

CES

COOPERATIVISMO E
ECONOMÍA SOCIAL

N.º 36 · CURSO 2013-2014 · VIGO (ESPAÑA) · ISSN 1130-2682

UniversidadeVigo

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

EDITA

Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo
Andavira Editora

DESEÑO LOGOTIPO REVISTA

Antón Pulido Novoa

ADMINISTRACIÓN, DISTRIBUCIÓN E VENDAS

Andavira Editora
Praza de Mazarelos, 14
15703 Santiago de Compostela
info@andavira.com
<http://www.meubook.com/pg/profile/revistacooperativismo>

DIRECCIÓN DA REVISTA E INTERCAMBIOS

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

© Universidade de Vigo / Andavira Editora

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

ISSN: 1130-2682

Depósito Legal: VG-97-1990

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

PRESIDENCIA

ANXO TATO PLAZA (Universidade de Vigo)

DIRECCIÓN

JULIO COSTAS COMESAÑA (Universidade de Vigo)

MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA (Universidade de A Coruña)

DEOLINDA MEIRA (Instituto Politécnico do Porto/ISCAP)

SECRETARÍA

PABLO FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO (Universidade de Vigo)

FRANCISCO TORRES PÉREZ (Universidade de Vigo)

XACOBO IZQUIERDO ALONSO (Universidade de Vigo)

CONSELLO CIENTÍFICO

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

AVALIADORES

Profa. Dra. NINA AGUIAR, Instituto Politécnico de Bragança; Profa. Dra. M.^a DEL MAR ANDREU MARTÍ, Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Politécnica de Cartagena; Profa. Dra. IRENE ESCUÍN IBAÑEZ, Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Politécnica de Cartagena; Profa. BELÉN GARCÍA ÁLVAREZ, Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil, Universidad de Deusto; Profa. Dra. M.^a ISABEL GRIMALDOS GARCÍA, Profesora Titular Interina de Derecho Mercantil, Universidad de Murcia; Prof. Dr. RAUL GUICHARD, Instituto Politécnico do Porto/ISCAP; Profa. Dra. LINDA NAVARRO MATAMOROS, Profesora Contratada Doctora, Universidad de Murcia; Profa. Dra. ELISABETE RAMOS, Universidade de Coimbra;

Profa. Dra. FÁTIMA RIBEIRO, Universidade Católica do Porto; Profa Dra. ELENA SALGADO ANDRÉ, Profesora Invitada de Derecho Mercantil, Universidade de Vigo; Prof. Dr. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, Universidade de Coimbra.

COLABORADORAN NESTE NÚMERO

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS

ANA MARIA GOMES RODRIGUES

ANA PAULA QUELHAS

ANDRÉ ALMEIDA MARTINS

ANTÓNIO MARTINS

ANXO TATO PLAZA

CAROLINA CUNHA

CATARINA SERRA

DEOLINDA APARÍCIO MEIRA

EDUARDO GRAÇA

ELENA SALGADO ANDRÉ

ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS

JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ

LICÍNIO LOPES MARTINS

M.^a JESÚS RODRÍGUEZ MÍGUEZ

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA

MARIA ELISABETE RAMOS

MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ

MARIA MATILDE LAVOURAS

NINA AGUIAR

NUNO SOUSA E SILVA

PAULO RAMÍREZ

PEDRO CERQUEIRA GOMES

RITA CALÇADA PIRES

SÍLVIA FERREIRA

SINESIO NOVO FERNÁNDEZ

XACOBO IZQUIERDO ALONSO

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

I. OBXECTIVOS E CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS

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

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

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

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

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

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

II. NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS

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

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

Sistema de arbitraje e avaliadores externos: Os traballos presentados a *CES* incluídos na Parte I e na Parte II.1 serán sometidos a avaliación confidencial de dous expertos alleos ó equipo editorial, seguindo criterios internacionais. A avaliación é cega, de xeito que os avaliadores non coñecen a identidade do autor, nin este a daqueles. Os avaliadores examinan a orixinalidade e o carácter inédito do traballo, a pertinencia do tema e a profundidade coa que se desenvolve, a metoloxía utilizada, o grao de documentación utilizada e a actualidade bibliográfica, así como a claridade de estilo. Se os avaliadores proponen modificacións na redacción do orixinal, será responsabilidade do equipo editorial –unha vez informado o autor– o seguimento do proceso de reelaboración do traballo. Se o traballo non fora aceptado, o orixinal será devolto ó autor xunto cos dictames emitidos polos avaliadores. A secretaria da revista comunicará aos autores, no prazo máis curto posible, e sempre antes do 31 de xullo, o rexeitamento dos orixinais remitidos. A ausencia de comunicación antes do 15 de setembro significa que o orixinal foi admitido e será publicado no volumen de *CES* do ano en curso. Os dereitos de edición e publicación, en calquera soporte, dos traballos aceptados e publicados correspóndenlle á Universidade de Vigo. As colaboracións en *CES* son gratuitas, tanto no que atinxe ós traballos publicados como no relativo ó traballo dos avaliadores externos.

III. INSTRUCCIONES PARA OS AUTORES.

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

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

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

Normas técnicas para a presentación dos traballos: Sen prexuízo de que tamén se poidan presentar en papel, os traballos presentaranse necesariamente nun arquivo informático en Word ou equivalente, con suxección ás seguintes normas: -Tipo de letra: Times New Roman; - Tamaño: 12 (notas ao pé, 10); Folio DIN A-4; Espazo entre liñas: 1,5 (notas ao pé espazo simple); Marxes: 3-3-3-3.

Elaboración das referencias bibliográficas: Deberanse utilizar obrigatoriamente as abreviaturas que figuran no índice da revista *CES*. O traballo terá un último epígrafe coa bibliografía, sentenzas e textos empregados, con mención ás abreviaturas e siglas de revistas, publicacións periódicas ou de textos legais que non aparezan no índice de *CES*.

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

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

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

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

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

I. OBJETIVOS E CARATERÍSTICAS PRINCIPAIS

Âmbito: A revista *CES* aborda as cooperativas e outras entidades da economia social na União Europeia, nos países lusófonos e na América Latina, embora de preferência em Portugal e Espanha.

A perspetiva é essencialmente jurídica, mas permitem-se abordagens realizadas a partir de outras óticas, como sejam a económica, a empresarial e a sociológica.

A revista dirige-se aos investigadores destas matérias, quer no âmbito académico quer no profissional.

As línguas oficiais da revista são o galego, o português, o castelhano e o inglês.

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

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

II. NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

Conteúdo original: A *CES* só aceita artigos de investigação originais e inéditos, em galego, português, castelhano ou inglês. Excecionalmente, permite-se a publicação da tradução para galego, português ou castelhano de artigos publicados originalmente noutro idioma distinto dos citados.

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

Sistema de arbitragem e Avaliadores externos: Os artigos a incluir nas partes (I) e (II.1) serão submetidos a avaliação confidencial de dois especialistas externos ao corpo editorial, em conformidade com critérios internacionais. A avaliação será cega, de modo que os avaliadores desconheçam a identidade do autor e este a daqueles. Os avaliadores examinarão a originalidade e o carácter inédito do artigo, a pertinência do tema e a profundidade da análise do mesmo, a metodologia utilizada, a adequação e a atualidade da bibliografia, bem como a clareza de estilo. Se os avaliadores propuserem alterações à redação do texto original, será da responsabilidade do corpo editorial — após comunicação ao Autor — o acompanhamento do processo de revisão do artigo. Se o artigo não for aceite, o original será devolvido ao Autor, juntamente com as alterações sugeridas pelos avaliadores. O Secretariado da *CES* comunicará aos Autores, até 31 de julho, a recusa dos originais recebidos. A ausência desta comunicação, até 15 de setembro, significará que o original foi admitido e que se publicará no volume da *CES* do ano corrente. Os direitos de edição e publicação, em qualquer suporte, dos artigos admitidos e publicados pertencerão à *Universidade de Vigo*. As colaborações na *CES* serão gratuitas, quer no que respeita aos artigos publicados quer quanto ao trabalho dos Avaliadores externos.

III. INSTRUÇÕES AOS AUTORES

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

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

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

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

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

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

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

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

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

I. OBJETIVOS Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

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

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

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

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

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

II. NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Contenido original: *CES* sólo acepta trabajos de investigación originales e inéditos en español, inglés, portugués o gallego. Excepcionalmente también se aceptará publicar la primera versión en gallego / portugués / castellano de trabajos publicados originalmente en idiomas distintos de los citados.

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

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

En el caso de que los evaluadores propongan modificaciones en la redacción del original será responsabilidad del equipo editorial - una vez informado el autor- el seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. En el caso de que el trabajo no sea aceptado, el original será devuelto al autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. La secretaria de la revista comunicará a los autores, en el plazo de tiempo más breve posible, y siempre antes del 31 de julio, el rechazo de los originales remitidos. La falta de comunicación antes del 15 de septiembre significa que el original ha sido admitido y se publicará en el volumen de *CES* del año en curso. Los derechos de edición y publicación, en cualquier soporte, de los trabajos aceptados y publicados le corresponden a la Universidade de Vigo. Las colaboraciones en *CES* son gratuitas, tanto por lo que respecta a los trabajos publicados como a la labor de los Evaluadores Externos.

III. INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

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

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

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

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

Normas técnicas para la presentación de los trabajos: Sin perjuicio de que también puedan presentarse en soporte papel, los trabajos se presentarán necesariamente en archivo informático en Word o equivalente, con sujeción a las siguientes normas: - Tipo de letra: Times New Roman; - Tamaño: 12 (notas al pie 10); - Folio DIN A-4; - Interlineado: 1,5 (notas al pie simple); - Márgenes; 3-3-3-3.

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

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

Las citas de trabajos publicados en revistas se harán del siguiente modo: Inicial del nombre en su caso y Apellidos del Autor siempre (en mayúscula), Título del trabajo (entre comillas), Abreviatura de la revista si figura en el índice de *CES* (si no figura en el índice el título completo en cursiva), Volumen, Número (si lo hubiere), Año (entre paréntesis), y página citada.

Por ejemplo: D. APARÍCIO MEIRA, «A relevância do cooperador na governação das cooperativas », *CES* 35 (2012-2013), pág. 27. Una vez efectuada la primera cita de un trabajo en una revista, en citas sucesivas no es preciso reiterar el título del trabajo y basta citar el membrete bibliográfico con la página citada.

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

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

I. OBJECTIVES AND MAIN CHARACTERISTICS

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

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

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

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

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

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

II. ORIGINAL SUBMISSION

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

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

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

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

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

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

III. INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

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

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

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

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

Technical instructions for the submission of articles: Notwithstanding submissions in paper format could be accepted, all articles must be necessarily submitted in an electronic file, in Word or equivalent format and complying with the following requirements: -Font: Times New Roman; -Size: 12 (footnotes, 10); -Sheets DIN A-4; -Space 1.5 (single in the case of footnotes); -Margins: 3-3-3-3.

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

References to works published in journals should be made as follows: Initial of the author's first name (in caps); Author's surname(s); Title of the work (in single inverted commas); Journal abbreviation if listed in the index (if not, the full title must be given in caps); Volume and issue No. (where appropriate); Year (in brackets); and the specific page quoted [i.e. D. APARICIO MEIRA, «A relevancia do cooperador na governação das cooperativas», *CES* 35 (2012-2013), pág. 27]. Once a first reference has been made to an article in a journal, it will not be necessary to repeat the title of the article for consecutive references, and it will be enough to include the bibliographical letterhead with the page referred.

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

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ABREVIATURAS DE TEXTOS LEGAIS

CC	Real Decreto 24 de xullo de 1889. Código Civil
CE	Constitución Española
Cco	Real Decreto 22 de agosto de 1885. Código de Comercio
CCom	<i>Código Comercial Português, de 28 de junho de 1888</i>
CCoop	<i>Código Cooperativo Português</i>
CRP	Constitución da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CCiv	<i>Código Civil Português</i>
CP	<i>Código do Processo Civil Português</i>
CRCom	<i>Código do Registo Comercial Português</i>
CPen	<i>Código Penal Português</i>
LC	Lei 27/1999, de 16 de xullo, de Cooperativas
LCCA	Lei 6/2013, de 6 de novembro, de Cooperativas de Cantabria.
LCAR	Lei 9/1998, de 22 de decembro, de Cooperativas de Aragón
LCCAN	Lei 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria
LCCAT	Lei 18/2002, de 5 de xullo, de Cooperativas de Cataluña
LCCrCAT	Lei 6/1998, de 13 de maio, de regulación do funcionamento das Seccións de Crédito das Cooperativas de Cataluña
LCCMadrid	Lei 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas da Comunidade de Madrid
LCCLM	Lei 11/2010, de 4 de novembro, de Cooperativas de Castela-A Mancha
LCCyL	Lei 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas da Comunidade de Castela e León
LCCV	Lei 8/2003, de 24 de marzo, de cooperativas da Comunidade Valenciana
CCrCV	Decreto 83/2005, de 22 de abril, do Goberno Valenciano, polo que se regulan as Cooperativas de Crédito da Comunidade Valenciana
LCIB	Lei 1/2003, de 20 de marzo, de cooperativas de Baleares
LCG	Lei 5/1998, de 18 de decembro, de Cooperativas de Galicia
LCCrEX	Lei 5/2001, de 10 de maio, de Crédito Cooperativo de Extremadura
LCCr	Lei 13/1989, de 26 de maio, Cooperativas de Crédito
LCLR	Lei 4/2001, de 2 de xullo, de Cooperativas da Rioxa
LCPA	Lei 4/2010, de 29 de xuño, de Cooperativas da Comunidade Autónoma do Principado de Asturias
LCPV	Lei 4/1993, de 24 de xuño, de Cooperativas do País Vasco
LCPPV	Lei 6/2008, de 25 de xuño, da Sociedade Cooperativa Pequena do País Vasco
LCRM	Lei 8/2006, de 16 de novembro, de Sociedades Cooperativas da Rexión de Murcia
LECv	Lei 1/2000, de 7 de xaneiro, de Enxuízamento Civil

LFCN	Lei Foral 14/1996, de 2 de xullo, de Cooperativas de Navarra
LITSASCE	Lei 31/2006, 18 de outubro, de implicación dos traballadores nas sociedades anónimas e cooperativas europeas
LMESM	Lei 3/2009, 3 de abril, de modificacións estruturais das sociedades mercantís
LMV	Lei 24/1988, de 28 de xullo, do Mercado de Valores
LOSSP	RD lexislativo 6/2004, de 29 de outubro: texto refundido da Lei de ordenación e supervisión de seguros privados
LRFC	Lei 20/1990, de 19 de decembro, sobre o Réxime Fiscal das Cooperativas
LSCA	Lei 14/2011, de 23 de decembro, de Sociedades Cooperativas Andaluzas
LSCEX	Lei 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades de Cooperativas de Estremadura
LSCEEX	Lei 8/2006, de 23 de decembro, de Sociedades Cooperativas Especiais de Estremadura
RESCE	Regulamento CE núm. 1435/2003, de 22 de xullo, polo que se regula o Estatuto xurídico da Sociedade Cooperativa Europea
RRM	Real Decreto 1784/1996, de 19 de xullo, polo se aproba o Regulamento do Rexistro Mercantil
TRLSC	Real Decreto Lexislativo 1/2010, de 2 de xullo, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Sociedades de Capital
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da Unión Europea
TJUE	Tribunal de Xustiza da Unión Europea

OUTRAS ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
ACI	Alianza Cooperativa Internacional
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADI	Actas de Derecho Industrial
AEC	Anuario de Estudios Cooperativos
AECA	Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas
AL	Actualidad Laboral
al.	Alínea
Art./art.	Artigo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOICAC	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
Cap.	Capítulo
CC.AA	Comunidades Autónomas
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CES	Cooperativismo e Economía Social

CINIIF	Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera
CIRIEC	Centro Internacional de Investigación e Información de la Economía Social y Cooperativa
cit.	Citado
cfr.	Confróntese
Coord.	Coordinador
DGRN	Dirección General de los Registros y Notariado
Dir.	Diretor
Disp. adic.	Disposición adicional
Disp. derog.	Disposición derogatoria
Disp. final	Disposición final
Disp. transit.	Disposición transitoria
DN	Derecho de los Negocios
DL	Decreto Lei
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOUE L	Diario Oficial da Unión Europea. Lexislación
DOUE C	Diario Oficial da Unión Europea. Comunicacions
DR	Diario da República portuguesa
DSR	Direito das Sociedades em Revista
E. de M.	Exposición de Motivos
Ed.	Edición
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica
FRO	Fondo de Reserva Obligatorio
FRV	Fondo de Reserva Voluntario
IAS	International Accounting Standard
IASB	International Accounting Standards Boards
IASC	International Accounting Standards Committee
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
<i>id.</i>	<i>idem</i>
L.	Lei
NIC	Normas Internacionales de Contabilidad
NIIF	Normas Internacionales de Información Financiera
núm.	número
op.cit.	obra citada
p.	página
p. ex.	por exemplo
pp.	páginas

RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
REVESCO	Revista de Estudios Cooperativos
RGD	Revista General de Derecho
RCEJ	Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
ROC	Revisor Oficial de Contas
SA	Sociedade Anónima
SQ	<i>Sociedade por Quotas</i>
SAT	Sociedade Agraria de Transformación
SRL	Sociedade de Responsabilidad Limitada
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SCE	Sociedade Cooperativa Europea
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STS	Sentencia do Tribunal Supremo
T.	Tomo
Tít.	Título
últ.	última
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i>
<i>vid.</i>	<i>vide</i>
Vol.	Volumen

CES

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

ÍNDICE

I DOCTRINA

- ANDRÉ ALMEIDA MARTINS, A relação jurídica entre cooperador trabalhador e cooperativa. Notas sobre a sua qualificação e regime 31 - 53

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ELEMENTOS NORMATIVOS RELEVANTES. 3. ALGUMAS NOTAS SOBRE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE COOPERADOR E COOPERATIVA DE TRABALHO: 3.1. Qualificação da relação jurídica. 3.2 Processo disciplinar cooperative.

- NINA AGUIAR, A tributação do rendimento das cooperativas em Portugal 55 - 80

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS PESSOAS COLETIVAS: 2.1 Aspectos gerais. 2.2 A determinação do rendimento das cooperativas: 2.2.1 Cooperativas de objeto não empresarial. 2.2.2 Cooperativas de objeto empresarial. 2.3 Cooperativas agrícolas, culturais, de consumo, de habitação e construção e de solidariedade social: 2.3.1 Enunciado geral. 2.3.2 Rendimentos sujeitos a retenção na fonte de IRC. 2.3.3 Rendimentos provenientes de operações com terceiros e de atividades “alheias aos fins próprios” das cooperativas. 2.4 Cooperativas de comercialização, crédito, produção operária, artesanato, pesca e serviços. 3. TRIBUTAÇÃO DOS EXCEDENTES E DOS RETORNOS. 4. CONCLUSÃO.

- DEOLINDA APARÍCIO MEIRA-MARIA ELISABETE RAMOS, Um roteiro para a reforma da governação e do regime económico das cooperativas portuguesas . . . 81 - 110

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. GOVERNAÇÃO COOPERATIVA: 2.1. Órgãos da cooperativa e autonomia estatutária. 2.2. Assembleia geral, voto plural e membros investidores. 2.3. Administração e fiscalização da cooperativa. 2.4. Delegação de poderes de representação e de administração. 3. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA ADMINISTRAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DA COOPERATIVA: 3.1. Aproximação ao regime jurídico-societário. 3.2. Da aplicação da ação ut singuli às cooperativas. 4. O REGIME ECONÓMICO NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS: 4.1. A necessidade de maior clarificação em matéria de responsabilidade. 4.2. Clarificação do regime de aumento do capital social. 4.3. Novos caminhos para o capital social mínimo. 4.4. A necessária imposição de limites à variabilidade do capital social e ao direito ao reembolso. 4.5. As alterações que se impõem, quanto às contribuições dos cooperadores para o capital social. 4.6. Maior clarificação no regime de transmissão dos títulos de capital. 4.7. Novas soluções normativas quanto às reservas cooperativas. 4.8. Vetores de mudança quanto à distribuição de resultados. 5. CONCLUSÃO.

II XURISPRUDENZA

II.1. COMENTARIOS XURISPRUDENZA

- MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Algumas questões em torno das associações de Direito Civil: comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 9 de abril de 2013 113 - 132

SUMÁRIO: 1. AS QUESTÕES DECIDIDAS PELO ACÓRDÃO DE 9/4/2013 DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA. O FUNDAMENTO DO RECURSO E O SENTIDO DA DECISÃO. 2. AS ASSOCIAÇÕES COMO PESSOAS COLECTIVAS DE DIREITO PRIVADO. 3. A ESTRUTURA ORGANIZATIVA DAS ASSOCIAÇÕES. 4. A (IN)VALIDADE DAS DELIBERAÇÕES.

