrado constitucionalmente e que podemos caracterizar como sendo de uma economia social de mercado, surgindo este preceito como uma manifestação do «princípio da sociabilidade» em matéria económica ou do Estado Social de Direito⁷.

⁵ Ver RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e Pareceres*, cit., págs. 81 e ss..

⁶ Para uma análise desenvolvida desta questão, ver RUI NAMORADO, *Horizonte Cooperativo. Política e Projecto*, Almedina, Coimbra, 2001.

⁷ Ver, neste sentido, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006, pág. 27.

Refira-se que o princípio da coexistência dos três setores é de tal modo relevante, que ele faz parte do elenco dos limites materiais de revisão [art. 288.º, al. f), da CRP], tratando-se, por isso, de uma matéria que não está na disponibilidade do poder de revisão.

Esta norma é uma típica garantia institucional, na medida em que garante a existência de todos e de cada um dos setores, seja qual for o modelo económico que se queira implementar. Assim, o legislador pode fazer variar a dimensão de cada um dos setores e deslocar as balizas entre eles, mas não pode eliminar nenhum deles. Esta proibição é igualmente válida para os vários subsetores componentes do setor cooperativo e social⁸.

Além de assegurar o substrato mínimo de cada um dos referidos setores e subsetores, a garantia institucional assegura também um tratamento público essencialmente igual das empresas dos diversos setores, sem discriminações injustificadas, mas sem prejuízo das discriminações positivas da Constituição relativamente ao setor cooperativo e de autogestão — art. 85.º da CRP.

Daqui resulta que a «definição dos setores de propriedade dos meios de produção», a que a CRP se refere no art. 165.º, n.º 1, al. j), não tem de ser imutável, podendo portanto variar os «limites entre o setor público, o setor privado e o setor cooperativo e social» [art. 136.º, n.º 3, al. b)], dando maior peso a um ou a outro consoante a perspetiva mais ou menos liberal ou intervencionista do poder político. Todavia, quanto ao setor cooperativo e social, tal variação terá de atender à obrigação do Estado protegê-lo especialmente [art. 80.º, al. e)] e de apoiar e estimular as cooperativas e as experiências de autogestão (art. 85.º), como veremos mais adiante.

Analisemos, agora, com maior pormenor, esta norma que começa por tratar do setor público e do privado, para depois no n.º 4 do art. 82.º da CRP consagrar que «o setor cooperativo e social compreende especificamente» os quatro subsetores — cooperativo, comunitário, autogestionário e solidário —, também gozando de uma garantia institucional própria e, nessa decorrência, dotados de relativa autonomia e especificidade.

Quanto ao subsetor cooperativo, a CRP afirma que o integram: «Os meios de produção possuídos e geridos por cooperativas, em obediência aos princípios cooperativos, sem prejuízo das especificidades estabelecidas na

⁸ Ver, neste sentido, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 2007, págs. 976-977.

lei para as cooperativas com participação pública, justificadas pela sua especial natureza». Daqui resulta que o respeito pelos princípios cooperativos é imperativo para as cooperativas, ainda que se estabeleça que as cooperativas de interesse público (ou *régies* cooperativas) possam não obedecer a alguns deles, o que decorrerá do facto de nelas participarem entes públicos nessa qualidade.

Assim, também integram o setor cooperativo as cooperativas de interesse público ou *régies* cooperativas (criadas pelo Decreto-Lei n.º 31/84, de 21 de janeiro), que são empresas que associam entidades públicas e entidades cooperativas (ou cooperadores individuais) para a prossecução de fins de interesse público (art. 6.º, n.º 1, do *Código Cooperativo*). Esta participação pública justifica certas derrogações dos princípios cooperativos em matéria organizatória. Efetivamente, nos termos do n.º 1 do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 31/84 a participação da parte pública nos órgãos sociais é feita em função do seu peso no capital social subscrito, sendo o número de votos proporcional àquele capital (derrogação do princípio da gestão democrática dos membros). Acresce a possibilidade de a parte pública designar os seus representantes e substituí-los independentemente de qualquer deliberação da assembleia geral (art. 8.º, n.º 2), e o regime de exoneração da parte pública (art. 13.º).

A garantia institucional do n.º 1 do art. 82.º significa, então, que o legislador constitucional consagra:

- a existência de um setor cooperativo e social, a par de os setores público e privado;
- que esse setor cooperativo e social abrange quatro subsectores — cooperativo, comunitário, autogestionário e solidário — enumeração esta que deverá ser entendida como taxativa, pelo que não poderá haver organizações pertencentes ao setor cooperativo e social que não pertençam a um dos subsectores. Acresce que a lei comum não poderá criar um novo subsetor, para além dos que a CRP já prevê⁹.

Sublinhe-se, igualmente, que a CRP não estabelece nenhum limite quanto ao âmbito das atividades a que os subsectores do setor cooperativo e social podem aceder, nem prevê que a lei lhes proíba determinadas áreas, como

⁹ Ver, neste sentido, RUI NAMORADO, *Incidência no sector cooperativo e social dos Projectos de Revisão Constitucional*, CECES/FEUC, Centro de Estudos Cooperativos e da Economia Social, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2010.

acontece em relação ao setor privado (art. 86.º, n.º 3), ainda que existam âmbitos exclusivos para o setor público.

2.2. O art. 61.º da CRP: a «liberdade de iniciativa cooperativa»

O art. 61.º da CRP consagra a liberdade de iniciativa cooperativa. Assim, o n.º 2 desta norma dispõe que: «a todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos». Por sua vez, o n.º 3 garante às cooperativas a liberdade de organização consagrando que «as cooperativas desenvolvem livremente as suas atividades no quadro da lei e podem agrupar-se em uniões, federações e confederações e em outras formas de organização legalmente previstas».

A esta liberdade de iniciativa cooperativa corresponderão três direitos constitucionalmente garantidos:

- a) o direito de todas as pessoas constituírem livremente cooperativas;
- b) o direito das cooperativas de desenvolverem livremente a sua atividade (direito de auto-organização e de autogoverno);
- c) o direito de livre associação de cooperativas em cooperativas de grau superior (uniões, federações ou confederações de cooperativas), o qual se relaciona de forma direta com o princípio cooperativo da intercooperação, consagrado no art. 3.º do *Código Cooperativo*, nos termos do qual «as cooperativas servem os seus membros mais eficazmente e dão mais força ao movimento cooperativo, trabalhando em conjunto, através de estruturas locais, regionais, nacionais e internacionais».

Todavia, a constituição de cooperativas está constitucionalmente sujeita à observância dos princípios cooperativos (n.º 2, *in fine*). Dá-se, deste modo, uma espécie de receção constitucional a estes Princípios, os quais adquirem valor jurídico-constitucional, com o preciso sentido e alcance que possuem na doutrina cooperativista. Para a definição de cooperativa, a observância dos princípios cooperativos constituirá um imperativo, uma vez que estes contêm o essencial da Identidade Cooperativa, refletindo o que ela tem de mais específico. Estes Princípios, que a lei constitucional não especifica, estão consagrados no art. 3.º do *Código Cooperativo*, correspondendo aos princípios definidos pela *Aliança Cooperativa Internacional*: adesão voluntária e livre; gestão democrática pelos membros; participação económica dos membros; autonomia e independência; educação, formação e informação; intercooperação; e interesse pela comunidade.

Sendo assim, como destacam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, as cooperativas que não respeitem estes princípios não serão verdadeiras cooperativas no sentido constitucional, não podendo gozar, portanto, das respectivas garantias (com a devida ressalva para as *régies* cooperativas, tal como foi referido)¹⁰.

É indubitável que esta liberdade de iniciativa cooperativa (o direito de constituir cooperativas e o direito de estas se organizarem e constituírem livremente) goza de absoluta proteção constitucional. Já quanto à atividade económica que estas desenvolvem (a liberdade de empresa das cooperativas), a proteção constitucional estará sujeita às regras gerais da «constituição económica». Efectivamente, não obstante gozarem de um estatuto privilegiado na ordem constitucional económica (arts. 85.º, n.ºs 1 e 2, 94.º, n.º 2, e 95.º), tal como daremos conta mais adiante, as cooperativas terão que observar os princípios gerais da organização económica. Em consequência, embora não sejam diretamente aplicáveis às cooperativas as regras da «constituição económica» expressamente previstas apenas para as empresas privadas propriamente ditas, nada impede que elas sejam aplicadas às cooperativas. Assim, por exemplo, ainda que a CRP só mencione expressamente a possibilidade de vedar certas atividades económicas à iniciativa privada (art. 86.º, n.º 3), não é constitucionalmente proibido estender tal proibição às cooperativas¹¹.

2.3. O art. 80.º da CRP: o «princípio da proteção do setor cooperativo e social»

O art. 80.º consagra o princípio da coexistência entre os setores público, privado e cooperativo e social [al. b)] e o princípio da «proteção do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção» [al. f)].

Relativamente ao princípio da coexistência entre os setores público, privado e cooperativo e social, de que já falamos com desenvolvimento, acrescenta-se que o mesmo decorre da preocupação de subordinação do poder económico ao poder político democrático, através da sua diversificação. Como sublinham GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ao garantir a existência de três setores de propriedade e de organização económica, a Constituição procura gerar uma espécie de divisão de poderes a nível da

¹⁰ Ob. cit., pág. 793.

¹¹ Ver, neste sentido, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., págs. 793-794.

constituição económica, prevenindo a emergência de poderes hegemónicos¹².

Concentremo-nos, agora, no princípio da proteção do setor cooperativo e social que surge como a concretização da atenção especial que a CRP dedica a este setor, discriminando-o positivamente. Este princípio manifesta-se na garantia formal da existência do setor cooperativo e social (art. 82.º), como garantia institucional, mas também na previsão de medidas materiais que permitam o seu desenvolvimento (art. 86.º).

Tal discriminação positiva encontra o seu fundamento na circunstância de o fenómeno cooperativo, desde sempre, ter combinado uma dimensão fortemente social com uma dimensão económica, traduzida esta na satisfação dos interesses económicos dos seus membros. Esta combinação resulta, desde logo, da própria noção de cooperativa constante do art. 2.º do *Código Cooperativo*, nos termos do qual o objeto da cooperativa se traduz na satisfação, sem fins lucrativos, das necessidades económicas, sociais ou culturais dos seus membros, e o modo de gestão da empresa cooperativa que nos termos daquela noção assenta na obediência aos princípios cooperativos, e na cooperação e entajuda dos membros. A missão social das cooperativas resulta, sobretudo, desta obediência aos princípios cooperativos, formulados em 1995 em Manchester, que constituem o aspeto da *Identidade Cooperativa* com reflexos jurídicos mais importantes e diretos, e nos quais se destaca a necessária convivência, nas cooperativas, das dimensões económica e social. Efetivamente, as cooperativas prosseguem uma clara missão social, conjugando os interesses dos seus membros com o interesse geral, com a conseqüente prossecução de objetivos de desenvolvimento sustentável. Os fins e a função da cooperação não se circunscreverão aos seus membros, devendo atender, igualmente, aos interesses da comunidade onde a cooperativa desenvolve a sua atividade.

Neste sentido, o *Princípio do interesse pela comunidade*, que aparece enunciado no art. 3.º do *Código Cooperativo*, dispõe que «as cooperativas trabalham para o desenvolvimento sustentável das suas comunidades, através de políticas aprovadas pelos membros».

A propósito deste princípio, a *Aliança Cooperativa Internacional (ACI)* advertiu que os fins da cooperação não se limitarão, simplesmente, à defesa e promoção dos interesses dos seus membros. Na Declaração de 1995, sobre a *Identidade Cooperativa*, na qual se reformularam os princípios para o

¹² - Ob. cit., pág. 958.

séc. XXI, apresentava-se este novo princípio cooperativo — o *Princípio do interesse pela comunidade* — afirmando-se que, «ao mesmo tempo que se centram nas necessidades e desejos dos seus sócios, as cooperativas trabalham para conseguir o desenvolvimento sustentável das suas comunidades, segundo os critérios aprovados por estes».

Reafirma-se que as cooperativas são organizações que, existindo para benefício dos seus membros, assumirão, concomitantemente, uma responsabilidade perante a comunidade em que se insiram, ou seja, assegurarão que se realizará o desenvolvimento sustentável dessas comunidades, nas suas distintas facetas: económica, social e cultural¹³.

2.4. O art. 85.º da CRP: o estímulo e apoio do Estado à criação de cooperativas enquanto concretização do «princípio da proteção do setor cooperativo e social»

Na decorrência do princípio da proteção do setor cooperativo e social, o art. 85.º consagra no seu n.º 1 o estímulo e o apoio à criação e à atividade das cooperativas, afirmando que «o Estado estimula e apoia a criação e a atividade de cooperativas»), e no seu n.º 2 garante que: «A lei definirá os benefícios fiscais e financeiros das cooperativas, bem como condições mais favoráveis à obtenção de crédito e auxílio técnico».

O «estímulo» decorrerá, sobretudo, de medidas de natureza legislativa que suscitem o interesse pelo exercício da atividade cooperativa, enquanto que o «apoio» decorrerá, essencialmente, de medidas de natureza administrativa que visem, em concreto, facilitar esse mesmo exercício¹⁴.

Note-se, todavia, que este cooperativismo estimulado e apoiado pelo Estado não deve ser entendido no sentido de cooperativismo tutelado. Como destacam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, esta obrigação estadual não pode pôr em causa a liberdade de constituir cooperativas, nem o direito destas de prosseguirem livremente as suas atividades (art. 61.º, n.ºs 2 e 3), pelo que os estímulos e apoios do Estado não podem traduzir-se em formas de ingerência na constituição ou na vida das cooperativas e devem pautar-

¹³ Sobre esta questão, ver DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Editora VidaEconómica, 2009, Porto, págs. 58-71.

¹⁴ Ver, neste sentido, RUI GUERRA DA FONSECA, *Comentário à Constituição Portuguesa*, II Volume, *Organização económica (Artigos 80.º a 107.º)*, Coordenação de PAULO OTERO, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 350-354.

se pelos princípios da igualdade, da imparcialidade e da não-discriminação (arts. 13.º e 266.º, n.º 2)¹⁵.

O n.º 2 do art. 85.º consagra a já referida discriminação positiva das cooperativas relativamente ao setor privado, definindo as formas de fomento à criação e atividade das cooperativas, impondo à lei a definição de benefícios fiscais e financeiros, bem como o estabelecimento de condições privilegiadas em matéria de acesso ao crédito e ao auxílio técnico.

2.5. Os preceitos constitucionais que incidem sobre ramos específicos do subsetor cooperativo

Depois de analisarmos os preceitos que constituem as traves mestras da «constituição cooperativa», impõe-se, agora, uma breve referência aos preceitos que incidem sobre ramos específicos do subsetor cooperativo.

Em primeiro lugar, referiremos aqueles que se reportam direta ou indiretamente às cooperativas agrícolas.

Assim, o art. 94.º, que trata da eliminação dos latifúndios, inclui entre os tipos de entidades às quais podem ser entregues as terras expropriadas as «cooperativas de trabalhadores rurais e as de pequenos agricultores. Por sua vez, o art. 95.º, na decorrência do dever do Estado redimensionar «as entidades de exploração agrícola com dimensão inferior» à que politicamente se considera adequada, consagra a «integração estrutural ou meramente económica, designadamente cooperativa» destas unidades. Já o art. 97.º, ao abordar a problemática dos auxílios do Estado no quadro da política agrícola, menciona no seu n.º 1 as entidades que deverão ser apoiadas preferencialmente e entre estas inclui quer cooperativas de trabalhadores agrícolas, quer de pequenos e médios agricultores; no seu n.º 2, entre os exemplos de apoios a conceder, destacam-se os «estímulos ao associativismo dos trabalhadores rurais e dos agricultores, nomeadamente, à constituição de cooperativas de produção, de compra, de venda, de transformação e de serviços. Finalmente; o art. 98.º garante a participação das cooperativas na definição da política agrícola.

Quanto ao ramo das cooperativas de consumo, destaca-se o art. 60.º que, a propósito dos direitos dos consumidores, equipara as cooperativas de consumo às associações de consumidores e atribui-lhes o direito ao apoio do Estado e a serem ouvidas sobre todas as questões que digam respeito à defesa dos consumidores.

¹⁵ Ob. cit., pág. 1009.

Quanto às cooperativas de habitação, destaca-se o art. 65.º que consagra como incumbência do Estado a de assegurar o direito à habitação, devendo para tal «fomentar a criação de cooperativas de habitação».

Quanto às cooperativas de ensino, refiram-se dois preceitos: o art. 43.º, n.º 4, que garante o «direito de criação de escolas particulares e cooperativas» e o art. 75.º, n.º 2, que dispõe que: «O Estado reconhece e fiscaliza o ensino particular e cooperativo».

2.6. Preceitos constitucionais que incidem sobre os outros subsetores

São escassos os preceitos constitucionais que incidem sobre os outros subsetores.

Destaque-se, desde logo, a garantia constitucional da liberdade de associação, consagrada no art. 46.º, que como é evidente está subjacente às associações que integram o setor cooperativo e social.

Quanto ao subsetor solidário, mencione-se o art. 63.º que se ocupa da «segurança social e solidariedade». De facto, o seu n.º 5 dispõe que: «O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a atividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem caráter lucrativo, com vista à prossecução de objetivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do n.º 2 do artigo 67, no artigo 69, na alínea e) do n.º 1 do art. 70 e nos artigos 71 e 72.»

Quanto ao subsetor autogestionário, refiram-se dois preceitos: o n.º 5 do art. 61.º diz que: «É reconhecido o direito de autogestão, nos termos da lei»; e o art. 85.º que no seu n.º 3 garante que: «São apoiadas pelo Estado as experiências viáveis de autogestão».

3. OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA «CONSTITUIÇÃO COOPERATIVA»

Na esteira do que defende RUI NAMORADO, consideramos que este conjunto de artigos, dispersos pelo texto constitucional, não deve ser encarado como um conjunto aleatório de mensagens normativas, correspondentes a objetivos isolados sem conexão entre si. Pelo contrário, há um conjunto de princípios estruturantes, que claramente os articulam, assentando todos eles numa lógica comum¹⁶.

¹⁶ RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e Pareceres*, cit., págs. 81-84.

Quanto ao setor cooperativo e social, globalmente considerado, as normas constitucionais por nós analisadas obedecem a quatro princípios estruturantes.

Dois deles aparecem mencionados no próprio texto constitucional, nos artigos 80.º e 82.º: o princípio da coexistência dos três setores e o princípio da proteção do setor cooperativo e social.

Como já foi largamente analisado, o princípio da coexistência garante que o setor cooperativo e social, bem como o privado e o público têm a sua existência garantida, pelo que fica vedado a qualquer Governo ou a qualquer maioria parlamentar eliminar qualquer deles.

O princípio da proteção do setor cooperativo e social por parte do Estado assume, igualmente, enorme relevância, uma vez que é ele que legitima as discriminações positivas que podem beneficiar o setor cooperativo e social. Deste princípio resulta que se as cooperativas forem tratadas em Portugal em termos absolutamente iguais aos que caracterizam o relacionamento do Estado com as empresas do setor privado, estará a ser desrespeitada a CRP. Sendo assim, o Governo pode livremente decidir a importância dos benefícios fiscais que concede às cooperativas, mas não tem legitimidade constitucional para não lhes conceder nenhum, o mesmo se passando quanto a medidas de apoio no plano técnico ou no plano do crédito¹⁷.

Do princípio da liberdade (quanto à constituição de cooperativas, quanto ao seu funcionamento e modo de organização) resultará a inconstitucionalidade de todos os diplomas legais que vedarem às cooperativas o acesso a qualquer tipo de atividade económica aberta à iniciativa privada. É certo que existe uma reserva do setor público, mas não há zonas da atividade económica reservadas ao setor privada¹⁸.

O princípio da autonomia liga-se à perspetiva tripartida assumida pela CRP, quanto ao modo como encara a realidade económico-social. O espaço não ocupado pelo setor público não é um espaço indiferenciado, uma vez que no seu âmbito, o setor cooperativo e social é autónomo, distinguindo-se claramente do setor privado. Ou seja, a área cooperativa não sendo evidentemente pública, também não é encara pela CRP como se fosse simplesmente privada. As cooperativas em Portugal situam-se num território jurí-

¹⁷ Ver RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e Pareceres*, cit., pág. 80.

¹⁸ Ver RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e Pareceres*, cit., pág. 79.

dico, constitucionalmente autonomizado, perante tudo aquilo que é encarado como privado¹⁹.

Por sua vez o subsector cooperativo, para além de assentar nos quatro princípios que acabamos de enunciar, orienta-se ainda em dois outros princípios estruturantes: o *Princípios da unidade* e o *Princípio da conformidade com os princípios cooperativos da ACI*.

O *Princípio da unidade* significa que as cooperativas são tratadas pela CRP como um corpo unitário. Apesar de existirem diversos ramos no setor cooperativo, o que aqui subjaz é a qualidade cooperativa comum a todos os ramos. Assim, a divisão do setor cooperativo em diversos ramos só indiretamente se manifesta na CRP, designadamente quando são reguladas autonomamente certas vertentes da atividade económica e social, nas quais as coooperativas se assumam como atores de relevo. É o que ocorre, por exemplo, com as cooperativas agrícolas e com as de consumo, mencionadas na CRP a propósito da política agrícola e da proteção dos consumidores²⁰.

O *Princípio da conformidade com os princípios cooperativos* significa, desde logo, que a CRP consagra expressamente a imperatividade da obediência aos princípios cooperativos, como condição necessária para a pertença ao respetivo subsector, princípios estes que são os adotados pela ACI, datando a sua versão mais recente de 1995. Assim, à luz do texto constitucional, só serão verdadeiras cooperativas aquelas que se constituam de acordo com estes princípios, e só estas beneficiarão do regime de favor constitucional, acima referido²¹.

4. AS GARANTIAS DA «CONSTITUIÇÃO COOPERATIVA»

O atual perfil jurídico-constitucional do setor cooperativo em Portugal, vertido nas normas por nós analisadas, goza de três garantias principais constantes dos arts. 136.º, 165.º e 288.º da CRP²².

¹⁹ Ver RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e Pareceres*, cit., págs.82-83.

²⁰ Ver RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e Pareceres*, cit., pág. 83.

²¹ Neste sentido, ver RUI GUERRA DA FONSECA, ob. cit., pág. 347. Na mesma linha, aponte-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 321/89, de 29 de Março de 1989, Diário da República, I Série, n.º 92, de 20 de Abril de 1989.

²² Para uma análise desenvolvida desta questão, ver RUI NAMORADO, *Incidência no sector cooperativo e social dos Projectos de Revisão Constitucional*, cit..

Um dos momentos constitucionais de garantia decorre do art. 136.º, o qual inclui, entre os decretos da Assembleia da República vetados pelo Presidente da República que exigem, para serem confirmados, maioria de dois terços dos deputados presentes (desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções) os que digam respeito ou a leis orgânicas ou a um pequeníssimo conjunto de matérias, entre as quais se contam os: «Limites entre o setor público, o setor privado e o setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção».

Outro momento decorre do art. 165.º, ao consagrar-se que o regime dos «meios de produção integrados no setor cooperativo e social» é matéria da competência legislativa relativamente reservada da Assembleia da República. Efetivamente, aquela norma constitucional compreende o conjunto das matérias que integram a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, ou seja, aquelas sobre as quais só a Assembleia da República pode legislar, ou o Governo mediante prévia autorização da Assembleia. Na alínea x) indica-se a seguinte matéria: «Regime dos meios de produção integrados no setor cooperativo e social de propriedade».

Por último, a mais relevante garantia resultará do art. 288.º, como atrás se referiu. Esta norma contém o elenco dos limites materiais de revisão (catorze), que nenhuma revisão constitucional pode ultrapassar, seja qual for a maioria que se reúna. A doutrina destaca que esta norma contém o código genético da atual CRP, uma vez que de entre os catorze limites se incluem, por exemplo: «a independência nacional e a unidade do Estado», «a forma republicana de governo», «a independência dos tribunais», «a autonomia das autarquias locais». Ora, entre esse limites, consta da alínea f) desta norma: «A coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção». O setor cooperativo e social está, deste modo, protegido perante futuras revisões constitucionais que não poderão por em causa a existência conjunta de três setores, que são diversos entre si, reflectindo o pluralismo económico e garantindo a existência de uma economia mista, subjacentes à CRP.

5. CONCLUSÃO

Para terminar, gostaria de realçar, usando mais uma vez as palavras de RUI NAMORADO, que a atual CRP favorece o desenvolvimento cooperativo, dado que as cooperativas são colocadas num lugar de relevo, surgindo como um poderoso elemento de pressão, no sentido de gerar uma legislação ordinária que fomente e potencie o desenvolvimento cooperativo. Acresce que, em Portugal, os princípios cooperativos têm dignidade constitucional,

com as consequências que daí resultam para o legislador ordinário²³. Finalmente, o nosso olhar sobre as garantias da «constituição cooperativa» torna, também, evidente a importância desta matéria no seio da Constituição portuguesa.

BIBLIOGRAFIA

CANOTILHO, J. J. GOMES / MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a edição revista, Coimbra Editora, 2007.

DABORMIDA, RENATO, «La Cooperativa Europea. Finalmente in porto», *Rivista della Cooperazione*, 3, 2003, págs. 123 e ss..

RUI GUERRA DA FONSECA, *Comentário à Constituição Portuguesa*, II Volume, *Organização económica (Artigos 80.º a 107.º)*, Coordenação de PAULO OTERO, Almedina, Coimbra, 2008

MEIRA, DEOLINDA APARÍCIO, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Editora Vida Económica, 2009, Porto.

MIRANDA, JORGE /MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006.

NAMORADO, RUI, *Horizonte Cooperativo. Política e Projecto*, Almedina, Coimbra, 2001.

NAMORADO, RUI, *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e Pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005.

NAMORADO, RUI, *Incidência no sector cooperativo e social dos Projectos de Revisão Constitucional*, CECES/FEUC, Centro de Estudos Cooperativos e da Economia Social, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2010.

²³ RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e Pareceres*, cit., pág. 85.



Cooperativismo e Enomia Social, nº 33 (2010-2011), pp. 47-76

COOPERATIVAS E D&O INSURANCE PARA ENTIDADES NÃO LUCRATIVAS

Maria Elisabete GOMES RAMOS

Doutora em Direito

Professora Auxiliar da Faculdade de Economia de Coimbra

Resumo:

Este estudo trata o *Directors' and Officers' Liability Insurance for Not-For-Profit-Organizations*. Este seguro, também disponível para os dirigentes de cooperativas, integra várias coberturas. Por um lado, cobre directamente os prejuízos suportados pelos dirigentes de entidades não lucrativas pelas indemnizações devidas a terceiros. E, por outro, cobre os prejuízos sofridos pela própria entidade não lucrativa quando esta reembolsa os seus dirigentes de montantes dispendidos no litígio. Este estudo salienta que, na ausência de um seguro semelhante na experiência portuguesa, os directores de cooperativas portuguesas podem valer-se do seguro de protecção jurídica. Este último seguro cobre os custos de prestação de serviços jurídicos e as despesas decorrentes de processo judicial ou administrativo.

Abstract:

This paper highlights the Directors' and Officers' Liability Insurance Not-For-Profit-Organizations, available also for the cooperatives. The policies of this insurance provide coverage for cost and expenses that board members, trustees officers, employees, and volunteers may incur as a result of claims brought in connection with their service to the organization, as well as for expenses that the organization may incur to indemnify these individuals against such claims. This paper shows that the legal protection insurance may provide coverage for costs that the directors and officers of the portuguese cooperative may incur in legal disputes.

Palavras-chave:

Directors' and Officers' Liability Insurance for Not-For-Profit Organizations, dirigentes de cooperativas, cooperativas.

Key words:

Directors' and Officers' Liability Insurance for Not-For-Profit Organizations, *directors and officers of the cooperatives*; *cooperatives*.

1. A HETEROGENEIDADE DO SECTOR COOPERATIVO E SOCIAL

Na ordem jurídica portuguesa, as cooperativas integram constitucionalmente o *sector cooperativo e social* (art. 82.º, 4, da Constituição da República Portuguesa) que se autonomiza quer do sector privado (art. 82.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa) quer do sector público (art. 82.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa)¹. Neste sector *heterogéneo* são integrados cooperativas², formas de exploração comunitária e de auto-gestão, e o subsector não lucrativo³. Corresponde ao que se costuma designar como «terceiro sector» ou «sector da economia social»⁴.

A linha que une os quatro subsectores que integram o sector cooperativo e social pode ser descoberta na não obediência «à lógica da acumulação capitalista»⁵ e no objectivo de «esbater a separação entre, por um lado, a propriedade dos meios de produção e os trabalhadores (como no caso das cooperativas de produção, das empresas em autogestão ou da exploração

¹ Sobre esta autonomização, v. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 987, ss..

² Sobre a noção de cooperativa, v. RUI NAMORADO, *Cooperatividade e direito cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 40, ss..

³ Sobre estes quatro subsectores que integram o sector cooperativo e social, v. RUI NAMORADO, *Cooperatividade...*, cit., pp. 68, ss..

⁴ Sobre o sector não lucrativo em Portugal, v. RAQUEL CAMPOS FRANCO / S. WOJCIECH SOKOLOWSKI / EILEEN M. H. HAIREL/LESTER M. SALAMON, *O sector não lucrativo português numa perspectiva comparada*, Universidade Católica Portuguesa - Faculdade de Economia e Gestão / Johns Hopkins University, s/d, passim.

⁵ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 987.

dos bens comunitários), ou, por outro, entre a propriedade dos meios de produção e os destinatários dos bens ou serviços produzidos (como no caso das cooperativas de consumo)»⁶.

O «estatuto privilegiado»⁷ das cooperativas, garantido constitucionalmente⁸, *não equivale a uma condição de irresponsabilidade* ou a uma «charitable immunity»⁹. A liberdade de constituir empresas cooperativas¹⁰ e de exercer a correspondente actividade económica há-de respeitar as pertinentes regras constitucionais e legais. O que significa, entre tantos outros aspectos, que as empresas cooperativas não se podem furtar às responsabilidades decorrentes de actuações ilícitas e, em particular, à obrigação de reparar os danos causados a terceiros.

Este não é um aspecto menor, tendo em conta que as cooperativas (e as entidades *non-profit* em geral) assumem nas sociedades contemporâneas um papel de relevo, quer nos serviços que prestam, quer no volume de emprego que geram quer nos meios financeiros que movimentam¹¹. Deste modo, usando uma linguagem económica, subsiste a possibilidade de a actuação das cooperativas provocar externalidades negativas.

Não só a cooperativa, como os seus *dirigentes* estão expostos a riscos de responsabilização. Muitos destes últimos aceitam colaborar e exercer as suas funções em regime de voluntariado — não recebendo, por isso, retribuições pelas funções exercidas. A questão que se levanta é a seguinte: como conjugar, por um lado, um exercício de voluntariado — com os óbvios benefícios que ele encerra — com a protecção do património destes diri-

⁶ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 987.

⁷ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 793.

⁸ Cfr. arts. 85.º, 1, 2, 94.º, 2, 95.º, da Constituição da República Portuguesa.

⁹ Sobre a «charitable immunity doctrine», v. JEROLD OSHINSKY / GHEIZA M. DIAS, «Liability of non-profit organizations and insurance coverage for related liability», *The International Journal of Not-for-Profit Law*, n.º 4, 2/3, 2002, II.

¹⁰ Sobre a empresa cooperativa, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I – *Introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 282, ss..

¹¹ Sobre o número de cooperativas em Portugal, relativo ao ano de 2008, v. EDUARDO GRAÇA, «Os desafios do cooperativismo e da economia social em Portugal – digressão breve», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 31, 2008/2009, p. 242. Sobre o relevo da economia social na União Europeia, v. COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, *A Economia Social na União Europeia*, 2007, disponível em <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/eesc-2007-11-pt.pdf>.

gentes que aceitam, de modo altruísta, dedicar o seu tempo, saber e empenho em prol dos outros e da comunidade?

A experiência anglo-saxónica desenvolveu o *Directors' and Officers' Liability Insurance For Not-For Profit-Organizations* ou, abreviadamente, *D&O for Non-Profits*. Este seguro é posterior e partilha algumas das características típicas do *D&O Insurance* desenvolvido para proteger os *directors* e *officers* de entidades lucrativas (sociedades). Mostram-se, por isso, adequadas breves notas sobre o *D&O Insurance* destinado a *for profit organizations*.

2. INICIATIVA PRIVADA, D&O INSURANCE E PROTECÇÃO DOS ADMINISTRADORES

2. 1. *Consolidação do D&O Insurance na experiência societária norte-americana*

As raízes do *D&O Insurance* situam-se na Europa, mas é nos EUA que ele encontra o caldo de cultura que fomentará a sua prosperidade¹². Numa sociedade intensamente litigiosa, cultora da atitude «file first and think later», imbuída do «deep pocket thinking», não será de estranhar que os administradores e altos funcionários de sociedades — especialmente de sociedades abertas cotadas (*public held corporations*) — sejam escolhidos como alvos privilegiados de litigação¹³.

O administrador que desempenha o seu *munus* com diligência e lealdade continua, apesar de tal desempenho, exposto de forma substancial ao risco de litigância. Ainda que a demanda seja desprovida de fundamento — as chamadas *strike suits* intentadas para extorquir uma transacção (*settlement*) favorável ao demandante — e o administrador demandado venha a ser absolvido, ela implicará, de imediato, a necessidade de satisfazer os elevados

¹² Sobre a origem e evolução do *D&O Insurance* nos EUA, v. PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 13, ss.; MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 241, ss..

¹³ ELENA F. PÉREZ CARRILLO, *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona 2005, p. 15, apresenta estatísticas (com início em 1973) relativas à prevalência de acções de responsabilidade civil intentadas contra os administradores nos EUA.

custos da defesa e, eventualmente, das transacções. Inexistindo violação deliberada de disposições legais, o *risco mais preocupante* é o dos pesadíssimos encargos da defesa do administrador. Não é desajustado dizer-se que o risco de litigância constitui um dos *riscos profissionais* dos *directors e officers* norte-americanos.

Em 1934, o *Lloyd's* elaborou a primeira apólice *D&O* para as sociedades norte-americanas *Flinkote Corporation* e *Federated Department Stores*¹⁴. O *Securities Act* de 1933 e o *Securities and Exchange Act* de 1934 estimularam a procura de um seguro que protegesse os administradores da responsabilidade resultante da violação daquelas leis¹⁵.

É nos meados dos anos setenta do século passado que começa a florescer o mercado do *D&O Insurance*, em parte impulsionado pela intensificação dos litígios precipitados pela recessão económica que nessa altura se fez sentir¹⁶.

Para a expansão do seguro também contribuiu o movimento legislativo a permitir expressamente que as sociedades *pagassem o prémio do seguro*. A partir dos finais dos anos sessenta, leis dos Estados de Nova Iorque, Delaware e Califórnia foram alteradas no sentido de permitir que o seguro *D&O* fosse contratado pela sociedade. Actualmente, a generalidade das legislações estaduais norte-americanas integra normas reguladoras deste seguro¹⁷. Também os *Principles of Corporate Governance (section 7.20)* e o *Model Business Corporation Act (§ 8.57)* permitem que a sociedade contrate o *D&O Insurance* a favor dos administradores, quer os factos cobertos pelo seguro possam ou não ser objecto de *corporate indemnification*¹⁸.

¹⁴ Cfr. M. IRIBARREN BLANCO, *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 39.

¹⁵ Cfr. ROBERTA ROMANO, «What went wrong with directors' and officers' liability Insurance?», *Delaware Journal of Corporate Law*, 14, 1989, p. 2.

¹⁶ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 256.

¹⁷ V. THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, vol. 2, Part VII, §§ 7.01-7.25, Tables and Index, As adopted and promulgated by American Law Institute at Washington, D. C., May 13, 1992, American Law Institute Publishers, St. Paul, Minn., 1994, p. 275.

¹⁸ Sobre esta figura do direito societário norte-americano, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., pp. 243, ss..

As dificuldades várias por que passou o *D&O Insurance* norte-americano¹⁹ não travaram a sua expansão global. Por um lado, administradores de vários pontos do globo procuram a protecção que ele confere — afirmando-se o carácter universal deste seguro e da designação que o referencia²⁰ — e, por outro, a actuação de algumas empresas transnacionais parece reclamar coberturas cuja protecção não se confine nos limites geográficos de um Estado. O estudo da *Towers Perrin*²¹ mostra que em 2007 o mercado do *D&O Insurance* continuava *soft*. Tendência que, segundo o relatório elaborado pela Towers Watson, se manteve em 2008²², apesar da crise do *sub-prime*.

2.2. Coberturas típicas oferecidas pelo D&O Insurance

Aos signos *D&O Insurance* ou *Directors' and Officers' Liability Insurance* a literatura europeia não anglo-saxónica faz corresponder a designação *seguro de responsabilidade civil dos administradores*. Todavia, o *D&O*, tal como surge moldado pela indústria seguradora, *abrange múltiplas e heterogéneas coberturas*. No estado de maturidade, o *D&O Insurance* apresenta uma estrutura socialmente típica²³ que só pode ser conhecida se à investigação forem chamados o conteúdo das apólices e a prática societária. Para esta tipicidade em muito tem contribuído o papel dos resseguradores que operam no segmento do *D&O Insurance*. Aspecto não menos importante é que esta experiência internacional condiciona vigorosamente as apólices comercializadas nos países europeus. Em estádios menos desenvolvidos do seguro, as apólices começam por ser traduções literais das que são comercializadas internacionalmente²⁴. Prática que pode implicar um *menor ajustamento* às especificidades da ordem jurídica em que a apólice é integrada.

¹⁹ Sobre a crise dos anos oitenta por que passou o *D&O Insurance*, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 257, s..

²⁰ Cfr. E. F. PÉREZ CARRILLO, *Aseguramiento...*, cit., p. 21.

²¹ Trata-se do estudo TOWERS PERRIN, *2007 Survey on Insurance Purchasing and Claims Trends*, disponível em www.towersperrin.com.

²² Cfr. *Directors and Officers Liability – 2008 Survey of Insurance Purchase Trends* (originally published by Towers Perrin), Towers Watson, 2010, disponível em <http://www.towerswatson.com/assets/pdf/2791/2791.pdf> (visitado em Abril de 2011).

²³ Cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., p. 19.

²⁴ Cfr. ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil de los administradores*, 2.^a edición, InDret, n.º 272, 2005, p. 6.

Na experiência norte-americana, a apólice *D&O* é tradicionalmente integrada pelas designadas *Side A* e *Side B*²⁵. A primeira protege directamente os administradores quando os riscos não foram absorvidos pela *corporate indemnification (non indemnifiable loss)*²⁶; a segunda garante a *sociedade* pelos montantes dispendidos a título de *corporate indemnification*. O *Side B* não protege a sociedade das suas responsabilidades perante terceiros; este segmento da apólice «cobre a sociedade da responsabilidade que esta tenha para com os seus administradores, pela satisfação das responsabilidades que lhes sejam imputadas por actos praticados no exercício do cargo»²⁷.

Algumas apólices contemplam uma terceira cobertura — a *Side C (entity coverage)* — que cobre as *responsabilidades da própria sociedade*.

Para além destas coberturas, convém ainda salientar: *a)* a *employment practices liability* - destinada a garantir «responsabilidades emergentes de reclamações por despedimentos ilícitos»²⁸; *b)* a *individual coverage* - destinada a cobrir a «responsabilidade de administradores não executivos que pertençam a vários conselhos e que necessitem de estar cobertos por uma única apólice»²⁹.

As apólices *D&O* são procuradas, essencialmente, pela *cobertura das despesas de defesa* do administrador em caso de litígio. Uma das alternativas é a apólice prever a cargo do segurador o «duty to defend». Outra das opções consiste em o segurador cobrir as despesas de defesa e ser estipulado o direito de o segurador se associar à defesa do administrador, aprovando a estratégia de defesa, gastos e, não menos importante, as transacções (*settlements*) negociadas com o demandante. É muito relevante saber se o segurador se obriga a avançar os montantes correspondentes às despesas de defesa ou tão-só a reembolsá-los. Esta escolha é importante, porque muitas das questões que afectam a cobertura não podem ser resolvidas enquanto o litígio não estiver encerrado. Em particular, o juízo sobre certas exclusões só pode ser formulado no fim do processo. O segurador pode ter o interesse em não avançar as despesas enquanto não houver um juízo jurisdicional

²⁵ Na doutrina portuguesa, sobre o alargamento subjectivo das coberturas, v. PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., pp. 16, s..

²⁶ Sobre o sentido da *corporate indemnification*, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., pp. 243, ss..

²⁷ PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., p. 22.

²⁸ PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., p. 22.

²⁹ PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., p. 21.

sobre a reclamação apresentada; ao segurado interessa dispor de meios adequados para repelir as imputações que lhe são dirigidas. Em ordem a encontrar um equilíbrio entre estes dois interesses divergentes, algumas apólices estipulam a antecipação das despesas de defesa, mas submetida à condição de o segurado reembolsar os montantes recebidos, se o sinistro não se encontrava coberto.

São várias as despesas elegíveis como custos de defesa: honorários, custos e despesas contraídos pela pessoa segura, custos de investigação com a preparação da defesa e de comparência a um inquérito, custos com a investigação, defesa e decisão final de uma reclamação, taxas de justiça, preparos para as despesas, custas judiciais, honorários de advogado ou solicitador.

De modo a impedir que o capital seguro seja consumido nos custos de defesa jurídica, algumas condições gerais do seguro de responsabilidade dos administradores estipulam limites específicos para a cobertura daqueles custos.

2.3. Exclusões típicas

Justamente, para ilustrar que a tipicidade social do *D&O Insurance* também repousa nas exclusões que ele usualmente incorpora, já se escreveu que «the story of the D&O policy is the story of its exclusions from coverage»³⁰.

Da profusa variedade de exclusões, destacamos algumas³¹. A exclusão de «illegal profits or gains»³² afasta a cobertura em caso de obtenção por qualquer segurado de qualquer benefício, remuneração, lucro ou vantagem pessoal ilícitos ou aos quais não tiver direito. São visados, designadamente, os ilícitos que manifestam a violação do dever de lealdade dos administradores. A restituição de vantagem, benefício ou remuneração a que o administrador não tinha direito não lhe causaria qualquer dano ou perda. Se a

³⁰ R. M. BUXBAUM, «The duty of care and the business judgment rule in american law. Recent developments and current problems», in: K. KREUZER (Hrs), *Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, p. 94.

³¹ Para uma lista das exclusões típicas, v. PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., pp. 21, s..

³² PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., p. 23, refere, quanto à exclusão de «illegal profit or gains», que «a restituição de quantias ilicitamente adquiridas é sempre excluída».

reclamação de devolução fosse coberta pelo seguro, quem recebeu indevidamente a retribuição acabaria por dela beneficiar, pese embora o facto de se ter pago ilicitamente.

As condições gerais também se preocupam em excluir a cobertura de determinadas *consequências* da prática de factos ilícitos. Considere-se, a título de exemplo, a exclusão do pagamento de multas ou coimas impostas por autoridades competentes, bem como de outras penalidades de natureza sancionatória ou fiscal, indemnizações fixadas a título punitivo (*punity damages*). A locução «danos punitivos»³³ — aliás, bastante equívoca — refere a possibilidade de o lesante ser condenado a pagar uma indemnização que, não estando suportada pelo dano, tem uma finalidade marcadamente punitiva.

A prática comercial relativa ao seguro de responsabilidade civil dos administradores tende a não cobrir reclamações resultantes de *actos dolosos* dos administradores segurados³⁴. Esta exclusão visa diminuir o «moral hazard»³⁵ e preservar a diligência dos comportamentos³⁶.

A *insured versus insured exclusion* — destinada, essencialmente, a evitar o conluio entre administradores — afasta «a cobertura da responsabilidade imputada por um segurado a outro segurado, mais concretamente por um administrador a outro administrador»³⁷.

Também é habitual a estipulação de exclusão de reclamações apresentadas por accionistas maioritários. Subjaz a esta exclusão o risco de conluio entre os administradores e os accionistas maioritários ou de controlo. Uma das alternativas para delimitar os sócios cujas reclamações são excluídas é,

³³ Salienta PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 417, que não existem danos punitivos, mas sim «quantias que visam punir o agente».

³⁴ PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., p. 40, frisa que de «acordo com o seu regime socialmente típico, a cobertura do *D&O Insurance* é excluída em vários casos, entre os quais se destaca o de “deliberate acts”: é excluída a cobertura das responsabilidades emergentes de actos, omissões ou condutas intencionalmente ilícitas».

³⁵ Sobre o «moral hazard», v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 40, e bibliografia aí referida.

³⁶ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., pp. 490, s..

³⁷ PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., p. 22.

justamente, fixar quantitativamente a percentagem do capital social relevante (v.g. 15% do capital social da sociedade tomadora)³⁸.

Outra das exclusões típicas afasta da cobertura os sinistros ocorridos em determinados territórios, designadamente nos Estados Unidos da América. Os seguradores foram tomando consciência de que a actuação das sociedades (não norte-americanas) no território norte-americano, nomeadamente através de subsidiárias, expunha os administradores ao risco de uma intensa, agressiva e dispendiosa litigação³⁹. Esta amplificação do risco ocorrido no sistema norte-americano é devida a vários factores de que destacamos a cultura de litigância, a incerteza inerente ao funcionamento dos tribunais de júri, a admissibilidade de danos punitivos, o sistema de remuneração dos advogados baseado nos *contingent fees*, a frequência das *class actions*⁴⁰.

2.4. Principais características do D&O Insurance

Conhecidas as coberturas e as exclusões típicas, tracemos algumas das características do *D&O Insurance* moldadas na *praxis* seguradora.

No *D&O Insurance*, a dissociação entre o tomador do seguro e segurados constitui uma prática internacional consistente. A sociedade é a *tomadora do seguro e os administradores assumem a qualidade de segurados*⁴¹. São os próprios seguradores que impõem esta forma de contratação e que, em regra, não consentem na contratação individual por cada um dos admi-

³⁸ Sobre os riscos de, por intermédio destas exclusões baseadas em percentagens do capital social, se restringir excessivamente o exercício da acção social de responsabilidade, desnaturalizando a cobertura, v. ELENA F. PÉREZ CARRILLO, *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 274.

³⁹ É este o diagnóstico apresentado pelo ressegurador Swiss Re. No Prefácio ao estudo SWISS REINSURANCE COMPANY, *Directors and officers liability. Risks for enterprises with exposure in the United States*, 2th edition, Zurich, 2001, p. 5, é frisado que tanto segurados como seguradores têm subestimado os riscos norte-americanos.

⁴⁰ Cfr. SWISS REINSURANCE COMPANY, *Directors...*, cit., p. 5.

⁴¹ Sobre a evolução da contratação individual pelos administradores para a contratação pela sociedade, v. P. PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., p. 14. Sobre a prática societária espanhola, v. ELENA F. PÉREZ CARRILLO, *La administración...*, cit., pp. 246, ss.; M. IRIBARREN, «Los seguros de responsabilidad civil para administradores y altos directivos de sociedades de capital», *Revista Española de Seguros*, n.º 136, 2008, pp. 805, s..

nistradores⁴². A sociedade-tomadora assume a *obrigação de pagar o prémio* devido pelo seguro e os administradores beneficiam da(s) cobertura(s), mas não suportam os respectivos encargos⁴³.

Destacam-se como vantagens económicas inerentes à contratação do seguro: *a)* a captação e recrutamento de pessoas que, na ausência do seguro, não estariam dispostas a servir como administradores; *b)* a facilitação no recrutamento de administradores independentes; *c)* a redução da aversão ao risco do administrador protegido pelo seguro; *d)* a assunção, por parte dos administradores, do nível de risco adequado e, por conseguinte, o incremento do dinamismo da gestão; *e)* a redução dos custos reputacionais conexos com reclamações de responsabilidade; *f)* a intensificação da vigilância exercida sobre os administradores; *g)* a protecção do património social, quando a cobertura do risco de responsabilidade civil cobre a responsabilidade perante a sociedade.

O *D&O Insurance* contratado por sociedades cotadas ou por grandes sociedades anónimas tende a ser um *seguro de grandes riscos*. O seguro de responsabilidade civil — e, por conseguinte, o seguro de responsabilidade civil dos administradores — não é intrinsecamente um seguro de grandes riscos. É pela via dos índices quantitativos atingidos pela sociedade-tomadora que o seguro de responsabilidade civil dos administradores poderá, em alguns casos, ser integrado na categoria dos grandes riscos⁴⁴. Nos restantes casos, integrar-se-á nos *riscos de massa*⁴⁵.

⁴² Razões de economia de escala na contratação do seguro e de regularização dos sinistros (prevenção de litígios entre seguradoras na hora de gerir um sinistro provocado por administradores que são solidariamente responsáveis, dificuldades no exercício do direito de regresso entre administradores segurados e não segurados) explicam a divulgação desta prática negocial. Sobre estas razões, v. J. FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D&O)*, Comares, Granada, 1998, pp. 53, s..

⁴³ MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 311.

⁴⁴ Cfr. o art. 2.º, n.º 3, c), 4, da Lei de Actividade Seguradora. São intrinsecamente de grandes riscos os seguros integrados nos ramos referidos nos n.ºs 4), 5), 6), 7), 11) e 12) do art. 123.º da Lei de Actividade Seguradora (art. 2.º, n.º 3, da Lei de Actividade Seguradora). Nestes casos, a qualificação de grandes riscos depende exclusivamente da natureza do risco e não está ligada a características ou índices quantitativos (dimensão) do tomador.

⁴⁵ Cfr. art. 2.º, n.º 6, da Lei da Actividade Seguradora.

É *normativamente consequente* a distinção seguros de grandes riscos e seguros de massa. Actualmente, ao abrigo do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, do Regulamento Bruxelas, do Regulamento Roma II, a distinção entre grandes riscos e riscos de massa é relevante, pelo menos, em três aspectos: a) âmbito da liberdade de conformação do conteúdo do contrato de seguro; b) escolha da lei aplicável ao contrato de seguro; c) escolha do foro competente⁴⁶.

O *D&O Insurance* tende a ser um seguro *claims made*⁴⁷. Nesta modalidade, as apólices conexionam a prestação do segurador à *reclamação do terceiro formulada na vigência da apólice*, acompanhada de *coberturas retroactiva e posterior*⁴⁸. Em virtude de tais cláusulas de delimitação temporal, o segurador não é obrigado a realizar a sua prestação, se a reclamação não é formulada durante a vigência da apólice ou dentro do prazo posterior, ainda que, nestes momentos, o dano de terceiro se produza e seja conhecido pelo segurador⁴⁹.

No sistema de reclamação são individualizados o *período retroactivo* e a chamada *cobertura posterior*⁵⁰. O *período retroactivo* ou a *cobertura retroactiva* determina que o segurador garanta a indemnização, em caso de *reclamações formuladas no período de vigência do contrato*, mas relativas a factos danosos anteriores ao início da vigência daquele e desconhecidos

⁴⁶ Sobre estes aspectos, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 473, s..

⁴⁷ Para o comentário ao art. 68 do *Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro*, de junio 2010, em particular as cláusulas *claims made*, v. MILAGROS SANZ PARRILLA, «Sección 6.º Seguro de responsabilidad civil. Introducción y artículos 68 a 70», *Revista Española de Seguros*, n.ºs 143-144, 2010, pp. 822, ss..

⁴⁸ É significativa a variedade que estas cláusulas podem assumir. A característica essencial está em radicar o «sinistro» não no momento em que se verifica o facto danoso, mas sim no da *reclamação* — F. SÁNCHEZ CALERO (director) / TIRADO SUÁREZ / TAPIA HERMIDA / FERNÁNDEZ ROZAS / FUENTES CAMACHO, *Ley de contrato de seguro. Comentario a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 3.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 1331; M. A. CALZADA CONDE, «La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS)», *Revista Española de Seguros*, n.º 89, 1997, p. 47.

⁴⁹ M. A. CALZADA CONDE, «La delimitación...», cit., p. 47.

⁵⁰ Sobre estas, v. F. SÁNCHEZ CALERO (director) / TIRADO SUÁREZ / TAPIA HERMIDA / FERNÁNDEZ ROZAS / FUENTES CAMACHO, *Ley...*, cit., p. 1339.

do segurado⁵¹. No caso de não renovação do contrato de seguro, a *cobertura posterior* cobre o segurado durante um certo lapso de tempo (contado a partir do termo final do contrato de seguro) quanto a reclamações por factos danosos ocorridos até ao termo final do contrato de seguro⁵². Deste modo, a reclamação pode ser apresentada no período de cobertura posterior, mas há-de dizer respeito a factos geradores de responsabilidade ocorridos até ao termo final do contrato de seguro. Para tanto, dentro de um determinado prazo fixado no contrato de seguro, o tomador deve solicitar ao segurador que mantenha a cobertura, o segurador há-de aceitar tal proposta a troco do pagamento de um prémio (em regra, corresponde a uma percentagem do prémio de seguro fixada nas condições especiais).

A doutrina salienta que as apólices *claims made* expõem os segurados a «vazios temporais de cobertura»⁵³. Esta fragilidade das apólices *claims made* é de significativa relevância⁵⁴. Estes vazios de cobertura podem ocorrer em situações em que o administrador está ininterruptamente coberto por sucessivos contratos de seguro e, contudo, pode não estar protegido contra um sinistro contemplado no contrato de seguro e ocorrido na vigência do mesmo⁵⁵.

Na ordem jurídica portuguesa, o seguro de responsabilidade civil dos administradores é *voluntário*, tanto para a sociedade como para os adminis-

⁵¹ F. SÁNCHEZ CALERO, «El seguro...», cit., p. 412. M. J. GUERRERO LEBRÓN, *El seguro...*, cit., p. 205, considera que a estipulação deste período retroactivo pode ter utilidade quando a sociedade contrata o seguro para os primeiros administradores, tendo como início formal o momento em que aquela adquire personalidade jurídica.

⁵² Cfr. F. SÁNCHEZ CALERO (director) / TIRADO SUÁREZ / TAPIA HERMIDA / FERNÁNDEZ ROZAS / FUENTES CAMACHO, *Ley...*, cit., p. 1339.

⁵³ Cfr. por todos E. VERDERA Y TUELLS, «La cláusula claims made ante la jurisprudencia del T.S: una primera revisión crítica», in: F. SÁNCHEZ CALERO (dirigidos por), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Musini, Madrid, 1994, p. 94.

⁵⁴ Em Espanha, para este problema de vazios temporais de cobertura, têm sido propostas várias soluções. Para uma súmula das várias propostas, v. por todos M. J. GUERRERO LEBRÓN, *El seguro...*, cit., pp. 207, s.; M. A. CALZADA CONDE, «La delimitación...», cit., p. 64, ss. Sobre algumas destas soluções aplicáveis ao seguro de responsabilidade civil dos auditores, v. M. PACHECO CAÑETE, «El seguro de responsabilidad civil de los auditores y cláusulas de reclamación. La reforma del artículo 35.1 del Reglamento de auditoría de cuentas», *Revista Española de Seguros*, n.º 132, 2007, pp. 472, s..

⁵⁵ Sobre este aspecto, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., pp. 466, ss..

tradores. Caberá à sociedade ou aos administradores (admitindo que eles conseguem contratar o seguro individualmente) a decisão de contratar o seguro. A manutenção do carácter não obrigatório parece sugerir que este seguro centra-se na protecção dos administradores-segurados, mais do que na dos terceiros lesados pelas actuações ilícitas e culposas daqueles. Entretanto, vão surgindo na doutrina algumas opiniões que defendem a evolução no sentido da obrigatoriedade legal deste seguro, nomeadamente para certas sociedades anónimas⁵⁶.

O seguro de responsabilidade civil dos administradores, para além de ser um seguro voluntário, tende a ser um seguro *não massificado*. A este propósito, fala-se em apólices *tailor made* para vincar não só a heterogeneidade das condições gerais elaboradas pelos diferentes seguradores, como também o facto de as apólices, relativamente a cada sociedade, atenderem às singularidades do risco segurado⁵⁷.

3. INICIATIVA COOPERATIVA E RISCOS DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS DIRIGENTES

3.1. Gestão e representação da cooperativa

As cooperativas são administradas e representadas pelos membros da *direcção* (art. 56.º do Código Cooperativo). No exercício destas funções, a direcção tem competência para, por exemplo, «contratar e gerir o pessoal

⁵⁶ Defendendo de *lege ferenda* a obrigatoriedade deste seguro (pelo menos em sociedades de determinadas características), v. F. SÁNCHEZ CALERO, *Administradores. Artículos 123 a 143*, in: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anonimas*, t. IV, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1994, pp. 40, s.. Mais recentemente, v. ELENA F. PÉREZ CARRILLO / M. ELISABETE RAMOS, «Responsabilidade civil e seguro dos administradores (reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola)», *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 82, 2006, p. 345 (especificamente quanto à experiência espanhola). M. IRIBARREN, «Los seguros...», cit., pp. 804, s., refere que a *Comisión de Economía y Hacienda del Congreso* aprovou em 2005 uma proposta no sentido de instar o Governo a estabelecer as condições regulamentares necessárias à criação de um seguro profissional obrigatório de responsabilidade civil dos administradores das sociedades cujas acções estivessem admitidas à cotação em mercado oficial ou que estivessem legalmente obrigadas a auditar as contas. O Autor informa que essa proposta não teve ainda seguimento.

⁵⁷ Sobre o carácter *tailor made* do seguro de responsabilidade civil dos administradores v. na doutrina espanhola, F. SÁNCHEZ CALERO, «El seguro...», cit., p. 401; A. RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil de los administradores*, 2.ª ed..., cit., p. 6.

necessário às actividades da cooperativa» e para «praticar os actos necessários à defesa dos interesses da cooperativa e dos cooperadores» (art. 56.º do Código Cooperativo). Nos termos do art. 59.º do Código Cooperativo, «a direcção pode delegar poderes de representação e administração para a prática de certos actos ou de certas categorias de actos em qualquer dos seus membros, em gerentes ou noutros mandatários».

Os dirigentes de cooperativas *não são necessariamente remunerados*. Na verdade compete à assembleia geral «fixar a remuneração dos membros dos órgãos sociais da cooperativa, quando os estatutos o não impedirem» (art. 49.º, *m*), do Código Cooperativo). Independentemente do estatuto (remunerado ou não) ao abrigo do qual servem a cooperativa, os dirigentes estão expostos, por um lado, aos riscos de responsabilização e, por outro, ao risco de ter de custear as despesas causadas pelos litígios em que se vejam envolvidos.

3.2. Directors' and Officers' Liability Insurance for Non-Profit Organizations

Criado especificamente na experiência norte-americana para *non profit organizations* — fundações, *trusts*, «cooperatives», associações, *etc*⁵⁸ —, o *Directors' and Officers' Liability Insurance for Non-Profit Organizations* cobre tendencialmente as responsabilidades de executivos, empregados e voluntários⁵⁹, conexas com as funções na organização⁶⁰.

⁵⁸ Sobre as *non-profit-organizations*, v. EDWARD L. GLAESER, *The governance of Not-for-Profit Firms*, Harvard Institute of Economic Research, Discussion Paper Number 1954, Harvard University, April 2002. Sobre a gestão de *non-profit-organizations*, v. KLAUS HOPT, *The board of nonprofit organizations: some corporate governance thoughts from Europe*, ECGI Working Paper Series in Law, Working paper n.º 125/2009, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1425670.

⁵⁹ JEROLD OSHINSKY / GHEIZA M. DIAS, «Liability for non-profit organizations...», cit., VII.2.

⁶⁰ Para uma caracterização geral da «non-profit liability policy», v. WILLIAM E. KNEPPER / DAN A. BAILEY, *Liability of corporate officers and directors*, seventh edition, volume 2, LexisNexis, 2006, p. 26-34, s. Para um exemplo de uma apólice do *Not-for-Profit Organization Directors and Officers Liability Insurance*, v. *Flexi Plus Five*, da Philadelphia Insurance Companies, disponível em <http://www.phly.com/products/Forms/FlexiFive/Flexi%20Plus%20Five%20Policy.pdf>.

Os seguradores tendem a apontar o *regime de voluntariado* como uma das razões que deve impulsionar a celebração deste seguro. A circunstância de os dirigentes voluntários estarem de boa fé, no momento em que tomam decisões, não os isenta de responsabilidade pessoal⁶¹. Sublinha-se que a «volunteer immunity has undergone, and continues to undergo, shifts towards financial responsibility to individuals harmed by nonprofit's activities»⁶².

Entre as situações de risco estão os litígios laborais, os que são provocados por um doador que discorda das decisões financeiras de aplicação dos fundos entregues à instituição ou, ainda, os que são causados pela eliminação de um determinado programa dirigido à comunidade. Os dirigentes podem ser demandados por causa de má-gestão de operações ou de activos da entidade não lucrativa, situações de conflitos de interesses, prática de actos que ultrapassem os poderes reconhecidos pelos estatutos, violação de leis estaduais ou federais, violações dos deveres fiduciários (*fiduciary duties*).

Estes litígios podem pôr em risco o património pessoal dos dirigentes. Especialmente, se a entidade para quem trabalham não tem meios para reembolsar dos gastos dispendidos na defesa ou nas transacções. E, ainda que não procedam as acções contra si intentadas, a mera circunstância de poderem ser muito significativas as despesas de defesa em tais acções é em si mesma um motivo de preocupação. Afectar os recursos da entidade não lucrativa à defesa dos dirigentes ou ao reembolso destes pode significar, a breve prazo, privar esta entidade de meios necessários para cumprir as suas missões estatutárias.

Diz-se também —e esta é uma argumentação recorrente para a contratação do *D&O Insurance* destinado aos administradores de sociedades— que a mera existência do seguro facilita o recrutamento de dirigentes mais bem preparados. O dirigente que esteja protegido por um *D&O Insurance for Non Profits* está mais bem preparado para lidar com as alegações de actuação ilícita e culposa. Porquanto, a existência do seguro protege os dirigentes das consequências devastadoras causadas pela litigância.

⁶¹ V. <http://www.rja.com/nonprofit-liability-insurance-minneapolis-mn/>.

⁶² KATHRYN A. SAMPSON, «Nonprofit risk; nonprofit insurance», *Arkansas Law Notes* 2008, p. 84., disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1186503 (Abril 2011), p. 110.

Em síntese, três principais razões podem ser apresentadas para a contratação do *D&O Insurance for Non Profits*⁶³: a) cobertura da responsabilidade pessoal de dirigentes das entidades não lucrativas; b) cobertura dos prejuízos sofridos pela própria entidade; c) preservação da imagem pública favorável e da confiança dos cidadãos.

O *D&O Insurance for Non Profits* integra várias coberturas⁶⁴. Em *primeiro lugar*, protege directamente os dirigentes (e outras pessoas) de prejuízos que sejam resultado de litígios conexionsados com as funções exercidas na organização não lucrativa (indenizações, transacções). Em particular, os dirigentes são protegidos contra as consequências da violação de deveres («breach of duty») funcionais. Sendo certo que cada apólice apresenta a sua definição de «wrongful act», é usual que o seguro cubra os prejuízos resultantes de «any actual ou alleged act or omission, error, misstatement, misleading statement, neglect or breach of duty by an Insured Person in the discharge of his/her duties».

Em *segundo lugar*, a apólice costuma cobrir os prejuízos causados pelo litígio no *património da organização não lucrativa*. Trata-se de prejuízos inerentes à prática norte-americana de a organização não lucrativa reembolsar os seus dirigentes e colaboradores de custos causados a estes pelo litígio. Em *terceiro lugar*, a apólice pode proteger directamente a organização não lucrativa de prejuízos causados por acções intentadas contra esta.

Também neste segmento de mercado, o *D&O Insurance* é procurado essencialmente para cobrir os custos do litígio (custos de defesa e montantes de transacções). Segundo notícias colhidas na doutrina, as apólices normalmente não incluem o «duty to defend» a cargo do segurador, antes funcionam como uma garantia de que os segurados disporão de recursos suficientes para enfrentar o litígio⁶⁵. Ainda que não seja previsto a cargo do segurador um dever de defender⁶⁶ o segurado, é usual a estipulação segundo a qual o segurador paga as despesas à medida que o processo se vai desenvolvendo. Da perspectiva do segurado, esta alternativa é mais vantajosa do que o reembolso no fim do processo. Normalmente garante-se ao segu-

⁶³ KATHRYN A. SAMPSON, «Nonprofit risk...», cit., p. 102.

⁶⁴ Sobre estas v. <http://www.rja.com/nonprofit-liability-insurance-minneapolis-mn/>.

⁶⁵ KATHRYN A. SAMPSON, «Nonprofit risk...», cit., p. 104.

⁶⁶ Na publicidade da Chubbs relativa à apólice “ForeFront Portfolio for Not-For-Profit Organizations Directors and Officers and Entity Liability Insurance” é dito que a «Chubb has the duty to defend claims, and provides customers access to a panel fo expert attorneys».

rado o direito de escolher o advogado que vai patrocinar a defesa, sendo esta escolha submetida a aprovação do segurador; e também costuma ser estipulado que as despesas estão sujeitas a aprovação do segurador.

De modo a mitigar a *assimetria de informação* entre a organização não lucrativa (detentora da informação sobre os riscos a que está exposta) e o segurador, é normalmente elaborado um *questionário* pelo segurador que a organização não lucrativa deve preencher. Através do preenchimento do questionário, o segurador irá obter informação necessária à sua decisão de contratar ou não o seguro com aquela organização. A elaboração do questionário por parte segurador e a resposta pelo candidato a segurado constituem procedimentos normais na fase pré-contratual do seguro. São factos que desencadeiam *importantes consequências jurídicas*, seja para o segurador que elabora o questionário seja para o candidato a segurado que, através dele, liberta informações em que o segurador fundará a sua decisão de contratar ou de não contratar. Ao segurador é exigido que *seja claro e preciso na formulação* das perguntas; à(s) pessoa(s) que o preenche(m) que sejam verdadeiras.

Tomemos um questionário destes como exemplo⁶⁷. Neste questionário associado a uma apólice de *D&O Insurance for Nonprofits*, o segurador exige que a parte do questionário dedicada especificamente ao *D&O for Nonprofits* seja preenchida por *cada um dos candidatos a segurados*. É pedida a lista completa das entidades controladas pela organização lucrativa. Questiona-se se a organização tem alguma pessoa que nos últimos cinco anos tenha estado envolvida em litígios relacionados com propriedade industrial, acções tomadas por reguladores, violação de leis estaduais ou federais, violação de leis penais. Informa-se que tais litígios estão excluídos da cobertura. Também se questiona se a organização esteve envolvida ou planeia num futuro próximo integrar uma operação de concentração com outras entidades ou proceder a alterações nos órgãos de administração. Sendo a resposta afirmativa, são pedidas informações mais pormenorizadas⁶⁸. O questionário termina com a seguinte *warranty*⁶⁹: «The Under-signed warrants that to the best of his/her knowledge and belief the state-

⁶⁷ Trata-se da «application» relativa à Apólice *Flexi Plus Five* que, entre outros, inclui o Not-For-Profit Organization Directors and Officers Liability Insurance, v. http://www.merriaminsurance.com/pdf/phily_not_for_profit_d_o_application.pdf.

⁶⁸ - http://www.merriaminsurance.com/pdf/phily_not_for_profit_d_o_pplication.pdf.

⁶⁹ Para a distinção entre *warranty* e *representation*, v. ELENA F. PÉREZ CARRILLO, *Aseguramiento...*, cit., pp. 70, ss..

ments set forth herein are true»⁷⁰. Esclarece-se, também, que «This Application will be attached and become a part of the policy»⁷¹.

3.3. Riscos de responsabilização a que se encontram expostos os directores de cooperativas portuguesas

Sabendo que o risco de responsabilização é um *risco jurídico*, o conhecimento da intenção e extensão de tal risco exige que nos voltemos para a ordem jurídica portuguesa.

Directores e outros dirigentes podem ser responsabilizados: *a)* pela própria *cooperativa* pelos danos que a esta causem no exercício das funções; *b)* pelo Estado pelo pagamento, a título subsidiário, de multas penais em que a cooperativa tenha sido condenada; *c)* pelo *Estado* por dívidas fiscais da cooperativa; *d)* por *reguladores* pelo pagamento de coimas aplicadas à cooperativa; *e)* por terceiros, pelo pagamento de indemnizações que lhes sejam devidas.

São variadas as modalidades de responsabilidade a que se encontram expostos: responsabilidade penal, contra-ordenacional, tributária subsidiária, financeira, civil. O que tem por consequência que o exercício das funções de dirigente da cooperativa expõe os titulares da direcção a *várias reacções* jurídicas desencadeadas por actos ilícitos e culposos: sanções penais, coimas, responsabilidade pelo pagamento de impostos devidos pela cooperativa, responsabilidade financeira sancionatória, obrigação de indemnizar.

Não menos importante é o facto de o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de Outubro de 2008, se ter pronunciado no sentido da aplicação da acção social *ut singuli*, prevista no art. 77.º do Código das Sociedades Comerciais, às cooperativas⁷². Com esta decisão, permite-se que os cooperadores, substituindo-se na posição da cooperativa, possam reclamar para o património desta a reparação dos danos causados pelos titulares da direcção demandados, pela violação de deveres da administração. Esta é

⁷⁰ Cfr. http://www.merriaminsurance.com/pdf/phily_not_for_profit_d_o_application.pdf.

⁷¹ http://www.merriaminsurance.com/pdf/phily_not_for_profit_d_o_application.pdf.

⁷² Sobre este Acórdão, v. MARIA ELISABETE RAMOS, «Acção *ut singuli* e cooperativas (Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Outubro de 2008), *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 31, 2008/2009, pp. 273, ss.; MANUEL CARNEIRO DA FRADA / DIOGO COSTA GONÇALVES, «A acção *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do direito cooperativo com o direito das sociedades comerciais», *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 4, 2009, pp. 885, ss..

uma decisão jurisprudencial que tem um *efeito intensificador do risco* de responsabilização dos directores de cooperativas. A não responsabilização pela cooperativa lesada — porque não toma a iniciativa ou decide não reclamar a indemnização — pode ainda ser ultrapassada pela iniciativa de cooperadores que usem o instrumento processual previsto no art. 77.º do Código das Sociedades Comerciais⁷³.

3.3.1. Risco de aplicação de sanções penais

Não restam dúvidas de que comportamentos adoptados pelos directores de cooperativas são susceptíveis de assumir relevo jurídico-penal, seja ao nível do *direito penal de justiça* seja no universo do *direito penal secundário*⁷⁴. Se um administrador injúria um funcionário ou um colaborador da empresa, poderá ser punido por esse facto ilícito e típico. O art. 65.º, n.º 1, do Código Cooperativo prevê expressamente que os directores de cooperativas podem ser responsabilizados criminalmente.

Por intermédio do art. 12.º do Código Penal, é prevista a *punição de quem age como titular de órgão de pessoa colectiva*, ainda que seja esta a portadora da qualidade exigida pelo tipo legal de crime⁷⁵. A actuação em nome de outrem é relevante nos chamados *crimes específicos*⁷⁶ em que o agente (v.g. director de cooperativa) que desenvolve a actividade tipicamente descrita *não reúne* em si os elementos previstos no tipo para circunscrever os autores possíveis. Pense-se, por exemplo, na incriminação de insolvência dolosa em que é a cooperativa que reúne a qualidade de *devedo-*

⁷³ Sobre a acção social *ut singuli*, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 189, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU / MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 77.º», in: *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I (Arts. 1.º a 84.º) (coordenação de J. M. Coutinho de Abreu), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 886, ss..

⁷⁴ Para a caracterização destas categorias, v. J. FIGUEIREDO DIAS, «Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português», in: *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. I. *Problemas gerais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 35, ss..

⁷⁵ Sobre a actuação em nome de outrem e o direito penal económico, v. INÊS FERNANDES GODINHO, *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal económico*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 157, ss..

⁷⁶ Para a definição de crime específico, v., por todos, EDUARDO CORREIA, *Direito criminal* (com a colaboração de Figueiredo Dias), I, Almedina, Coimbra, 1971 (reimpressão), p. 306.

ra, mas quem pratica os actos típicos descritos no art. 227.º do Código Penal são os directores.

Vindo hoje as mais graves e mais frequentes ofensas ao direito penal secundário não de pessoas singulares, mas sim de *peessoas colectivas*, a irresponsabilidade destas significaria um intolerável tratamento privilegiado. Superado o pensamento *societas delinquere non potest*, está há muito consagrada entre nós a responsabilidade penal das pessoas colectivas. Já antes da Lei 59/2007, que alterou o art. 11.º do Código Penal, a responsabilidade penal das pessoas colectivas foi prevista no art. 3.º do DL 28/84, de 20 de Janeiro, e hoje constitui um princípio em «certas áreas delimitadas de criminalidade»⁷⁷.

A responsabilidade penal das pessoas colectivas chegou também ao direito penal clássico ou de justiça e esse facto *implica significativas consequências também para os directores de cooperativas*. Para além de outros casos especialmente previstos na lei, o art. 11.º, n.º 2, do Código Penal responsabiliza as pessoas colectivas pelos crimes aí especificados, quando cometidos: «a) em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou b) por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem». A responsabilidade das pessoas colectivas «é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito» (art. 11.º, n.º 6, do Código Penal). Sendo apurada a responsabilidade da pessoa colectiva, são aplicadas as penas principais de *multa* e de *dissolução* (art. 90.º-A do Código Penal) e podem ser aplicadas as *penas acessórias* previstas no art. 90.º, n.º 2, do Código Penal.

A responsabilização da cooperativa pelos crimes arrolados no art. 11.º, n.º 2, do Código Penal, e a consequente condenação podem determinar a responsabilidade *subsidiária e solidária* das «pessoas que ocupem uma posição de liderança» pelo «pagamento das multas e indemnizações em que a pessoa colectiva ou entidade equiparada for condenada» (art. 11.º, n.ºs 9 e 10, do CP). Não restarão dúvidas de que o conceito jurídico-penal de *posição de liderança*⁷⁸ — definida como aquela que é ocupada por «órgãos e

⁷⁷ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, «A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas», *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 66, 2006, p. 631.

⁷⁸ Ao fazer entrar a «posição de liderança» no Código Penal, incorpora-se no direito penal português um conceito oriundo da União Europeia e do Conselho da Europa, que foi pela primeira vez expresso no Relatório Explicativo do Segundo

representantes da pessoa colectiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade» (art. 11.º, n.º 4, do Código Penal) — integra os titulares da direcção da cooperativa (art. 11.º, n.º 4, do Código Penal), porque estes detêm «poderes de representação da sociedade, a autoridade para tomar decisões em seu nome»⁷⁹.

Esta responsabilização das pessoas que ocupam a posição de liderança ocorre nos casos em que a pessoa colectiva ou entidade equiparada for condenada, relativamente aos crimes praticados: *a*) no período de exercício do seu cargo, sem a sua oposição expressa; *b*) anteriormente, quando tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou entidade equiparada se tornou insuficiente para o respectivo pagamento; ou *c*) anteriormente, quando a decisão definitiva de aplicar as multas e indemnizações tiver sido notificada durante o período de exercício do cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento.

De imediato se levanta aqui uma questão. A multa é *uma pena criminal*. O art. 30.º da Constituição da República Portuguesa garante que «a responsabilidade penal é insusceptível de transmissão». Daqui resulta a «natureza pessoalíssima», na expressão de Figueiredo Dias, da multa. Impor que terceiros sejam responsabilizados pelo pagamento da multa parece afrouxar esta garantia constitucional. Ora, o art. 11.º, n.º 9, do Código Penal impõe que, não sendo o património da sociedade suficiente, são as pessoas em *posição de liderança* subsidiária e solidariamente responsáveis pelo pagamento da multa. Directores de cooperativas correm o risco de ter de responder subsidiária e solidariamente pelo cumprimento da multa em que a sociedade tenha sido condenada. Ainda que não esteja afastado o direito de regresso a exercer perante a sociedade condenada (art. 11.º, n.º 9, do Código Penal), há espaço, parece, para *questionar a conformidade constitucional desta responsabilidade subsidiária e solidária*. A multa assume-se como «autêntica pena criminal, antes que como mero «direito de crédito do Estado» — ainda que de natureza publicística — contra o condenado»⁸⁰. Daí que se possa argumentar que o direito de regresso, operante em matéria

Protocolo à Convenção sobre a Protecção dos Interesses Financeiros da CE. Este Relatório foi aprovado pelo Conselho em 12.3.1999 e publicado no JO de 31.3.1999, pp. C 91/8, ss..

⁷⁹ Cfr. ponto 3.2. do Relatório Explicativo do Segundo Protocolo à Convenção sobre a Protecção dos Interesses Financeiros da CE, sobre o sentido de «posição dominante».

⁸⁰ Cfr. J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 118.

de direitos de crédito, não seja relevante para superar as debilidades constitucionais desta norma.

3.3.2. *Sujeição a contra-ordenações e ao pagamento de coimas*

Os titulares do órgão de direcção da cooperativa também são candidatos à aplicação de *contra-ordenações*, sancionadas com coimas, próprias do direito de mera ordenação social⁸¹. Veja-se, a título de exemplo, o disposto na Lei 18/2003, de 11 de Junho, que aprova o regime jurídico da concorrência. Esta lei é aplicável a «todas as actividades económicas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo». Ora, nos termos do art. 47.º, n.º 3, da Lei 18/2003, «titulares do órgão de administração das pessoas colectivas (...) incorrem na sanção prevista para o autor, especialmente atenuada, quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infracção, não adoptem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente».

3.3.3. *O risco de responsabilidade tributária subsidiária*

O ingresso de uma determinada pessoa no cargo de director de cooperativa torna-a candidata à chamada *responsabilidade tributária subsidiária* por dívidas da cooperativa⁸². Vale por dizer que, não sendo o titular do órgão de administração o devedor originário da dívida tributária (é a cooperativa quem deve) pode, por força da *reversão tributária*, ver o seu património pessoal consumido na satisfação de tal dívida tributária. Tal responsabilidade resulta do art. 24.º da Lei Geral Tributária, quando esta determina que são sujeitos da responsabilidade tributária subsidiária os «administradores (...) e outras pessoas que exerçam ainda que somente de facto, funções de administração ou gestão em pessoas colectivas ou entes fiscalmente equiparados»⁸³.

⁸¹ Sobre a noção de contra-ordenação, v. EDUARDO CORREIA, «Direito penal e direito de mera ordenação social», *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 49, 1973, pp. 257, ss.

⁸² Sobre as características da responsabilidade tributária, v. TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Responsabilidade tributária subsidiária — Apontamentos*, in: *Miscelâneas* n.º 5, IDET/Almedina, Coimbra, 2008, p. 140.

⁸³ Sobre os antecedentes normativos desta disposição, v. TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores perante os credores sociais: a culpa nas responsabilidades civil e tributária*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 107, ss..

3.3.4. O risco de responsabilidade civil

O art. 65.º do Código Cooperativo estatui que «são responsáveis civilmente, de forma pessoal e solidária, perante a cooperativa (...) os directores, gerentes e outros mandatários que hajam violado os estatutos, os regulamentos internos ou as deliberações da assembleia geral ou deixado de executar fielmente o mandato (...)». Embora não seja dito expressamente, o regime desta disposição centra-se na responsabilidade pela administração (e representação) da cooperativa⁸⁴.

O art. 65.º, n.º 1, do Código Cooperativo prevê dispersas pelas diversas alíneas várias *infracções específicas* ou, dito de outro modo, *condutas ilícitas* dos directores, gerentes e outros mandatários.

A alínea *a*) do n.º 1 do art. 65.º proíbe a prática de actos estranhos ao objecto ou aos interesses da cooperativa. Pode acontecer que se apure que o acto, embora estranho ao objecto da cooperativa, não se mostrou danoso para esta. Nesse caso, por ausência de dano, não se constitui a responsabilidade civil dos directores que actuaram desse modo, mas poderá haver razões para fazer cessar o mandato dos directores⁸⁵.

Constitui um acto ilícito pagar ou mandar pagar importâncias não devidas pela cooperativa (art. 65.º, n.º 1, *b*), do Código Cooperativo) ou deixar de cobrar créditos que, por isso, hajam prescrito (art. 65.º, n.º 1, *c*), do Código Cooperativo). Estas infracções constituem graves violações do *dever de lealdade* dos directores e mandatários perante a cooperativa; podem conduzir à insolvência da cooperativa que, se causada por estas razões, é considerada *culposa* (art. 186.º, n.º 2, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas). Com a consequência de as pessoas afectadas pela qualificação da insolvência como culposa poderem ser inibidas para comércio durante um período de 2 a 10 anos (art. 189.º, n.º 2, *c*), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas)⁸⁶. Esta gestão ruínosa para a

⁸⁴ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas - Uma introdução», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 32, 2009/2010, pp. 35, ss..

⁸⁵ Compete à assembleia geral, nos termos do art. 49.º, *l*), do Código Cooperativo deliberar sobre a exclusão de cooperadores e sobre a perda de mandato dos órgãos sociais.

⁸⁶ Sobre esta consequência da qualificação da insolvência como culposa, v. MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, «Insolvência da sociedade e efectivação da responsabilidade dos administradores», *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 83, 2007, pp. 449, ss..

cooperativa — porque cria ou agrava artificialmente o passivo ou os prejuízos da cooperativa — pode também assumir relevância criminal (v.g. o art. 227.º do Código Penal que incrimina a insolvência dolosa) e determinar a aplicação das sanções previstas no Código Penal.

Também a distribuição de excedentes fictícios constitui um acto ilícito prejudicial para a cooperativa (art. 65.º, n.º 1, *d*), do Código Cooperativo.)⁸⁷. Determina o art. 73.º do Código Cooperativo quais os excedentes susceptíveis de serem distribuídos pelos cooperadores. Não pode proceder-se à distribuição de excedentes entre os cooperadores, nem criar reservas livres, 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. 73.º, n.º 2, do Código Cooperativo). Como está também proibida a distribuição de reservas obrigatórias.

Uma clara e manifesta violação do *dever de lealdade* é a infracção que consiste na utilização do mandato, com ou sem utilização de bens ou créditos da cooperativa, em benefício próprio ou de outras pessoas, singulares ou colectivas (art. 65.º, n.º 1, *e*), do Código Cooperativo.). Esta infracção pode consistir, por exemplo, na apropriação de informações da cooperativa para serem utilizadas em iniciativas empresariais do próprio director ou de outras pessoas (designadamente, pessoas que lhe sejam próximas) ou no abuso da posição ou estatuto de director, recebendo, por exemplo, vantagens patrimoniais («comissões», «luvas») de terceiros ligadas à celebração de negócios entre a cooperativa e esses terceiros⁸⁸. Ora, pode acontecer que o recebimento de tais «luvas» ou «comissões» determine consequências negativas no património da cooperativa (porque, em razão da «luvas», foi encarecido o preço dos bens adquiridos ou dos serviços fornecidos). No entanto, pode não ocorrer tal prejuízo para a cooperativa. Inexistindo dano para a cooperativa, esta não poderá responsabilizar civilmente o director; mas poderá reagir de outras formas, designadamente, fazendo cessar o mandato. Ainda

⁸⁷ Sobre o regime económico das cooperativas v. RUI NAMORADO, *Introdução ao direito cooperativo – para uma expressão jurídica da cooperatividade*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 222, ss., *Cooperatividade...*, cit., pp. 133, ss. Sobre a distribuição de excedentes, v. DEOLINDA APARÍCIO, *Regime económico das cooperativas no direito português – O capital social*, Vida Económica, Porto, 2009, pp. 255, ss..

⁸⁸ Sobre esta infracção do dever de lealdade, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., I-DET/Almedina, 2010, pp. 33, ss..

que a cessação do mandato ocorra, ela não é idónea a privar o director dos bens que indevidamente e à custa das suas funções obteve.

4. UM SEGURO PARA OS DIRIGENTES DE COOPERATIVAS?

Neste momento, é claro que os directores e dirigentes das cooperativas estão expostos a várias formas de responsabilização que, uma vez efectivadas, podem acarretar importantes consequências pessoais ou patrimoniais. A experiência norte-americana segmenta os seguros destinados a proteger gestores de entidades não lucrativas, conferindo-lhe uma estrutura que, de algum modo, se aproxima dos seguros disponíveis para organizações lucrativas (sociedades).

Não conseguimos encontrar em Portugal apólices semelhantes às que são anunciadas, publicitadas e comercializadas nos EUA. Sabemos é muito diferente a realidade portuguesa no que diz respeito à prevalência de litígios, aos instrumentos processuais disponíveis, ao valor das indemnizações fixadas, ao regime de custas processuais, ao funcionamento da justiça, etc. Provavelmente, em Portugal, é de baixa intensidade o risco de responsabilização de dirigentes de cooperativas, pese embora o quadro legal que se afigura muito exigente e complexo. Morosidade da justiça e os custos associados constituem, além de outros, entraves significativos à efectivação da responsabilidade, em particular da responsabilidade civil. Esta «infraligância» não induz a procura do seguro.

Dito isto, parecem-nos importantes *quatro* reflexões suplementares. A *primeira* sublinha que o ingresso no cargo de director de cooperativa não obriga o titular a celebrar um seguro de responsabilidade civil. Mas também não há, parece, disposições legais que proíbam a criação de um seguro de responsabilidade civil que proteja os dirigentes de organizações não lucrativas e que seja moldado às especificidades desta entidades.

A *segunda reflexão* evidencia a *selecção legal* entre riscos seguráveis e riscos não seguráveis. O art. 14.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Contrato de Seguro *proíbe*, de modo absolutamente imperativo, a celebração de contratos de seguro que cubram riscos de: *a)* responsabilidade criminal, contraordenacional ou disciplinar; *b)* rapto, sequestro e outros crimes contra a liberdade pessoal; *c)* posse ou transporte de estupefacientes ou drogas cujo consumo seja proibido; *d)* morte de crianças com idade inferior a 14 anos, ou daqueles que por anomalia psíquica ou outra causa se mostrem incapazes de governar a sua pessoa⁸⁹.

⁸⁹ A. OLIVEIRA / E. RIBEIRO, «Novo regime jurídico do contrato de seguro. Aspectos mais relevantes da perspectiva do seu confronto com o regime vigente»,

A inasegurabilidade legal de qualquer uma das manifestações da *responsabilidade criminal* está em consonância com o carácter pessoal da pena, consagrado no art. 30.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, quando determina que «a responsabilidade penal é insusceptível de transmissão». É a preservação da *função punitiva* das responsabilidades contra-ordenacional e disciplinar que justifica a proibição de seguros que cubram os riscos de pagamento de coimas ou de sanções disciplinares.

O art. 14.º, n.º 2, do Regime Jurídico do Contrato de Seguro admite a assegurabilidade da responsabilidade civil eventualmente associada a responsabilidade criminal, contra-ordenacional ou disciplinar.

A *terceira* reflexão centra-se na *segurabilidade do dolo* do segurado na causação do sinistro⁹⁰. Como se sabe, a cobertura do dolo potencia o «risco moral», induz comportamentos não diligentes e, de alguma forma, premeia quem representou o sinistro e quis produzi-lo. É comum as regulações do seguro reagirem de forma severa às situações em que o segurado representa o sinistro e actua com a intenção de o produzir, ou aceita tal resultado. Perante esta subversão contratual provocada pelo dolo, consolidou-se no direito comparado a libertação do segurador da obrigação de realizar a prestação a que estava vinculado. Mais precisamente, em face da provocação dolosa do sinistro *não se constitui qualquer direito para o segurado* nem qualquer obrigação para o segurador, porquanto o que se produziu foi um sinistro que o segurador não assume nem o contrato garante⁹¹.

O art. 46.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro admite expressamente *convenções* que estipulem a cobertura de actos dolosos⁹², submetendo-as a dois requisitos: *a*) que não sejam ofensivas da ordem pública; e *b*) que a natureza da cobertura o permita. Naqueles seguros em que o evento segurado é independente da vontade do homem (por exemplo, os que dependem de factos naturais), certamente que não poderá haver a provocação dolosa do sinistro⁹³. O seguro de responsabilidade civil, porque o facto que

Fórum, n.º 25, 2008, p. 25, parecem caracterizar os limites fixados no art. 14.º RJCS como de ordem pública.

⁹⁰ Sobre esta questão, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., pp. 396, ss..

⁹¹ Neste sentido, v. R. ALONSO SOTO, *El seguro...*, cit., p. 358; F. SÁNCHEZ CALERO (director) / TIRADO SUÁREZ / TAPIA HERMIDA / FERNÁNDEZ ROZAS / FUENTES CAMACHO, *Ley...*, cit., p. 357.

⁹² V. o art. 148.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro sobre a cobertura do dolo no seguro obrigatório de responsabilidade civil.

⁹³ Neste sentido, v. F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley...*, cit., p. 355.

está na origem do sinistro está intrinsecamente dependente da vontade humana, permite que a cobertura abranja actos dolosos. Admitindo-se, sob certos requisitos, a cobertura do dolo do segurado, é certo que a estipulação de tal garantia pressionará o valor do prémio cobrado (no sentido de o tornar mais elevado).

Uma *quarta* reflexão convoca o *seguro de protecção jurídica* previsto nos arts. 167.º e ss. do Regime Jurídico do Contrato de Seguro⁹⁴. Este seguro «cobre os custos de prestação de serviços jurídicos, nomeadamente de defesa e representação dos interesses do segurado, assim como as despesas decorrentes de um processo judicial ou administrativo». Este seguro compreende diversas modalidades: *a)* gestão de sinistros por pessoal distinto; *b)* gestão de sinistros por empresa juridicamente distinta; *c)* livre escolha de advogado⁹⁵ (art. 168.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro). Por razões de transparência, o art. 169.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro exige que «a garantia de protecção jurídica deve constar de um contrato distinto do estabelecido para os outros ramos ou modalidades ou de um capítulo autónomo de uma única apólice, com a indicação do conteúdo da garantia de protecção jurídica. Os direitos do segurado no contrato de seguro de protecção jurídica devem ser alvo de menção expressa no respectivo contrato, como prescreve o art. 170.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro⁹⁶.

Por conseguinte, o mercado português dispõe de um seguro apto a proteger o director de cooperativa contra os custos de prestação de serviços jurídicos e despesas decorrentes de processos administrativos e judiciais. No entanto, este seguro não cobre a obrigação de indemnizar em que o director venha a ser condenado. Ao invés, o seguro de responsabilidade civil garante a obrigação de indemnizar terceiros e, acessoriamente, pode prever que o segurador de responsabilidade civil intervenha «em qualquer proces-

⁹⁴ Sobre este seguro, v. MARIA JOÃO RANGEL MESQUITA, «“Forças” e “fraquezas” do seguro de protecção jurídica – Aspectos fundamentais do regime jurídico comunitário e nacional», in: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues* (org. de Jorge de Figueiredo Dias), vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 1025, ss..

⁹⁵ ASSUNCIÓN MILAGROS PILDÁIN, «Sección 7ª. Seguro de defensa jurídica», *Revista Española de Seguros*, 143-144, 2010, p. 839, ss., analisa criticamente a opção do *Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro*, de Junho de 2010, de eliminar o direito de o segurado escolher livremente o advogado.

⁹⁶ Para a distinção entre o seguro de protecção jurídica e o seguro de responsabilidade civil dos administradores, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., pp. 319, ss..

so judicial ou administrativo em que se discuta a obrigação de indemnizar cujo risco ele tenha assumido, suportando os danos daí decorrentes» (art. 140.º, 1, do Regime Jurídico do Contrato de Seguro).

A quarta e última reflexão evidencia que a regulação portuguesa dos seguros não apresenta qualquer hostilidade às cláusulas *claims made*, tão usuais nos seguros *D&O* (sejam destinados a entidades lucrativas ou não lucrativas). Na verdade, elas estão admitidas expressamente no art. 139.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

5. PALAVRAS FINAIS

É inequívoco que os directores de cooperativas, sejam remunerados ou exerçam as suas funções de modo gratuito, estão expostos a variados riscos de responsabilização. Tais riscos não devem ser negligenciados por quem integra o órgão que administra e representa a cooperativa. Na verdade, o respeito pelos deveres inerentes ao cargo, maxime os deveres fiduciários de cuidado e de lealdade, não impede a litigância que contesta as decisões tomadas pelos titulares da direcção. Para fazer face a estes riscos, a experiência norte-americana desenvolveu o *Not-for-profit organization Directors and Officers liability Insurance*. Em Portugal, não encontramos qualquer referência a este seguro, mas os directores poderão recorrer ao seguro de protecção jurídica para a garantia de prestação de serviços jurídicos e de despesas do processo.



ACTUALIDADE XURÍDICA

Coordinador: Manuel José Vázquez Pena

- Manuel José Vázquez Pena
Aprobación da Lei 5/2011, de 29 de marzo, de economía social
- Fernando García Cachafeiro
Modificacións da Lei de cooperativas das Illas Baleares para reforzar a súa capitalización en tempos de crises
- Pablo Fernández Carballo-Calero
Anotación da Lei 4/2010, do 29 de xuño, de cooperativas da comunidade autónoma do principado de Asturias
- Rafael García Pérez
Disposicións da Lei de economía sostible que inciden no dereito de cooperativas
- Francisco José Torres Pérez
Comentario a LCCLM
- Jose Antonio Rodríguez Míguez
Cataluña adapta a súa lexislación de cooperativas a norma NIC 32 sobre contabilización dos recursos propios
- Elena Salgado André
A reforma da Lei de Cooperativas de Aragón
- María Luisa Cabello López
Anotación a Lei 3/2011, de 4 de marzo, pola que se regula a sociedade cooperativa europea con domicilio en España

- Xacobo Izquierdo Alonso
Dereito de información: posibilidade de impugnación dun acordó non notificado a un socio excedente ao que lle afectaba directamente
- Jose Antonio Rodríguez Míguez
Vantaxes fiscais e cooperativas
- Isabel Sánchez Cabanelas
Competencia da xurisdicción laboral na resolución dos conflitos entre os socios e as cooperativas de ensino
- María Jesús Rodríguez Míguez
Alcance da nulidade dun contrato de financiamento dunha cooperativa e o poder de representación dos seus asinantes
- Sinesio Novo Fernández
Sobre a impugnación de acordos da assemblea xeral relativos a cualificación das baixas

Cooperativismo e Economía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 79-84

“APROBACIÓN DA LEI 5/2011, DE 29 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOCIAL”

Manuel José VÁZQUEZ PENA

I

Seguindo a tendencia presente no ámbito comunitario ao establecemento dun marco xurídico de apoio e recoñecemento da economía social, como actividade económica diferenciada que require de accións sustantivas de apoio e fomento público, aprobouse a Lei 5/2011, de 29 de marzo, de “*Economía Social*” (Boletín Oficial do Estado do 30 de marzo de 2011).

Este texto, que entrou en vigor o pasado 30 de abril, é o resultado dun proceso que ten o seu máis inmediato antecedente nos traballos de elaboración dun estudo conducente á aprobación dunha Lei de Economía Social, traballos feitos por unha Comisión independente de persoas expertas, designada polo Goberno da nación a través do Consello para o Fomento da Economía Social e co acordo da Confederación Empresarial Española de Economía Social (CEPES).

Partindo do informe da referida Comisión e da proposta de CEPES, procedeuse á elaboración dun texto común que contou co respaldo de gran parte do sector. Ademais, é preciso sinalar que no proceso de elaboración do proxecto foron informadas as Comunidades Autónomas, a través da Conferencia Sectorial de Emprego e Asuntos Laborais do día 29 de abril de 2010, e o propio Consello para o Fomento da Economía Social, que na súa reunión plenaria do día 29 de abril de 2010 manifestou o seu acordo maioritario ao texto. Na mesma liña, na súa aprobación acadou o voto unánime de todo o Senado e o apoio de todos os grupos parlamentarios no Congreso dos Diputados (326 votos a favor, unha única abstención e ningún voto en contra).

II

O obxectivo básico da Lei é configurar un marco xurídico que, sin pretender substituír a normativa vixente de cada unha das entidades que conforman o sector, supoña o recoñecemento e millor visibilidade da economía social, otorgándolle unha maior seguridade xurídica por medio das actuacións de definición da economía social, establecendo os principios que deben contemplar as distintas entidades que a forman. Partindo destes principios se recolle o conxunto das diversas entidades e empresas que contempla a economía social.

Asimesmo, recoñécese como tarefa de interés xeral, a promoción, estímulo e desenvolvemento das entidades da economía social e das súas organizacións representativas. Contémplase ademais a importancia da interlocución dos poderes públicos cas organizacións que representan ás distintas entidades que compoñen a economía social, propias pola súa figura xurídica e actividade, sulíñando o papel a desempeñar polas confederacións intersectoriais de ámbito estatal representativas do sector e restaurando co encaxe xurídico máis acertado, o Consello para o Fomento da Economía Social como órgano asesor e consultivo vinculado ao Ministerio de Traballo e Inmigración, relacionandoo co sector mediante esta Lei, xa que anteriormente estaba incardinado na Legislación estatal de sociedades cooperativas.

III

Pois ben, a Lei 5/2011 consta de nove artigos, sete disposicións adicionais, dous disposicións transitorias e catro disposicións derradeiras.

O artigo 1 establece o obxecto da Lei, sendo éste o establecemento, por un lado, dun marco xurídico común para o conxunto das entidades que conforman o sector da economía social, respetando sempre a normativa propia de cada unha delas, e, por outro, a constitución das medidas de fomento aplicables ás mesmas, en función dos seus fin e principios.

Dando cumprimento ao anterior, o artigo 2 versa sobre o concepto e a denominación da economía social. En concreto, sinálase no mesmo que se denomina economía social ao conxunto das actividades económicas e empresariais, que no ámbito privado levan a cabo aquelas entidades que, de conformidade cos principios orientadores recollidos no artigo 4, perseguen ben o interés colectivo dos seus integrantes, ben o interés xeral económico ou social, ou ambos á vez. Ao hilo deste precepto compre neste momento por de manifesto que o artigo 4 recolle os catro principios que orientan a actuación das entidades da economía social: a) A primacía das persoas e do

fin social sobre o capital, que se concreta nunca xestión autónoma e transparente, democrática e participativa, que leva a priorizar a toma de decisións máis en función das persoas e as súas aportacións de traballo e servizos prestados á entidade ou en función do fin social, que en relación ás súas aportacións ao capital social; b) a aplicación dos resultados obtidos da actividade económica principalmente en función do traballo aportado e servizo ou actividade realizada polas socias e socios ou por os seus membros e, no seu caso, ao fin social obxecto da entidade; c) a promoción da solidariedade interna e ca sociedade que favoreza o compromiso co desenvolvemento local, a igualdade de oportunidades entre homes e mulleres, a cohesión social, a inserción de persoas en risco de exclusión social, a xeneración de emprego estable e de calidade, a conciliación da vida personal, familiar e laboral e a sustentabilidade; e d) a independencia respecto aos poderes públicos.

Sen perxuízo das competencias asumidas polas Comunidades Autónomas, o artigo 3 dispón que o ámbito de aplicación da Lei se estende a todas as entidades da Economía Social que actúen dentro do Estado; isto é, conforme se sinala no artigo 5, as cooperativas, as mutualidades, as fundacións e as asociacións que leven a cabo actividade económica, as sociedades laborais, as empresas de inserción, os centros especiais de emprego, as cofradías de pescadores, as sociedades agrarias de transformación e as entidades singulares creadas por normas específicas que se rixan polos principios establecidos no xa citado artigo 4.

O artigo 6 refírese ao catálogo dos diferentes tipos de entidades integrantes da economía social, que será elaborado e actualizado polo Ministerio de Traballo e Inmigración, previo informe do Consello para o Fomento da Economía Social, e en coordinación cas Comunidades Autónomas. Este catálogo, ao igual que ocorre cos existentes no ámbito autonómico, terá que ser público, facéndose efectiva a publicidade a través de medios electrónicos.

O artigo 7, logo de afirmar que as entidades da economía social poderán constituir asociacións para a representación e defensa dos seus intereses, e que éstas poderán agruparse entre sí, recolle os criterios de representatividade das Confederacións intersectoriais de ámbito estatal representativas; confederacións que terán representación nos órganos de participación institucional da Administración Xeral do Estado que se ocupen das materias que afectan aos seus intereses económicos e sociais. Terán asimismo representación nos órganos da Administración Xeral do Estado, as organizacións de ámbito estatal que agrupen maioritariamente ás entidades da economía so-

cial, en todas aquelas actividades de representación que lles sexan propias pola súa natureza xurídica e actividade.

De igual modo, a organizacións, federacións ou confederacións representativas de cada Comunidade Autónoma terán representación nos órganos de participación institucional das Administracións das Comunidades Autónomas que se ocupen das materias que afectan aos seus intereses económicos e sociais, na forma en que se prevea polas Comunidades Autónomas.

Pola súa parte, o artigo 8 cumpre con outro dos obxectos da lei: o recoñecemento, coma tarefa de interés xeral, da promoción, estímulo e desenvolvemento das entidades da economía social e das súas organizacións representativas. Nesta liña, os poderes públicos, no ámbito das súas respectivas competencias, terán como obxectivos das súas políticas de promoción da economía social, entre outros, os seguintes: a) Remover os obstáculos que impidan o inicio e desenvolvemento dunha actividade económica das entidades da economía social. Para elo prestarase especial atención á simplificación de trámites administrativos para a creación de entidades da economía social; b) facilitar as diversas iniciativas de economía social; c) promover os principios e valores da economía social; d) promocionar a formación e readaptación profesional no ámbito das entidades da economía social; e) facilitar o acceso aos procesos de innovación tecnolóxica e organizativa aos emprendedores das entidades de economía social; f) crear un entorno que fomenta o desenvolvemento das iniciativas económicas e sociais no marco da economía social; g) involucrar ás entidades da economía social nas políticas activas de emprego, especialmente en favor dos sectores máis afectados polo desemprego, mulleres, xoves e parados de longa duración; h) introducir referencias á economía social nos plans de estudo das diferentes etapas educativas; e i) fomentar o desenvolvemento da economía social en áreas como o desenvolvemento rural, a dependencia e a integración social.

Finalmente, o artigo 9 regula o Consello para o Fomento da Economía Social, órgano asesor e consultivo na materia, que terá as seguintes funcións: a) Informar e colaborar na elaboración de proxectos sobre calquera disposición legal ou regulamentaria que afecten a entidades da economía social; b) elaborar os informes que se soliciten polo Ministerio de Traballo e Inmigración e demais departamentos ministeriais; c) evacuar informe previo, de conformidade co artigo 6, na elaboración e actualización do catálogo de entidades da economía social do Ministerio de Traballo e Inmigración; d) informar os programas de desenvolvemento e fomento da economía social; e) realizar estudos e informes sobre cuestións e problemas que afecten á

economía social e en especial sobre o reforzo do coñecemento, presenza institucional e proxección internacional da economía social; f) velar pola promoción e o respecto aos principios orientadores da presente na Lei que nos ocupa; g) emitir informe previo na adopción das medidas de información estadística das entidades de economía social nos termos da disposición adicional primeira; e h) cantas outras funcións e competencias se lle atribúan por disposicións legais e regulamentarias.

A disposición adicional primeira regula a información estadística sobre as entidades da economía social e a disposición adicional segunda refírese á financiación das actuacións previstas no ámbito estatal, en concreto, alude aos medios de financiación das actuacións de promoción, difusión e formación da economía social, por un lado, e, por outro, do funcionamento do Consello para o Fomento da Economía Social. Pola súa parte, a disposición adicional terceira clarifica a natureza da ONCE como corporación de dereito público cúa normativa específica confírelle a consideración de entidade singular de economía social. A disposición adicional cuarta recolle a necesidade de que o Goberno integre ás empresas da economía social nas estratexias para a millora da produtividade. Neste senso, a disposición adicional quinta establece que o Goberno enviará ao Congreso dos Deputados, nun prazo de dous anos dende a entrada en vigor da Lei que anotamos, un informe sobre os efectos desta. Finalmente, a disposición adicional sétima pon de manifesto que o Goberno aprobará nun prazo de seis meses dende a entrada en vigor da Lei, un programa de impulso das entidades de economía social, con especial atención ás de singular arraigo no seu entorno e ás que xeneren emprego nos sectores máis desfavorecidos [a disposición adicional sexta (“*Exercicio de actividades sanitarias por titulados universitarios de Licenciado en Psicología ou Graduado no ámbito da Psicología*”) non merece, ao igual que acontecerá máis adiante ca disposición derradeira terceira (“*Modificación do texto refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 1/1994, de 20 de xuño*”) referencia neste momento].

Das dúas disposicións transitorias que atopamos na Lei, a primeira mantén a aplicación da disposición adicional segunda da Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, en tanto en canto non se desenrole regulamentariamente o funcionamento e a composición do Consello para o Fomento da Economía Social. A segunda posibilita ás cooperativas de vivendas enaxenar ou arrendar a terceiros non socios as vivendas da súa propiedade iniciadas con anterioridade á entrada en vigor desta Lei.

Pola súa banda, na disposición derradeira primeira determinanse os títulos competenciais desta norma, que constitue lexislación básica, dictada ao amparo do artigo 149.1.13.^a da Constitución, que atribue ao Estado as “*bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica*”, salvo o disposto nos artigos 8.3 y 9, que corresponde á competencia de autoorganización do Estado, así como o previsto na disposición adicional primeira, que se ampara na competencia exclusiva atribuída ao Estado polo artigo 149.1.31.^a da Constitución, en materia de “*estadística para fins estatais*”.

A disposición derradeira segunda habilita ao Goberno para dictar as disposicións de aplicación e desenrolo necesarias, mentres que a disposición derradeira cuarta prevé a entrada en vigor da norma ao mes da súa publicación no Boletín Oficial do Estado.

IV

Ainda que o paso dado polo noso Lexislador podería ter sido maior, con todo, non cabe dúbida de que a Lei 5/2001 constitúese coma un elemento significativo no recoñecemento do innegable valor social que aporta a economía social, ofrecendo a oportunidade de impulsar a consolidación desta “*terceira vía*” como sector institucional do noso sistema económico. Trataríase, polo demais, da primeira Lei destas características que se aproba no ámbito europeo, dato éste importante na medida de que pode esta norma servir de referente e axudar a xenerar marcos e tendencias similares que contribúan decisivamente a recoñecer á Economía Social coma un importante actor económico e social que deba ser tido en conta na definición das políticas públicas e no actuar das nosas Administracións.

Cooperativismo e Economía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 85-88

“MODIFICACIÓNS DA LEI DE COOPERATIVAS DAS ILLAS BALEARES PARA REFORZAR A SÚA CAPITALIZACIÓN EN TEMPOS DE CRISES”

Fernando GARCÍA CACHAFEIRO

I

A promulgación da *Lei 16/2007, de 4 de xullo, de reforma e adaptación da lexislación mercantil en materia contable para a súa armonización internacional a partir da normativa da Unión Europea* obrigou ao lexislador balear a modificar a Lei de Cooperativas da Comunidade Autónoma, do mesmo xeito que sucedeu coa lei que regula as cooperativas no ámbito estatal e outras leis autonómicas, reforma que foi operada por medio da *Lei 5/2011, de 31 de marzo, de modificación da Lei 1/2003, de 20 de marzo, de cooperativas das Illas Baleares*.

As modificacións incorporadas teñen como finalidade reforzar a capitalización das cooperativas, aspecto esencial en tempos de crise económica como o presente, e concréntanse -fundamentalmente- nos dous cambios seguintes: *a)* a posibilidade de desdobrar as achegas ao capital social entre aquelas que han de ser reembolsables ao socio en todo caso con motivo da súa baixa da entidade e aquelas cuxo reembolso pode ser rehusado incondicionalmente polo Consello Reitor, posibilitando así a creación dun capital con máis estable; e *b)* o establecemento dun capital social legal mínimo da cooperativa, que non poderá ser inferior a mil oitocentos tres euros.

II

Respecto do primeiro cambio mencionado, modifícase o art. 69 da Lei de Cooperativas das Illas Baleares (LCIB) para incluír dous tipos de achegas dos socios e asociados da cooperativas, dun lado, as achegas con derei-

to a reembolso en caso de baixa do socio e, doutro, as achegas cuxo reembolso pode ser rexeitado polo Consello Reitor da cooperativa. Con esta disposición preténdese evitar que o principio de libre adhesión e baixa voluntaria que caracteriza ás cooperativas poida repercutir negativamente no seu patrimonio no caso de que as baixas sexan moi numerosas, coa consecuente obrigación de restituír as achegas aos socios.

Como contrapartida á privación do dereito á devolución das achegas polo Consello Reitor, o novo art. 108.3 LCIB dispón que os socios que permanezan na cooperativa deberán adquirir as achegas dos socios que abandonaron voluntariamente, no prazo máximo de seis meses a partir da data de baixa.

Alternativamente, o Consello Reitor pode acordar a devolución das achegas aos socios aos que previamente denegou o reembolso, nese caso o prazo máximo de cinco anos para facer efectivo o reembolso que fixa o apartado 5º do art. 76 LCIB computarase non desde a data da baixa voluntaria, senón desde a data en que o Consello Reitor acorde o reembolso, segundo dispón o novo apartado 6º do mencionado precepto.

Así as cousas, obsérvase que a facultade de denegar a devolución que se concede ao Consello Reitor é meramente temporal, limitada ao prazo de seis meses, nos que se deberá decidir se se opta por adquirir as achegas do socio que abandona a cooperativa, ou se se acorda a súa devolución de acordo co plan de amortización que non poderá superar os cinco anos.

III

A Lei non establece límites cuantitativos entre os dous tipos de achegas, por iso é polo que nada impida *a priori* que se estableza que todas as achegas ao capital social inclúanse na categoría de reembolso condicionado á aprobación polos órganos reitores da sociedade.

Con todo, a transformación obrigatoria das achegas para restrinxir o dereito de reembolso precisa, segundo dispón o parágrafo segundo do mencionado art. 69, o acordo da Asemblea Xeral, aprobado cos requisitos esixidos para a modificación de estatutos, concedéndoselle ao socio disidente o dereito a darse de baixa, que se considerará xustificada.

Con todo, cando nun exercicio económico a devolución das achegas comprometa o patrimonio da sociedade, a Asemblea xeral poderá por acordo simple condicionar o reembolso á aprobación do Consello Reitor, podendo o socio disidente darse de baixa, que se reputará igualmente xustificada. Esta norma, incluída no parágrafo terceiro do novo art. 69 LCIB ten

gran importancia en situacións de crise económica por canto permite converter as achegas con dereito a reembolso en achegas con reembolso condicionado sen necesidade de acordo reforzado da Asemblea Xeral, a condición de que se de o requisito de que “nun exercicio económico o importe da devolución supere a porcentaxe de capital social que en (os estatutos) establécese”.

IV

Os socios cooperativos aos que o Consello Reitor denega o dereito de reembolso reciben, como contrapartida, un trato preferente por parte do lexislador que se concreta, por unha banda, nun dereito preferente no caso de deveño de intereses polas achegas ou repartición do retorno cooperativo e, por outra banda, no recoñecemento do dereito preferente a participar na repartición do haber social en caso de extinción da sociedade.

En efecto, o novo apartado 4 do art. 73 LCIB concede aos socios privados da devolución, un dereito preferente no caso de que a Asemblea Xeral acorde devengar intereses para as achegas do capital social ou repartir o retorno cooperativo. Con este precepto preténdese compensar aos socios que non obtiveron a devolución das súas achegas, outorgándolles dereitos económicos preferentes cando a sociedade obteña resultados positivos no exercicio. Ao mesmo tempo incentívase ao Consello Reitor para que denegue o reembolso unicamente en supostos de crise económica, para evitar a despatrimonialización da sociedade, pois se retén as achegas arbitrariamente terá que compensar preferentemente a este tipo de socios.

Así mesmo, o novo apartado 99.2 LCIB outorga aos socios aos que se denega o dereito de devolución das súas achegas, un dereito preferente a participar na repartición do haber social, se a sociedade cooperativa disólvese e liquidase.

V

Como segunda medida destinada a reforzar patrimonialmente á sociedade cooperativa, establécese un capital social mínimo da cooperativa, que non poderá ser inferior a 1.803 euros. Trátase dunha disposición similar a outras adoptadas por outras Comunidades autónomas que vén a difuminar o principio de capital social variable característico deste tipo de entidades, por canto o mesmo xa non pode variar -en función das altas e baixas dos socios- co único límite do capital mínimo fixado nos estatutos, por canto agora é o lexislador o que fixa o devandito capital mínimo. Con todo, trátase dunha cifra que non é moi exixente por canto apenas supera o 50% que

se esixe, por exemplo, como capital social mínimo dunha Sociedade de Responsabilidade Limitada.

VI

En suma, trátase dunha reforma que pretende reforzar patrimonialmente á sociedade cooperativa cando poida verse ameazada por un elevado número de baixas de socios, aínda que o lexislador adopta as medidas necesarias para impedir que o Consello Reitor abuse de devanditas facultades, recoñecendo un réxime xurídico privilexiado aos socios que causaron baixa voluntaria na mesma e aos que se lles privou do dereito de reembolso das súas participacións. Ademais, non convén esquecer que esta privación non pode prolongarse *sine die* no tempo, por canto obrígase aos socios que permanecen a adquirir as participacións dos socios que causaron baixa no prazo de seis meses desde a mesma.

Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 89-92

**“ANOTACIÓN Á LEI 4/2010, DO 29 DE XUÑO, DE
COOPERATIVAS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DO
PRINCIPADO DE ASTURIAS”**

Pablo FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO

A Lei 4/2010, do 29 de xuño, de Cooperativas da Comunidade Autónoma do Principado de Asturias supuxo un novo fito no panorama do dereito cooperativo no noso país. En efecto, tal afirmación xustifícase -máis aló doutras consideracións- polo simple feito de que Asturias era unha das poucas comunidades que, ata a data, non contaba cunha regulación específica propia en materia de cooperativas. A adaptación da normativa cooperativa á realidade económica e social do Principado de Asturias propiciou a aparición dun texto que, de acordo co Preámbulo da Lei, aspira a ser "un instrumento xurídico eficaz para que o cooperativismo asturiano poida facer fronte aos grandes desafíos económicos e empresariais que o século XXI expón".

O novo corpo legal estrutúrase en sete Títulos precedidos por un Título preliminar relativo ás disposicións xerais. O primeiro e máis extenso -artigos 8 a 79- recolle os aspectos fundamentais das cooperativas, tratando cuestións relativas á súa constitución, rexistro, réxime dos socios e órganos sociais. O Título II -artigos 80 a 104 - está dedicado ao seu réxime económico. O Título III -artigos 105 a 128- aborda a alteración de estatutos, modificacións estruturais, así como a disolución e liquidación das cooperativas. O Título IV -artigos 129 a 136- fai referencia ás cooperativas de segundo ou ulterior grao, ao grupo cooperativo e a outras formas de colaboración económica. O Título V -artigos 137 a 188- regula as clases de cooperativas. O Título VI -artigos 189 a 193- alude ao asociacionismo cooperativo, mentres que, para rematar, o Título VII -artigos 194 a 208- analiza a intervención pública nas cooperativas, non só desde a perspectiva do fomento do cooperativismo, senón tamén desde o punto de vista da inspec-

ción e control deste tipo de entidades. Completan o texto legal tres disposicións transitorias e unha disposición final.

A Lei, que resulta de aplicación ás sociedades cooperativas que desenvolvan total ou principalmente a actividade cooperativizada cos seus socios no territorio do Principado de Asturias, ofrece no seu artigo 1 un concepto de sociedade cooperativa. De acordo con este precepto, achámonos ante "unha sociedade constituída por persoas físicas ou xurídicas que se asocian, en réxime de libre adhesión e baixa voluntaria, para a satisfacción conxunta das súas necesidades e intereses socioeconómicos comúns, a través do desenvolvemento de actividades empresariais e da adopción dunha estrutura, funcionamento e xestión democráticos, sempre co propósito de mellorar a situación económica e social dos seus membros e da súa contorna comunitaria". Así as cousas, o precepto non introduce unha remisión aos principios establecidos pola Alianza Cooperativa Internacional, pero expresamente invoca en relación coa estrutura e funcionamento da cooperativa os de adhesión voluntaria e aberta, xestión democrática por parte dos socios, participación económica dos mesmos e interese pola Comunidade.

O texto fixa en tres o número de socios necesarios para a creación dunha sociedade cooperativa de primeiro grao, manténdose o requisito mínimo de dúas cooperativas no caso das cooperativas de segundo grao. No primeiro caso debe tratarse de socios "ordinarios", isto é, que participen na actividade cooperativizada - artigo 9-. -. No relativo ás relacións da cooperativa con terceiros non socios, o artigo 5 establece a posibilidade de que a sociedade poida realizar operacións con terceiros non socios se así o prevén os estatutos coas limitacións e condicións contidas neles e na presente lei, sen prexuízo da normativa fiscal e sectorial que lles sexa aplicable.

Polo que respecta ao proceso de constitución, que finaliza coa correspondente inscrición da entidade no Rexistro de Sociedades Cooperativas do Principado de Asturias, concédese plena liberdade aos promotores en orde á celebración dunha asemblea constituínte ou á constitución directa mediante outorgamento ante notario. O Rexistro, atópase regulado no capítulo II do Título I, o cal límitase a sinalar uns principios básicos en relación cunha materia que será obxecto dun ulterior desenvolvemento regulamentario.

Penetrándonos na regulación dos socios, a lei sinala aspectos relativos á súa admisión, dereitos e obrigas, clases, baixas, perda da condición e normas de disciplina social. Neste punto merece destacarse a disciplina do dereito de baixa do socio, xa que, a pesar de configurarse como unha forma tradicional de abandono voluntario da sociedade, reconécese expresamente a plena autonomía estatutaria da cooperativa para acordar a súa substitución ou prohibi-

ción, así como para decantarse pola transmisión das achegas sociais como vía preferente de saída voluntaria dos socios, ofrecendo deste xeito unha resposta adicional á problemática derivada da inevitable aplicación ás sociedades cooperativas dos novos criterios contables que, por decisión da Unión Europea, son froito da plena vixencia no noso ordenamento das Normas Internacionais de Contabilidade -especialmente, polo que a este tipo de empresas interesa, a número 32 (NIC 32), que supón a consideración do capital social cooperativo como un recurso alleo se este fose reembolsable ao socio cando causa baixa-. Polo demais, cabe subliñar a regulación específica (a condición de que os estatutos prevéxano) das figuras do socio de traballo, o socio temporal, o socio colaborador ou o socio inactivo, entendendo por tal aquel socio que por calquera causa xustificada, e coa antigüidade mínima que establezan os estatutos, deixe de utilizar os servizos prestados ou de realizar a actividade cooperativizada, e sexa autorizado para manter unha vinculación coa cooperativa. Para finalizar a cuestión relativa ao réxime dos socios, o Capítulo III regula con detalle as chamadas “normas de disciplina social”.

En materia de órganos sociais, a Lei recolle as institucións clásicas contempladas no resto de leis cooperativas autonómicas. Así, fai referencia á "assemblea xeral", órgano supremo de expresión da vontade social; o "órgano de administración", encargado da xestión e representación da cooperativa e cuxa posible configuración sería a dun administrador único, dous administradores solidarios, dous administradores mancomunados ou un consello reitor; e, para rematar, a "intervención", órgano encargado de fiscalizar a actividade da cooperativa e garantir o respecto ás regras establecidas na Lei e nos Estatutos. Á súa vez, a norma regula a posibilidade de crear por vía estatutaria un comité de recursos e outras instancias de carácter consultivo ou asesor que, con todo, en ningún caso terán a consideración de órganos sociais. Á vista do exposto, a Lei asturiana opta por manter a sempre polémica figura dos interventores, aínda que permite que un terzo dos mesmos poidan ser designados entre expertos independentes. Con esta medida trátanse de paliar os riscos que leva deixar a censura das contas en mans de socios que, na maior parte dos casos, non dispón do grao de preparación suficiente para desempeñar a súa tarefa.

En relación co réxime económico, o obxectivo de fortalecer a vertente empresarial da cooperativa articúlase coa esixencia dun capital mínimo e a posibilidade de que a achega obrigatoria inicial sexa diferente para os distintos tipos de socios ou para cada socio en proporción ao compromiso ou uso potencial que cada un deles asuma na actividade cooperativizada. Polo demais, tal e como sinala o Preámbulo da Lei, para garantir a solvencia das cooperativas e os dereitos de terceiros que contraten con elas prevense dúas

medidas fundamentais: o sistema de imputación de perdas e a esixencia de manter a contía da achega obrigatoria para adquirir a condición de socio.

Como consecuencia da aplicación da NIC 32, a lei optou basicamente por consagrar a absoluta autonomía das propias cooperativas para decidir o que estimen máis conveniente, ofrecéndolles en esencia dúas posibilidades: por unha banda, o recoñecemento do dereito de baixa do socio pero coa decisión de que haxa unha porcentaxe determinada de capital social, algunhas achegas sociais, que sexan consideradas como non exixibles por parte dos socios, pero que puidesen ser reembolsables pola cooperativa; e, por outra, a prohibición do dereito de baixa voluntaria do socio e a súa saída mediante o alleamento das súas achegas sociais, o que comportaría a total consideración do capital social cooperativo como recurso propio, en tanto que non reembolsable.