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, Ser (cooperador) ou não ser: eis a questão! Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de setembro de 2013 proc. N.º 776/10.7Tjibr.C1 (relator: Moreira do Carmo)	133 - 147
SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. BREVE DESCRIÇÃO DO LITÍGIO. 2. OS FUNDAMENTOS INVOCADOS PARA SE PRETENDER A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA DELIBERAÇÃO. 2.1. A deliberação teria sido tomada sobre matéria que não constava da convocatória. 2.2. A deliberação tomada era, na realidade, a de exclusão de cooperador. As exigências constantes do art. 37.º do Ccoop. A transmissão dos títulos de capital e a aquisição da qualidade de cooperador. 2.3. O conteúdo da deliberação não estaria sujeito a deliberação dos sócios. 2.4. O abuso de direito 3. O DIREITO À INFORMAÇÃO E A ANULABILIDADE DAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS. 4. A VOTAÇÃO POR ESCRUTÍNIO SECRETO. 5. A CADUCIDADE DO DIREITO DE IMPUGNAR A DELIBERAÇÃO EM CAUSA. O PRAZO PARA PROPOR A AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÕES SOCIAIS E A PENDÊNCIA DO PROCEDIMENTO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÕES SOCIAIS.	
CAROLINA CUNHA - MATILDE LAVOURAS, Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 7 de maio de 2013	149 - 162
SUMÁRIO: 1. SÍNTESE DA DECISÃO E DAS QUESTÕES LEVANTADAS. 2. O ESTATUTO DAS IPSS E AS LIMITAÇÕES À REELEIÇÃO DE MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIAIS. 3. A AUTORIZAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL PARA A RECADIDATURA. 4. PROBLEMAS CONEXOS: ASSUNTO OMISSO DA ORDEM DO DIA E IMPEDIMENTO DE VOTO.	
JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES, O âmbito de isenção subjectiva das custas processuais de instituições particulares de solidariedade social. Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de outubro de 2012.	163 - 175
SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. OS FACTOS SUB IUDICE. 2. APRECIÇÃO. 2.1. As custas processuais e a sua ratio. 2.2. O regime do art. 4.º, n.º 1, al. f), do Regulamento das custas processuais. Isenção subjectiva automática versus isenção subjectiva condicionada. 2.3. O fim e o objecto social das pessoas colectivas, em particular das IPSS. 2.4. O Estado prestacional na dimensão do acesso à Justiça. 2.5. A repartição das custas judiciais à luz do objecto principal das IPSS: actos principais versus actos acessórios ou instrumentais. 2.6. O sentido histórico-actualista da isenção prevista no actual art. 4.º, n.º 1, al. f). 2.7. A discricionariedade legislativa na conformação do regime das custas processuais. 2.8. As inferências do regime jurídico face ao caso sub iudice. 3. CONCLUSÃO.	
LICÍNIO LOPES MARTINS, O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10-09-2013, e a repartição da competência jurisdicional sobre associações canonicamente erectas na jurisprudência dos tribunais portugueses	177 - 190
SUMÁRIO: 1. NOTA PRÉVIA: SÍNTESE SOBRE O LITÍGIO <i>SUB IUDICE</i> E SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES. 2. AS MISERICÓRDIAS COMO ASSOCIAÇÕES PRIVADAS DE FIÉIS. 3. A JURISDIÇÃO COMPETENTE <i>RATIONE MATÉRIA</i> E DA NATUREZA DO REGIME JURÍDICO.	
ELENA SALGADO ANDRÉ, El reembolso de las aportaciones al socio cooperativista en caso de baja (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)	191 - 206
SUMÁRIO: 1. ANTECEDENTES. 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO. 3. COMENTARIO. 3.1 Consideraciones previas. 3.2 Determinación de la ley aplicable. 3.3 La baja del socio. 3.4 La liquidación de las aportaciones sociales. 3.4.1 Consideraciones previas. 3.4.2 Deducciones. 3.4.3 El reembolso de las aportaciones sociales. 4. CONSIDERACIONES FINALES.	
II.2.1. ANOTACIONES JURISPRUDENZA (PORTUGAL)	
ANTÓNIO MARTINS, Tratamento fiscal dos donativos empresariais nas fundações. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 23-10-2013, relativo ao processo 0471/13	209 - 213
PEDRO CERQUEIRA GOMES-NUNO SOUSA E SILVA, Espiritismo, morte de uma associação e o destino do antigo Cinema Rex. Anotação ao acórdão do Supremo	

Tribunal de Justiça de 24 de abril de 2013, processo 2076/04.2Tvlsb.L1.S1., relator Lopes do Rego	215 - 223
PAULO RAMÍREZ, Regime jurídico de uma IPSS. Anotação ao acórdão de 14.03.2013 do Tribunal da Relação de Guimarães	225 - 230
CATARINA SERRA, Por que estão as associações sujeitas à insolvência (e por que não estariam)? Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 22 de janeiro de 2013.	231 - 239

II.2.2. ANOTACIONES JURISPRUDENZA (ESPAÑA)

ANXO TATO PLAZA, Obriga de cualificación da baixa do socio e consecuencias do silencio do órgano de administración. Anotacións á sentenza da Audiencia Provincial de A Coruña de 27 de febreiro de 2014	243 - 248
ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS, Baixa voluntaria non xustificada. Prazo e deducións na devolución das aportacións para financiar o pago de vivendas. Anotación á sentenza da secc. N. 4 da Audiencia Provincial de A Coruña de 27 de xuño do 2013	249 - 254
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ, Expulsión de socios e autorregulación cooperativa. Anotacións á SAP de Barcelona (sección 15ª) núm. 21/2014, do 30 xaneiro	255 - 262
M.ª JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ, Expulsión indebida de socio y consecuencias de la imposibilidad de su reingreso (anotaciones a la SAP de Barcelona (sección 15ª) núm. 456/2013, de 18 diciembre)	263 - 268
SINESIO NOVO FERNÁNDEZ, La excepción de falta de competencia arbitral. Anotación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal), núm. 12/2013 (Sección 1ª), de 15 de octubre	269 - 274
ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, La devolución de las aportaciones por baja voluntaria de un cooperativista en una promoción de viviendas (anotación a la sentencia de la audiencia provincial de Álava de 26 de noviembre de 2013)	275 - 280
XACOB O IZQUIERDO ALONSO, Impugnación dos acordos do Consello Reitor dunha cooperativa cualificando a baixa dun socio de non xustificada. Contradicción co principio de porta aberta. Prazo para que sexa esixibel o reembolso das aportacións [anotacion á sentenza da Audiencia Provincial de Madrid (secc. 28) núm. 139/2013 de 3 de maio]	281 - 288

III CRÓNICA

ANA MARIA GOMES RODRIGUES, A alteração das exigências de certificação legal de contas para as entidades que aplicam a NCRF-ESNL	291 - 304
SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO E FINALIDADE DA AUDITORIA. 3. O DECRETO-LEI 36-A/2011, DE 9 DE MARÇO E SUAS IMPOSIÇÕES NO QUE À AUDITORIA RESPEITA. 4. ALTERAÇÕES SUBSEQUENTES E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DA AUDITORIA. 5. BREVES NOTAS CONCLUSIVAS.	
SÍLVIA FERREIRA, O voluntariado e a promoção do voluntariado em Portugal	305 - 316
SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O CONCEITO. 3. O VOLUNTARIADO EM PORTUGAL. 4. A INFRAESTRUTURA DO VOLUNTARIADO. 5. O PLANO NACIONAL DE VOLUNTARIADO. 6. CONCLUSÃO.	

RITA CALÇADA PIRES, Partir da definição do estatuto das ONGPD para chegar à construção de um novo paradigma relacional entre o estado e as pessoas com deficiência: crónica a partir do Decreto-Lei n.º 106/2013, de 30 de julho . . .	317 - 329
SUMÁRIO: 1. O CONTEÚDO DO DL N.º 106/2013, DE 30 DE JULHO. 2. JUSTIFICAR A EXISTÊNCIA DE UM SISTEMA DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARTICIPADAS NA ÁREA DA DEFICIÊNCIA NO QUADRO LEGAL PORTUGUÊS: O MODELO DE PARCERIA.	
ANA PAULA QUELHAS, Sobre a criação do fundo de reestruturação do sector solidário em Portugal.	331 - 339
SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ENTIDADES PARTICIPANTES, CONDIÇÕES DE ACESSO E COBERTURAS PROPOSTAS. 3. QUESTÕES FINANCEIRAS. 4. MODO DE GESTÃO. 5. PROCEDIMENTOS E AVALIAÇÃO DAS CANDIDATURAS. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.	
MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA, Anotación a la Ley 6/2013, de 6 de noviembre, de cooperativas de Cantabria	341 - 349
SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DISPOSICIONES GENERALES. 3. LA CONSTITUCIÓN DE LAS COOPERATIVAS. 4. LOS SOCIOS. 5. LOS ÓRGANOS SOCIALES. 6. EL RÉGIMEN ECONÓMICO. 7. DOCUMENTACIÓN SOCIAL Y CONTABILIDAD. 8. MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS, FUSIÓN, ESCISIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE COOPERATIVAS. 9. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. 10. LAS CLASES DE COOPERATIVAS. 11. INTEGRACIÓN Y AGRUPACIÓN COOPERATIVA. 12. LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA. 13. EL REGISTRO DE SOCIEDADES COOPERATIVAS DE CANTABRIA. 14. ASOCIACIONISMO COOPERATIVO.	
MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ, Modificaciones de la regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas en Cataluña	351 - 361
SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DECRETO 49/2014, "POR EL QUE SE MODIFICA EL DECRETO 280/2003, DE 4 DE NOVIEMBRE, DE REGULACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS SECCIONES DE CRÉDITO DE LAS COOPERATIVAS": 2.1 La modificación del artículo 5 del decreto 280/2003. 2.2 La modificación de los artículo 7 y 8 del decreto 280/2003. 2.3 Otras cuestiones.	

IV RECENSIONÍS

EDUARDO GRAÇA, Namorado, Rui, «O Mistério do Cooperativismo - da Cooperaçao ao Movimento Cooperativo», Almedina, Coimbra, 2013	365 - 369
--	-----------

INDEX

I DOCTRINE

- ANDRÉ ALMEIDA MARTINS, The relationship between cooperative worker and cooperative. Notes on its qualification and regime** 31 - 53

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. RELEVANT LEGAL ELEMENTS. 3. SOME NOTES REGARDING THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN COOPERATIVE AND COOPERATIVE WORKERS: 3.1. Qualification of the legal relationship. 3.2 Cooperative disciplinary proceedings.

- NINA AGUIAR, The taxation of cooperatives income in Portugal** 55 - 80

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE CORPORATE TAX: 2.1 General aspects. 2.2 Computing cooperatives income. 2.2.1 Cooperatives with an object not classifiable as business. 2.2.2. Cooperatives with an object classifiable as business. 2.3 Cooperatives pertaining to the sectors of agriculture, culture, consumption, housing and construction, and charity 2.3.1 General aspects. 2.3.2 Income subject to withholding income tax. 2.3.3 Income generated in operations with third parties and in activities unrelated to the aim of the cooperative. 2.4 Cooperatives pertaining to the sectors of commercialization, credit, working production, handicrafts, fisheries, education and services. 3. TAXATION OF COOPERATIVE SURPLUS AND COOPERATIVE REFUNDS. 4. CONCLUSION.

- DEOLINDA APARÍCIO MEIRA-MARIA ELISABETE RAMOS, A roadmap for the reform of governance and financial structure of portuguese cooperatives** 81 - 110

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. GOVERNANCE OF THE COOPERATIVES. 2.1. Legal bodies of the cooperative and statutory autonomy. 2.2. General assembly, multiple voting and investor members. 2.3. Management and supervisory bodies of the cooperative. 2.4. Delegation of management and representative powers. 3. CIVIL LIABILITY FOR THE MANAGEMENT AND THE SUPERVISION OF THE COOPERATIVE. 3.1. Approximation to the civil liability regime applicable to the corporations. 3.2. Actio pro socio for the cooperatives. 4. THE COOPERATIVE FINANCIAL STRUCTURE IN PORTUGUESE LAW. 4.1. The need for further clarification on cooperative and cooperator liability. 4.2. Clarification of the share capital increase. 4.3. New roads to the minimum share capital. 4.4. The required imposition of limits on the variability of share capital and the right to reimbursement. 4.5. The necessary changes as to the members' contributions to share capital. 4.6. Further clarification of the system of transfer of cooperative shares. 4.7. New regulatory solutions to cooperatives as reserves. 4.8. Change of directions as to the distribution of revenues. 5. CONCLUSIONS.

II CASE LAW

II.1. COMMENTS

- MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Some questions regarding the associations' regime in Civil Law: a commentary on the Court of Appeal of Coimbra Decision of the 9th of April of 2013.** 113 - 132

CONTENTS 1. THE QUESTIONS DECIDED BY THE COIMBRA COURT OF APPEAL IN THE JUDGEMENT OF THE 9TH OF APRIL OF 2013. THE REASONS OF THE APPEAL AND THE GROUNDS OF THE DECISION. 2. ASSOCIATIONS AS FORM OF LEGAL PERSONS IN PRIVATE LAW. 3. THE ASSOCIATIONS GOVERNANCE STRUCTURE. 4. THE (IN)VALIDITY OF OF THE LEGAL PERSONS' RESOLUTIONS.

- ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, To be (a member of a cooperative) or not to be: this is the question! A commentary on the Court of Appeal of Coimbra Decision of the 10th of September of 2013** 133 - 147

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. BRIEF DESCRIPTION OF THE CASE. 2. THE GROUNDS TO SUSTAIN THAT THE RESOLUTION WAS NULL AND VOID. 2.1. The matter was not indicated in the notice of meeting. 2.2. The resolution, in fact, decided to exclude the member of the cooperative. The art. 37.º of the Coop. Transmission of capital certificates and membership of a cooperative. 2.3. The members of the cooperative had no power to decide about the matter 2.4. Abuse of right. 3. THE RIGHT TO BE INFORMED AND THE VALIDITY OF THE RESOLUTION. 4. THE VOTE SHOULD HAVE BEEN SECRET 5. THE TIME LIMIT TO CHALLENGE THE VALIDITY OF THE RESOLUTION IN COURT AND THE PROCEEDING TO OBTAIN PROVISIONAL SUSPENSION OF THE RESOLUTION.

CAROLINA CUNHA - MATILDE LAVOURAS, A commentary on the Court of Appeal of Guimarães. Decision of the 7 th of May of 2013	149 - 162
<p>CONTENTS: 1. SUMMARY OF DECISION AND OF THE ISSUES RAISED. 2. THE LEGAL REGIME OF THE IPSS AND LIMITATIONS FOR RE-ELECTION OF THE BOARD MEMBERS. 3. THE GENERAL MEETING APPROVAL FOR CONSECUTIVE TERMS. 4 RELATED PROBLEMS: SILENT ISSUE ON THE AGENDA AND NO VOTING RIGHTS.</p>	
JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES, The scope of court fees exemptions arising from judicial proceedings when a party is a non profit social welfare organisation. A commentary to the Decision of the Court of Appeal of Oporto, October 21, 2012	163 - 175
<p>CONTENTS: 1. INTRODUCTION. THE FACTS. 2. ANALYSIS. 2.1. The judicial costs and its <i>raison d'être</i>. 2.2. The legal regime of article 4, n. 1, paragraph f), of the portuguese judicial costs regulation. 2.3. The purpose and the subject matter of legal persons, especially the non profit social welfare organisations. 2.4. The welfare state and access to justice. 2.5. The allocation of judicial costs and the principal purpose of welfare social non profit organisations: its principal activities versus its instrumental activities. 2.6. The historical actualistic meaning of the subjective exemption of article 4, n. 1, paragraph f). 2.7. The legislative discretion in shaping the legal framework of judicial costs. 2.8. Some inferences from the legal framework considering the present case. 3. CONCLUSION.</p>	
LICÍNIO LOPES MARTINS, The Judgment of the Court of Appeal of Coimbra, 9/10/2013, and the allocation of jurisdiction over canonical associations in the case law of portuguese courts	177 - 190
<p>CONTENTS: 1. PRELIMINARY REMARK: SUMMARY ON THE DISPUTE <i>SUB IUDICE</i> AND ON THE CASE LAW OF THE PORTUGUESE COURTS. 2. <i>MISERICÓRDIAS</i> AS PRIVATE ASSOCIATIONS OF CHURCHGOERS 3. THE COMPETENT JURISDICTION <i>RATIONE MATTER</i> AND THE NATURE OF THE LEGAL REGIME.</p>	
ELENA SALGADO ANDRÉ, Refund of contributions to cooperative partner (commentary on the Supreme Court Judgment of February 6, 2014)	191 - 206
<p>CONTENTS: 1. BACKGROUND. 2. LEGAL. 3. COMMENT. 3.1 Preliminary considerations. 3.2 Determination of the applicable law. 3.3 Partner Low. 3.4 Settlement of social contributions. 3.4.1 Preliminary considerations. 3.4.2 Deductions. 3.4.3 Reimbursement of social contributions. 4. CONCLUDING REMARKS.</p>	
<p>II.2.1. ANNOTATIONS (PORTUGAL)</p>	
ANTÓNIO MARTINS, Taxation of corporate donations in foundations. Commentary to the Supreme Court decision of 23 October 2013	209 - 213
PEDRO CERQUEIRA GOMES - NUNO SOUSA E SILVA, Spiritism, death of an association and the fate of the old Cinema Rex. Commentary to the Supreme Court Decision of 24 April 2013	215 - 223
PAULO RAMÍREZ, Legal regime of a private social solidarity institution (IPSS). A commentary on the Court of Appeal of Guimarães. Decision of the 14 th of March of 2013	225 - 230
CATARINA SERRA, Why are associations subjected to insolvency (and why shouldn't they be)?	231 - 239

II.2.2. ANNOTATIONS (SPAIN)

ANXO TATO PLAZA, Obligation of qualification of the fall of the partner and consequences of the silence of the organ of administration. Annotations to the Judgment of the Provincial Court of A Coruña of February 27, 2014	243 - 248
ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS, Voluntary low no justified. Term and deductions in the return of contributions to finance the payment of houses. Annotation to the Judgment of Section 4 of the Provincial Court of A Coruña of June 27, 2013	249 - 254
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ, Expulsion of partners and cooperative autoregulation. Annotations to the judgment of the Provincial Court of Barcelona (section 15) num. 21/2014, of January 30	255 - 262
M. ^a JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ, Undue expulsion of partner and consequences of the impossibility of his reentry (annotations to the judgment of the provincial court of barcelona (section 15 ^a) núm. 456/2013, of December 18).	263 - 268
SINESIO NOVO FERNÁNDEZ, The exception of lack of arbitral jurisdiction. Annotation of the judgment of the superior court of justice of the valencian community (civil division and criminal), n. 12/2013 (Section 1), of October 15	269 - 274
ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, The return of the contributions for voluntary fall of a member of a cooperative in a promotion of housings (annotation to the judgment of the provincial court of alava of November 26, 2013)	275 - 280
XACOCO IZQUIERDO ALONSO, Challenging of the agreements of the governing advice of a cooperative of qualifying the fall of a partner give not justified. Contradiction with the beginning of opened door. Term in order that it is exigible the reimbursement of the contributions [annotation to the judgment of the provincial court of madrid (secc. 28) núm. 139/2013 of May 3].	281 - 288

III CHRONICLES

ANA MARIA GOMES RODRIGUES, Legal changes on the accounts certificate for the entities who apply the financial accounting standards for non-profit sector	291 - 304
CONTENTS: INTRODUCTION. 2. CONCEPT AND GOAL OF THE AUDITING. 3. DECREE-LAW NO 36-A/2011, 9TH MARCH AND THE IMPLICATIONS ON THE AUDITING. 4. SUBSEQUENT AMENDMENTS AND THE IMPLICATIONS ON AUDITING. 5. CONCLUSION.	
SÍLVIA FERREIRA, Volunteering and volunteering promotion in Portugal	305 - 316
CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. CONCEPT. 3 VOLUNTEERING IN PORTUGAL. 4. VOLUNTEERING INFRASTRUCTURE. 5. NATIONAL VOLUNTEERING PLAN. 6. CONCLUSION.	
RITA CALÇADA PIRES, The portuguese legal regime of non-governmental organizations representing persons with disabilities as a sign of a new relational paradigm between the state and persons with disabilities	317 - 329
CONTENTS; 1. THE CONTENT OF THE 106/2013 DECREE-LAW. 2. JUSTIFYING A NEW PARADIGM SHIFT IN THE WAY THE DESIGN AND EXECUTION OF PUBLIC POLICIES IN DISABILITIES ARE MADE: THE PARTNERSHIP MODEL.	

ANA PAULA QUELHAS, On the establishment of the third sector restructuring fund in Portugal	331 - 339
CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. BENEFICIARIES, CONDITIONS OF APPLICATION AND PROPOSED COVERAGE. 3. FINANCIAL ISSUES. 4. GOVERNANCE. 5. PROCEDURES AND EVALUATION. 6. CONCLUDING REMARKS.	
MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA, Annotation to the Law 6/2013, of November 6, of cooperatives of Cantabria	341 - 349
CONTENTS: 1. INTRODUCTION.- 2. GENERAL PROVISIONS.- 3. THE CONSTITUTION OF THE COOPERATIVES.- 4. PARTNERS.- 5. CORPORATE BODIES.- 6. THE ECONOMIC SYSTEM.- 7. SOCIAL DOCUMENTATION AND ACCOUNTING.- 8. STATUTES AMENDMENT, MERGER, SPLIT AND TRANSFORMATION OF COOPERATIVES.- 9. DISSOLUTION AND LIQUIDATION.- 10. CLASSIFICATION OF COOPERATIVE.- 11. INTEGRATION AND COOPERATIVE GROUP.- 12. ACTION OF REGIONAL ADMINISTRATION.- 13. REGISTRATION OF COOPERATIVE SOCIETIES IN CANTABRIA.- 14. COOPERATIVE ASSOCIATIONS.	
MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ, Modifications of the regulation of the functioning of the credit sections of the cooperatives in Catalonia	351 - 361
CONTENTS: 1. INTRODUCTION.- 2. DECREE 49/2014, "BY AMENDING THE DECREE 280/2003, OF 4 NOVEMBER, REGULATING THE OPERATION SECTIONS OF CREDIT COOPERATIVES". 2.1. Amendment of article 5 of Decree 280/2003. 2.2. Amendment of article 7 and 8 of Decree 280/2003. 2.3. Other issues.	

IV BOOK REVIEWS

EDUARDO GRAÇA, Namorado, Rui, «The Mystery of Cooperativism – from Cooperation to the Cooperative Movement», Almedina, Coimbra, 2013	365 - 369
--	-----------

I DOCTRINA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 36 (2014), páxs. 31-53

ISSN: 1130-2682

A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE COOPERADOR
TRABALHADOR E COOPERATIVA.
NOTAS SOBRE A SUA QUALIFICAÇÃO E REGIME

*THE RELATIONSHIP BETWEEN COOPERATIVE
WORKER AND COOPERATIVE.
NOTES ON ITS QUALIFICATION AND REGIME*

ANDRÉ ALMEIDA MARTINS¹

¹ Equiparado a Assistente da Área Científica de Direito do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. Mestre em Direito. Doutorando em Direito. Advogado na Uría Menéndez - Proença de Carvalho. Rua do Campo Alegre, 830 - 3.º, sala 12 4150-171 Porto. Correio eletrónico: andre.almeidamartins@uria.com / a.almeidamartins@gmail.com.

RESUMO

No presente artigo procura-se, de forma resumida, evidenciar os traços gerais da relação jurídica entre cooperador trabalhador e cooperativa no âmbito do Direito Português, bem como salientar algumas das questões que nesse âmbito são discutidas pela doutrina e jurisprudência portuguesas. Para o efeito, além de uma breve análise dos elementos constitucionais e legais relevantes, abordam-se os temas da qualificação da relação jurídica entre cooperador trabalhador e cooperativa e do processo disciplinar cooperativo.

PALAVRAS-CHAVE: cooperador trabalhador, acordo de trabalho cooperativo, processo disciplinar cooperativo.

ABSTRACT

The present article renders an overview of the general features of the legal relationship between cooperative workers and cooperatives under Portuguese law, highlighting some issues discussed by the Portuguese scholars and jurisprudence. Accordingly, in addition to briefly analyse the relevant constitutional and legal provisions, our main scope is to address the issues of the qualification of the legal relationship between cooperative workers and cooperatives and the cooperative disciplinary proceedings.

KEY WORDS: cooperative workers, cooperative labor agreement, cooperative disciplinary proceedings

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ELEMENTOS NORMATIVOS RELEVANTES. 3. ALGUMAS NOTAS SOBRE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE COOPERADOR E COOPERATIVA DE TRABALHO: 3.1. Qualificação da relação jurídica. 3.2 Processo disciplinar cooperativo.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION. 2. RELEVANT LEGAL ELEMENTS. 3. SOME NOTES REGARDING THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN COOPERATIVE AND COOPERATIVE WORKERS: 3.1. Qualification of the legal relationship. 3.2 Cooperative disciplinary proceedings.

I INTRODUÇÃO

A relação jurídica entre cooperador trabalhador e cooperativa de produção operária ou de serviços², no Direito Português, é um tema com que os tribunais portugueses têm que lidar com frequência em face de litígios, as mais das vezes, oriundos da cessação da relação entre aquelas duas partes ou, pelo menos, da ocorrência de factos que levam à aplicação de uma sanção disciplinar ao cooperador trabalhador por parte da cooperativa.

Com efeito, não é raro depararmo-nos com situações em que um cooperador trabalhador intenta uma ação judicial emergente de contrato individual de trabalho em que peticiona ao Tribunal de Trabalho que condene a cooperativa de produção operária ou de serviços de que era membro a pagar-lhe uma quantia devida por força da cessação da relação laboral que invoca existir, o que é veementemente contestado pela cooperativa. Por outro lado, são também frequentes as situações de aplicação de sanções disciplinares a cooperadores trabalhadores, sendo suscitadas perante os tribunais diferentes questões sobre o respetivo regime e a possibilidade de convocar regras próprias do ordenamento jurídico-laboral.

Nestes termos, a questão da relação jurídica entre cooperador trabalhador e cooperativa é um tema que desperta o interesse, não só dos cooperativistas, mas também dos autores juslaboralistas, não sendo sempre fácil à jurisprudência conciliar os diferentes subsídios doutrinários disponíveis.

Interessa, pois, tentar proceder a uma sistematização e resumo das principais questões suscitadas, para o que se entende conveniente, em primeiro lugar, passar em breve revista alguns contributos legais relevantes para o tema em análise.

² Como se explicará infra no ponto 2, o Ccoop divide o sector cooperativo em vários ramos, entre eles o da produção operária e de serviços. É, sobretudo, no âmbito destes dois ramos do sector cooperativo que o tema identificado em texto é, de forma recorrente, problematizado e discutido, pelas razões que à frente também se evidenciarão.

2 ELEMENTOS NORMATIVOS RELEVANTES

A Lei Fundamental do ordenamento jurídico português, a CRP, refere-se expressamente às cooperativas. Em nenhum momento, porém, se refere especificamente ao regime jurídico aplicável aos cooperadores trabalhadores.

Ainda assim, de entre os artigos que se referem às cooperativas cumpre destacar, pelo sua importância central, o artigo 82.º da CRP no qual se estabelece que: “*O sector cooperativo e social compreende especificamente: a) Os meios de produção possuídos e geridos por cooperativas, em obediência aos princípios cooperativos, sem prejuízo das especificidades estabelecidas na lei para as cooperativas com participação pública, justificadas pela sua especial natureza (.).*”. Assim, como destaca RUI NAMORADO, “*o respeito pelos princípios cooperativos é imperativo, apenas se autorizando que as cooperativas de interesse público (ou régies cooperativas) possam não obedecer a alguns deles, na estreita medida em que isso seja necessariamente implicado pelo facto de nelas participarem entes públicos nessa qualidade.*”³

Por outro lado, importa destacar que a iniciativa cooperativa é protegida na CRP não só como direito fundamental (artigo 61.º da CRP) mas também como garantia institucional (artigo 82.º da CRP), encontrando-se igualmente estabelecido que o sector cooperativo e social merece uma proteção específica, que é objeto de concretização no artigo 85.º da CRP.