Para finalizar esta breve análise do réxime económico, é interesante subliñar que a lei asturiana súmase a aquelas leis autonómicas que esixen unha porcentaxe inferior de socios -concretamente un cinco por cento- en orde á solicitude dunha auditoria externa, a condición de que a sociedade non estea legalmente suxeita á mesma. Así mesmo, o artigo 104.3 da norma analizada é un dos poucos -xunto co art. 62.4 LC ou o art. 78.4 LCCyL- que se ocupan expresamente da revogación do auditor, establecendo que unicamente poderá efectuarse mediando xusta causa.

Como o resto das leis cooperativas do noso país, a lei obxecto de análise aborda a regulación das modificacións estruturais da sociedade así como a súa posible extinción, disolución e liquidación. Máis interesante resulta o Título V, dedicado ás clases de cooperativas, no cal destaca a atención prestada ás cooperativas de traballo asociado, as cooperativas de vivendas ou as cooperativas de explotación comunitaria da terra. A regulación das cooperativas mixtas pretende ofrecer solucións á participación dunha sociedade de capitais nunha sociedade cooperativa.

Tras un breve Título VII dedicado ao asociacionismo cooperativo, o Título final contempla a intervención pública no fenómeno cooperativo desde unha dobre vertente: por unha banda, a intervención dos organismos públicos para favorecer a creación e o desenvolvemento das cooperativas; e, por outra, o labor de inspección e, no seu caso, de sanción das actividades irregulares, que corre a cargo da Consellería competente.

Para rematar, créase o Consello Asturiano da Economía Social como órgano asesor e consultivo, aínda que todo o relativo á súa composición, funcións específicas e réxime de funcionamento difírese a un momento posterior.

Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 93-98

“DISPOSICIÓN DA LEI DE ECONOMÍA SOSTIBLE QUE INCIDEN NO DEREITO DE COOPERATIVAS”

Rafael GARCÍA PÉREZ

A Lei 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostible introduciu algunhas modificacións na Lei 27/1999, de 16 de xullo, de Cooperativas, e na Lei 20/1990, de 19 de decembro, sobre Réxime Fiscal das Cooperativas. Pasamos a expoñelas:

A) A cooperativa agraria pode prestar servizos co seu propio persoal a favor dos seus socios

A disposición final segunda dá nova redacción á letra d) do apartado 2 do artigo 93 da Lei de Cooperativas, á que se engade un inciso final que destacamos en cursiva: “2. Para o cumprimento do seu obxecto, as cooperativas agrarias poderán desenvolver, entre outras, as seguintes actividades: d) Calquera outras actividades que sexan necesarias ou convenientes ou que faciliten a mellora económica, técnica, laboral ou ecolóxica da cooperativa ou das explotacións dos socios, *entre outras, a prestación de servizos pola cooperativa e co seu propio persoal que consista na realización de labores agrarios ou outros análogos nas mencionadas explotacións e a favor dos socios da mesma*”.

A modificación provén, ao parecer, dunha iniciativa de Cooperativas Agro-alimentarias (www.agro-alimentarias.coop). Como lemos na propia revista da institución, tratábase de “aclarar en que termos ou condicións o persoal das Cooperativas agrarias pode realizar labores nas explotacións dos socios sen incorrer en supostos de cesión de traballadores, figura contemplada no Código Penal. En definitiva, requiríase certeza absoluta de que servizos como os de substitución ou outros, non xeraban risco de ser declarados ilegais./Coa proposta preténdese, en definitiva, ampliar o núcleo de servizos que a Cooperativa presta aos seus socios, de maneira que os labo-

res agrarios ou análogos que é necesario realizar nas explotacións dos cooperativistas e que na actualidade deben ser asumidas polos propios socios, ben por si mesmos, ben empregando ao persoal necesario, poidan ser realizadas pola propia Cooperativa, procedendo a contratar ao persoal necesario.” [“El personal de las cooperativas agrarias podrá prestar servicios en las explotaciones de los socios”, Cooperativas Agroalimentarias, núm. 9, en-marzo 2011, pp. 24 y 25 (<http://www.agro-alimentarias.coop/ficheros/doc/03214.pdf>)]

B) Modifícase o réxime das operacións con terceiros das cooperativas agrarias

O Real Decreto-Lei 10/2000, de 6 de outubro, de medidas urxentes de apoio aos sectores agrario, pesqueiro e do transporte, dera nova redacción ao apartado 4 do artigo 93 da Lei de Cooperativas, que quedaba así redactado: “As cooperativas agrarias poderán desenvolver operacións con terceiros non socios ata un límite máximo do 50 por 100 do total das realizadas cos socios para cada tipo de actividade desenvolvida por aquela. Esta limitación non será aplicable ás cooperativas agrarias respecto das operacións de subministración de gasóleo B a terceiros non socios”. Á súa vez, o Decreto-Lei modificou a Lei sobre Réxime Fiscal das Cooperativas. Por un lado, engadiu un segundo parágrafo á letra a) do apartado 2 do artigo 9, coa seguinte redacción: “...as cooperativas agrarias poderán fornecer gasóleo B a terceiros non socios sen que iso determine a perda da condición de especialmente protexidas”. Por outra banda, modificou o ap. 10 do artigo 13 (“Causas de perda da condición de cooperativa fiscalmente protexida”), de tal forma que onde se dicía que “Ningunha cooperativa, calquera que sexa a súa clase, poderá realizar un volumen de operacións con terceiros non socios superior ao 50 por 100 do total das da cooperativa, sen perder a condición de cooperativa fiscalmente protegida”, engadíase o seguinte inciso: “Esta limitación non será aplicable ás cooperativas agrarias respecto das operacións de fornecemento de gasóleo B a terceiros non socios”.

As modificacións introducidas polo devandito Decreto-Lei orixinaron un azaroso proceso ante as institucións comunitarias. Finalmente, a Decisión da Comisión de 15 de decembro de 2009, relativa ás medidas de apoio ao sector agrícola aplicadas por España tras a subida do custo do combustible [DOUE de 4 de setembro de 2010 (L235/1)], considerou que “As axudas estatais en favor das cooperativas agrarias aplicadas por España en virtude do artigo 1 do Real Decreto-Lei 10/2000, sen prexuízo do disposto no artigo 2 [axudas *de minimis*], constitúen axudas estatais incompatibles co

mercado interior en virtude do artigo 107, apartado 3, letra c), do TFUE”. En consecuencia, a disposición final cuadraxésima segunda da Lei de Economía Sostible dispón que “Con efectos para os exercicios económicos que se inicien a partir de 1 de xaneiro de 2011, modifícase o apartado 4 do artigo 93 da Lei 27/1999, de 16 de xullo, de Cooperativas, modificado pola Lei 24/2005, de 18 de novembro, de reformas para o impulso á produtividade, que queda redactado da seguinte forma: 4. As cooperativas agrarias poderán desenvolver operacións con terceiros non socios ata un límite máximo do 50 por cento do total das realizadas cos socios para cada tipo de actividade desenvolvido por aquelas.” Suprímese, polo tanto, o inciso que establecía que “Esta limitación non será aplicable ás cooperativas agrarias respecto das operacións de distribución polo miúdo de produtos petrolíferos a terceiros non socios”, que introducira a reforma levada a cabo pola Lei 24/2005, de 18 de novembro. Paralelamente, e con efectos para os períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de xaneiro de 2011, modifícase o apartado 10 do artigo 13 da Lei 20/1990, de 19 de decembro, sobre Réxime Fiscal das Cooperativas (“Causas de perda da condición de cooperativa fiscalmente protexida”). No devandito artigo indicábase que “Ningunha cooperativa, calquera que sexa a súa clase, poderá realizar un volume de operacións con terceiros non socios superior ao 50 por 100 do total das da cooperativa, sen perder a condición de cooperativa fiscalmente protexida. Esta limitación non será aplicable ás cooperativas agrarias respecto das operacións de distribución polo miúdo de produtos petrolíferos a terceiros non socios”. Na nova redacción suprímese a segunda frase, é dicir, a excepción para as cooperativas agrarias queda eliminada. Por razóns de coherencia, tamén se modifica a letra a) do apartado 2 do artigo 9, que queda redactada da seguinte forma: “As cooperativas agrarias poderán distribuír polo miúdo produtos petrolíferos a terceiros non socios co límite establecido no apartado 10 do artigo 13 desta Lei.”

C) Actualízase a cifra referida ás bases impositibles do IBI que se esixe para que as cooperativas agrarias poidan considerarse especialmente protexidas

Tamén en relación coas cooperativas agrarias, modifícase o parágrafo primeiro do apartado 3 do artigo 9 da Lei sobre Réxime Fiscal das Cooperativas, que establece certos requisitos para que as cooperativas agrarias poidan considerarse especialmente protexidas. En concreto, esixíase que as bases impositibles do Imposto sobre Bens Inmóveis correspondente aos bens de natureza rústica de cada socio situados no ámbito xeográfico ao que se estende-

se estatutariamente a actividade da cooperativa, non excedese de 6.500.000 pesetas. Con iso pretendíase que os socios das cooperativas ás que se outorgaba unha especial protección fosen pequenos agricultores [MARÍ VIDAL, S., “*La limitación de las bases imponibles del IBI rústico para las cooperativas agrarias en el régimen fiscal de cooperativas y su necesaria reforma*”, *Revesco*, 104, 2011, p. 137]. A doutrina puxera de manifesto que este límite non se actualizaba dende había anos, mentres que os valores catastrais (que determinan a base imponible do IBI dos inmobles de natureza rústica) víñanse actualizando anualmente, polo que tamén se facía necesaria a reforma do límite fixado na Lei [MARÍ VIDAL, S., “*La limitación, op.cit., pp. 125 y ss.*]. Atendendo a estas peticións, a Lei de Economía Sostible eleva o límite a 95.000 €. O texto do artigo queda agora redactado así: “[Consideraranse especialmente protexidas as Cooperativas Agrarias que cumpran os seguintes requisitos:] Que as bases impositivas do Imposto sobre Bens Inmobles correspondentes aos bens de natureza rústica de cada socio situados no ámbito xeográfico a que se refire o apartado un, cuxas producións se incorporen á actividade da cooperativa, non excedan de 95.000 euros, modificándose este importe anualmente segundo os coeficientes de actualización aplicables ao valor catastral dos bens inmobles de natureza rústica establecidos na Lei de Orzamentos Xerais do Estado. Non se incumprirá este requisito cando un número de socios que non exceda o 30 por cento do total dos integrados na cooperativa supere o valor indicado no presente parágrafo.”

D) Permítese que os saldos do Fondo de Reserva Obrigatorio das cooperativas de crédito transformadas noutra entidade de crédito se integren no capital social da entidade resultante durante o exercicio 2011

A disposición transitoria novena da Lei de Economía Sostible (“Fondo de reserva obrigatorio de cooperativas de crédito transformadas”) establece que:

“Un. Os saldos do Fondo de Reserva Obrigatorio das cooperativas de crédito que se transformaron noutra entidade de crédito de acordo co previsto no artigo décimo da Lei 13/1989, de 26 de maio, de Cooperativas de Crédito, e aos que se deu o destino previsto no artigo 75, por remisión do artigo 69.6, ambos da Lei 27/1999, de 16 de xullo, de Cooperativas, poderán integrarse no capital social da entidade resultante da transformación durante o exercicio 2011.

Dous. No período impositivo no que se produza este reintegro, integrase na base imponible da entidade de crédito transformada a parte do

mesmo que se corresponda co fondo de reserva obrigatorio que tivese minorado a base imponible da Cooperativa de Crédito nos períodos impositivos anteriores á transformación.”

O novo precepto procede dunha emenda transaccional introducida no Senado e fundamentada en sendas emendas do Grupo Parlamentario Mixto, do Grupo Parlamentario Popular e do Grupo Parlamentario Socialista, pola que se engadiu unha nova disposición transitoria ao proxecto de Lei. A xustificación que daba o Grupo Socialista era a seguinte: “Favorecer que a entidade resultante da transformación dunha Cooperativa de Crédito noutra entidade de crédito conte coa máxima solvencia patrimonial. Trátase de que as operacións en curso se poidan acoller á previsión dada pola Disposición final cuarta da Lei 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificacións Estruturais das Sociedades Mercantís que permite a transformación de ditas cooperativas noutras entidades de crédito, introducindo unha regra de excepción ao réxime xeral de transformación de cooperativas, de modo que cando unha Cooperativa de Crédito se transforme noutra entidade de crédito, o Fondo de Reserva Obrigatorio daquela pasará a integrarse no capital social da entidade resultante da transformación” [emenda 585 de adición; vid. www.senado.es/legis9/expedientes/621/index_621000080.html].



Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 99-104

“COMENTARIO A LCCLM”

Francisco José TORRES PÉREZ

I

O 16 de novembro de 2010 publicouse no Diario Oficial de Castilla-La Mancha a Ley 11/2010, de 4 de novembro, de Cooperativas de Castilla-La Mancha (en adiante LCCLM).

Dita norma, segundo a súa disposición final quinta, entrou en vigor dous meses despois da súa publicación e supuxo unha derogación expresa da anterior LCCLM -que databa do ano 2002- e tácita de cantas aquelas normas de igual ou inferior rango que se contradigan ou se opoñan ao establecido na mesma –tal e como mantén a súa disposición derogatoria única-.

II

Compre resaltar que a LCCLM enmárcase dentro do amplo proceso de reforma ao que están sendo sometidas as normas cooperativas vixentes no noso Estado e que ten como obxectivo fundamental adaptalas ao previsto na Norma Internacional de Contabilidade nº 32. Nesta materia debemos matizar tres breves cuestións: que tal adaptación tense feito de xeito escalonado –dado que as primeiras normas foron “adaptadas” no ano 2007 mentres que outras, como a propia ley galega, están en proceso de reforma-; que, polo de agora, as disposicións reformadas –a propia lei estatal e oito normas autonómicas- téñense modificado nesta materia de xeito bastante uniforme; e, por último, que os lexisladores teñen optado por unha modificación parcial da norma para proceder a tal adaptación. Con todo, o lexislador de Castilla La Mancha optou por unha solución singular e promulgou unha nova lei que, como antes avanzamos, derogou a anterior.

III

Na propia Exposición de Motivos da LCCLM determínase un dobre obxectivo da lei: o fomento da constitución de cooperativas e o reforzamento do papel deste tipo de sociedades no seu ámbito empresarial. Para acadar o primeiro obxectivo o lexislador mantén que a LCCLM incorpora unha estrutura menos organicista e unha aposta pola autorregulación que, dalgún xeito, redundan nunha maior flexibilidade do réxime económico e societario. Por outra banda, puntualízase que potenciar o papel empresarial non debería menoscabar os dereitos dos socios. É preciso, por tanto, equilibrar o reforzo financeiro da sociedade con medidas que tutelen os dereitos das persoas ca compoñen. Esta precisa conciliación de intereses faise palpable dende o primeiro artigo dos 167 –ordenados nun Título preliminar e catro Títulos– que conforman a LCCLM.

IV

De inicio destaca a amplitude da definición de sociedade cooperativa que, ademais, “sen prexuízo do previsto na presente lei” –expresión que resalta xa que non a remato de comprender neste contexto– deberá axustar a súa estrutura, xestión e funcionamento aos principios cooperativos da ACI, segundo a formulación que teñan en cada momento.

Tamén hai que salientar a previsión das denominadas “microempresas cooperativas” que, tal e como se precisa na lei, posuirán un mínimo de dous socios e un máximo de dez e circunscribiranse a certas clases de cooperativas –traballo asociado e explotación comunitaria da terra–. A propia LCCLM non incorpora a disciplina para tales sociedades de dimensión reducida. Por tanto, na liña de outras normas autonómicas como a extremeña e vasca, precisarase a oportuna regulación regulamentaria ao respecto.

A indeterminación que caracteriza ao Título preliminar da LCCLM tamén é predicable da delimitación do ámbito de aplicación previsto na norma. O criterio utilizado e que se desenvolva “principalmente” a actividade cooperativizada no territorio da comunidade autónoma, isto é: que sexa superior no seu conxunto a realizada fora do mesmo. Con todo, para tal fin poderase ter en conta: o volume de negocio, a ubicación dos centros de traballo ou das explotacións dos socios ou, como verdadeira cláusula de peche “calquera outros índices reveladores da efectiva actividade”.

V

O Título I –que está dividido en nove Capítulos– é o de maior extensión da norma. No mesmo destacaríamos, sobre todo, certas previsións referen-

tes ao capital social da cooperativa (Cap. I); ao réxime dos socios (Cap. IV); dos órganos sociais (Cap. V); ao réxime económico (Cap. VI); e, finalmente, ás modificacións estatutarias (Cap. VIII) e a disolución e liquidación (Cap. X).

A LCCLM segue a constatar expresamente a nota da variabilidade do capital social si ben esixe un capital mínimo de 3000€ que deberá estar integramente desembolsado. Para que o capital sexa catalogado como recurso propio, en liña coa nova normativa contable, solo poderá estar constituído polo importe daquelas “participacións” obrigatorias nas que a sociedade poda rexeitar incondicionalmente o seu reembolso –liquidación- cando o socio abandona a cooperativa. A estabilidade financeira da cooperativa garántese cunha disciplina da responsabilidade do socio por débedas sociais. Esta límitase ao importe aportado e durante a súa pertenza a sociedade pero extensible, temporalmente, ata cinco anos despois da súa baixa. Por contra, a responsabilidade polo cumprimento das obrigas derivadas da súa participación na actividade cooperativizada, é ilimitada. Por último, tamén destacaríamos o reforzamento das seccións de crédito da cooperativa –art. 9.7 LCCLM- na liña do tipo de operacións que poden realizar cos cooperativistas e a súa condición de posibles intermediarios.

No réxime dos socios destaca a detallada disciplina do socio temporal (art. 23) e a do socio colaborador (art. 25) por canto se contempla como unha materia onde prima a autorregulación -si ben con certas limitacións legais- co obxectivo de potenciar o uso destas controvertidas figuras. Do mesmo xeito, chama a atención –en liña con outras normas que teñen sido reformadas- a posible prohibición do dereito de baixa voluntaria. Con todo, a eliminación de tal tradicional dereito trátase de paliar por unha parte, facultando que o socio afectado por tal acordo cause baixa que será catalogada como xustificada e, por outra, facilitando a saída da cooperativa a través da transmisión *inter vivos* de tódalas participacións –incluso a favor de terceiros alleos á sociedade- (arts. 30 e 31.3). Ca finalidade de garantir unha transparencia total na xestión da sociedade e, por tanto, fomentar a democracia no seo da mesma, nos dereitos do socio salientaríamos a pormenorizada regulación do dereito de información (art. 36).

En relación cos órganos sociais é preciso salientar a desaparición dos interventores como órgano necesario (art. 41 e art. 72). A complexidade da súa función –asumida por socios- e un criterio menos “organicista” recomendaban esta solución que ten sido adoptada por outras normas obxecto de reforma. Tamén destaca a posibilidade de artellar a administración da sociedade a través das catro tradicionais formas previstas para as socieda-

des de capital (art. 55). A regulación de materias como as competencias da Asemblea; a organización da mesma; os deberes dos membros do órgano de administración; delegación de facultades do Consello Reitor; etc., tamén gardan certo paralelismo coa normativa das sociedades de capital.

No referente ao réxime económico (arts. 74 e ss.), a LCCLM denomina como participacións sociais as partes en que está dividido o capital social. A diferenza do que sucede noutras normas que tampouco utilizan o tradicional termo “aportación”, esta norma fai un correcto uso desta nova terminoloxía a longo do seu articulado sen que haxa contradicións internas salientábeis. Como novidade, as participacións configúranse –legalmente– como acumulables e divisibles (art. 74.4) e poderán ter, no seu caso, a catalogación de valores mobiliarios (art. 74.5, II). Fora destas precisións, a novidade do réxime económico é, tal e como citamos ao principio deste comentario, a súa adaptación a nova normativa contable diferenciando entre participacións reembolsables daquelas que non teñen tal característica contemplando, ademais, medidas que protexen aos socios en caso de transformación das participacións das que son titulares (art. 74.8, I e II). Tamén chama a atención, en comparación co resto das normas cooperativas do estado, o importe máximo de retribución das participacións xa que a LCCLM o sitúa en dez puntos por encima do interese legal do diñeiro (art. 79).

Nesta materia tamén resaltaríamos –sí ben non son innovacións da LCCLM– que as participacións poden ser obxecto de actualización con cargo a reservas voluntarias (art. 80.3); e que o FRO é susceptible de reparto sempre que se respecten as cautelas fixadas legalmente (art. 90).

Para rematar o Título I, destacaría –ademais de certa flexibilidade no que atinxe as modificacións estatutarias– a posibilidade de que as cooperativas podan transformarse en asociacións e viceversa solución que, dito sexa, tampouco é orixinal desta norma. Tamén é salientable a pormenorizada disciplina da fusión (art. 101 a 108) e, de novo, o paralelismo entre certas solucións previstas para a disolución das cooperativas –en concreto, a responsabilidade solidaria dos membros do Consello por non solicitala– coas contempladas en sede de sociedades de capital.

VI

Finalmente, o Título II, o III e o IV disciplinan, respectivamente, as diversas clases de cooperativas, a facultade de vixilancia e inspección das cooperativas por parte da Administración Pública, e o asociacionismo cooperativo. Entre as diferentes clases, as cooperativas de iniciativa social e as de integración social poderanse –en virtude do art. 150– cualificar como

cooperativas sen ánimo de lucro sempre que se recollan nos seus estatutos os condicionantes previstos legalmente. Tamén contémpense as cooperativas mixtas –coa mesma formulación que nas normas que ata o de agora recollen esta posibilidade- e as denominadas cooperativas integrais –que son as que cumpren finalidades propias de varias clases de cooperativas-. No que respecta as cooperativas de segundo grao contémpense a posibilidade de que poidan ser socios as comunidades de bens “sempre que exista a necesaria converxencia de intereses e os estatutos non o prohiban” (vid. art. 155.1). Criticable solución e aínda máis reprobable indeterminación.

No que atinxe a vixilancia por parte dos poderes públicos resaltaría –na liña doutras normas que prevén este control externo- a facultade da administración para, tralo oportuno expediente sancionador revestido de tódalas garantías que expresamente recolle a norma, poder descalificar a cooperativa (art. 162 en relación co 110). Queda a dúbida, tal e como se ten discutido no dereito comparado, sobre si a vulneración dos principios cooperativos é unha causa que supoña a descalificación.

Finalmente, tan só queda por apuntar a defensa do asociacionismo cooperativo que se fai na norma, contemplando, ademais, certas funcións do consello rexional de promoción e difusión do cooperativismo en Castilla La Mancha e a súa regulación vía regulamentaria (art. 166).



Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 105-108

**“CATALUÑA ADAPTA A SÚA LEXISLACIÓN DE
COOPERATIVAS Á NORMA NIC 32 SOBRE
CONTABILIZACIÓN DOS RECURSOS PROPIOS.
Comentario ao Decreto-Lei 1/2011, do 15 de febreiro, de modificación da Lei
18/2002, do 5 de xullo, de cooperativas de Cataluña”**

José Antonio RODRÍGUEZ MIGUEZ

1.- Introducción.

A asunción pola Unión Europea das normas contables internacionais levou a cabo polo Regulamento (CE) núm. 1606/2002, do Parlamento Europeo e do Consello, do 19 de xullo de 2002, relativo á aplicación de normas internacionais de contabilidade (DO L 243, do 11.9.2002, p. 1), que foi desenvolvido polo Regulamento 1725/2003, da Comisión, do 29 de setembro de 2003 (DO L 261, de 13/10/2003, p. 1), posteriormente reformado polo Regulamento núm. 2237/2004, da Comisión, do 29 de decembro 2004 (DO L 348, do 24.12.2008, p. 38).

Con estas normas iniciouse un proceso de adaptación das regras de contabilidade en todos os Estados membros para adaptar as súas lexislacións internas a todos os seus diferentes niveis. No caso de España, pola súa especial configuración xurídica baseada no reparto de competencias entre a Administración Xeral do Estado e as Comunidades Autónomas, o proceso tivo que desenvolverse en ámbolos dous niveis, nos seus respectivos campos de aplicación.

No caso concreto das sociedades cooperativas, a aplicación do marco contable internacional supuxo especificamente a incorporación da norma internacional de contabilidade número 32, a “NIC 32”, sobre “Instrumentos financeiros: presentación e información a revelar”, da que xa se ten falado

nesta Revista¹, así como da súa interpretación por parte do Comité das Normas Internacionais de Información Financeira (coñecido polas siglas “CINIIF”) no relativo a súa aplicación as achegas das persoas socias das cooperativas (a “Interpretación CINIIF 2”).

Esta regra impide considerar como recursos propios as achegas ao capital social das cooperativas, tanto obrigatorias como voluntarias, cando os socios tiveran o dereito incondicional ao seu reembolso esixindo a súa cualificación como pasivos esixibles e non como recursos propios.

Esta nova regra incide de xeito significativo nun dos principios básicos do réxime das sociedades cooperativas, como é a do seu capital social variable. En consecuencia, como sinala VARGAS VASSEROT², da NIC 32 despréndese que as achegas dos socios ao capital unicamente se recoñecerán como patrimonio neto se a cooperativa ten un dereito incondicional a rexeitar o seu reembolso, cando o noso ordeamento cooperativo ten recoñecido historicamente un dereito, que cualifica de “cuasi absoluto” ao reembolso das súas achegas, que a cooperativa ten que atender, aínda que elo significase ter que reducir o capital estatutario ou incluso a disolución da mesma.

A adaptación levouse a cabo de xeito paulatino. No caso da lexislación estatal, dictouse a Lei 16/2007, do 4 de xullo, de reforma e adaptación da lexislación mercantil en materia contable para a súa harmonización internacional en base á normativa de la Unión Europea, cuxa Disposición adicional cuarta, modificou a Lei 27/1999, do 16 de xullo, de Cooperativas (a coñecida como “Lei xeral de cooperativas”) e levou a aprobación do Real Decreto 1514/2007, do 16 de novembro, polo que se aproba o Plan xeral de contabilidade, e do Real Decreto 1515/2007, do 16 de novembro, polo que se aproba o Plan xeral de contabilidade das pequenas e medianas empresas e os criterios para as microempresas.

No sector cooperativo, a citada adaptación contable realizouse, desde a perspectiva estatal, dilatouse ata a aprobación do Real Decreto 2003/2009, do 23 de decembro, que modificou o xa citado Real Decreto 1514/2007,

¹ Vid. VÁZQUEZ PENA, M. J.: “Notas sobre a segunda modificación da Lei 4/1993, de 24 de xuño, de cooperativas de Euskadi”, en *Cooperativismo e Economía Social*, nº 29, 2006/2007, 2007, pp. 89-92 e FERNÁNDEZ FEIJOO-SOUTO, B.: “O longo debate da IAS32, instrumentos financeiros para as sociedades cooperativas: un novo capítulo”, en *Cooperativismo e Economía Social*, nº 30, 2007/2008, 2008, pp. 262-263.

² VARGAS VASSEROT, C.: “Los previsibles efectos de la nic 32 en el sector cooperativo”, en *REVESC*, nº 91, Primer Cuatrimestre 2007, pp. 120-159, p. 120.

aínda que pospoñendo de xeito excepcional ata o 31 de decembro de 2010 a vixencia dos criterios polos que se establecía a delimitación entre fondos propios e alleos nas cooperativas. A adaptación completouse coa Orde EHA/3360/2010, do 21 de decembro, pola que se aproban as normas sobre os aspectos contables das sociedades cooperativas.

Resulta evidente que en momentos de crise como os actuais, a solvencia das empresas adquire un carácter vital, que no caso das sociedades mercantís de corte capitalista está intimamente vinculado á calidade dos seus recursos propios, é dicir, das súas fontes de financiamento estables e, nese contexto a determinación de qué recursos merecen a cualificación de recursos propios resulta esencia. E non debemos esquecer que a cifra do capital social representa a máxima calidade dos mesmos fronte aos terceiros que contratan coa entidade.

Estos son antecedentes e o cerne da reforma que se introduce na lexislación autonómica catalana en materia de cooperativas, polo Decreto-Lei 1/2011, do 15 de febreiro, de modificación de la Ley 18/2002, de 5 de julio, de cooperativas de Cataluña, que constitúe o obxecto do presente comentario.

A imperiosa necesidade de adaptar as cooperativas catalanas ao marco xeral con efectos a 1 de xaneiro de 2011 é a xustificación de que a reforma se leve a cabo por medio dun “Decreto-Lei”, instrumento normativo do que dota ao Executivo catalán a reforma do Estatuto de Autonomía de Cataluña (Lei Orgánica 6/2006, do 19 de xullo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña).

Se trata, polo tanto, dunha modificación substantiva do réxime das sociedades cooperativas, derivada da implantación dunhas “novas” regras de contabilidade, como expresamente se recolle no Preámbulo da norma obxecto do noso comentario, no que se sinala que a nova regra contable “[...] *enfróntase directamente coa actual configuración á lexislación de cooperativas, do dereito de reembolso dos socios. [...] A non modificación legal da regulación sobre o dereito de reembolso do socio ou a socia en caso de baixa implicaría que as cooperativas catalanas encontraranse en unha posición máis desfavorable en canto ás esixencias de capitalización ante as entidades de crédito e outros axentes económicos. En definitiva, a non reforma urxente da Lei podería ter graves repercusións sobre a imaxe de solvencia das cooperativas catalanas, o cal podería incidir negativamente no desenvolvemento da súa actividade económica.*”

2.- Estructura e contido da reforma.

A adaptación á NIC 32 supuxo, como se deduce do texto do D-L obxecto do noso breve comentario, a necesidade de retocar varios dos preceptos da Lei 18/2002, do 5 de xullo, de cooperativas de Cataluña.

En efecto, o Decreto-Lei 1/2011 consta de 10 artigos, unha disposición transitoria e unha final.

Nos artigos se reforma a regulación das achegas dos socios cooperativos para dar cabida á posibilidade, non á obriga, de que ditas achegas sexan non retornables, o que permite consideralas como patrimonio non esixible e, polo tanto, como parte dos seus recursos propios.

Con este propósito, o D-L modifica a redacción de diversos preceptos que precisan a súa adaptación; concretamente, os artigos 11 (“Contido mínimo dos estatutos sociais”), no seu apartado 1º, o 20 (“Efectos económicos da baixa”), 23 (“Dereitos dos socios”), párrafo 1º, 29 (“Competencias e clases de asambleas”), párrafo 1º e 55 (“Capital social”). Asimesmo, engádesse un novo artigo 55 *bis*, tamén dedicado ao “Capital social”, un novo apartado 2º ao artigo 57 (“Achegas dos novos socios”), un apartado 2º ao artigo 59 (“Intereses”), un apartado 2º ao artigo 89 (“Adxudicación do haber social”) e un apartado 4º ao artigo 118 (“Suspensión ou baixa obrigatoria dos socios traballadores”), renumerándose os dous seguintes como 5º y 6º.

Pola súa banda, a Disposición transitoria establece a retroactividad do alcance da reforma para facela coincidir co comezo do exercicio económico 2011, tal e como fixera a citada Orde EHA/3360/2010, do 21 de decembro, que prevía que os seus efectos se produciran desde esa data.

A Disposición final establece a entrada en vigor do D-L para o día seguinte ao da súa publicación no Diario Oficial da Generalidad de Cataluña, o que resulta coherente coa urxencia que xustificaba o emprego do mecanismo do decreto-lei.

Se trata dunha reforma cun obxectivo claro, reforzar os recursos propios das cooperativas constituídas ao abeiro da lexislación catalana de cooperativas, o que as vai prepara para competir nun mercado que se atopa nunha situación especialmente difícil, de xeito semellante ao que está a suceder tamén nestas datas co sector financeiro, coa aplicación, aínda que anticipada, das novas regras de valoración que para dito sector se fixaron no marco das negociacións que deron lugar ao marco de Baselea III, e que están motivando as dificultades para recapitalizar as caixas dea forros españolas.

Debemos destacar finalmente que esta adaptación aínda non se ten producido en todas as regulacións autonómicas de cooperativas.

Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 109-112

“A REFORMA DA LEI DE COOPERATIVAS DE ARAGÓN”

Elena SALGADO ANDRÉ

A Lei de Cooperativas de Aragón de 1998 foi, durante mais dunha década, na Comunidade Autónoma de Aragón a normativa básica na regulación desta materia. Así e todo, a evolución das circunstancias socioeconómicas vixentes no momento da súa promulgación, recomendaban a súa modificación para adaptarse as mesmas.

Ó marxen deste importante razón, o argumento fundamental que motivou a reforma da Lei de 1998 foi a atribución da competencia exclusiva á Comunidade aragonesa en materia de cooperativas. O artigo 71.31ª da Lei Orgánica 5/2007, de 20 de abril, en efecto, establece que dita competencia inclúe “a súa organización, funcionamento e reximen económico, así como o fomento do movemento cooperativo e de outras posibilidades de economía social”.

Estas palabras –extraídas do Preámbulo da nova Lei- deben ser valoradas na súa xusta medida, porque en virtude do artigo 35. 1.23ª do Estatuto de Autonomía de Aragón aprobado por Lei Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, a Comunidade Autónoma xa ostentaba competencia exclusiva en materia de “cooperativas e entidades asimiladas”. Por este motivo, na decisión de acometer unha reforma parcial da Lei 9/1998 influiron en maior medida outros dous factores.

O primeiro basouse na liberalización dos mercados e na utilización de novas tecnoloxías da información e da comunicación na realización das transaccións mercantiles. Neste contexto, co obxectivo de garantir o acceso dos cidadáns ao Rexistro de Cooperativas, prevese a adopción de aqueles medios de xestión telemática que consideren necesarios e sexan ademais compatibles coa súa estrutura e función. En relación ao funcionamento dos órganos sociais, introduciu a posibilidade de empregar medios electrónicos para a súa convocatoria.

O segundo factor foi a aparición de novas normas contables a nivel europeo as cales esixían a acomodación do sistema económico de cooperativas á Lei 16/2004, do 4 de xullo, de Reforma e Adaptación da Lei Mercantil en materia Contable. Nesta liña introdúcese a posibilidade de dividir as contribucións ao capital social entre aquelas que deben ser reembolsables ao socio en calquera caso cando causa baixa na entidade e aquelas cuio reembolso pode ser rexeitado incondicionalmente polo Consello Reitor. No memo orden de cousas, ábrese a posibilidade de adquirir en carteira participacións da propia cooperativa, garantindo así a supervivencia da sociedade ante situacións adversas. Finalmente, no caso de disolución e liquidación ou transformación da cooperativa, o remanente destínase con carácter principal as Federacións de Cooperativas.

Aínda que a maioría dos cambios afectaron o rexime de funcionamento, organización e actividade da cooperativa, a reforma foi estendida a tres sectores concretos: o do traballo asociado, o agrario e o de vivenda.

Polo que respecta as Cooperativas de Traballo Asociado destaca, dunha parte, a implantación da “Pequena Empresa Cooperativa” constituída unicamente con dous socios traballadores; e, por outra parte, a creación da “Cooperativa de Traballo Asociado de Transporte” co propósito de que os ingresos e gastos podan individualizarse e imputarse internamente no vehículo aportado por cada socio ao capital e a actividade da sociedade.

Estas son, sen dúbida, as innovacións máis significativas, pero xunto a elas hai que mencionar a modificación e actualización do réxime xurídico do período de proba, a cotización á Seguridade Social, o acceso á condición de socio traballador dende o *status* de traballador contratado e o concepto de centro de traballo subordinado ou accesorio.

Respecto as Cooperativas agrarias, buscando a fidelidade do socio coa cooperativa, establécese a obriga de suministro a cargo dos traballadores de todos os elementos necesarios para a súa explotación, así como dos produtos resultantes da mesma, sempre, claro está, que estén incluídos no seu obxecto social. Como garantía disto, cada socio debe presentar á cooperativa unha declaración de explotación agraria. Ademais, modifícase o sistema de voto ponderado e, o igual que nas cooperativas que prestan os seus servizos a empresarios e profesionais, increméntase ata un cincuenta por cento a posibilidade de facer operacións con terceiros en cada exercicio económico.

Por último, nas Cooperativas de Vivenda realizouse unha reforma de carácter xeral coa finalidade de adaptala súa regulación as normas previstas para a vivenda protexida. Neste contexto, cabe destacar a regulación *ex no-*

vo da figura do promotor social a través da disposición final segunda. Igualmente reseñable é o afianzamento das cantidades que serán reintegradas ao socio no caso de baixa ou inexecución da promoción e da estruturación do sistema de entrega por parte deste das cantidades destinadas á construcións da vivenda en función das distintas fases deste proceso, co establecemento duns prazos máximos.

Sobre a base destes tres grandes argumentos –dotar a estes tipos sociais de mecanismos de actuación máis áxiles e modernos, adaptación do reximen contable sobre a base da normativa da Unión Europea e a introducción de modificacións de carácter sectorial- as entidades asociativas representantes do cooperativismo manifestaron, a través do Consello aragonés do Cooperativismo, a necesidade de modificar a Lei de 1998. E o texto encargado da súa reforma foi precisamente a Lei 4/2010, de 22 de xuño. Esta Lei consta de corenta e dous artigos, unha disposición adicional, dous disposicións transitorias, unha disposición derogatoria e unha disposición final.

Con todo, e a pesar de que estas modificacións responden ás causas apuntadas, o lexislador introduce no ordenamento outros elementos novos: a redución a tres do número mínimo de socios necesarios para a constitución das cooperativas de primeiro grado, independentemente das excepcións previstas na Lei; o establecemento dun capital social mínimo que no poderá ser inferior a tres mil euros; a ampliación da regulación das seccións de crédito; ou a delimitación das actividades que a cooperativa pode levar a acabo con terceiras persoas que non ostentan a condición de socios. Non obstante o anterior, a reforma mais significativa é a extensión a todas as clases de cooperativas da posibilidade de levar a cabo funcións ata agora reservadas ás cooperativas agrarias.

En canto os órganos sociais, as novidades afectan á Asamblea Xeral Universal, que entenderase válidamente constituída cando estén presentes de forma directa todos os socios da cooperativa. Polo que respecta ao Consello Reitor, outórganselle, como antes, as facultades de representación, goberno e xestión da sociedade cooperativa, ao tempo que amplíase o elenco daquelas que no poden ser delegadas (admisión, baixa e expulsión dun socio, así como a adquisición pola cooperativa de participacións en carteira)

Por último, merecen destacarse outros puntos da Lei como a asignación da organización e xestión do Rexistro de Cooperativas ao Instituto Aragonés de Emprego e habilitación ao Goberno de Aragón para que se regule as sociedades agrarias de transformación dada a súa natureza de entidades asimiladas ás cooperativas.



Cooperativismo e Economía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 113-118

“ANOTACIÓN Á LEI 3/2011, DE 4 DE MARZO, POLA QUE SE REGULA A SOCIEDADE COOPERATIVA EUROPEA CON DOMICILIO EN ESPAÑA”

María Luisa CABELLO LÓPEZ

I

Como é sabido, o Estatuto da Sociedade Cooperativa Europea comprende o Regulamento (CE) núm. 1435/2003 do Consello, de 22 de xullo de 2003, que regula os aspectos societarios [sobre o mesmo, *vid.* VICENT CHULIÁ, F., “A Sociedade Cooperativa Europea e a liberdade de establecemento da Cooperativa na Unión Europea”, *Cooperativismo e Economía Social*, núm. 26 (Curso 2003/2004), 2004, páxs. 61 a 68 e 86 e ss. Sobre parte do proceso de elaboración e discusión deste Regulamento, *vid.* VÁZQUEZ PENA, M. J., “Proposta modificada de Regulamento sobre o Estatuto da Sociedade Cooperativa Europea: Proposta transaccional da Presidencia española de 12 de abril de 2002”, *Cooperativismo e Economía Social*, núm. 24 (Curso 2001/2002), 2002, páxs. 145 a 151], e a Directiva 2003/72/CE do Consello, tamén de 22 de xullo de 2003, “*pola que se completa o Estatuto da Sociedade Cooperativa Europea no que respecta á implicación dos traballadores*”. Tanto o Regulamento núm. 1435/2003 coma esta Directiva están publicados no Diario Oficial da Unión Europea núm. L 207, de 18 de agosto de 2003.

A Directiva 2003/72/CE foi transposta ao noso Ordenamento xurídico mediante a Lei 31/2006, de 18 de outubro, “*sobre a implicación dos traballadores nas sociedades anónimas e cooperativas europeas*” [Boletín Oficial do Estado do 19 de outubro de 2006. Sobre a mesma, *vid.* DÍAZ DE LA ROSA, A., “A implicación dos traballadores nas Sociedades Anónimas e Cooperativas Europeas (Lei 31/2006 de 18 de outubro)”, *Cooperativismo*

e *Economía Social*, núm. 29 (Curso 2006/2007), 2007, páxs. 105 a 110]. Pola súa banda, co Regulamento (CE) núm. 1435/2003 acadouse por primeira vez unha normativa propia en materia de cooperativas no ámbito da Unión Europea, acadouse, en definitiva, un novo instrumento normativo europeo regulador do réxime xurídico das cooperativas de ámbito europeo que permite a intensificación das actividades transnacionais ás sociedades cooperativas, utilizando para elo os instrumentos que responden ás súas características especiais.

Non se pode negar, sen embargo, que inda que a aplicación dun regulamento comunitario é directa, o Regulamento (CE) núm. 1435/2003 remite en varios aspectos ao desenvolvemento do Estado membro en relación á súa lexislación aplicable. Compre recordar, neste senso, que o seu artigo 78 dispón que cada Estado membro debe adoptar as disposicións de execución adecuadas para garantir a aplicación efectiva do Regulamento, designando as autoridades competentes oportunas.

Neste contexto apróbase a Lei 3/2011, de 4 de marzo, “*pola que se regula a Sociedade Cooperativa Europea con domicilio en España*” (Boletín Oficial do Estado do 8 de marzo de 2011); Lei que ven a cumprir un mandato comunitario e a pechar definitivamente o bloque legal de regulación da Sociedade Cooperativa Europea con domicilio en España. Non cabe dúbida de que con esta norma propiciase a dotación eficaz dun instrumento no ámbito do dereito de sociedades que permitirá millorar a situación económica e social no conxunto da Unión Europea, reducindo obstáculos do mercado interior e potenciando o desenvolvemento entre rexións e Estados membros a través da fórmula xurídica cooperativa.

II

Poi ben, a Lei 3/2011 consta de catro Capítulos, cun total de vinte artigos, máis unha disposición adicional, e tres disposicións derradeiras.

No Capítulo I, integrado por cinco artigos, recóllense as “*disposicións xerais*”. O artigo 1 define a sociedade cooperativa europea domiciliada en España como aquela cúa administración central e domicilio social encóntranse dentro do territorio español. Nesta liña, imponse que a sociedade cooperativa europea fixe o seu domicilio en España cando a súa administración central se sitúe dentro do territorio español. Esta sociedade cooperativa europea domiciliada en España rexirase polo establecido no Regulamento (CE) núm. 1435/2003, polas disposicións da Lei que estamos a ver e pola Lei de Cooperativas aplicable en función do lugar onde realice principal-

mente a actividade cooperativizada nos aspectos non regulados polo citado Regulamento, así como pola xa citada Lei 31/2006.

Cando unha sociedade cooperativa europea domiciliada en España deixe de ter a súa administración central en España deberá regularizar a súa situación no prazo dun ano, ben restablecendo a súa administración central en España, ben trasladando o seu domicilio social ao Estado membro no que teña a súa administración central (artigo 2); traslado éste no que haberá de terse en conta o disposto nos artigos 4 e 5 (“*oposición ao traslado*”).

Segundo sinala o artigo 3 da Lei, a constitución e demais actos inscribibles dunha sociedade cooperativa europea que teña o seu domicilio en España inscribiranse no Rexistro Mercantil conforme ao disposto para as sociedades anónimas. Os actos e datos dunha sociedade cooperativa europea con domicilio en España deberán facerse públicos nos casos e forma previstos nas disposicións xerais aplicables ás sociedades anónimas.

Asimismo, o Rexistro Mercantil Central será o órgano competente para expedir as certificacións negativas de denominación das sociedades cooperativas europeas previa comprobación de que non existe unha sociedade cooperativa con idéntica denominación no Rexistro estatal de cooperativas e nos Rexistros autonómicos correspondentes.

O Capítulo II (“*Constitución por fusión e transformación*”), que tamén consta de cinco artigos, establece as peculiaridades específicas da lexislación cooperativa en relación cos actos de fusión que darán lugar a unha sociedade cooperativa europea, xa sexa con domicilio en España, xa sexa con domicilio en outro Estado membro: Nomeamento de experto ou expertos independentes que terán que informar sobre o proxecto de fusión (artigo 6); dereito de separación dos socios en caso de fusión (artigo 7); certificacións relativas á sociedade que se fusiona (artigo 8); e inscrición da sociedade resultante da fusión (artigo 9).

Neste segundo Capítulo alúdese tamén á transformación dunha sociedade cooperativa existente en sociedade cooperativa europea (artigo 10). Así, no caso de constitución dunha sociedade cooperativa europea mediante a transformación dunha sociedade cooperativa española, dispónse que os seus administradores redactarán un proxecto de transformación de acordo co previsto no Regulamento (CE) núm. 1435/2003, e un informe no que se explicarán e xustificarán os aspectos xurídicos e económicos da transformación e se indicarán as consecuencias que supondrá para os socios e para os traballadores a adopción da forma de sociedade cooperativa europea. O proxecto de transformación será depositado no Rexistro Mercantil e publi-

carase, no Boletín Oficial do rexistro Mercantil, conforme ao establecido no artigo 471 da Lei de Sociedades de Capital.

Unha vez otorgada a escritura pública de transformación, a cooperativa española que se transforme deberá presentala ao Rexistro de Cooperativas no que se encontre inscrita a fin de que polo mesmo se informe ao Rexistro Mercantil sobre a inexistencia de obstáculos para a transformación, procedendo o Rexistro de Sociedades Cooperativas correspondente, no seu caso, ao cerre provisional da folla rexistral. Practicada a inscrición da transformación, o Rexistro Mercantil comunicará a mesma ao Rexistro de Cooperativas correspondente onde se encontre inscrita a cooperativa domiciliada no territorio español que se teña transformado para que proceda á súa cancelación.

O Capítulo III, o máis longo da Lei con nove artigos divididos en tres seccións distintas, refírese aos “*órganos sociais*” da sociedade coopeariva europea. Despois de destacar que a administración desta sociedade se rixe polo establecido no Regulamento (CE) núm. 1435/2003, polas disposicións da Lei que estamos a analizar, pola Lei de Cooperativas aplicable en función do lugar onde realice principalmente a actividade cooperativizada, así como pola Lei 31/2006, afirmase no artigo 11 que a sociedade cooperativa europea que se domicilie en España poderá optar por un sistema de administración monista ou dual, e que o fará constar nos seus estatutos.

No caso de que se opte por un sistema monista, existirá un órgano de administración, que será o Consello Rector da cooperativa ou o órgano de goberno correspondente, según a lexislación aplicable. No caso de que se opte por un sistema de administración dual, sistema que non é o propio da lexislación española, existirá unha dirección e un Consello de control.

Neste derradeiro caso, e polo que fai á dirección, compre sinalar polo que respecta ás súas facultades o seguinte (artigo 15): a) Levará a xestión e a representación da sociedade; b) Calquer limitación ás facultades dos directores das sociedades cooperativas europeas, inda que esté inscrita no Rexistro, será ineficaz fronte a terceiros; e c) a titularidade e o ámbito do poder de representación dos directores rexiranse conforme ao disposto para os conselleiros na lexislación de cooperativas que lles sexa de aplicación.

A xestión poderá confiarse, conforme dispoñan os estatutos, a un solo director, a varios directores que actúen solidaria o conxuntamente ou a un Consello de dirección. Cando a xestión se confie conxuntamente a máis de dúas persoas, éstas constituirán o consello de dirección. Os estatutos da sociedade cooperativa, cando non determinen o número concreto, estable-

cerán o número máximo e o mínimo, así como as regras para a súa determinación.

Salvo o disposto no Regulamento (CE) núm. 1435/2003, a organización, funcionamento e réxime de adopción de acordos do Consello de dirección rexirase polo establecido nos estatutos sociais e, no seu defecto, polo previsto na lexislación de cooperativas que lles sexa de aplicación para o Consello rector das sociedades cooperativas.

Por último, aludindo á dirección, no artigo 17 se indica que a duración do nomeamento dun membro do Consello de control para cubrir unha vacante da dirección, conforme ao artigo 37.3 do Regulamento (CE) núm. 1435/2003, non será superior ao ano.

Polo que fai ao Consello de control, cabe resaltar que lle será de aplicación o previsto na lexislación de cooperativas correspondente para o funcionamento do Consello rector das sociedades cooperativas en canto non contradiga o disposto no Regulamento (CE) núm. 1435/2003. Os seus membros serán nomeados e revocados pola assemblea xeral, sen perxuízo do disposto no citado Regulamento e na Lei 31/2006 sobre implicación dos traballadores nas sociedades anónimas e nas cooperativas europeas.

A representación da sociedade fronte aos membros da dirección corresponde ao Consello de control, que, cando o estime conveniente, poderá convocar aos membros da dirección para que asistan ás súas reunións con voz pero sin voto. Finalmente, o Consello de control poderá acordar que determinadas operacións da dirección se sometan á súa autorización previa. A falta de autorización previa será inoponible aos terceiros, salvo que a sociedade cooperativa probe que o terceiro actuara en fraude o con mala fe en perxuízo da sociedade.

Non convén olvidar, para rematar as referencias ao Capítulo III, que as disposicións sobre responsabilidade previstas para os administradores de sociedades anónimas aplicaranse aos membros dos órganos de administración, de dirección y do Consello de control no ámbito das súas respectivas funcións (artigo 12).

No Capítulo IV (“*Da disolución*”), integrado polo artigo 20, dispónse que a autoridade competente para declarar a disolución nos supostos previstos no apartado 1 do artigo 73 do Regulamento (CE) núm. 1435/2003, será o Xuíz do Mercantil do domicilio social da sociedade cooperativa europea.

Na disposición adicional única se prevé a modificación do Regulamento do Rexistro Mercantil para adecualo ao contido da Lei 3/2011. Pola súa

parte, a disposición derradeira primeira determina o título competencial da norma, que é o establecido no artigo 149.1.6ª. da Constitución, que, coma é sabido, atribúe ao Estado a competencia exclusiva en materia de lexislación mercantil. A disposición derradeira segunda habilita ao Goberno para dictar as disposicións de aplicación e desenrolo necesarias. Por último, a disposición derradeira terceira prevé unha “*vacatio legis*” dun mes, prazo que se considera adecuado para a súa entrada en vigor.

III

Como acabamos de expoñer, a sociedade cooperativa europea domiciliada en España ofrécese, a través da Lei 3/2011, coma un novo instrumento normativo de integración e colaboración cooperativa ao servizo das vinculacións transfronterizas das sociedades cooperativas, de tanta importancia na nosa Comunidade Autónoma, na Comunidade Autónoma de Galicia nas súas relacións empresariais co norte de Portugal. Nun momento de crisis económica tan profunda non está de máis que recobren interese as estratexias empresariais ligadas a fenómenos de colaboración, e é precisamente nestas onde pode ter un grande protagonismo a sociedade cooperativa europea domiciliada en España.

Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 119-132

**“DEREITO DE INFORMACIÓN: POSIBILIDADE DE
IMPUGNACIÓN DUN ACORDO NON NOTIFICADO A UN
SOCIO EXCEDENTE AO QUE LLE AFECTABA
DIRECTAMENTE**

[Anotación á sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Aragón (Sala do Civil e Penal, Sección 1) núm. 8/2010, de 13 setembro. Ponente: Ilmo Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra]

Xacobo IZQUIERDO ALONSO

RESUMO.

No Xulgado do Mercantil nº 2 de Zaragoza dictouse sentenza pola que se estimaba a demanda interposta por Don E. contra “Bodegas S.V., Sociedad Cooperativa”, declarandose na súa parte dispositiva a nulidade do acordo do Consello Rector de 19 de marzo de 2009 polo que se denegou ao actor a reactivación da actividade productiva e o seu dereito a reanudar a súa actividade vitícola na explotación e ser socio productivo da cooperativa con todo-os seus dereitos, con condena en costas á parte demandada.

Interposta pola parte demandada recurso de apelación, éste foi estimado en parte pola Audiencia Provincial de Zaragoza, revogando a sentenza do Xulgado no sentido de deixar quedar sen efecto a declaración do dereito do actor a recuperar a condición de socio activo da cooperativa demandada.

Don E. presentaría contra esta última sentenza recurso extraordinario por infracción procesal e recurso de casación foral. En relación a este segundo, os motivos basearíanse na infracción de lei nos seguintes casos: 1º incorrecta aplicación do art. 2 da L.Coop. Aragón; 2º, incorrecta aplicación dos arts. 18 e 19 da L.Coop. Aragón; 3º, incorrecta aplicación do art. 17 L.Coop. Aragón; 4º, de normas aplicables para resolver cuestións obxecto do

proceso: 18.2 e 36 da L.Coop. Aragón, en relación cos arts. 1256 e 2.3 do Código civil e xurisprudenza que os interpreta.

No Primeiro Fundamento de Dereito a sentenza anotada salienta os seguintes feitos:

1. Don E., socio da cooperativa de autos, recibiría unha carta da mesma comunicándolle o seu pase á condición de socio excedente en razón a un acordo da asemblea xeral de 27 abril 2005 polo que se aprobaban unhas denominadas “*Normas para el buen funcionamiento de la Sociedad*” nas que, en esencia, se dí que os Estatutos non permiten a existencia de “socios sen actividade” e que todo-los socios que non teñan explotación vitícola e, xa que logo, non entreguen uva á adega deben pasar a ser socios excedentes, tendo éstos voz nas asembleas, pero non voto. O socio excedentario podería ser reactivado sempre que cumprise coas condicións que para ser socio esixen os Estatutos, aínda que a reactivación só podería ter lugar antes do transcurso de oito anos dende o cese da actividade ou oito anos dende a aprobación das normas de que se trata.

2. Ante a posibilidade de novas plantacións (da que a cooperativa informou aos socios), Don E. comunica á cooperativa, por escrito de 10 marzo 2009, o inicio dos trámites para a plantación cos novos dereitos, solicitando asemade a reactivación da súa condición de socio productivo consonante o acordo de 27 abril 2005 sinalado.

3. A dita petición é contestada negativamente pola cooperativa en data 23 marzo 2009, mediante escrito no que se dí que, por acordo da asemblea xeral de 5 maio 2006, se modificou o acordo de 27 abril 2005 sobre normas para o bó funcionamento da sociedade, de xeito que, o consello rector, por entender que non se dan razóns dabondo para alterar o tal acordo (o de 2006), non aprobou a solicitude. En efecto un dos puntos do acordo de 2006 dí: “*Los socios excedentes no podrán reactivar su condición de Socio activo salvo autorización expresa y razonada del Consejo Rector*”.

4. No acordo do consello rector denegando a reactivación de Don E., díse: “*no habiendo encontrado razonamientos suficientes que justifiquen la reactivación de dicho número de socio, acuerda aplicar el principio del citado acuerdo de la Asamblea General, manteniendo, en consecuencia, su condición de socio excedente de conformidad con lo dispuesto en el Art. 2 de nuestros Estatutos Sociales*”.

5. Dos preceptos estatutarios que recolle a Sentenza anotada, escolmamos os seguintes:

“Podrán existir socios excedentes que serán aquellos que, habiendo cesado en su actividad cooperativa sean autorizados a permanecer en la sociedad, sujetos a las condiciones y limitaciones siguientes: Tendrán voz en las Asambleas a las que sean citados pero sin voto...” (art. 7.2. párr. segundo).

“El interesado formulará la solicitud de admisión, por escrito, al Consejo Rector, el cual deberá resolver en el plazo de un mes desde su recepción. El acuerdo de éste desfavorable a la admisión será motivado, no pudiendo ser discriminatorio ni fundamentarse en causas distintas a las señaladas en la Ley o en estos Estatutos” (art. 9.1. párr. primero).

“Denegada la admisión, el solicitante podrá recurrir ante la Asamblea General, en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo del Consejo Rector...” (art. 9.2. párr. primero).

“Los socios tienen derecho a: d) Exigir información en los términos legales y en estos Estatutos” (art. 11).

“Todo socio podrá ejercitar el derecho de información en los términos previstos en el artículo 21 y concordantes de la Ley de Cooperativas de Aragón, en estos Estatutos o en los acuerdos de la Asamblea General” (art. 12).

“Cesarán obligatoriamente como socios, pasando a ser socios excedentes de acuerdo con el contenido del artículo 7 de estos Estatutos, quienes pierdan la condición de ser titulares de explotaciones agrarias situadas en el ámbito de la Cooperativa” (art. 14).

“Los acuerdos del Consejo Rector que sean contrarios a la Ley, que se opongan a estos Estatutos, o lesionen, en beneficio de uno o varios socios, los intereses de la Cooperativa, podrán ser impugnados según las normas y dentro de los plazos establecidos en los artículos 36 y 42.3 de la Ley de Cooperativas de Aragón y 28 de estos Estatutos” (art. 36).

O contido do Fundamento de Dereito Segundo expon o cerne das resolucións sobre as cuestións debatidas na primeira instancia e en apelación. Do dito Fundamento extractamos os seguintes puntos:

En relación á excepción de falta de lexitimación activa do actor oposta pola cooperativa demandada, fundada en que coma socio excedente, aquél non tiña outros dereitos que os establecidos nos Estatutos da sociedade (non obrigatoriedade de que sexan citados para as asembleas; non teñen dereito a voto: art. 7.2), a sentenza do Xulgado estima que o actor, coma persoa física que manifesta o ter sufrido un prexuízo coma consecuencia

dun acordo adoptado por unha asemblea dunha cooperativa da que é socio, atopase perfectamente lexitimado para solicitar a tutela xudicial dos seus dereitos.

Este punto é confirmado pola Audiencia Provincial, aínda que matizado coa consideración de que a lei non outorga unha lexitimación tan ampla: no presente caso o acordo impugnado é do consello rector, que denega a reactivación do socio demandante que tiña perdida a tal cualidade por acordo asembleario de 27 de abril de 2005 (non impugnado, o mesmo que o acordo da mesma que regulaba as condicións para a reactivación ou o acordo de 5 de maio de 2006, modificativo do anterior). Pero a Audiencia entendeu que a xeneralidade coa que se manifesta o precepto estatutario impide excluír aos excedentes dos “socios” aos que lexitima sen distinción ningunha.

No referente ao fondo, a sentenza do Xulgado considera que o socio non foi informado do contido dos acordos da asemblea de 5 de maio de 2006, nos que se alteraron as normas sobre reactivación do socio excedente aprobadas na asemblea de 27 de abril de 2005, malia que afectaban substancialmente ao socio excedentario, o que é unha infracción do dereito de información dos arts. 16 e 21 da Lei 9/1998 (L.Coop. Aragón): o acordo de 27 de abril de 2005 establecía que para se reactivar abondaba con cultivar a viña e que non tiveran transcurrido os prazos legais de oito anos dende a aprobación das normas ou dende que se deixou de cultivar, polo que habería de estarse a interpretación literal dos mesmos e acoller o pedimento de cumprimento polo actor.

A sentenza de apelación discrepa do resolto en primeira instancia: entende que o dereito de información ten carácter instrumental en tanto que vai dirixido a asegurar a correcta formación de criterio para a formulación do voto nos órganos sociais colegiados, e o actor non formaba parte do órgano que adoptou o acordo, polo que a referencia a aquel dereito non ten relevancia. Por outra parte, manifesta a sentenza que a falta de audiencia previa á adopción de acordos pola asemblea, o efecto discriminatorio destes e a súa falta de motivación e indebida delegación de facultades ao consello rector, ao non seren impugnados, deben desplegar todo-los efectos que lle sexan propios; e, ademais, o réxime dos socios excedentes dos arts. 18 L.Coop. Aragón e 7 dos Estatutos non os equipara aos socios activos e non se lles outorga o dereito a participaren nas tomas de decisións polos órganos da cooperativa. Sen embargo, dada a alegada falta de motivación e incongruencia do acordo do consello rector, a sentenza da Audiencia considera que a motivación debe considerarse esixida pola lei (arts. 17 L. Coop. Aragón e 9 dos Estatutos) xa que a denegación da solicitud para ser socio

non poderá ser discriminatoria nin se basear nas razóns que non estean recollidas nos estatutos ou na lei. En definitiva, a denegación deberá ser motivada, polo que a Audiencia acolle a petición de nulidade por falta de motivación pero coa consecuencia (non recollida explicitamente na parte dispositiva) de devolver a decisión aos órganos da sociedade cooperativa por esixencia do principio de autoorganización social, para que resolva en forma motivada a petición que lle foi dirixida: estima en parte o recurso de apelación e revoca a sentenza do Xulgado do Mercantil no sentido de deixar sen efecto a declaración do dereito do actor a recuperar a condición de socio activo da demandada.