Com efeito, é apontado como ponto comum entre a iniciativa privada e a iniciativa cooperativa, o facto de ambas constituírem direitos fundamentais e, dentro da categoria, direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, sem prejuízo da necessidade de se perspetivarem ambos os sectores em interdependência com os respetivos direitos de natureza económica e social que lhes surgem associados.⁴

Não obstante serem considerados sobretudo direitos de liberdade e de defesa e, nesse sentido, direitos de natureza essencialmente negativa, marcando a autonomia de pessoas e grupos formados na sociedade civil face ao Estado, tal constatação não implica que se limitem a essa vertente negativa, nem que, por outro lado, esteja totalmente excluída a intervenção reguladora e corretiva do poder do Estado.

No que diretamente concerne ao sector cooperativo, o confronto do estatuto da iniciativa privada com o da iniciativa cooperativa revela efetivamente um especial estímulo ou favor das regras sobre o sector cooperativo, sem prejuízo da exigência

³ R. NAMORADO, «Sobre o sector cooperativo em Portugal», CES 31, (2008-2009), p. 233-240 (233).

⁴ Vide G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, p. 619, bem como Tomo II, p. 50, Coimbra Editora, 2007.

de respeito pelos princípios cooperativos (artigo 61.º, n.º 2 da CRP), chegando mesmo a falar-se de “*estatuto privilegiado na ordem constitucional económica*”⁵.

O estatuto de especial favor de que é objeto o sector cooperativo e social con-substancia-se de modo inequívoco e concretizador no artigo 85.º da CRP. Com efeito, é inegável a imposição de uma discriminação positiva do sector cooperativo face a outros sectores (com destaque, naturalmente, para o privado). O número 2 deste artigo 85.º da CRP não podia ser mais claro quanto à exigência de um tratamento diferenciado, quer a nível fiscal (designadamente, na imposição ao legislador ordinário da definição de benefícios fiscais específicos), quer a nível financeiro e da obtenção de crédito e auxílio técnico.

Como razões explicativas do tratamento privilegiado das cooperativas, além do que resulta do mandato constitucional atrás referido, tem sido apontada, por um lado, a sua relevante função social, em particular, no acesso dos trabalhadores aos meios de produção e no investimento expressivo na sua formação profissional, bem como, por outro lado, no diferente regime económico-financeiro a que estas entidades estão sujeitas em relação ao disposto quanto a outras entidades coletivas⁶.

Este percurso permite perceber que, não obstante a ausência de uma referência expressa ao cooperador trabalhador, a função social das cooperativas subjaz à especial proteção que a CRP lhe outorga. A referida função social está também relacionada com o mundo laboral cooperativo, que sendo obviamente diferente do privado, nem por isso pode estar isento de uma possível intervenção reguladora e corretiva do poder do Estado.

Por outro lado, no que diz respeito à legislação ordinária, importa também destacar algumas normas e princípios consagrados no Ccoop.

Em primeiro lugar, em relação aos princípios cooperativos⁷, importa começar por realçar, no artigo 3.º, a consagração do princípio da “*Gestão democrática pelos membros*”, nos termos do qual “*as cooperativas são organizações democráticas geridas pelos seus membros, os quais participam activamente na formulação das suas políticas e na tomada de decisões. Os homens e as mulheres que exerçam funções como representantes eleitos são responsáveis perante o conjunto dos*

⁵ Vide G. CANOTILHO / V. MOREIRA, op. cit., Tomo I, p. 793.

⁶ Vide C. VARGAS VASSEROT / M. AGUILAR RUBIO, «Régimen Económico y Fiscal de las Cooperativas Agrarias y de las SAT. El capital social, determinación de resultados, distribución de excedentes y obligación de auditoría», in Cooperativas Agrarias y sociedades agrarias de transformación, direcção de J. PULGAR EZQUERRA, Dykinson, S.L., 2006, p. 154 e ss (223 e 224).

⁷ Como destaca J. ANTÓNIO RODRIGUES, *Código Cooperativo - anotado e comentado e Legislação Cooperativa*, 4.ª Edição, Quid Iuris - Sociedade Editora, Lisboa, 2011, p. 28, “*a relevância dos princípios cooperativos na ordem jurídica da cooperação resulta directamente do disposto no n.º 2 do artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa: «a todos é reconhecido o direito a livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos»*”.

membros que os elegeram. Nas cooperativas do primeiro grau, os membros têm iguais direitos de voto (um membro, um voto), estando as cooperativas de outros graus organizadas também de uma forma democrática;”.

Neste âmbito, destaca-se também, no artigo 3.º, o princípio da “*Participação económica dos membros*” que prescreve que “*Os membros contribuem equitativamente para o capital das suas cooperativas e controlam-no democraticamente. Pelo menos parte desse capital é, normalmente, propriedade comum da cooperativa. Os cooperadores, habitualmente, recebem, se for caso disso, uma remuneração limitada pelo capital subscrito como condição para serem membros. Os cooperadores destinam os excedentes a um ou mais dos objectivos seguintes: desenvolvimento das suas cooperativas, eventualmente através da criação de reservas, parte das quais, pelo menos, será indivisível; benefício dos membros na proporção das suas transacções com a cooperativa, apoio a outras actividades aprovadas pelos membros*”

Os princípios citados têm relevância para o tema em análise tendo em conta o que à frente se dirá sobre a possibilidade de utilização fraudulenta do instrumento cooperativo para mascarar verdadeiras relações laborais e assim afastar a aplicação do Código do Trabalho (daqui em diante, “CT”). Com efeito, nesses casos, estes princípios são completamente postergados, ficando o trabalhador cooperador numa situação de subordinação jurídica típica dos contratos de trabalho, desprovida de alguns dos caracteres básicos da relação cooperativa, alguns dos quais enunciados nos princípios que se acabam de citar.

Por outro lado, o estatuto jurídico do cooperador está definido no Capítulo IV do Ccoop.

Em primeiro lugar, o número 1 do artigo 31.º do CCoop estabelece que “*Podem ser membros de uma cooperativa de primeiro grau todas as pessoas que, preenchendo os requisitos e condições previstos no presente Código, na legislação complementar aplicável aos diversos ramos do sector cooperativo e nos estatutos da cooperativa, requeiram à direcção que as admita*”.

De seguida, nos artigos 33.º e 34.º do Ccoop estabelecem-se, respetivamente, os direitos e deveres dos cooperadores⁸.

Como principais direitos dos cooperadores são enumerados os seguintes: “*a) Tomar parte na assembleia geral, apresentando propostas, discutindo e votando os pontos constantes da ordem de trabalhos; b) Eleger e ser eleitos para os órgãos da cooperativa; c) Requerer informações aos órgãos competentes da cooperativa e examinar a escrita e as contas da cooperativa nos períodos e nas condições que forem fixados pelos estatutos, pela assembleia geral ou pela direcção;*

⁸ Para uma análise dos direitos e deveres dos cooperadores, vide J. ANTÓNIO RODRIGUES, op. cit. p. 96 e ss.

d) Requerer a convocação da assembleia geral nos termos definidos nos estatutos e, quando esta não for convocada, requerer a convocação judicial; e) Apresentar a sua demissão.”.

Já no campo dos deveres, após se definir que “*Os cooperadores devem respeitar os princípios cooperativos, as leis, os estatutos da cooperativa e os respectivos regulamentos internos.*”, estabelecem-se como principais deveres os seguintes: “*a) Tomar parte nas assembleias gerais; b) Aceitar e exercer os cargos sociais para os quais tenham sido eleitos, salvo motivo justificado de escusa; c) Participar, em geral, nas actividades da cooperativa e prestar o trabalho ou serviço que lhes competir; d) Efectuar os pagamentos previstos no presente Código, nos estatutos e nos regulamentos internos.*”⁹

Ainda no âmbito do Ccoop, importa também ter em consideração que, nos termos do artigo 4.º, o sector cooperativo divide-se nos seguintes ramos: consumo, comercialização, agrícola, crédito, habitação e construção, produção operária, artesanato, pescas, cultura, serviços, ensino e, por fim solidariedade social.¹⁰

A doutrina portuguesa tem identificado os ramos da produção operária e de serviços¹¹ como aqueles em que a questão da qualificação do vínculo contratual entre cooperador e cooperativa surge com mais frequência e relevo “*uma vez que apenas nestas o sócio se vincula a contribuir com o respetivo trabalho*”¹².

As cooperativas de produção operária e as cooperativas de serviços são regidas, além do CCoop, por legislação complementar específica.

As cooperativas do ramo da produção operária têm como legislação complementar o Decreto-Lei n.º 309/81, de 16 de Novembro. Este Decreto-lei estabelece

⁹ Como destaca, J. ANTÓNIO RODRIGUES, op. cit., p. 107, “*Os deveres dos cooperadores enunciados nas alíneas a) e b) do n.º 2 deste artigo são, simultaneamente, deveres e direitos - ver artigo 33.º, n.º 1, a) e b)*”

¹⁰ Acresce que, nos termos do n.º 2, “*É admitida a constituição de cooperativas multisectoriais, que se caracterizam por poderem desenvolver actividades próprias de diversos ramos do sector cooperativo, tendo cada uma delas de indicar no acto de constituição por qual dos ramos opta como elemento de referência, com vista à sua integração em cooperativas de grau superior.*”

¹¹ Respetivamente, alíneas f) e j) do artigo 4.º do Ccoop.

¹² Vide C. DE OLIVEIRA CARVALHO, «Qualificação da relação jurídica entre cooperador e cooperativa: contrato de trabalho ou acordo de trabalho cooperativo?», in *Jurisprudência Cooperativa Comentada - Coordenação Geral Deolinda Aparício Meira*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2012, p. 587-594 (588). Não obstante, cumpre notar, com J. LEITE, «Relação de Trabalho Cooperativo», *Questões Laborais*, Ano I, n.º 2, Coimbra, 1994, p. 89-108 (94 e nota 8), que a questão da qualificação do vínculo como laboral ou cooperativo também poderá surgir nas cooperativas de artesanato, previstas no Decreto-Lei n.º 303/81, de 12 de Novembro e, numa das modalidades das cooperativas de ensino, as cooperativas de prestação de serviços, exclusivamente constituídas por docentes, investigadores e outros trabalhadores do estabelecimento de ensino ou da cooperativa, nos termos do Decreto-Lei 441/82, de 6 de Novembro.

que as cooperativas do ramo da produção operária têm “*por objeto principal a extração, bem como a produção e a transformação, de bens no sector industrial*”¹³.

Qualquer profissional das atividades desenvolvidas pela cooperativa pode ser sócio, apresentando uma proposta, subscrevendo 3 títulos de capital e pagando uma jóia, adquirindo o direito de eleger e ser eleito para os órgãos da direção, assembleia geral ou conselho fiscal. Este sócio desenvolve a sua atividade ao serviço da cooperativa, recebe uma quantia mensal e pode receber no fim do ano económico os designados excedentes.¹⁴

No entanto, um profissional das atividades desenvolvidas pela cooperativa, mesmo não sendo sócio, também pode desenvolver a sua atividade profissional para a cooperativa, como seu trabalhador subordinado - i.e., com vínculo proveniente de contrato individual de trabalho - e, neste caso, é considerado terceiro, não tendo os direitos atribuídos aos sócios, *maxime*, o direito à distribuição de excedentes.¹⁵

Por seu turno, as cooperativas de serviços têm como legislação complementar o Decreto-Lei n.º 323/81, de 4 de dezembro.

A referida legislação estabelece como por objeto principal das cooperativas de serviços “*a prestação de serviços, exceptuados aqueles que se encontram expressamente abrangidos por legislação aplicável a outro ramo do sector cooperativo*”¹⁶. Tal como sucede para as cooperativas de produção operária, os profissionais interessados serão admitidos como cooperadores desde que estejam aptos a desenvolver a atividade profissional em causa, beneficiando dos direitos e ficando obrigados a cumprir as obrigações gerais dos cooperadores, nos termos acima descritos. De igual modo, um profissional das atividades desenvolvidas pela cooperativa, mesmo não sendo sócio, também pode desenvolver a sua atividade profissional para a cooperativa, como trabalhador subordinado.

¹³ Artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 309/81, de 16 de Novembro.

¹⁴ Vide os artigos 25.º, 31.º, 33.º, 51.º e 73.º do Ccoop., bem como os artigos 5.º e 7.º a 9.º do Decreto-Lei n.º 309/81, de 16 de Novembro.

¹⁵ Vide artigos 2.º, n.º 2, 72.º e 73.º, n.º 1 do Ccoop. e os artigos 6.º e 9.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 309/81, de 16 de Novembro.

¹⁶ Artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 309/81, de 16 de Novembro.

3 ALGUMAS NOTAS SOBRE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE COOPERADOR E COOPERATIVA DE TRABALHO

3.1. Qualificação da relação jurídica

A qualificação do vínculo contratual entre cooperador e cooperativa de trabalho afigura-se como ponto de partida incontornável para a determinação da lei aplicável aos possíveis litígios neste domínio: caso se entenda que existe um contrato individual de trabalho, a legislação reguladora dessa relação será o CT, ao passo que caso se rejeite essa qualificação, as normas relevantes serão, em face da lei vigente, as contidas no Ccoop.

A questão da qualificação jurídica do vínculo que une cooperador trabalhador e cooperativa é tema controverso na jurisprudência portuguesa.

De facto, desde a década de 1980, ainda antes da vigência do atual CCoop, já a questão era submetida à apreciação dos Tribunais¹⁷. O entendimento de que a situação jurídica do cooperador trabalhador se caracteriza pela existência de duas “*relações jurídicas distintas e autónomas*”¹⁸ (uma societária e outra laboral, i.e., emergente de um contrato de trabalho subordinado) prevaleceu na jurisprudência durante a década de 80 e 90 do século passado.¹⁹

Este entendimento dominante foi depois contrariado, afirmando-se que a relação em causa é uma relação cuja natureza jurídica e qualificação se tem que encontrar no seio do próprio Direito Cooperativo, concluindo-se que terão de ser

¹⁷ Neste âmbito, destaca-se o acórdão de 6 de junho de 1980 do STJ, onde se sumariou que “*Nada impede que o sócio de uma cooperativa seja simultaneamente seu trabalhador, sendo distintas e autónomas as relações jurídicas decorrentes dessas duas qualidades e não envolvendo a exclusão de sócio necessariamente a cessação do contrato*” (Acórdão do STJ de 6 de junho de 1980, Rec. 37/79, BMJ n.º 298, p. 156).

¹⁸ D. APARÍCIO MEIRA, *O Regime Económico das Cooperativas no Direito Português - O capital social*, Vida Económica, Porto, 2009, p. 237, nota 597.

¹⁹ Vide Acórdão da Relação de Évora de 10 de janeiro de 1989, Colectânea de Jurisprudência, Ano XIV, Tomo I, p. 267; Acórdão da Relação de Coimbra de 30 de março de 1995, Colectânea de Jurisprudência, Ano XX-1995, Tomo II, p. 55, no qual se sumariou que “*Nada obsta a que o sócio cooperante seja, simultaneamente, trabalhador da cooperativa.*”; Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de outubro de 1996, Colectânea de Jurisprudência, Ano XXI, Tomo IV, p. 84-85; Acórdão da Relação de Coimbra de 17 de abril de 1997, Boletim do Trabalho e Emprego, 2.ª série, n.º 1-6, 2000, p. 359. Não obstante o domínio deste entendimento, não deixaram de surgir decisões que apresentavam uma perspetiva e uma solução diferente. Por exemplo, em acórdão de 12 de junho de 1991, o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu que “*Nas cooperativas de produção operária não existe, em relação a cada um dos cooperantes que a integram, qualquer relação laboral, em que se contraponham entidade patronal e trabalhador, pois que todos os cooperantes funcionam como trabalhadores-empresários.*” (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de junho de 1991, Rec. 6694, CJ, 1991, T. III, p.218).

perspetivadas como “*indissociáveis as dimensões de sócio e de trabalhador dos membros deste tipo de cooperativa*”.²⁰

Neste enquadramento, a posição deste sócio cooperador trabalhador apresenta-se como complexa, visto que a atividade cooperativa de trabalho a que está obrigado, tem um conteúdo muito próximo da laboral, muito embora a sua origem assente num vínculo de evidente cariz societário²¹, formalizado na aceitação dos estatutos, qualificando-se a relação entre cooperador e cooperativa como um negócio misto que foi apelidado de “*acordo de trabalho cooperativo*”²². Os Autores defensores desta tese sustentam que “*entre a cooperativa e o sócio cooperador trabalhador não há duas relações distintas e autónomas, mas um negócio jurídico misto*” e “*não se pode pretender a aquisição da qualidade de membro de uma cooperativa de trabalho recusando a correspondente contribuição em trabalho, como não se poderá manter aquela qualidade recusando a prestação, para o futuro, da atividade a que se comprometera*”²³.

Sob a égide deste entendimento despontaram na jurisprudência decisões que começaram a qualificar a relação jurídica entre cooperador e cooperativa nas cooperativas de trabalho como “*acordo de trabalho cooperativo*”, afastando a sua suposta natureza laboral e assim precludindo a aplicação (e a proteção) do CT.

Neste sentido, o Tribunal da Relação do Porto, em Acórdão de 19 de setembro de 2011, afirma que “*enquanto o contrato de trabalho se caracteriza pelos elementos da subordinação jurídica e económica, a actividade desenvolvida pelos trabalhadores-sócios assenta numa relação de cooperação. Pois, apesar de o trabalhador não sócio e o trabalhador sócio executarem a mesma actividade e serem dirigidos pelas mesmas pessoas físicas, estas intervêm em qualidades jurídicas diferentes, para o primeiro como empregador e para o segundo como o coope-*

²⁰ J. LEITE, op. cit., p. 101.

²¹ Ainda que não se ignore que a opinião maioritária na doutrina portuguesa é a de que as cooperativas não são sociedades (neste sentido vide por todos J. M. COUTINHO DE ABREU, Curso de Direito Comercial, vol. II - Das sociedades, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 24, com indicações bibliográficas), é manifesto que a relação entre cooperativa e cooperador trabalhador é marcada por uma dimensão próxima da laboral (relacionada com a prestação de trabalho) e outra relacionada com os caracteres específicos associados ao vínculo tipo cooperativo que aqui se designam como de “*cariz societário*”, sem se tomar posição definitiva sobre o tema da qualificação da natureza jurídica da cooperativa.

²² Contudo, é necessário ter em atenção que J. LEITE defende que há várias ordens de razões que recomendam que o regime da relação entre cooperativa e o sócio cooperador trabalhador, muito embora não deva, nem possa, ser regulado pela legislação laboral, deva “*em alguns aspectos, ser temperado por princípios e normas de natureza laboral*” que funcionariam como “*limites laborais à regras cooperativas*”. J. LEITE, op. cit., p. 105. J. GOMES, *Direito do Trabalho - Volume I - Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 177, destacando esta posição moderada de J. LEITE, chama, no entanto, a atenção para o facto de o Autor não apresentar uma “*justificação para a aplicação das regras e princípios de Direito do Trabalho que considera poderem aplicar-se*”.

²³ D. APARÍCIO MEIRA, op. cit. p. 235 e 239.

rador que tem funções de distribuição de trabalho.” A conclusão do Tribunal da Relação do Porto é a de que “*nas cooperativas de produção o sócio trabalhador não tem um duplo estatuto: trabalhador subordinado, por um lado, e sócio ou cooperador, por outro.*”, antes se deve qualificar a relação entre ambos existente como “*acordo de trabalho associado*”²⁴.

Nos segmentos citados, o Tribunal da Relação do Porto aborda um ponto de partida essencial nesta matéria e que está relacionado com a análise da distinção entre aquilo que caracteriza o contrato de trabalho e os aspetos que definem o vínculo do cooperador trabalhador à cooperativa.

Ora, no ordenamento jurídico-laboral português, o contrato de trabalho é objeto de definição legal, estabelecendo o artigo 11.º do CT, que tal contrato é “*aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.*”²⁵ Partindo desta definição legal, é possível identificar três elementos essenciais do contrato de trabalho: a prestação da atividade laboral a que o trabalhador se obriga, a retribuição e a subordinação jurídica.²⁶ Assim, importa averiguar se estes elementos se apresentam igualmente no âmbito da relação que se estabelece entre o cooperador trabalhador e a cooperativa.

Em primeiro lugar, no que diz respeito à prestação da atividade, julgamos que é certa a conclusão de DEOLINDA APARÍCIO MEIRA quando refere que “*o sócio cooperador vê-se obrigado a duas prestações principais: a prestação de capital e a prestação de trabalho*”. Além disso, como sublinha a Autora, o sócio trabalhador não cumpre a sua obrigação se realizar uma só das prestações, nomeadamente, para o que aqui nos interessa, a prestação de trabalho. De facto, trata-se de uma “*obrigação cumulativa ou conjuntiva, uma vez que a obrigação do sócio cooperador engloba estas duas prestações - a prestação de capital e a prestação de trabalho -, só se liberando mediante a realização conjunta de uma e outra*”²⁷. Assim, não se podem dizer idênticas e equiparáveis as prestações devidas no âmbito do contrato de trabalho e na relação entre cooperador e cooperativa nas cooperativas de trabalho.

Por outro lado, no que diz respeito à retribuição, é certo que, tal como no âmbito de um contrato de trabalho, o cooperador trabalhador recebe mensalmente uma importância. Porém, ficam por aqui as semelhanças. Com efeito, como salienta o

²⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19 de setembro de 2011, disponível em www.dgsi.pt.

²⁵ Veja-se, igualmente, a definição do CC: “*Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta.*”

²⁶ Sobre esta matéria vide, por todos, M. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações laborais individuais*, 4.ª edição Almedina, Coimbra, 2012, p. 23 a 55.

²⁷ D. APARÍCIO MEIRA, op. cit. p. 236.

Tribunal da Relação do Porto, desta feita em Acórdão de 27 de fevereiro de 2012, o facto de ambos receberem um montante mensal “*não significa uma identidade de estatuto, ainda que a quantia seja de igual montante*”, uma vez que “*para o trabalhador não sócio tal quantia é retribuição, contrapartida do trabalho prestado e para o sócio é uma parte do rendimento anual da cooperativa, que é antecipada previsionalmente e que será contabilizada no final do ano económico, podendo haver excedentes para distribuir entre os sócios, ou perdas a suportar pelos mesmos.*”²⁸.

Por último, parece também ser de excluir a existência de subordinação jurídica no âmbito da relação entre cooperador e cooperativa nas cooperativas de trabalho. Ainda citando o último aresto referido, “*a actividade desenvolvida pelos trabalhadores-sócios assenta numa relação de cooperação. Pois, apesar de o trabalhador não sócio e o trabalhador sócio executarem a mesma actividade e serem dirigidos pelas mesmas pessoas físicas, estas intervêm em qualidades jurídicas diferentes, para o primeiro como empregador e para o segundo como o cooperador que tem funções de distribuição de trabalho.*”²⁹

Neste âmbito, será igualmente útil abordar o tema numa perspectiva de Direito Comparado, uma vez que a questão em análise foi também objeto de acesa discussão doutrinal em Espanha e Itália.

No que diz respeito ao caso espanhol, como informa JUAN LÓPEZ GANDÍA, trata-se de “*uma polémica já antiga, que remonta aos anos setenta nos laboristas e que ressuscitou do ponto de vista doutrinal em alguns sectores da doutrina dos anos noventa*”.³⁰ As posições doutrinárias sobre a questão podem ser divididas entre aquelas que defendiam que o vínculo entre o cooperador e a cooperativa era societário, os que defendiam a sua natureza laboral e, por último, as que catalogavam essa relação como um “*tertium genus*” ou de natureza mista³¹.

Com efeito, uma parte da doutrina destacava que a relação entre cooperador e cooperativa “*é especial e societária, mas não laboral*” e que “*os sócios trabalhadores não são assalariados da sua cooperativa, nem sequer têm a dupla condição de sócios e trabalhadores*”³². De destacar, porém, que mesmo autores que afirmam a natureza exclusivamente societária ou associativa do vínculo em

²⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de fevereiro de 2012, disponível em www.dgsi.pt.