No Fundamento de Dereito Terceiro analízanse os motivos primeiro do recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1.2º LEC), por infracción das normas procesuais regulamentadoras da sentenza, e segundo (art. 469.1.4º LEC), por vulneración dos dereitos fundamentais recoñecidos no art. 24 da Constitución: dada a súa proclamada conexión son examinados xuntamente. O TSX considera que a queixa do recurrente apoiase en que a sentenza recurrida non da resposta á súa pretensión de reactivación, que –segundo dí- non estima nin desestima sinon que remite á súa motivación polo órgano correspondente da Cooperativa demandada, non existindo, xa que logo, a pretendida incongruencia omisiva da sentenza da Audiencia: ésta revoca o pronunciamento do Xulgado sobre o dereito do actor á reactivación, polo que decide sobre o que foi submetido a debate –o dereito do autor á súa reactivación como socio activo- e non deixa sen resposta a dita petición, sinón que expresamente a resolve, denegándolla, aínda que non definitivamente sinon submetida á decisión do órgano correspondente. Non hai, xa que logo, unha desestimación tácita da pretensión do recurrente, sinon expresa. O TSX desestima así o recurso extraordinario por infracción procesal.

No Fundamento de Dereito Cuarto, comenza o TSX manifestando que, á vista dos motivos formulados no recurso de casación, a falta de impugnación dos acordos das asembleas da cooperativa de 2005 e 2006 ven sendo o fío conductor do recurso, debendose analizar as consecuencias desa falta de impugnación, o que se debe relacionar co contido do dereito de información dos socios.

Entrase así, deseguido na análise do primeiro motivo de casación, que alega a incorrecta aplicación do art. 21 L.Coop. Aragón, que regula o dereito de información dos socios. En efecto, o recurrente sinala que os socios excedentarios, nin él mesmo, non foron citados a asemblea de 5 de maio de 2006, na que se modificaron as condicións de reactivación da cualidade de

socio establecidas na asemblea de 27 de abril de 2005, nin tampouco foron notificados das modificacións da súa situación o que, segundo manifesta, implica infracción do dereito de información.

O Xulgado admitiu o devandito razoamento, entendendo que a falta de información infrinxía os arts. 16 e 21 L.Coop. Aragón e declarou o dereito á reactivación de Don E.

A sentenza da Audiencia atribúe uns efectos distintos á falta de notificación aos socios dos acordos da asemblea de 2006: esta falta de información non é relevante, pois o actor non forma parte deste órgano e o dereito de información ten un carácter instrumental ao ir dirixido a asegurar a correcta formación de criterio para votar. E o acordo da asemblea de 2006 está vixente, pois non foi impugnado (o que se impugnou foi o acordo do Consello Rector de marzo de 2009).

Ainda que razoamento da Audiencia ten fundamento en doutrina xurisdiccional de TS, o TSX entende que delo non cabe deducir que, por carecer do dereito de voto neste caso, o socio excedente vexa valeiro o contido do seu dereito de información, pois o art. 7.2 dos Estatutos outorgalles voz nas asembleas nas que sexan citados: alomenos o recurrente foi privado do seu dereito a facer ouvir a súa voz respecto dun acordo que afectaba aos seus dereitos, pero os acordos da asemblea non foron impugnados (nin a restricción de dereitos dos socios excedentes do art. 7.2 dos Estatutos), polo que o TSX non fai declaración ao respecto.

O outro aspecto do primeiro motivo é o referente á falta de notificación dos acordos aos socios excedentes. O TSX entende que a posible infracción neste punto non é a nulidade dun ou doutro acordo, á vontade do interesado: o acordo de 5 de maio de 2006 só sería nulo se fora adoptado contra as normas legais ou estatutarias. A non notificación significa que o actor podería ter impugnado o acordo supostamente infractor dos seus dereitos no intre no que tivera debido coñecemento do mesmo, e de telo feito así non lle permite iñorar o seu contido cando o coñeceu. O TSX considera que é correcta a afirmación da sentenza recurrida de que o acordo da asemblea de 5 de maio de 2006 é válido en tanto non fora impugnado, pois a consecuencia da falta de notificación dun acordo societario é que o prazo para a súa impugnación comezará para o socio no intre da notificación ao mesmo.

Conclúe este apartado o TSX manifestando que a infracción do dereito de información do actor, pola falta de notificación dun acordo que directamente afectaba aos seus dereitos, concretouse na posibilidade de impugnación do mesmo pero non na súa nulidade automática, pois elo ten que ser

resolto, no seu caso, na vía xudicial. Non tendo sido impugnado o dito acordo, consonte indica a sentenza recurrida, está vixente e, a falta de impugnación, o que cabería examinar segundo a sentenza da Audiencia, por ser o recurrido, era a validez do acordo do Consello Rector de 19 de marzo de 2009, baseado naquel acordo da asemblea de 5 de maio de 2006, pero carente de motivación segundo a sentenza. Rexeitase así o primeiro motivo de casación baseado na infracción do dereito de información do art. 21 L.Coop. Aragón.

O segundo motivo de casación é analizado sucintamente no Fundamento de Dereito Quinto da sentenza anotada. Aquí o recurrente entende que a consecuencia da falta de impugnación do acordo da asemblea de 5 de maio de 2006 debe ser, suposta a súa validez, condicionar a eficacia e oponibilidade a que se tivera comunicado aos afectados. O TSX manifesta que, suposta a validez do acordo, a falta de notificación aos afectados permite aos mesmos a súa impugnación dende o intre da súa notificación ou do seu coñecemento suficiente, pero non substraerse aos seus efectos entendendo que os mesmos están afectados de nulidade por falta de notificación: non se infrinxen os arts. 18 e 19, L.Coop. Aragón, relativos aos socios (neste caso, excedentes). Aínda mais, fronte ao afirmado polo recurrente, o TSX considera que o art. 18.2 L.Coop. Aragón permite sinalar nos Estatutos limitacións e condicións aos socios excedentes –dereitos que se recollen para todos-os socios no art. 19-. En relación ao dereito de voto, sinala aquel precepto para os socios excedentarios que “poderán exercer o dereito a voto e o resto dos dereitos sociais que se fixen”. Non foi impugnado para solicitar a declaración sobre o seu axuste a este precepto legal o art. 7.2 dos Estatutos que é o que limita os dereitos de voto e voz. O Tribunal considera que, xa que logo, non se non poden declarar consecuencias á eliminación do dereito de voto e a limitación ao de voz, agás cando foran citados, polo que os seus dereitos quedan limitados, salvo no referido ao dereito a seren notificados dos acordos, nos anteditos términos. E así rexeita o TSX o motivo segundo do recurso.

No motivo terceiro – Fundamento de Dereito Sexto- alégase infracción do art. 17 L.Coop. Aragón, que trata da admisión de socios. O recurrente alega que a sentenza recurrida aplicouno incorrectamente, pois non se non poden extenderen aos socios excedentes que pretendan a súa reactivación os mesmos requisitos que a aqueles pretenden o seu ingreso a primeira vez. O TSX considera que o que a sentenza recurrida argumenta é que o citado art. 17 e o art. 9 dos Estatutos esixen que, para os novos socios, o rexeitamento da solicitude debe ser motivado, non poidendo ser discriminatorio nin baseado noutras causa que as sinaladas na lei ou nos estatutos. A sen-

tenza recurrida obriga a que órgano da cooperativa motive a denegación da solicitude, para a comprobación de que non é discriminatoria nin contraria a lei ou aos estatutos. En definitiva, tamén este motivo do recurso é rexeitado.

O cuarto e derradeiro motivo analízase no Fundamento de Dereito Séptimo e basease na vulneración dos arts. 18.2 e 36 da L.Coop. Aragón. O TSX reitera que o efecto da falta de impugnación do acordo de 5 de mayo de 2006, por falta de notificación aos afectados, non é o da súa nulidade, senon a posibilidade da súa impugnación e que, faltando ésta, o actor ten que se suxeitar aos seus requisitos, ao perder vixencia os de 27 de abril de 2005 por seren opostos a éstos, non sendo posible, como pretende o recurrente, que ambo-los dous acordos sexan aplicables de xeito diferenciado para os socios declarados excedentes con anterioridade ao acordo de 2006 e para os posteriores ao mesmo. O TSX conclúe que non coexisten ambo-los dous acordos senon que o segundo, en canto aos requisitos para a reactivación está vixente para os socios, sen prexuízo das posibilidades de impugnación do mesmo, cos efectos que, no seu caso, fosen declarados. Rexeitase así o motivo mailo recurso.

ANOTACIÓN.

O cerne da cuestión litixiosa resolta pola sentenza anotada radica no tratamento de dereito de información do socio cooperativo. Cuestión ésta que ven matizada pola peculiar cualidade de socio de que aquí se trata, que é a de *socio excedente*: trátase aquí de persoas que non realizando a actividade cooperativizada, seguen mantendo sen embargo a súa cualidade de socio.

O recoñecemento legal desta clase de socios na lei de cooperativas de Aragón ven establecido no art. 18.2, que remite a súa existencia ás correspondentes previsións estatutarias³. No mesmo precepto legal (art. 18), baixo o rótulo “outras clases de socios”, contemplanse –ademais da mencionada- as figuras dos socios de traballo (permitese tamén que os estatutos

³ Art. 18.2. da lei 9/1998, de 22 decembro, de cooperativas de Aragón (BOE. de 31 de decembro), reformada por Lei 4/2010, 22 xuño (BO Aragón de 25 xuño, rectif. en BO Aragón de 21 xullo): “*los Estatutos podrán regular la existencia de socios excedentes, que serán aquellos que, habiendo cesado en su actividad cooperativizada y con una antigüedad mínima, sean autorizados a permanecer en la sociedad, con las limitaciones y en las condiciones que en los mismos se establezcan...*”

prevean a existencia de “*socios traballadores de duración determinada*”) e a dos socios colaboradores.

Pese a impresión de *totum revolutum* que pode fornecer o xeito do tratamento destas figuras na lei aragonesa, un tanto asistemático, compresalientar a distinta natureza daquelas: socios de traballo e socios colaboradores conforman unhas categorías de socios caracterizadas por estaren submetidas a un réxime propio en mérito o rol que xogan na orgaización da cooperativa de que se trate. Os socios excedentes o son por causa das circunstancias características dos socios afectados por unha determinada situación.

Así pois, a diferenza dos socios excedentes cos socios do primeiro tipo – socios de traballo- é nidia: nas cooperativas que non sexan de traballo asociado nin de explotación comunitaria da terra, os estatutos poderán prever a existencia destes socios, regulando a adquisición da condición de socio daqueles dos seus traballadores que o soliciten, sendolles de aplicación a éstes as normas establecidas para os socios traballadores das cooperativas de traballo asociado⁴.

Categoría distinta sería a dos *socios colaboradores*, figura que tamén poden prever os estatutos da cooperativa e que se concibe cunha grande amplitude, pois poden se incluír aquí persoas físicas e xurídicas, públicas e privadas. O socio colaborador debe contribuir á consecución do obxecto social cooperativo (non poden realizar plenamente o obxecto social da mesma), as súas achegas –fixadas pola asemblea xeral- non poden ser superiores ao cuarenta e nove por cento das achegas da totalidade dos socios e, no seu caso, fíxaranse os criterios de ponderada e equitativa participación dos mesmos nos dereitos e obrigas socioeconómicas da cooperativa, non podendo esixirlles novas achegas ao capital social⁵. En termos semellantes –aínda que con importantes diferentas de matiz, que fan do socio colaborador unha figura un tanto proteica e indefinida, pronúncianse as leis 27/1999 estatal de cooperativas (que sinala á asemblea para fixar a achega que deben desenvolver os socios colaboradores)⁶ e 5/1998, galega de cooperativas (que indica que serán os Estatutos os que fíxaran a achega mí-

⁴ Art. 18.1 da lei de cooperativas de Aragón.

⁵ Art. 18.3 da lei de cooperativas de Aragón.

⁶ Art. 14 da lei 27/1999, 16 xullo, de cooperativas (BOE de 17 xullo): “*los Estatutos podrán prever la existencia de socios colaboradores en la cooperativa, personas físicas o jurídicas, que, sin poder desarrollar o participar en la actividad cooperativizada propia del objeto social de la cooperativa, pueden contribuir a su consecución*” (párrafo primeiro).

nima do socio colaborador)⁷: na lexislación cooperativa obsérvase coma a determinación do estatuto xurídico de estes socios remítese nun caso aos estatutos sociais e, noutros, será a asemblea a que terá que se pronunciar ao respecto.

Coma antecedente a precedente figura poderíase contemplar a dos “*asociados*”, prevista na lei xeral (estatal) de cooperativas de 1987 coa función de estimular o acrecentamento dos recursos financeiros propios, pero sen que tampouco non se lles poida esixir a realización de novas aportacións obrigatorias ao capital social⁸. Aínda que na lei de 1987 a existencia de asociados se deixa á determinación dos Estatutos, recoñécese porén, na mesma norma, unha ampla capacidade para poder ostentar a tal cualidade: poderán acadala tal categoría tanto as persoas físicas coma as xurídicas, públicas ou privadas, sen que unha mesma persoa poda, simultaneamente, ter na mesma cooperativa a condición en socio e de asociado (art. 39.1 da LGC). Como requisito necesario para adquirir a condición de asociado a lei establecía o de desembolso da achega mínima ao capital social que se fixara nos Estatutos ou, no seu defecto, a asemblea xeral (art. 40.1 da LGC).

Os distintos aspectos xurídicos dos socios excedentes (a súa existencia, admisión, estatuto, cese...) veñen tratados de formas ben variadas na lexislación cooperativa. Interésanos salientar aquí a regulación que do dereito de información contén a lei aragonesa e, en concreto, no que poida afectar aos socios excedentes. Neste sentido, a dita lei remíte aos Estatutos a concreción das limitacións e condicións a que os tais socios quedarían suxeitos, precisando deseguido que poderán exercer o dereito de voto e o resto dos dereitos sociais que se fixen sen que en caso ningún o número dos seus votos sexa superior ao 15 por 100 dos presentes e representados naqueles órganos sociais dos que formen parte⁹.

Xa que logo, os estatutos sociais serían o guieiro que a seguir para a concreción das obrigas e dereitos que afecten ao socio excedente no caso axuiza-

⁷ Art. 29 da lei 5/1998, de 18 decembro (DOG de 30 decembro), galega de cooperativas; estes socios colaboradores non poderán desenvolver actividades cooperativizadas en competencia coas que desenvolva a sociedades cooperativa da que sexan colaboradores. No apartado 2 do citado precepto inclúese entre os posibles socios colaboradores ás cooperativas coas que fora suscrito un acordo de colaboración intercooperativo.

⁸ Vid. arts. 39 e ss. da lei 3/1987, de 2 abril, “general de cooperativas” (BOE de 8 abril) reguladores da figura.

⁹ Art. 18.2 da lei de cooperativas de Aragón.

do na sentenza que se anota. E, seguindo os textos estatutarios reproducidos mais arriba, salientan as seguintes características na cooperativa recurrente:

- 1) Os socios excedentes serán aqueles socios que perdan a condición de ser titulares de explotacións agrarias situadas no ámbito da cooperativa.
- 2) Estes socios teñen dereito a esixir información nos terminos establecidos na lei e nos estatutos, poidendo exercitar o dereito de información nos terminos previstos nos artigos 21 de concordantes da lei aragonesa de cooperativas, nos estatutos e nos acordos da asemblea xeral.
- 3) Terán voz nas asembleas ás que sexan citados, pero non voto.
- 4) O acordo do Consello Rector desfavorable a solicitude de admisión dun socio deberá ser motivado.

O primeiro motivo de casación da sentenza anotada invoca infracción do artigo 21 da ley de cooperativas de Aragón, que regula o dereito de información dos socios¹⁰. O TSX de Aragón segue a mesma concepción que do tal dereito de información ten formulado o Tribunal Supremo: *“el derecho esencial de información de los socios y cooperativistas presenta un neto carácter instrumental, y en tal sentido puede calificarse de prestacional, en la medida en que se articula en función de otro derecho si cabe aun más esencial, cual es el de voto, cuyo adecuado ejercicio ha de garantizarse facilitando al socio o cooperativista toda la información necesaria que le permita formar su criterio y tomar parte activa en la vida social mediante la emisión de su voto con el debido fundamento”*¹¹. Cabería matizar aquí a dita concepción do dereito de información no sentido de que, si nas mais das ocasións artéllase efectivamente do xeito indicado, noutras é un dereito a exercitar de xeito independente, en razón á propia dinámica das relacións socio-sociedade cooperativa o que leva a advertir a diferenza que existe entre o chamado dereito de información documental e o dereito de información en sentido estricto¹².

¹⁰ *“Los Estatutos sociales regularán el derecho de información de los socios, tanto individual como colectivamente, con sujeción a las siguientes reglas: a) Los socios recibirán, simultáneamente a su ingreso en la cooperativa, un ejemplar de los Estatutos sociales, así como, si existiese, del Reglamento de régimen interno y de las modificaciones que se vayan introduciendo en los mismos”*.

¹¹ STS (S. civil, Secc. 1ª) núm. 369/2007, de 28 de marzo, RJ/2007/1790.

¹² MILLAN CALENTI, RAFAEL: El derecho de información en la Ley de Cooperativas de Galicia., Centro de Estudios Cooperativos. Universidad de Santiago

A propia sentenza anotada (fundamento cuarto) ven enténdelo do xeito indicado. En efecto, neste suposto, do feito de o socio excedente carecer de dereito de voto, non debese deducir que careza de dereito de información ningún, pois os estatutos da cooperativa outorganlle voz aos socios excedentes nas asembleas as que sexan citados. Entende a Sala que podería entenderse indispensable que foran citados cando os seus dereitos poideran resultar afectados (así debería ter sucedido na celebración das asembleas de autos, nas que se fixaban os requisitos para a reactivación dos socios excedentes). O feito de non telo feito así –sinala acertadamente o Tribunal- podería supor unha infracción do dereito de información –neste caso a participar na asemblea- pero tanto os ditos acordos asemblearios coma os preceptos estatutarios relativos á restricción de dereitos dos socios excedentes non foron impugnados. Nin siquera foi impugnado o acordo supostamente infractor dos seus dereitos no intre no que o recurrente tivo coñecemento do mesmo. Impugnación sen dúbida necesaria por canto a hipotética declaración de nulidade debería se producir en sede xudicial.

A este respecto cabe sinalar que a lei de cooperativas de Aragón establece que os acordos sociais contrarios á lei, aos estatutos ou que lesionen os intereses da sociedade en beneficio de un ou varios socios ou de terceiros, poderán ser impugnados segundo o procedemento previsto para as sociedades anónimas, tendose por nulos os acordos contrarios á lei, e por anulables o resto. Lexitimados para impugnar os acordos anulables serían os socios que fixeran constar en acta a súa disidencia, os ausentes e os que foran privados ilexítimamente de emitir su voto. Os acordos nulos poderán ser impugnados por calquer socio. En canto ao exercicio da acción de impugnación establece o prazo de cuarenta días dende o acordo para os anulables e dun ano se son acordos nulos¹³.

No referido réxime relativo a impugnación de acordos nas sociedades anónimas¹⁴ establece que os prazos de caducidade para a impugnación

de Compostela. 2003, pp. 87 e ss.: *“el derecho de información es en muchas ocasiones un derecho preparatorio del de voto pero en otras muchas, es un derecho que tiene sustantividad propia y que se puede ejercitar en atención a la diversidad de situaciones que afectan al socio en momentos diversos y con una autonomía que se puede llegar a calificar de plena. Por eso la doctrina ha señalado las diferencias que existen entre el llamado derecho de información documental y derecho de información en sentido estricto”*.

¹³ Lei 9/1998 de Cooperativas de Aragón, artículo 36.

¹⁴ Art. 116.3 do R.D. legxlativo 1564/1989, de 22 decembro (BOE DE 27 decembro), que aproba o T.R. da LSA. Na actualidade, arts. 204 e ss. do R.D. legislativo 1/2010, de xullo, da lei de sociedades de capital (BOE de 3 xullo)..

dos acordos inscribibles computaranse dende a súa publicación no BORME para os acordos inscribibles. De xeito semellante, a leis estatal e galega de cooperativas sinalan que o computo para impugnación dos acordos inscribibles no rexistro de sociedades cooperativas farase a partir da data de inscrición¹⁵.

É dicir que, no ámbito das cooperativas o feito dos acordos non ter que ser obxecto de publicación ningunha, para aqueles terceiros lexitimados para o exercicio da acción impugnatoria ou, coma é no caso, socios pero de carácter especial, coma aqueles excedentes non convocados á asemblea correspondente, pode xerar unha certa indefensión que lles impida ou dificulte reaccionar contra os tales acordos. Indefensión que as veces poderá enerxarse aplicando o criterio do TSX no Fundamento Cuarto da sentenza anotada (impugnación do acordo infractor dos dereitos no intre en que o afectado tivera coñecemento do mesmo), pero outras, será éste sen dúbida un remedio tardío polos efectos irreversibles que a execución do dito acordo poderá producir.

Concluindo: desbotada a posibilidade de declarar a nulidade do acordo da asemblea xeral –por non se ter impugnado en momento ningún- cabería unicamente, coma así se fixo, a impugnación dos acordos do Consello Rector adoptados en execución daquel. Impugnabilidade admitida en apelación pola Audiencia Provincial e en casación polo TSX que confirma a sentenza da anterior. En efecto, a tal impugnabilidade ven dada pola falta da necesaria motivación do acordo recurrido. Motivación dada *ex* artigo 17 da lei de cooperativas de Aragón para o suposto de denegación da solicitude para a adquisición da cualidade de socio e que a Audiencia entende, con bó criterio, aplicable ao caso axuizado de reactivación do socio excedente e para a cal, xa que logo, éste atoparíase lexitimado¹⁶ (non temos noticia sen embargo de que o recurrente utilizase o recurso contra o acordo denegatorio previsto no apartado 4 do precitado artigo 17¹⁷).

¹⁵ Art. 16.3 da lei 27/1999, 16 xullo (estatal) de cooperativas; art. 40.5 da lei 5/1998, 18 decembro (galega) de cooperativas.

¹⁶ Art. 42.3 da lei 9/1998 de Cooperativas de Aragón: “*Lo anterior [la posible acción de responsabilidad contra los miembros del Consejo Rector] se entenderá sin perjuicio del derecho a ejercitar la acción que asiste a cualquier socio o tercero que sufra los perjuicios derivados de la actuación del Consejo y de la acción que tienen todos los socios para impugnar los actos emanados de los órganos de la cooperativa contrarios a la Ley o a los Estatutos*”.

¹⁷ “*Contra el acuerdo denegatorio cabrá recurso ante el Comité de Recursos o, en su defecto, ante la Asamblea General, en el plazo de un mes a contar desde su*

notificación. El recurso se resolverá por votación secreta en la primera reunión que se celebre. La resolución será recurrible ante la jurisdicción ordinaria”.

Cooperativismo e Economía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 133-136

**“VANTAXES FISCAIS E COOPERATIVAS.
Comentario da Sentencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, do 8 de
setembro de 2011 (Cuestión prexudicial, recaída nos asuntos acumulados C
78, 79 y 80/08)”**

José Antonio RODRÍGUEZ MIGUEZ

1.- Introducción.

O obxecto do presente comentario é a STXUE do 8 de setembro de 2011, que resolve as cuestións prexudiciais suscitadas ao Tribunal de Xustiza da Unión Europea pola Corte suprema di cassazione (Italia), con motivo de tres asuntos dos que ten que coñecer, para os que solicita a interpretación do Alto Tribunal comunitario respecto da aplicación do Dereito comunitario, ao abeiro do artigo 234 CE (hoxe artigo 267 TFUE).

Tratase dos asuntos acumulados que enfronta ao Ministerio dell’Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate y Paint Graphos Soc. coop. arl (asunto C 78/08), Entre Adige Carni Soc. coop. arl, en liquidación, y la Agenzia delle Entrate, Ministero dell’Economia e delle Finanze (asunto C 79/08), e entre o Ministero delle Finanze e Michele Franchetto (asunto C 80/08).

Dúas son as cuestións presentadas. A primeira suscita a natureza de axuda estatal, conforme ao artigo 87.1 CE (hoxe artigo 107.1 TFUE), das exencións fiscais que a lexislación italiana recoñece a favor das sociedades cooperativas no imposto sobre o beneficio das persoas xurídicas e no imposto local sobre o beneficio.

A segunda require aclaracións acerca de se o feito de que as sociedades de que se trata tiveran optado pola forma cooperativa constituía “[...] *un abuso de dereito susceptible de alterar as regras do mercado, a libre competencia e o principio de igualdade de trato*”(Apartado 26). E dicir, se

cuestiona se a forma xurídica societaria cooperativa non sería oponible á Administración tributaria que, en consecuencia, podería gravar a ditas sociedades baseándose no réxime fiscal ordinario aplicable ás sociedades con ánimo de lucro.

Para a Corte suprema di cassazione “*é preciso indagar acerca da xustificación e a proporcionalidade das vantaxes de que se trata, tendo en conta non só a dimensión e a cota de mercado de determinadas sociedades cooperativas, senón tamén as carencias do sistema de control previsto polo Dereito nacional.*” (Apartado 26),

Os litixios xurdiron a propósito da pretensión da Administración tributaria italiana de rectificar a liquidación tributaria que lles efectuara, respecto de determinados exercicios económicos, como consecuencia da actuación da policía tributaria.

O órgano xurisdiccional remitente sinala que “[...] *foi unicamente a intervención da policía tributaria (policía tributaria) o que permitiu constatar que as sociedades cooperativas de que se trata nos litixios principais non perseguían unha finalidade mutualista, contrariamente ás súas alegacións e a o establecido nos seus estatutos, mentres que os órganos de control encargados de velar polo cumprimento dos requisitos relativos á finalidade mutualista esixidos pola normativa italiana non foron capaces de detectar esa anomalía. Pois ben, segundo o órgano xurisdiccional remitente, tales deficiencias do sistema de control puideron facilitar os abusos á hora de aplicar os criterios que permitían ás sociedades cooperativas acollerse a un réxime impositivo mais favorable.*” (Apartado 27).

2.- O pronunciamento do Tribunal de Xustiza.

O pronunciamento do TXUE foi o seguinte:

“*As exencións fiscais como aquelas de que se trata nos litixios principais, outorgadas á sociedades cooperativas de produción e de traballo en virtude dunha normativa nacional das características da do artigo 11 do Decreto do Presidente da República nº 601, do 29 de setembro de 1973, polo que se regulan as vantaxes fiscais, na súa versión vixente de 1984 a 1993, só constitúen unha «axuda de Estado» ao abeiro do artigo 87 CE, apartado 1 (hoxe 107.1 TFUE), cando se cumpren todos os requisitos de aplicación de dita disposición. Polo que atane a unha situación como a que deu lugar aos litixios de que coñece o órgano xurisdiccional remitente, corresponderá a este apreciar mais concretamente o carácter selectivo das*

exencións fiscais de que se trata, así como a súa eventual xustificación pola natureza ou a economía xeral do sistema fiscal nacional no que se inscriben determinando, en particular, se as sociedades cooperativas de que se trata nos litixios principais se encontran, de feito, nunha situación comparable á de outros operadores constituídos como entidades xurídicas con ánimo de lucro e, se iso é efectivamente o que ocorre, se o trato fiscal mais favorable reservado a ditas sociedades cooperativas é, por unha parte, inherente aos principios esenciais do sistema de imposición aplicable no Estado membro de que se trata e, por outra parte, conforme aos principios de coherencia e de proporcionalidade.”

3.- Comentario:

A presente sentenza, como todas as que dita o Tribunal de Xustiza da Unión Europea actuando como intérprete do Dereito comunitaria; é dicir, as que traen causa da interposición de recursos prexudiciais, non resolven directamente o fondo do asunto.

En efecto, o Alto Tribunal comunitario é moi escrupuloso á hora de pronunciarse en sede prexudicial respecto das cuestións de feito que se lle formulan, pois non é a súa misión reemprazar ao órgano xurisdiccional remitente, senón darlle as indicacións para que chegue as súas propias conclusións nos casos de que coñece.

No presente caso, o Tribunal fai un repaso á posición comunitaria respecto das axudas estatais en forma de incentivos fiscais, tomando como punto de referencia a Comunicación da Comisión Comunicación relativa á aplicación das normas sobre axudas estatais ás medidas relacionadas coa fiscalidade directa das empresas (DO C 384 C 384 do 10/12/1998, p. 3), segundo a cal, as exencións fiscais poden constituír axuda estatal, remitindo ao órgano xurisdiccional solicitante a análise de se as medidas controvertidas son selectivas, así como a súa eventual xustificación pola natureza ou a economía xeral do sistema fiscal nacional no que se inscriben.

O Alto Tribunal non fai fincapé, non obstante, na noción ampla de “empresa” na que se sustenta a aplicación das normas da competencia comunitarias e, polo tanto, as de axudas estatais.

Non estra, sen embargo, alomenos de xeito directo, na posible existencia de “abuso de dereito” da forma societaria, neste caso a cooperativa, deixando esta apreciación ao órgano xulgador nacional. Habrá que seguir cáles son as súas conclusións.



Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 137-144

“COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL EN RESOLUCIÓN DOS CONFLICTOS ENTRE OS SOCIOS E AS COOPERATIVAS DE ENSINO”

Isabel SÁNCHEZ CABANELAS

O obxecto deste comentario é a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Castela-A Mancha número 15352010 (Sala do Social, Sección 2), de 9 de novembro, no recurso de suplicación número 95410, interposto por Dona Joaquina, contra a sentenza ditada polo Xulgado do Social número 1 de Guadalaxara, de data 10 de marzo de 2010, nos autos número 6210, sobre DESPEDIMENTO, sendo recorrido MILENIA SOCIEDAD COOPERATIVA DE ENSEÑANZA, FOGASA.

1.- Antecedentes

A sentenza obxecto de estudo trae a súa causa en os seguintes antecedentes:

A recorrente, Dona Joaquina, solicitou ao Consello Reitor da cooperativa de ensino, MILENIA SOCIEDAD COOPERATIVA DE ENSEÑANZA a súa admisión como socia.

O Consello Reitor da cooperativa decidiu o 26 de xullo de 2009 admitila como socia con efectos desde o 1 de setembro de 2009.

Desde o 1 de setembro ata o día 20 Dona Joaquina traballou na administración da cooperativa.

Desde xullo de 2009, Dona Joaquina, do mesmo xeito que o resto dos socios, non cobrou máis que parte das nóminas de novembro e decembro ao atoparse a cooperativa con graves problemas económicos.

Por auto de 16 de novembro de 2009 o Xulgado de Primeira Instancia 4 de Guadalaxara declara en concurso voluntario á cooperativa.

O 11 de xaneiro de 2010 Dona Joaquina solicita á cooperativa a súa baixa voluntaria, con efectos desde o día 10 de abril de 2010.

O 28 de xaneiro de 2010 Dona Joaquina demanda a MILENIA SOCIEDAD COOPERATIVA DE ENSEÑANZA ante o Xulgado do Social nº 1 de Guadalajara solicitando no seu escrito que se declare a extinción do contrato de traballo e se condene á cooperativa ao pago da suma de 4.000 euros en concepto de anticipos societarios de periodicidade mensual desde setembro a decembro de 2009, así como aos que se reportaren ata causar firmeza a resolución, co 10% de demora.

Fundamenta a demandante a súa solicitude en dous motivos:

1.- A vulneración por parte da cooperativa do seu dereito á información (artigo 16.3 da Lei 27/1999 de cooperativas e artigo 9 dos estatutos sociais). Sostén Dona Joaquina que a cooperativa non lle subministrou a información precisa sobre determinados acordos sociais referidos á grave situación económica pola que atravesaba.

2.- A vulneración por parte da cooperativa do seu dereito á formación profesional adecuada para a realización do seu traballo (artigo 16.2.h) da Lei 27/1999 de cooperativas, o que obrigaría á demandante a desempeñar labores propios de administración, en lugar de desempeñar o posto que ela pretendía de profesora de Bacharelato.

O Xulgado do Social nº 1 de Guadalajara, con data 10 de marzo de 2010 falla desestimando a demanda de Dona Joaquina en reclamación de resolución xudicial do contrato por incumprimento empresarial e ten por desistida á demandante da acumulación da acción de resolución indemnizatoria do contrato e de que se lle aboase a cantidade de 4.000 euros en concepto de anticipos societarios de periodicidade mensual desde setembro a decembro de 2009.

En tempo e forma, Dona Joaquina formula Recurso de Suplicación contra á anterior Sentenza ante a Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Castela-A Mancha. A Sala dita sentenza o 9 de novembro de 2010 desestimando o recurso de suplicación interposto por Dona Joaquina contra a sentenza ditada polo Xulgado do Social número 1 de Guadalajara de data 10 de marzo de 2010 en virtude da demanda formulada contra MILENIA SOCIEDAD COOPERATIVA DE ENSEÑANZA en reclamación por DESPEDIMENTO, e en consecuencia confirma a sentenza de instancia.

2.- Marco legal

A Lei 27/1999, de 16 de xullo, de cooperativas.

3.- Conclusións

A primeira cuestión que se suscita neste litixio é estritamente procesual, allea pois ao ámbito cooperativo, e atende á natureza e obxecto do recurso de suplicación.

Afirma a Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Castela-A Mancha que o recurso de suplicación é un recurso de natureza extraordinaria, case casacional, de obxecto limitado, que non permite a nova valoración de toda a proba practicada na instancia, nin permite confundilo cunha nova instancia, a modo de recurso de apelación.

Esta afirmación do Tribunal Superior de Xustiza de Castela-A Mancha segue a doutrina establecida polo Tribunal Supremo, na sentenza de 16 de novembro de 1998, segundo a cal: *“os documentos sobre os que o recorrente se apoie para xustificar a pretendida revisión de feitos declarados probados deben ter unha eficacia radicalmente excluín-te, contundente e incuestionable, de tal forma que o erro denunciado emane en por si dos elementos probatorios invocados, de forma clara, directa e patente, e en todo caso sen necesidade de argumentos, deducións, conxecturas ou interpretacións valorativas”*. Doutrina reiterada na sentenza de 11 de decembro de 2003, na que se di que *“soamente gozan de virtualidade revisoria aqueles documentos que por si mesmos fagan proba do seu contido e non resulten contraditos por outros documentos probatorios”*.

En consecuencia o Tribunal desestima todos os motivos do recurso de suplicación destinados á revisión fáctica da sentenza de 10 de marzo de 2010 e pronúnciase exclusivamente sobre o sexto motivo do recurso de suplicación no que a demandante pretende a resolución do contrato de traballo coa cooperativa por terse vulnerado os seus dereitos de información e de formación profesional adecuada para realizar o seu traballo.

Interesa destacar que no litixio á marxe de cuestións procesuais subxacen as seguintes cuestións de ámbito cooperativo:

1.- Competencia da xurisdición laboral exclusivamente nas cuestións contenciosas que se susciten entre a cooperativa e os seus socios traballadores, pola súa condición de tales (artigo 87 da Lei 27/1999 en relación co artigo 2.ñ) da LPL).

A demandante pretende a resolución xudicial na Orde Social do contrato laboral coa cooperativa baseándose exclusivamente nos dous motivos xa expostos de:

- 1.- Vulneración do dereito de información do socio.
- 2.- Vulneración do dereito de formación profesional para o posto de traballo a desempeñar.

Acertadamente o Tribunal nega a competencia da Orde Social para entrar a axuizar se foi vulnerado ou non o dereito de información do socio posto que tal dereito non ten natureza laboral senón que é un dereito de carácter xeneral para todos os socios dunha cooperativa tal como sinala o artigo 16.3) da Lei 27/1999, de cooperativas e que en caso de vulneración deberá ser impugnado non en vía laboral senón pola vía civil tal como sinala o artigo 87.2) da mesma Lei.

O artigo 87.2) da Lei 27/1999 establece que os conflitos non baseados na prestación do traballo, ou os seus efectos, nin comprometidos os seus dereitos en canto aportante de traballo e que poidan xurdir entre calquera clase de socio e as cooperativas de traballo asociado, estarán sometidos á Xurisdición da Orde Civil.

2.- Dereito dos socios a desempeñar un determinado posto de traballo nas cooperativas de traballo asociado.

A demandante sostén que ela solicitou a súa incorporación como socia da cooperativa para desempeñar labores de profesora de Bacharelato pero a cooperativa asignoulle labores de administración e non lle proporcionou a formación necesaria para poder desempeñar o posto que ela desexaba.

O Tribunal nega igualmente a resolución xudicial do contrato por incumprimento por parte da cooperativa do dereito da socia recollido no artigo 16.2.h) da Lei 27/1999 a recibir a formación profesional adecuada para a realización do seu traballo.

O Tribunal, a pesar das pretensións da recorrente respecto ao dereito a desempeñar un determinado posto de traballo na cooperativa, afirma que:

- 1.- A cooperativa non vulnerou o dereito de formación da socia en tanto que a socia non achegou documentación algunha que permita afirmar que a súa solicitude de admisión como socia na cooperativa estaba vinculada ao desempeñou dun único posto de traballo, o de profesora de Bacharelato e

non ao desempeño de calquera outro posto necesario para o cumprimento do obxecto social da cooperativa.

2.- A cooperativa non vulnerou o dereito de formación da socia, porque a cooperativa nunca se comprometeu formalmente a dar ocupación á recorrente como profesora de Bacharelato.

Entende o Tribunal que é posible que a actora, ao ingresar na cooperativa e efectuar a achega económica que se solicitou, albergase expectativas de acceder ao desempeño dun posto de profesora de Bacharelato, para o que ostenta a titulación suficiente, expectativas que non chegaron a cumprirse, cando a sociedade non obtivo o concerto correspondente para iso coa Administración da Comunidade Autónoma; pero esta circunstancia, en ausencia de todo vínculo de obrigación condicionado neste sentido, non pode canalizarse pola vía da resolución dunha relación laboral cun contido e obxecto que nunca chegou a existir efectivamente.

En atención a todo o anteriormente exposto pódese concluír que o Xulgado do Social primeiro e o Tribunal Superior de Xustiza de Castela-A Mancha despois, afirman nos seus respectivos fallos que a vulneración do dereito de información dun socio nunha cooperativa non se pode impugnar na Orde Social e igualmente sosteñen que o feito de non desempeñar dentro da cooperativa o posto de traballo desexado non é causa de extinción xudicial do contrato do socio coa cooperativa de traballo asociado.

Á marxe da cuestión litixiosa concreta cabe considerar se un socio que solicita nunha cooperativa de traballo asociado a súa admisión como tal pode facelo para desempeñar exclusivamente un posto de traballo determinado dentro desa cooperativa.

En resposta a esta cuestión cabería dicir que a persoa que solicita e obtén dunha cooperativa a súa admisión como socio ten unha serie e dereitos e unha serie de deberes.

O artigo 15 da Lei 27/1999, de cooperativas establece entre os deberes dos socios, a obriga de participar nas actividades cooperativizadas que desenvolva a cooperativa para o cumprimento do seu fin social.

Así mesmo a Lei 27/1999 no seu artigo 11 establece que serán os estatutos sociais os que determinen o obxecto social de cada cooperativa.

Parece evidente que a Lei non contempla a posibilidade de que o socio dunha cooperativa poida esixir o desempeño dun determinado posto de traballo senón que o socio debe desenvolver calquera das actividades necesarias para o cumprimento do fin social da cooperativa, fixado este nos esta-

tutos sociais, con evidente respecto á lexislación laboral en caso de cooperativas de traballo asociado.

No litixio obxecto deste comentario, o artigo 2 dos estatutos sociais da cooperativa establece que poden ser socios traballadores todas as persoas naturais ou físicas que poidan prestar o seu traballo persoal nas actividades que constitúen o obxecto social e que se comprometan a desempeñalo con lealdade e eficacia. Es de destacar que en ningún momento se establece nin legal nin estatutariamente o dereito do socio ao desempeñou dun determinado posto de traballo senón ao contrario, afirmase que o socio estará obrigado a desempeñar co seu traballo persoal as actividades necesarias para o cumprimento do obxecto social.

En efecto, tanto a Lei estatal como os estatutos sociais obrigan ao socio dunha cooperativa a desempeñar as actividades necesarias para o cumprimento do obxecto social da cooperativa.

Así, como xa afirmamos anteriormente, a Lei 27/1999 no seu artigo 11 establece que serán os estatutos sociais os que determinen o obxecto social de cada cooperativa.

En cumprimento da Lei estatal, o artigo 2 dos estatutos sociais de MILENIA establece como obxecto social da cooperativa: *“o desenvolvemento do ensino regulado ou non regulado, nos diversos niveis, etapas, ciclos, graos e modalidades, endistintas ramas do saber ou da formación; os servizos, directamente relacionados coa actividade docente, cultural, deportiva e recreativa, como comedores, cafeterías, transportes e outras similares; a explotación, negocio e xestión e administración dos diversos centros e institucións que formen parte do patrimonio da cooperativa,, ou en todo caso daqueles en que desenvolva a actividade de ensino”*.

Como se pode facilmente concluír, na enumeración das actividades que constitúen o obxecto social da cooperativa atópase a actividade de administración dos diversos centros e institucións que formen parte do patrimonio social. Esta actividade de administración foi precisamente a actividade que desenvolveu Dona Joaquina dentro da cooperativa entre o día 1 e o 20 de setembro de 2009, por conseguinte a cooperativa non destinou á socia a un labor distinto do que é o seu obxecto social, senón que destinou á socia a un dos labores que constitúen o obxecto social da cooperativa.

Por último, Dona Joaquina tiña a titulación adecuada para o posto de traballo que se lle tiña asignado posto que era diplomada en Empresariais. Así pois, a cooperativa respectou a lexislación laboral pois Dona Joaquina ademais de estar desempeñando unha actividade incluída no obxecto social

da cooperativa tiña titulación adecuada para o posto de traballo que tiña asignado e respectou a lexislación cooperativa en canto lle asignou á socia un labor necesario para o cumprimento do obxecto social fixado nos seus estatutos.



Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 145-148

**“ALCANCE DA NULIDADE DUN CONTRATO DE
FINANCIAMENTO DUNHA COOPERATIVA E O PODER DE
REPRESENTACIÓN DOS SEUS ASINANTES.
Comentario da SAP de Cáceres núm. 439/2010 (Sección 1),
de 9 novembro de 2010”.**

M^a Jesús RODRÍGUEZ MIGUEZ

1.- Consideracións previas.

No actual contexto de crise económica, un dos problemas máis acuciantes cos que se encontran as empresas é a falla de liquidez, xa que as fontes tradicionais da mesma atópanse moi reducidas. Obviamente, non son alleas a estas dificultades as sociedades cooperativas que, pola súa propia natureza, con frecuencia son empresas cun reducido capital.

O caso examinado en Apelación pola Audiencia Provincial de Cáceres ten por obxecto un contrato destinado a facilitar liquidez a unha delas, a través dun contrato celebrado co unha empresa comercializadora dos produtos da cooperativa, pero que vai actuar, neste suposto, como financiadora, vinculando dito contrato a unha futura relación contractual de comercialización.

Xunto a esta característica, o obxecto do litixio céntrase na nulidade ou non da relación contractual cando os representantes da cooperativa poidan non dispor do poder necesario para comprometela, e polo tanto, o alcance xurídico das relacións contractuais asinadas no nome da cooperativa polos seus representantes

A nulidade dos contratos e o alcance do poder de representación constitúen, deste xeito, as dúas claves do caso que de xeito resumido imos comentar.

2.- Antecedentes.

A sentenza obxecto do noso comentario foi dictada en Apelación pola Audiencia Provincial de Cáceres, ante a que se recorre o previo pronunciamiento do Xulgado de 1ª Instancia núm. 1 de Plasencia, recaída no Xuízo Ordinario núm. 564/09, de data 29 de Abril de 2010, onde o Xuíz pronunciouse do seguinte eito:

"FALLO: Estimo parcialmente a demanda interposta por Sociedade Cooperativa "San Marcos" de Casas del Monte fronte a Grupo Alba Internacional, S.L.L. e na súa virtude se declara anulado o acordo de comercialización asinado o 12 de abril de 2007 entre ámbalas dúas. Desestimo a demanda en canto as restantes peticións, absolvendo delas á demandada. Non se establece condena en costas. Cada parte abonará as causadas a súa costa e as comúns se abonarán por metade. Así por esta a miña sentenza..."

A Cooperativa, como demandante /apelante, pretendía a nulidade non só do contrato de comercialización senón tamén do contrato de financiamento celebrado un mes antes que aquel (e posterior anulación de varios pagares) pero soamente no que a vinculación da Cooperativa se refire (non a nulidade do documento con respecto a os seus asinantes) fundamentando a súa pretensión no feito de que os asinantes do acordo actuaron ao marxe da Cooperativas, extralimitándose no desenrolo das súa funcións co pleno coñecemento dos representantes da outra sociedades, de tal xeito que eles se quedasen vinculados por actuar pola súa conta e risco.

Centran os seus esforzos nun intento de probar que os representantes da parte demandada actuaron con dolo, conscientes en todo momento de que o Presidente e o Xerente da Cooperativa actuaban pola súa conta, pero como xa se pronunciou o Xuíz de instancia no Fundamento 2º da súa sentenza o contrato de financiamento suscrito entre os representantes da Cooperativa e o Grupo Alba foi válido xa que a proba practicada non acredita o dolo da demandada que se alega, o cal debe ser probado posto que a boa fe se presume, e así o entendeu tamén a Sala:

"Pois ben, non existe incongruencia na sentenza de instancia, pos no mesmo fundamento xurídico se analiza con profusión que a actora en modo algún ha probado que os representantes da parte demandada actuaran con dolo, antes o contrario, contrataron con quen tiña a representación legal da Cooperativa, e non tiñan por qué coñecer as relacións internas que puideran existir entre a Cooperativa e os representantes, máxime cando en el contrato intervén Don Conrado, á sazón Xerente da Cooperativa, de modo que os representantes da demandada no tiñan dú-

bida que estaban contratando coa persoa habilitada para dicho fin. Obviamente, a demandada non lle pode afectar as posibles accións que correspondan a Cooperativa contra s seus representantes no caso haber actuado extralimitándose nas súas funcións ou de forma irregular, pero insistimos, elo en nada afecta, nin menos aínda pode provocar a nulidade do contrato de financiamento, no que concorren todos e cada un dos requisitos do artigo 1.261 C.C” .

Así a Sala, destaca, que:

"Se pretende anular o contrato de financiamento, no que a vinculación da Cooperativa se refire, e dicir, pretende que dito contrato non teña eficacia fronte a Cooperativa, cando xa dixemos que, con independencia das relacións internas que podan existir entre a actora e seus representantes, que en modo algún poden afectar a demandada, o contrato firmouse polos representantes da Cooperativa, quedando a mesma vinculada, de conformidade co disposto nos artigos 36.4 e 39 da Lei 2/1.998 do 26 de marzo de Cooperativas de Extremadura".

A vista do exposto, a AP pronunciouse desestimando na súa integridade o recurso interposto, confirmando a sentenza apelada e cargando as custas do procedemento a parte apelante.

3.- Comentario.

A Lei 2/1.998 do 26 de marzo de Cooperativas de Extremadura sinala no seu artigo 36.4: "*O Presidente do Consello Rector, que o será tamén da sociedade cooperativa, terá a representación legal da esma, sen prexuízo de incorrer en responsabilidade si a súa actuación no se axusta a os acordos da Asemblea Xeneral o do Consello Rector*"

Pola súa parte, o artigo 39 sinala nos seus apartados 1 e 4:

“1. Se os estatutos o prevén, a Asemblea Xeneral poderá acordar a existencia na sociedade cooperativa dun Xerente, coas facultades que lle houberan sido conferidas a escritura de poder. [...]

4. O Xerente deberá realizar as súas funcións coa dilixencia d un ordenado xestor e un leal representante e está obrigado ao sixilo profesional durante e despois do seu contrato coa sociedade nun período de dous anos. Responderá fronte a sociedade cooperativa de calquera prexuízo que cause aos intereses da mesma por haber procedido con dolo, negligencia, exceso nas súa facultades ou infracción das ordenes e instrucións que houbera recibido do Consello Rector. Tamén responderá o Xerente persoalmente,

fronte os socios e fronte terceiros, polos actos que lesionen directamente intereses de estes.[...]”.

En definitiva o que pretender deixar claro a sentencia e que polo seu nomeamento se lles presume a autorización para firmar documentos mercantís, sempre que expresan a súa condición, pos tal autorización e expresión son requisitos para que quede obrigada a persoa representada, neste caso a Cooperativa, e ten a súa base e fundamento en coñecer sempre a cualidade e condición dos que actúan, de tal forma que pretender que interviñon pola súa conta e risco, implicaría concederlles unha especie de facultade de elección entre ver afectados a esfera dos seus propios intereses patrimoniais ou os da entidade a la que representa, deixando a demandada a expensas de semellante decisión.

Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 149-154

“SOBRE A IMPUGNACIÓN DE ACORDOS DA ASEMBLEA XERAL RELATIVOS Á CUALIFICACIÓN DAS BAIXAS”

Sinesio NOVO FERNÁNDEZ

RESUMO.

A.C., socio da “Bodega Cooperativa La Asunción de Nuestra Señora”, exercitou unha acción de impugnación de acordos da Asemblea Xeral. En concreto, o acordo obxecto da litis estimaba como non xustificada a petición de baixa do demandante na sociedade cooperativa, confirmando, deste xeito, a cualificación efectuada nun primeiro intre polo Consello Reitor.

Sen entrar no fondo do asunto, o tribunal de instancia aprecia a excepción de caducidade da acción e, polo tanto, desestima a demanda. O xulgado do mercantil entende que o acordo impugnado é anulable, posto que os motivos polos que se declara a baixa do actor como non xustificada están recollidos nos estatutos da cooperativa e non na Lei de Cooperativas de Castela e León. Esta última, no seu artigo 39, dispón que serán nulos os acordos contrarios á lei e anulables os demais, así como establece un prazo de caducidade dun ano e corenta días, segundo que os acordos sexan nulos ou anulables, respectivamente. Como o acto da Asemblea aparece notificado o 17 de outubro do 2008 e o socio interpuxo a demanda o 9 de outubro do ano seguinte, entre senllos feitos transcorren máis de corenta días e, polo tanto, a acción de impugnación está caducada.

A sentenza desestimatoria ditada en 1ª instancia foi recorrida en apelación pola parte actora, sendo así que o tribunal *ad quem* non acepta a caducidade apreciada pola resolución apelada. Segundo a Audiencia Provincial, a nulidade ou anulabilidade do acordo polo que se declara unha baixa como non xustificada non pode facerse depender de que os motivos se atopen

recollidos na lei ou nos estatutos; pola contra, parece máis acertado atender a sustancia do acordo que se impugna. Tendo isto en conta, como é a lei a que permite estimar unha baixa como non xustificada, o tribunal entende que estamos perante un acordo potencialmente nulo e suxeito, xa que logo, ó prazo de caducidade dun ano, o cal non se supera no presente caso.

Unha vez rexeitada a existencia de defectos procesuais na litis, a Audiencia entra na análise do fondo do asunto, isto é, resolver sobor os motivos que impulsaron ó Consello Reitor da cooperativa, e posteriormente á súa Asemblea Xeral, a cualificar a baixa do recorrente como non xustificada. Ámbolos órganos fundamentan o seu acordo no feito de que o socio non participe nas actividades cooperativizadas da vendima do ano 2006, previstas nos estatutos; que negue a existencia do acordo alcanzado co Consello Reitor na Asemblea Xeral do 20 de maio do 2007, proferindo insultos e ameazas ós membros daquel; e que non satisfaga unha sanción por falta moi grave, infrinxindo deste xeito a obriga estatutaria de cumprir cos acordos validamente adoptados polos órganos sociais da Cooperativa. O tribunal da apelación considera que os feitos susoditos non poden ser interpretados como causas para cualificar unha baixa como non xustificada. Atopámonos, no seu lugar, cunha serie de incumprimentos das obrigas do socio que provocan a actuación do réxime disciplinario, coas súas correspondentes sancións.

Desestimada a virtualidade dos feitos expostos para cualificar a baixa como non xustificada, a audiencia céntrase, de seguido, na posible aplicación, a estes mesmos efectos, do incumprimento do artigo dos estatutos que prevé, tras os cinco anos obrigatorios de permanencia na Cooperativa, sucesivas prórrogas do mesmo tempo se o socio non comunica a súa baixa con antelación. O tribunal aprecia a dubidosa legalidade deste precepto, pois o artigo 20.2 da LCCeL permite que os estatutos restrinxan a baixa voluntaria durante un prazo máximo de cinco anos dende a admisión do cooperativista. En todo caso, visto que o actor xa permanecera un total de dez anos na Cooperativa, tampouco pode alicerzarse a non xustificación da baixa no incumprimento do prazo obrigatorio de permanencia e, en consecuencia, a Audiencia resolve que aquela ten a consideración de xustificada.

Finalmente, a sentenza ditada en apelación pronúnciase acerca da data na que debe entenderse producida a baixa, interpretando que a súa determinación –en aplicación do criterio xurisprudencial mantido polo mesmo tribunal en sentenza do 1 de febreiro do 2007- coincide co intre no que a Cooperativa recibe o pedimento, e non pasado o prazo de preaviso de seis meses prescrito na Lei.

ANOTACIÓN.

As principais cuestión das que se ocupa a sentenza da Audiencia Provincial de Burgos poden ser sintetizadas nunha de carácter procesual, como é o prazo para impugnar os acordos das Asembleas Xerais sobre a cualificación das baixas; e noutras dúas de natureza material, como son os motivos polos cales unha baixa pode ser cualificada como non xustificada e a determinación da data desta.

Antes de entrar na análise de cada un dos puntos enunciados é interesante detérmonos no concepto de baixa voluntaria como facultade que, fundamentada no principio de “portas abertas”, pertence ó socio para causar baixa na cooperativa en calquera momento e, xa que logo, dependente da súa soa vontade. A esta facultade contraponse a baixa obrigatoria ou forzosa, vencellada á perda sobrevida dos requisitos legais ou estatutarios para ser socio. Ora ben, ámbolos dous tipos de baixa admiten a cualificación de xustificada ou non xustificada (Pulgar Ezquerro, J., “La pérdida de la condición de socio en el marco cooperativo: su baja y expulsión”, *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Pamplona, 2010, p. 1044), provocando esta diferenciación importantes efectos económicos dende o momento en que, no noso caso conforme ó artigo 66.3 da LCCeL, as baixas non xustificadas motivan acrecentamentos nas deducións aplicables ó reembolso das achegas orixinais.

En relación coa primeira cuestión de estudo, a A.P. aplica o prazo dun ano para o exercicio da acción de impugnación dun acordo nulo porque acolle o principio de que é a lei –e non os estatutos- a que permite estimar unha baixa como non xustificada. A sentenza apártase, deste xeito, do criterio do xulgado de instancia, para quen o acordo é anulable xa que os motivos empregados no suposto axuizado para cualificar a baixa atópanse nos estatutos da cooperativa e, polo tanto, o prazo de impugnación é de corenta días. A A.P. critica a interpretación do xulgado do mercantil porque considera que suporía a existencia de prazos de caducidade distintos segundo os motivos de cualificación da baixa. Non podemos, con todo, compartir a devandita tese. Entendemos, por unha banda, que o precepto legal que clasifica as baixas en xustificadas e non xustificadas non se vería violado polo acordo que cualificase unha baixa contravindo un concreto motivo de cualificación. Ademais, o carácter nulo ou anulable dun acordo non depende da natureza do mesmo, senón de se conculca unha norma legal ou o contido das disposicións estatutarias. Dende o momento en que o propio lexislador, aínda logo de incluír as causas xustificadoras ou non das baixas como contido mínimo dos estatutos (artigo 13 da LCCeL), consagra na propia Lei

determinadas causas de cualificación, admite a posibilidade de aplicar ós distintos motivos de cualificación réximes diferentes de impugnación. En consecuencia, nada obsta á aplicación de prazos diferentes de caducidade para a impugnación de acordos sobre cualificación das baixas. Para rematar, o parecer exposto semella axustarse mellor a dúas novas realidades. En primeiro lugar, está en consonancia coa recente tendencia doutrinal de acometer unha análise restritiva das causas de nulidade (Calaza López, M.S., *Proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, Madrid, 2003, p. 41). Doutra banda, sería una interpretación máis coordinada coa norma estatal, que lembremos non deixa de ser procesual, segundo a cal existe o prazo dun mes para impugnar os acordos da Asemblea Xeral sobre cualificación das baixas.

A pesar de que a postura que consideramos mais atinada coincide coa sentenza de instancia e, con ela, coidamos caducada a acción de impugnación do acordo da Asemblea Xeral, deterémonos de igual xeito a analizar as cuestións de fondo examinadas pola A.P.. Neste aspecto coincidimos co órgano de apelación en que os motivos esgrimidos pola Asemblea non poden fundamentar o carácter inxustificado da baixa. Tales feitos, descritos na sentenza, constitúen unha serie de incumprimentos das obrigacións do socio susceptibles de orixinar a actuación do réxime disciplinario, atopando no mesmo a súa propia e oportuna sanción. Se procede a expulsión, os prexuízos económicos que se derivarían da cualificación da baixa como non xustificada veríanse suplidos, cando non incrementados, polos derivados da imposición da devandita sanción. Isto enténdese así porque, en virtude do artigo 66.3 da LCCeL “os estatutos de cada cooperativa fixarán o importe porcentual das deducións que como máximo sexan aplicables á contía do reembolso, segundo as causas motivadoras do mesmo, que non poderán exceder do 30% no caso de expulsión”.

Vista a imposibilidade de aplicar as causas contidas no acordo da Asemblea para cualificarmos a baixa como non xustificada, o órgano de apelación rexeita, a estes mesmos efectos, a posible infracción do prazo estatutario de permanencia. A consecuencia ulterior é a estimación da xustificación da baixa. A A.P. sitúase, xa que logo, na importante liña xurisprudencial representada pola sentenza do Tribunal Supremo do 16 de marzo do 1998, segundo a cal a cooperativa carecería da facultade de cualificar a baixa como xustificada ou inxustificada en supostos en que terminara a vixencia do compromiso de permanencia na cooperativa; e na corrente doutrinal que precisa que en caso de silencio legal e estatutario débese presumir que a baixa do socio é xustificada, en aplicación do principio cooperativo de “porta aberta” (Paz Canalejo, N., “Tipología de las bajas de los socios se-

gún la Ley 27/1999. Algunos problemas”, *Revista de Estudios Cooperativos*, nº 74, Madrid, 2001, p. 174).

Polo que respecta á data en que debe entenderse producida a baixa, a A.P. considera a facultade do socio para darse de baixa como unha declaración unilateral de vontade que produce os seus efectos dende que é coñecida polo seu destinatario. En atención a esta consideración, non é necesario o transcurso do prazo de preaviso de seis meses contido no artigo 20.1 da LCCeL para a efectividade da baixa. O susodito pronunciamento non difire, deste xeito, da corrente doutrinal nin xurisprudencial sobor a cuestión. A doutrina xustifica o carácter unilateral da declaración estimando que o socio dirixe ó Consello Reitor un preaviso, non para pedir autorización para proceder á baixa, senón a efectos da súa cualificación (Pulgar Ezquerro, J., “La pérdida de la condición de socio en el marco cooperativo: su baja y expulsión”, *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Pamplona, 2010, p. 1049). No tocante á xurisprudencia, o T.S. coida, en sentenzas do 16 de marzo do 1998 e do 13 de decembro do 1999, que o incumprimento do preaviso dará lugar á correspondente indemnización de danos e perdas, sen que afecte ó momento en que deba entenderse producida a baixa. Hai que ter en conta, no entanto, que os pronunciamentos do alto tribunal interpretan normativa estatal e que certas normas autonómicas, como a Lei de Cooperativas Andaluzas, consideran producida a baixa, a efectos de liquidación económica, ó termo do prazo de preaviso.



ACTUALIDADE LABORAL

Coordinador: Jaime Cabeza Pereiro

- Emma Rodríguez Rodríguez
Apuntes sobre a flexibilidade horaria como instrumento de conciliación da vida persoal, familiar e laboral no eido das cooperativas
- Marta Fernández Prieto
Relación dos convenios colectivos de sector de ámbito autonómico ou inferior publicados no diario oficial de Galicia ou nos boletíns oficiais provinciais entre o 21 de abril de 2011 e o 31 de outubro 2011.



Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 157-162

APUNTES SOBRE A FLEXIBILIDADE HORARIA COMO INSTRUMENTO DE CONCILIACIÓN DA VIDA PERSOAL, FAMILIAR E LABORAL NO EIDO DAS COOPERATIVAS

Emma RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doutora de Dereito do Traballo e da Seguridade Social.
Universidade de Vigo.*

Como é sabido, no eido das sociedades cooperativas son varias as persoas que poden levar a cabo a prestación de servizos. Pode tratarse de traballadores asalariados, vinculados á cooperativa cun contrato de traballo; ou ben de socios traballadores de carácter obrigatorio nas Cooperativas de Traballo Asociado e Explotación Comunitaria da Terra, e vinculados a esta mediante unha relación societaria; e finalmente, poderían ser socios de traballo –opcionais, salvo no tipo anterior de cooperativas–, co mesmo réxime xurídico e vinculación ca dos socios traballadores.

Agora ben, nos caso dos traballadores asalariados a relación coa cooperativa é de carácter laboral, o que implica que se rexerán polo Estatuto dos Traballadores (en adiante ET), así como dereitos similares os dos socios, por extensión da lexislación cooperativa. No caso dos socios traballadores, en tódolos tipos, a relación é de carácter societario, polo que a normativa de aplicación será a Lei de Cooperativas¹, as normativas autonómicas do ámbito territorial de aplicación, e os propios Estatutos e Regulamento de Réxime Interno da Cooperativa.

No que atinxe os dereitos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral, en primeiro termo hai que ter presente a estratexia europea “gender mainstreaming” que se refire á toma de conciencia das diferenzas entre as

¹ Lei 27/1999, de 16 de xullo. BOE de 17 de xullo de 1999.

condicións e necesidades dos homes e as mulleres en todas as actuacións e políticas comunitarias, é dicir, impón os Estados membros considerar de xeito activo o principio de igualdade entre homes e mulleres á hora de elaborar e aplicar calquera tipo de norma legal.

Esta concepción do principio de igualdade e non discriminación baixo a óptica da transversalidade plasmase na Exposición de Motivos da Lei Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, sobre a igualdade efectiva entre mulleres e homes (en adiante LOI) “como principio fundamental” o que “implica necesariamente unha proxección do principio de igualdade sobre os diversos ámbitos do ordenamento da realidade social, cultural e artística en que poida xerarse o perpetuarse a desigualdade”. Polo tanto, non pode existir ningún ámbito xurídico alleo ó principio de igualdade. Trátase dunha das manifestacións lexislativas máis intensas do dereito constitucional á igualdade e non discriminación por razón de sexo ou xénero (arts. 14 y 35.1 CE) que afecta de xeito especial ó ámbito das relacións laborais².

Xa que logo, esta normativa deberá resultar de aplicación no eido das cooperativas, no obstante no caso dos socios traballadores, será preciso que os dereitos concretos se recollan pola normativa ó respecto - Lei de Cooperativas, normativas autonómicas do ámbito territorial de aplicación, e os propios Estatutos e Regulamento de Réxime Interno da Cooperativa³.

Os dereitos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral recoñécense como un criterio xeneral de actuación da LOI (art. 14.8) e aparecen dispersos por toda a Lei. En todo caso, inciden especialmente no eido das condicións de traballo para facilitar a compatibilidade das obrigacións laborais coa vida familiar e persoal dos traballadores. Como novidades máis relevantes destacan: o recoñecemento ou ampliación de permisos retribuídos, a redución ou adaptación do tempo de traballo, o establecemento de novas causas suspensivas da relación laboral e novas obrigas e dereitos no eido específico da negociación colectiva⁴.

² PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “El derecho de las mujeres a la igualdad efectiva”, en AA. VV., *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, Comares, 2008, p. 65.

³ MORGADO PANADERO, P., “El derecho a la reducción, adaptación y distribución de la jornada de trabajo por cuidado de hijos en el entorno de las cooperativas”, AS, paraf. 37/2001 (Presentación) (BIB 2011/1162).

⁴ Análise destas cuestión, CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA ARCHENA, J.F., FERNÁNDEZ DOCAMPO, B. y FERNÁNDEZ PROL, F., *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MTL, 2008.

As principais institucións xurídicas que permiten conciliar as responsabilidades laborais e as persoais son basicamente tres: en primeiro lugar, as licencias e os permisos que posibilitan ós traballadores adicarse por completo ó coidado familiar durante intervalos temporais, máis ou menos longos, e ó finalizar, recuperar o seu emprego. En segundo lugar, os horarios laborais flexibles para adaptar o tempo adicado á vida privada e ó traballo. Por último, os servizos públicos adecuados de atención a dependentes, en xeral.

A flexibilidade dos horarios de traballo constitúe unha cuestión fundamental para compaxinar as obrigas laborais e as familiares. Sen embargo, a Directiva 96/34/CE⁵ non sinalaba nada ó respecto. Si o fai o novo Texto do Acordo Marco revisado sobre o permiso parental, como é sabido, recollido na Directiva 2010/18/UE⁶. Na súa Cláusula 6^a sinala que para fomentar o retorno ó traballo, “os Estados membros e/ou os interlocutores sociais tomarán as medidas necesarias para velar porque os traballadores, ó regresar de permiso parental, poidan pedir cambios nos seus horarios ou rexímenes de traballo durante un período determinado de tempo. Os empregadores tomarán en consideración tales peticións e as atenderán, tendo en conta tanto as súas propias necesidades como as dos traballadores”.

Na regulación interna, o ET reconece o dereito a reducir e reordenar a xornada laboral por coidado de familiares. En primeiro lugar, o art. 37.5 ET establece o dereito dos traballadores a reducir a súa xornada de traballo por coidado de familiares –coa conseguinte minoración do salario–, ben sexan menores de 8 anos, discapacitados ou parentes ata o segundo grado, que

⁵Directiva 96/34/CE, de 3 de xunio de 1996, relativa ó Acordo Marco sobre o permiso parental celebrado polos interlocutores sociais a nivel europeo (UNICE, CEEP y CES). DO L.145, de 19 de xunio de 1996.

⁶Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, “pola que se aproba o Acordo marco revisado sobre o permiso parental, celebrado por Business Europe, a UE-APME, el CEEP e a CES e se derógase a Directiva 96/34/CE”. DOUE L 68/13, de 18 de marzo de 2010. Si ben, segundo a Cláusula 8, Disposicións Finais, nº. 4, os Estados membros contan cun prazo de 2 anos para transpor o contido desta Directiva. Así se plasma no art. 3 do texto da Directiva, si ben reconece a posibilidade de que se conceda excepcionalmente un ano máis “si fora necesario para ter en conta dificultades particulares ou a aplicación mediante convenio colectivo, os Estados membros poderán dispoñer dun período adicional dun ano como máximo para dar cumprimento á presente Directiva. Informarán desto á Comisión a máis tardar o 8 de marzo de 2012, declarando os motivos da necesidade de dun período adicional”.

non poidan valerse por si mesmos. O exercicio do dereito poderá abarcar ó menos un octavo e como máximo a metade da xornada. Por outro lado, o artigo 34.8 ET, introducido tamén pola LOI, determina o dereito dos traballadores a adaptar a duración e a distribución da súa xornada de traballo para compatibilizar vida persoal, familiar e laboral, no senso que se establece na negociación colectiva ou segundo o acordo que se chegue co empresario.

No que atinxe á concreción da diminución do tempo de traballo, o art. 37.6 ET refírese á “xornada ordinaria” do traballador. A xurisprudencia do Tribunal Supremo ven mantendo cá redución de xornada dun traballador non pode supoñer unha alteración da xornada conxunta do horario ou do sistema a quendas⁷. Se ben, compre ter en conta có Tribunal Constitucional, sen entrar directamente nesta cuestión, considerou có dereito á conciliación ten unha vertente de xénero, ó afectar máis a mulleres que a homes, o que lle fai susceptible de discriminacións por razón sexo. Deste xeito, razoa que pode existir unha discriminación indirecta por razón de sexo, por parte do xuíz que denega o dereito á redución de xornada⁸.

Unha parte da doutrina ven sinalando que cabe facer una interpretación conxunta de todos estes pronunciamentos xudiciais, baixo a perspectiva do art. 34.8 ET, para adaptar a xornada e facer efectivo o dereito de conciliación de la vida persoal, familiar y laboral⁹. Pola contra, outras interpretacións consideran que este precepto remite á pacto da negociación colectiva, e no canto de que esta non establece nada ó respecto, e de non existir tal acordo colectivo ou individual, o dereito de adaptación da xornada quedará valeiro de contido¹⁰.

No eido das Cooperativas, a Lei estatal de Cooperativas non se refire en ningún aspecto a flexibilidade da xornada, tampouco en particular sobre a

⁷ Por todas, STS de 13 de junio de 2008 (Ar. 2008/4227). En todo caso, hay que tener en cuenta los recientes pronunciamientos del TC, Sentencia 24/2011, y Sentencia 27/2011, de 14 de marzo de 2011.

⁸ STC 3/2007, de 15 de enero de 2007.

⁹ BALLESTER PASTOR, M^o. A. Y SALA FRANCO, T., *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 16 y ss.

¹⁰ CABEZA PEREIRO, J., “¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?”, AS n^o. 6/2010, parte Estudio. BIB 2010\1242. No mesmo senso, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, 2010.

conciliación da vida persoal, familiar e laboral. Únicamente nos arts. 83 y 84, recolle os permisos de maternidade e os habituais do art. 37. 2 ET. En todo caso, recolle unha cláusula de peche no art. 83 que remite a posibilidade de ampliación de supostos e tempo de duración dos permisos, segundo se recolla nos Estatutos, no Regulamento de réxime interno ou, no seu defecto, na Asemblea Xeral.

Na mesma liña, as normas autonómicas, non se refiren os dereitos de flexibilidade horaria en aras de facilitar a conciliación das obrigas persoais coas profesionais. Limítanse a reproducir o tenor, case que literal, la Lei Estatal¹¹. Tan só, poden destacarse exemplos nos que se remite á “lexislación vixente para os traballadores asalariados” no que atinxe as “regras sobre redución de xornada por razóns familiares, suspensións por risco durante o embarazo, maternidade, adopción e acollemento”, o tempo que adicionalmente prevé que no caso de “ausencia de regulación cooperativa, aplicárase (...) o establecido na normativa laboral común”¹². Ou normas nas que se reconece que aplicaranse “os dereitos e garantías legalmente establecidos no dereito laboral común, sen prexuízo dos dereitos recoñecidos na lexislación laboral por afectar ó principio de igualdade son de aplicación directa”¹³.

Pódese interpretar, polo tanto, que serían aplicables as normas sobre conciliación da vida persoal, familiar e laboral do ET, nembargante, resulta unha interpretación extensiva, se cadra, demasiado ampla e que, no seu caso debería recollerse na Lei estatal. Se non, podería ocorrer que lle foran aplicables os traballadores dunha cooperativa dun determinado territorio e a outros non, e como se sinalou, trátase de dereitos cunha vertente de dereito fundamental, como fóra o feito de estar recollidos nunha Lei orgánica.

De tal xeito que cabe concluír que, se ben, os traballadores das cooperativas que se rexen polo ET, terán os mesmos dereitos de conciliación que os traballadores asalariados de calquera outra empresa, no caso dos socios, en calquera das súas modalidades, ven sensiblemente reducidos os seus derei-

¹¹ Como exemplos: Lei de cooperativas da Comunidade Valenciana (BOE 11 de abril de 2003); Lei de Cooperativas de Cataluña (BOE 27 de xullo de 2002); Ley de Cooperativas de Madrid (BO. Comunidade de Madrid de 14 de abril de 1999).

¹² Art. 142.2 , Lei de Cooperativas do Principado de Asturias (BO. Principado de Asturias de 12 de xullo de 2010).

¹³ Art. 124, Lei de Cooperativas de Castilla-La Mancha (BOE 16 de febreiro de 2011).

tos no referente as posibilidades de conciliar as súas obrigas laborais e persoais, pois dependerán dos propios acordos internos reflectidos na normativa propia da cooperativa.

Esto supón unha falta de adaptación a normativa interna, no que se refire a LOI, se ben a xurisprudencia parece de acordo con este criterio interpretativo¹⁴. En calquera caso, estas estipulacións non responden o mandato comunitario da Directiva 2010/18/UE, que como se referiu anteriormente, obriga os Estados membros a adoptar disposicións nas súas lexislacións internas que faciliten a reincorporación o traballo despois do goce dun permiso parental, e fai especial alusión, a flexibilidade horaria.

¹⁴ STSJ de Cataluña, de 14 de outubro de 2008 (AS/2008/3075), sobre reincorporación o seu posto de traballo despois dunha excedencia.

Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 163-170

**RELACIÓN DOS CONVENIOS COLECTIVOS DE SECTOR
DE ÁMBITO AUTONÓMICO O INFERIOR PUBLICADOS
NO DIARIO OFICIAL DE GALICIA OU NOS BOLETÍNS
OFICIAIS PROVINCIAIS ENTRE O 21 DE ABRIL DE 2011 E
O 31 DE OUTUBRO DE 2011**

Marta FERNÁNDEZ PRIETO

*Prof^a Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo*

Actividade arqueolóxica.- Resolución do 15 de xuño de 2011, da Dirección Xeral de Relacións Laborais, pola que se dispón a inscrición no rexistro e a publicación no Diario Oficial de Galicia do acordo da comisión negociadora do convenio colectivo de ámbito autonómico de Galicia para a actividade arqueolóxica, relativo á revisión salarial para o ano 2010 (DOG núm. 123, de 28 de xuño). CORRECCIÓN de erros (DOG núm. 143, de 27 de xullo).

Actores e actrices de teatro.- Resolución do 31 de marzo de 2011, da Dirección Xeral de Relacións Laborais, pola que se lle dá publicidade ao laudo arbitral para a solución do conflito sobre a interposición do parágrafo primeiro do primeiro artigo 14 do I Convenio colectivo de actores e actrices de teatro de Galicia (publicado no Diario Oficial de Galicia número 87, do 5 de maio).

Almacenistas de madeira.- Resolución de 11 de marzo de 2011, da Xefe Territorial de Traballo e Benestar de Pontevedra, pola que se rexistra e publica o convenio colectivo do convenio colectivo do sector de carpintería de ribeira da provincia de Pontevedra para o ano 2010 (BOP Pontevedra núm. 87, de 6 de maio)

-Resolución de 15 de xullo de 2011, da Xefa Territorial de Traballo e Benestar de Pontevedra, pola que se rexistra e publica o convenio colectivo

do sector de almacenistas de madeira da provincia de Pontevedra (BOP Pontevedra núm. 186, de 27 de setembro).

Aparcadoiros, garaxes e estacionamentos regulados de superficie.- Resolución do 15 de marzo de 2011, da Dirección Xeral de Relacións Laborais, pola que se dispón a inscrición no rexistro, o depósito e a publicación, no Diario Oficial de Galicia, do V convenio colectivo de ámbito autonómico para o sector de aparcadoiros, garaxes e estacionamentos regulados de superficie (DOG núm. 84, de 2 de maio)

Axencias marítimas e aduaneiras, empresas estibadoras portuarias e comisionistas de tránsito.- Resolución de 8 de xuño de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se se ordea o rexistro e publicación do convenio colectivo do sector de axencias marítimas e aduaneiras, empresas estibadoras portuarias e comisionistas de tránsito (BOP A Coruña núm. 119, de 23 de xuño)

Bingos.- Resolución do 10 de xuño de 2011, da Dirección Xeral de Relacións Laborais, pola que se dispón a inscrición no rexistro e a publicación, no Diario Oficial de Galicia, do acordo da comisión paritaria do convenio de bingos de Galicia, relativo á revisión salarial para os anos 2008 e 2009 (DOG núm. 119, de 22 de xuño)

Comercio de alimentación.- Resolución da Xefatura Territorial de Traballo e Benestar de Ourense, pola que se rexistra e publica o acordo de inscrición e depósito do convenio colectivo do sector comercio de alimentación da provincia de Ourense para os anos 2011 e 2012 (BOP Ourense núm. 119, de 31 de maio).

Comercio do metal.- Resolución de 10 de maio de 2011, da Xefa do Servizo de Relacións Laborais de Lugo, pola que se rexistra e publica o convenio colectivo para o sector comercio do metal, da provincia de Lugo (BOP Lugo núm. 110, de 16 de maio).

-Resolución de 6 de xuño de 2011, da Xefa Territorial de Traballo e Benestar de Pontevedra, pola que se rexistra e publica o acordo da comisión negociadora do convenio colectivo do sector do Comercio do Metal da provincia de Pontevedra, pola que se revisan as táboas salariais para o ano 2010 (BOP Pontevedra núm. 131, de 8 de xullo)

-Resolución de 22 de xuño de 2011, da Xefatura Territorial de Traballo e Benestar de Ourense, pola que se rexistra e publica o acordo de inscrición e depósito do convenio colectivo do comercio de elementos do metal para o ano 2011 de Ourense (BOP Ourense núm. 185, de 18 de agosto).

Comercio de mobles.- Resolución do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de Lugo, pola que se rexistra e publica o texto do convenio colectivo de comercio de mobles e obxectos decorativo da provincia de Lugo (BOP Lugo núm. 140, de 21 de xuño).

-Resolución de 4 de xullo de 2011, da Xefa Territorial de Traballo e Benestar de Pontevedra, pola que se rexistra e publica o o texto do convenio colectivo do sector do comercio de mobles para a provincia de Pontevedra (BOP Pontevedra núm. 149, de 4 de agosto).

Construcción.- Resolución de 20 de xuño de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se acorda a inscrición do convenio colectivo do sector da construción e obras públicas da provincia da Coruña (BOP A Coruña núm. 126, de 4 de xullo).

-Resolución da Xefa Territorial de Traballo e Benestar de Pontevedra, pola que se rexistra e publica o texto do convenio colectivo do sector da construción para a provincia de Pontevedra, así como as táboas salariais para os anos 2010 e 2011 e o calendario laboral do 2011 (BOP Pontevedra núm. 165, de 29 de agosto).

Derivados do cemento.- Resolución de 4 de maio de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se aproban as táboas salariais para o ano 2010 do convenio colectivo de derivados do cemento da provincia da Coruña (BOP A Coruña núm. 96, de 23 de maio).

-Resolución de 16 de maio de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se aproba o calendario laboral provisional para o ano 2011 do Convenio colectivo de derivados do cemento (BOP A Coruña núm. 105, de 3 de xuño)

-Resolución de 30 de agosto de 2011, da Xefa Territorial de Traballo e Benestar de Pontevedra, pola que se rexistra e publica o acordo da comisión negociadora do convenio colectivo do sector de derivados do cemento da provincia de Pontevedra pola que se fixan as táboas salariais para o ano 2010 (BOP Pontevedra núm. 188, de 29 de setembro).

Empresas concesionarias de servizos municipais de aparcamento e/ou retirada de vehículos da vía pública.- Resolución de 4 de xullo de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se acorda a inscrición e publicación das táboas salariais definitivas 2010 e provisionais 2011 do convenio colectivo de empresas concesionarias de servizos municipais de aparcamento e/ou retirada de vehículos da vía pública (BOP A Coruña núm. 149, de 5 de agosto).

Empresas de comercio de mobles.- Resolución de 11 de outubro de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se acorda a inscrición e publicación do convenio colectivo provincial para as empresas do comercio de mobles da Coruña (BOP A Coruña núm. 204, de 26 de outubro).

Fabricantes de mobles, carpintería, tapicería e ebanistería.- Resolución de 1 de xullo de 2011, da Xefatura Territorial de Traballo e Benestar de Ourense, pola que se rexistra e publica a acta do acordo e firma da tabla salarial do ano 2011 do convenio colectivo de fabricantes de muebles, carpintería, tapicería y ebanistería de Ourense 2010-2011 (BOP Ourense núm. 168, de 28 de xullo).

Industrias de carpintaría e ebanistería.- Resolución de 7 de abril de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se rexistra e publica o acordo da comisión paritaria do Convenio Colectivo Provincial de Industrias de Carpintaria e ebanistería de A Coruña polo que se aproba o calendario laboral 2011 para o Convenio colectivo provincial de Industrias de carpintaría e ebanistería da Coruña (BOP A Coruña núm. 93, de 18 de maio).

-Resolución do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de Lugo, pola que se rexistra e publica o acordo de revisión salarial do convenio colectivo do sector da industria de ebanistería e afíns da provincia de Lugo (BOP Lugo núm. 112, de 19 de maio).

Industrias de rematantes e serradoiros de madeira.- Resolución de 14 de abril de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se aproba a revisión salarial para o ano 2010 e a aprobación da táboa salarial definitiva para o dito ano, do convenio colectivo provincial de industrias de rematantes e serradoiros de madeira da provincia da Coruña (BOP A Coruña núm. 99, de 26 de maio).

Industrias siderometalúrxicas.- Resolución de 10 de maio de 2011, da Xefa do Servizo de Relacións Laborais de Lugo, pola que se rexistra e publica o convenio colectivo para o sector industrias siderometalúrxicas, da provincia de Lugo (BOP Lugo núm. 110, de 16 de maio).

Resolución de 19 de maio de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se acorda a inscrición e publicación da revisión salarial do ano 2010 e as táboas salariais 2011 do Convenio provincial de Industrias siderometalúrxicas (BOP A Coruña núm. 105, de 3 de xuño).

-Resolución de 22 de setembro de 2011, da Xefatura Territorial de Traballo e Benestar de Ourense, pola que se rexistra e publica o acordo de inscrición e depósito do convenio colectivo do sector do siderometal e talleres de reparación de vehículos de Ourense para os anos 2011 e 2012 (BOP Ourense núm. 235, de 17 de outubro).

Limpeza de edificios e locais.- Resolución de 20 de xuño de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se acorda a inscrición da revisión salarial para o ano 2010 do convenio colectivo de limpeza de edificios e locais da provincia da Coruña (BOP A Coruña núm. 126, de 4 de xullo).

Materiais de construción e saneamento.- Resolución de 19 de abril de 2011, da Xefa Territorial de Traballo e Benestar de Pontevedra, pola que se rexistra e publica o acordo da comisión negociadora do convenio colectivo do sector de comercio de materiais de construción e saneamento da provincia de Pontevedra, polo que se fixan as táboas salariais para o ano 2011, e se revisan as do ano 2010 (BOP Pontevedra núm. 89, de 10 de maio)

-Resolución da Xefatura Territorial de Traballo e Benestar de Ourense, pola que se rexistra e publica o acordo de inscrición e depósito do convenio colectivo do sector de comercio de materiais para a construción e o saneamento de Ourense para os anos 2011 e 2012 (BOP Ourense núm. 144, de 29 de xuño).

Oficinas y despachos.- Resolución de 24 de agosto de 2011, da Xefa Territorial de Traballo e Benestar de Pontevedra, pola que se rexistra e publica o acordo da comisión negociadora do convenio colectivo do sector de oficinas e despachos da provincia de Pontevedra pola que se fixan as táboas salariais para o ano 2011 (BOP Pontevedra núm. 187, de 28 de setembro).

Panaderías.- Resolución de 19 de maio de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se pola que se ordea a inscrición e publicación das táboas salariais do ano 2010 do Convenio provincial de panaderías (BOP A Coruña núm. 105, de 3 de xuño)

-Resolución de 8 de xuño de 2011, da Xefatura Territorial de Traballo e Benestar de Ourense, pola que se rexistra e publica o acordo de inscrición e depósito do convenio colectivo do sector de panaderías da provincia de Ourense para os anos 2011 e 2012 (BOP Ourense núm. 141, de 25 de xuño).

-Resolución de 4 de agosto de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de Lugo, pola que se rexistra e publica o texto do convenio

colectivo para o sector panaderías, da provincia de Lugo (BOP Lugo núm. 185, de 13 de agosto).

Pedra e mármore.- Resolución de 3 de xuño de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se acorda a a inscrición e publicación da revisión salarial para o ano 2010 do convenio colectivo provincial de elaboración e instalación de pedra e mármore da Coruña (BOP A Coruña núm. 114, de 16 de xuño).

-Resolución de 20 de xuño de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se acorda a inscrición do calendario laboral para o ano 2011 do convenio colectivo provincial de elaboración e instalación de pedra e mármore da Coruña (BOP A Coruña núm. 126, de 4 de xullo).

-Resolución de 15 de xullo de 2011, da Xefa Territorial de Traballo e Benestar de Pontevedra, pola que se rexistra e publica o acordo da comisión negociadora do convenio colectivo do sector de mármore e pedras da provincia de Pontevedra, polo que se establece o calendario laboral para o ano 2011 (BOP Pontevedra núm. 185, de 26 de setembro).

Perrucarías de donas, cabaleiros, unisex e beleza.- Resolución do 29 de xuño de 2011, da Dirección Xeral de Relacións Laborais, pola que se dispón a inscrición no rexistro e a publicación, no Diario Oficial de Galicia, do convenio colectivo de ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia para perrucarías de donas, cabaleiros, unisex e beleza (DOG núm. 140, de 21 de xullo)

Pintura.- Resolución de 21 de xullo de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se acorda a inscrición e publicación das táboas salariais para o ano 2011 do Convenio Colectivo provincial de Pintura da provincia de A Coruña (Código de convenio 15001185011981) (BOP A Coruña núm. 147, de 3 de agosto).

Rematantes e serradoiros de madeira.- Resolución de 30 de marzo de 2011, da Xefa Territorial de Traballo e Benestar de Pontevedra, pola que se rexistra e publica o convenio colectivo do sector de rematantes e serradoiros de madeira da provincia de Pontevedra, e as táboas salariais para o ano 2011 (BOP Pontevedra núm. 91, de 12 de maio)

Residencias privadas da terceira idade.- Resolución do 10 de xuño de 2011, da Dirección Xeral de Relacións Laborais, pola que se dispón o rexistro, o depósito e a publicación, no Diario Oficial de Galicia, do II Convenio colectivo do sector de residencias privadas da terceira idade da Co-

munidade Autónoma de Galicia, relativo á aprobación das táboas salariais para o ano 2011 (DOG núm. 129, de 6 de xullo)

Transporte de mercadorías por estrada.- Resolución de 21 de xullo de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se acorda a inscrición e publicación do convenio colectivo de eficacia limitada do sector de transporte de mercadorías por estrada da provincia da Coruña (BOP A Coruña núm. 147, de 3 de agosto).

Transporte de viaxeiros por estrada.- Resolución de 3 de maio de 2011, do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de A Coruña, pola que se acorda a de inscrición e publicación das táboas salariais do ano 2011 do convenio colectivo de transporte de viaxeiros por estrada da provincia da Coruña (BOP A Coruña núm. 112, de 14 de xuño).

-Resolución do Xefe Territorial de Traballo e Benestar de Lugo, pola que se rexistra e publica o texto do convenio colectivo de transporte de viaxeiros por estrada 2010–2011–2012 da provincia de Lugo (BOP Lugo núm. 135, de 15 de xuño).

-Resolución de 6 de xuño de 2011, da Xefa Territorial de Traballo e Benestar de Pontevedra, pola que se rexistra e publica o acordo da comisión negociadora do convenio colectivo do sector do transporte público de viaxeiros por estrada da provincia de Pontevedra, polo que se revisan as táboas salariais para o ano 2011 (BOP Pontevedra núm. 143, de 27 de xullo).



ACTUALIDADE FISCAL

Coordinadora: Ana María Pita Grandal

- Ana María Pita Grandal
O restablecemento do Imposto sobre o Patrimonio das Persoas Físicas polo Real Decreto-lei 13/2011
- Roberto I. Fernández López
Novidades lexislativas introducidas no Imposto sobre Sociedades para o ano 2011
- María Cruz Barreiro Carril
A recente modificación do réxime de amortización do fondo de comercio financeiro na Lei do Imposto sobre Sociedades
- Luis Miguel Muleiro Parada
As novidades no IRPF para o ano 2011
- Jaime Aneiros Pereira
Prontuario do IVE 2011
- Carmen Ruiz Hidalgo
Novidades no Imposto sobre Transmisións Patrimoniais e Actos Xurídicos Documentados
- Mónica Siota Álvarez
Novidades financeiras na Comunidade Autónoma galega para o 2011
- María Cruz Barreiro Carril
Comentario á sentenza do TXUE de 8 de setembro de 2011, asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08 -Réxime fiscal das cooperativas italianas e a súa compatibilidade co artigo 107 TFUE-



Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 173-184

O RESTABLECIMENTO DO IMPOSTO SOBRE O PATRIMONIO DAS PERSOAS FISICAS POLO REAL DECRETO-LEI 13/2011

Dra. Ana María PITA GRANDAL
*Catedrática de Dereito Financeiro e Tributario
Universidade de Vigo*

1. Introducción.

O Real Decreto-lei 13/2011, de 16 de setembro restableceu o Imposto sobre o Patrimonio con carácter temporal. Como establece na súa parte expositiva, esta decisión vén motivada pola necesidade de asegurar a estabilidade da nosa economía e favorecer a recuperación e o emprego. A través deste restablecemento preténdense reforzar os ingresos públicos cunha maior achega de “quen teñen unha maior capacidade económica”, facéndose así efectivo o principio de equidade.

Non é posible ignorar que é precisamente o candidato socialista ás eleccións do 20 de novembro de 2011 o que solicita ao goberno o restablecemento do imposto a fin de financiar as futuras medidas de incentivo do plan de emprego que pretende impulsar se chega a ser presidente do goberno. O goberno restablece o imposto a través de Real Decreto-lei e o Congreso, o 22 de setembro, convalida nunha sesión de fin de lexislatura.

É evidente que os avatares sufridos polo Imposto sobre o Patrimonio das Persoas Físicas nos últimos anos pon de manifesto a súa indubidable calidade de instrumento político. Neste senso, debemos recordar que a súa suspensión mediante a Lei 4/2008 fundamentouse na escasa eficacia deste instrumento en relación cos obxectivos para os que foi deseñado: función de carácter censal e de control sobre o Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas; maior eficacia na utilización dos patrimonios, e a obtención dunha maior xustiza redistributiva complementaria da achegada polo Imposto so-

bre a Renda das Persoas Físicas. ¿Significa, entón, que agora si será eficaz para os obxectivos que pretende? Penso que nos atopamos ante unha nova manobra, similar aínda que diferente no fondo, que a que motivou a súa suspensión.

En efecto, entendo que a suspensión foi o resultado dunha importante presión política exercida por parte dalgúns Comunidades autónomas, e o seu restablecemento vén impulsado pola pretensión de utilizar a noción de redistribución da riqueza para a captación de votos.

Pero, para entender todo o proceso é necesario analizar polo menos en liñas xerais o papel desempeñado polo IPPF dende a súa introdución pola Lei de Medidas Urxentes de Reforma Fiscal de 1977, e que entrou en vigor o 1 de xaneiro de 1978. Naquel momento a súa natureza era a de imposto extraordinario, o que marca tamén dalgún xeito o inicio da súa andaina.

Nese senso, o imposto introducido pola LMURF caracterízase esencialmente polo seu obxectivo de control. A España que espertaba á democracia iniciaba a súa andaina introducindo un sistema fiscal novo que debía implantarse con datos censais moi escasos, o que dificultaba notablemente o control e, polo tanto, a xustiza tributaria. Nese contexto a finalidade censal dos elementos patrimoniais que integran o patrimonio das persoas físicas facían do imposto un instrumento indispensable.

Como dixen, tratábase dun imposto de carácter extraordinario pero co transcurso do tempo e a súa permanencia no sistema tributario, esa natureza viuse desvirtuada debido á súa permanencia durante moitos anos no ordenamento. Así se veu a recoñecer pola Lei 19/1991, de 6 de xuño, que o privou da súa natureza de imposto extraordinario.

Por outra banda, na España de 1978 a Constitución estableceu as bases do Estado das Autonomías, ás que o Imposto sobre o Patrimonio remataría vinculado, iniciando así outra etapa da súa andaina, integrándose no sistema de financiamento daquelas.

Para comprender mellor a situación na que nos coloca o recente restablecemento, vou referirme brevemente ás circunstancias da ordenación constitucional do Estado español relacionadas co tema.

2. O Estado e as Comunidades Autónomas na Constitución.

O art. 1 da CE sinala que España é un Estado social e democrático de dereito. A Constitución, art. 2, fundaméntase na indisolubilidad da nación

española, patria común e indivisible de todos os españois, e recoñece e garante o dereito á autonomía das nacionalidades e rexións a solidariedade entre todas elas. A propia Constitución completa o deseño da organización territorial do Estado ao contemplar no seu art. 137 os Municipios, Provincias e as Comunidades Autónomas. Entidades todas que gozan de autonomía para a xestión dos seus intereses, e cuxo poder ten distinto alcance segundo o ente territorial de que se trate. Neste senso, debe mencionarse que o Estado e as CCAA teñen poder lexislativo.

A autonomía financeira das CCAA recoñécese de forma xeral no art. 156.1, segundo o cal gozan de autonomía financeira para o desenvolvemento e execución das súas competencias con arranxo aos principios de coordinación coa facenda estatal e de solidariedade entre todos os españois. Desafortunadamente, a existencia dunha vontade histórica de autogoberno, manifestada polas comunidades integradas dentro do Estado, atopa a súa realización a través da organización territorial do Estado. Neste senso, a autonomía das Comunidades Autónomas supón a existencia de varios poderes políticos dentro do Estado.

A Constitución recoñécelles, nos art. 137 e 156, autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses. A autonomía financeira das CCAA concrétase na atribución de competencias normativas e de xestión que fagan posible a articulación do seu propio sistema de ingresos e gastos. Neste senso, a CE habilita o desenvolvemento de políticas propias, mediante un nivel de autonomía administrativa que supón un sistema de xestión pública descentralizada que permite a cada CA a execución de políticas propias, decidindo como e cando exercer as súas competencias dentro dos límites constitucionais e estatutarios. Neste sentido, as CCAA teñen capacidade para establecer as súas decisións políticas, ata diferentes das adoptadas polo Estado.

Como declarou o Tribunal Constitucional, o soporte material da autonomía financeira son os ingresos. É así que a LOFCA configura como principio a suficiencia de recursos que, como tamén dixo o alto Tribunal, “ten un primeiro límite na propia natureza das cousas e non é outro senón as posibilidades reais da estrutura económica do país no seu conxunto” (STS 135/1992). O que nos conduce á reflexión acerca da relación entre autonomía e unidade, particularmente sobre a posible oposición entre ambos os conceptos. Tamén foi o Tribunal Constitucional o que, en sentenza de 2 de febreiro de 1981, declarou que a autonomía alcanza o seu verdadeiro senso dentro da organización unitaria. A autonomía, que determina a atribución de potestades aos distintos entes territoriais, concíbese de forma limitada, á

vez que goza da protección constitucional que impide que o lexislador ordinario a poida limitar de forma inxustificada.

Non cabe dúbida de que a relación entre autonomía e unidade é unha das preocupacións que naturalmente xorden nun momento en que as CCAA do noso Estado e o propio Estado se reformularon o establecemento de novos límites á autonomía. A ese respecto convén recordar que os Estados, en relación co poder financeiro organízanse entre os dous modelos coñecidos como sistema de unión e sistema de separación. No primeiro, o Estado central concentra todas as competencias; no segundo, pola contra, aquelas corresponden aos territorios autónomos fundamentalmente, reservándose o Estado un número mínimo de competencias. Entre ambos extremos atópanse todos os Estados que se organizan territorialmente de forma descentralizada.

O noso país, como se dixo repetidamente, conformou o que se deu en chamar o Estado das Autonomías, fórmula excepcional a medio camiño entre o Estado rexional e o federal sendo o financiamento o elemento crave e que caracteriza esta solución particular. É por iso que calquera movemento político relacionado coa conformación do Estado necesariamente establece o seu núcleo no financiamento. É por iso, dende o meu punto de vista, que cando se fala de autonomía do que realmente se está falando é de financiamento autonómico.

A articulación constitucional deste modelo particular prodúcese a partir dun precepto fundamental: o art. 149.1.14 que atribúe competencia exclusiva ao Estado sobre a “facenda xeral”. De modo que a delimitación deste concepto devén esencial respecto da delimitación do concepto de autonomía.

Acertadamente FERREIRO sinalou que a facenda xeral non se pode identificar coa Facenda do Estado, cinguíndose unicamente a ela, pois a facenda do Estado non é algo illado da facenda dos outros entes públicos recoñecidos no noso ordenamento. Pero, a facenda xeral tampouco pode identificarse con toda a facenda pública posto que se a CE recoñece ao Estado a competencia exclusiva para regular a facenda xeral é porque existe outra facenda non xeral sobre a que o Estado non ten competencia exclusiva. É por iso que conclúe o seu razoamento de xeito lóxico dicindo que a Facenda xeral está constituída pola facenda do Estado e polo fundamental e básico das outras facendas públicas; “tamén da facenda pública autonómica e local cuxo núcleo esencial e primario, aquilo que garante a súa existencia e funcionamento como peza do conxunto que deben formar todas as facen-

das públicas do país, afecta tamén, de modo directo e inmediato, ao interese xeral”¹.

Neste contexto, pódese dicir que o sistema de financiamento en España concibiuse coma un sistema de unión cun bo número de caracteres do sistema de separación, e nese senso con gran liberdade nos gastos aínda que a obtención dos ingresos caracterizouse, nun principio, por notables trazos de centralización. Con todo, moi pronto se formou unha doutrina que relacionando a autonomía financeira coa autonomía política, reivindicou maiores doses de corresponsabilidade fiscal para as Comunidades.

3. A ordenación constitucional do poder financeiro en España.

Como é sabido, o poder financeiro é o conxunto de competencias constitucionais e de potestades administrativas de que gozan os entes públicos territoriais, representativos de intereses primarios, para establecer e xestionar un sistema de ingresos e gastos co que satisfacer os fins e as necesidades públicas.

A ese respecto, débese que ter en conta, aínda que non sexa agora obxecto de análise, que as Comunidades Autónomas son de réxime común e de réxime foral.

Vexamos a articulación do poder financeiro das CCAA en materia de ingresos e de gastos.

En materia de ingresos:

Art. 157.1 CE. Recursos das CCAA: impostos cedidos, recargas sobre impostos estatais e outras participacións nos ingresos do Estado; os seus propios tributos; transferencias do fondo de compensación interterritorial e outras asignacións con cargo aos Orzamentos Xerais do Estado; rendementos procedentes do seu patrimonio e ingresos de Dereito privado; o produto das operacións de crédito.

No sistema de financiamento das CCAA deseñado en 1980 pola LOFCA priman os ingresos procedentes de recursos estatais: tributos cedidos, ingresos procedentes do FCI e participacións nos ingresos do Estado.

Na primeira etapa do proceso de descentralización política e financeira do Estado, a LOFCA de 1980 concibiu os tributos cedidos como unha forma máis de participación nos ingresos do Estado, pero a evolución posterior transformou esta situación inicial.

¹ “El sistema de financiación autonómica de Cataluña: Estatuto y Constitución”, en *Revista catalana de dret públic*, núm. 32, 2006, páxs. 40-41.

O réxime dos tributos cedidos experimenta unha substancial alteración no modelo de financiamento autonómico para o quinquenio 1997-2001, no que se pretende a asunción polas CCAA dun importante nivel de corresponsabilidade fiscal efectiva, que se materializou a través da cesión dunha parte do IRPF e atribuíndo ás CCAA certas competencias normativas en relación cos tributos cedidos, incluídos algúns aspectos do IRPF.

A formalización xurídica do sistema de financiamento 1997-2001 plasouse na modificación dalgúns preceptos da LOFCA, na Lei de Cesión de Tributos do Estado ás CCAA e na Lei de PXE para 1997.

Finalizado o quinquenio 97-2001, o Consello de Política Fiscal e Financieira das CCAA aprobou o 27 de xullo de 2001 un novo sistema de financiamento ampliando o principio de corresponsabilidade fiscal a través da cesión de novos tributos estatais e de atribuír novas competencias normativas nos tributos xa cedidos e dos que de agora en diante poderán ser obxecto de cesión. Este novo modelo de financiamento requiriu unha vez máis a reforma da LOFCA e a aprobación da Lei 21/2001, 27 de decembro, pola que se regulan as medidas fiscais e administrativas do novo sistema de financiamento. O novo sistema, segundo a exposición de motivos da lei fundaméntanse nos principios de xeneralidade, estabilidade, suficiencia, autonomía, solidariedade, coordinación, participación na AEAT e participación nos TEA.

O réxime xurídico establecido pola CE para as CCAA complétase con normas que limitan o seu poder financeiro.

En primeiro lugar o art. 157.2 prohíbe ás CCAA a adopción de medidas tributarias que supoñan obstáculo para a libre circulación de mercancías ou servizos. Por bens enténdese tanto bens mobles como inmobles, ou actividades e, en fin, toda riqueza susceptible de ser gravada. En atención a este límite unha Comunidade Autónoma non pode beneficiarse do esforzo fiscal imputable a outra.

Por outra banda, o art. 138 prohíbe ás CCAA configurar unha facenda baseada no privilexio. Como dixo FERREIRO, non é fácil precisar que debe entenderse por privilexio. Por esa razón o autor opta por enumerar supostos nos que tal privilexio existe. Nese senso, existe privilexio cando quen habiten no territorio dunha CCAA contribúan en menor medida ca quen habiten noutras zonas do territorio nacional español ao levantamento das cargas xerais do Estado².

² Ob. cit., páx. 43.

No País Vasco e Navarra, a DA 1ª da Constitución, en virtude da cal ampáranse e respectan os dereitos históricos dos territorios forais establece o sistema de concerto ou cota en materia de financiamento autonómico. O Estatuto de autonomía dispón que as relacións tributarias entre o Estado e o País Vasco regularanse mediante o sistema foral tradicional de Concerto Económico. Tamén en Navarra a actividade financeira e tributaria réxese polo sistema tradicional de convenio económico.

Como se sabe é un sistema totalmente distinto ao de réxime común tendo en conta que é a CA a que recada, como tributos concertados, todos os impostos que integran o sistema tributario estatal e a que achega ao Estado parte da recadación efectuada no seu territorio, como contribución ao sostemento das cargas do Estado que non asumiu a Comunidade Autónoma.

En relación coas competencias normativas entendo que na actualidade un e outro sistema, o de réxime común e o dos territorios forais, carecen xa das diferenzas que lles caracterizaban ao comezo do proceso autonómico.

4. O debate en materia de financiamento autonómico e algunhas das súas implicacións.

Como oportunamente sinalou CAYÓN GALIARDO³, logo da reforma do sistema de financiamento establecido pola lei 21/2001, que nacera con clara vocación de permanencia, entre 2003 e 2004 abriuse un debate sobre o financiamento das CCAA. O proceso iniciouse coa reivindicación das axencias tributarias autonómicas, continuou coa cuestión da reforma da Constitución e os Estatutos de Autonomía, para culminar coa pretensión de cambiar o modelo de financiamento autonómico. Cada un destes temas é un complexo armazón entre cuestións de estrita natureza política e cuestións de carácter técnico.

Entre as propostas de solución, moi variadas por certo, atopábase a necesidade de reformar o modelo de financiamento e nalgúns ámbitos autonómicos comezou a perfilarse a idea de achegar o sistema de financiamento das Comunidades de réxime común ao das de réxime foral. Ata se fixeron formulacións que ían máis aló: repartición de materias impositivas como se fai en certos modelos de federalismo fiscal.

A proposta, como tamén puxo de relevo CAYÓN, non está exenta de xustificación tendo en conta que se a maior parte do gasto realízase polas

³ *RTT* núm. 66, 2004.

CCAA, carece de explicación que a titularidade dos recursos permaneza en mans do Estado.

No entanto, a potenciación do principio de autonomía fronte ao de solidariedade ou o de coordinación, pode ser obxecto de severas críticas sen esquecer que os sistemas fiscais das Comunidades Autónomas poden entrar en franca competencia e ofrecer solucións que puidesen ser aproveitadas por algúns contribuíntes para fins contrarios aos límites constitucionais do poder financeiro dos entes territoriais ou, ata, non buscados polas normas autonómicas.

A descentralización política en España pode ser obxecto dunha valoración claramente positiva na medida en que contribuíu á coexistencia de distintas identidades no marco dun Estado unitario. Se en 1980 o proceso autonómico español podíase situar equidistante dos sistemas de unión e de separación, é evidente que nos máis de 30 anos transcorridos profundouse na tendencia cara ao sistema de separación. Actualmente España é un país altamente descentralizado sendo as competencias das Comunidades Autónomas o máximo expoñente desta descentralización. Dende o punto de vista financeiro e tributario en poucos anos produciuse unha importante descentralización do gasto público, cuxa xestión nun grao moi significativo está atribuída aos gobernos autonómicos. E incrementáronse en menor medida as competencias en materia tributaria.

Con todo, o balance non foi de completa satisfacción para todos xa que, como se veu advertindo dende algúns sectores doutrinarios e, naturalmente, tamén políticos, a existencia dunha alta descentralización no gasto non impide a existencia de problemas de financiamento no senso de "formas" de financiamento. Non se trata tanto da cantidade de diñeiro que administran as CCAA como da forma en que se financian. E a este respecto asegurouse que se avanzou pouco na descentralización tributaria.

Cabe concluír que o modelo de financiamento de 2001 non significou de ningún xeito o peche do sistema. Porque, e non hai que enganarse a ese respecto, o sistema de financiamento é primeiro de nada unha realidade política, aínda que teña uns contidos técnicos evidentes. Como realidade política é inevitable que reflecta, nalgunha medida, as tensións e os conflitos existentes entre os distintos niveis de goberno. Proba diso foi o proceso de reforma de Estatutos de Autonomía desenvolvido na pasada década, interrompido naturalmente como consecuencia do desconcerto que introduciu a crise económica. Subitamente abandonáronse os procesos de reforma estatutaria e parecen quedar no esquecemento, así como as novas normas financeiras introducidas nalgúns dos novos Estatutos de Autonomía. O pro-

blema agora é o déficit e o financiamento de xeito evidente insuficiente para todas as Comunidades Autónomas.

Convén recordar, no entanto, que no medio dese proceso de reforma de Estatutos que se produciu na segunda metade da pasada década, xurdiron outras cuestións que afectan ao Imposto sobre o Patrimonio. En primeiro lugar, a reivindicación das CCAA de maior renda *per cápita* da posibilidade de aplicar o sistema foral de financiamento a CCAA en réxime común; en segundo lugar, e como consecuencia do anterior, a territorialización de certos tributos. Neste senso, reivindicouse ata a natureza de impostos cedidos para todos os soportados no territorio da Comunidade⁴. Esta pretensión formulada no proceso de reforma do Estatuto catalán decaeu finalmente no texto aprobado, e hai que entendela coma unha manifestación máis da reivindicación do sistema de cota. Finalmente, as medidas normativas adoptadas por algunhas Comunidades Autónomas en relación cos tributos cedidos.

5. Os tributos cedidos. O Imposto sobre o Patrimonio das Persoas Físicas.

A ese respecto hai que recordar que algunhas Comunidades Autónomas abocáronse ao exercicio de competencias normativas en materia de tributos cedidos, en particular, sobre o Imposto sobre Sucesións e Doazóns e Imposto sobre o Patrimonio. Exercicio responsable, en gran medida, da supresión do último dos impostos.

Brevemente, hai que recordar que dende se produciu a cesión dos Impostos sobre Sucesións e Doazóns e sobre o Patrimonio das Persoas Físicas, ao amparo do previsto na Lei Orgánica 8/1980 de Financiamento das Comunidades Autónomas, modificada pola Lei Orgánica 21/2001 pola que se establece o novo sistema de financiamento das CCAA de réxime común e cidades con Estatuto de Autonomía, algúns sectores viñeron reivindicando a exclusión do gravame de certas manifestacións de riqueza, en particular a representada por denominada empresa familiar, o que deu lugar a unha importante exención no IPPF. Tamén o tratamento da empresa familiar e das

⁴ Neste sentido J. PAGÉS, que defende a proposta conxunta de grupos parlamentarios cataláns de 8 de xullo de 2008, na que se identificaban os tributos cedidos con todos e cada un dos impostos soportados en Cataluña, atribuíndose tanto as competencias estatais e europeas como a xestión tributaria (*Financiación autonómica local y sectorial en el nuevo Estatuto de Cataluña*, Marcial Pons, Madrid, 2007, páxs. 46 e ss.).

participacións en empresas familiares no ISD foi mellorado nalgunhas CCAA, caso de Galicia por exemplo, que elevou a porcentaxe de redución na base imponible do 95% ao 99%.

Con todo, e a pesar do réxime favorable da transmisión lucrativa *inter vivos* e *mortis causa* da empresa familiar no ISD e da exención da que gozaban os bens afectos á actividade empresarial no IPPF, non faltaron voces representativas sobre todo da empresa familiar, reivindicando a supresión de ambos os impostos. Sen dúbida referíronse esas voces á transmisión e tenencia do patrimonio empresarial que non reúne os requisitos para a aplicación dos beneficios fiscais, e á transmisión e tenencia de elementos patrimoniais non afectos a actividades económicas.

6. A supresión do Imposto sobre o Patrimonio e a súa restauración por medio do Real Decreto-lei 13/2011.

No medio da situación de enfrontamento e competencia entre Comunidades Autónomas que exercitaban as súas competencias normativas, batallando pola captación de rendas e capitais, a Lei 4/2008 suprimiu o Imposto sobre o Patrimonio con vixencia dende o 1 de xaneiro de 2008, aínda que tecnicamente articulouse como unha bonificación xeral do cento por cento da cota, sen eliminar o imposto. Suprimiuse tamén a obriga de presentar a declaración correspondente ao imposto.

Debe recordarse, de todos os xeitos, que o Imposto sobre o Patrimonio é un imposto cedido ás Comunidades Autónomas, e a súa restauración supón que estas recuperan as súas competencias normativas e a recadación correspondelles. A este respecto hai que sinalar que antes da súa supresión por medio da Lei 4/2008 só a Comunidade de Madrid introducira unha modificación importante na tarifa: bonificación do 100% sobre a cota do imposto en todos os casos. De modo que a restauración do imposto vaise a producir para todas as Comunidades con excepción da de Madrid, salvo que o Parlamento desta proceda a modificar a normativa autonómica.

É paradoxal que a reimplantación do imposto se fundamente na política de creación de emprego estatal cando os recursos derivados da súa aplicación corresponderán ás CCAA, cuxa política de emprego non ten porqué coincidir coa do goberno central.

O imposto conserva a súa estrutura orixinal xa que se dota de vixencia eliminándose a bonificación estatal. Deste xeito preténdese xustificar, dende o meu punto de vista, un dos problemas que esta medida podería expor: a natureza da norma pola que se restaura o imposto, o Real Decreto-lei. A

este respecto, o Tribunal Constitucional, en Sentenzas 29/1982, 189/2005 e 182/1997, tivo ocasión de pronunciarse en relación coa utilización do Decreto-lei para introducir medidas cuxo obxectivo é reactivar a economía, establecendo o requisito da "eficacia económica inmediata". Este imposto non se ingresaría ata xuño de 2012 polo que entender que se produce esa eficacia inmediata pode supoñer moitas dificultades.

Unha das novidades introducida pola Lei 13/2011 é a obrigaón dos non residentes de nomear unha persoa física ou xurídica con residencia en España para que os represente ante a Administración Tributaria, establecéndose unha sanción para o suposto de incumprimento (art. 6). Esta norma pode expor problemas de compatibilidade co Dereito da Unión Europea xa que se pode entender que se esixe un requisito adicional aos non residentes, o que tería carácter discriminatorio. O Tribunal de Xustiza da Unión Europea, en sentenza de 5 de maio de 2011 condenou a Portugal por establecer unha esixencia similar no seu ordenamento tributario.

Finalmente, e en relación coa capacidade normativa das Comunidades Autónomas é preciso tomar en consideración a nota de prensa que emitiu a Comisión Europea o 16 de febreiro de 2011. Trátase de que o réxime xurídico ao que os non residentes se ven sometidos pode ser discriminatorio ao tributar pola normativa estatal en lugar da autonómica que, en xeral, é máis favorable. Esta situación prodúcese no IPPF así coma no ISD.



Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 185-188

NOVIDADES LEGISLATIVAS INTRODUCIDAS NO IMPOSTO SOBRE SOCIEDADES PARA O ANO 2011

Roberto I. FERNÁNDEZ LÓPEZ
Profesor Titular de Dereito Financeiro e Tributario
Universidade de Vigo

1. INTRODUCCIÓN

Ao longo do mes de decembro de 2010 promulgáronse dúas normas que incorporaron modificacións de certo calado no Imposto sobre Sociedades (en adiante, IS), ámbalas dúas con efectos xurídicos para os períodos impositivos iniciados dende o 1 de xaneiro de 2011. Trátase do Real Decreto-Lei 13/2010, do 3 de decembro, e da Lei 39/2010, do 22 de decembro, de Orzamentos Xerais do Estado para 2011.

Nembargantes, a agudización da crise económica en España decantou ao lexislador por impulsar novas medidas de consolidación fiscal, que tamén afectaron ao IS, xa avanzado o ano 2011. É o caso do Real Decreto-Lei 9/2011, do 19 de agosto, que como imos ver pretendeu anticipar a recadación do tributo e favorecer o cumprimento dos obxectivos de redución do déficit público no curto prazo.

2. AS MEDIDAS DE REACTIVACIÓN ECONÓMICA CREADAS POLO REAL DECRETO-LEI 13/2010, DO 3 DE DECEMBRO

As dúas ideas motrices da devandita norma, no que atinxe ao IS, pódense resumir do seguinte xeito: redúcese a carga tributaria para as pequenas e medianas empresa (Pemes) e ábrese a liberdade de amortización para todo tipo de empresas.

Así, en primeiro lugar, elévase de 8 a 10 millóns de euros o umbral relativo ao importe neto de cifra de negocios que permite acollerse ao réxime

especial das entidades de reducida dimensión (Pemes) no IS. Ao mesmo tempo, establécese que as devanditas entidades poderán seguir disfrutando dos beneficios fiscaís deste réxime especial durante os tres exercicios inmediatos seguintes a aquel no que se rebase o umbral de 10 millóns de euros, incluso no suposto de que dito límite se supere a resultas dunha reestructuración empresarial, coa única restricción de que todas as entidades intervincentes nesa operación estén dentro do devandito umbral.

En segundo lugar, o Real Decreto-Lei 13/2010 aumentou o importe ata o cal a base imponible das entidades de reducida dimensión pasa a ser gravada co tipo impositivo reducido do 25 por 100. Así, elévase ata 300.000 euros a parte da base imponible que se beneficiará deste menor gravame, mentras que o exceso tributará ao 30 por 100. Ademáis, amplíase o límite de aplicación para as denominadas “microempresas”, é dicir, aquelas que, con unha cifra de negocios inferior a 5 millóns de euros e unha plantilla media inferior a 25 empregados, poden acollerse a un tipo de gravame do 20 por 100, xa que para os períodos impositivos iniciados dentro do ano 2011 elévase de 120.202,41 euros a 300.000 euros a parte de base imponible que pode tributar a ese gravame máis reducido do 20 por 100.

En terceiro lugar, a outra gran novidade do Real Decreto-Lei que nos ocupa consiste en ampliar en tres anos, é dicir, ata 2015, o período de vivencia do réxime fiscal de liberdade de amortización para as inversións novas vinculadas á actividade económica da entidade, con dous elementos de interés: a) Elimínase o condicionante do mantemento do emprego, que era un requisito ata o momento vinculado á liberdade de amortización. b) Permítese aplicar este beneficio fiscal a todas as empresas, incluídas persoas físicas e profesionáís, sempre que as inversións afectadas se poñan a disposición do suxeito pasivo do IS dentro dos anos 2011, 2012, 2013, 2014 e 2015.

3. MODIFICACIÓNS INTRODUCIDAS NA LEI DE ORZAMENTOS XERÁIS DO ESTADO PARA 2011

Dos diversos eidos que atinxen ao IS na regulación da Lei 39/2010 merece ser subliñado o interés do lexislador español por adaptar a normativa interna ao ordenamento comunitario, a fin de adecuar a este último a deducción do fondo de comercio financeiro. A novidade consiste en impedir a aplicación da devandita deducción no suposto de adquisicións de valores representativos da participación en fondos propios de entidades residentes noutro Estado membro da Unión Europea, realizadas a partires do 21 de decembro de 2007. Permitir o contrario podería ser considerada como unha

axuda de Estado por parte da Comisión Europea e, como tal, atentatoria contra a liberdade de establecemento de empresas.

Por outra banda, tamén se introduce unha modificación que afecta ás reducións de capital con devolución de aportacións, cando estas operacións se realicen por sociedades de inversión de capital variable (SICAV) non sometidas ao tipo xeral de gravame do IS. En concreto, o importe total percibido polo socio na redución de capital, co límite do aumento do valor liquidativo das accións dende a súa adquisición ou suscripción ata o momento da redución do capital social, integraráse na súa totalidade na base imponible do socio sen dereito a deducción algunha na cuota íntegra.

Por último, tamén se incorpora un pequeno cambio na deducción por dobre imposición sobre dividendos de fonte interna, incluíndo unha referencia expresa as operacións feitas no eido das ofertas públicas de adquisición de valores.

4. O REFORZAMENTO DA CONSOLIDACIÓN FISCAL POLO REAL DECRETO-LEI 9/2011, DO 19 DE AGOSTO

Como adiantamos, xa avanzado o exercicio orzamentario 2011, o lexislador advirte a necesidade de mellorar os ingresos fiscais a través do IS co fin de consolidar as finanzas públicas e asegurar a estabilidade económica do país.

Para iso, apróbanse unha serie de modificacións no IS, con efectos a partires do 20 de agosto de 2011, que presentan dúas características: 1ª) Non supoñen un aumento da presión fiscal no devandito tributo. 2ª) Na práctica permiten adiantar no tempo a recadación do IS porque establecen unha diferente periodificación temporal nos pagos fraccionados.

As medidas abranguen as seguintes materias do IS:

- No tocante aos pagos fraccionados elévase o porcentaxe de cálculo dos devanditos anticipos para as grandes empresas (as que facturan máis de 20 millóns de euros, e máis elevado aínda para as que superan os 60 millóns de euros de facturación).

- Fíxanse novos límites de aplicación temporal á compensación de bases impositivas negativas de exercicios anteriores.

- Amplíase o prazo máximo de compensación de bases impositivas negativas de quince a dezaoto anos, con aplicación para todo tipo de entidades (incluídas as Pemes).



Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 189-192

A RECENTE MODIFICACIÓN DO RÉXIME DE AMORTIZACIÓN DO FONDO DE COMERCIO FINANCEIRO NA LEI DO IMPOSTO SOBRE SOCIEDADES

María Cruz BARREIRO CARRIL
Profesora Axudante Doutor
Área de Dereito Financeiro e Tributario
Universidade de Vigo

O 21 de maio de 2011 publicábase no Diario Oficial da Unión Europea a Decisión da Comisión Europea de 12 de xaneiro de 2011 relativa a amortización do fondo de comercio financeiro para a adquisición de participacións estranxeiras aplicada por España⁵. A través desta Decisión pechábase de maneira definitiva o procedemento de investigación formal que a Comisión Europea abrira catro anos atrás sobre a base do actual artigo 108 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (en adiante, TFUE)⁶.

Á Comisión preocupáballes que o artigo 12.5 do Texto Refundido da Lei do Imposto sobre Sociedades (en adiante, TRLIS)⁷, que prevía a dedución anual da base imponible do imposto dunha vinteava parte do fondo de comercio financeiro resultante da adquisición de accións nunha empresa estranxeira -sempre que as rendas puidesen acollerse a exención regulada no artigo 21 TRLIS-, puidese constituír unha axuda de Estado ilegal no senso do artigo 107.1 TFUE⁸.

O procedemento concluíra parcialmente coa Decisión de 28 de outubro de 2009, na que a Comisión entendera que a previsión do artigo 12.5 TFUE

⁵ C-45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07).

⁶ IP/07/1469, Bruxelas, 10 de outubro de 2007.

⁷ Real Decreto Legislativo 4/2001, de 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Imposto sobre Sociedades.

⁸ IP/07/1469. Bruxelas, 10 de outubro de 2007.

constituía una axuda de Estado ilegal⁹, aínda que unicamente en relación con fondo de comercio financeiro xerado trala adquisición de participacións en entidades residentes na Unión Europea. O lexislador español procedeu a modificación oportuna, e, a través do artigo 47 de Lei de Presupostos para 2011¹⁰, incorporou un parágrafo na disposición controvertida no senso de que a deducción non será de aplicación ás adquisicións de valores representativos da participación en fondos propios de *entidades residentes noutro Estado membro da Unión Europea*, realizadas a partir de 21 de decembro de 2007.

Mais quedaba pendente a valoración por parte da Comisión do fondo de comercio xerado por adquisición en *entidades estranxeiras (extra-UE)* á luz do artigo 107.1 TFUE. Tal cuestión viño a resolverse pola Decisión de 21 de maio de 2011 coa que dabamos comezo a estas liñas. De xeito análogo á Decisión de 2009, a Comisión requiría esta vez a España para que desmantelase a deducción fiscal tamén en relación coas adquisicións de entidades no residentes na Unión e para que recuperase as axudas das que gozaran as empresas¹¹. Nembargantes, neste caso, a Comisión si concedeu certa relevancia ó fundamento esgrimido polo Reino de España conforme o cal a medida xustificábase pola existencia de obstáculos ás combinacións transfronteirizas de empresas, os cales non existían no ámbito nacional¹². Así, aínda que en termos xerais entendeu que o Reino de España non probara a existencia dos devanditos obstáculos xustificativos do mantemento da vantaxe fiscal e que, en consecuencia, debía derrogar a disposición en relación coas adquisicións fora da Unión, admitiu unha excepción en relación cos países nos que se demostrara ou puidera demostrar a existencia de tales obstáculos, como pode ser a prohibición de fusiones transfronteirizas¹³. Neste senso, a Comisión fai mención expresa a China e a India.

⁹ Con todo, os efectos da incompatibilidade soamente se proxectaron en relación coas participacións adquiridas a partir de 21 de decembro de 2007, data de publicación da decisión de incoación de expedinte no Diario Oficial da Unión Europea.

¹⁰ Lei 39/2010, de 22 de decembro, de Presupostos Xerais do Estado para o ano 2011.

¹¹ Os efectos da Decisión limitanse tamén neste suposto, ás adquisicións realizadas a partires do 21 de decembro de 2007, data de inicio do procedemento de investigación formal de Comisión

¹² Tal argumento fora rexeitado en termos absolutos na Decisión de 2009.

¹³ Artigo 4 da Decisión de C-45/07 de 21 de maio de 2011.

A posición da Comisión, manifestada nun primeiro momento na decisión de incoación e posteriormente nas conclusións preliminares, fora moi criticada polo doutrina científica española para a que, en xeral, a disposición controvertida non constitúe unha medida selectiva¹⁴. Como indicaba CASADEVALL, trátase dunha medida de carácter xeral, xustificada polo principio de neutralidade impositiva que impón un tratamento fiscal equivalente a situacións homoxéneas, e que debería permitir a deducción da amortización das inversións realizadas en activos inmateriais, calquera que sexa a forma xurídica ou económica que adopten¹⁵.

Nembargantes as dúbidas manifestadas pola doutrina sobre o carácter selectivo da medida, o lexislador español realizou tamén a modificación oportuna no artigo 12.5 para adaptalo as esixencias desta nova Decisión, de xeito tal que a Lei 31/2011, de 4 de outubro¹⁶ modificou o parágrafo o que nos referimos máis arriba, que quedou redactado nos seguintes termos:

“A deducción establecida neste apartado non será de aplicación ás adquisicións de valores representativos da participación en fondos propios de entidades non residentes en territorio español, realizadas a partires de 21 de decembro de 2007, sen prexuízo do establecido no apartado 3 do artigo 1 da Decisión da Comisión de 12 de xaneiro de 2011, relativas á amortización fiscal do fondo de comercio financeiro para a adquisición de participacións estranxeiras, asunto C-45/2007, respecto ás adquisicións relacionadas coa obriga irrevogable convida antes do 21 de decembro de 2007. Nembargantes, tratándose de adquisicións de valores que confiran a maioría da participación nos fondos propios de entidades residentes noutro Estado non membro da Unión Europea, realizadas entre o 21 de decembro de 2007 e o

¹⁴ Vid. Por todos, VILLAR EZCURRA, M.: “La amortización del fondo de comercio financiero en España y su problemática jurídico-comunitaria. ¿Un nuevo caso de ayuda de Estado?”, *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, núm. 298, 2008, páxs. 73-96; MARTÍN QUERALT, M.: “La deducción del fondo de comercio financiero y las Ayudas de Estado”, *Tribuna Fiscal*, núm. 207, 2008, páxs. 4-7.

¹⁵ DE JUAN CASADEVALL, J.: “Bruselas contra España: la calificación de la amortización fiscal del fondo de comercio financiero como ayuda ilegal”, *Gaceta Fical*, núm. 284, 2009, páxs. 80-95, páx. 92.

¹⁶ Trátase da Lei 31/2011, de 4 de outubro pola que se modifica a Lei de Institucións de Inversión Colectiva. Aínda que a Lei tiña como obxecto traspor unha serie de Directivas da Unión Europea que obrigaban a modificar o réxime fiscal das referidas institucións, o lexislador español aproveitou a ocasión para, *inter alia*, realizar a oportuna modificación no artigo 12.5 TRLIS co fin de adecuar o seu contido as esixencias da Comisión.

21 de maio de 2011, poderá aplicarse a deducción establecida neste apartado cando se demostre a existencia de obstáculos xurídicos explícitos ás combinacións transfronteirizas de empresas, nos termos establecidos nos apartados 4 e 5 do artigo 1 da citada Decisión da Comisión de 12 de xaneiro de 2011”¹⁷.

Deste xeito, o artigo 12.5 queda configurado de maneira tal que resulta compatible co mercado común, aínda que cabe preguntarse ata que punto non nos atopamos unha vez máis¹⁸, cunha situación na que a “harmonización” negativa invade a soberanía fiscal estatal na utilización extrafiscal do imposto¹⁹.

¹⁷ A traducción é nosa.

¹⁸ Esta consideración xa fora advertida por un sector relevante da doutrina española en relación co pronunciamento do Tribunal de Xustiza da Unión Europea en relación coa deducción fiscal por inversión de exportación previsto pola normativa española. Vid. por todos, FALCÓN Y TELLA, R.: “La desorbitada expansión del concepto de “ayuda de Estado” en la práctica reciente de la Comisión: el ejemplo de la decisión de 31 de octubre de 2000, relativa a la deducción por actividades de exportación contemplada en el artículo 34”, *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2001; LÓPEZ LÓPEZ, H.: “El régimen jurídico de las ayudas de Estado y su incidencia en el sistema tributario español: la amortización fiscal del fondo de comercio para la adquisición de participaciones en entidades extranjeras”, *Quincena Fiscal*, núm. 15, 2010, páx. 15 da versión westlaw.

¹⁹ Así o entende JORDI DE JUAN CASADEVALL en “Bruselas contra España ...”, op. cit., páx. 95.

Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 193-200

AS NOVIDADES NO IRPF PARA O ANO 2011

Luis Miguel MULEIRO PARADA
Universidade de Vigo

A Lei de Orzamentos Xerais do Estado para o ano 2011 (LOXE), Lei 39/2010, de 22 de decembro, introduciu importantes modificacións na nosa Lei do IRPF (LIRPF). Deste xeito, atopamos diversas modificacións atinentes ao tratamento tributario dalgúns rendementos gravados no imposto estatal, os tipos de gravame, na regulación de determinadas deducións na cuota do imposto e na tributación dos socios e partícipes nas sociedades de inversión de capital variable (SICAVs).

En primeiro lugar, nos rendementos do traballo, introdúcese o límite de 300.000 euros na contía do rendimento íntegro sobre a que aplicar, no seu caso, a redución do 40% prevista para os rendementos do traballo irregulares. Exclúense da aplicación deste límite, os rendementos íntegros previstos no artigo 17.2.a) da LIRPF (prestacións da Seguridade Social, mutualidades, plans de pensións e determinados contratos de seguros). Ademais mantense con vixencia indefinida o importe das reducións por obtención de rendementos de traballo aplicables no ano 2010.

En canto aos rendementos de capital inmobiliario, na LOXE, unha vez máis e non é a primeira, o lexislador tributario modificou o seu tratamento coa finalidade de permitir que os arrendamentos gañen protagonismo no noso mercado inmobiliario. A tales efectos, nos supostos de arrendamento de inmobles destinados a vivenda, a posible redución do rendimento neto por parte dos arrendadores, o que é unha boa nova para eles, elévase dun 50 a un 60%. No caso de que proceda a redución do 100% do devandito rendimento neto, a idade do arrendatario deberá estar comprendida entre os 18 e 30 anos (antes debía ser entre 18 e 35 anos). Redúcese así o alcance sub-

xectivo da redución, de sorte que asemella que se consideran xoves, neste senso, un menor número de contribuíntes. Para non prexudicar os dereitos adquiridos e conforme ao principio de non retroactividade de disposicións desfavorables, establécese un réxime transitorio que mantén a redución do 100% ata os 35 anos de idade do arrendatario, sempre que o contrato de arrendamento se celebre con anterioridade a 1 de xaneiro de 2011. A finalidade deste incentivo foi, dende a súa primeira aparición na LIRPF, incentivar que se arrenden as vivendas, aínda que segue sendo cuestionable a efectividade práctica da redución do 100% cando o rendemento neto de capital inmobiliario é negativo, xa que implica unha diminución da renda negativa .

No concernente aos rendementos de actividades económicas, houbo unha importante modificación pero que non realizou a LOXE, senón anteriormente o Real Decreto-Lei 13/2010, de 3 de decembro, de actuacións no ámbito fiscal, laboral e liberalizadoras para fomentar o investimento e a creación de emprego. Esta norma posibilita que a liberdade de amortización en elementos novos do activo material fixo poida ser aplicada polos contribuíntes do IRPF que realicen actividades económicas e determinen o seu rendemento neto polo réxime de determinación directa -normal ou simplificada-. O límite desta liberdade de amortización será o rendemento neto positivo da actividade á que se afecten os bens antes da aplicación desta liberdade de amortización, e no caso de estar en simplificada, antes tamén da dedución do 5% (10% agrícolas e gandeiras) en concepto de provisións e gastos de difícil xustificación.

Nas ganancias e perdas patrimoniais, para calcular as derivadas das transmisións de inmobles non afectos a actividades económicas que se efectúen durante o ano 2011, actualízanse ao 1% os coeficientes correctores do valor de adquisición de inmobles a efectos do previsto na LIRPF.

A LOXE tamén introduciu algúns cambios nas escalas xeral e autonómica do imposto. Na tarifa estatal, dunha banda, mantéñense os tipos de gravame correspondentes aos catro tramos da escala ata agora existentes adecuando a repartición dos mesmos, entre a escala estatal e a autonómica, á nova porcentaxe de cesión da recadación do Imposto do 50%, coma consecuencia da reforma do sistema de financiamento autonómico. Pero, máis ala delo, engádense dous novos tramos; un quinto tramo para bases impositibles que integren rendas superiores a 120.000 euros no que se fixa un tipo xeral do 22,5% e un sexto tramo para rendas superiores a 175.000 euros no que se fixa o tipo xeral nun 23,5%. Na escala autonómica ou complementaria do imposto, establécese que para o cálculo da cota íntegra au-

tonómica teranse en consideración os mínimos persoal e familiar incrementados ou diminuídos establecidos no seu caso por cada Comunidade Autónoma e os tipos da escala autonómica do Imposto que aprobe tamén cada Comunidade Autónoma, conforme ao previsto na Lei 22/2009 de 18 de decembro, de sistema de financiamento das Comunidades Autónomas de Réxime Común e Cidades con Estatuto de Autonomía.

Polo que se refire aos tipos de gravame do aforro, modifícanse os tipos xeral e autonómico do aforro establecendo unha escala, que diferencia ata 6.000 euros de base liquidable do aforro e de 6.000,01 euros en diante. No primeiro tramo da escala os tipos xeral e autonómico son ambos do 9,5% (tipo total 19%); e no segundo tramo, tanto o tipo xeral como o autonómico fíxanse no 10,50% (tipo total 21%). En contribuíntes que tivesen a súa residencia habitual no estranxeiro e ata 6.000 euros de base, a porcentaxe aplicable é do 19% e dende 6.000,01 en diante será o 21%.

O outro cambio incorporado que trata de racionalizar as políticas de impulso ao acceso á vivenda, xunto ao da redución pola obtención de determinados rendementos de capital inmobiliario, foi a modificación normativa relativa a dedución por inversión en vivenda habitual. Aquí a novidade é que a dedución por investimento en vivenda habitual unicamente será aplicable polos contribuíntes naqueles exercicios nos que a súa base imponible sexa inferior a 24.107,20 euros. Ademais, como consecuencia da actual porcentaxe de cesión do Imposto ás CCAA, (50/50%) adecúase a parte de porcentaxe de dedución que corresponde ao gravame estatal fíxándose, con carácter xeral, nun 7,5% e en obras de adecuación para discapacitados nun 10%. Desta maneira substitúense as anteriores porcentaxes do 10,05 /13,4% que estaban referidas a unha repartición da cota do imposto estatal-autonómica 67/33%.

O tramo autonómico da dedución por vivenda habitual, será o resultado de aplicar á base da dedución as porcentaxes que sexan aprobadas pola Comunidade Autónoma, e, de non térense aprobado ningunhas porcentaxes pola Comunidade, aplicaranse o 7,5 % ou o 10% en obras de adecuación por persoas con discapacidade (antes 4,95 e 6,6%). Estas porcentaxes supoñen que as Comunidades, salvo que aproben porcentaxes de dedución distintas, asumen o 50% das porcentaxes totais de dedución do 15%, en xeral, e do 20% para obras de adecuación de discapacitados. Así mesmo establécese a base máxima da dedución en función da base imponible do contribuínte. Para contías de base imponible iguais ou inferiores a 17.707,20 euros anuais, a base máxima de dedución será de 9.040 euros anuais en caso de adquisición e rehabilitación e de 12.080 euros en caso de obras e instala-

cións na vivenda habitual por motivo de discapacidade. Cando a base imponible estea comprendida entre 17.707,20 e 24.107,20 euros anuais, a base da dedución será o resultado de efectuar a seguinte operación: $9.040-1,4125 \times (BI- 17.707,20)$, polo que a base da dedución decrece liñalmente ata facerse cero a partir de 24.107,20 euros. O mesmo cálculo procederá con 12.080 euros cando se trate de obras e instalacións na vivenda habitual por motivo de discapacidade.

Doutra banda, engádase unha nova disposición transitoria á LIRPF, amparando un réxime transitorio aplicable exclusivamente a contribuíntes que, con anterioridade a 1 de xaneiro de 2011, satisfíxesen cantidades destinadas a investimento en vivenda habitual. Os contribuíntes cuxa base imponible sexa superior a 17.724,90 euros, que adquirisen a súa vivenda habitual, ou satisfeitos cantidades para a construción da mesma con anterioridade a 1 de xaneiro de 2011, poderán seguir aplicando a dedución, tendo como base máxima de dedución 9.015 euros anuais, aínda cando a súa base imponible sexa igual ou superior a 24.107,20 euros anuais. Os contribuíntes cuxa base imponible sexa igual ou inferior a 17.724,90 euros, poderán aplicar a nova dedución, por ser máis favorable. Este mesmo réxime será aplicable para obras de rehabilitación ou ampliación de vivenda habitual, sempre que se satisfíxeran cantidades con anterioridade a 1 de xaneiro de 2011 e as devanditas obras finalicen antes de 1 de xaneiro de 2015. Os contribuíntes cunha base imponible igual ou inferior a 17.724,90 euros, poderán aplicar a nova dedución, por ser máis favorable. Aqueles contribuíntes cuxa base imponible sexa superior a 17.738,99 euros anuais que satisfíxesen cantidades para a realización de obras e instalacións de adecuación da vivenda habitual por razón de discapacidade con anterioridade a 1 de xaneiro de 2011, sempre que tales obras ou instalacións estean concluídas antes de 1 de xaneiro de 2015, poderán seguir aplicando a dedución, tendo como base máxima de dedución 12.020 euros anuais, aínda cando a súa base imponible sexa igual ou superior a 24.107,20 euros anuais.

En canto a esta dedución, finalmente, a LOXE contempla unha “Compensación fiscal por dedución por adquisición de vivenda habitual en 2010”. Terán dereito á compensación os contribuíntes que adquirisen a súa vivenda habitual antes do 20 de xaneiro de 2006 utilizando financiamento alleo e poidan aplicar a dedución por vivenda en 2010. A compensación consiste nunha dedución cuxa contía resultante da diferenza positiva entre o importe do incentivo teórico que correspondese de manterse a normativa vixente a 31 de decembro de 2006, e a dedución por investimento na adquisición de vivenda que proceda para o ano 2010. O importe total da compensación será, con carácter xeral, o 5% de 4.507,59 euros [$4.507,59 \times (20\% -$

15%]). No entanto adecúanse as normas de cálculo da compensación á nova porcentaxe de cesión ás Comunidades Autónomas do imposto do 50%, o cal leva unha adaptación das porcentaxes de dedución dos tramos estatal e autonómico.

Completa esta nova regulación incorporada na LIRPF pola LOXE, o Real Decreto 1788/2010, de 30 de decembro, polo que se modifican os regulamentos dos Impostos sobre a Renda das Persoas Físicas, sobre Sociedades e sobre a Renda de non Residentes en materia de rendas en especie, dedución por investimento en vivenda e pagos a conta, modifica o Regulamento do IRPF. Aquí tratouse de preservar o dereito dos contribuíntes ás deducións practicadas polas cantidades efectivamente depositadas nunha conta vivenda con anterioridade ao 1 de xaneiro de 2011, de forma que este dereito non se vexa afectado polo novo límite fixado en función da base imponible para poder beneficiarse da dedución en vivenda habitual a partir desa data. Por outra parte, o RD 1788/2010, tamén modificou o RIRPF para fixar en 22.000 euros o importe límite da contía total das retribucións do traballo que permiten reducir nun 2% o tipo de retención en caso de adquisición ou rehabilitación de vivenda habitual utilizando financiamento alleo (antes o límite era de 33.007 euros). Así mesmo engádese unha Disposición Transitoria ao RIRPF para manter o límite anterior de 33.007.2 euros para os que adquiran a súa vivenda habitual antes de 31 de decembro de 2010. Finalmente, o Regulamento minora os límites de pagos a conta por investimento en vivenda habitual utilizando financiamento alleo, establecendo un novo límite e un réxime transitorio. En canto ao límite fíxase en 22.000 euros o importe límite da contía total das retribucións do traballo que permiten reducir nun 2% o tipo de retención en caso de adquisición ou rehabilitación de vivenda habitual utilizando financiamento alleo (antes o límite era 33.007 euros). Transitoriamente mantense o límite anteriormente establecido para os que adquiran a súa vivenda habitual antes de 31 de decembro de 2010.

Polo que se refire ao resto das deducións fiscais no IRPF, cómpre destacar a supresión da dedución por nacemento ou adopción. Ademais regúlase que aqueles nacementos ou adopcións que se produciron ou se constituíron no ano 2010 darán dereito á dedución, sempre que a inscrición no Rexistro Civil se produza antes do 31 de xaneiro de 2011 decembro, podendo solicitar antes da citada data a percepción anticipada da dedución. Outras previsións en materia de deducións refírense a prórroga para 2011 da dedución por gastos de formación profesional e a previsión doutra compensación fiscal pola percepción no ano 2010 de determinados rendementos de capital mobiliario con período de xeración superior a dous anos.

Finalmente a LOXE introduce unha modificación relevante na tributación dos socios ou partícipes das Institucións de Investimento Colectivo SICAV (sociedades de inversión de capital variable). En particular, acóllese un novo réxime de tributación para as reducións de capital con devolución de aportacións e distribucións de prima de emisión de SICAV. Así, non será de aplicación o réxime de diferimento na tributación previsto na LIRPF no caso de reembolso ou transmisión de accións pertencentes a estas sociedades. Nos supostos de redución de capital de SICAV con devolución de achegas, o seu importe ou o valor normal de mercado dos bens ou dereitos percibidos cualificarase e tributará como rendemento de capital mobiliario no IRPF, sen que resulte de aplicación a exención de 1.500 euros prevista na LIRPF. Nos supostos de distribución da prima de emisión de accións de SICAV a totalidade do importe obtido imputarase aos socios conforme ás normas da LIRPF sen que se poida minorar no importe do valor de adquisicións das accións ou participacións [minoración prevista, con carácter xeral, no artigo 25.1.1.e) da LIRPF]. Esta tributación como capital mobiliario tamén se aplicará a organismos de investimento colectivo equivalentes ás SICAVs, que estean rexistrados noutro Estado e, en todo caso, ás sociedades amparadas pola Directiva 2009/65/CE, do Parlamento europeo e do Consello, de 13 de xullo de 2009, pola que se coordinan as disposicións legais, regulamentarias e administrativas sobre determinados organismos de investimento colectivo en valores mobiliarios (OICVM). O RD 1788/10 modificou o RIRPF para someter a retención os rendementos de capital mobiliario obtidos nas operacións de redución de capital social con devolución de achegas ou repartición da prima de emisión de accións das SICAV e a fixación da base da retención.

Con esta última medida, tratouse de homoxeneizar o réxime de tributación no ámbito da inversión colectiva, de xeito que tributen de igual maneira as rendas procedentes de institucións de inversión colectiva, con independencia de que teñan forma societaria (SICAV) ou non. Quíxose poñer freo así as operacións que principalmente viñan desenrolando as SICAVs con moitos beneficios acumulados, para xerar liquidez nos accionistas coa vantaxe fiscal de acceder ao diferimento tributario mentres non se transmitiran as accións polo que, non poucas veces, accedíase a este beneficio tributario de forma indefinida.

Durante o transcurso do ano 2011, atopamos que xa se deron outras normas de transcendencia que inciden na normativa reguladora do IRPF. Neste senso, queremos destacar agora que a Lei de Economía Sostible -Lei 2/2011, de 4 de marzo- leva a cabo a incorporación expresa da figura do traballador autónomo economicamente dependente (TRADE) no texto da

LIRPF. En particular, dase entrada aos TRADEs na redución por obtención de rendementos de actividades económicas ampliando o ámbito da redución do rendimento neto de actividades económicas.

O novo escenario económico e social no que vivimos trata de atopar unha resposta axeitada, tamén, a partires do noso sistema tributario e, sinaladamente, do Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas. Nuns casos as políticas tributarias, que latexan detrás dos cambios normativos, tratan de incentivar determinados comportamentos ou favorecer a determinados colectivos, coa dúbida sempre da fundamentación suficiente do seu tratamento fiscal diferenciado. Noutros supostos a crise económica fai ver máis ca nunca a función esencial do tributo, a recadatoria, coa finalidade de obter os fondos necesarios para satisfacer as necesidades de toda a comunidade social. Sempre cun principio de xustiza tributaria e informador básico, o de capacidade económica, que obriga e limita na obtención de medios das fontes onde residen. E, finalmente, coma non pode ser doutra maneira, nalgúns outros supostos o lexislador, coa menor tardanza posible, simplemente trata de adaptar a norma a ese novo entorno co que vai enfrontando na súa función normativa.



Cooperativismo e Economía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 201-206

PRONTUARIO DO IVE 2011

Jaime ANEIROS PEREIRA
Universidade de Vigo

1. Presentación.

As novidades no Imposto sobre o Valor Engadido para 2011 atópanse íntimamente relacionadas co comercio internacional, as obrigas formais e a inversión da condición de suxeito pasivo no imposto para os casos de execucións xudiciais.

2. Modificacións no ámbito das importacións e do comercio intracomunitario.

O BOE do 23 de decembro publicou a Lei 39/2010, do 22 de decembro, de orzamentos Xerais do Estado para o ano 2011 que realiza unha serie de modificacións nas normas do IVE relativas ás importacións:

Modificación do art.º 27.12 para declarar exenta a entrega de bens importados destinados a unha entrega de bens ulterior. Así, estará exenta do imposto a importación dos bens cuxa expedición ou transporte teña como punto de chegada un lugar situado noutro Estado membro sempre que a entrega ulterior dos devanditos bens, realizada polo importador ou polo representante fiscal, estivese exenta en virtude do artigo 25 da Lei.

Tamén se realizará a modificación do artigo 86 no que se refire ao concepto de importador. Serán importadores os destinatarios dos bens importados, sexan adquirentes, cesionarios ou propietarios dos mesmos ou ben consignatarios que actúen en nome propio na importación; os viaxeiros que introduzan os bens; os propietarios dos bens nos casos non contemplados e os adquirentes ou os propietarios, arrendatarios ou fletadores.

Outro grupo de modificacións no IVE se refiren ás exencións no imposto. Modifícase o art.º 20 para declarar exentos os servizos postais universais en todo ou en parte que se presten por calquera operador ou as entregas de bens e os servizos prestados a organismos internacionais (art.º 22 e 61).

Finalmente, tamén hai que ter en conta a modificación do art.º 9.3 h) no que se refire ás entregas de gas e a declaración de exentas das importacións a través de gasodutos ou de buques. Igualmente, régúlase cando se entende producida na Unión Europea a entrega de Gas a través dun gasoduto.

3. Modificacións en materia de facturación e dedución do IVE intracomunitario.

Neste concreto ámbito destaca a esixencia de factura (co contido do art.º 226 da Directiva) e do apuntamento contable da operación, así como a consignación da operación. (art.º 97)

Ademáis, destaca tamén a consideración de cotas soportadas no momento de recepción da Factura (art.º 99).

Finalmente, a Lei de Orzamentos para 2011 regula a obriga de conservar as facturas e documentos recibidos durante o período de prescrición. (art.º 165).

4. Obrigas formais no IVE.

O día 31 de decembro de 2010 publicouse o Real Decreto 1789/2010, do 30 de decembro, polo que se modifica o Regulamento do Imposto sobre o Valor Engadido e o Regulamento polo que se regulan as obrigas de facturación, en relación co cumprimento de determinadas obrigas formais.

O artigo primeiro modifica o Regulamento do Imposto sobre o Valor Engadido e o artigo segundo o Regulamento polo que se regulan as obrigas de facturación, coa finalidade de incorporar diversas modificacións que afectan, en ambos os dous casos, ao cumprimento de obrigas periódicas de orde formal por parte dos suxeitos pasivos do Imposto.

Desta forma, modifícase o Regulamento do Imposto sobre o Valor Engadido co obxectivo de completar a transposición da Directiva 2009/69/CE do Consello do 25 de xuño de 2009 pola que se modifica a Directiva 2006/112/CE relativa ao sistema común do imposto sobre o valor engadido no que respecta á evasión fiscal vinculada á importación. Neste sentido, establécense unha serie de requisitos moi precisos que deben cumprir as importacións exentas como consecuencia do disposto no apartado 12.º do

artigo 27 da Lei 37/1992, do 28 de decembro, do Imposto sobre o Valor Engadido.

Así mesmo, axústase o contido do artigo 24 do Regulamento do Imposto aos cambios que introduciu o Real Decreto-lei 6/2010, do 9 de abril, de medidas para o impulso da recuperación económica e o emprego, nos apartados catro e cinco do artigo 80 da Lei 37/1992.

Actualízanse, igualmente, os medios de proba necesarios para a acreditación de determinadas operacións exentas relativas ao tráfico internacional de bens, con base no principio de liberdade de proba, substituíndo, adicionalmente e neste mesmo ámbito, a declaración ao suxeito pasivo que debía realizar o destinatario de determinadas operacións exentas por unha comunicación que deberá dirixirse á Administración tributaria.

Dispónse, así mesmo, o axuste regulamentario da eliminación da obriga legal de expedir autofactura nos supostos de inversión do suxeito pasivo, afectando o devandito axuste tanto ao Regulamento do Imposto coma ao Regulamento polo que se regulan as obrigas de facturación, co dobre obxectivo de reducir no posible o cumprimento das cargas administrativas e, á vez, asumir a xurisprudencia máis recente ao respecto do Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

Por último, e como consecuencia do Dereito da Unión, a disposición transitoria única amplía excepcionalmente o prazo de presentación das solicitudes de devolución soportadas durante 2009 por determinados empresarios ou profesionais non establecidos no territorio de aplicación do Imposto ata o 31 de marzo de 2011.

5. Modificación dos modelos tributarios de declaración.

O 27 abril de 2011 publicouse a Orde EHA/1033/2011, do 18 de abril, pola que se modifica a Orde EHA/3786/2008, do 29 de decembro, pola que se aproban o modelo 303 Imposto sobre o Valor Engadido, Autoliquidación, e o modelo 308 Imposto sobre o Valor Engadido, solicitude de devolución: Recarga de equivalencia, artigo 30 bis do Regulamento do IVE e suxeitos pasivos ocasionais e modifícanse os Anexos I e II da Orde EHA/3434/2007, do 23 de novembro, pola que se aproban os modelos 322 de autoliquidación mensual, modelo individual, e 353 de autoliquidación mensual, modelo agregado, así como outra normativa tributaria.

Tamén debe terse en conta una orde ómnibus pois o día 22 de xuño publícase a Orde EHA/1721/2011, de 16 de xuño, pola que se aproba o modelo 222 para efectuar os pagamentos fraccionados a conta do Imposto sobre

Sociedades en réxime de consolidación fiscal establecéndose as condicións xerais e o procedemento para a súa presentación telemática, elimínase o modelo 197 de declaración das persoas e Entidades que non comunicasen o seu Número de Identificación Fiscal aos Notarios mediante a derogación do apartado cuarto e do anexo IV da Orde de 27 de decembro de 1990, e modifícase a Orde EHA/769/2010, de 18 de marzo, pola que se aproba o modelo 349 de declaración recapitulativa de operacións intracomunitarias, así como os deseños físicos e lóxicos e o lugar, forma e prazo de presentación, se establecen as condicións xerais e o procedemento para a súa presentación telemática, e modifícase a Orde HAC/3625/2003, de 23 de decembro, pola que se aproba o modelo 309 de declaración-liquidación non periódica do Imposto sobre o Valor Engadido, e outras normas tributarias.

Procédese a modificar parcialmente o Anexo II da Orde EHA/769/2010, de 18 de marzo, pola que se aproba o modelo 349 de declaración recapitulativa de operacións intracomunitarias, (...) Dita modificación consiste na introdución de dúas novas claves «M» e «H» que permitan identificar as entregas intracomunitarias de bens posteriores a unha importación exenta, de acordo co apartado 12º do artigo 27 da Lei do Imposto sobre o Valor Engadido, efectuadas ben por un importador identificado para os efectos do Imposto sobre o Valor Engadido, teña ou non a condición de representante fiscal, ou por un representante fiscal en nome e por conta dun importador non identificado para os efectos do Imposto sobre o Valor Engadido no territorio de aplicación do Imposto.

6. Inclusión dun suposto de inversión do suxeito pasivo no IVE para o caso das adxudicacións en subasta.

A *Lei 38/2011, de 10 de outubro, de reforma da Lei 22/2003, de 9 de xullo, Concursal*, publicada no BOE de 11 de outubro de 2011 procede a modificar a Lei do Imposto sobre o Valor Engadido co obxectivo de que a enaxenación de bens inmobles, realizada tanto na fase común ou como consecuencia da fase de liquidación do concurso, sexa liquidada a efectos do devandito tributo polo seu adquirente aplicando o mecanismo da inversión del sujeto pasivo.

Así, introducese unha letra e) no artigo 84.1.2.º, co seguinte tenor: “e) Cando se trate de entregas de bens inmobles efectuadas como consecuencia dun proceso concursal.”

En conexión co anterior, a disposición adicional sexta pasa a sinalar que nos procedementos administrativos e xudiciais de execución forzosa, os adxudicatarios que teñan a condición de empresario ou profesional a efec-

tos do imposto están facultados, en nome e por conta do suxeito pasivo, e con respecto ás entregas de bens e prestacións de servizos suxeitas para expedir a factura que documente a operación e repercute a cota do imposto, presentar a declaración-liquidación correspondente e ingresar o importe do imposto así como efectuar a renuncia das exencións.



Cooperativismo e Economía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 207-208

NOVIDADES NO IMPOSTO SOBRE TRANSMISIÓNS PATRIMONIAIS E ACTOS XURÍDICOS DOCUMENTADOS

Dra. Carmen RUIZ HIDALGO
*Profesora Titular de Dereito Financeiro e
Tributario da Universidade de Vigo*

1.- Novidades na Lei de Orzamentos Xerais do Estado para 2011.

A Lei 39/2010 de 22 de decembro aprobou os Orzamentos Xerais do Estado para o ano 2011. Neles, o lexislador contempla unha serie de modificacións tributarias. É certo que o Tribunal Constitucional foi precisando o contido posible da lei anual de Orzamentos Xerais do Estado, no que ademais de ter un contido necesario, caben outros contidos eventuais. Estes están estritamente limitados ás materias ou cuestións que garden directamente relación coas previsións de ingresos, as habilitacións de gastos ou os criterios de política económica xeneral, que sexan complemento necesario para a máis fácil interpretación e máis eficaz xestión dos Orzamentos Xerais do Estado e da política económica do Goberno. Neste senso, a Lei de Orzamentos Xerais do Estado para 2011 incorpora diversas medidas, ademais das que habitualmente recolle esta norma, que constitúen un exemplo do papel que a política fiscal pode e debe desempeñar nun contexto económico de crise, como o que estamos padecendo.

Entre outras medidas que afectan ás principais figuras do sistema tributario, atópase o Imposto sobre Transmisións Patrimoniais e Actos Xurídicos Documentados, onde se procede a actualizar a escala que grava a transmisión e rehabilitación de Grandezas e Títulos Nobiliarios ao 1%.

ESCALA	Transmisións Directas Euros	Transmisións Transversais Euros	Rehabilitacións e recoñecemento de títulos estranxeiros Euros
1º Por cada título de grandeza	2.594	6.502	15.589
2º Por cada grandeza sen título	1.854	4.649	11.129
3º Por cada título sen grandeza	739	1.854	4.461

2.- Novidades no Real Decreto-Lei 13/2010, de 3 de decembro, de actuacións no ámbito fiscal, laboral e liberalizadoras para fomentar o investimento e a creación de emprego.

Este Real Decreto regula unha serie de medidas de natureza tributaria que afectan ao Imposto sobre Sociedades, en concreto ao réxime fiscal aplicable ás Empresas de Reducida Dimensión, e ao Imposto sobre Transmisións Patrimoniais e Actos Xurídicos Documentados. Neste último caso, exonérase de gravame pola modalidade de operacións societarias de todas as operacións dirixidas á creación -constitución-, capitalización -aumento de capital- e mantemento das empresas -achegas que efectúen os socios que non supoñan aumento-, ao entenderse que na actual conxuntura económica resulta conveniente suprimir os obstáculos que dificulten o logro de tales fins. Tamén está exento o traslado a España da sede de dirección efectiva ou do domicilio social dunha sociedade, cando nin unha nin outro estivesen previamente situados nun Estado Membro da Unión Europea.

Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 209-214

NOVIDADES FINANCEIRAS NA COMUNIDADE AUTÓNOMA GALEGA PARA O 2011

Mónica SIOTA ÁLVAREZ
Universidade de Vigo

Desde a perspectiva do **ingreso público**, a **Lei 8/2010, do 29 de outubro**,²⁰ recolle, con vixencia limitada, novas medidas fiscais no Imposto de Transmisións Patrimoniais e Actos Xurídicos Documentados para fomentar o acceso á vivenda, a súa rehabilitación e o seu financiamento. Estas medidas consisten: na redución do tipo de gravame no imposto sobre actos xurídicos documentados nun 0,25% para a primeira adquisición de vivenda habitual e para a constitución de préstamos hipotecarios para o seu financiamento; nunha redución dun 1% do tipo de gravame no imposto sobre transmisións patrimoniais onerosas para a adquisición de vivendas usadas que vaian ser obxecto de inmediata rehabilitación; e nunha dedución do 100% da cota no imposto sobre actos xurídicos documentados para a constitución de préstamos hipotecarios destinados á cancelación doutros préstamos hipotecarios que foron destinados á adquisición de vivenda habitual. O obxectivo último destes beneficios fiscais é reactivar tanto o mercado de vivendas coma o sector da rehabilitación, co conseguinte aumento das transaccións inmobiliarias, das contratacións de desempregados do sector da construción para os traballos de rehabilitación e, polo tanto, tamén dos ingresos impositivos derivados, tanto do imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados coma do IVE.

²⁰ Lei 8/2010, do 29 de outubro, de medidas tributarias no Imposto sobre Transmisións Patrimoniais e Actos Xurídicos Documentados para a reactivación do mercado de vivendas, da súa rehabilitación e o seu financiamento, e outras medidas tributarias.

Ainda que, sen dúbida, e tamén dende a perspectiva do ingreso, a **Lei 15/2010, de 28 de decembre**, da Comunidade Autónoma de Galicia, de medidas fiscais e administrativas (Lei de Orzamentos para o 2011) é a que maiores novidades incorpora o noso ordenamento.

Polo que se refire aos impostos cedidos, no Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas, establécense tres deducións novas na cota íntegra autonómica e amplíase o ámbito dunha xa existente. A dedución por autoemprego beneficiaba as mulleres, calquera que fose a súa idade, e os homes menores de 35 anos. Pero a actual situación de crise económica e o aumento do número de desempregados fai aconsellable ampliar o beneficio fiscal e eliminar a limitación de idade para o caso dos homes.

En canto ás deducións novas, establécese unha por acollemento familiar, para seguir apoiando as deducións no ámbito persoal e familiar, así como dúas deducións orientadas a fomentar o investimento na Comunidade Autónoma coa finalidade de impulsar a iniciativa privada para a saída da crise económica e o fomento do emprego; polo que se esixe que ese investimento veña acompañado da creación de emprego e se manteña durante un período de tres anos. Neste sentido, establécese a dedución, na cota íntegra autonómica, por investimento na adquisición de accións ou participacións sociais en entidades novas ou de recente creación, e tamén a correspondente ás cantidades investidas durante o exercicio na adquisición de accións como consecuencia de acordos de ampliación de capital subscritos por medio do segmento de empresas en expansión do Mercado Alternativo Bursátil.

Como última novidade, régúlase a escala autonómica do IRPF de acordo coa nova normativa que regula o financiamento autonómico, que obriga á súa aprobación por cada Comunidade Autónoma, sen que se produzan incrementos dos tipos establecidos para cada un dos seus tramos.

A lei de Orzamentos tamén introduce un beneficio fiscal no Imposto sobre Sucesións e Doazóns, coa finalidade de promover as agrupacións de propietarios forestais. E así, establécese, para as adquisicións, por causa de morte ou por doazón, de parcelas forestais incluídas na superficie de xestión conxunta destas agrupacións, unha redución do 99% do valor destas parcelas.

No imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados, por unha parte, establécese unha dedución na cota do 100% na modalidade de transmisións patrimoniais onerosas, aplicable aos arrendamentos de terreos rústicos. Por outra, e tendo en conta a promoción das agrupacións de propietarios forestais dotadas de personalidade xurídica, establéce-

se unha dedución na cota do 100% para as transmisións onerosas de parcelas forestais incluídas na superficie de xestión conxunta ou de comercialización de producións que realicen este tipo de agrupacións.

Tamén se modifican os tipos de gravame da taxa fiscal sobre o xogo, nos casos dos casinos de xogo e das máquinas ou dos aparellos automáticos aptos para a realización de xogos.

Polo que se refire aos tributos propios, procédese ao establecemento de exencións nos tributos sobre o xogo, en concreto no Imposto sobre o bingo, para aqueles que, dada a súa entidade, están excluídos do ámbito de aplicación e, polo tanto, das formalidades e requisitos establecidos na Lei 14/1985, do 23 de outubro, reguladora dos xogos e das apostas de Galicia.

A Lei de Orzamentos tamén se ocupa de normas relativas á aplicación dos tributos. No que se refire á comprobación de valores, modifícase a normativa existente por dous motivos: para dar validez xurídica, no ámbito da Comunidade Autónoma, aos valores publicados por outras Comunidades Autónomas para os bens situados nos seus territorios –así, dáselles entrada a medios de comprobación distintos do ditame de peritos e permítese máis axilidade no procedemento xestor-; para adecuar a normativa á eliminación da obriga do visado colexial para os ditames periciais. Ademais, introdúcese certas modificacións nas obrigas formais dos notarios a prol da remisión por vía telemática da declaración informativa comprensiva dos elementos básicos da escritura.

Ademais, establece a obriga da autoliquidación por parte dos suxeitos pasivos da taxa fiscal sobre o xogo realizado a través de máquinas tipo «A» especial, «B» e «C», na forma, no lugar e nos prazos establecidos por orde da consellaría competente en materia de facenda. Así como a obriga de ingresar, no momento da presentación da autoliquidación, a cota anual correspondente.

Por último, a Lei de Orzamentos recolle dúas medidas dirixidas á mellora da Administración tributaria. En primeiro lugar, contén unha nova regulación da encomenda de competencias na aplicación dos tributos ás oficinas liquidadoras de distrito hipotecario. En segundo e último lugar, autorízase a creación da Axencia Tributaria de Galicia. Considérase que o modelo máis axeitado consiste nunha axencia pública autonómica dotada de personalidade xurídica propia e plena capacidade de obrar, con patrimonio e tesouraría propios e con autonomía funcional, financeira e de xestión para o cumprimento dos seus fins. Este ente exercerá as potestades administrativas para a aplicación dos tributos e a recadación executiva dos demais ingresos

de dereito público da Facenda pública galega, a potestade sancionadora en materia tributaria e a revisión en vía administrativa dos actos ditados no exercicio das competencias anteriores, e apoiarase nun modelo organizativo que parta da fixación duns obxectivos, para a súa posterior avaliación e control, coa conseguinte esixencia de responsabilidade polos resultados obtidos e o respecto dos dereitos dos cidadáns.

Desde a perspectiva do **gasto público** cómpre salientar a **Lei 2/2011, do 16 de xuño**, de disciplina orzamentaria e sustentabilidade financeira.

A finalidade principal desta lei é establecer un marco normativo que permita garantir a sustentabilidade financeira a longo prazo das finanzas públicas da Comunidade Autónoma de Galicia. Por elo, atinxe á actividade financeira da Administración autonómica e de todas as entidades sobre as que esta exerce a súa tutela financeira, xa formen parte do perímetro de consolidación en termos de contabilidade nacional ou non.

Esta lei recolle os principios que rexerán a actividade financeira de Comunidade Autónoma, e que xa están formulados na normativa básica establecida no Real decreto lexislativo 2/2007, do 28 de decembro, e na Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable (principio de responsabilidade, principio de estabilidade orzamentaria, principio de plurianualidade, principio de transparencia, e principio de eficiencia na asignación e no emprego dos recursos públicos).

A materialización da estabilidade financeira se concreta en termos de capacidade ou necesidade de financiamento en termos de contabilidade nacional, coa excepción do déficit adicional para investimentos produtivos e establecendo un informe de estratexia financeiro-fiscal que constituirá a programación da actividade do sector público autonómico con orzamento limitativo a medio prazo.

O instrumento fundamental para incorporar disciplina orzamentaria e evitar que ingresos extraordinarios se incorporen á estrutura administrativa a través do gasto corrente é o establecemento dun límite de gasto non financeiro que permitirá empregar eses ingresos extraordinarios para amortizar débeda.

Para garantir o cumprimento dos obxectivos de estabilidade orzamentaria, esta lei establece certas pautas de xestión orzamentaria, como por exemplo, non permitir a realización de modificacións orzamentarias que supoñan déficit, coa excepción das incorporacións de fondos finalistas previamente recadados.

Ademais, recóllense tres regras de disciplina fiscal que intentan garantir a sustentabilidade das finanzas públicas a medio prazo, a obriga de financiar gasto corrente con ingreso corrente e que a débeda pública autonómica manteña un nivel prudente e unha evolución estable ao longo do ciclo. Para acadar esta última, limitase o crecemento do gasto na fase expansiva do ciclo a unha taxa equivalente á do crecemento do PIB nominal, e obrígase a dedicar posibles maiores recadacións conxunturais a reducir a débeda xerada nas fases recesivas do ciclo.

Por último, recóllese a materialización das medidas de transparencia financeira respecto de todas as entidades e todas as fases do circuíto financeiro, e dáselle conta ao Parlamento en última instancia do cumprimento do obxectivo de estabilidade orzamentaria. Así mesmo, recóllense determinadas obrigas que deben cumprir as universidades públicas de Galicia, xa que achegan unha parte importante do resultado en termos de capacidade ou de necesidade de financiamento.



Cooperativismo e Enonomía Social, nº 33 (2010-2011), pp. 215-220

**COMENTARIO Á SENTENCIA DO TXUE DE 8 DE
SETEMBRO DE 2011, ASUNTOS ACUMULADOS
C-78/08 A C-80/08**

**-Réxime fiscal das cooperativas italianas e a súa compatibilidade
co artigo 107 TFUE-**

María Cruz BARREIRO CARRIL
Profesora Axudante Doutor
Área de Dereito Financeiro e Tributario
Universidade de Vigo

O pasado 8 de setembro de 2011, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (en adiante, TXUE) pronunciouse sobre as cuestións prexudiciais formuladas pola *Corte Suprema di Cassazione* italiana nos asuntos acumulados *Ministerio dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate e Saint Graphos Soc. coop. Ar*²¹, *Adigne Carni Soc. coop. Art, en liquidación e Agenzia delle Entrate, Ministerio dell'Economia e delle Finanze*²² e *Ministerio delle Finanze e Michele Franchetto*²³.

As peticións de decisións prexudiciais formuláronse no marco de tres litixios referidos a unha serie de solicitudes dirixidas a obter a exención de diversos impostos ás que poden acollerse as sociedades cooperativas de produción e traballo conforme o Decreto do Presidente da República nº 601, de 29 de setembro de 1973, polo que se regulan as vantaxes fiscais (en adiante, DPR Nº 601/1973). O artigo 11 do Decreto establecía que os rendementos das devanditas cooperativas estarán exentos do imposto sobre o beneficio das persoas xurídicas e do imposto local sobre o beneficio en ca-

²¹ Asunto C-78/08.

²² Asunto C-79/08.

²³ Asunto C-80/08.

so de cumprirse determinadas condicións relativas o importe das remuneracións²⁴.

Mediante a interposición das cuestións prexudiciais a *Corte Suprema di Cassazione* italiana pretendía coñecer, en esencia, se o réxime fiscal referido resultaba compatible co actual artigo 107 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (en adiante, TFUE)²⁵.

O primeiro que chama a atención na análise da medida italiana á luz do réxime do artigo 107 TFUE é que se aparta en certa medida do esquema tradicionalmente aceptado para levar a cabo aquela. A Comunicación da Comisión Europea sobre axudas de Estado²⁶ sostíña que para que una norma nacional poida ser cualificada como axuda de Estado no sentido do artigo 107.1 TFUE, debe reunir os seguintes requisitos: (a) debe constituír una vantaxe, (b) a través de recursos estatais, (c) debe favorecer a determinadas empresas, producións de bens ou prestacións de servizos, (d) debe falsear ou ameazar con falsear a competencia e supoñer un deterioro no comercio entre os Estados membros²⁷.

De feito, despois de verificar que a medida controvertida cumpre o requisito de “financiamento polo Estado ou mediante recursos estatais”, pasa a analizar o requisito da “selectividade da medida”, utilizando criterios que normalmente deberían sinxelamente conducir a que a medida en cuestión é unha “vantaxe” –como é o de apartarse do sistema xeral de referencia²⁸. Desta maneira, non queda clara a distinción entre o carácter de vantaxe e

²⁴ Vid. f.x. 6.

²⁵ Á marxe das cuestións prexudiciais relativas ó réxime de Axudas de Estado, a *Corte Suprema di Cassazione* preguntaba tamén ó TXUE se podía cualificarse de abuso de dereito a utilización da forma de sociedade cooperativa, non soamente nos casos de fraude ou simulación, senón ademais cando a utilización da devandita forma de sociedade se realiza co fin exclusivo ou principal de obter un aforro fiscal. O TXUE entendeu que esta cuestión non tiña por obxecto a interpretación do Dereito de Unión polo que non tiña competencia para pronunciarse sobre a mesma (Vid. ff.xx. 28-42).

²⁶ Comunicación da Comisión relativa á aplicación das normas sobre axudas estatais ás medidas relacionadas coa fiscalidade directa das empresas (DOCE nº C. 384, de 10 de decembro de 1998).

²⁷ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: “El régimen jurídico de las ayudas de Estado y las normas de naturaleza tributaria” en *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, páxs. 1133- 1159, pág. 1140.

²⁸ Vid. 50 e ss.

selectividade. Como indica LÓPEZ LÓPEZ, unha medida pode apartarse do sistema tributario xeral e nembargantes, resultar aplicable a unha xeneralidade de suxeitos pasivos do imposto, e polo tanto, non ser específica²⁹.

O razoamento do TXUE neste aspecto resulta confuso. Se ben sinala nun primeiro momento que o “réxime xurídico de referencia” é o imposto sobre sociedades *a efectos de apreciar o eventual carácter de selectivo de medida controvertida* e que a excepción vén constituída pola exención de aquel, conclúe que, en consecuencia, as sociedades cooperativas gozan dunha *vantaxe fiscal* ás que as sociedades con ánimo de lucro non poden acollerse³⁰, dando a entender que apartarse do réxime xurídico de referencia non sirve para concluír o carácter selectivo da medida senón unicamente a súa condición vantaxosa.

Os efectos de determinar o carácter selectivo da medida, o TXUE sinala que a vantaxe non se aplica a tódolos operadores económicos, senón soamente en función da forma xurídica da empresa, dependendo de que sexa ou non unha sociedade cooperativa³¹. Partindo desta premisa, trata de determinar se as exencións fiscais controvertidas poden favorecer a determinadas empresas ou producións en relación con outras empresas que se atopan nunha situación de facto ou xurídica comparable, tendo en conta o obxectivo perseguido polo réxime do imposto sobre sociedades. Aínda que o TXUE enumera unha serie de criterios que evidencian a especificidade das sociedades cooperativas en relación coas sociedades comerciais³², entende que, en última instancia corresponde ó órgano xurisdiccional remitente comprobar se as sociedades cooperativas en cuestión se atopan, de feito, nunha situación comparable á das sociedades con ánimo de lucro suxeitas ó imposto sobre sociedades. A maiores, recorda, que aínda no caso de que o xuíz nacional chegase á conclusión de que ambas categorías de sociedades se atopan nunha situación comparable, sería preciso determinar se as exencións en cuestión atopan xustificación na natureza ou economía xeral do sistema no que se inscriben, pois unha medida que constituía unha excep-

²⁹ LÓPEZ LÓPEZ, H.: “El régimen jurídico de las ayudas de Estado y su incidencia en el sistema tributario español: la amortización fiscal del fondo de comercio para la adquisición de participaciones en entidades extranjeras”, *Quincena Fiscal*, núm. 15, 2010, páx. 12 da versión westlaw.

³⁰ F.x. 51.

³¹ F.x. 52.

³² Vid. ff.xx. 55-62. Así, o principio de primacía da persona, a xestión, ou o funcionamento.

ón á aplicación do sistema fiscal xeral pode verse xustificada se un Estado membro demostra que a mesma se deriva dos principios rectores do seu sistema fiscal³³. Finalmente, en relación co requisito da “selectividade” recorda que aínda estando unha medida xustificada na natureza ou economía xeral do sistema no que se inscribe, é necesario que cumpra co principio de proporcionalidade, sen exceder os límites do necesario.

En definitiva, o TXUE remite ó xuíz nacional a valoración dun dos requisitos máis problemáticos na valoración dunha medida como axuda de Estado e que é utilizado na súa xurisprudencia en moitos casos de maneira que provoca unha aplicación exorbitante do réxime en cuestión³⁴.

Polo que se refire o último dos requisitos (falseamento da competencia e deterioro do comercio entre os Estados), o TXUE aplica a súa xurisprudencia consolidada conforme á cal basta con que o beneficiario compita con outros axentes económicos nun mercado aberto á competencia, para que esta se entenda falseada, entendendo cumprido este requisito.

En definitiva, sinala o TXUE que as exencións fiscais analizadas soamente constitúen “axuda de Estado” conforme o 107.1 TFUE cando cumpren tódolos requisitos de aplicación da devandita disposición. Nunha situación como a analizada, corresponderá apreciar máis concretamente o carácter de “selectividade”, así como a súa eventual xustificación pola natureza ou economía xeral do sistema no que se inscriben determinando, en particular, se as cooperativas en cuestión, se atopan, de facto, nunha situación comparable á das entidades con ánimo de lucro, e se, de ser así, o trato fiscal reservado ás mesmas é inherente ós principios esenciais do sistema de imposición do Estado en cuestión e, conforme ós principios de coherencia e proporcionalidade.

Desta forma, o Tribunal de Luxemburgo apártase das conclusións do Avogado Xeral NILO JÄÄSKINEN que propuña que o TXUE declarase inadmisibles as cuestións formuladas pola *Corte Suprema di cassazione*, e subsidiariamente, declare admisible soamente a primeira entendendo que a

³³ Vid. ff.xx. 65-74.

³⁴ Vid. FALCÓN Y TELLA, R.: “La desorbitada expansión del concepto de “ayuda de Estado” en la práctica reciente de la Comisión: el ejemplo de la decisión de 31 de octubre de 2000, relativa a la deducción por actividades de exportación contemplada en el artículo 34”, *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2001.

medida en cuestión non constitúe axuda de Estado no senso do artigo 107.1 TFUE³⁵.

O pronunciamento analizado constitúe un dos tantos nos que as institucións da Unión Europea veñen valorando as cooperativas dende a perspectiva das axudas de Estado en distintos Estados europeos. España é un bo exemplo diso. A finais de 2009, a Comisión Europea puxera en cuestión o réxime fiscal especial das cooperativas españolas³⁶ no marco dun conxunto de procedementos e pronunciamentos en Italia, Francia, Noruega e España, no que tamén se inserta o pronunciamento analizado no presente traballo. Dende a doutrina científica³⁷ incídese na destacada función social e o interese público que perseguen as cooperativas que as fan merecedoras do trato fiscal favorable concedido polas normativas dos Estados membros.

³⁵ Conclusións do Avogado Xeral NILO JÄÄSKINEN de 8 de xullo de 2001 (asuntos acumulados C-78/80 a C-80/80). As conclusións do Avogado Xeral son analizadas por ISAAC MERINO JARA en “El régimen fiscal de las cooperativas ¿respeto el régimen comunitario de ayudas de Estado?”, *GEZKI*, núm. 6, 2010, páxs. 29-57.

³⁶ ALGUACÍ MARÍ, P.: “Condiciones del régimen de ayudas de Estado en la fiscalidad de las cooperativas”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa: El régimen fiscal de las sociedades cooperativas*, vol. 69, outubro, 2010, páxs. 27-52.

³⁷ MERINO JARA, I.: “El régimen fiscal de las cooperativas ...”, op. cit., pág. 57.



ACTUALIDADE COOPERATIVA EM PORTUGAL

Coordenador: Deolinda Aparício Meira

- Eduardo Graça
Economia Social em Portugal. Actualidades
- Alexandre de Soveral Martins
Breve nota sobre a Portaria n.º 312/2010, de 5 de Maio, ou sobre o capital social das caixas agrícolas
- André Almeida Martins
Breve nótula sobre a integração e concentração das cooperativas agrícolas
- Óscar João Atanázio Afonso
O microcrédito numa perspectiva económica
- Cristina Parente e Vanessa Marcos
Uma abordagem sociológica sobre o voluntariado. Análise da Resolução do Conselho de Ministros n.º 62/2010
- Ana Maria Alves Bandeira
O novo regime de normalização contabilística para as entidades sem fins lucrativos
- Raul Guichard
Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Dezembro de 2009 (Anotação)
- Tiago Pimenta Fernandes
A cooperativa de habitação: sobre a responsabilidade por defeitos de construção na venda a terceiros (Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Junho de 2010)

- Filipa Urbano Calvão

A invalidade do acto administrativo de uma cooperativa com funções de regulação pública (Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo) decorrente da preterição da audiência prévia dos interessados (Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7 de Julho de 2010)

- Paulo Vasconcelos

O regime de invalidade das deliberações sociais previsto no Código das Sociedades Comerciais é subsidiariamente aplicável a deliberações tomadas pelos cooperadores em assembleia-geral (Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de setembro de 2010)

- Deolinda Aparício Meira

O regime de transmissão dos títulos de capital nas cooperativas (Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de janeiro de 2011)

Cooperativismo e Economia Social, nº 33 (2010-2011), pp. 223-226

ECONOMIA SOCIAL EM PORTUGAL Actualidades

Eduardo GRAÇA

*Presidente da Direcção da Cooperativa António Sérgio
para a Economia Social*

A economia social é um conceito que não está suficientemente reconhecido nem no plano jurídico, nem doutrinário, nem prático. Sem prejuízo das raízes históricas da economia social, só em 1992, o *Comité Económico e Social Europeu* apresentou três propostas de Regulamento de Estatutos da *Associação Europeia, Cooperativa Europeia e Mutualidade Europeia*. Mas de todas estas propostas só foi aprovado, em 2003, o *Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia*.

Em 26 de Janeiro de 2009, o Parlamento Europeu adoptou a designação economia social numa Resolução aprovada a partir do denominado Relatório Tóia. Meses antes da discussão havida no Parlamento Europeu, o Comité Económico e Social havia encomendado ao *CIRIEC – Centro Internacional de Pesquisa e Informação sobre Economia Pública, Social e Cooperativa*, um relatório sobre a Economia Social na União Europeia, estudo conceptual e comparativo que abarcou todos os países da União com excepção da Bulgária e Roménia. Nele se propõe uma definição de trabalho de «economia social».

O Plano de Actividades para 2011 da *Cooperativa António Sérgio para a Economia Social (CASES)* adoptou, traduzida e adaptada a Portugal, a seguinte proposta para definir o sector:

Por economia social entende-se o conjunto das empresas de livre adesão e autonomia de decisão, democraticamente organizadas, com personalidade jurídica própria, criadas para satisfazer as necessidades dos seus membros

no mercado, produzindo bens e serviços, e nas quais a eventual distribuição dos excedentes de exercício e a tomada de decisões não estão ligadas ao capital individual dos membros, que terão um voto cada. Nela se incluem, designadamente, Cooperativas, Mutualidades, Instituições Particulares de Solidariedade Social, Misericórdias, Associações de Desenvolvimento Local e Regional e as Fundações, bem como empresas sociais e entidades voluntárias não lucrativas que produzam serviços de não mercado para as famílias, e cujos eventuais excedentes não podem ser apropriados pelos agentes económicos que as criaram, controlam ou financiam.

Abarcando os subsectores do mercado e do não mercado, as organizações de economia social possuem as seguintes características comuns: não são públicas; estão organizadas formalmente; possuem autonomia de decisão; a filiação nelas é livre; a eventual distribuição de excedentes entre os filiados/usuários não é feita proporcionalmente ao capital ou quotizações dos membros, mas sim em função da sua actividade ou participação no seio da organização; a actividade económica visa satisfazer as necessidades dos seus filiados; e o funcionamento interno rege-se por princípios democráticos.

Nas últimas semanas foi aprovada, pelo Senado e pelas Cortes de Espanha, a «Ley de Economía Social» que seria pioneira não fora o caso de a região da Valónia, Bélgica, já ter antes adoptado uma outra abarcando, embora com diferenças substanciais, a mesma realidade num universo político-administrativa regional.

Quer a lei vigente na Valónia, quer a Lei de Economia Social espanhola, integram Conselhos de Economia Social que no caso deste último se designa por «Consejo para el Fomento de la Economía Social» configurando-se como «órgano asesor y consultivo para las actividades relacionadas con la economía social, integrado, a través del Ministerio de Trabajo e Inmigración, en la Administración General del Estado, sin participar en la estructura jerárquica de esta».

Por outro lado, o *Conselho Nacional para a Economia Social (CNES)* português foi criado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 55/2010, de 22 de Julho de 2010, publicada no DR, 1.ª Série – N.º 150 – 4 de Agosto de 2010 e, tal como na Lei espanhola, é um «órgão de acompanhamento e de consulta do Governo no domínio das estratégias e das políticas públicas de promoção e de desenvolvimento da economia social».

Assinalo, para concluir esta nótula, que a Constituição da República Portuguesa (CRP), no seu art. 82.º, consagra a coexistência de três sectores

de propriedade dos meios de produção, atribuindo ao «sector cooperativo e social» relevância constitucional idêntica à dos sectores público e privado.

Tal dignidade jurídica, atribuída pela CRP ao sector «cooperativo e social», que coincide, na prática, em Portugal, com a Economia Social, exige redobradas cautelas na preparação de uma lei de economia social que, a meu ver, após a criação da CASES e do CNES, poderá culminar um processo de levantamento, análise e reforma da legislação ordinária dos diversos subsectores da economia social actualmente em curso no âmbito de um grupo de trabalho, criado no seio do CNES, presidido pelo Prof. Rui Namorado.