²⁹ Veja-se, contudo, o que à frente se dirá sobre a possibilidade de “*utilização fraudulenta do instrumento cooperativo*”.

³⁰ J. LÓPEZ GANDÍA, *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2006, p. 35.

³¹ Com referências bibliográficas sobre o tema, vide J. HIERRO HIERRO, «Las relaciones laborales en las cooperativas de trabajo asociado», *Aranzadi Social*, n.º 20/2004, Editorial Aranzadi, Madrid, 2004, p. 49 a 68 (61).

³² F. VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, Tomo XX, Vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado / editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 586-587

causa, não deixam de referir que a prestação de trabalho deste cooperador “*está claramente impregnada ou influenciada pelo direito laboral que, em muitos casos, tem o carácter de direito mínimo, com o louvável propósito de que os sócios trabalhadores não resultem discriminados, em relação aos trabalhadores por conta de outrem*”³³.

Porém, não faltava doutrina em Espanha que, influenciada pelos juslaboralistas italianos, se inclinava para a qualificação laboral da relação entre sócio trabalhador e cooperativa³⁴. Por outro lado, houve também autores que procuraram conciliar as diferenças entre as posições anteriores, defendendo que o negócio em causa tinha uma natureza mista que comungava elementos de ambas as posições anteriormente expostas.³⁵

A polémica foi encerrada pela Lei n.º 27/1999, de 16 de julho, a Ley Estatal de Cooperativas, cujo número 1 do artigo 80.º prescreve “*São cooperativas de trabalho associado as que tem por objeto proporcionar aos seus sócios postos de trabalho, mediante o seu esforço pessoal e direto, a tempo parcial ou completo, através da organização em comum da produção de bens ou serviços para terceiros. Também poderão contar com sócios colaboradores. A relação dos sócios trabalhadores com a cooperativa é societária.*”³⁶

No entanto, note-se que esta opção legal não significou uma desconsideração total da influência dos institutos laborais na regulação da relação que se estabelece entre o sócio trabalhador e a cooperativa. Muito pelo contrário, como destaca a doutrina, no articulado da Ley Estatal de Cooperativas encontra-se a “*regulação de um estatuto laboral para tais sócios*”³⁷, onde se encontram normas sobre a capacidade para ser sócio trabalhador, antecipações por conta, período experimental, regime disciplinar, etc. A doutrina destaca que a introdução destas normas na Ley Estatal de Cooperativas é o resultado de um “*procedimento de extensão do Direito do Trabalho às cooperativas*”³⁸.

³³ J. COSTA COMESAÑA, “Apuntes sobre la regulación estatal e autonómica das cooperativas de trabalho”, *Cooperativismo e Economía Social* n.º 28, Universidade de Vigo, p. 53 apud D. APARÍCIO MEIRA, op. cit., p. 235, nota 591.

³⁴ Vide neste sentido, K. MIKEL SANTIAGO REDONDO, *Socio de cooperativa y relación laboral*, IBIDEM Ediciones, Madrid, 1998, p. 125 e ss.

³⁵ Vide A. MONTOYA MELGAR, «Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado», *Estudios de Derecho de Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, p. 139-141.

³⁶ Opção que, como nos dá nota JUAN LÓPEZ GANDÍA, op. cit., p. 35, nota 64, foi igualmente seguida pelas leis autonómicas da Comunidade Valenciana, Castilla y León, Aragón y La Rioja.

³⁷ J. HIERRO HIERRO, op. cit., p. 13.

³⁸ J. LÓPEZ GANDÍA, op. cit., p. 69.

Já no que concerne a Itália, o problema da qualificação da relação jurídica que se estabelece entre cooperador e cooperativa suscitou igualmente diversas posições na doutrina e na jurisprudência.

JÚLIO GOMES³⁹ dá-nos nota da evolução das posições jurisprudenciais italianas sobre o tema, desde a tradicional posição da “*natureza puramente associativa da relação entre as cooperativas de trabalho e produção e os cooperantes*” até à abertura para uma “*via de tendencial aproximação da relação de trabalho subordinado com a relação cooperativa*”.

A esta abertura e a aproximação ao Direito do Trabalho não foi indiferente o interesse que, a partir de certa altura, o tema em análise despertou nos juslaboralistas italianos. Assim, ao nível da doutrina, se houve autores⁴⁰ que defenderam de forma irredutível a posição que rejeita a existência de um vínculo laboral, abundam outros que sustentam que a questão da qualificação do vínculo entre cooperador e cooperativa não difere daquele que se coloca quando há que distinguir o trabalho autónomo do trabalho subordinado: há que fazer o teste da existência da subordinação jurídica⁴¹.

É, aliás, nesta sequência que, como refere CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, vários autores italianos defendem que a relação cooperativa determina a existência de dois vínculos entre cooperador e cooperativa: “*uma relação de carácter associativo que tem por objecto o exercício em comum de uma actividade empresarial e uma relação laboral em sentido próprio (ou, em alternativa, consoante a factualidade concreta do caso, um contrato de prestação de serviços)*”⁴². Por seu turno, JUAN LÓPEZ GANDÍA realça que a jurisprudência italiana evoluiu desde a ideia da “*absoluta incompatibilidade entre o vínculo societário e vínculo laboral*” até admitir que “*os estatutos no exercício da sua autonomia negocial podem estabelecer que também as prestações que se refiram ao objeto social, isto é que a atividade desenvolvida pelo sócio para a atividade institucional da cooperativa possa ser objeto de um contrato de trabalho que se acumula ao da sociedade, sempre que não se trate de um contrato de trabalho simulado*”⁴³.

Esta doutrina, de clara influência juslaboralista, acabou por se impor contra o domínio da jurisprudência contrária anterior e foi mesmo consagrada pela Lei n.º 142/2001, de 3 de abril⁴⁴ que dispõe que o cooperador estabelece com a coope-

³⁹ J. GOMES, op. cit., p. 174.

⁴⁰ A. VALLEBONA, *Il Lavoro in Cooperativa*, RIDL, 1991, parte I, p. 291 e ss.

⁴¹ M. MARIANI, *Cooperativa di Lavoro*, Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 459, cit apud J. GOMES, op. cit., p. 179 e nota 467;

⁴² CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, op. cit., p. 592 e nota 22.

⁴³ J. LÓPEZ GANDÍA, op. cit., p. 40.

⁴⁴ Lei 3 aprile 2001, n.º 142 - Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore - alterada pela Lei n.º 30/2003, de 14 de fevereiro (esta

rativa, no momento da formação do vínculo associativo ou posteriormente, uma relação (um contrato) de trabalho subordinado ou autónomo⁴⁵.

Ora, regressando ao âmbito direito português, não obstante a posição mais recente da jurisprudência, a verdade é que a questão continua longe de ser pacífica. Com efeito, existem ainda Autores, quer do espectro do Direito Cooperativo⁴⁶, quer da área do Direito do Trabalho⁴⁷, que defendem a qualificação laboral do vínculo entre a cooperativa e o cooperador trabalhador nas cooperativas de produção e serviços, criticando a posição mais recente da jurisprudência.

De qualquer modo, cumpre salientar que a intervenção juslaboralista tem o mérito de chamar à colação um tema relevante: a possibilidade de “*utilização fraudulenta do instrumento cooperativo*”⁴⁸.

Com efeito, considerando que, por um lado, a “*aquisição crescente pelas cooperativas de uma fisionomia empresarial*”⁴⁹ e a conseqüente concentração da gestão da cooperativa numa estrutura dirigente, que se destaca dos cooperadores trabalhadores, a que acresce uma substituição progressiva dos princípios cooperativos por objetivos capitalistas⁵⁰, bem como, por outro lado, a evidente semelhança dos caracteres e institutos associados a uma prestação de trabalho, seja ela “*la-*

última também conhecida por Lei Biagi, por referência ao juslaboralista MARCO BIAGI que esteve na sua origem).

⁴⁵ Artigo 1, n.º 3 da Lei n.º 142/2001: “*Il socio lavoratore di cooperativa stabilisce con la propria adesione o successivamente all’instaurazione del rapporto associativo un ulteriore rapporto di lavoro, in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali.*”

⁴⁶ Na área do Direito Cooperativo, J. ANTÓNIO RODRIGUES, que sustenta a defesa da tese da existência de um vínculo laboral (ao lado do vínculo societário) em duas ordens de razões: por um lado, “*porque a própria legislação cooperativa prevê quadros jurídicos distintos nas relações entre as cooperativas e os cooperadores*” e, por outro lado, na circunstância de em caso de conflito entre o contrato de sociedade e o direito ao trabalho, ser o segundo o bem jurídico que deve prevalecer (op. cit., p. 102.)

⁴⁷ Neste âmbito destacamos a posição de J. GOMES, seguida de perto por C. DE OLIVEIRA CARVALHO. Estes Autores criticam a posição defensora do “*acordo de trabalho cooperativo*” na medida em que o mesmo assenta numa conceção de inexistência nas cooperativas da lógica conflitual entre capital e trabalho que marca o Direito do Trabalho, o que, segundo estes Autores, não corresponderá à realidade atual das cooperativas. C. DE OLIVEIRA CARVALHO, op. cit., p. 593, concluindo estes autores que “*a única circunstância relevante para a determinação da existência de um contrato de trabalho entre a cooperativa e o sócio trabalhador é a identificação da subordinação jurídica, tal como sucede em geral na distinção entre trabalho autónomo e trabalho subordinado*”.

⁴⁸ J. GOMES, op. cit., p. 176.

⁴⁹ J. GOMES, op. cit., p. 175, nota 447

⁵⁰ Como assinala C. DE OLIVEIRA CARVALHO, op. cit., p. 590. Note-se que, como destaca F. VALDÉS DAL-RE, em princípio as cooperativas de trabalho prosseguem “*pelo menos tendencialmente, abolir certas leis não escritas do capitalismo, nomeadamente a que confere ao proprietário do capital investido o direito de extrair da força de trabalho empregada uma utilidade superior à do seu custo*”(in “*La cooperativa de trabajo asociado: una mirada desde las legislaciones estatal y*

boral” ou “*cooperativa*” - por exemplo, a sujeição a poder disciplinar, existência de um horário de trabalho, marcação de férias, faltas justificadas e injustificadas - torna-se evidente que é possível que nas cooperativas de trabalho com inúmeros cooperadores trabalhadores, se verifiquem simulações de “*acordos de trabalho cooperativo*” que são verdadeiros e próprios contratos individuais de trabalho, de modo a escapar à aplicação das regras laborais.

Assim, estes Autores defendem que deve existir por parte do cooperador “*um real poder de controlo sobre a cooperativa*”, decorrente de “*uma participação genuína nas deliberações sociais ou qualquer influência sobre as decisões concretas da cooperativa*”⁵¹. Se assim não for, e se constatar que o vínculo societário é simulado e que há subordinação jurídica, não resta outra alternativa que não seja qualificar o vínculo como contrato de trabalho.

Porém, caso não se esteja na presença de uma simulação como acima se descreveu, tendemos a concordar com os autores que sustentam que a presença do contrato de sociedade não é indiferente a esta forma de prestar trabalho e que, em consequência, a subordinação existente na relação em causa não é laboral do ponto de vista jurídico. Por esse motivo, defendemos que, no que diz respeito às chamadas cooperativas de trabalho, não existe entre a cooperativa e o cooperador que lhe presta o seu trabalho um contrato de trabalho subordinado, mas sim o já referido «*acordo de trabalho cooperativo*».⁵².

3.2. Processo disciplinar cooperativo aplicável aos cooperadores trabalhadores

Outra questão recorrente nas decisões judiciais que versam sobre o tema da relação jurídica entre cooperador e cooperativa de trabalho é o do processo disciplinar cooperativo aplicável aos cooperadores trabalhadores.

Neste âmbito, as normas legais fundamentais constam dos artigos 37.º e 38.º do Ccoop.

autonómica”, Relaciones Laborales n.º 19/2010, Edición Electrónica, La Ley, Madrid, 2010, p. 1-12 [3]).

⁵¹ Como assinala C. DE OLIVEIRA CARVALHO, op. cit., p. 590.

⁵² Neste ponto, julgamos porém que se impõe uma intervenção legislativa que proceda à extensão das normas laborais às cooperativas. Este procedimento de extensão das normas laborais às cooperativas pode seguir dois caminhos diferentes. A primeira opção é proceder ao que a doutrina espanhola designou de “*cooperativização das instituições laborais*” que consiste “*numa utilização pela legislação cooperativa de institutos e categorias próprias do ordenamento laboral, ajustadas na sua introdução, porém, às singularidades próprias do trabalho cooperativo ou às especificidades organizativas em que se desenvolve*”. Por outro lado, também é possível obter o resultado pretendido através de uma “*laboralização do regime de prestação do sócio trabalhador*” que basicamente consiste em “*remeter a regulação dessa prestação (ou das suas condições de execução) ao bloco de legalidade laboral, ao seu conjunto ou a respeito de aspectos determinados*” (F. VALDÉS DAL-RE, op. cit., p. 9).

De facto, o artigo 38.º do CCoop regula a aplicação da sanção de exclusão de cooperador, que, nos termos do número 1 da referida norma, está dependente de “*deliberação da assembleia-geral*”. Como destacou o Tribunal da Relação de Guimarães: “*A aplicação da sanção de exclusão de cooperadores é da competência exclusiva da Assembleia Geral da sociedade cooperativa. A competência para a exclusão de cooperadores não pode ser delegada na Direcção da cooperativa. É juridicamente inexistente a deliberação da Direcção sobre a exclusão de cooperadores. É nula a deliberação da Assembleia Geral que, em sede de recurso, aprovou a deliberação da Direcção sobre a exclusão de cooperadores.*”⁵³

A referida sanção terá de ser “*fundada em violação grave e culposa do Código Cooperativo, da legislação complementar aplicável ao respectivo ramo do sector cooperativo, dos estatutos da cooperativa ou dos seus regulamentos internos*” (artigo 38.º, n.º 2 do Ccoop)⁵⁴. A sanção de exclusão de cooperadores era, na vigência do Código Cooperativo de 1980, a única prevista na lei, muito embora, já então, a maioria das cooperativas estabelecesse nos respetivos estatutos outras sanções de menor gravidade a aplicar aos cooperadores pela prática de infrações menos relevantes.

Foi na versão de 1996 que o Ccoop estabeleceu a possibilidade de aplicação de outras sanções disciplinares, previstas no artigo 38.º do Ccoop. Esta norma refere que, “*sem prejuízo de outras que se encontrem previstas nos estatutos ou nos regulamentos interno*”⁵⁵, será competência da direcção da cooperativa⁵⁶ a aplicação das sanções de repreensão registada, multa e suspensão temporária de direitos, cabendo à assembleia-geral a aplicação da sanção de perda de mandato⁵⁷.

No que diz respeito ao procedimento a seguir para a aplicação de qualquer sanção disciplinar impõe-se “*processo escrito, do qual constem a indicação das infrações, a sua qualificação, a prova produzida, a defesa do arguido e a proposta de aplicação da medida de exclusão*” [ou de qualquer uma das previstas no artigo

⁵³ Acórdão da Relação de Guimarães, de 12 de junho de 2008, disponível em www.dgsi.pt

⁵⁴ O artigo 9.º do Decreto-lei n.º 335/99, de 20 de agosto prevê causas especiais de exclusão dos membros de cooperativas agrícolas. Para uma anotação a este artigo, vide J. ANTÓNIO RODRIGUES, Código Cooperativo - anotado e comentado e Legislação Cooperativa, 4.ª Edição, Quid Iuris - Sociedade Editora, Lisboa, 2011, p. 249.

⁵⁵ Salientam A. RAPOSO SUBTIL, M. ESTEVES, M. ILHÉU e L. M. MARTINS, *Legislação Cooperativa Anotada*, 2.ª Edição, Vida Económica, Porto, 2005, p. 64, que as sanções enunciadas no artigo 38.º deverão existir sempre, ainda que os regulamentos internos ou estatutos consagrem outras.

⁵⁶ Com recurso para a Assembleia Geral, conforme prevê o n.º 3 do artigo 38.º e a al. l) do artigo 49.º do Ccoop. Quanto à competência da direcção para a aplicação destas sanções, vide, também, a al. d) do artigo 56.º do Ccoop.

⁵⁷ Vide al. l) do artigo 49.º do Ccoop.

38.º do CCoop].⁵⁸ O órgão competente para tomar a decisão de instaurar o processo, bem como para a realização da respetiva instrução é a direção da cooperativa⁵⁹.

A violação dos deveres dos cooperadores, acima identificados, traduz-se em infrações disciplinares que poderão motivar a aplicação de uma sanção disciplinar, como decorre aliás do já citado artigo 38.º, n.º 2 do Ccoop. A aplicação da sanção máxima – a exclusão – está, além disso, condicionada à verificação dos requisitos de gravidade da conduta e de culpa do agente.

As exigências legais relativas ao processo disciplinar escrito implicam, necessariamente, consubstanciar a acusação numa nota de culpa, conceder ao arguido prazo razoável para apresentar a sua defesa, assegurar a realização das diligências instrutórias necessárias e formalizar as mesmas em auto.

Na grande maioria dos casos, as exigências de assegurar a realização das diligências instrutórias necessárias e formalizar as mesmas em auto tornam imprescindível a nomeação, pelo órgão competente, de um instrutor para o processo disciplinar. O STJ, em acórdão proferido a 15 de Maio de 2003, discorrendo precisamente sobre um processo disciplinar destinado à exclusão de cooperador, destacou que *“movemo-nos no domínio do direito sancionatório, ao qual preside o princípio estruturante de que impende sobre a entidade acusatória e/ou detentora do «jus puniendi»”,* o encargo de demonstrar o preenchimento dos pressupostos formais e substantivos do respetivo procedimento⁶⁰. Noutro acórdão, de 23 de Setembro de 2003, o mesmo Tribunal realçou que este regime *“visa assegurar ao cooperador, arguido no processo disciplinar, não só as necessárias garantias de defesa – quer de natureza substantiva, quer de índole processual - contra propostas de exclusão infundamentadas, como ainda a garantir-lhe a efetivação do direito, conferido pelo n.º 8 daquele artigo 37.º, de impugnar judicialmente a sanção, quando deliberada pela assembleia geral”*⁶¹.

É certo que, no último aresto citado, o STJ tratava apenas da exclusão de cooperadores, e não da aplicação de qualquer outra das sanções disciplinares previstas no Ccoop, mas parece-nos que a posição expressa se aplica a qualquer sanção disciplinar, mesmo no que se refere ao recurso para os tribunais judiciais. Com

⁵⁸ Artigo 37.º, n.º 3 e 38.º, n.º 2 do Ccoop. Porém, nos termos do artigo 37.º, n.º 4, *“o processo previsto no número anterior não se aplica quando a causa de exclusão consista no atraso de pagamento de encargos, tal como estiver fixado nos estatutos, sendo, porém, obrigatório o aviso prévio, a enviar para o domicílio do infrator, sob registo, com indicação do período em que poderá regularizar a sua situação”*. A constituição do cooperador em mora consta do artigo 21.º do Ccoop.

⁵⁹ A competência da Direção resulta do artigo 56.º, n. 1, i) do Ccoop e 186.º, n.º 2 do CSC (aplicável ex vi do art. 9.º do Ccoop) e ainda, quanto à possibilidade de delegação de poderes, do artigo 59.º do Ccoop, como salientam A. RAPOSO SUBTIL, M. ESTEVES, M. ILHÉU e L. M. MARTINS, op. cit., p. 63.

⁶⁰ Acórdão STJ, de 15 de maio de 2003, disponível em www.dgsi.pt.

⁶¹ Acórdão STJ, de 23 de setembro de 2003, disponível em www.dgsi.pt.

efeito, muito embora a lei não seja expressa quanto a tal possibilidade, limitando-se a consagrá-la para o caso da sanção da exclusão de cooperador, parece-nos inequívoco que também da aplicação de qualquer uma das restantes sanções disciplinares previstas no artigo 38.º do Ccoop, caso sejam confirmadas pela assembleia-geral em sede de recurso interposto pelo arguido, podem ser impugnadas junto de um tribunal judicial.⁶²

A importância do regime, do ponto de vista das garantias de defesa facultadas ao arguido, é igualmente evidenciado pela sanção da nulidade com que o artigo 37.º, n.º 5 do Ccoop comina a ocorrência de qualquer dos vícios enumerados nas várias alíneas desse preceito: a) falta de audiência do arguido; b) insuficiente individualização das infrações imputadas ao arguido; c) falta de referência aos preceitos legais e d) omissão de quaisquer diligências essenciais para a descoberta da verdade. A nulidade cominada neste artigo é uma nulidade insuprível, como vem sendo entendimento da jurisprudência.⁶³

Por fim, a proposta de aplicação de sanção deverá ser “*fundamentada e notificada por escrito ao arguido com uma antecedência de, pelo menos, sete dias em relação à data da assembleia geral que sobre ela deliberará*”⁶⁴ e “*deve ser deliberada no prazo máximo de um ano a partir da data em que algum dos membros da direção tomou conhecimento do facto que a permite*”⁶⁵.

Neste enquadramento, a comparação com o procedimento disciplinar decorrente do CT, faz com que surjam litígios relacionados com a ausência de certos mecanismos no âmbito do processo disciplinar cooperativo. Uma questão que já foi objeto de decisões judiciais está relacionada com a ausência da previsão no Ccoop do mecanismo da suspensão preventiva do cooperador trabalhador na pendência de processo disciplinar ou numa fase de averiguações prévias.

⁶² Para este entendimento concorrem dois fundamentos principais. Por um lado, o princípio do acesso ao Direito e aos tribunais (artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa), *maxime* no âmbito do direito disciplinar e sancionatório. Por outro lado, entendemos que, quanto a este ponto, não se deve atribuir particular relevância comparativa à expressão “cabe sempre” utilizada no artigo 37.º, n.º 8 do Ccoop: já era essa a redação da norma no âmbito do Código Cooperativo de 1980 (art. 35.º, n.º 6 do Ccoop), que passou incólume para o Código Cooperativo de 1996, não obstante a introdução inovatória do art. 38.º do Ccoop.

⁶³ Vide, neste sentido, entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de janeiro de 2004, disponível em www.dgsi.pt. Questão diferente é a de saber qual a invalidade que afeta a deliberação da Assembleia Geral tomada na sequência de processo disciplinar eivado de nulidade insuprível: será a mera anulabilidade e não a nulidade, como decidiram, por exemplo, o Acórdão do STJ, de 17 de novembro de 2005, e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de fevereiro de 2002, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶⁴ Artigo 37.º, n.º 6 e 38.º, n.º 2, aplicável apenas, das sanções previstas no n.º 1 do artigo 38.º, à da alínea d).

⁶⁵ Como salienta, J. ANTÓNIO RODRIGUES, *op. cit.*, p. 115, trata-se de um prazo de caducidade (art. 298, n.º 2 do Código Civil).

Quanto a esta questão, para quem sustente a posição de que entre a cooperativa e o cooperador que lhe presta o seu trabalho existe um verdadeiro contrato de trabalho subordinado, a suspensão preventiva de sócio cooperador trabalhador, antes ou durante o processo disciplinar, poderá fundar-se diretamente nos respetivos artigos do CT, não se levantando qualquer questão relacionada com a ausência de previsão de mecanismo semelhante no CCoop.

Assim já não sucede para quem entenda que entre as partes existe um negócio de natureza específica e distinta de um contrato de trabalho, isto é, o já referido “*acordo de trabalho cooperativo*”.

Neste caso, da análise da jurisprudência, resulta que já foi apresentada argumentação no sentido de que para suprir tal lacuna se podia legitimar a aplicação subsidiária dos preceitos da legislação laboral, isto é, do CT.

Ora, quanto a este ponto, não pode deixar de se sufragar a posição assumida pelo Tribunal da Relação de Évora de que não é possível recorrer ao Direito do Trabalho para colmatar lacunas do Código Cooperativo⁶⁶. Na verdade, o artigo 9.º Ccoop não faz qualquer referência à aplicação da legislação laboral: “*Para colmatar as lacunas do presente Código, que não o possam ser pelo recurso à legislação complementar aplicável aos diversos ramos do sector cooperativo, pode recorrer-se, na medida em que se não desrespeitem os princípios cooperativos, ao Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente aos preceitos aplicáveis às sociedades anónimas*”. Assim, não é possível a aplicação direta do CT para a resolução do problema da ausência de norma no CCoop prevendo a medida cautelar de suspensão preventiva do cooperador no âmbito do processo disciplinar.