Lisboa, 31 de Março de 2011



Cooperativismo e Economia Social, n.º 33 (2010-2011), pp. 227-230

BREVE NOTA SOBRE A PORTARIA N.º 312/2010, DE 5 DE MAIO, OU SOBRE O CAPITAL SOCIAL DAS CAIXAS AGRÍCOLAS

Alexandre de SOVERAL MARTINS

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Em 5 de Maio de 2010, foi publicada no Diário da República português (2.^a série) a Portaria n.º 312/2010. Trata-se de um diploma cuja importância deve ser destacada, pois veio aumentar consideravelmente as exigências relativamente ao *capital social mínimo* das caixas agrícolas. E isto tanto para as que pertencem ao *sistema integrado de crédito agrícola mútuo* (sistema ou sistema integrado), como para as que não se encontrem nessa situação.

As caixas de crédito agrícola mútuo *que fazem parte do sistema integrado* deveriam ter, pelo menos, um capital social de 1 496 000 Euros. Com as alterações acima referidas, esse capital mínimo passa a ser de 5 000 000 de Euros.

Contudo, as caixas de crédito agrícola mútuo *já existentes* (e que *façam parte daquele sistema*) não têm de realizar de uma só vez o aumento de capital que seja necessário perante a nova Portaria, pois esta última permitiu que a realização desse aumento tivesse lugar *de forma gradual* até 30 de Junho de 2015. Assim, até às datas a seguir indicadas, *deverão estar realizados os seguintes valores mínimos*: até 30 de Junho de 2011, 2 500 000 Euros; até 30 de Junho de 2012, 3 000 000 de Euros; até 30 de Junho de 2013, 3 500 000 Euros; até 30 de Junho de 2014, 4 000 000 de Euros; e, por fim, até 30 de Junho de 2015, 5 000 000 de Euros. Isto não impede que tais valores sejam realizados antes das datas previstas e não impede que sejam ultrapassados os valores indicados: são valores mínimos.

Quanto às caixas de crédito agrícola mútuo que não fazem parte do sistema integrado, ficam obrigadas a ter um capital social mínimo de 7 500 000 Euros. Para essas, a Portaria n.º 312/2010 não prevê qualquer possibilidade de aumento gradual. O que facilmente se compreende, tendo em conta a competência da Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo relativamente às caixas agrícolas que fazem parte do sistema integrado [Cfr., p. ex., arts. 75.º e ss. do Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo e das Cooperativas de Crédito Agrícola Mútuo (RJCAM)] e, bem assim, a garantia integral da Caixa Central quanto às obrigações assumidas pelas caixas agrícolas a ela associadas (art. 78.º do RJCAM). Tudo isso conduz a que, pelo menos em abstracto, possa ser atribuído menor grau de risco à actividade desenvolvida pelas caixas agrícolas que fazem parte do sistema.

Os aumentos de capital agora tornados obrigatórios, para além de surgirem num momento muito exigente para o sector financeiro, são oficialmente justificados também pelas alterações que tinham sido introduzidas no Regime Jurídico (RJCAM) do sector em 2009. Por um lado, quanto às *personas que podem ser associadas* das caixas de crédito agrícola mútuo. Por outro, no que diz respeito às *operações* que podem ser realizadas *com não associados* ou *com finalidades de âmbito não agrícola*.

Começemos pelas primeiras. Com o Decreto-Lei n.º 142/2009, de 16 de Junho de 2009, passou a ser possível que sejam associados de uma caixa de crédito agrícola mútuo pessoas singulares ou colectivas que não desenvolvam actividade em sectores ligados à agricultura [mais precisamente: «actividades produtivas nos sectores da agricultura, silvicultura, pecuária, caça, pesca, aquicultura, agro-turismo e indústrias extractivas», «transformação, melhoramento, conservação, embalagem, transporte e comercialização de produtos agrícolas, silvícolas, pecuários, cinegéticos, piscícolas, aquícolas ou de indústrias extractivas», «fabrico ou comercialização de produtos directamente aplicáveis na agricultura, silvicultura, pecuária, caça, pesca, agricultura, agro-turismo e indústrias extractivas ou a prestação de serviços directamente relacionados com estas actividades, bem como o artesanato» (art. 19.º, n.º 1, do RJCAM)], «desde que exerçam actividade ou tenham residência na área de acção da caixa agrícola, até ao limite de 35% do número total de associados daquela caixa» (art. 19.º, n.º 3, do RJCAM). Excepcionalmente, e verificados certos requisitos, o Banco de Portugal pode autorizar que o limite referido suba até aos 50% (sempre do número total de associados).

Quanto à segunda justificação mencionada, baseia-se ela no facto de as *operações de crédito com não associados* não necessitarem de autorização

do Banco de Portugal se realizadas por caixas agrícolas que cumpram «em base individual» certas regras prudenciais (as fixadas ao abrigo do art. 99.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras). Tais operações só podem ser realizadas, em regra, até ao limite de 35% do activo líquido total da caixa agrícola. Esse limite pode ser elevado até 50% mediante autorização do Banco de Portugal, «em casos excepcionais, devidamente justificados, tendo em conta, nomeadamente, o nível de captação de depósitos e a capacidade e limitações ao crescimento e eficiência das caixas agrícolas» e «mediante proposta da Caixa Central no caso das caixas agrícolas associadas».

Acrescente-se também que nos n.ºs 6 e 7 do art. 36.º-A do RJCAM é tornado possível que *operações de crédito que não sejam «operações de crédito agrícola»* (ou seja, «operações de crédito com finalidades distintas das previstas no artigo 27.º») sejam realizadas pelas caixas agrícolas sem necessidade da autorização do Banco de Portugal e «até ao limite de 35% do valor do respectivo activo líquido», limite esse que pode ser alargado até 50% por autorização do Banco de Portugal («mediante proposta da Caixa Central no caso das caixas agrícolas associadas»).

As alterações introduzidas pela Portaria n.º 312/2010 podem, quando muito, pecar ainda por defeito. O que se disse quanto à abertura a associados que não se dedicam a actividades «agrícolas» e quanto às operações de crédito com não associados e outras que nada têm que ver com a agricultura obrigam a uma maior exigência. Obrigam, ao fim e ao cabo, a uma aproximação do regime a que em geral estão sujeitas as instituições que desenvolvem a actividade bancária. E, diga-se de passagem, a maior flexibilidade quanto à entrada de novos associados também acabará por facilitar os aumentos de capital.



Cooperativismo e Economia Social, nº 33 (2010-2011), pp. 231-236

BREVE NÓTULA SOBRE A INTEGRAÇÃO E CONCENTRAÇÃO DE COOPERATIVAS AGRÍCOLAS

André ALMEIDA MARTINS

*Equiparado a Assistente da Área Científica de Direito do Instituto
Superior de Contabilidade e Administração do Porto*

1. Introdução

Foi publicado no dia 4 de Fevereiro de 2010 o despacho n.º 2841/2010 do Gabinete do Ministro da Agricultura, Desenvolvimento Rural e das Pescas. O objectivo do referido despacho passava pela criação de um grupo de trabalho com a missão de desenvolver um Programa de Apoio à Concentração de Cooperativas Agrícolas.

Já o Programa do XVIII Governo Constitucional definia entre as suas prioridades «*a criação de um sistema de apoio à concentração de cooperativas agrícolas, com o objectivo de promover a profissionalização, a organização para o mercado, a obtenção de economias de escalas e a cooperação estratégica*».

Com efeito, conforme resulta do preâmbulo do despacho, os dados estatísticos mais recentes revelavam uma diminuição do volume de negócios das cooperativas agrícolas, que tendo perdido o seu espaço próprio, só o poderão recuperar caso se adaptem ao mercado global em que têm que competir. Tais circunstâncias implicam que o sector encontre novas soluções que permitam maior competitividade, capacidade negocial e uma gestão empresarial mais profissionalizada.

Um dos caminhos para atingir esses objectivos pode passar pela concentração total ou parcial das áreas de negócio, hipótese em que não só se poderão registar ganhos de escala, mas também se conseguem atingir reduções significativas dos custos operacionais.

2. Objectivos da concentração de cooperativas

Em geral, a globalização da economia, o surgimento de grandes grupos económicos internacionais e a própria saturação do mercado, obrigam as cooperativas a aumentar o seu tamanho de modo a ser mais competitivas. Com efeito, constata-se uma maior necessidade de capital económico e financeiro, que poderá ser assegurado através da concentração de cooperativas.

Na verdade, como salienta DAVID GARCÍA SANZ (in *Concentraci3n de Empresas Cooperativas, Aspectos Económico-Contables y Financieros*, Consejo Económico y Social, Colección Documentación, número 6, Madrid, 2001, página 111), «*as sociedades cooperativas, tal como as restantes sociedades comerciais, têm basicamente dois processos de crescimento: interno e externo. O crescimento interno, como se referiu anteriormente, realiza-se pela expansão, bem como pela diversificação, enquanto que o externo se realiza à base da aquisição, fusão, absorção, alianças, participação ou controlo de outras empresas. Por outras palavras, o crescimento externo dirige-se à concentração das empresas cooperativas.*»

Ainda seguindo o mesmo Autor, as razões principais para a concentração passam, entre outras, pelas seguintes: (i) obtenção de efeitos sinérgicos positivos, (ii) obtenção de economias de escala por concentração horizontal, vertical e pela formação de conglomerados, (iii) o aumento do poder de mercado, mediante a combinação de recursos complementares, (iv) aumento da diversificação, para tentar reduzir o risco do negócio e (v) a eliminação de certas ineficiências, bem como reduções dos custos operacionais.

3. O Código Cooperativo e o Regime Jurídico das Cooperativas Agrícolas

Neste contexto, importa avaliar em que medida o ordenamento jurídico português faculta às cooperativas agrícolas instrumentos adequados para atingir aqueles objectivos. Assim, cumpre percorrer as disposições pertinentes quer do Código Cooperativo (Lei n.º 51/96, de 7 de Setembro), quer do Regime Jurídico aplicável às Cooperativas Agrícolas (Decreto-Lei n.º 335/99, de 20 de Agosto, doravante «RJCA»).

Começando pelo Código Cooperativo, resulta do artigo 3.º que as cooperativas, na sua constituição e funcionamento, obedecem aos princípios cooperativos, que integram a declaração sobre a identidade cooperativa adoptada pela Aliança Cooperativa Internacional («ACI»). Entre os princípios identificados naquele artigo encontra-se o da intercooperação ou coo-

peração entre cooperativas, segundo o qual «as cooperativas servem os seus membros mais eficazmente e dão mais força ao movimento cooperativo, trabalhando em conjunto, através de estruturas locais, regionais, nacionais e internacionais». Como salienta MANUEL JOSÉ VASQUEZ PENA (in *As Cooperativas de Segundo Grau e outras formas de colaboración económica*, in Estudos sobre a Lei Cooperativa de Galicia, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 199, página 341), nesta formulação que resultou do XXXI Congresso da ACI (Manchester 1995) «ficam incluídas tanto a colaboração para fins económicos (a denominada integração em sentido estrito ou societária-empresarial), como a colaboração para fins de representação colectiva de mais de uma cooperativa ou sociedade em geral, no exercício de qualquer tipo de acção ou defesa de interesses não sejam estritamente económicos».

No entanto, mais do que a simples colaboração entre cooperativas, «a concentração supõe um processo de modificação substancial do poder de decisão económica das sociedades concentradas, quer se faça com desaparecimento da personalidade jurídica destas (caso da fusão) ou sem ela (hipótese dos grupos), ou mediante a cisão como caso especial» (ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ, *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*, Tirant lo Blanch, Valência, 2000, página 51).

Ora, quanto à colaboração entre cooperativas, o artigo 5.º do Código Cooperativo prevê a existência de cooperativas de primeiro grau e de grau superior, sendo de primeiro grau aquelas cujos membros sejam pessoas singulares ou colectivas e de grau superior as uniões, federações e confederações de cooperativas.

Quanto às formas de fusão de cooperativas, prevê o artigo 74.º, n.º 1, do Código Cooperativo, que a fusão de cooperativas pode operar-se por integração e por incorporação. Segundo o n.º 2 do referido artigo, verifica-se fusão por integração quando duas ou mais cooperativas, com a simultânea extinção da sua personalidade jurídica, constituem uma nova cooperativa, assumindo a nova cooperativa a totalidade dos direitos e obrigações das cooperativas fundidas. Por outro lado, dispõe o n.º 3 que verifica-se a fusão por incorporação quando uma ou mais cooperativas, em simultâneo com a extinção da sua personalidade jurídica, passam a fazer parte integrante de uma outra cooperativa, que assumirá a totalidade dos direitos e obrigações das cooperativas incorporadas.

Finalmente o número 4 do artigo 74.º do Código Cooperativo determina que a fusão de cooperativas só pode ser validamente efectuada por delibe-

ração de, pelo menos, dois terços dos votos dos cooperadores presentes ou representados em assembleia geral extraordinária convocada para esse fim.

Por seu turno, no que concerne especificamente com as cooperativas agrícolas, o RJCA contém desde logo uma norma genérica que manda aplicar subsidiariamente, na falta de disposição expressa no regime, o disposto no Código Cooperativo.

Por outro lado, dispõe que para a realização dos seus fins, podem as cooperativas agrícolas, nomeadamente, «ajustar com quaisquer pessoas jurídicas, singulares ou colectivas, contratos, acordos ou convenções», bem como «filiar-se em cooperativas, nomeadamente de grau superior, e caixas de crédito agrícola mútuo e ainda participar em associações e formas societárias, nos termos legais» [artigo 3.º alíneas c) e d) do RJCA]. Podem ainda as cooperativas agrícolas agrupar-se em uniões, federações e confederações, nos termos do Código Cooperativo, ao abrigo do disposto no artigo 5.º do RJCA. Com efeito, prevê o artigo 22.º do RJCA, que as cooperativas agrícolas e suas uniões podem agrupar-se em federações de âmbito nacional ou regional e ainda que, as cooperativas agrícolas e suas uniões, que se caracterizam por desenvolver actividades da mesma área de actividades, podem agrupar-se em federações sectoriais de âmbito nacional ou regional.

O RJCA prevê ainda, por um lado, a criação de cooperativas polivalentes que se caracterizam por abranger mais de uma área de actividade do ramo agrícola ou com ela directamente relacionada ou conexas e por adoptarem uma organização interna por secções (artigo 13.º), bem como a existência de cooperativas multissetoriais agrícolas desde que sejam respeitados os seguintes requisitos cumulativos: (i) a cooperativa tenha, no seu objecto, pelo menos uma actividade específica deste ramo, e (ii) tenha um número de associados inscritos em actividades agrícolas superior a metade do número total de associados (artigo 19.º).

4. Conclusão

Em face da análise atrás efectuada, concluímos que a legislação portuguesa faculta às cooperativas portuguesas os meios específicos típicos à concentração de empresas, bem como o recurso a formas de colaboração que não impliquem a perda de autonomia jurídica.

Porém, caso estes recursos se afigurem insuficientes ou não satisfaçam plenamente os objectivos daquelas entidades, não nos parece vedado o recurso a outras formas de cooperação empresarial previstas na legislação

portuguesa — por exemplo, contratos de consórcio e de associação em participação (Decreto-lei n.º 231/81, de 28 de Julho) e agrupamentos complementares de empresas (Lei n.º 4/73, de 4 de Junho e Decreto-lei n.º 430/73, de 25 de Agosto) — desde que naturalmente não sejam violados os princípios cooperativos. Além destes instrumentos tipificados na lei, serão de explorar outras possibilidades já devidamente analisadas e documentadas na doutrina espanhola, por exemplo, a chamada união temporal de empresas ou a sociedade de garantia recíproca (vide, por exemplo, (IMACULADA BUENDÍA MARTÍNEZ, *La integración comercial de las sociedades cooperativas*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, número 77, Madrid, 199, página 180 e seguintes).

De facto, o caminho a seguir para a revitalização do tecido cooperativo agrícola terá necessariamente de passar pela procura de configurações jurídicas que se traduzam em formas de integração, colaboração ou concentração que permitam às cooperativas agrícolas, como salienta SANTIAGO JOAQUINET (*cit. apud* DAVID GARCÍA SANZ, *ob. cit.*, página 101), «*adaptar-se mediante os ajustes necessários às condições de mercado, à política de preços e à confrontação com o sector público e privado*».



Cooperativismo e Economia Social, nº 33 (2010-2011), pp. 237-240

O MICROCRÉDITO NUMA PERSPECTIVA ECONÓMICA

Óscar AFONSO

*Faculdade de Economia, Universidade do Porto e
Instituto Superior de Serviço Social*

Sumário

O Decreto-Lei n.º 12/2010, de 19 de Fevereiro, veio introduzir no ordenamento jurídico português a possibilidade de se constituírem sociedades especificamente vocacionadas para o microcrédito, que adoptarão a designação de sociedades financeiras de microcrédito. O microcrédito consiste na concessão de crédito a indivíduos que não têm acesso à banca tradicional, já que é concedido sem garantias reais e de uma forma sustentável. Envolve, naturalmente, quantias reduzidas que se destinam ao desenvolvimento de uma actividade económica, com o objectivo último de aumentar o rendimento de quem as recebe e assim atenuar os índices de pobreza. O microcrédito contribui pois para o combate à exclusão económica e social, apoiando a criação do auto-emprego e de pequenos negócios. O somatório de todos os contributos permite supletivamente aumentar a produção e emprego do país, e assim o nível de recursos (crescimento económico) disponíveis para consumo e poupança/investimento.

Com o Decreto-Lei acima referido, pretende-se alargar o acesso à actividade de concessão de microcrédito a agentes económicos que actualmente não exerçam actividade financeira, permitindo-lhes enquadrar aquela actividade de financiamento no âmbito de finalidades económicas e sociais que já prossigam, tendo em vista potenciar o desenvolvimento de novos investimentos e a criação de emprego. O objectivo passa por relançar a economia e promover o emprego via apoio ao empreendedorismo, à criação do auto-emprego.

Algumas particularidades

Trata-se de apoiar indivíduos que, em circunstâncias normais de mercado, não têm acesso ao crédito e que, por várias razões, estão à parte do circuito económico. Num contexto de conjuntura delicada como a que vivemos actualmente, o microcrédito pode ser uma oportunidade para que indivíduos possam viver com dignidade do seu trabalho, sendo por ele justamente recompensados. Traduz-se, pois, numa oportunidade de integração, de promoção da auto-suficiência, de criação global de riqueza e de responsabilidade social. Mais genericamente pode dizer-se que o microcrédito é uma alternativa ao modelo normal de concessão de crédito para indivíduos que não têm o acesso a esse crédito e que, por não satisfazerem as exigências requeridas pelos bancos, estão fora do mercado formal. No fundo, a diferença entre microcrédito e crédito está no facto deste último obter lucro através de grandes montantes, com garantias reais e juros que compensam os custos. Este crédito exclui (de seus clientes) os micros e pequenos empreendedores, para quem o microcrédito está voltado. O microcrédito trata-se pois de um sistema de crédito que tem subjacentes quantias reduzidas e que assenta:

- (i) no fornecimento rápido do empréstimo;
- (ii) em actividades económicas já existentes e que são bem conhecidas dos indivíduos que as desejam potenciar;
- (iii) na inexistência de grandes garantias, utilizando um instrumento conhecido como aval solidário, em que a responsabilidade da devolução do montante é de todos os sócios do negócio (a reputação individual na comunidade é mais importante que o colateral); o financiamento permitido baseia-se geralmente na redução das exigências ao nível das taxas de juros, burocracia, garantias alternativas e prazos compatíveis;
- (iv) inicialmente em pequenos investimentos, mas podendo desejavelmente esses investimentos aumentar na medida em que haja sucesso;
- (v) num público-alvo bem definido: indivíduos de baixos rendimentos que estão fora do mercado formal de crédito, incapazes de satisfazer as exigências do sector bancário, pois não possuem garantias e seus negócios são micro empreendimentos;
- (vi) no objectivo de combater a exclusão económica e social, alcançando o maior número possível de indivíduos excluídos;

- (vii) na sustentabilidade financeira e na possibilidade de gerar impactos positivos no bem-estar dos beneficiados, aumentando a qualidade de vida.

Face ao exposto, o microcrédito não deve ser entendido apenas como uma medida de política económica, que combate o desemprego e aumenta a produção, mas também como de política social ao oferecer acessibilidade para todos os indivíduos excluídos do mercado financeiro. Com o alcance dos objectivos, as instituições de microcrédito auxiliam claramente na redução da pobreza.

Note-se que a taxa de juro cobrada pelos bancos tradicionais, denominada, muitas vezes, de principal entrave para o acesso de microempresas ao crédito, não é tão importante quanto parece à primeira vista; verdadeiramente importantes são as garantias reais exigidas. Não é a taxa de juro que afasta os indivíduos do microcrédito. Com efeito, o acesso ao microcrédito também pode ser dado sob taxas de juro altas para possibilitar a auto sustentabilidade do sistema. Creio poder dizer que subsidiar as taxas de juros não aumentaria significativamente o acesso ao crédito. Existem cinco elementos que afectam a taxa de juro cobrada no mercado de microcrédito:

- (i) despesas administrativas: custos que decorrem de despesas com salários, manutenção, custos com serviços gratuitos oferecidos (e.g., gestão e assistência técnica);
- (ii) perdas por incobráveis;
- (iii) custo de fundos de empréstimos;
- (iv) taxa de capitalização desejada;
- (v) rendimento do investimento.

A vantagem do microcrédito não deve ser vista na diferença com a taxa de juro cobrada no crédito tradicional, mas na diminuição da burocracia, na redução do custo de transacção e no acesso que permite a indivíduos que estão às margens do sistema financeiro tradicional (geralmente desempregados ou subempregados).

Note-se que além do microcrédito bancário, existem outros tipos de crédito que são voltados para a população de menor rendimento. São alternativas de microcrédito que podem resolver o problema da falta de financiamento. Exemplos:

- (i) crédito ao consumidor;

- (ii) empresas de cartão de crédito;
- (iii) crédito da loja;
- (iv) crédito do fornecedor;
- (v) relações pessoais.

Considerações finais

O mercado financeiro é reconhecido como instrumento importante no desenvolvimento económico de qualquer economia de mercado. É através dele que os empresários garantem a viabilidade de projectos e, assim, a expansão de negócios. Dadas as restrições e dificuldades em obter crédito tradicional, a alternativa para os pequenos empresários e indivíduos de menor rendimento é o microcrédito, que representa assim um contributo para o crescimento e desenvolvimento da economia.

Por possuir características voltadas apenas para a população de baixo rendimento, consegue suprir as necessidades dos micro e pequenos empresários. Sendo importante para o desenvolvimento económico e social do país, urge massificar estes programas para que possam atender à procura existente. À medida que o microcrédito se vai tornando mais favorável aos microempreendimentos, tenderá a haver maior equilíbrio entre a oferta e a procura e estará a promover-se não apenas o crescimento mas também o desenvolvimento da economia de um país.

Cooperativismo e Economia Social, n.º 33 (2010-2011), pp. 241-246

UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA SOBRE O VOLUNTARIADO. ANÁLISE DA RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MINISTROS N.º 62/2010

Cristina PARENTE

Professora Auxiliar do Departamento de Sociologia e investigadora do Instituto de Sociologia da Faculdade de Letras da Universidade do Porto

Vanessa MARCOS

Doutoranda em Sociologia pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto

1. O âmbito da Resolução do Conselho de Ministros n.º 62/2010

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 62/2010 tem origem numa decisão político-legal exógena, na medida em que resulta da Decisão do Conselho da União Europeia n.º 2010/37/CE, de 27 de Novembro de 2009, que «instituiu o ano de 2011 como o Ano Europeu das Actividades de Voluntariado Que Promovam Uma Cidadania Activa (AEV-2011)». No art. 4.º desta Decisão do Conselho prevê-se a cooperação com os Estados-Membros, os quais devem designar um organismo responsável pela sua participação no Ano Europeu das Actividades de Voluntariado (AEV). Esta entidade assume, especificamente, o papel de interlocutor de cada país para a implementação das iniciativas que serão levadas a cabo no âmbito do AEV e para a troca de informações sobre a execução a nível nacional (art. 5.º da Decisão do Conselho da União Europeia).

Neste sentido, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 62/2010 criou o Conselho Nacional para a Promoção do Voluntariado (CNPV) e a Comissão Nacional de Acompanhamento (CNA), e atribuiu ao Instituto de Segurança Social, I.P. a gestão dos recursos financeiros disponibilizados pela Comissão Europeia para o AEV. Ao CNPV compete a coordenação e a-

companhamento do programa nacional, enquanto que à CNA é imputada a responsabilidade de proceder à avaliação do programa a propor à União Europeia (UE), a mobilização e activação local de sectores e iniciativas, nomeadamente por via das entidades que representam, a emissão de pareceres e contributos quer sobre o relatório de actividades, quer sobre assuntos solicitados pela presidência do AEV-2011.

Pese embora a Resolução do Conselho de Ministros n.º 62/2010 reconheça o papel do Voluntariado como exercício de «cidadania activa», esta decisão político-legal resulta de uma medida legislada a nível europeu, não sendo, por isso, produto de uma avaliação endógena realizada a nível nacional. Tal, revela o carácter incipiente do debate político e público em Portugal sobre o Voluntariado, no que diz respeito aos seus princípios, ao seu funcionamento, impacto(s) e respectivos desafios.

2. O Voluntariado e o terceiro sector ou a economia social

A emergência de novas formas de pobreza e exclusão social, bem como a agudização das desigualdades sociais, económicas e de cariz ambiental, vividas sobretudo nas últimas décadas, têm potenciado o debate teórico sobre os efeitos do paradigma económico vigente e sobre as respostas apresentadas pelos diferentes modelos de Estado-providência que vigoram no espaço europeu. A ausência ou o reduzido alcance destas respostas pelo Estado e pelo mercado contribui para o ressurgimento do terceiro sector, que congrega para além de uma panóplia de organizações com diversos estatutos jurídicos, estruturas organizacionais e gestionárias, iniciativas da sociedade civil no seu sentido mais lato.

Nesta linha, as acções do Voluntariado assumem uma crescente relevância na medida em que apelam à participação e ao envolvimento dos cidadãos na construção de uma sociedade mais equitativa, procurando promover o «desenvolvimento harmonioso da sociedade e a coesão social». Assim sendo, a instituição do ano de 2011 como o AEV, contribuiu para reforçar a importância do Voluntariado na agenda pública europeia e, consequentemente, na agenda política dos vários Estados-membros, sendo a Resolução em análise representativa do seu reflexo à escala nacional.

A partir da leitura da Resolução sobressai a pertinência social das iniciativas de Voluntariado, com destaque para a sua sensibilização, apoio e visibilidade, objectivos que nos remetem para um visão restrita do *campo*, uma vez que está omissa a perspectiva pluridimensional subjacente a estas actividades.

O Voluntariado é encarado como abrangendo acções não remuneradas, sem fins lucrativos e sem valor de troca, porém é importante salientar que apesar de não terem um valor de troca no mercado, estas actividades têm um valor de uso no sentido marxiano do termo, o que reforça e alerta para a sua função económica, que é cumulativa com a função social. As acções de voluntariado têm, deste modo, um valor de uso e consequentemente um valor social, na concepção atribuída por DEES (2001).

Adicionalmente, esta criação de valor social pode ser mensurável através da conjugação de indicadores de cariz qualitativo e quantitativo com o intuito de identificar e analisar o impacto das actividades de Voluntariado nas suas múltiplas dimensões. De igual modo, é possível pensar esta questão sob o prisma do empreendedorismo social, nomeadamente a partir de algumas dimensões que lhe estão directamente associadas. Nesta linha, faz sentido promover o papel dos voluntários como empreendedores sociais que conjugam a missão social e a criação de valor social supra mencionadas, com competências para potenciar oportunidades e capitalizar recursos para desenvolver actividades/serviços/produtos inovadores, replicar boas práticas, fomentar o impacto social, económico e ambiental, e contribuir, deste modo, para uma transformação social sistémica.

3. O Voluntariado e o mercado de trabalho

Recentemente, o Voluntariado tem vindo a engrossar os seus contingentes com a captação de um novo grupo de pessoas, outrora afastados destas actividades: jovens que encontram nestas acções uma alternativa de inserção profissional. Tratam-se de recursos humanos com perfis distintos e com um papel económico não negligenciável. Neste sentido, algumas organizações do próprio terceiro sector utilizam o estatuto de voluntário para integrar jovens na vida activa e outras gerem as horas extra trabalhadas pelos seus assalariados ao abrigo de actividades voluntárias. Neste caso, não se trata de uma adesão livre, mas de um constrangimento imposto pelo mercado de trabalho em época de desemprego massivo e consequente possibilidade de flexibilização da gestão da mão-de-obra. Por um lado, a Resolução do Conselho de Ministros assume que «as actividades de voluntariado não substituem as oportunidades de emprego profissional pago»; por outro lado, não alerta para a necessidade de precaver os efeitos nefastos, nomeadamente em termos de precarização do emprego e da gestão dos recursos humanos. A promoção desta subliminar imposição institucional e, até certo ponto, social resulta de uma mescla de representações sobre o papel do Voluntariado e respectivo impacto.

Apesar do reconhecimento jurídico do Voluntariado enquanto *campo* de acção, torna-se importante considerar, como afirma a Resolução em análise, que «o potencial de actividades do Voluntariado não foi ainda explorado», perspectivando-se todo um conjunto de funções sociais de largo espectro com impactos positivos ao nível do desenvolvimento local, regional, nacional e europeu. Adicionalmente, embora o Voluntariado represente o exercício de cidadania livre e seja não remunerado, deve ser encarado com um cariz profissionalizado para a criação de valor social.

De salientar que os actores directamente envolvidos nestas actividades, os voluntários, são recursos humanos dotados de competências técnicas, estratégicas, pessoais e relacionais. Representam uma mais valia para o trabalho desenvolvido por uma organização, no âmbito de um projecto ou de uma iniciativa destinada a colmatar problemas socio-económicos diagnosticados.

Neste sentido, o voluntário, enquanto membro de uma organização, deve ter, como quaisquer outros recursos humanos, um plano de Voluntariado elaborado quer de acordo com as suas motivações, quer com as funções que irá desempenhar e em articulação com as necessidades e perfis identificados pela organização que o recruta. Este plano pressupõe que haja uma análise interna prévia da própria organização no sentido de enquadrar, integrar, formar, acompanhar o voluntário e capitalizar as suas competências, assumindo-se por parte da organização e do voluntário, o sentido de compromisso e de responsabilização para com as diversas partes interessadas. Tal, traduz a importância de sensibilizar para a importância do Voluntariado, reconhecida pela presente Resolução do Conselho de Ministros, mas encaminha, sobretudo, para a necessidade de adoptar medidas internas de cariz estrutural na gestão do Voluntariado. Estas implicam o reconhecimento do verdadeiro valor que o Voluntariado representa para as sociedades contemporâneas, sobretudo naquelas em que o Estado Social é frágil e vulnerável, como é o caso nacional.

Bibliografia

DEES, G. (2001). *O significado do empreendedorismo social*. Retirado, a 3 de Maio de 2010, de <http://www.4.fe.uc.pt/cec/significadempendedor.pdf>

Decisão do Conselho da União Europeia n.º 2010/37/CE relativa ao Ano Europeu das Actividades de Voluntariado que Promovam uma Cidadania

Activa (2011). Jornal Oficial da União Europeia - 27 de Novembro de 2009, pp. 43-47.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 62/2010 relativa à Implementação Portuguesa do Ano Europeu das Actividades de Voluntariado que Promovam uma Cidadania Activa (2011), Diário da República 1.ª série – N.º 165, 25 de Agosto de 2010, pp. 3 696-3 698.



Cooperativismo e Economia Social, nº 33 (2010-2011), pp. 247-252

O NOVO REGIME DE NORMALIZAÇÃO CONTABILÍSTICA PARA AS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

Ana Maria BANDEIRA

*Professora Adjunta do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do
Porto do Instituto Politécnico do Porto*

1. Introdução

No passado mês de Março foi publicado o Decreto-Lei n.º 36-A/2011, que aprovou o novo regime de normalização contabilística com as novas regras contabilísticas para as Entidades do Sector Não Lucrativo (*ESNL*). São consideradas *ESNL* as que prosseguem, a título principal, actividades sem fins lucrativos e que não podem distribuir aos seus membros ou contribuintes qualquer ganho económico ou financeiro directo, designadamente associações, fundações e pessoas colectivas públicas de tipo associativo. Esta normalização contabilística não se aplica quer a cooperativas, quer a entidades que apliquem as normas internacionais de contabilidade nos termos previstos do *SNC*.

O modelo contabilístico *ESNL* é aplicável com início no exercício de 2012, podendo ser aplicado, por antecipação e voluntariamente, em 2011. Com a entrada em vigor deste novo regime, as *ESNL* ficam vinculadas a um conjunto de princípios contabilísticos e de relato financeiro e a apresentar, anualmente, um conjunto de demonstrações financeiras, a não ser que estejam dispensadas como iremos ver mais à frente.

2. O novo modelo de normalização contabilística para as *ESNL* (*NC-ESNL*)

O Decreto-Lei n.º 36-A/2011, de 9 de Março, aprova o novo regime da normalização contabilística para as *ESNL*, que faz parte integrante do *SNC*,

aprovado pelo Decreto -Lei n.º 158/2009, de 13 de Julho, e que corresponde à criação de regras contabilísticas próprias. A criação destas regras contabilísticas justifica-se por duas razões: (i) porque estas entidades têm um papel relevante e um peso importante na economia, o que justifica o reforço das exigências de transparência relativamente às suas operações e aos recursos utilizados, através da obrigação de prestarem informação verdadeira e apropriada sobre a gestão dos recursos que lhes são confiados, bem como sobre o seu desempenho no desenvolvimento das suas actividades; e (ii) porque as *ESNL* respondem a finalidades de interesse geral que transcendem a actividade produtiva e a venda de produtos ou a prestação de serviços.

O Sistema de *NC-ESNL* é composto pelos seguintes instrumentos: (i) Bases para a apresentação de demonstrações financeiras (*BADF*); (ii) Norma contabilística e de relato financeiro para entidades do sector não lucrativo (*NCRF-ESNL*); (iii) Modelos de demonstrações financeiras (*MDF*); (iv) Código de Contas (*CC*); e (v) Normas interpretativas (*NI*). Estes instrumentos contabilísticos foram recentemente aprovados através dos diplomas legais que se apresentam na tabela seguinte:

Tabela 1 - Diplomas que aprovaram o novo regime contabilístico para as <i>ESNL</i>	
Aprovação da <i>NC-ESNL</i>	Decreto-Lei n.º 36-A/2011
NCRF-ESNL	Aviso n.º 6726-B/2011
Modelos das Demonstrações Financeiras	Portaria n.º 105/2011
Quadro de Contas	Portaria n.º 106/2011

Fonte: Elaboração da autora

A tabela 2 apresenta, de forma sucinta e estruturada, o novo modelo de *NC-ESNL*.

Tabela 2 - Estrutura da NC-ESNL	
1. Apresentação	Identifica os instrumentos que compõem o novo modelo contabilístico.
2. Características específicas das entidades do sector não lucrativo	Justifica-se o papel importante que estas entidades têm na economia e apresentam-se as características específicas das ESNL.
3. Bases para a apresentação de demonstrações financeiras (BADF)	Estabelecem-se os requisitos globais que permitem assegurar a comparabilidade das demonstrações financeiras.
4. Modelos de demonstrações financeiras (MDF)	Apresentam-se as demonstrações financeiras: a) Balanço; b) Demonstração dos resultados (por naturezas e por funções); c) Demonstração das alterações nos fundos patrimoniais; d) Demonstração dos fluxos de caixa; e) Anexo. Os modelos das demonstrações financeiras foram publicados na Portaria n.º 105/2011
5. Código de Contas (CC)	Apresenta-se o Código de Contas que é composto pelos seguintes documentos: a) O quadro síntese de contas; b) O Código de Contas (lista codificada de contas) relativo apenas às especificidades inerentes às ESNL; e c) As notas de enquadramento às contas específicas das ESNL. O modelo a seguir foi publicado na Portaria n.º 106/2011.
6. Norma contabilística e de relato financeiro para entidades sem fins lucrativos (NCRF-ESNL)	A <i>NCRF-ESNL</i> condensa os principais aspectos de reconhecimento, mensuração e divulgação, com as adaptações inerentes a este tipo de entidades. Publicada no Aviso n.º 6726-B/2011.
7. Normas Interpretativas (NI)	As <i>NI</i> surgirão sempre que as circunstâncias as justifiquem para o esclarecimento ou orientação sobre o conteúdo dos restantes instrumentos que integram <i>NC-ESNL</i> . As <i>NI</i> são propostas pela Comissão de Normalização Contabilística (<i>CNC</i>) e publicadas através de Aviso.

Fonte: Elaboração da autora

Sempre que este novo modelo contabilístico não responda a aspectos particulares, ou que a lacuna em causa seja de tal modo relevante, que a sua não integração impeça o objectivo de ser prestada informação de forma verdadeira e apropriada, deve-se recorrer, supletivamente e pela ordem indicada:

- (i) Ao Sistema de Normalização Contabilística e demais legislação complementar;
- (ii) Às normas internacionais de contabilidade, adoptadas ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 1606/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Julho;
- (iii) Às normas internacionais de contabilidade (*IAS*) e normas internacionais de relato financeiro (*IFRS*), emitidas pelo *International Accounting Standards Board (IASB)*, e respectivas interpretações *International Financial Reporting Interpretations Committee (SIC-IFRIC)*.

2.1. Dispensa de aplicação da NC-ESNL

As *ESNL* podem ser dispensadas da aplicação da *NC-ESNL*, de acordo com o art. 10.º do Decreto-Lei n.º 36-A/2011 as *ESNL*, cujas vendas e outros rendimentos não excedam € 150 000 em nenhum dos dois exercícios anteriores, excepto se integrarem o perímetro de consolidação de uma entidade que apresente demonstrações financeiras consolidadas ou estejam obrigadas à apresentação de qualquer das demonstrações financeiras referidas no n.º 1 do art. 11.º, por disposição legal ou estatutária ou por exigência das entidades públicas financiadoras. As entidades dispensadas, e que não optem pela sua aplicação voluntária da *NC-ESNL*, ficam obrigadas à prestação de contas em regime de caixa. Nesta eventualidade, as *ESNL* deverão divulgar a seguinte informação (modelos publicados na *Portaria n.º 106/2011*):

- (i) Pagamentos e recebimentos;
- (ii) Bens que integram o seu património fixo; e
- (iii) Direitos e compromissos futuros.

Contudo, o diploma refere ainda que a dispensa cessa quando for ultrapassado o limite referido, neste caso a entidade fica obrigada a partir do exercício seguinte, inclusive, a aplicar a *NC-ESNL*.

2.2. Certificação Legal de Contas

De acordo com o art. 10.º do Decreto-Lei n.º 36-A/2011 as demonstrações financeiras das *ESNL* passam ainda a ter que ser obrigatoriamente certificadas por um revisor oficial de contas se apresentarem contas consoli-

das ou se, durante dois anos consecutivos, ultrapassarem dois dos três limites seguintes (art. 262.º do Código das Sociedades Comerciais):

- (i) Vendas ou outros proveitos superiores a € 3 000 000;
- (ii) Número de trabalhadores superior a 50;
- (iii) Total de balanço superior a € 1 500 000.

De salientar o facto de que as *ESNL* que não cumpram as referidas regras contabilísticas estão sujeitas ao pagamento de coimas que poderão ascender a € 15 000.

3. Considerações finais

A aprovação deste regime justifica-se, por um lado, essencialmente pela necessidade de reforço das exigências de transparência relativamente: (i) às actividades que as *ESNL* realizam; (ii) à gestão dos recursos que para o efeito lhes são confiados; e (iii) aos resultados alcançados no desenvolvimento daquelas actividades. Por outro lado, este sector integra um conjunto de entidades que têm como fim responder a finalidades de interesse geral, que transcendem a actividade produtiva, a venda de produtos ou a prestação de serviços.

Este novo modelo de normalização contabilística trás uma maior complexidade ao processo contabilístico, no entanto, o relato financeiro dirigido aos vários *stakeholders* passará a ser mais comparável, claro e transparente o que, por conseguinte, facilitará o processo de decisão.

Finalmente, este novo modelo contabilístico poderá representar para o Sector não Lucrativo, que depende de apoios públicos e particulares¹ e também de contribuições fiscais, um significativo passo em frente para o seu desenvolvimento.

Legislação consultada:

Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de Julho

Decreto-Lei n.º 36-A/2011, de 9 de Março

Portaria n.º 105/2011, de 14 de Março

¹ A título de exemplo, «*Nos últimos 5 anos, os portugueses doaram mais de € 13,4 milhões a instituições de solidariedade*», http://mailings.vidaeconomica.pt/files/newsletters/201104/impulsopositivo/ipnews_13_abril.pdf, consulta realizada em 23 de Maio de 2011.

Portaria n.º 106/2011, de 14 de Março

Aviso n.º 6726-B/2011, de 14 de Março

Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro (repblicado no Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março)

Cooperativismo e Enonomia Social, nº 33 (2010-2011), pp. 253-260

**ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA DE
17 DE DEZEMBRO DE 2009
Anotação**

Raul GUICHARD

*Professor Coordenador da Área Científica de Direito do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto*

1. Âmbito da anotação

No processo que deu origem ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17-12-2009 (tendo como relator GRAÇA ARAÚJO) importava saber se uma cooperativa de habitação podia celebrar com um seu cooperante um contrato-promessa de compra e venda de um fogo.

O Tribunal começa por notar que nem no Regime Jurídico das Cooperativas de Habitação (DL n.º 502/99, de 19/11) nem no Código Cooperativo (Lei n.º 51/96, de 7/9) se prevê a celebração de contratos-promessa de compra e venda de fogos. Assinala, todavia, que no art. 26.º, n.º 1, do diploma primeiramente citado se determina que o direito de propriedade sobre os fogos, no regime de propriedade individual, se transmite da cooperativa para os cooperadores mediante um contrato de compra e venda. Donde, conclui, não ser inviável a celebração de um contrato-promessa de compra e venda, em relação a um fogo de uma cooperativa de construção. Conquanto, ressalva o Tribunal, as relações entre esta e um cooperador não devam ser vistas da mesma forma que as existentes entre um vendedor e um comprador. Assente o incumprimento do contrato-promessa, caberia ao cooperador (promitente-comprador), um direito de resolução e a indemnização prevista nos termos gerais do art. 442.º, n.º 2, do Código Civil.

A decisão, que só em termos genéricos merece concordância, suscita uma série de questões com um alcance teórico geral. Porque suficientemente conhecidas e debatidas na jurisprudência e na doutrina, apenas vamos

aqui invocá-las através de apontamentos muito sintéticos (mas capazes de contribuir para o enquadramento dogmático da solução oferecida na sentença, porventura algo avara na fundamentação), coligidos em boa parte de anteriores anotações nas páginas desta Revista.

2. Personalidade jurídica das cooperativas

Não se duvida actualmente da personalidade jurídica das cooperativas. Hesitações levantavam-se em face do art. 207.º (entretanto revogado) do Código Comercial, norma que aliás pouco adiantava sobre o ponto. Hoje, embora o art. 5.º do Código das Sociedades Comerciais não se aplique às cooperativas, o art. 2.º do Código Cooperativo refere-se a elas como «pessoas colectivas autónomas», reconhecendo-lhes portanto personalidade jurídica; sem todavia as inserir — ou querendo mesmo permanecer à margem de tais qualificações — em qualquer dos tipos legais comumente aceites, mormente nas associações ou nas sociedades comerciais (aspecto a que voltaremos). Atente-se ainda no disposto no art. 16.º do Código Cooperativo, onde se liga a aquisição da personalidade da cooperativa ao registo da respectiva constituição.

No entanto, a extensão geral da sua capacidade (de gozo; embora no âmbito das pessoas colectivas uma contraposição entre as capacidades de gozo e de exercício porventura não se justifique) não fica assim determinada. Indiferentemente de se considerar aplicável subsidiariamente o art. 6.º do Código das Sociedades Comerciais, *ex vi* do art. 9.º do Código Cooperativo, ou o art. 160.º do Código Civil, logo por força do carácter subsidiário geral desse ramo de direito, — o teor do n.º 1 daquele preceito coincide, como se constata, em larga medida com o deste último —, valerá (também) para os entes cooperativos o princípio da especialidade do fim. Consabidamente, e mesmo sem discutir a sua justificação para a generalidade das pessoas colectivas (aliás, outras legislações prescindiram de o consagrar), este deve ser entendido em termos hábeis ou atenuados, como se retira logo da formulação da própria lei. Assim, a capacidade da pessoa colectiva abrange não só os actos necessários mas também os actos convenientes (úteis) à prossecução do respectivo fim (mutualístico), estatutária e porventura legalmente circunscrito (importará considerar o ramo do sector cooperativo onde a cooperativa se insira; algo duvidoso é se a enumeração do n.º 1 do art. 4.º do Código Cooperativo se deve considerar exhaustiva — isto é, se são apenas possíveis os ramos legalmente contemplados, embora sem prejuízo da «multi-sectorialidade» —, por força porventura de um princípio da tipicidade das formas jurídicas colectivas, e se se mostra inviável a mudança de objecto de uma cooperativa).

Há-de reconhecer-se que, dessa maneira, enquanto apenas se aponta para um ligame instrumental, complementar ou adjuvante ao fim ou escopo colectivo, difícil se revela indicar *a priori* categorias de actos que certa pessoa colectiva não possa validamente praticar (descontadas directas proibições legais e abstraindo de limitações ditadas pela natureza das coisas). E, decerto, não cabe sem mais afastar a possibilidade (capacidade) de, previamente à celebração de um contrato de compra e venda do fogo (sobre o problema de qualificação que aqui se coloca ver ainda adiante), a cooperativa concluir um contrato-promessa.

3. A natureza jurídica das cooperativas

Neste contexto, tão-pouco se mostra descabida uma recensão das principais opiniões entre nós sustentadas quanto à natureza jurídica das cooperativas, enquanto pessoas colectivas. Os dados normativos — designadamente o art. 2.º, n.º 1, do Código Cooperativo e os arts. 157.º e 980.º do Código Civil — não precisam de ser recordados. E as dificuldades com que se depara, apesar de complexas, deixam-se resumir em dois ou três tópicos. Essencialmente, estão em causa a «dúplice natureza das cooperativas» (possuindo estas, por um lado, uma vertente ou faceta associativa «pessoal», portanto e, por outro, uma societária e empresarial), os apóditos princípios a que deverão obedecer (embora, na teoria e na prática e nas próprias soluções legais, se trate apenas de assegurar uma congruência geral, e por vezes apenas indirecta, com tais princípios -cfr., de resto, art. 9.º do Código Cooperativo) e o tratamento ou enquadramento legal, algo ubíquo, entre o de uma sociedade comercial e a de uma forma jurídica colectiva autónoma.

A jurisprudência insiste sobretudo no carácter não societário das cooperativas, dada a ausência de um «fim lucrativo» (*rectius*, no dizer do art. 980.º do Código Civil, o não exercício de certa actividade económica comum, que não de mera fruição, tendo por fim último a repartição dos lucros). O que decorreria do escopo mutualístico e em geral dos princípios cooperativos (uma verdadeira incompatibilidade entre o fim lucrativo e tais princípios é porém posta em causa por alguns autores). Na doutrina, podem identificar-se cinco orientações. Uma primeira defende o enquadramento das cooperativas nas associações (numa acepção restrita). Assim, importaria sobretudo o seu substrato pessoal, o qual encontra expressão inequívoca no princípio democrático subjacente ao funcionamento das cooperativas (no mesmo sentido se invoca o escopo mutualístico e o «princípio da porta aberta»); já o seu carácter empresarial teria uma função (meramente) subordinada ou ancilar. Estar-se-ia, se quiser, perante uma forma especial de associação. Contudo, a lei em vários lugares trata autónoma e diferentemente as associações e as cooperativas (e a

exclusão do «lucro económico dos associados», que logo ressalta no art. 157.º do Código Civil, torna difícil a inclusão entre as associações de certo tipo de cooperativas). Uma segunda corrente tende a aproximar as cooperativas das sociedades civis. Afinal, a generalidade das cooperativas desenvolve uma actividade económica; e o conceito de lucro para efeito do contrato de sociedade é hoje relativizado, havendo de ser entendido em termos latos e mediatos, abrangendo, por exemplo, a poupança de despesas. Porém, corre-se o risco de resvalar para um entendimento demasiado lasso dos requisitos do art. 980.º do Código Civil, se se pretende que a qualificação de sociedade possa valer para todos os tipos de cooperativas. De resto, hoje, o art. 2.º do Código Cooperativo proclama expressamente a ausência de fins lucrativos. Outra opinião vê nas cooperativas uma variante das sociedades comerciais. Parte-se também aí de um conceito alargado (privado até de consistência jurídica) de lucro — de algum modo assimilado a «proveito económico» ou até a «vantagens patrimoniais» —, faz-se valer a (possibilidade) de distribuição de excedentes (mas não, segundo a letra do art. 73.º do Código Cooperativo, aqueles provenientes de operações realizadas com terceiro), e insiste-se no carácter funcional empresarial das cooperativas. Demais, o legislador indicou como direito subsidiário o das sociedades comerciais (nomeadamente das sociedades anónimas). A posição descrita está contudo sujeita às mesmas reservas (ou até suscitando dificuldades maiores) do que a anterior. Acresce que a variabilidade do capital parece também apartar as cooperativas das sociedades comerciais. Junte-se que o art. 80.º do Código Cooperativo considera nula a transformação de uma cooperativa em qualquer tipo de sociedade comercial, assim como os actos que procurem contrariar ou iludir essa proibição legal). De acordo com uma quarta opinião, os entes cooperativos constituem um *tertium genus* entre as associações e as sociedades ou, talvez melhor, uma forma jurídica *sui generis*. A própria lei, na sua forma de expressão, aproxima-se bastante de tal caracterização. A obediência a princípios muito próprios reforçaria essa visão. Mas, para além da contenção devida na introdução de novos e autónomos moldes jurídicos, da necessidade de exaurir as possibilidades de inserção nas formas (colectivas) consagradas, o simples reconhecimento de traços de autonomia não contribui muito para aclarar o problema da natureza. Por fim, há quem desvalorize a questão e propenda para negar a viabilidade de um claro e unitário enquadramento das cooperativas. Estas — e haveria porventura que proceder a diferenciações entre os seus vários tipos e ramos — têm «dupla natureza», facetas múltiplas, merecem tratamento jurídico variado, o que tornaria o exercício de determinação da sua natureza inexequível (uma verdadeira quadratura do círculo) ou pelo menos amplamente especulativo e improficuo.

4. A natureza jurídica das relações entre o cooperador e a cooperativa

Distinta da questão anterior, mas com ela mantendo alguma atinência, é a da natureza da relação entre a cooperativa e os seus membros (note-se que entre os cooperadores não se constitui qualquer ligação de que decorram deveres principais ou laterais de prestação). Mesmo admitindo que o vínculo ou *status* de cooperador, a pertença à cooperativa, represente uma relação contratual complexa *sui generis* (para outros, uma relação societária *tout court*), há ainda que integrar os ulteriores negócios e obrigações com os cooperadores ocorridos no desenvolvimento da actividade mutualística ou «cooperatizada». Também a este propósito as posições da doutrina são sobejamente conhecidas (e correm paralelamente à «dupla qualidade» que se reconhece aos cooperadores, a de membros e «clientes» da cooperativa). Para os que partilham a «tese dualista», tais negócios deixam-se isolar do vínculo cooperativo (são-lhe «externos»), vindo a merecer a qualificação própria que lhes caiba (*v.g.*, contrato de compra e venda, contrato de mandato, contrato de trabalho) e sujeitando-se ao correspondente regime. Para quem segue a «tese monista», subsumir-se-iam eles na relação cooperativa, seriam uma «dimensão» desta («interna», portanto), a sua conclusão corresponderia afinal a direitos e deveres estatutários, e estariam por isso submetidas em primeira via às regras cooperativas. De uma banda, argumenta-se com a necessidade de um acto ou negócio autónomo, e com o facto de a própria lei dissociar tais aspectos (demais, como é assinalado, não existe legalmente distinta a categoria de «acto cooperativo»). E um tratamento separado pode ser, quer da perspectiva da cooperativa, quer da óptica do cooperador, mais adequado (permitindo, por exemplo, a subsistência da relação já depois da saída do cooperador). Da outra banda, é destacada a conexão funcional e teleológica dos actos ou operações posteriores com a qualidade de cooperador — aqueles desta emergiriam e nela se baseariam. E previne-se que o princípio da igualdade de tratamento perigaria ante a liberdade de conformação das relações ulteriores como os cooperadores. Na verdade, a questão não consente uma resposta geral categórica, dependendo muito das circunstâncias concretas. De resto, parece ser de reconhecer, em princípio (e não se negará que algumas contrariedades daqui advirão), à cooperativa — dentro da faculdade mais genérica de escolher os meios de prossecução do seu fim, os instrumentos para a sua actividade mutualística — a liberdade de conformar nos limites da lei e no respeito dos estatutos (apurado o conteúdo destes porventura em sede de integração) as suas relações («derivadas») com os cooperadores (conforme o que convencie com estes), ou seja, de as submeter em último termo às regras do direito coope-

rativo ou do «direito comum» (assim se procede no direito alemão, segundo a orientação da jurisprudência superior).

5. Qualificação da relação de atribuição individual de fogo a um cooperador

Neste ponto, comece-se por recordar que a disciplina das cooperativas de habitação e de construção se encontra no fundamental no Código Cooperativo, cujo art. 4.º, n.º 1, e), prevê a existência de tal ramo cooperativo, e no Regime Jurídico das Cooperativas de Habitação e Construção, que especificamente as regula. O art. 2.º deste último diploma consagra como objecto principal de tal espécie de cooperativas a «promoção, construção ou aquisição de fogos para habitação dos seus membros, bem como a sua manutenção, reparação ou remodelação» e fixa-lhes o objectivo de «contribuir para a melhoria da qualidade habitacional dos espaços em que se integram [...], assegurando a manutenção permanente das boas condições de habitabilidade dos edifícios». A lei contempla depois regimes diferentes de propriedade dos fogos. Quando o regime adoptado for o da propriedade individual [cfr. art. 16.º, n.º 1, al. a)]; segundo o n.º 2 do mesmo artigo os regimes de propriedade adoptados pela cooperativa hão-de constar obrigatoriamente dos estatutos) — aquele que no caso nos interessa —, o art. 26.º prevê que «o direito de propriedade se transmite da cooperativa aos cooperadores mediante um contrato de compra e venda» (ao invés do que estabelece, por exemplo, o direito espanhol). No entanto, o preço não pode exceder o custo do fogo para a cooperativa (art. 27.º), fica excluída a aplicação do disposto no art. 781.º do Código Civil (que protege a posição do credor no caso de se ter convencionado o pagamento fraccionado do preço permitindo-lhe exigir todas as prestações em dívida quando falte a realização de uma), e exige-se, para que o cooperador possa alienar *inter vivos* ulteriormente a respectiva habitação, que o adquirente se torne cooperador.

Assim, por um lado, parece que a lei identifica o contrato em causa como uma compra e venda (mas havendo que perguntar se às partes não está aberta a possibilidade de configurarem o seu acordo em moldes diferentes). Pelo menos, não será lícito afastar liminarmente a figura do contrato de compra e venda e a aplicação do respectivo regime. Porém, por outro lado, as próprias disposições legais denunciam, em algumas facetas, um certo afastamento em relação à disciplina (geral) desse tipo contratual, decorrente -afinal da especificidades e da complexidade das relações jurídicas mutualísticas. Concretamente, o acto de transmissão da propriedade para o cooperador exprime a realização do escopo «societário», supõe e assenta na qua-

lidade de cooperador, tem (também) aí a «sua causa» (a lei teria apenas querido indicar o «título» da transmissão ou atribuição da propriedade, identificar o «acto de adjudicação», na terminologia legal espanhola); e a contraposição de interesses entre as partes assume um carácter específico (o interesse do cooperador é mediado pelo próprio interesse da cooperativa, na qual aquele participa).

Do anterior, talvez se possa extrair a seguinte máxima: excepto se outra coisa decorrer do acto em questão ou do estatuto da cooperativa (aceitando-se que a lei o permite), a transferência do direito de propriedade para o cooperador realiza-se dentro dos quadros gerais do tipo legal da compra e venda (obedecendo às regras do «direito comum»); mas aplicar-se-á (para além do que a lei já prevê) a tal acto um regime parcialmente diverso naqueles aspectos que estejam num directonexo ou dependência com a relação cooperativa, e quando a natureza e princípios desta isso imponham.

6. A possibilidade de conclusão de contratos-promessa. Reflexo sobre a qualificação destes da qualificação do contrato de transferência da propriedade

Resta aludir à questão da realização prévia de um contrato-promessa entre a cooperativa e o cooperante. À partida, tal possibilidade não parece de arredar. Por um lado, o contrato-promessa representa apenas um vínculo preliminar ao contrato definitivo. Por outro, intervirá aqui a liberdade, que atrás se reconheceu dentro de certos limites, de conformação das relações entre a cooperativa e os cooperadores.

Mas não se deixarão de repercutir no contrato-promessa (logo por força do «princípio da equiparação» adoptado no art. 410.º do Código Civil) a qualificação do contrato de transmissão da propriedade da cooperativa aos cooperadores e os desvios ao regime geral da compra e venda legalmente previstos ou resultantes de regras inderrogáveis ou de princípios cooperativos.

E de um modo geral do contrato-promessa, ou do seu incumprimento, não deverão resultar deveres que excedam aqueles advenientes de um contrato de compra e venda que a cooperativa pudesse realizar (não será absurdo estabelecer um paralelo com a conhecida discussão de se o mandato que confere poderes para realizar uma compra e venda inclui implicitamente poderes para outorgar o respectivo contrato-promessa). Acuidade ganha neste contexto, precisamente, a indemnização devida em caso de incumprimento, a qual, medida pelo sinal, poderia ultrapassar o que corresponderia ao reembolso das «entradas» do cooperante em causa.



Cooperativismo e Economia Social, nº 33 (2010-2011), pp. 261-266

A COOPERATIVA DE HABITAÇÃO: SOBRE A RESPONSABILIDADE POR DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO NA VENDA A TERCEIROS

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Junho de 2010

Tiago PIMENTA FERNANDES

*Equiparado a Assistente da Área Científica de Direito do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Porto*

1. Considerações gerais — delimitação da questão

O Acórdão que nos propomos analisar suscita, entre outras, a pertinente temática que gira em torno da determinação do enquadramento jurídico aplicável a situações em que se detectam defeitos de construção em empreendimento pertencente a uma cooperativa de habitação, perante uma situação de transmissão de um ou vários dos fogos que o constituem a terceiros.

Com efeito, o diploma regulador desta matéria (Decreto-Lei n.º 502/99, de 19 de Novembro, que contém o regime jurídico das cooperativas de habitação e construção) admite expressamente que, após a atribuição de fogos aos cooperadores, estes, desde que hajam liquidado integralmente o respectivo preço, os transmitam posteriormente a terceiros (art. 28.º, n.º 1, do mencionado Decreto-Lei). Ora, se, na sequência daquele acto de transmissão a terceiro não cooperador, este último vem aperceber-se da existência de defeitos de construção no imóvel, caberá apurar qual o regime jurídico aplicável em sede de responsabilidade por esses mesmos vícios, e bem assim quais os sujeitos aos quais a mesma poderá ser legalmente imputada. Se é certo que a transmissão de fogo por parte da cooperativa aos cooperadores tem sido configurada como uma *mera atribuição* por parte da primeira aos segundos, na prossecução do objecto daquela, e não como uma verdadeira compra e venda, entendimento que aliás seguimos (para uma análi-

se detalhada do problema, *vd.* DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no direito português, O capital Social*, Vida Económica, Porto, 2009, pp. 220 e ss., e ANA AFONSO, «O problema da responsabilidade de cooperativa de habitação pelos defeitos de construção de fogo vendido a cooperador», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 32, 2009-2010, pp. 293-305), defende o Tribunal que, «se, pelo menos, um dos condóminos não assumir a qualidade de cooperador (...), deixamos de nos encontrar no âmbito de uma pura relação cooperativa-cooperador», pelo que, «relativamente aos terceiros que tenham adquirido a fracção autónoma de um cooperante da cooperativa, estamos em face de um verdadeiro contrato de compra e venda.» Significa isto dizer que, de acordo com a posição jurisprudencial em análise, a esta transmissão de fogo a terceiros reputar-se-á aplicável o regime legal especificamente traçado para esta figura, nomeadamente o da compra e venda defeituosa, previsto nos artigos 913.º e seguintes do Código Civil.