Porém, como salienta JORGE LEITE, há várias ordens de razões que recomendam que o regime da relação entre cooperativa e o sócio cooperador trabalhador, muito embora não deva, nem possa, ser regulado pela legislação laboral, deva “*em alguns aspectos, ser temperado por princípios e normas de natureza laboral*” que *funcionariam como “limites laborais à regras cooperativas”*⁶⁷.

Ora, parece claro que um dos domínios em que tal limitação faz sentir com mais acuidade a sua influência é o do exercício do poder disciplinar, uma vez que é matéria particularmente sensível à coincidência de dimensões cooperador/trabalhador e que pode colidir diretamente com a manutenção do vínculo à cooperativa (mais ainda nos casos da cooperativa de trabalho, em que possivelmente esse vínculo se traduz na única fonte de rendimentos do cooperador trabalhador).

O nosso entendimento é que a suspensão preventiva do cooperador na pendência de processo disciplinar não resulta do Ccoop, mas poderá ser aplicada se surgir

⁶⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 16 de dezembro de 2008, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁷ J. LEITE, op. cit., p. 105.

como medida cautelar expressamente prevista nos estatutos da cooperativa Aliás, até se poderá encontrar apoio legal para esta proposta no disposto no artigo 15.º, n.º 2, al. b) do CCoop, que prescreve que os estatutos podem conter “*as sanções e as medidas cautelares, bem como as condições gerais em que são aplicadas*”. O número 3 deste preceito dispõe que “*na falta de disposição estatutária relativamente às matérias enunciadas no número anterior, são aplicáveis as normas constantes do presente Código*”.

Assim, defende-se que a suspensão preventiva do cooperador na pendência de processo disciplinar poderá ser aplicada se surgir como medida cautelar expressamente prevista nos estatutos da cooperativa, desde que se encontre regulamentada de acordo com os princípios básicos do direito sancionatório e disciplinar, bem como dos princípios cooperativos.

Assim, a definição estatutária dos mecanismos disciplinares e cautelares, e, concretamente, a possibilidade de suspender preventivamente o cooperador antes e/ou na pendência de processo disciplinar, deve ter em consideração os subsídios que possam resultar da experiência legislativa, doutrinal e jurisprudencial do Direito do Trabalho, aproximando-se, tanto quanto possível, do que resulta do CT: (i) a limitação temporal da utilização do mecanismo da suspensão (no máximo, aos 30 dias anteriores à notificação), (ii) a justificação, entregue por escrito ao cooperador, das razões pelas quais a suspensão se torna inconveniente, consubstanciada em indícios de facto que lhe sejam imputáveis, bem como (iii) a justificação das razões pelas quais não foi ainda possível elaborar a nota de culpa.

Por fim, é igualmente importante que a suspensão não se traduza num obstáculo ou impedimento ao legítimo exercício do direito de defesa do cooperador arguido, sob pena da impugnabilidade do processo disciplinar e da sanção aplicável.

Assim, conclui-se que a suspensão de cooperador antes do início ou na pendência de processo disciplinar, consagrada estatutariamente, com respeito pelos princípios cooperativos e observando os contributos decorrentes de uma análise do Direito do Trabalho, é um mecanismo perfeitamente apto a ser utilizado pelas cooperativas.

4 CONCLUSÃO

O tema da relação jurídica entre cooperador trabalhador e cooperativa, no Direito Português, é um tema que suscita várias questões, nomeadamente aquelas que ao longo deste trabalho nos ocuparam. Como conclusão final, comum a ambas, parece claro que se impõe alguma clarificação que terá de ter necessariamente origem legislativa.

Com efeito, no que concerne à qualificação da relação jurídica, essa intervenção reclama-se de modo a evitar as oscilações da jurisprudência que se têm registado, bem como para precluir a utilização fraudulenta do instrumento coo-

perativo. Aliás, é importante notar que a clarificação legislativa da questão da qualificação jurídica foi o caminho seguido pelos ordenamentos jurídicos espanhol e italiano.

No que diz respeito ao processo disciplinar cooperativo, embora as questões não se coloquem de forma tão premente, seria vantajosa uma aproximação dos mecanismos e soluções patentes na legislação laboral, de forma a assegurar um processo eficiente e com todas as garantias de defesa dos cooperadores trabalhadores.

Em suma, da breve análise que se efetuou, conclui-se que estes são temas em que se nota a necessidade de uma inovação jurídica no seio do Direito Cooperativo, que é também reclamada relativamente a outras questões neste ramo do ordenamento jurídico português.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- A. MONTOYA MELGAR, “Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado”, *Estudios de Derecho de Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, pág. 139-141.
- A. RAPOSO SUBTIL, M. ESTEVES, M. ILHÉU e L. M. MARTINS, *Legislação Cooperativa Anotada*, 2.^a Edição, Vida Económica, Porto, 2005.
- A. VALLEBONA, *Il Lavoro in Cooperativa*, RIDL, 1991, parte I, pag. 291 e ss.
- C. DE OLIVEIRA CARVALHO, “Qualificação da relação jurídica entre cooperador e cooperativa: contrato de trabalho ou acordo de trabalho cooperativo?”, in *Jurisprudência Cooperativa Comentada - Coordenação Geral Deolinda Aparício Meira*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, (2012), pag. 587-594.
- C. VARGAS VASSEROT / MARINA AGUILAR RUBIO, “Régimen Económico y Fiscal de las Cooperativas Agrarias y de las SAT. El capital social, determinación de resultados, distribución de excedentes y obligación de auditoría”, in *Cooperativas Agrarias y sociedades agrarias de transformación*, direcção de JUANA PULGAR EZQUERRA, Dykinson, S.L., (2006), pag. 154 e ss.
- D. APARÍCIO MEIRA, *O Regime Económico das Cooperativas no Direito Português - O capital social*, Vida Económica, Porto, 2009.
- F. VALDÉS DAL-RE, *La cooperativa de trabajo asociado: una mirada desde las legislaciones estatal y autonómica*, Relaciones Laborales n.º 19/2010, Edición Electrónica, La Ley, Madrid, 2010, pág. 1-12.
- F. VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, Tomo XX, Vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado / editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.
- G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I e II, Coimbra Editora, 2007.
- J. ANTÓNIO RODRIGUES, *Código Cooperativo - anotado e comentado e Legislação Cooperativa*, 4.^a Edição, Quid Iuris - Sociedade Editora, Lisboa, 2011.
- J. GOMES, *Direito do Trabalho - Volume I - Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

- J. HIERRO HIERRO, “Las relaciones laborales en las cooperativas de trabajo asociado”, *Aranzadi Social*, n.º 20/2004, Editorial Aranzadi, Madrid, 2004, pág. 49-68;
- J. LEITE, “Relação de Trabalho Cooperativo”, *Questões Laborais*, Ano I, n.º 2, Coimbra, 1994, pag. 89-108.
- J. LÓPEZ GANDÍA, *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2006.
- J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II - Das sociedades, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- K. MIKEL SANTIAGO REDONDO, *Socio de cooperativa y relación laboral*, IBIDEM Ediciones, Madrid, 1998.
- M. MARIANI, “Cooperativa di Lavoro”, *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, vol. I, Giuffrè, Milano, (1997).
- M. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações laborais individuais*, 4.ª edição Almedina, Coimbra, 2012.
- R. NAMORADO, “Sobre o sector cooperativo em Portugal”, *CES* 31, (2008-2009), pag. 233-240.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 36 (2014), páxs. 55-80
ISSN: 1130-2682

**A TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO DAS
COOPERATIVAS EM PORTUGAL**

*THE TAXATION OF COOPERATIVES
INCOME IN PORTUGAL*

NINA AGUIAR¹

¹ Professora Doutora; árbitro tributário; Instituto Politécnico de Bragança; CECEJ – Centro de Estudos em Ciências Empresariais e Jurídicas do ISCAP – Instituto de Contabilidade e Administração do Porto. Correio eletrónico: naguiar@ipb.pt.

RESUMO

As cooperativas são sujeitos passivos de imposto sobre o rendimento. De acordo com o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC), a base tributável é formada pelo “lucro” no qual se incluem os excedentes cooperativos. Esta é uma primeira questão analisada neste artigo. Entretanto, a lei estabelece um conjunto de isenções fiscais generosas para as cooperativas, baseando-se numa divisão dos ramos cooperativos em dois grandes grupos. Para um deles exige-se que as cooperativas sigam o modelo que podemos denominar de “mutualidade prevalente”. Para o segundo grupo não se faz tal exigência, mas excluem-se do âmbito da isenção as “operações com terceiros” e as “atividades alheias aos fins próprios das cooperativas”, dois conceitos que a lei não define. O presente artigo analisa o regime fiscal cooperativo, centrando-se nos requisitos do regime de benefícios e a respetiva base conceptual.

PALAVRAS CHAVE: Cooperativa, rendimento, imposto, isenções fiscais, excedentes, retornos.

ABSTRACT

Co-operatives are subject to corporate tax. According to the income tax act, the taxable base of cooperatives is formed by “profit” which includes cooperative surplus. This is the first issue analyzed in this paper. On the other hand, cooperatives benefit from a generous exemption regime, organized in two groups based on cooperative activity. For the first group of cooperatives, the exemption depends on the condition that the cooperative is predominantly mutualistic oriented. For the second group there is no such requirement, being the scope of the exemption limited by the concepts of “operations with third parties” and “activities unrelated to the cooperative aim”. The paper analyzes the cooperative tax regime, focusing on tax exemption requirements and the conceptual basis behind them.

KEY WORDS: Cooperative, income, tax, tax exemptions, cooperative surplus, surplus refunds.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS PESSOAS COLETIVAS: 2.1 Aspectos gerais. 2.2 A determinação do rendimento das cooperativas: 2.2.1 Cooperativas de objeto não empresarial. 2.2.2 Cooperativas de objeto empresarial. 2.3 Cooperativas agrícolas, culturais, de consumo, de habitação e construção e de solidariedade social 2.3.1 Enunciado geral. 2.3.2 Rendimentos sujeitos a retenção na fonte de IRC. 2.3.3 Rendimentos provenientes de operações com terceiros e de atividades “alheias aos fins próprios” das cooperativas. 2.4 Cooperativas de comercialização, crédito, produção operária, artesanato, pesca e serviços. 3. TRIBUTAÇÃO DOS EXCEDENTES E DOS RETORNOS. 4. CONCLUSÃO.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE CORPORATE TAX: 2.1 General aspects. 2.2 Computing cooperatives income. 2.2.1 Cooperatives with an object not classifiable as business. 2.2.2. Cooperatives with an object classifiable as business. 2.3 Cooperatives pertaining to the sectors of agriculture, culture, consumption, housing and construction, and charity. 2.3.1 General aspects. 2.3.2 Income subject to withholding income tax. 2.3.3 Income generated in operations with third parties and in activities unrelated to the scope of the cooperative. 2.4 Cooperatives pertaining to the sectors of commercialization, credit, working production, handicrafts, fisheries, education and services. 3. TAXATION OF COOPERATIVE SURPLUS AND COOPERATIVE REFUNDS. 4. CONCLUSION.

I INTRODUÇÃO

A Constituição da República Portuguesa², no seu artigo 85º, impõe ao Estado estimular e apoiar a criação e a atividade de cooperativas³, estipulando também que “a lei definirá os benefícios fiscais e financeiros das mesmas, bem como condições mais favoráveis à obtenção de crédito e auxílio técnico”. Deste modo, a instituição de um regime fiscal mais favorável para o setor cooperativo, no ordenamento jurídico português, decorre de um imperativo constitucional.

² Aprovada pela Assembleia Constituinte em 2 de abril de 1976.

³ Do mesmo modo que o fazem a Constituição Espanhola, no seu art. 129º, n.º 2, e a Constituição da República Italiana, no seu art. 45º. Ao contrário do que se verifica na CRP, porém, nenhuma das leis fundamentais espanhola ou italiana impõem expressamente ao legislador a obrigação de estabelecer um regime fiscal mais favorável para as cooperativas.

O primeiro regime fiscal das cooperativas, na vigência da Constituição de 1976⁴, foi aprovado em 1980.⁵ Este primeiro regime foi substituído em 1998 pelo Estatuto Fiscal Cooperativo, igualmente contido numa lei autónoma mas um pouco mais desenvolvido que o seu antecessor⁶. Em 2011, esse estatuto foi revogado, encontrando-se atualmente o regime fiscal das cooperativas definido, na sua maior parte, num capítulo especial do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF)⁷. Para além destas normas contidas no Estatuto dos Benefícios Fiscais, o regime fiscal das cooperativas fica completo com as disposições do Imposto sobre o Valor Acrescentado que lhes digam objetiva ou subjetivamente respeito.

Nestas sucessivas leis, o legislador português absteve-se sempre de enunciar os princípios ou as bases conceptuais sobre as quais tem vindo a definir o regime fiscal das cooperativas, nomeadamente no que diz respeito à delimitação do âmbito dos benefícios fiscais e das condições que as cooperativas devem cumprir para auferir de tais benefícios. Na lei de 1980, dizia-se, sem grandes desenvolvimentos, que “o fomento do cooperativismo, previsto em termos programáticos no artigo 84º, n.º 1 da Constituição da República, pressupõe a adoção de medidas estruturais que permitam às cooperativas integradas no espírito e na prática dos princípios cooperativos, tais como são definidos pela Aliança Cooperativa Internacional, a

⁴ Será interessante anotar que já no imposto sobre transações aprovado por uma lei de 1922 (L. 1368 de 21 de setembro de 1922), se isentavam deste imposto (art. 3º, n.º 9) “as vendas das cooperativas de produção e consumo aos seus membros, quando não distribuam ao capital dividendo superior ao juro legal, não se compreendendo neste dividendo os bónus de consumo que sejam distribuídos aos membros”. Na Contribuição Industrial (imposto sobre o rendimento empresarial) de 1929, aprovada pelo Decreto 16731, de 13 de abril de 1929, isentavam-se de tributação as cooperativas de consumo e de produção “quanto às suas operações com os respetivos associados”. No entanto, os tribunais fizeram uma interpretação restritiva deste preceito, declarando que estavam isentas de Contribuição Industrial as cooperativas de consumo e de produção “negociando exclusivamente com os seus associados” (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28-7-1965, Proc. 15252). Tendo a Contribuição Industrial sofrido uma reforma em 1963, aí se mantiveram as isenções para certas cooperativas, com algumas modificações. Segundo o art. 14º do Código da Contribuição Industrial de 1963, aprovado pelo DL 45103, de 1 de julho de 1963, estavam isentas de tributação neste imposto: “As cooperativas operárias de produção (...); As cooperativas de construção, (...) relativamente a metade dos seus lucros tributáveis, quando se limitem a construir prédios para os seus associados ou a emprestar-lhes dinheiro para o mesmo fim; As cooperativas de consumo que negociem exclusivamente com os seus associados; As cooperativas agrícolas que tenham como objetivo a compra de matérias ou equipamentos para a lavoura dos seus associados ou a venda das produções destes, quer em natureza, quer depois de transformadas, bem como as que mantenham instalações, equipamentos ou serviços no interesse comum dos membros; As cooperativas e sociedades anónimas constituídas para edificação de casas de renda económica (...)”. As cooperativas operárias de produção ficavam isentas apenas quando fossem membros três quartos, pelo menos, do número dos seus trabalhadores e nenhum comparticipasse em mais de 10 por cento no capital da empresa.

⁵ DL 456/80, de 9 de outubro.

⁶ L. 85/98, de 16 de dezembro.

⁷ DL 108/2008, de 26 de junho.

prossecução dos seus relevantes objetivos sociais. O Código Fiscal Cooperativo de 1998 foi ainda mais lacónico. Aí se dizia apenas que o regime fiscal favorável instituído através do Código Fiscal Cooperativo se aplicará apenas às cooperativas que funcionem nos termos do Código Cooperativo e demais legislação aplicável e que “o regime fiscal deverá, em função das prioridades de desenvolvimento económico-social, conceder um tratamento de apoio e incentivo ao sector cooperativo”. Quanto ao atual regime, introduzido no Estatuto dos Benefícios Fiscais através da Lei do Orçamento do Estado para 2012, é omitido qualquer elemento explicativo sobre os fundamentos ou os limites do regime fiscal das cooperativas, ou sobre as razões das alterações introduzidas.

Para tentarmos caracterizar de forma sucinta o regime fiscal cooperativo português, antes de passarmos à sua caracterização, poder-se-á dizer que o mesmo regime apresenta dois traços principais que o distinguem dos regimes fiscais cooperativos espanhol e italiano: uma muito maior simplicidade, na medida em que não existem normas fiscais especiais para os vários ramos cooperativos, existindo apenas dois sub-regimes aplicáveis a dois grandes grupos de ramos cooperativos; e também uma maior generosidade no que diz respeito ao desagravamento fiscal das cooperativas, com total isenção não só de imposto sobre o rendimento como de Imposto do Selo, Imposto Municipal sobre Imóveis e Imposto Municipal sobre Transmissões Onerosas de Imóveis.

Por outro lado, se procurarmos os princípios ou as bases conceptuais que alicerçam o atual regime fiscal cooperativo português, não encontramos senão um muito limitado, em número e em alcance, conjunto de princípios, que não se encontram expressos nos textos legais mas se deduzem da configuração do próprio regime fiscal em causa, e que interpretamos como sendo os seguintes: i) Só devem ser beneficiadas com desagravamentos fiscais as atividades das cooperativas que funcionem efetivamente segundo o modelo mutualista⁸; ii) Os desagravamentos fiscais relativos à tributação do rendimento devem, em princípio ou predominantemente, aplicar-se aos rendimentos provenientes das operações com os cooperadores, devendo pelo contrário ser tributados de acordo com o regime geral vigente para as sociedades os rendimentos provenientes de operações com terceiros⁹; iii)

⁸ Este princípio encontrava-se expresso no preâmbulo do Código Fiscal Cooperativo de 1980, através da expressão “o fomento do cooperativismo (...) pressupõe a adoção de medidas estruturais que permitam às cooperativas integradas no espírito e na prática dos princípios cooperativos, tais como são definidos pela Aliança Cooperativa Internacional, a prossecução dos seus relevantes objetivos sociais”. Com o tempo o legislador abandonou esta fórmula, a nosso ver pouco pragmática, mas o princípio de que os benefícios fiscais concedidos às cooperativas devem assentar no pressuposto do funcionamento segundo o modelo mutualista continua presente, embora de maneira muito difusa, nas normas fiscais. Também pode afirmar-se que o princípio tem consagração jurisprudencial, através das sentenças do Supremo Tribunal Administrativo de 25-05-1983, Proc. n.º 2367; de 15-05-1970, Proc. n.º 8048; de 13-03-1970, Proc. n.º 8012; e de 13-03-1970, Proc. n.º 8010.

⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 04-12-2013, Processo n.º 1214/12.

Os desagravamentos fiscais devem apenas beneficiar a atividade essencial da cooperativa, ie a atividade que constitui o objeto mutualista, e não outras atividades que possam ser levadas a cabo de modo secundário ou, mesmo não tendo carácter secundário, que não tenham carácter mutualista¹⁰.

2 O IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS PESSOAS COLETIVAS

2.1. Aspetos gerais

As cooperativas são, sem qualquer exceção, sujeitos passivos do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.¹¹ Além disso, o Código do IRC não cria qualquer regime especial para as cooperativas, o que significa que são aplicáveis a estas entidades todas as normas daquele imposto que não sejam expressamente excecionadas. Apenas para citar os aspetos mais relevantes, são-lhes aplicáveis as regras sobre organização da contabilidade para efeitos fiscais, as normas sobre obrigações declarativas e as normas sobre a determinação do rendimento, e ainda as normas sobre tributação autónoma e sobre retenções na fonte a título definitivo e não definitivo.

As cooperativas devem, pois, declarar o início de atividade para efeitos de IRC, devem manter contabilidade organizada para efeitos fiscais e devem submeter as declarações de final de exercício previstas na lei fiscal para as restantes entidades empresariais. Estão ainda obrigadas a efetuar retenção na fonte de IRC sobre os rendimentos por elas pagos, nos mesmos termos em que o estão as sociedades.

2.2. A determinação do rendimento das cooperativas

2.2.1. Cooperativas de objeto não empresarial

Quanto à determinação do rendimento, é importante começar por observar que o Código do IRC prevê, nessa matéria, um regime aplicável às entidades residentes que exerçam, a título principal, uma atividade de natureza comercial,

¹⁰ Princípio que se encontra expresso no art. 66º-A, n.º 1 do Estatuto dos Benefícios Fiscais.

¹¹ Art. 2º do Código do IRC (CIRC), L. 2/2014, de 16 de janeiro. No direito que republica o No direito português não existe um imposto sobre sociedades autonomizado, como no caso do direito espanhol, mas um imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, que abrange subjetivamente todos os tipos de pessoas coletivas e ainda algumas entidades que não gozam de personalidade jurídica civil. Na prática, o Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas contém quatro regimes de tributação distintos: um aplicável às entidades empresariais residentes, um segundo aplicável às entidades residentes de carácter não empresarial, um terceiro aplicável a qualquer tipo de entidade não residente sem estabelecimento estável ou cujos rendimentos não sejam imputáveis a um estabelecimento estável e um quarto regime aplicável às entidades não residentes com estabelecimento estável ao qual sejam imputáveis os rendimentos (Art. 3º do CIRC).

industrial ou agrícola, para as quais a base tributável é formada pelo lucro; e um regime diferente, aplicável às entidades que não exerçam, a título principal, uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, cuja base tributável ou matéria coletável corresponde à soma dos rendimentos apurados nos termos do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares. Prevendo-se no direito cooperativo português a existência de cooperativas que não exercem uma atividade comercial, industrial ou agrícola, como as cooperativas de solidariedade social, poderia daí concluir-se pela possibilidade de certas cooperativas serem tributadas pelo segundo regime indicado. No entanto, o artigo 3º do CIRC parece indicar num sentido diverso ao dizer que “o IRC incide sobre o lucro das sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, das cooperativas e das empresas públicas e o das demais pessoas coletivas que exerçam, a título principal, uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola.

Embora este aspeto possa, na prática, na maioria dos casos, não ter relevância em termos de tributação efetiva, por via da isenção de IRC atribuída às entidades de solidariedade social, como se verá adiante, não deixa de constituir fonte de incerteza na aplicação da lei, que em alguns casos pode mesmo ter efeitos práticos.

2.2.2. *Cooperativas de objeto empresarial*

Quanto à determinação do rendimento das cooperativas que exerçam atividades de natureza comercial, industrial ou agrícola, a sua base tributável é constituída pelo “lucro”, conceito que aqui se circunscreve, necessariamente, ao sentido e alcance que resultarem do próprio Código do IRC. Com efeito, diz a al. a) do n.º1 do artigo 3º do CIRC que o imposto incide sobre “o lucro das sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, das cooperativas e das empresas públicas e o das demais pessoas coletivas ou entidades (...) que exerçam, a título principal, uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola.”

Não cremos que deva ver-se qualquer antinomia entre este preceito e a disposição do Código Cooperativo que define as cooperativas como entidades sem fins lucrativos¹², pois a própria doutrina comercialista aceita que as cooperativas apenas não têm como fim principal o lucro, mas podem desenvolver atividades com o propósito de obter lucro.¹³

¹² Art. 2º, n.º 1 do CCoop.

¹³ Sobre este aspeto particular afirma D. MEIRA, «Revisitando o problema da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário», ATAS DO II CONGRESSO DE DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA, 2012, 353 (355) que “a qualificação da cooperativa como entidade sem fim lucrativo terá de assentar não na ausência de fim lucrativo, mas na circunstância de que, a título principal, a cooperativa não tem um escopo lucrativo, mas um escopo mutualístico”. Observa a mesma Autora que, “não obstante o legislador cooperativo estabelecer a ausência de fim lucrativo na cooperativa (...), a verdade é que o lucro está nela presente, ainda que moderadamente. Pense-se na remuneração dos títulos de capital prevista no art. 73º, n.º 3 do CCoop, a qual se apresenta como um rendimento de capital, ou

O ponto de eventual conflito entre a disciplina fiscal e o direito cooperativo substantivo não estará, assim, nesta primeira definição da base tributável das cooperativas mas, eventualmente, no que a lei determinar que seja incluído no lucro.

Sobre esta questão, o artigo 17º do CIRC estipula que o lucro tributável – de todas as entidades residentes de natureza empresarial, incluindo as cooperativas – “é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do período e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não refletidas naquele resultado, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos deste código.” Como é bem sabido, esta complicada fórmula significa que, para determinar o lucro tributável das entidades residentes empresariais, o legislador toma por base o resultado líquido contabilístico exposto nas demonstrações financeiras aprovadas para efeitos do direito comercial, soma ou deduz alguns acréscimos ou decréscimos registados no valor do património que, eventualmente, tenham sido diretamente refletidos nas contas de capital, sem reflexo nos resultados e, por fim, sujeita ainda esse resultado e essas variações patrimoniais, retirados das demonstrações financeiras da entidade, a um processo de confronto com as normas fiscais sobre mensuração financeira para efeitos fiscais, do qual podem resultar alterações sobre os valores retirados das mesmas demonstrações financeiras (ajustamentos extracontabilísticos)¹⁴.

O legislador acrescenta, porém, no n.º 2 do artigo 17º, do CIRC que “os excedentes das cooperativas consideram-se como resultado do exercício”. Esta disposição legal é algo ambígua, tendo já suscitado críticas por parte da doutrina.¹⁵ Dizemos que é algo ambígua porque não resulta claro que o legislador pretenda, com esta formulação, identificar ou fazer coincidir “excedentes cooperativos” com os resultados da cooperativa. Em nossa opinião, o legislador pode também querer dizer que o que quer que seja considerado, na contabilidade da cooperativa, como excedentes, é integrado no resultado líquido da mesma. Por outras palavras, nos termos do n.º 2 do artigo 17º do CIRC, o resultado líquido da cooperativa terá de refletir e incorporar o que quer que tenha sido relevado contabilisticamente como excedente.

Outra questão, mais complexa, a propósito desta disposição legal, é a que diz respeito ao acerto da própria opção de integração dos excedentes no resultado líquido das cooperativas. Sobre esta questão, a ideia que defendemos é a de que os excedentes das cooperativas são, por natureza - e não por opção legislativa - parte

nos benefícios resultantes das operações com terceiros, que são autênticos benefícios resultantes de uma atividade lucrativa, pois estamos perante vantagens económicas obtidas no mercado, à custa de terceiros, fora do universo dos cooperadores”.

¹⁴ N. AGUIAR, «Lucro tributável e contabilidade na jurisprudência dos tribunais tributários superiores», *REVISTA FISCAL* 2 (2008), 7 (11).

¹⁵ D. MEIRA, «Revisitando...», *cit.*, p. 354.

do resultado líquido das cooperativas. Com efeito, sendo o excedente necessariamente gerado nas operações ativas da cooperativa, ele é uma fração do preço cobrado pela cooperativa na venda de bens ou na prestação de serviços e, nesse sentido, corresponde a uma fração dos réditos da cooperativa (componente positiva do seu rendimento). Sendo o rendimento o acréscimo líquido de património ao longo de um determinado período, se numa dada cooperativa se verifica esse acréscimo no valor do património, os excedentes são, por definição, uma parte desse acréscimo e, portanto, do rendimento. Só assim não seria se os excedentes, juridicamente, não pudessem considerar-se como um valor integrante do património da cooperativa. Isto, por sua vez, só aconteceria se, no próprio momento em que se formassem os excedentes, nascesse, automaticamente, um direito subjetivo dos membros ao retorno do excedente, ao mesmo tempo que um passivo correspondente apareceria no balanço da cooperativa¹⁶. Mas não é assim, ou pelo menos não entende assim a doutrina comercialista¹⁷. A este respeito, Deolinda Meira afirma que “tal como no direito societário (...), também no direito cooperativo terá de se defender que a inclusão, entre os direitos do cooperador, do direito ao retorno cooperativo (art.º 73º, n.º 1 do CCoop) não supõe o reconhecimento, a favor do cooperador, de um direito (concreto) a exigir a aplicação de parte dos excedentes disponíveis como retorno”. Tal como o valor dos lucros das sociedades comerciais, antes de aprovada a sua distribuição, integra na sua totalidade o património da sociedade, também o valor dos excedentes, antes de aprovada a sua devolução pela assembleia cooperativa, faz parte do património da cooperativa¹⁸. E tomando o Código do IRC, como base conceptual para o apuramento do rendimento, o conceito de rendimento-acréscimo¹⁹, a própria existência de excedentes significa que a vantagem mutualista a que o cooperador renunciou provisoriamente²⁰ se

¹⁶ D. ISH, *The taxation of Canadian co-operatives*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1975, p. 45, considerando o problema de dever ou não ser submetido a tributação o rendimento das cooperativas canadianas, coloca a questão nos seguintes termos: “se o final de um determinado período fiscal a cooperativa possui mais do que possuía no início do período, coloca-se a questão da tributação desse acréscimo. Porém, se for possível demonstrar que o acréscimo não pertence à cooperativa, isto é, que a cooperativa detém direitos de propriedade sobre esse acréscimo nem tem direito ao acréscimo, então poder-se-á sustentar que a cooperativa não poderá ser tributada”. É importante referir que no direito canadiano existe uma espécie de cooperativas cuja relação com os membros é configurada como uma relação de agência, em que a cooperativa não tem, efetivamente, direito sobre os acréscimos patrimoniais (rendimentos) gerados pela sua atividade (D. ISH, *op. cit.*, p. 45).

¹⁷ D. MEIRA, *Revisitando...*, *cit.*, p. 363.

¹⁸ No mesmo sentido, D. ISH, *op. cit.*, p. 45.

¹⁹ O n.º 2 do art. 3º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas dispõe que “o lucro consiste na diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação, com as correções estabelecidas neste Código”.

²⁰ Sobre o conceito vd. D. MEIRA, «O regime jurídico do excedente cooperativo. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de outubro de 2002», *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, 3, Ano 2 (2013), 2103 (2107).

incorporou no rendimento da cooperativa, entrando por tanto no cômputo, como componente positivo, do seu resultado contabilístico.

Problemática diferente desta é a da efetiva tributação desses resultados que são originados sob a forma de excedentes (porque assim o ditam os termos da relação jurídica existente entre os membros e a cooperativa). Com efeito, a integração dos excedentes no resultado líquido da cooperativa, no contexto concreto do IRC português, não implica a sua sujeição a tributação, tendo em conta o mecanismo, já descrito, de determinação da matéria coletável a partir do resultado líquido, em que este forma apenas um ponto de partida para chegar à matéria coletável. Da mesma forma que a este resultado líquido – ao qual se refere o artigo 17º do CIRC – se deduz o próprio IRC estimado – o qual, tecnicamente, não pode incluir-se no lucro a tributar, poderia o legislador, se entendesse que os excedentes, embora entrando no resultados da cooperativa, são uma componente desse resultado que não devesse ser tributada, excluí-lo através de uma correção extracontabilística²¹.

A solução adotada no direito português não é, porém, esta, sendo o problema da tributação dos rendimentos da cooperativa tratado no plano da isenção subjetiva das próprias cooperativas. No direito fiscal português atual, as cooperativas são consideradas sujeitos passivos do IRC, significando com isto que estas entidades são trazidas pelo legislador para o campo de incidência subjetiva do imposto – solução, a nosso ver, adequada – mas o legislador estabelece em seguida para as cooperativas uma série de isenções subjetivas, ie., em razão da qualidade dos sujeitos passivos em causa e de algumas características ou condições requeridas aos mesmos sujeitos passivos.

Ao contrário do que acontece noutros ordenamentos jurídicos, portanto, como o espanhol²² ou o italiano²³, em que o regime fiscal das cooperativas prevê casos de dedução de certos rendimentos ou de outras deduções à matéria coletável, o regime fiscal cooperativo português assenta num regime de isenção das próprias cooperativas, em função do cumprimento de determinados requisitos subjetivos, ie, respeitantes à própria cooperativa, e que é completado com a exclusão de certos rendimentos do âmbito da isenção, como a seguir se descreverá.

²¹ Esta é a solução que existe, por exemplo, nos EUA (D. FREDERICK, *Income tax treatment of cooperatives: background*, Cooperative Information Report 44, Part 1, United States Department of Agriculture, Rural Business and Cooperative Development Service, Washington D.C., 2005, p. 28).

²² Para uma panorâmica do regime fiscal das cooperativas em Espanha, pode ver-se M. MONTERO e F. CASANA, *Regímenes fiscales de las cooperativas*, in J. PEINADO (dir.) e T. VÁZQUEZ, Trinidad (coord.), *Tratado de Derecho de Cooperativas*, II, Valência, Tirant lo Blanch, 2013, 1075; e também S. ARANA *Régimen Fiscal de las Cooperativas*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2012.

²³ Para uma panorâmica do regime fiscal das cooperativas em Itália, pode consultar-se A. DILI, *L'Ires nelle società cooperative. Mutualità, ristori, agevolazioni*, Milão, Giuffrè Editore, 2007; e também A. VISCONTI, «Il regime fiscale delle società cooperative: una ricognizione sistematica», *Innovazione e Diritto* 4 (2010), 105.

Este regime – que se encontra fundamentalmente estabelecido no artigo 66º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais – assenta numa divisão em dois grandes grupos de ramos cooperativos, que são, por um lado, as cooperativas agrícolas, culturais, de consumo, de habitação e construção e de solidariedade social e, por outro lado, as cooperativas de comercialização, de crédito, de produção operária, de artesanato, de pescas, de ensino e de serviços.

2.3. Cooperativas agrícolas, culturais, de consumo, de habitação e construção e de solidariedade social

2.3.1. Enunciado geral

Dispõe o n.º do 1 do artigo 66º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais que estão isentas de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas as cooperativas agrícolas, culturais, de consumo, de habitação e construção e ainda as de solidariedade social.

Quanto a este primeiro grupo de isenções – pois a lei prevê isenções de IRC para outros ramos cooperativos, com um regime um pouco diferente – dever-se-á começar por observar que se encontram previstas no CIRC isenções tanto para as entidades, independentemente da sua forma jurídica, que tenham como objeto principal o exercício de atividades culturais, como para as entidades, também independentemente da sua forma jurídica, que desenvolvam fins de solidariedade social. Daqui pode resultar, portanto, uma sobreposição de regimes fiscais favoráveis, quer no caso das cooperativas culturais, quer no caso das cooperativas de solidariedade social.

A questão é tanto mais relevante quanto as isenções em causa não são totalmente idênticas. Por exemplo, tratando-se de uma associação que tenha por objeto o exercício de atividades de solidariedade social, ela não ficará imediatamente isenta após a sua constituição. Necessitará, primeiramente, de obter o estatuto de utilidade pública e ainda, posteriormente, um reconhecimento individual da isenção de IRC²⁴. O mesmo é válido para uma associação ou uma fundação que tenham, como objeto estatutário, atividades culturais. Ao invés, tratando-se de uma cooperativa, estas limitações de caráter administrativo não existem. A isenção é de atribuição automática, baseada no objeto estatutário da cooperativa.

Por outro lado, a isenção de IRC de que aqui se trata não abrange a totalidade dos rendimentos das cooperativas destes setores. Em primeiro lugar, não beneficiam de qualquer isenção de IRC os resultados provenientes de operações com terceiros. Em segundo lugar, também não gozam da isenção mencionada os

²⁴ Este reconhecimento é realizado através de despacho do Ministério das Finanças do Governo da República Portuguesa.

resultados provenientes de atividades “alheias aos fins próprios” da cooperativa. E finalmente, ficam ainda de fora do âmbito da isenção os rendimentos sujeitos a IRC por retenção na fonte. Ora, no caso da isenção, prevista no artigo 10º do IRC, reconhecida às entidades que se dediquem a atividades culturais ou de solidariedade social, estas limitações são menos rígidas. Os rendimentos sujeitos a retenção na fonte não estão excluídos da isenção, não existe qualquer diferenciação entre operações com terceiros e associados e a amplitude da isenção quanto ao objeto é também maior.

Em conclusão, quanto a este primeiro ponto, as cooperativas culturais e de solidariedade social, desde que detentoras de estatuto de utilidade pública, têm à sua disposição dois regimes fiscais favoráveis distintos, o das cooperativas e o das pessoas coletivas de utilidade pública, cabendo-lhes optar pelo que resultar mais vantajoso.

2.3.2. Rendimentos sujeitos a retenção na fonte de IRC

Analisando o âmbito da isenção prevista no n.º 1 do artigo 66º-A do EBF, diz-se aí que não beneficiam de isenção os rendimentos sujeitos a IRC por retenção na fonte. A longa lista de rendimentos sujeitos a IRC por retenção na fonte inclui²⁵:

-“Rendimentos provenientes de propriedade intelectual ou industrial e da prestação de informações respeitantes a uma experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico”;

-“Rendimentos derivados do uso ou da concessão do uso de equipamento”;

-“Rendimentos de aplicação de capitais, não abrangidos nas alíneas anteriores e rendimentos prediais (tal como são definidos para efeitos de IRS), quando o seu devedor seja sujeito passivo de IRC ou quando os mesmos constituam encargo relativamente à atividade empresarial ou profissional de sujeitos passivos de IRS que possuam ou devam possuir contabilidade;

-“Remunerações auferidas na qualidade de membro de órgãos estatutários de pessoas coletivas e outras entidades”;

-“Prémios de jogo, lotarias e rifas e apostas mútuas, bem como importâncias ou prémios atribuídos em quaisquer sorteios ou concursos”;

-“Rendimentos provenientes de intermediação na celebração de quaisquer contratos e rendimentos de quaisquer outras prestações de serviços realizados ou utilizados em território português, com exceção dos relativos a transportes, comunicações e atividades financeiras.

²⁵ Art. 94º do Código do IRC (DL 442-A/88, de 30 de novembro, republicado pela L. 2/2014, de 16 de janeiro.

É sabido que o mecanismo de retenção na fonte em IRC, como noutros impostos, tem na sua origem o objetivo de tornar mais eficaz a cobrança do imposto, sendo ao mesmo tempo uma medida de combate à evasão fiscal. Para a generalidade das entidades sujeitas a retenção na fonte, esta tem natureza de pagamento por conta do imposto definitivo o que, no caso de entidades isentas, implicaria sempre a sua devolução. Não é este, porém, o caso das cooperativas, já que, quanto a estas, a lei estabelece que tais rendimentos não estão isentos. A questão que de imediato se coloca, em face do que acaba de ser dito, é a de saber em que medida esta exclusão do âmbito da isenção será ditada por razões de eficiência na administração do imposto e poderá afetar, nesse caso, a coerência do regime fiscal das cooperativas.

Ora, na sua maioria, os rendimentos sujeitos a retenção na fonte são rendimentos alheios ao escopo cooperativo ou mutualista, o que torna a sua exclusão do âmbito da tributação coerente com o princípio, anteriormente aludido, de que o desagravamento fiscal das cooperativas deve apenas beneficiar os rendimentos gerados através de atividades diretamente relacionadas com esse escopo mutualístico.

Parecem-nos ser claramente alheios ao escopo mutualístico, no sentido de que não estão diretamente relacionados com a atividade e os fins da cooperativa, desde logo, os rendimentos provenientes de propriedade intelectual ou industrial e da prestação de informações respeitantes a uma experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico” (estaremos aqui perante a chamada transferência de “know-how”), bem como os rendimentos derivados do uso ou da concessão do uso de equipamento.²⁶ Em todas estas situações estamos perante rendimentos de capital e não perante rendimentos provenientes da atividade estatutária da cooperativa. O mesmo é de concluir quanto aos rendimentos de aplicação de capitais, referidos na al. c), ou dos “prémios de jogo, lotarias e rifas e apostas mútuas, bem como importâncias ou prémios atribuídos em quaisquer sorteios ou concursos”, referidos na al. e).

Já quanto aos rendimentos prediais, pensamos que a aplicação desta norma às cooperativas, excluindo da isenção de IRC todo e qualquer rendimento predial quando o mesmo constitua encargo empresarial ou profissional do devedor, po-

²⁶ Os dois preceitos, das alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 94º do CIRC, têm como fonte o art. 12º da Convenção Modelo sobre Dupla Tributação da OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico), pelo que os conceitos utilizados na norma portuguesa, apesar de o serem num contexto diferente, devem ser interpretados com o mesmo sentido que ali têm, sob pena de não ser possível determinar o seu significado. A referência que aí se faz aos “rendimentos derivados do uso ou da concessão do uso de equipamento” está relacionada com a própria evolução do preceito sobre transferência de propriedade industrial e de “know-how” e tem que ver com o facto de esta transferência se fazer acompanhar, frequentemente, de uma cessão de uso de equipamentos (N. AGUIAR, «Tributação de Royalties na Convenção sobre Dupla Tributação Brasil-Portugal», *Revista Tributária das Américas*, 5 (2012), 379 (393).

derá constituir uma dificuldade relativamente a alguns ramos cooperativos como, por exemplo, as cooperativas agrícolas, cujos cooperadores são pessoas que levam a cabo uma atividade empresarial.

Quanto às remunerações auferidas na qualidade de membro de órgãos estatutários de pessoas coletivas, cremos que, ainda de acordo com o princípio expresso, elas não estão também diretamente ligadas ao escopo mutualista. Ainda que a cooperativa, ocupando um cargo de membro de uma outra cooperativa ou outra pessoa coletiva, vise a satisfação de uma sua necessidade, a vantagem mutualista que lhe advém dessa situação residirá precisamente na satisfação dessa necessidade, e não numa remuneração pelo exercício do cargo. Esta remuneração, na nossa perspetiva, já não estará relacionada com o escopo mutualista.

Quanto aos “rendimentos provenientes de intermediação na celebração de quaisquer contratos” e os “rendimentos de quaisquer outras prestações de serviços realizados ou utilizados em território português”, a sua exclusão do âmbito da isenção poderia levantar mais sérias dificuldades, nomeadamente quanto à coerência do regime fiscal cooperativo. Cremos, no entanto, que estes rendimentos não devem considerar-se excluídos do âmbito da isenção, tendo por base o disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 97º do CIRC, segundo o qual “não existe obrigação de efetuar a retenção na fonte” quanto aos “rendimentos referidos nas alíneas (...) e g) do n.º 1 do artigo 94º”.

2.3.3. Rendimentos provenientes de operações com terceiros e de atividades “alheias aos fins próprios” das cooperativas

Retornando ao artigo 66º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais, também não beneficiam da isenção, como vimos, quer os resultados provenientes de operações com terceiros, quer os resultados provenientes de atividades “alheias aos fins próprios” da cooperativa²⁷.

O facto de a isenção não abranger os resultados provenientes de operações com terceiros implica que, na sua contabilidade, as cooperativas devem separar as operações que realizam com cooperadores e as operações que realizam com

²⁷ Pode ser interessante, numa perspetiva de direito comparado, contrastar esta disposição com o art. 17º da L. 20/1990, que estabelece o regime fiscal cooperativo em Espanha e que define o que deve entender-se por “rendimentos cooperativos”. Embora esta análise de direito comparado não caiba no objeto deste estudo, chama-se a atenção para uma diferença fundamental com a lei portuguesa: enquanto a lei espanhola se centra no conceito de rendimentos cooperativizados – sendo estes os que recebem um tratamento fiscal favorável – tanto os rendimentos provenientes de operações compreendidas no objeto social da cooperativa, realizadas com os próprios membros, como os rendimentos não provenientes do direto exercício do objeto social, mas que têm uma relação instrumental em relação ao desenvolvimento do objeto da cooperativa, a lei portuguesa centra-se em dois conceitos que são os de “operações com terceiros” e “atividades alheias aos fins da cooperativa”. Sobre este tema, no direito espanhol, S. ARANA, *Régimen...*, cit., pp. 95-99.

terceiros²⁸. A razão de ser da exclusão das operações com terceiros do âmbito da isenção coincide exatamente com a que levou o legislador a vedar a distribuição aos cooperadores dos rendimentos provenientes da mesma categoria de operações. Ao contrário dos excedentes cooperativos, que são gerados nas operações com cooperadores²⁹, os resultados originados em operações com terceiros não têm natureza mutualista, não são “o resultado de uma renúncia tácita dos cooperadores a vantagens cooperativas imediatas”.

Delimitar o âmbito da isenção implica, pois, demarcar o conceito de “operações com terceiros”. Começamos por observar que o conceito é utilizado no próprio direito substantivo³⁰, sem que aí seja delimitado. No entanto, a doutrina comercialista define o conceito de “terceiros” como abrangendo todos aqueles que, não sendo cooperadores, mantêm com a cooperativa relações que se enquadram no seu *objeto principal*³¹. Sendo assim, aqueles sujeitos que, não sendo cooperadores, estabelecem com a cooperativa relações não compreendidas no seu objeto principal, terão de ser designados apenas como “não-associados”. E as relações estabelecidas nesses termos serão designadas operações com “não-associados” estranhas ao objeto principal.

Será que a norma fiscal de isenção utiliza o termo “terceiros” em sentido coincidente com o proposto pela doutrina privatística para o direito substantivo? Ou, pelo contrário, para a norma fiscal, “terceiros” são todos aqueles que não são associados? Em princípio, por força do artigo 11º, nº 2 da Lei Geral Tributária³², os conceitos utilizados nas normas fiscais devem ser interpretados com o sentido que os mesmos têm no direito substantivo de onde provêm, pelo que o conceito de “terceiros” usado na norma citada deveria, por princípio, ser interpretado com o sentido que tem no direito cooperativo. Mas aquele mesmo preceito ressalva as situações em que outro sentido decorra diretamente da própria norma de direito fiscal”. Há, pois, que indagar se, neste caso, decorre diretamente da norma fiscal um sentido diferente daquele que é proposto pelo direito comercial.

Convém analisar a questão conjuntamente com uma outra questão terminológica que é a do significado dos termos “objeto principal” e “fins próprios da cooperativa”. Vimos que, para a doutrina privatística, “operações com terceiros” são operações realizadas entre a cooperativa e “não-associados”, dentro da atividade

²⁸ D. MEIRA, «As Operações com Terceiros no Direito Cooperativo Português», in *Deolinda Meira (coord.), Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Lisboa, INCM – Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 105.

²⁹ D. MEIRA, «As Operações...», *cit.*, p. 104.

³⁰ Art. 2º, n.º 2 do Ccoop.

³¹ R. NAMORADO, *Cooperatividade e direito cooperativo. Estudos e pareceres*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 184-185.

³² DL n.º 398/98, de 17 de dezembro.

que constitui o objeto principal da cooperativa. A norma de isenção fiscal, por seu turno, retira do âmbito da isenção os rendimentos das operações efetuadas pela cooperativa com “terceiros” e os rendimentos provenientes de atividades alheias aos “próprios fins” da cooperativa.

Ora, as expressões “objeto principal” e “fins próprios” da cooperativa não são expressões às quais possa ser atribuído o mesmo significado. Por objeto de uma entidade entende-se a atividade que essa entidade deve desenvolver por força dos seus estatutos. A alusão a um “objeto principal” significa apenas que a cooperativa pode ter uma atividade principal, que define o ramo a que a cooperativa pertence, e uma ou mais atividades que estejam previstas explícita ou implicitamente nos estatutos e que devam ser desenvolvidas de modo secundário, ie, em subordinação à atividade principal. Já a expressão “fim”, quando se refere a uma pessoa coletiva, não pode ser confundida com “objeto”.³³ No caso das sociedades, o seu fim é o lucro³⁴, podendo as sociedades ter os objetos mais variados. No caso das cooperativas, que não têm fins lucrativos, o seu fim é “a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais” dos seus membros.³⁵ Dito de outra forma, o seu fim é mutualístico. E tal como as sociedades, para atingir o fim lucrativo, podem, por vezes, realizar operações que não estão diretamente compreendidas no seu objeto, também as cooperativas, para atingir os fins mutualísticos, podem realizar operações alheias ao seu objeto. Por exemplo se uma cooperativa agrícola realiza aplicações financeiras de modo a rentabilizar as suas reservas, tais operações não se compreendem no objeto da cooperativa mas estão ainda de acordo com os seus fins, ao contribuírem para fortalecer financeiramente a cooperativa.