2. Breve apresentação do litígio

Em 4 de Janeiro de 1999, a União de Cooperativas «B – União de Cooperativas de Habitação, U.C.R.L.» contratou uma empreitada de construção de 131 fogos na «Quinta dos...», em Lisboa, com «C – Sociedade de Construções, S.A.». Em Setembro de 2001, a entidade promotora do dito empreendimento iniciou a entrega dos referidos fogos para habitação própria e permanente dos cooperadores, tendo ainda alegado, com particular relevo para o caso, que estes nalguns casos teriam procedido posteriormente à respectiva revenda a terceiros. Perante a verificação de defeitos nas partes comuns do empreendimento, nomeadamente ao nível das caldeiras de murais de aquecimento de águas e ambiente, o respectivo condomínio deu disso mesmo conta à cooperativa (por carta enviada em 19 de Maio de 2005), a qual solicitou uma vistoria do empreendimento, mas não procedeu à reparação dos defeitos. O condomínio do referido empreendimento, representado pela sua administradora «A – Administração de Condomínios, S.A.» veio intentar acção contra «B» para reparação dos defeitos e, a título subsidiário, para pagamento das despesas que o Autor viesse a despendar com a sua eliminação. A ré veio entretanto requerer a intervenção provocada de «C – Sociedade de Construções, S.A.», invocando eventual direito de regresso sobre esta última.

O tribunal de primeira instância absolveu a ré do pedido, por entender que a relação entre autor e ré não consubstancia uma simples relação comprador/vendedor e que, nessa medida, «não estamos em presença de um verdadeiro contrato de compra e venda, não podendo esta, assim, responder

pelos defeitos de construção, pelos quais apenas poderá ser demandada a empresa empreiteira».

Da decisão de primeira instância foi interposto e admitido recurso de apelação pelo autor para a Relação de Lisboa. O condomínio veio alegar em sua defesa que o tribunal recorrido não deveria ter circunscrito a sentença à discussão da natureza jurídica das relações entre a cooperativa e cooperadores, para daí concluir pela improcedência da acção, e arguiu a nulidade da sentença por omissão de pronúncia sobre questões que, no entender do autor, deveriam ter sido apreciadas.

O Tribunal da Relação de Lisboa acabou por não se pronunciar quanto à questão de fundo e ordenou a ampliação da base instrutória, anulando, em consequência, a sentença recorrida, por entender que a mesma não quesitava factos em relação aos quais, na opinião do Meritíssimo juiz *a quo*, as partes deveriam ter tido oportunidade de se pronunciar. Entre essa factualidade, com particular acuidade para o presente estudo, a Relação salientou a circunstância, aliás alegada pela própria ré, de que algumas das fracções autónomas do empreendimento haviam já sido vendidas pelos cooperadores a terceiros, o que, na opinião da instância, revestiria da maior importância. O Tribunal notou que a circunstância de os condóminos serem ou não cooperantes da entidade vendedora do edifício não pode deixar de relevar nestes casos, e que «um condómino não cooperante não pode ver coarctados os seus direitos contra o vendedor/construtor, relativamente a defeitos nas partes comuns, pelo facto dos demais condóminos serem cooperantes da ré». O mesmo é dizer, sem se pronunciar em definitivo sobre a matéria, a Relação deixou entreaberta a porta para uma eventual procedência da acção, se tivesse ficado provado que nem todos os condóminos da ré figuravam como cooperadores, por entender que tal factualidade, na medida em que conflituaria com o ideal de uma pura relação cooperativa-cooperadores (na qual, como se viu, a sentença recorrida se havia alicerçado unicamente), permitiria reconduzir a atribuição dos fogos aos não cooperadores à figura do contrato de compra e venda, legitimando, assim, uma responsabilização da cooperativa por tais defeitos, na qualidade de verdadeira vendedora.

3. A análise jurídica do problema

Numa cooperativa de habitação, previamente à transmissão do fogo por cooperador a terceiro, prevê-se legalmente a possibilidade de entrega destes bens pela cooperativa aos cooperadores por via daquilo que, na opinião de alguma doutrina, consubstancia um acto de *adjudicação* (esta é, com efeito, a terminologia adoptada em Espanha em matéria de cooperativas de habita-

ção, no art. 89.º da Ley Estatal de Cooperativas – Ley 27/1999, de 16 de Julio, de Cooperativas, BOE num. 170, de 17 de Julio) ou uma *distribuição interna* aos seus membros do que em nome deles se adquiriu externamente (nestes termos, RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativo, Estudos e pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 100).

Como nota ANA AFONSO (*op. cit.*, p. 304), apesar de o legislador ter determinado que o acto de transmissão do direito de propriedade individual do fogo pela cooperativa aos cooperadores se opera mediante um contrato de compra e venda (art. 26.º, n.º 1 do DL 502/99, de 19 de Novembro), a natureza do acto em questão não se coaduna verdadeiramente com essa figura, uma vez que «a atribuição de uma habitação não pode ser qualificada como uma relação externa entre cooperativa e cooperador, devendo antes ser tida como uma relação interna à qual cabe um regime especial». Por esse motivo, sempre que, após entrega do bem ao cooperador, nele sejam detectados vícios de construção, a cooperativa/transmitente não tem legitimidade passiva para ser demandada pelo sócio por incumprimento do contrato de obra ou vícios da mesma, porque não surge como um promotor que venda a terceiros. O Acórdão em análise discorre, aliás, nesse mesmo sentido, quando nega a possibilidade de interposição de uma acção por parte do condomínio (composto exclusivamente por cooperadores) contra a cooperativa quando estejam em causa defeitos nas partes comuns do imóvel. No entender da instância, «tendo-se operado a transmissão dos fogos para os cooperantes adquirentes, pelos defeitos de construção estes apenas poderão demandar a empresa empreiteira e não a cooperativa», afastando-se nesses casos a aplicação do regime de compra e venda defeituosa.

Como salientam DEOLINDA APARÍCIO MEIRA (*op. cit.*, pp. 228 e ss.) e CARLOS VARGAS VASSEROT — *La actividad cooperativizada y las relaciones de la Cooperativa con sus socios y con terceros*, Monografia asociada a RdS, n.º 27, 2006, Editorial Aranzadi, pp. 163 e ss. —, quando se trata de determinar a natureza jurídica das relações que se estabelecem entre cooperativa e cooperante, duas teses se confrontam: de um lado, a tese contratualista, que reconduz tais relações à celebração de contratos obrigacionais, que acabam por colocar o cooperante na dupla condição de sócio e contraente com a cooperativa; por outro lado, a tese societária (que o Acórdão em análise acaba por seguir na medida em que rejeita o recurso à figura do contrato de compra e venda), segundo a qual todas aquelas relações deverão perspectivar-se no vínculo de natureza societária que emerge entre a cooperativa e os seus membros.

Note-se que, na hipótese de a cooperativa ser simultaneamente a construtora do imóvel, esta já poderia ser accionada com base no regime de responsabilidade do empreiteiro de imóveis de longa duração, o qual, por força do n.º 4 do art. 1225.º do Código Civil, é também extensível ao vendedor de imóvel que o tenha construído, modificado ou reparado.

Debruçando-nos agora sobre a situação de transmissão de fogo pelo co-operador a terceiro (sobre o conceito de terceiro para este efeito, cfr. DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *op. cit.*, pp. 271-276), a questão que o Acórdão suscita consiste em saber se o regime que acabámos de referir se reputará igualmente aplicável a situações em que um ou mais dos fogos que compõem o imóvel já não pertencem aos cooperadores, porque estes os transmitiram a terceiro, ao abrigo do art. 28.º, n.º 1, do DL 502/99, de 19 de Novembro.

Por força desta transmissão, o adquirente sucede nas obrigações do alienante, mas não necessariamente na qualidade de cooperante, o que, na opinião da Relação, pode revelar-se extremamente desfavorável para o terceiro não cooperante, que acabará por ver-se tolhido nos seus direitos contra o vendedor/construtor, relativamente a defeitos nas partes comuns, pelo facto de os demais condóminos serem cooperantes da ré. Na verdade, enquanto os cooperantes, nessa qualidade, participam na formação da vontade da cooperativa, «no seio da qual poderão exigir a reparação através do fundo para conservação e reparação, aquele [o terceiro] é alheio à mesma». Por esse motivo, defende o Tribunal que, relativamente a terceiros que tenham adquirido a fracção autónoma de um cooperante, encontramos, de facto, perante um verdadeiro contrato de compra e venda, já que as razões que determinam a não sujeição ao regime desta figura deixam de se verificar se um dos condóminos não for cooperante, entendimento com o qual concordamos.

Segundo cremos, a venda de um fogo a terceiro, na medida em que rompe com uma pura relação cooperativa/cooperadores, permite-nos chamar à colação a figura da compra e venda, pelo que, nesses casos, reputamos aplicável o regime da compra e venda defeituosa, estatuído nos arts. 913.º e seguintes do Código Civil, respondendo a cooperativa como verdadeira vendedora de coisa defeituosa perante o condomínio ou mesmo perante o condómino (não cooperador) que entenda demandá-la judicialmente. Com efeito, salientamos que, sem prejuízo da actuação em juízo do administrador do condomínio em representação deste último, qualquer condómino, agindo individualmente, tem sempre legitimidade para pleitear em juízo nos processos que tenham por objecto ofensas a bens comuns integra-

dos na propriedade horizontal (nesse sentido, *vd.* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Fevereiro de 1995, *Bol.* 444, p. 563).

Esta é, quanto a nós, a solução mais ajustada. Se uma cooperativa de habitação actua mutualisticamente quando entrega as habitações aos cooperadores, e até actuará dentro do âmbito mutualístico quando contrata com terceiros a prestação de serviços conexos com a sua construção, (p. ex., arquitectos e engenheiros não sócios), cremos que esse limite já sairá ultrapassado nos casos em que os cooperadores alienam os respectivos fogos a terceiros, pelo que tais negócios configuram uma autêntica compra e venda.

Sublinhamos, ainda, que ao terceiro adquirente sempre assistirá, por força do regime estatuído no n.º 1 do art. 1225.º do Código Civil, o direito de accionar a responsabilidade do empreiteiro (ou do vendedor/construtor, nos termos do n.º 4 do mesmo preceito) por vícios detectados no imóvel, desde que o faça dentro do prazo de cinco anos a contar da entrega do imóvel. Na verdade, após a alteração que foi dada ao preceito pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Dezembro, prevê-se agora que o dever de indemnizar que recai sobre o empreiteiro aproveita não só ao dono da obra, mas também a quem quer que, durante o período de garantia, lhe suceda na titularidade do imóvel (sobre este regime, que o autor configura como uma «cessão de créditos resultante da responsabilidade contratual, imposta por lei», *vd.* JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*, 3.ª ed. revista e aumentada, Almedina, 2008, p. 195).

Questão particularmente pertinente, quanto a nós, e que o Acórdão em análise não suscita, reside em saber quem terá legitimidade passiva para ser accionado nestas situações. Na verdade, configurando-se esta transmissão ulterior como um verdadeiro contrato de compra e venda, cremos ser defensável que quem figura como vendedor é já o próprio cooperante e não, como parece transparecer da douda decisão, a própria cooperativa. Com efeito, muito embora a transmissão do fogo ao cooperante não configure, como vimos, uma verdadeira compra e venda, parece evidente que a mesma ainda assim produz uma transmissão da propriedade do fogo da primeira para o segundo, o que apontaria já para uma ilegitimidade passiva da cooperativa ser demandada pelo terceiro adquirente. Apesar de não ser questão sobre a qual o Acórdão se debruce, e que nem é suscitada por outras decisões nas quais se julgou sobre situações idênticas (veja-se, a título de exemplo, o Acórdão da Relação de Lisboa, de 1 de Outubro de 2009, acessível em www.dgsi.pt), anotamos a importância desta questão, na medida em que do sentido da resposta dependeria a eventual procedência da acção, no que à ré cooperativa respeita.

Cooperativismo e Economia Social, nº 33 (2010-2011), pp. 267-276

**A INVALIDADE DO ACTO ADMINISTRATIVO DE UMA
COOPERATIVA COM FUNÇÕES DE REGULAÇÃO
PÚBLICA (CAIXA CENTRAL DE CRÉDITO AGRÍCOLA
MÚTUO) DECORRENTE DA PRETERIÇÃO DA AUDIÊNCIA
PRÉVIA DOS INTERESSADOS**
**Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Administrativo
de 7 de Julho de 2010**

Filipa URBANO CALVÃO
*Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade
Católica Portuguesa*

O acórdão aqui em análise pode, no essencial, decompor-se em dois aspectos: o primeiro relativo a duas questões processuais, a da impugnabilidade da deliberação da Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo pela qual são designados directores provisórios para uma Caixa de Crédito Agrícola associada e suspensos das funções os membros da direcção desta instituição, e a da ilegitimidade passiva, por falta de demanda do Banco de Portugal; o segundo aspecto, pressupondo resolvidas as duas questões prévias, incide sobre a existência ou não de um vício de forma consubstanciado na preterição de audiência dos interessados no procedimento.

Começaremos por abordar as questões processuais, para só depois nos centrarmos no fundamento de invalidade da deliberação.

1. As questões prévias da impugnabilidade da deliberação da Caixa Central e da ilegitimidade passiva

1.1. A questão processual suscitada em primeiro lugar, a da impugnabilidade¹ da referida deliberação, relaciona-se, desde logo, com a qualifica-

¹ Apenas uma nota para esclarecer que no acórdão se emprega ainda a expressão *recorribilidade* da deliberação, em vez de *impugnabilidade*, por o processo ter

ção desta última como acto administrativo. Na verdade, em causa está uma deliberação tomada pela Caixa Central de Crédito Agrícola, a qual constitui, como se sabe, uma pessoa colectiva de direito privado de tipo cooperativo². Independentemente da discussão em torno da natureza das cooperativas, não restam dúvidas, para o que aqui interessa, que a Caixa Central não integra a Administração Pública portuguesa. E como a categoria do acto administrativo é usualmente delimitada também por referência ao sujeito *órgão da Administração Pública* (cfr. artigo 120.º do Código do Procedimento Administrativo, doravante CPA), tal deliberação afigura-se *prima facie* excluída daquele conceito.

Não obstante, quando se considera a norma ao abrigo da qual tal deliberação foi tomada, o artigo 77.º-A, n.ºs 1 e 3, do Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo (de ora em diante, RJCAM)³, logo se infere que a mesma traduz o exercício de específicos poderes de intervenção no funcionamento e actividade das caixas agrícolas associadas, poderes que fazem recordar a intervenção reguladora na actividade financeira a cargo de outras instituições, como sucede com o Banco de Portugal. Com efeito, embora estejamos a falar de entidades de natureza jurídica distinta, em ambos os casos temos instituições que desempenham funções, legalmente reconhecidas, de supervisão da actividade financeira. Isto é corroborado pelos poderes de orientação, fiscalização e sancionamento previstos no RJCAM em favor da Caixa Geral, típicos das entidades reguladoras. Apenas se destaca a particularidade de a função regulatória estar aqui atribuída (também) a uma entidade privada ao invés de ser exclusivamente desempenhada por uma entidade pública, numa «partilha de responsabilidades [pela prossecução do interesse público] entre Estado e actores privados»⁴. Este fenómeno não

tido início em 2003, antes da entrada em vigor do Código do Processo nos Tribunais Administrativos, e, portanto, o meio processual empregue ter sido o do recurso contencioso de anulação. Não obstante, optámos por empregar em comentário ao acórdão os conceitos consagrados na legislação hoje em vigor.

² As caixas de crédito agrícola mútuo revestem a forma de cooperativa e encontram-se inseridas num sistema integrado do crédito agrícola, em que a Caixa Central, que é ela própria uma instituição de crédito sob forma cooperativa, assume funções de coordenação e regulação financeira.

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de Janeiro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 230/95, de 12 de Setembro, e Decreto-Lei n.º 320/97, de 25 de Novembro.

⁴ PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos. O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 160.

constitui novidade nos diferentes ordenamentos jurídicos da Europa e em particular no português, e caracteriza-se pelo exercício privado da função administrativa e de poderes públicos de autoridade⁵, justificado aqui não apenas pelo facto de a actividade bancária ser de interesse público, mas, mais do que isso, por a função da sua regulação ser uma função administrativa confiada, *enquanto tal*, a uma entidade privada⁶. Tal transferência é, pois, acompanhada pela delegação nos organismos privados de poderes públicos (administrativos) de actuação necessários à adequada prossecução do interesse público que se pretende, por esta via, salvaguardar, os quais se podem concretizar na emissão de normas jurídicas, de actos administrativos e em outras formas de actuação material e jurídica — e que, quanto à Caixa Geral, vêm elencados nos artigos 73 a 77.º-A.º do RJCAM⁷.

Assente que à Caixa Geral incumbe, por determinação legal, o desenvolvimento de uma função de regulação pública através do exercício dos correspondentes poderes de autoridade, fácil é concluir que as decisões unilaterais, tomadas por esta instituição, para satisfação do interesse público e no exercício do poder administrativo, com vista à produção de efeitos jurídicos numa situação individual e concreta, integram o conceito de *acto administrativo* — independentemente da natureza jurídica do seu autor —, ou, para quem adopte um conceito mais restrito de acto administrativo, correspondem a um *acto materialmente administrativo* — categoria, de resto, reconhecida no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 4.º) para definir o âmbito da jurisdição administrativa⁸.

⁵ Por todos, PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas...*, *cit.*, pp. 651 e ss.

⁶ VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 288-289.

⁷ Reconhecendo que a Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo corresponde a um organismo privado com funções de regulação pública, que exerce poderes de regulação por delegação do Estado, v. PEDRO GONÇALVES, «Direito Administrativo da regulação», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, II, Coimbra Editora, Coimbra 2006, págs. 535-574 (p. 545, nota 43).

⁸ Sobre o conceito de acto administrativo e a diferente relevância atribuída na doutrina à natureza jurídica do sujeito, v., entre outros, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo comentado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, pp. 558-559; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II (com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 245-346; mais restritamente, MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS,

Destaque-se que esta questão, não sendo objecto de juízo no acórdão em apreço, está nele pressuposta, tendo sido debatida anteriormente no processo que o originou⁹, a propósito da apreciação da excepção dilatória da incompetência do tribunal administrativo para conhecer da acção (*rectius*, do recurso contencioso de anulação): o STA concluiu serem os tribunais administrativos competentes para conhecer dos actos materialmente administrativos praticados pela Caixa Central, por traduzirem o exercício do poder de *imperium*.

1.2. Esclarecida a natureza de acto (materialmente) administrativo da deliberação da Caixa Central, aprecia-se agora a questão da impugnabilidade do mesmo. Argumentou a entidade recorrida que da circunstância de, nos termos do artigo 77.º-A, n.ºs 1 e 3, do RJCAM, tal deliberação ter de ser precedida do «acordo prévio» do Banco de Portugal decorria que a mesma não consubstanciaria o acto administrativo impugnável. O qual corresponderia, afinal, ao referido «acordo prévio», de que esta deliberação constituiria mero acto de execução, sendo, conseqüentemente, inimpugnável.

Andou, contudo, bem o STA quando concluiu não representar tal «acordo prévio» mais do que um pressuposto de validade da deliberação da Caixa Central, não relevando como pressuposto processual da acção. Na verdade, aquele «acordo prévio» corresponde a um acto administrativo autorizativo que legitima o órgão administrativo, ou entidade legalmente competente para decidir, a exercer a referida competência, traduzindo um poder de controlo preventivo sobre a legalidade ou mérito da concreta decisão a adoptar pelo titular da competência de actuação – constitui, na classificação de Rogério Soares¹⁰, uma autorização constitutiva da legitimação da capacidade de agir. Trata-se, pois, da expressão de um controlo tutelar do Banco de Portugal sobre a Caixa Central, facilmente compreensível por ser aquele a principal entidade reguladora da actividade bancária. Assim, o acto administrativo cujos efeitos lesivos se projectam na esfera do aqui recorrente não pode deixar de ser a deliberação da Caixa Central.

Direito Administrativo Geral, Tomo III – Actividade Administrativa, 2.ª ed., D. Quixote, Lisboa, 2009, pp. 77-78.

⁹ Cfr. acórdão do STA de 26/10/2006, P. 0370/06, que seguiu o acórdão do STA de 18/05/2006, P. 0146/06 (no mesmo sentido, v. ainda os acórdãos do STA de 30/01/2007, P. 0561/06, e de 22/05/2007, P. 074/07).

¹⁰ *Direito Administrativo – Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/78*, Coimbra, 1978, pp. 114-115.

1.3. Com isto se entende também a decisão do Tribunal ao concluir pela improcedência da excepção da ilegitimidade passiva — o Banco de Portugal não é parte na relação jurídica em litígio, uma vez que a deliberação que afecta a esfera jurídica do autor da acção, aqui recorrente, não foi por si tomada, não obstante um dos pressupostos legais desta decisão ter sido preenchido por via da actuação daquela entidade. Não tendo por isso que ser, tão-pouco, demandado como contra-interessado.

2. Da relevância invalidante da preterição de audiência dos interessados

Afastadas as questões prévias suscitadas, o STA ocupou-se então do fundamento da impugnação da deliberação da Caixa Central: a falta de audiência prévia dos interessados, em violação do disposto no artigo 100.º do CPA.

Do referido preceito legal decorre o dever de todas as decisões administrativas irem precedidas da audiência dos interessados, mesmo que aquelas estejam inseridas em procedimentos regulados por normas especiais¹¹. Como se sabe, a função adstrita à audiência consiste em «abrir o procedimento à consideração dos interesses dos particulares em vista da sua ponderação na decisão final, contribuindo, desse modo, não só para um mais cabal esclarecimento dos factos e uma mais adequada e justa decisão, como também para uma melhor defesa (designadamente através de uma representação mais objectiva e informada) dos direitos e interesses legalmente protegidos do particular»¹².

Tal dever apenas fica afastado nos casos previstos na lei, mais especificamente nas hipóteses previstas no artigo 103.º do CPA — de todo o modo, neste caso, nenhuma das hipóteses se verificou, até porque, para que se tenham por preenchidas, necessário é que a entidade autora do acto o declare, explicitando os motivos da dispensa de audiência.

A argumentação expendida pela entidade recorrida prende-se com a irrelevância da audiência na conformação dos concretos efeitos jurídicos da deliberação. Um tal raciocínio tem subjacente o princípio do aproveitamen-

¹¹ Cfr., por todos, PEDRO MACHETE, «O direito de ser ouvido no âmbito de procedimentos especiais – Ac. do STA de 30/10/1996, P. 38064», in *Cadernos de Justiça Administrativa* 2, 1997, pp. 45 e ss.

¹² PEDRO MACHETE, «Conceito de instrução procedimental e relevância invalidante da preterição da audiência dos interessados – Ac. do STA de 17.12.1997, P. 36001», in *Cadernos de Justiça Administrativa* 12, 1998, pp. 3 e ss. (p. 14).

to dos actos administrativos, o qual justifica, por vezes, a não consideração da invalidade resultante da falta de audiência¹³. Mas a semelhante conclusão só pode chegar o Tribunal quando, através de um juízo de prognose póstuma, considere que a participação na audiência (antes de formada a decisão final) se revelaria totalmente incapaz de influenciar, por qualquer forma, o sentido (conteúdo) da decisão a tomar¹⁴. Tem sido uniformemente advertido pela jurisprudência que o facto de se tratar de um acto vinculado não implica necessariamente ser o vício não-invalidante, tal só sucedendo se em concreto a decisão não puder ser outra senão a efectivamente adoptada¹⁵. Assim, para se ajuizar de tal relevância, importa indagar se no caso concreto em apreço se verificava «a possibilidade, ainda que ténue, do interessado vir a exercer influência, quer pelos esclarecimentos prestados, quer pelo chamamento da atenção para certos aspectos de facto e de direito, na decisão a proferir no termo da instrução»¹⁶, portanto, a possibilidade de o interessado «conduzir» a entidade recorrida a, no uso de poderes de conformação, concluir não se justificar a suspensão dos membros da direcção nem a prévia designação de directores provisórios. Tarefa que o STA, no essencial, bem desempenhou, com uma conclusão de aplaudir.

Sintetizando, o Tribunal assentou na ideia de que a circunstância de o acto administrativo para o qual o procedimento tende corresponder a um acto discricionário conduz ao reconhecimento da relevância da participação dos interessados, o que em concreto procurou demonstrar. Para o efeito, começou por notar que o emprego no artigo 77.º-A do conceito de possibilidade («pode») claramente confere poder discricionário àquela entidade¹⁷.

¹³ Sobre este ponto, vide PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, Lisboa, 1996, pp. 525 e ss., e in *Cadernos de Justiça Administrativa* 12, cit., pp. 17-18.

¹⁴ Esta hipótese, que não é objecto de regulação na lei portuguesa, mas vem expressamente prevista na Lei do procedimento administrativo alemã (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), no § 46, tem sido considerada pela nossa jurisprudência – cfr., por todos, o acórdão do STA, de 17/12/1997, P. 36001, in *Cadernos de Justiça Administrativa* 12, pp. 3 e ss.

¹⁵ Cfr., entre outros, os acórdãos do STA, de 17/12/1997, P. 36001, cit., e de 12/12/2001, P. 034981, in <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf>.

¹⁶ Acórdão do STA, de 17/12/1997, P. 36001, cit., p. 11.

¹⁷ Dispõe o n.º 1 do artigo 77.º-A: «Quando uma caixa agrícola pertencente ao sistema integrado do crédito agrícola mútuo esteja em situação de desequilíbrio financeiro grave, ou em risco de o estar, e incumprir as orientações definidas pela Caixa Central nos termos do artigo 75.º, pode esta instituição, obtido o acordo

Por outro lado, atendeu ao facto de a própria competência de suspensão admitir variantes ou diferentes gradações na medida a adoptar, como decorre do n.º 3 do mesmo artigo, na parte final. Com efeito, o poder de «suspender a direcção, no todo ou em parte» traduz o poder de escolher a medida da sanção aplicável aos membros da direcção, medida essa susceptível de ter sido conformada pela Caixa Central de modo diferente tivessem os seus membros (ou um deles) tido a oportunidade de demonstrar, por exemplo, tudo terem feito para impedir o desequilíbrio financeiro da instituição que dirigiam. E se estes elementos, destacados pelo STA no acórdão em apreço, são suficientes para chegar àquela conclusão, foi, todavia, descuidado um outro aspecto, que julgamos relevante sublinhar.

Com efeito, o mesmo artigo integra outras referências que abrem espaço de conformação próprio à Caixa Central, para a qual a intervenção procedimental dos interessados em sede de audiência pode sempre relevar, prejudicando a aplicação do princípio do aproveitamento do acto, o que, de resto, foi invocado pelo recorrente, sem que, em nosso entender, o STA lhe tenha dado a devida atenção. Na verdade, as circunstâncias descritas na norma, especificamente no n.º 1 do artigo 77.º-A, que são pressuposto prévio da competência de suspensão dos membros da Direcção (como se retira da referência contida na parte inicial do n.º 3), identificam um poder administrativo próprio de conformação. Referimo-nos aqui aos conceitos imprecisos ou indeterminados «situação de desequilíbrio financeiro grave, ou risco de o estar» [itálico nosso], que, na perspectiva por nós seguida, representam ainda uma técnica de atribuição de discricionariedade¹⁸ — recorde-se, porém, que a jurisprudência portuguesa, acompanhando parte da doutrina, adopta um conceito mais restrito de discricionariedade, do qual estão excluídos estes espaços de conformação administrativa decorrentes do preenchimento de conceitos imprecisos, para, não obstante, chegar ao mesmo resultado prático, ao admitir poder nestas hipóteses a participação dos interessados ainda influir no conteúdo da decisão.

prévio do Banco de Portugal, designar para a caixa agrícola em causa um ou mais directores provisórios». E nos termos do n.º 3 do mesmo artigo: «Com a designação dos directores provisórios, pode a Caixa Central, obtido o acordo prévio do Banco de Portugal, suspender a direcção, no todo ou em parte».

¹⁸ Entre outros, v. ROGÉRIO E. SOARES, *Direito Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa, Curso de Direito no Porto (sem data, mas de 1980), (policopiado, inédito), pp. 57 e ss.; FRANCISCA PORTOCARRERO, «Notas sobre variações em matéria de discricionariedade», in *Juris et de iure*, Porto, 1998, pp. 660-661.

De facto, a Caixa Central não verificou somente se a situação financeira da caixa agrícola associada está em desequilíbrio, mas, mais do que isso, avaliou a gravidade do referido desequilíbrio. E um tal juízo revela um poder (administrativo) de ponderação próprio daquela entidade, o qual tem também de ser corroborado por uma outra entidade reguladora (o Banco de Portugal), que não é mais do que poder discricionário. E também aqui, a audiência dos membros a suspender, com os elementos que eventualmente viessem a carrear para o procedimento, poderia ter permitido influenciar o sentido da decisão.

Questão diferente, aparentemente subjacente aos argumentos da entidade recorrida, é a de saber se o princípio do aproveitamento do acto administrativo só pode ter aplicação no contexto de actos administrativos devidos, *i.e.*, actos cuja emissão e conteúdo se encontram determinados no plano legal (actos totalmente vinculados), ou se também os actos discricionários podem, em certas circunstâncias, admitir a sua concretização. O problema coloca-se especificamente nas hipóteses em que o poder discricionário conferido por lei tem em concreto, por força da vinculação aos princípios fundamentais de direito administrativo, de ser exercido num específico sentido — reconduzíveis aos casos denominados pela doutrina germânica de «discricionariedade reduzida a zero». Simplesmente, na nossa perspectiva, admitir uma tal solução seria negar relevância à audiência dos interessados. Por outras palavras, os princípios da proporcionalidade ou da igualdade só podem, em rigor, ser plenamente aplicados no procedimento decisório, quando a entidade decisora dispõe de todos os elementos ou dados da realidade sobre que tem de decidir — e tais elementos só estão completos quando integrem aqueles que os interessados introduzam em sede de audiência *prévia*. Pretender-se a aplicação destes princípios antes de a base decisória factual estar completa, e com isso argumentar não poder o caminho ser senão um, é inverter a ordem das coisas. Como dissemos noutra sede, relevante será apenas a circunstância de os argumentos do interessado, se tivessem sido ponderados *antes* da constituição do acto final, se revelarem capazes, *em abstracto*, de influenciar o sentido da decisão a tomar, independentemente, pois, do juízo que a entidade recorrida tenha formulado ou venha a formular¹⁹.

¹⁹ «A recorribilidade do acto administrativo sujeito a condição suspensiva. A audiência do interessado como evento condicionante (Ac. do STA – 1.ª Secção, de 13/4/1999, P. 44105)», in *Cadernos de Justiça Administrativa* 21, pp. 23 e ss. (pp. 31-32).

Em síntese, a audiência dos membros suspensos era susceptível de influenciar o resultado do exercício da competência de suspensão, não sendo, por essa razão, irrelevante a preterição da formalidade legal de audiência dos interessados. Donde a anulação judicial daquela deliberação decorrente de um vício de forma (no procedimento), por falta de audiência, merecer a nossa concordância²⁰.

²⁰ Omitimos aqui, para não alargar excessivamente a presente anotação, o debate acerca do tipo de invalidade decorrente da preterição da audiência dos interessados, que a jurisprudência administrativa e do Tribunal Constitucional tem uniformemente considerado corresponder à anulabilidade. Sobre o assunto, e em sentido diferente, MIGUEL PRATA ROQUE, «Acto nulo ou anulável? – A jus-fundamentalidade do direito de audiência prévia e do direito à fundamentação – Ac. do Tribunal Constitucional n.º 594/2008, de 10.12.2008, P. 1111/07», in *Cadernos de Justiça Administrativa* 78, 2009, pp. 17 e ss.



Cooperativismo e Economia Social, nº 33 (2010-2011), pp. 277-282

**O REGIME DE INVALIDADE DAS DELIBERAÇÕES
SOCIAIS PREVISTO NO CÓDIGO DAS SOCIEDADES
COMERCIAIS É SUBSIDIARIAMENTE APLICÁVEL A
DELIBERAÇÕES TOMADAS PELOS COOPERADORES EM
ASSEMBLEIA-GERAL**

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Setembro de 2010

Paulo VASCONCELOS

*Professor Coordenador da Área Científica de Direito do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto. Advogado*

I

O acórdão em análise, proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em 07.09.2010, de que foi relatora Ana Resende [disponível em <http://www.dgsi.pt>], apreciou duas questões suscitadas por um casal de cooperadores inconformados com decisão da primeira instância, em sede de despacho saneador, que não acolheu a tese que ambos haviam perfilhado na contestação que apresentaram em sua defesa numa ação que lhes foi movida pela cooperativa.

A Autora é então uma cooperativa de habitação que veio peticionar a condenação de ambos os cooperadores no pagamento da quantia devida pela inscrição no programa habitacional que parcialmente não foi paga, bem como o pagamento de quotas anuais vencidas e também por pagar.

Na contestação os Réus defenderam-se alegando a ilegalidade da taxa de inscrição e a nulidade da deliberação que aprovou o regulamento interno com base no qual a cooperativa reclamava os referidos valores em dívida.

Ora, no despacho saneador em primeira instância foi proferida decisão que considerou não ser ilegal a referida taxa de inscrição em programa habitacional, nem nula a deliberação que aprovou o regulamento interno.

É desta decisão que os réus cooperadores apelam para o Tribunal da Relação de Lisboa, suscitando, como se referiu já, duas questões distintas, a saber: i) a nulidade da decisão proferida pelo tribunal *a quo* por falta de fundamentação; ii) a nulidade da deliberação que aprovou o regulamento interno da cooperativa, por se tratar de matéria que pela sua natureza estaria excluída de deliberação dos sócios.

Nesta sede interessa-nos essencialmente esta segunda questão. De facto, a primeira questão suscitada é de natureza eminentemente processual, não contendo qualquer especificidade pelo facto de se tratar de um litígio entre uma cooperativa e seus membros. Na verdade, quanto a esta primeira questão suscitava-se o problema de saber qual o alcance da norma prevista no artigo 668.º do Código de Processo Civil que fere de nulidade a decisão que não especifique os fundamentos de facto e de direito que a justificam e fundamentam.

Ora, entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa, na esteira da doutrina e jurisprudência há muito assente, que unicamente a absoluta falta de motivação é suscetível de determinar a nulidade da decisão, e não apenas a sua insuficiência, mediocridade ou inadequação à decisão proferida. Todas estas situações podem gerar erro de julgamento, a apreciar em sede de recurso, mas não a sua nulidade. Não acolheu pois a pretensão dos recorrentes, tendo antes julgado inexistir a invocada nulidade por falta de fundamentação da decisão proferida em primeira instância.

II

Vejamos então como mais detalhe a outra questão suscitada por este casal de cooperadores no seu recurso de apelação e que já se situa no âmbito do direito cooperativo. Sustentaram os recorrentes que a cooperativa havia criado sem base legal a taxa de inscrição no seu programa habitacional, uma vez que o seu regulamento interno apenas previa a existência de uma taxa administrativa, de pagamento periódico, tendo a cooperativa instituído uma taxa administrativa anual e uma taxa de inscrição no referido programa habitacional.

A partir desta factualidade sustentam a nulidade da deliberação que aprovou a criação da taxa de inscrição, pois não tendo a mesma base legal assim estaria excluída da competência deliberativa dos cooperadores, nos termos do artigo 56.º, n.º 1, c), do Código das Sociedades Comerciais, aplicável *ex vi* artigo 9.º do Código Cooperativo.

Posta a questão nestes termos, o Tribunal da Relação de Lisboa julgou improcedente o recurso também quanto a esta questão, com fundamento no

artigo 50.º do Código Cooperativo. Nos termos deste artigo, «São nulas todas as deliberações tomadas sobre matérias que não constem da ordem de trabalhos fixada na convocatória, salvo se, estando presentes ou representados devidamente todos os membros da cooperativa no pleno gozo dos seus direitos, concordarem, por unanimidade, com a respetiva inclusão ou se incidir sobre a matéria constante do n.º 1 do artigo 68.º, de acordo com o estabelecido no n.º 3 do mesmo artigo.»

Assim, apenas é nula uma deliberação sobre matéria que não conste previamente da convocatória, exceto quando se trate de deliberação da assembleia geral que determine o exercício em nome da cooperativa do direito de ação civil ou penal contra diretores, gerentes ou outros mandatários e membros do conselho fiscal, casos em que pode ocorrer deliberação ainda que tal assunto não conste da ordem de trabalhos de reunião destinada a apreciar o relatório de gestão e as contas do exercício — cf. artigo 68.º do Código Cooperativo.

Ora bem, ao contrário do alegado pelos recorrentes, que sustentavam o seu recurso no regime da nulidade das deliberações sociais previsto no artigo 56.º do Código das Sociedades Comerciais, a que recorriam como direito subsidiário, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou desnecessário o recurso ao direito societário uma vez que entendeu que o Código Cooperativo continha a disciplina da nulidade das deliberações da cooperativa, constante do seu artigo 50.º, já referido.

Uma vez que não estava em causa nos autos em apreço qualquer deliberação sobre matéria não constante da ordem de trabalhos, tal como resulta da convocatória, o Tribunal determinou a improcedência do recurso também quanto a esta questão.

É certo que o acórdão em análise não deixa esclarecer, num cenário de mera conjectura, que à mesma solução — improcedência do recurso — se chegaria por aplicação do Código das Sociedades Comerciais. Porém, não recorre ao direito societário para resolver a questão que lhe foi colocada. E de facto, convocando o regime da nulidade das deliberações societária também concluiríamos que a deliberação em causa não padecia de qualquer nulidade.

É que os recorrentes sustentam a sua tese da nulidade (uma vez que não impugnaram a deliberação no prazo de que dispunham para tal, nesta fase apenas a nulidade lhes poderia aproveitar; daí o seu esforço em demonstrar a nulidade da deliberação) alegando que a deliberação da assembleia da cooperativa decidiu a criação de uma taxa de inscrição no programa habita-

cional sem base legal para tal, pois não se enquadraria nas taxas previstas no seu regulamento interno, pelo que concluem que se trata de deliberação excluída de deliberação dos sócios, enquadrável assim na causa de nulidade prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 56.º do Código das Sociedades Comerciais, aplicável *ex vi* artigo 9.º do Código Cooperativo.

A interpretação da referida alínea c) não é pacífica na doutrina e jurisprudência, coexistindo diferentes interpretações para esta norma (para um panorama das diferentes interpretações veja-se COUTINHO DE ABREU, «Código das Sociedades Comerciais em Comentário», Almedina, 2010, p. 659 e ss.; este Autor acaba por defender que esta alínea é supérflua). Todavia, quer se considere que ao abrigo desta norma apenas são nulas as deliberações que estejam compreendidas nas atribuições de outros órgãos ou as que se situem na esfera de terceiros e não da sociedade, ou as que estejam fora da capacidade jurídica da sociedade, ou ainda as deliberações cujo objeto seja física ou legalmente impossível, certo é que no caso em apreço a nenhuma delas é reconduzível a factualidade apurada. Razão pela qual, de facto, não nos parece que convocando a aplicação do Código das Sociedades Comerciais, como pretendiam os recorrentes, pudéssemos julgar nula a deliberação em crise nestes autos.

Todavia não foi essa a opção do Tribunal, pois julgou desnecessário o recurso ao direito societário, solução que não acompanhamos. Deste modo, sendo certo que concordamos com a decisão do recurso, que acertadamente o julgou improcedente, já não o podemos acompanhar na fundamentação jurídica aduzida para tal efeito pelo coletivo dos juizes.

III

Não cremos que seja correto afirmar, ao contrário do Tribunal da Relação de Lisboa, que qualquer deliberação de uma assembleia geral de uma cooperativa que não seja nula nos termos do artigo 56.º do Código Cooperativo — deliberação sobre assunto não constante da convocatória — seja anulável. Isto é, não subscrevemos a tese de que esta norma do Código Cooperativo esgota a questão da nulidade das deliberações no âmbito das cooperativas, de tal forma que se revele totalmente desnecessário o recurso ao direito subsidiário, no caso o direito societário, como determina o artigo 9.º do Código Cooperativo.

Neste ponto os recorrentes tinham razão, tendo feito, do nosso ponto de vista, um correto enquadramento jurídico da questão, ao suscitar a aplicação do artigo 56.º do Código das Sociedades Comerciais. Todavia falharam na subsunção dos factos ao direito, pois a factualidade assente não era re-

conduzível a nenhuma das hipóteses previstas no referido artigo 56.º, ao contrário do que sustentaram no recurso de apelação em análise, como dissemos. Daí que, embora com fundamento diverso, se concorde com o sentido da decisão do tribunal.

Nos termos do artigo 9.º do Código Cooperativo para colmatar as lacunas do normativo cooperativo pode recorrer-se, na medida em que não desrespeitem os princípios cooperativos, ao Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente aos preceitos aplicáveis às sociedades anónimas. Ora, o artigo 50.º do Código Cooperativo, sob a epígrafe «Deliberações», determina apenas a nulidade de uma categoria de deliberações, como se referiu: aquelas que não constavam da ordem de trabalhos.

Ora, desta norma não se pode, salvo melhor opinião, concluir que qualquer outra deliberação que não se reconduza a uma decisão tomada sobre matéria não constante da ordem de trabalhos é anulável e não nula. Antes entendemos que o legislador cooperativo, conhecedor do regime das invalidades das deliberações sociais previsto no Código das Sociedades Comerciais apenas pretendeu esclarecer uma questão não expressamente regulada nos artigos 56.º e seguintes daquele código: qual o vício de que padece uma deliberação tomada fora dos assuntos constantes da ordem de trabalhos. E nada mais.

De facto, não se entenderia que uma deliberação tomada, por exemplo, em assembleia não convocada não estivesse ferida de nulidade. Ou cujo conteúdo fosse ofensivo dos bons costumes ou de preceitos legais inderrogáveis, nem por vontade unânime dos cooperadores. Daí que se nos afigure perfeitamente aplicável às cooperativas o regime de invalidades do Código das Sociedades Comerciais, que em nada ofende os princípios cooperativos.

Esta solução não depende sequer, em nossa opinião, da posição que se adote em relação à natureza das relações que se estabelecem entre o direito cooperativo e o direito societário (cf. a este propósito MANUEL CARNEIRO DA FRADA / DIOGO COSTA GONÇALVES, «A acção *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do Direito cooperativo com o Direito das sociedades comerciais», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano I, 2009, n.º 4, p. 897 e ss.; e DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, «A natureza jurídica da cooperativa / Comentário ao acórdão do STJ de 5 de fevereiro de 2002 (Garcia Marques)», in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 7, 2006, p. 147 e ss.). De facto, neste caso, o recurso ao direito societário impõe-se qualquer que seja a posição adotada nesse domínio.

Desde logo para aqueles que adotam a tese da aplicação direta do direito societário às cooperativas, na perspectiva de que entre ambos os sistemas existe uma relação de especialidade, funcionando o direito cooperativo como direito especial face ao direito societário, entendimento este tributário da inexistência de verdadeira autonomia do direito cooperativo, pois reconduzem as cooperativas às sociedades comerciais.

Mas a mesma solução será defendida por aqueles que afirmam a autonomia do direito cooperativo, pois não deixarão de reconhecer que o recurso ao direito societário é a solução mais razoável face ao incipiente tratamento do regime da invalidade das deliberações sociais no Código Cooperativo.

Cooperativismo e Economia Social, nº 33 (2010-2011), pp. 283-290

**O REGIME DE TRANSMISSÃO DOS TÍTULOS DE CAPITAL
NA COOPERATIVA**
**Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto
de 10 de janeiro de 2011**

Deolinda APARÍCIO MEIRA

*Professora Adjunta da Área Científica de Direito do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto*

1. Apresentação do litígio

O Autor intentou uma ação contra uma cooperativa, pedindo que se declare suprimido o consentimento desta para o averbamento de quinze títulos adquiridos por doação, condenando-se a cooperativa a proceder a tal averbamento. Alega que, pelo facto de ser titular de um título de capital na cooperativa (não se esclarecendo as circunstâncias em que foi adquirido o referido título) e de ter adquirido por doação quinze novos títulos de capital, lhe assiste o direito de requerer o averbamento da aquisição dos respetivos títulos. Alega, ainda, que a cooperativa estaria obrigada a proceder ao registo dessa aquisição, em conformidade com o art. 63.º do *Código dos Valores Mobiliários*.

A cooperativa defende-se invocando que não estão reunidos os pressupostos para operar a transmissão do direito, dado que: (i) não tinha autorizado a transmissão dos títulos; (ii) o Autor não reveste a qualidade de cooperador, pressuposto necessário para se operar a transmissão; (iii) não se tratando de títulos estruturais, não se aplicará o regime do *Código dos Valores Mobiliários*.

O Tribunal de primeira instância julgou a ação improcedente. Inconformado, o Autor interpôs recurso desta decisão para o Tribunal da Relação do Porto, o qual proferiu um Acórdão em 10 de janeiro de 2011 (Relator: ANA PAULA AMORIM, ITIJ - Bases Jurídico-documentais — <http://www.dgsi.pt>).

O Tribunal da Relação do Porto julgou o recurso improcedente, mantendo o sentido decisório da sentença da primeira instância, com base nos seguintes fundamentos: o facto de o Autor possuir um título de capital não lhe atribui a qualidade de cooperador; a transmissão *inter vivos* ou *mortis causa* dos títulos de capital depende sempre da prévia decisão dos órgãos da cooperativa; esta autorização só pode ser concedida, quer ao adquirente numa transmissão *inter vivos*, quer aos herdeiros ou legatários no caso de sucessão *mortis causa*, sob a condição de qualquer deles já ser membro da cooperativa ou de, no caso de o não ser, pedir a respetiva admissão, devendo para tal o candidato a cooperador reunir as condições que para isso forem exigidas; finalmente, como o Autor não alegou que os títulos adquiridos, por doação, são títulos de capital sob a forma escritural, não será de aplicar o art. 63.º do *Código dos Valores Mobiliários*.

É sobre este Acórdão do Tribunal da Relação do Porto que se apresentam, de seguida, algumas notas.

2. A análise das questões suscitadas no Acórdão

São várias as questões discutidas neste Acórdão do Tribunal da Relação do Porto: em primeiro lugar, a de saber se a simples posse de um título de capital atribui ao Autor a qualidade de cooperador; em segundo lugar, a de se a transmissão dos títulos de capital depende de prévia decisão dos órgãos da cooperativa e, nessa decorrência, se o Autor deveria ou não ter solicitado o prévio consentimento para a transmissão dos títulos, dado que se limitou a formular junto da cooperativa o pedido de averbamento, dando como assente a transmissão por doação; em terceiro lugar, a de saber se se aplica o regime de transmissão previsto no *Código dos Valores Mobiliários*.

2.1. A subscrição de títulos de capital como condição necessária mas não suficiente para a aquisição da qualidade de cooperador

Para fundamentar a sua decisão, o Tribunal da Relação do Porto começou por destacar as especificidades da cooperativa enquanto organização empresarial.

Efetivamente, a cooperativa deverá ser entendida como uma organização empresarial de cunho marcadamente personalista, no sentido de que a pessoa do cooperador e os vínculos pessoais deste face àquela ocupam o primeiro plano. A participação financeira do sócio, se bem que importante, será relegada para um plano secundário face à sua intervenção ativa na vida da cooperativa. Deste modo, a condição essencial para a aquisição da qualidade de sócio cooperador será a participação na atividade cooperativizada,

o que se relaciona com o chamado *escopo mutualístico* da cooperativa. A atividade social da cooperativa orienta-se necessariamente para os seus membros, que são os destinatários principais das atividades económicas e sociais que esta leva a cabo (art. 2.º do *Código Cooperativo*), sendo que aos membros cabe, também, a obrigação de participar naquela atividade. Neste sentido, o art. 34.º, n.º 2, al. c), do *Código Cooperativo*, estabelece que os cooperadores deverão «participar em geral nas atividades da cooperativa e prestar o trabalho ou serviço que lhes competir».

Daqui resulta que o sócio cooperador não está apenas sujeito à obrigação de entrada para o capital da cooperativa (art. 22.º do *Código Cooperativo*), mas também àquela obrigação de participar na atividade cooperativizada.

Assim, esta obrigação de participação na atividade cooperativizada tem natureza constitutiva na condição de sócio cooperador, tal como a prestação de capital, assumindo contudo primazia na aquisição de tal condição. Será, por isso, de defender a subalternização da obrigação de entrada para o capital social, face à obrigação de participação na atividade cooperativizada. Neste sentido, quanto à questão de saber se a subscrição dos títulos de capital, imposta a cada sócio cooperador, deverá ser entendida como uma condição necessária para adquirir essa qualidade, afirma RUI NAMORADO (*Cooperatividade e Direito Cooperativo. Estudos e pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 162.) que «como condição ela não é um elemento constitutivo da qualidade de cooperador, mas um simples contributo, justamente exigido aos interessados, para se viabilizar o início do funcionamento da cooperativa». Esta posição integra-se no entendimento de que o capital social cooperativo não é um elemento essencial, mas instrumental, relevante, fundamentalmente, para viabilizar a entrada em funcionamento da cooperativa (para uma análise desenvolvida desta questão, ver DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no direito português. O capital social*, VidaEconómica, Porto, 2009, págs. 214-215 e 283-305).

Mais uma vez na esteira do que defende RUI NAMORADO (*ob. cit.*, p. 162), entendemos que a motivação central de um sócio cooperador, ao subscrever títulos de capital, não será a rentabilização de um capital para o qual contribui, como acontece com os sócios das sociedades comerciais, mas a participação no objeto social da cooperativa. Se o sócio cooperador se limitar à subscrição dos títulos de capital, não participando na atividade cooperativizada, não viverá de forma plena a sua qualidade de sócio cooperador, retirando dela poucas vantagens. Assim, por exemplo, se, no respetivo exercício, forem gerados excedentes e se os mesmos forem distribuídos,

nada lhe caberá, uma vez que a distribuição dos excedentes cooperativos, quando tem lugar, depende do volume de transações entre cada sócio cooperador e a cooperativa, e não do número de títulos de capital detidos por cada sócio cooperador (art. 3.º do *Código Cooperativo*).

Face ao exposto, poderemos afirmar que, nas cooperativas, a posição do sócio cooperador será determinada, sobretudo, pela sua participação na atividade cooperativizada, pelo que a subscrição de títulos de capital, ainda que seja uma condição necessária para a aquisição da qualidade de cooperador, não será, todavia, suficiente. Nesta decorrência, concordamos com o entendimento do Tribunal ao considerar que o simples facto de o Autor possuir um título de capital não lhe atribui a qualidade de cooperador.

2.2. O regime de transmissão dos títulos de capital na cooperativa

Uma outra questão suscitada pelo Acórdão prende-se com o regime de transmissão dos títulos de capital na cooperativa.

Ora, ao contrário do que sucede nas sociedades de capitais, os títulos de capital das cooperativas não têm liquidez nem são facilmente transacionáveis. Por um lado, as cooperativas são «sociedades de pessoas», ou seja, organizações em que as qualidades pessoais dos sócios constituem o núcleo essencial em torno do qual se organizam os restantes elementos estruturais. Fala-se, a este propósito, de uma «personalização *ex lege* da participação social do cooperador» (LUIGI FILIPPO PAOLUCCI, *Le società cooperative dopo la riforma. Appendice. Commentario breve agli articoli da 2511 a 2545 octiesdecies del c.c. e al d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220, in tema di vigilanza sulle cooperative*, CEDAM, Padova, 2004). Este carácter pessoal da participação social resultará do facto de a cooperativa se apresentar como uma organização mutualista, uma vez que o exercício em comum de uma atividade económica (art. 2.º do *Código Cooperativo*) determinará a obrigação de colaboração por parte do sócio cooperador para o prosseguimento do escopo mutualístico, tal como já foi destacado.

Daí que a titularidade dos títulos de capital não seja uma posição separável da qualidade de sócio cooperador. Por outro lado, o sócio de uma cooperativa efetua a sua contribuição financeira, não como investimento de capital, mas sim como uma contribuição necessária ao desenvolvimento da atividade económica da cooperativa circunscrita ao período da sua filiação [ver, neste sentido, HANS-H. MÜNKER, *Nueve lecciones de Derecho Cooperativo*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Marburg, 1982 (tradução de LEONARDO HALPERN), pág. 81]. Os títulos de capital não são, assim, meros títulos de investimento, mas direitos do sócio cooperador que não podem ser exerci-

dos por quem não tenha essa condição, além de que, não sendo um instrumento de revalorização do capital investido, não requerem uma livre e ágil circulação.

Tudo isto explica que, nas cooperativas, a limitação da livre transmissão dos títulos de capital seja a regra geral e não a exceção, impedindo-se a livre transmissibilidade dos títulos de capital a pessoas alheias à cooperativa. Neste sentido, o art. 23.º do *Código Cooperativo* dispõe que os títulos de capital só serão transmissíveis mediante autorização da Direção ou, se os estatutos da cooperativa o impuserem, da Assembleia geral, sob condição de o adquirente ou o sucessor já ser sócio cooperador ou, reunindo as condições exigidas, solicitar a sua admissão.

Daqui resultou que o legislador tenha feito depender a transmissão dos títulos de capital, *inter vivos* ou *mortis causa*, da verificação de duas condições: da prévia autorização dos órgãos da cooperativa, a qual constituirá uma condição de eficácia da transmissão; e de serem já membros da cooperativa ou, no caso de o não serem, pedirem a respetiva admissão. Neste último caso, o pedido de admissão só poderá ser feito se os candidatos a sócios cooperadores reunirem as condições que para isso forem exigidas, as quais variam segundo o ramo de cooperativa de que se trate. Será inválida, e por consequência ineficaz, a transmissão efetuada a favor de alguém que não preencha os requisitos estabelecidos pela lei e/ou pelos estatutos, mesmo que a autorização tenha sido concedida.

Esta autorização para a transmissão será dada, por regra, pela Direção, só sendo competência da Assembleia geral se os estatutos o impuserem. O adquirente, não sendo já sócio cooperador, necessitará de solicitar expressamente a sua admissão.

No entanto, o *Código Cooperativo* não regula o formalismo e prazos a observar aquando do pedido e da concessão da autorização para a transmissão dos títulos de capital, devendo tal questão ser regulada nos estatutos da cooperativa [aplica-se, nesta matéria, subsidiariamente, o disposto no art. 329.º, n.º 3, al. a), do *Código das Sociedades Comerciais*, por força do art. 9.º do *Código Cooperativo*]. Assim, se for requerida por um sócio cooperador a transmissão dos respetivos títulos de capital, no pedido de autorização, deverá indicar, pelo menos, o nome do cessionário, a fim de que se possa verificar se se preenchem os requisitos subjetivos do cessionário para ser cooperador. Os órgãos sociais da cooperativa (Direção ou Assembleia geral, consoante o previsto estatutariamente) deverão pronunciar-se, no sentido da concessão ou da recusa de autorização, no prazo máximo de 60 dias, sob pena de essa transmissão se considerar válida e eficaz [neste sen-

tido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 9 de julho de 1997 (in: *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXII, Tomo III, pág. 212 e ss.)). A recusa de consentimento deve ser fundamentada, fundamentação esta que visa, por um lado, evitar a configuração de um vínculo absoluto e, por outro, compreender o *iter* seguido pelos órgãos sociais no exercício do controlo relativo à compatibilidade da transmissão com o interesse da cooperativa.

Porque o legislador não trata de forma distinta os dois tipos de transmissão (*inter vivos* e *mortis causa*), compreende-se a necessidade de introduzir uma disposição legal (o n.º 4 do art. 23.º do *Código Cooperativo*) que protegesse a posição dos herdeiros e legatários, no caso de não ser pedida, de não ser dada ou de nem sequer poder ser pedida, a referida admissão. Nesta situação, os herdeiros e legatários «têm direito a receber o montante dos títulos do autor da sucessão». Este montante será fixado «segundo o valor nominal, corrigido em função da quota-parte dos excedentes ou dos prejuízos e das reservas não obrigatórias». Por outras palavras, os herdeiros terão direito à liquidação da entrada.

Na esteira do que propõe TATO PLAZA (*A Lei de Cooperativas e a sua incidência nas Cooperativas de Ensino*, União de Cooperativas do Ensino de trabalho associado da Galiza, Pontevedra, 1999, pág. 67), entendemos que nas transmissões *mortis causa* também ocorrerá liquidação da entrada se, sendo os herdeiros vários e a cooperativa tiver exigido que o direito à condição de sócio fosse exercido por um só, não existir acordo dos herdeiros quanto à designação do sucessor. Poderia levantar-se, a este propósito, a questão de saber se seria possível a contitularidade, por parte dos herdeiros de um sócio cooperador, de todos os títulos de capital da herança, sendo designado pelos mesmos, durante o período de contitularidade, um dos herdeiros para representar os restantes junto da cooperativa. RUI NAMORADO (*ob. cit.*, pág. 170) entende que os herdeiros, enquanto permanecerem como um conjunto, nunca poderão desempenhar na cooperativa um papel igual ao do *de cuius*, não fazendo, por isso, sentido que alguém os representasse no exercício de uma atividade inerente ao tipo de cooperativa em causa. Segundo o citado autor, «o objetivo do regime jurídico da transmissão dos títulos de capital, mesmo *mortis causa*, não é, em primeira-mão, o de transmitir bens ou direitos verdadeiramente autónomos, cujo principal valor esteja neles próprios, mas apenas o de tornar possível que se preencha uma condição prévia à aquisição da qualidade de cooperador».

Caso a transmissão *mortis causa* se tenha revelado inviável, pelas razões mencionadas, os herdeiros e legatários do cooperador falecido terão direito

a receber o montante dos títulos de capital pertencentes ao *de cuius*, segundo o seu respetivo valor nominal». Este pagamento aos sucessores, previsto no n.º 4 do art. 36.º do *CCoop*, deverá, por aplicação analógica do n.º 3 do art. 36.º do mesmo diploma, ser feito no prazo máximo de um ano, a partir da morte do sócio cooperador.

Neste contexto, andou bem o Tribunal da Relação ao considerar que a transmissão dos títulos de capital depende sempre da prévia decisão dos órgãos da cooperativa e que a atribuição de títulos de capital só tem sentido como condição de aquisição da qualidade de cooperador, não podendo consumir-se nunca sem ligação a essa qualidade. Logo, não sendo o Autor um cooperador, tal circunstância constitui um obstáculo à transmissão dos títulos de capital.

2.3. O *modus operandi* de transmissão dos títulos de capital na cooperativa

Quanto ao *modus operandi* de transmissão, o art. 23.º do *Código Cooperativo* distingue entre os casos de transmissão *inter vivos* e de transmissão *mortis causa*.

A transmissão *inter vivos* operar-se-á por endosso do título a transmitir assinado pelo transmitente, pelo adquirente e por quem obrigar a cooperativa, sendo averbada no Livro de Registo dos Títulos de Capital (n.º 2 do art. 23.º do *Código Cooperativo*).

Por sua vez, a transmissão *mortis causa* operar-se-á por apresentação do documento comprovativo da qualidade de herdeiro ou de legatário e será averbada, em nome do titular, no Livro de Registo e nos títulos, que deverão ser assinados por quem obriga a cooperativa e pelo herdeiro ou legatário (n.º 3 do art. 23.º do *Código Cooperativo*).

Quanto à transmissão dos títulos de capital escriturais, que as cooperativas podem emitir, apesar de estes não revestirem a natureza de valores mobiliários, dado que não são suscetíveis de transmissão em mercado, ela segue, com as adaptações necessárias, o regime de transmissão dos valores mobiliários escriturais previsto no *Código dos Valores Mobiliários* (n.º 5 art. 23.º do *Código Cooperativo*). Assim, a transmissão dos títulos de capital escriturais dar-se-á pelo seu lançamento a débito, na conta do anterior proprietário, e a crédito, na conta de que o adquirente seja titular ou que para o efeito abrirá. É este o regime que resulta do art. 80.º, n.º 1, do *Código dos Valores Mobiliários*, quando refere que «os valores mobiliários escriturais transmitem-se pelo registo na conta do adquirente».

Mais uma vez, concordamos com o entendimento do Tribunal vertido no Acórdão: o Autor não alegou que os títulos adquiridos, por doação, fossem títulos de capital sob a forma escritural, dado que resulta dos factos provados que adquiriu «ações», expressão que não é usada em sentido técnico-jurídico, o que leva a supor tratarem-se de meros títulos, pelo que não será de aplicar o art. 63.º do *Código dos Valores Mobiliários*, uma vez que esta norma se reporta à modalidade de registo de «valores mobiliários escriturais», mais propriamente ao registo num único intermediário financeiro.