Sendo assim, a noção de “fins próprios da cooperativa”, também utilizada para delimitar negativamente o âmbito da isenção, tem de ser entendida como sendo mais abrangente do que a noção de “objeto principal” da cooperativa, que é o conceito utilizado pela doutrina comercialista para definir o conceito de “operações com terceiros”. Se a cooperativa praticar com um “não-associado” uma operação que, embora não compreendida no seu objeto principal, ainda assim se compreenda num objeto secundário (e nos estatutos das cooperativas estabelecem-se por vezes vários objetos secundários com uma grande amplitude) ou que não seja alheio aos fins da cooperativa, tais operações não serão, para o direito comercial, “operações com terceiros”. Mas em contrapartida, também não serão, para o direito fiscal, rendimentos provenientes de “atividades alheias aos próprios fins”. Para o direito comercial, esses resultados não serão excedentes cooperativos no sentido próprio do termo, pois não resultam de operações com cooperadores, mas

³³ J. ABREU, *Curso de direito comercial*, Vol. II, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 8 e 15.

³⁴ Art. 980º do Código Civil. J. ABREU, *Curso...*, cit., p. 15.

³⁵ Art. 2º, n.º 1 do Ccoop.

também não serão resultados de “operações com terceiros” – uma vez que não se enquadram no objeto principal da cooperativa. Serão resultados ou rendimentos “extracooperativos”.

Quanto à norma de isenção fiscal, retomando a situação anterior, se a expressão “operações com terceiros” fosse interpretada com o mesmo sentido com que é definida no direito comercial, tais rendimentos não ficariam excluídos da isenção por serem provenientes de operações com terceiros, e também não ficariam excluídos por serem provenientes de atividades alheias aos “próprios fins” da cooperativa, porque efetivamente não o são. Haveria assim que concluir que ficariam excluídos da isenção de IRC os rendimentos provenientes de operações com não-associados conexas com o objeto principal da cooperativa, mas ficariam, pelo contrário, isentas, as operações com não-associados não conexas com o objeto principal da cooperativa, desde que compreendidas num objeto secundário ou, mesmo, não compreendidas de todo no objeto da cooperativa mas não alheias aos “próprios fins” da cooperativa.

Um caso decidido recentemente pelo Supremo Tribunal Administrativo português ilustra bem esta situação e a relevância prática da questão³⁶. Tratava-se no caso de uma cooperativa de produção de vinhos que, encontrando-se em situação de grave endividamento, alienou uma parte do seu património imobiliário a um não-cooperador. Tendo a administração tributária liquidado IRC sobre o resultado dessa operação, a cooperativa sujeito passivo veio objetar que a venda de um imóvel para pagar uma dívida bancária que punha em risco a solvabilidade da cooperativa não podia ser considerada uma operação “alheia aos fins da cooperativa”. Pelo contrário, a operação visava tornar possível à cooperativa continuar a prosseguir os seus fins mutualísticos. O tribunal, não podendo negar a validade do argumento, decidiu que o resultado da operação em causa era tributável porque esta tinha sido praticada com um “terceiro”. Ora, a operação em causa não caberia no conceito de “operação com terceiro” de acordo com a doutrina privatística exposta, por não se conter no objeto principal da cooperativa. Mas o tribunal não terá sido insensível ao resultado que adviria de adotar no contexto da norma fiscal um tal conceito, preferindo assim afastar-se do sentido que a expressão “operação com terceiros” tem no direito substantivo.

Mas é claro que esta única decisão judicial, em confronto com o preceituado no artigo 11º, n.º 2 da LGT, não é suficiente para concluir que a norma fiscal não utiliza o termo “operações com terceiros” no sentido que o termo tem no direito substantivo. Certo é, sim, que este é que este seria o único sentido que colocaria fora do âmbito da isenção todos os rendimentos realizados através de operações da cooperativa com não-associados, atendendo ao conceito privatístico de “operações com terceiros” e à necessidade de interpretar as normas fiscais em

³⁶ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 04-12-2013, Processo n.º 1214/12.

conformidade com o direito substantivo. Em nossa opinião, haveria vantagem em substituir, por uma questão de segurança jurídica, no artigo 66º-A, n.º 1 do EBF, a expressão “terceiros” por “não-associados” ou “entidades que não sejam sócias da cooperativa”.

2.4. Cooperativas de comercialização, crédito, produção operária, artesanato, pesca, ensino e serviços

Quanto ao segundo grupo de ramos cooperativos³⁷ que a noma fiscal prevê - comercialização, crédito, produção operária, artesanato, pescas e serviços - as cooperativas que neles operam também gozarão de uma total isenção de IRC se cumprirem, cumulativamente, duas condições: i) que 75% dos seus trabalhadores sejam membros da cooperativa; ii) e que 75% dos membros da cooperativa nela prestem serviço efetivo³⁸.

Uma vez que, para este segundo grupo de cooperativas, a divisão entre “operações com terceiros” e operações com cooperadores não assegura, na perspetiva do legislador fiscal, o objetivo de limitar a possibilidade de usufruir de benefícios fiscais às transações cooperativas, o legislador fiscal português recorreu, neste caso, embora sem se referir a ele, ao conceito de cooperativa prevalentemente mutualista, usado no direito italiano.³⁹ A elevada proporção, recíproca, entre trabalhadores e cooperadores atesta que se tratará, nos casos em que tais critérios forem cumpridos, de uma cooperativa de mutualidade prevalente.

Repare-se que é significativa a diferença de regime entre os dois grupos de cooperativas. As cooperativas deste segundo grupo, uma vez verificadas as condições referidas, ficarão isentas de IRC quanto a todos os rendimentos, independentemente do tipo de atividade ou do tipo de operações – cooperativas ou extracooperativas – que lhes deem origem. Tendo em conta que as condições referidas são relativamente fáceis de preencher, ao menos por parte de algumas cooperativas, há que concluir que este segundo regime de isenção é francamente mais generoso que o anterior.

A fim de enquadrar esta diferenciação de regimes, pode ser interessante remontar à origem destas normas, sugerindo desde já a hipótese de que o legislador tenha simplesmente optado por não alterar substancialmente um esquema normativo originário de um passado já remoto. Já em 1922 estavam isentas de imposto

³⁷ De acordo com o art. 4º do Código Cooperativo (L. nº 51/96 de 7 de Setembro), são os seguintes os ramos cooperativos: Consumo, comercialização, agrícola, crédito, habitação e construção, produção operária, artesanato, pescas, cultura, serviços, ensino e solidariedade social.

³⁸ Art. 66º-A, n.º 2 do EBF.

³⁹ A definição de mutualidade prevalente, no direito italiano, consta do art. 2512 do Código Civil italiano. Porém, como observa A. DILI, *L'Ires ... cit.*, p. 132, a relevância da distinção entre cooperativas de mutualidade prevalente e cooperativas de mutualidade não prevalente reside principalmente no regime fiscal das cooperativas.

sobre transações as vendas das cooperativas de produção e de consumo,⁴⁰ quando não distribuíssem ao capital “dividendo superior à taxa legal”⁴¹. Neste período (1922-1929), as cooperativas de produção e de consumo eram as únicas cooperativas protegidas fiscalmente⁴², o que não pode deixar de estar associado à função social que estas cooperativas desempenhavam na minoração dos problemas de pobreza no contexto de classes sociais operárias.⁴³ Nesta lei, ainda não se estabelecia qualquer diferenciação baseada no conceito de “operações com associados”. É em 1929 que esta restrição é pela primeira vez introduzida. Na Lei de Reforma Tributária desse ano, as cooperativas de produção e de consumo passaram a estar isentas de Contribuição Industrial⁴⁴ (imposto sobre o rendimento empresarial) “quanto às suas operações com os respetivos associados”⁴⁵. Os tribunais fariam uma interpretação restritiva deste preceito, declarando que estavam isentas de Contribuição Industrial as cooperativas de consumo e de produção “negociando exclusivamente com os seus associados”.⁴⁶

Tendo a Contribuição Industrial sido amplamente reformada em 1963⁴⁷, ficaram então isentas do imposto⁴⁸, mais uma vez, entre outras, as cooperativas operárias de produção e as cooperativas de consumo. Quanto às primeiras, ficavam

⁴⁰ Art. 3º n.º 9 da L. n.º 1368 de 21 de setembro de 1922, o qual dispunha: “Art.º 3 – São isentos do pagamento deste imposto: (...) 9º - As vendas das cooperativas de produção e consumo aos seus membros, quando não distribuam ao capital dividendo superior ao juro legal, não se compreendendo neste dividendo os bónus de consumo que sejam distribuídos aos membros”.

⁴¹ Note-se o paralelismo com a legislação fiscal italiana, concretamente com o art. 26 do Decreto Legislativo do Chefe Provisório do Estado n.º 1557, de 14 de Dezembro de 1947 (“L. Basevi”), que fixava as condições em que se devia considerar presente numa cooperativa, para efeitos fiscais, o caráter mutualista. E também com o direito norte-americano, em que o Revenue Tax Act de 1926 estabelecia que as cooperativas estão isentas de imposto (fundamentalmente as cooperativas ligadas à atividade agrícola, fosse como cooperativas de venda fosse como cooperativas de compras), perderiam a isenção caso distribuíssem dividendos superiores a 8% (R. MAGILL, «The exemption of cooperatives from income taxation», MONTANA LAW REVIEW, Vol. I, 2 (1960), 155 (156).

⁴² De notar que o Ccom de 1888, no seu art. 223º, isentava de “imposto de selo e de qualquer outra contribuição sobre os lucros que realizarem”, todas as cooperativas, sem dependência de quaisquer condições. No entanto, o mesmo Código Comercial impunha a todas as cooperativas o cumprimento de uma série de requisitos quanto à sua organização e funcionamento, pelo que se poderá pressupor que o não cumprimento de tais requisitos levaria à perda do próprio estatuto de cooperativa e, por consequência, do regime fiscal correspondente. Este art. 223º do Ccom de 1888 terá ficado revogado pela L. n.º 1368 de 21 de setembro de 1922.

⁴³ Aprovada pelo Decreto n.º 16731, de 13 de abril de 1929.

⁴⁴ Decreto n.º 16731, de 13 de abril de 1929.

⁴⁵ Art. 29º, parágrafo 4º, o qual dispunha: “Art.º 29º - São isentos desta contribuição: (...) 4º As caixas económicas, as cooperativas de consumo e de produção e os sindicatos agrícolas quanto às suas operações com os respetivos associados”.

⁴⁶ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28-7-1965, Proc. n.º 15252.

⁴⁷ Esta reforma foi levada a cabo pelo DL n.º 45103, de 1 de Julho de 1963.

⁴⁸ Art. 14º do Código da Contribuição Industrial de 1963.

isentas, apenas, quando fossem membros três quartos, pelo menos, do número dos seus trabalhadores e nenhum comparticipasse em mais de 10 por cento no capital da empresa. Quanto às cooperativas de consumo, estabelecia-se que ficavam isentas apenas aquelas que negociassem exclusivamente com os seus associados, transpondo para a lei a conceção jurisprudencial, mas limitando-a às cooperativas de consumo. Sendo as cooperativas de consumo, segundo a ideologia da época, um instrumento de minimização da pobreza, baseado na entreajuda, não se concebia ainda que as cooperativas pudessem competir num mercado concorrencial (que, de resto, era muito limitado em Portugal à data). Além destas duas espécies de cooperativas, a Contribuição Industrial de 1963 já isentava do imposto outras categorias de cooperativas: as cooperativas de construção, relativamente a metade dos seus lucros tributáveis, e quando as mesmas se limitassem a construir prédios para os seus associados ou a emprestar-lhes dinheiro para o mesmo fim; e as cooperativas agrícolas que tivessem como objetivo a compra de matérias ou equipamentos para a lavoura dos seus associados ou a venda das produções destes, quer em natureza, quer depois de transformadas, bem como as que mantivessem instalações, equipamentos ou serviços no interesse comum dos membros; e as cooperativas constituídas para edificação de casas de renda económica. Repare-se que, em relação às cooperativas de construção e às cooperativas agrícolas, não foi sentida na altura a necessidade de estabelecer qualquer limitação relativamente a operações que estas cooperativas efetuassem com terceiros.

Da análise comparativa destas três leis, resulta já com clareza a génese do esquema dualista seguido pelo legislador fiscal até aos dias de hoje. Quanto às cooperativas de consumo, o legislador delimitou o âmbito de aplicação do tratamento fiscal favorável, a partir de 1929, através do conceito de “operações com os associados”. Quanto às cooperativas operárias de produção – para as quais o mesmo critério vigorou até 1963 – a linha divisória entre rendimentos isentos e não isentos passou a situar-se, a partir dessa data, na proporção de trabalhadores (três quartos) que detinham a qualidade de sócio. A razão desta dicotomia de critérios torna-se igualmente evidente. Nas cooperativas de consumo, o escopo mutualista realizava-se fundamentalmente através das operações de venda de bens aos associados. As vendas a não associados eram vistas como geradoras de rendimentos extracooperativos. Já nas cooperativas de produção operária, as transações geradoras de rendimentos – prestações de serviços – eram necessariamente realizadas com não associados, pelo que aquele primeiro critério já não parecia adequado. Neste caso, o legislador fiscal entendeu que o escopo mutualista se realizava através da utilização predominante, por parte da cooperativa, nas suas prestações de serviços, do trabalho dos seus membros.

Nas leis subsequente, esta dicotomia de critérios, utilizados para separar rendimentos cooperativos e extracooperativos, foi estendendo-se a outros ramos coo-

perativos. Já na vigência da Constituição de 1976, a lei de 1980,⁴⁹ que definiu o regime fiscal das cooperativas, isentava de qualquer imposto sobre o rendimento os “excedentes líquidos”⁵⁰ das cooperativas, mas excetuava dessa isenção os “excedentes” das “operações que as cooperativas de comercialização e de consumo realizem com terceiros e, bem assim, os excedentes das cooperativas de produção operária, de serviços e de artesanato, quando não sejam membros três quartos, pelo menos, do número dos seus trabalhadores e que nenhum deles possua mais de 10% do capital social da cooperativa”⁵¹.

Repare-se que, nesta lei, o critério “operações com associados” é substituído pelo critério “operações com terceiros”. Para compreender esta alteração há que referir que na mesma data em que se aprovou o regime fiscal cooperativo de 1980 foi também aprovado o primeiro Código Cooperativo⁵², o qual introduziu a noção de operações com terceiros⁵³. É pois, legítimo assumir que o legislador fiscal pretendeu ajustar a terminologia tributária à usada na lei substantiva. Porém, como é sabido, para o direito comercial o termo “operações com terceiros” não significa operações com não associados⁵⁴, tendo um significado mais restrito.

Observa-se portanto, quanto às cooperativas de consumo e de produção operária, uma total continuidade com o regime da Contribuição Industrial de 1963 e também com a própria lei tributária de 1929. Mas em 1980 o legislador estende o regime fiscal das cooperativas de produção operária a dois outros setores: as cooperativas de artesanato e as cooperativas de serviços. Tal como para as cooperativas de produção operária, não se estabelece qualquer limitação quanto a operações efetuadas pela cooperativa com terceiros, exigindo-se em contrapartida, como traço mutualista da cooperativa, que sejam membros três quartos, pelo menos, do número dos trabalhadores (portanto, que a maioria dos trabalhadores sejam membros) e que nenhum deles possua mais de 10% do capital social da cooperativa. O Código Fiscal de 1998 manteve o mesmo esquema dualista, mas estendeu o regime originário das cooperativas de produção operária a quatro novos setores: as cooperativas de crédito, de comercialização, de pescas e de ensino.

Pode compreender-se, até certo ponto, a extensão do regime efetuada em 1980 e em alguma medida a extensão efetuada em 1998. As cooperativas de produção

⁴⁹ Aprovado pelo DL n.º 456/80, de 9 de outubro.

⁵⁰ Já então o legislador não distinguia o lucro dos excedentes cooperativos, erro que se comunicou ao Ccoop de outubro de 1980.

⁵¹ Art. 2º, números 1 e 2 do DL n.º 456/80 de 9 de outubro.

⁵² DL n.º 454/80, de 9 de outubro.

⁵³ O conceito era utilizado nos art.s 2º e 71º n.º 1 do Ccoop de 1980.

⁵⁴ Ver supra, nota 30.

operária eram cooperativas cujo fator produtivo determinante era o trabalho.⁵⁵ O mutualismo residia na organização cooperativa do fator trabalho, em ordem à produção de bens que, inevitavelmente, deveriam ser vendidos a “não associados”, no mercado. Por essa razão, as sucessivas normas fiscais não impunham limitações relativas a operações com “não associados”, nem teria sentido que o fizessem. Mas em contrapartida, para se assegurar de que só eram beneficiárias da isenção fiscal verdadeiras cooperativas de produção operária, e não empresas de capital formalmente constituídas como cooperativas, exigia-se que a maior parte dos trabalhadores (três quartos) fossem membros, e nenhum sócio fosse titular de mais de 10% do capital da cooperativa.

Ora, tanto as cooperativas de artesanato como as de serviços apresentavam, à partida, estreita semelhança com as cooperativas de produção operária, visto que também elas assentavam, em 1980, na organização do fator trabalho.

A conclusão a que se chega através desta confrontação histórica de fontes é que a dualidade de regimes de isenção que se encontra hoje estabelecida no Estatuto dos Benefícios Fiscais tem a sua raiz numa dicotomia que separa dois grandes grupos de cooperativas: as cooperativas que, idealmente, seguiriam o modelo da cooperativa de produção operária, cooperativas de produção ou de serviços, em que o mutualismo se realiza ao nível da produção e cujo rendimento, por conseguinte, é gerado predominantemente através de operações com não associados; e as cooperativas que, idealmente, seguiriam o modelo da cooperativa de consumo, em que, pelo contrário, o mutualismo reside na organização segundo um modelo mutualista da oferta de bens e serviços aos cooperadores e em que, portanto, o rendimento seria gerado predominantemente através de operações com cooperadores.

No entanto, há que reconhecer que o contexto socioeconómico do cooperativismo português de 1929, de 1963 e até mesmo de 1980 nada tem que ver com o atual. Por um lado, hoje, as cooperativas de serviços podem assentar essencialmente já não na organização do fator trabalho mas em capital. E quanto às cooperativas de ensino, de comercialização e de crédito, dificilmente encontraremos cooperativas cujo substrato mutualista assente primacialmente na organização do fator trabalho. Hoje, a abertura das cooperativas ao mercado alterou radicalmente todo este contexto, o que exige questionar até que ponto o regime fiscal cooperativo vigente se encontra adaptado à realidade cooperativa atual.

⁵⁵ No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 30-11-1988, Processo n.º 569, o Tribunal afirmou que “uma cooperativa operária de produção é aquela em que, predominando o trabalho físico, cria alguma coisa ou transforma coisa já existente “. Naturalmente, o Tribunal veio quase ao mesmo tempo a estender o conceito para as cooperativas em que a produção assentava no trabalho intelectual (v.g. o Acórdão do mesmo Tribunal de 26-04-1989, Processo n.º 5657). O que importa sublinhar, porém, é o conceito de que na cooperativa de produção operária o mutualismo assenta na organização do trabalho como fator de produção.

3 TRIBUTAÇÃO DOS EXCEDENTES E DOS RETORNOS

Estamos agora, feito o reconhecimento do que se encontra expresso no regime fiscal das cooperativas, em condições de tratar a questão central em todos os ordenamentos referente ao regime fiscal cooperativo: como são tratados os excedentes cooperativos e os respetivos retornos.

Em primeiro lugar, há que delimitar os conceitos quer de excedentes, quer de retorno. Segundo a doutrina comercial⁵⁶, o excedente é um resultado positivo registado pela cooperativa nas suas operações com cooperadores⁵⁷. Mas uma vez que o escopo mutualista da cooperativa é o de criar vantagens mutualistas para os cooperadores e não obter rendimentos nas suas operações com estes, aquele resultado positivo deve, em princípio, retornar aos cooperadores. E por isso se diz que o excedente é “o resultado de uma renúncia tácita dos cooperadores a vantagens cooperativas imediatas”, ou que é “um valor provisoriamente pago a mais pelos cooperadores à cooperativa ou pago a menos pela cooperativa aos cooperadores, como contrapartida da participação destes na atividade da cooperativa”.⁵⁸ Desta forma, os excedentes não são lucro, no sentido em que o termo é usado no art.º 980.º do Código Civil.

Como já referimos anteriormente, o Código do IRC, no seu artigo 17º, n.º2 diz expressamente que os excedentes fazem parte do resultado líquido da cooperativa. Como também ficou exposto em ponto anterior, pensamos que o legislador se limita aqui a constatar uma verdade contabilística. Uma vez que a simples formação do excedente não dá origem, automaticamente, a um direito dos cooperadores ao retorno, tem de se concluir que, enquanto não é deliberada a devolução dos excedentes sob a forma de retornos, os correspondentes ativos são parte do património da cooperativa, formando, portanto, rendimento desta.

Em alguns ordenamentos, o legislador opta por subtrair à tributação os excedentes que sejam devolvidos sob a forma de retornos⁵⁹, solução que seria compatível, no caso português, com o n.º 2 do artigo 17º do CIRC. Pode dizer-se que o

⁵⁶ Ver D. MEIRA: «A participação do cooperador na atividade de uma cooperativa agrícola. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17 de abril de 2012», *COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL*, 35 (2012-2013) 315 (322); «A L. de bases da economia social portuguesa: do projeto ao texto final», *CIRIEC-ESPAÑA. REVISTA JURÍDICA*, 24 (2013), 1 (18).

⁵⁷ Embora esta seja a conceção de excedente cooperativo sufragada pela maioria da doutrina, a lei portuguesa não se faz eco de tal conceção, não distinguindo entre excedentes cooperativos e lucro da cooperativa (cfr. art. 73º, n.º 1 do atual Ccoop. aprovada pela L. nº 51/96 de 7 de Setembro, no qual se dispõe: “Os excedentes anuais líquidos, com exceção dos provenientes de operações realizadas com terceiros, que restarem depois do eventual pagamento de juros pelos títulos de capital e das reversões para as diversas reservas, poderão retornar aos cooperadores”).

⁵⁸ D. MEIRA, «A participação...», cit., p. 322.

⁵⁹ É o caso do direito italiano (vd. R. MARCELLO e F. POGGIANI, «La tassazione delle società cooperative alla luce della Manovra di Ferragosto», *IL FISCO*, n.º 39 (2011), 6352 (6353)).

regime fiscal cooperativo português é mais generoso, já que se isenta de imposto todo o rendimento das cooperativas, gerados nas operações com cooperadores, para as cooperativas contempladas no n.º 1 do art.º 66º-A do Estatutos dos Benefícios Fiscais, e todo o rendimento, incluindo o gerado em operações com terceiros, no caso das cooperativas abrangidas pelo regime do n.º 2 do artigo 66º-A do mesmo normativo e isto, em qualquer dos casos, independentemente de tais rendimentos serem ou não devolvidos sob a forma de retornos.

Ficarão, em contrapartida, sujeitos a imposto, os excedentes das cooperativas da segunda categoria mencionada (art.º 66º-A, n.º 2 do EBF), que não cumpram os requisitos aí mencionados, ou seja os excedentes das cooperativas nas quais menos de 75% dos trabalhadores sejam associados, ou em que menos de 75% dos associados sejam trabalhadores.

Quanto à tributação dos retornos, nem a doutrina fiscalista nem os tribunais se têm ocupado desta problemática, talvez devido ao facto de as cooperativas não pagarem retornos com frequência. O tratamento fiscal dos retornos não se encontra expressamente previsto na lei fiscal. Em princípio, os retornos poderão ser considerados rendimentos de trabalho (no caso das cooperativas de produção operária ou outras que funcionem em condições semelhantes), sendo nos restantes casos considerados rendimentos de capitais, a tributar segundo o n.º 1 do artigo 5º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares. Neste último caso, colocar-se-á questão de saber se se aplicará aos retornos o mecanismo de eliminação da dupla tributação económica dos lucros previsto no artigo 40º-A do CIRS. A resposta será, em princípio negativa, visto que os excedentes estão, em princípio, isentos de IRC. Se, pelo contrário, os excedentes não estiverem isentos, porque a cooperativa não cumpre os requisitos do n.º 2 do artigo 66º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais, colocar-se-á então o problema da qualificação dos excedentes cooperativos como lucro. Mas, como começamos por dizer, esta é uma questão sobre a qual não existe uma prática que permita pronunciar-nos sobre ela com segurança. Haverá que esperar que a realidade cooperativa evolua, para que a administração fiscal, os tribunais e a doutrina se ocupem desta questão.

4 CONCLUSÃO

O regime fiscal cooperativo português assenta na consideração das cooperativas como sujeitos passivos de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, sem qualquer especificidade, e num regime de isenções que são concedidas, sob determinadas condições, em função da forma cooperativa. Estas isenções abrangem todos os ramos cooperativos.

O regime de isenção caracteriza-se por assentar sobre uma divisão em dois grandes grupos de ramos cooperativos. Num primeiro grupo incluem-se as cooperativas agrícolas, culturais, de consumo, de habitação e construção e de solidarie-

dade social, enquanto o segundo grupo abrange as cooperativas de comercialização, crédito, produção operária, artesanato, pesca, ensino e serviços. Os regimes de isenção são significativamente diferentes para estes dois grupos de ramos cooperativos. Para o primeiro, a lei não prevê qualquer requisito quanto à prevalência da atividade cooperativizada (“mutualidade prevalente”). Em contrapartida, não beneficiam da isenção os rendimentos gerados em “operações com terceiros” ou em “atividades alheias aos fins próprios das cooperativas”. Para o segundo grupo de cooperativas, ao contrário exige-se que elas tenham uma organização prevalentemente mutualista, em que 75% dos associados sejam trabalhadores da cooperativa e em que 75% dos trabalhadores sejam associados. Verificadas estas condições, todos os rendimentos da cooperativa, incluindo os provenientes de “operações com terceiros” e de atividades alheias aos fins próprios das cooperativas” beneficiarão de total isenção. A razão de ser desta separação não é clara nem se encontra explicada pelo legislador.

Quanto aos conceitos, demarcadores do âmbito da isenção, de “operações com terceiros” e “atividades alheias aos fins próprios da cooperativa”, existe bastante indefinição na sua delimitação. Enquanto para o direito cooperativo, “operações com terceiros” são apenas as operações realizadas com não associados dentro do objeto mutualista, a norma fiscal parece adotar um conceito mais amplo, incluindo nele as operações realizadas com não associados fora do objeto mutualista. Este entendimento, além de ter consagração jurisprudencial, é o que mais se coaduna com a função do conceito como delimitador do âmbito da isenção. Com efeito, não faria sentido que ficassem excluídas da isenção as operações com não associados dentro do objeto mutualista, mas beneficiassem da isenção as operações com não associados alheias ao objeto mutualista. Este entendimento é ainda apoiado pela consideração do elemento histórico. Em 1929, já beneficiavam de isenção apenas as operações realizadas pelas cooperativas com os seus associados, independentemente de se compreenderem ou não no objeto mutualista.

Quanto ao conceito de “atividades alheias aos fins próprios das cooperativas”, ela tem sido interpretada no sentido de atividades não diretamente relacionadas com o objeto social da cooperativa, conceção que levanta também questões dignas de discussão e que não têm merecido atenção. A principal diz respeito à separação entre fins e objeto de uma pessoa coletiva, distinção que não se reflete na interpretação referida, apesar de ter pleno reconhecimento na doutrina civilista. Assim, se a expressão “atividades alheias aos fins próprios das cooperativas”, contida na norma fiscal, for interpretada à luz daquela distinção civilista clássica, haverá que concluir que as operações alheias ao objeto mas subordinadas aos fins da cooperativas, os quais, são, em última análise, a preservação da própria cooperativa como organização mutualista, não devem ser considerados “alheias aos fins próprios da cooperativa”, o que levaria a que tais operações ficassem abrangidas pela isenção.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ABREU, J., *Curso de direito comercial*, Vol. II, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2011.
- AGUIAR, N., “Lucro tributável e contabilidade na jurisprudência dos tribunais tributários superiores”, *REVISTA FISCAL*, 2 (2008), pag.7.
- AGUIAR, N., “Tributação de Royalties na Convenção sobre Dupla Tributação Brasil-Portugal”, *Revista Tributária das Américas*, 5 (2012), pag.379.
- ARANA, S., *Régimen Fiscal de las Cooperativas*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2012.
- DILI, A., *L'Ires nelle società cooperative. Mutualità, ristorni, agevolazioni*, Milão, Giuffrè, 2007.
- FREDERICK, D., *Income tax treatment of cooperatives: background*, Cooperative Information Report 44, Part 1, United States Department of Agriculture, Rural Business and Cooperative Development Service, Washington D.C., 2005.
- ISH, D., *The taxation of Canadian co-operatives*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1975.
- MAGILL, R., “The exemption of cooperatives from income taxation”, *MONTANA LAW REVIEW*, Vol. I, 2 (1960), pag. 155.
- MARCELLO, R., e POGGIANI, F., “La tassazione delle società cooperative alla luce della Manovra di Ferragosto”, *IL FISCO*, 39 (2011), pag.6352.
- MEIRA, D. “As Operações com Terceiros no Direito Cooperativo Português”, in *Deolinda Meira (coord.), Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Lisboa, INCM – Imprensa Nacional Casa da Moeda, (2012).
- MEIRA, D., “A Lei de bases da economia social portuguesa: do projeto ao texto final”, *CIRIEC-ESPAÑA. REVISTA JURÍDICA*, 24 (2013), Pag.1.
- MEIRA, D., “A participação do cooperador na atividade de uma cooperativa agrícola. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17 de abril de 2012”, *COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL*, 35 (2012-2013), Pag.315.
- MEIRA, D., “O regime jurídico do excedente cooperativo. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de outubro de 2002”, *REVISTA DO INSTITUTO DE DIREITO BRASILEIRO*, 3, Ano 2 (2013), 2103.
- MEIRA, D., “Revisitando o problema da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário”, *ATAS DO II CONGRESSO DE DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA*, (2012), Pag. 353.

Jurisprudência

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28-7-1965, Proc. n.º 15252
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 04-12-2013, Processo n.º 1214/12
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 30-11-1988, Processo n.º 569
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26-04-1989, Processo n.º 5657

Abreviaturas

- CIRIEC - Centro Internacional de Investigación e Información de la Economía Social y Cooperativa

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 36 (2014), páxs. 81-110
ISSN: 1130-2682

**UM ROTEIRO PARA A REFORMA DA GOVERNAÇÃO E DO
REGIME ECONÓMICO DAS COOPERATIVAS PORTUGUESAS**

*A ROADMAP FOR THE REFORM OF GOVERNANCE AND
FINANCIAL STRUCTURE OF PORTUGUESE COOPERATIVES*

DEOLINDA APARÍCIO MEIRA¹

MARIA ELISABETE RAMOS²

¹ Professora Adjunta do Instituto Politécnico do Porto/ISCAP/CECEJ. Correio eletrónico: meira@iscap.ipp.pt. Correio postal: Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Rua Jaime Lopes Amorim, 4465-004 S. Mamede de Infesta, Portugal.

² Professora Auxiliar da Faculdade de Economia de Coimbra. Correio eletrónico: mgramos@fe.uc.pt. Correio postal: Faculdade de Economia de Coimbra, Av. Dias da Silva, 165, 3004-512 Coimbra, Portugal.

RESUMO

O presente estudo aborda a governação e o regime económico das cooperativas portuguesas. Em matéria de governação da cooperativa, defendemos a renovação dos modelos de administração e de fiscalização da cooperativa, a admissão, em termos controlados, do voto plural e dos membros investidores, e alterações em matéria de responsabilidade civil da administração e fiscalização. Quanto ao regime económico, propomos a ressystematização das matérias, a construção de novas soluções normativas quanto ao capital social mínimo e às reservas, bem como a clarificação da responsabilidade da cooperativa e dos cooperadores, da realização e do aumento do capital social, da transmissão dos títulos de capital e da distribuição de resultados.

PALAVRAS-CHAVE: governação das cooperativas, administração e fiscalização, responsabilidade dos administradores de cooperativas, capital social, reembolso, reservas, excedentes.

ABSTRACT

This paper deals with the cooperative's governance and the economic regime. In terms of governance, the authors argue for the renewal of the models of management and supervision of the cooperative, for the admission, in a restricted way, of the plural voting and of investor members, and for some changes on the liability for managing and supervising the cooperative. As for the cooperative financial structure, the authors propose a new systematization of matters, the construction of new regulatory solutions for the minimum share capital and the reserves, as well as the clarification of the cooperative and cooperator liability, of the implementation and increase of share capital, of the transfer of cooperative shares and of the distribution of revenues.

KEY WORDS: corporate governance of cooperatives, management and supervisory bodies, liability of the directors of cooperatives, cooperative and co-operator, share capital, redemption, reserves, cooperative surplus.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. GOVERNAÇÃO COOPERATIVA: 2.1. Órgãos da cooperativa e autonomia estatutária. 2.2. Assembleia geral, voto plural e membros investidores. 2.3. Administração e fiscalização da cooperativa. 2.4. Delegação de poderes de representação e de administração. 3. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA ADMINISTRAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DA COOPERATIVA: 3.1. Aproximação ao regime jurídico-societário. 3.2. Da aplicação da ação *ut singuli* às cooperativas. 4. O REGIME ECONÓMICO NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS: 4.1. A necessidade de maior clarificação em matéria de responsabilidade. 4.2. Clarificação do regime de aumento do capital social. 4.3. Novos caminhos para o capital social mínimo. 4.4. A necessária imposição de limites à variabilidade do capital social e ao direito ao reembolso. 4.5. As alterações que se impõem, quanto às contribuições dos cooperadores para o capital social. 4.6. Maior clarificação no regime de transmissão dos títulos de capital. 4.7. Novas soluções normativas quanto às reservas cooperativas. 4.8. Vetores de mudança quanto à distribuição de resultados. 5. CONCLUSÃO.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. GOVERNANCE OF THE COOPERATIVES. 2.1. *Legal bodies of the cooperative and statutory autonomy.* 2.2. *General assembly, multiple voting and investor members.* 2.3. *Management and supervisory bodies of the cooperative.* 2.4. *Delegation of management and representative powers.* 3. CIVIL LIABILITY FOR THE MANAGEMENT AND THE SUPERVISION OF THE COOPERATIVE. 3.1. *Approximation to the civil liability regime applicable to the corporations.* 3.2. *Actio pro socio for the cooperatives.* 4. THE COOPERATIVE FINANCIAL STRUCTURE IN PORTUGUESE LAW. 4.1. *The need for further clarification on cooperative and cooperator liability.* 4.2. *Clarification of the share capital increase.* 4.3. *New roads to the minimum share capital.* 4.4. *The required imposition of limits on the variability of share capital and the right to reimbursement.* 4.5. *The necessary changes as to the members' contributions to share capital.* 4.6. *Further clarification of the system of transfer of cooperative shares.* 4.7. *New regulatory solutions to cooperatives as reserves.* 4.8. *Change of directions as to the distribution of revenues.* 5. CONCLUSIONS.

I INTRODUÇÃO

A Lei de Bases da Economia Social (LBES) determina que seja iniciado o processo de «desenvolvimento legislativo» (art. 13.º) tendente à «reforma do setor social». Este comando legal, entre outras consequências, implica a revisão do Código Cooperativo. A reforma que se venha a empreender terá de respeitar a identidade cooperativa, acolhida constitucionalmente³ e os princípios orientadores constantes da Lei de Bases da Economia Social.

A definição de cooperativa (art. 2.º do CCoop) assenta em quatro características distintivas deste tipo de pessoas coletivas e que são fundamentais para a com-

³ Sobre este aspeto, R. NAMORADO, «Portugal», *International Handbook of Cooperative Law*, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2013, p. 637.

preensão das singularidades da governação e do regime económico das cooperativas. As duas primeiras são de carácter formal — a variabilidade do capital social e a variabilidade da composição subjetiva — e as restantes de natureza substantiva — o objeto social da cooperativa traduzido na satisfação, sem fins lucrativos, das necessidades económicas, sociais ou culturais dos membros; e o modo de gestão da empresa cooperativa assente na obediência aos princípios cooperativos.

Neste contexto, «a governação das cooperativas caracterizar-se-á como uma governação participada (por força do princípio da gestão democrática pelos membros), orientada para os seus membros (por força da vocação mutualista da cooperativa que resulta da própria definição da cooperativa constante do art. 2.º do CCoop), autónoma e independente (por força do princípio da autonomia e independência) e transparente (por força do direito à informação dos cooperadores consagrado no CCoop e pelo poder de controlo e fiscalização que a assembleia geral e o conselho fiscal exercem sobre o órgão de administração da cooperativa)»⁴.

Em matéria de administração e de fiscalização da cooperativa, deve ser alargado o âmbito da *autonomia estatutária* de modo a permitir que os cooperadores possam escolher o modelo de administração e de fiscalização que melhor se adequa ao seu projeto e à dimensão da cooperativa.

Outro dos desafios da reforma é, certamente, o da *profissionalização da gestão*. O caminho, parece-nos, não é o de impor que o órgão de administração deva necessariamente integrar membros dotados de particulares e específicas competências. Antes devem ser previstos mecanismos que permitam, caso seja esse o juízo dos cooperadores, integrar no órgão de administração não membros dotados de particulares competências.

Tem sido reconhecido, não só em Portugal, que subsiste um *défice* de controlo nas cooperativas. Ora, uma das preocupações da reforma deve ser, justamente, o de revivificar o órgão de fiscalização, conferindo-lhe instrumentos e condições para que cumpra a sua relevante missão de vigiar/controlar a gestão da cooperativa. Não nos devemos esquecer que, nos termos do art. 85.º da Constituição da República Portuguesa, «O Estado incentiva e apoia a criação e a atividade das cooperativas».

É, pois, imperioso que sejam revistos os mecanismos internos de controlo da administração da cooperativa.

Em matéria de regime económico, o grande desafio que se coloca à cooperativa portuguesa no contexto da reforma do CCoop será o de conservar a sua identidade sem renunciar ao emprego de todos os mecanismos necessários para serem eficientes no mercado e que assegurem a sua sustentabilidade. Acresce a

⁴ Cfr. D. APARÍCIO MEIRA, «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», CES 35 (2012-2013), p. 10-11.

necessidade de adaptação do regime jurídico do capital social das cooperativas à recente reforma das normas contabilísticas internacionais.

2 GOVERNAÇÃO COOPERATIVA

2.1. Órgãos da cooperativa e autonomia estatutária

O Capítulo V dedicado aos «órgãos das cooperativas» distingue os órgãos *legais* — a assembleia, a direção, o conselho fiscal (art. 39.º, 1, do CCoop) — dos *órgãos criados estatutariamente* (art. 39.º, 2, do CCoop)⁵. Olhando para o rol dos órgãos legais, verificamos que cada cooperativa deve integrar um órgão «deliberativo-interno»⁶ (a assembleia geral), um órgão de administração e representação da cooperativa (a direção) e um órgão vocacionado para a fiscalização da gestão (o conselho fiscal).

À luz do atual Código Cooperativo, a cooperativa não pode ser dotada de outros modelos de administração e de fiscalização. Isto quer dizer que não se aplica nesta matéria a remissão do art. 9.º do CCoop para o regime das sociedades anónimas, uma vez que a matéria dos órgãos da cooperativa encontra-se expressamente prevista no Código Cooperativo^{7/8}.

Na nossa opinião, uma das linhas de reforma do Código Cooperativo deverá ser o alargamento da *autonomia estatutária*, prevendo vários modelos de administração e de fiscalização da cooperativa. Seguindo-se este caminho, caberá aos cooperadores *escolher*, de entre os modelos disponíveis, o que mais se ajusta à sua iniciativa cooperativa. Por outro lado, a escolha deve ficar plasmada nos estatutos da cooperativa.

Parece-nos que deve ser revisto o modelo consagrado no Código Cooperativo vigente, sendo alterada a sua designação para *conselho de administração e conselho fiscal* e deve ser acrescentado o «modelo anglo-saxónico» composto por um conselho de administração que integra no seu seio uma comissão de auditoria. A grande diferença entre estes dois modelos reside na circunstância de no primeiro estarem separadas as funções de administração e de fiscalização; enquanto no se-

⁵ Para uma breve caracterização da estrutura da governação cooperativa, v. D. APARÍCIO MEIRA, «A governação cooperativa: encontros e desencontros com a governação societária», *III Congresso Direito das Sociedades em revista*, Almedina, Coimbra, 2014, em fase de publicação.

⁶ Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Artigo 53.º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, p. 637.

⁷ D. Aparício Meira, «A governação cooperativa: encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 386, ss.

⁸ Neste sentido, v. D. Aparício Meira, «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», cit., p. 16.

gundo existe um órgão que congrega as funções e administração e de fiscalização — conselho de administração que integra uma comissão de auditoria⁹.

A admitir-se o modelo dito germânico (art. 278.º, n.º 1, c), do CSC), deve ser acautelado que os titulares dos órgãos de administração e de fiscalização são eleitos e destituídos pela assembleia geral.

2.2. Assembleia geral, voto plural e membros investidores

A assembleia geral reúne *todos os cooperadores no pleno gozo dos seus direitos* (art. 44.º, 2, do CCoop). Cada cooperador dispõe de *um voto*, qualquer que seja a sua participação no capital social (art. 51.º, n.º 1, do CCoop). Está, portanto, *proibido* o voto plural ou múltiplo nas cooperativas de primeiro grau¹⁰.

Ao contrário do que acontece nas sociedades comerciais, o grau da participação no capital social é, em regra, irrelevante para o exercício dos direitos enquanto cooperador¹¹. O princípio da gestão democrática implica que o cooperador tenha direito de participar democraticamente na vida da cooperativa e simultaneamente o dever de o fazer¹².

É tempo de questionar se deve ou não ser admitido o voto plural, derogando-se o princípio democrático «um membro um voto». Na verdade, o *voto plural* já é admitido em várias legislações europeias. Veja-se, por exemplo, o caso italiano que o prevê no art. 2538.º do *Codice Civile*¹³; algumas cooperativas francesas (art. L. 524-4 do Código Rural francês)¹⁴; a lei das cooperativas alemã¹⁵.

⁹ Sobre a adoção do «modelo germânico» nas cooperativas francesas, v. D. HIEZ, «France», *International Handbook of Cooperative Law*, Dante Cracogna/Antonio Fici/Hagen Henry (editors), Springer, Hamburg/Heidelberg/London, 2013, p. 404.

¹⁰ Sobre as exceções a esta proibição e as razões que as fundamentam, v. D. APARÍCIO MEIRA, «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», cit., p. 17. Também o regime das sociedades anónimas proíbe o voto plural, no art. 384.º, 5, do CSC, admitindo tão-só votos plurais conferidos antes da entrada em vigor do CSC.

¹¹ Efetivamente, na cooperativa, apenas o direito à remuneração dos títulos de capital (n.º 3 do art. 73.º do CCoop) e a responsabilidade do cooperador por dívidas sociais (quando este assume responsabilidade ilimitada, em virtude do disposto nos estatutos — art. 35.º do CCoop) estão em relação com a participação no capital social.

¹² V. D. APARÍCIO MEIRA, «Governação cooperativa. Encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 389.

¹³ Sobre este regime, v. A. FICI, «Italia», *International Handbook of Cooperative Law*, DANTE CRA-GOGNA / ANTONIO FICI / HAGEN HENRÝ (editors), Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2013, p. 492.

¹⁴ D. HIEZ, «France», cit., p. 405.

¹⁵ H.-H. MÜNKNER, «Germany», *International Handbook of Cooperative Law*, DANTE CRA-GOGNA / ANTONIO FICI / HAGEN HENRÝ (editors), Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2013, p. 422.

Quanto ao *voto plural* nas cooperativas de primeiro grau, a sua admissão em termos condicionados está, em nossa opinião, dependente dos requisitos que passamos a enunciar¹⁶: *a*) sempre dependente de previsão estatutária; *b*) apenas possível nas cooperativas agrícolas, de crédito e de serviços (logo, a exceção do voto plural não será aplicável às cooperativas de trabalho — produção operária, artesanato e pescas —, cooperativas de consumo e de solidariedade social); *c*) a exceção do voto plural não poderá abranger as matérias previstas nas alíneas *g*), *h*), *i*), *j*) e *n*) do art. 49.º do CCoop (matérias para cuja aprovação se exige maioria qualificada, nos termos do n.º 1 do art. 51.º do CCoop) ou quaisquer outras para cuja votação os estatutos prevejam maioria qualificada. Relativamente a estas matérias, mantém-se a regra «um membro, um voto»; *d*) atendendo à vocação mutualista da cooperativa, entendemos que o critério objetivo mais adequado será o critério económico: atribuição de um número de votos correspondente ao volume de transações efetuadas entre o cooperador e a cooperativa; *e*) parece, aliás, que este critério da proporção das transações feitas por cada cooperador com a cooperativa — que poderemos designar de critério mutualista — será o que melhor preservará a identidade cooperativa, tanto mais que o legislador cooperativo já o consagra a propósito da distribuição do retorno, na decorrência do princípio cooperativo da participação económica dos membros (art. 3.º do CCoop).

Outras ordens jurídicas já enfrentaram a questão de saber se devem ou não ser admitidos *membros investidores*¹⁷, caracterizados no Regulamento sobre a Sociedade Cooperativa Europeia como «pessoas não vocacionadas para utilizar ou fornecer os bens e serviços da SCE»¹⁸. Associado a este surge o debate em torno dos *membros investidores e do voto plural* por eles exercido.

Em nossa opinião, poderá ser reconhecido o voto plural de membros investidores desde que respeitadas as exigências já referidas para o exercício do voto plural e, além delas, os seguintes requisitos: *a*) a norma estatutária que preveja o voto plural dos membros investidores deverá estabelecer limites para que nenhum membro possa deter a maioria dos votos, designadamente: nenhum voto plural poderá ser superior a 5 votos sociais e o número total de votos plurais não poderá ser superior a 25% do número total dos cooperadores da cooperativa, no momento

¹⁶ V., neste sentido, D. APARÍCIO MEIRA, «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», cit., p. 19.

¹⁷ Em Itália, são admitidos os chamados «soci finanziatori» cujo interesse não é trabalhar para a cooperativa ou manter relações económicas com ela, mas sim a remuneração do capital subscrito. Sobre esta possibilidade, v. A. FICI, «Italia», cit., p. 487. Sobre os membros investidores nas cooperativas espanholas, v. I.-G. FAJARDO GARCÍA, «Spain», *International Handbook of Cooperative Law*, cit., p. 709. Sobre a reforma que permitiu a introdução de membros investidores em França, v. D. HIEZ, «France», cit., p. 401.

¹⁸ Cfr. art. 14º, 1, do Regulamento (CE) nº 1435/2003 do Conselho de 22 de julho de 2003 relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE), que, quanto aos membros investidores, remete para a legislação do Estado-Membro da sede da SCE.

da votação; b) os membros investidores não poderão integrar os órgãos de administração e de fiscalização da cooperativa.

Parece-nos que deve ser mantida a competência da assembleia geral para eleger e destituir os membros dos órgãos de administração e de fiscalização e deve ser estimulada a participação democrática dos cooperadores (e membros investidores) pela admissão do chamado voto por correspondência (eletrónico) em assembleias presenciais, desde que a cooperativa consiga assegurar a confidencialidade e autenticidade.

2.3. Administração e de fiscalização da cooperativa

O vigente Código Cooperativo admite apenas um modelo de administração e de fiscalização da cooperativa composto pela *direção e conselho fiscal*, variando apenas a composição unipessoal/pluripessoal (arts. 39.º, 55.º, 1, 60.º, 1, do CCoop).

A base de recrutamento para integrar estes órgãos é sempre composta por *cooperadores*. É o que determina o art. 40.º, 1, do CCoop, quando afirma que «os membros dos órgãos sociais são eleitos de entre os cooperadores». Esta norma impede que *não membros da cooperativa* integrem os órgãos sociais de administração e de fiscalização da cooperativa.

Quanto à composição do conselho de administração, a reforma deve promover/permitir a *profissionalização da gestão*. Tendencialmente, as cooperativas são titulares de empresas e a gestão torna-se mais complexa, mas exigente. Para dar resposta a esta necessidade, deve ser alargado o âmbito de recrutamento dos membros do órgão de administração, cumprindo, ainda, o princípio da gestão democrática. Uma das formas de obter este equilíbrio é exigir que o presidente e a maioria dos titulares do órgão de administração têm de ser cooperadores. Esta regra visa facilitar a profissionalização da gestão das cooperativas, mas não afasta os cooperadores do órgão de gestão. A lei espanhola (art. 34.º, 2) admite que os estatutos possam prever que até um terço dos administradores sejam peritos qualificados e não sejam membros cooperadores¹⁹.

Na ordem jurídica portuguesa, o Código Cooperativo prevê um órgão legal, cuja existência é imperativamente imposta, vocacionado para a fiscalização da gestão realizada pela direção. Trata-se do conselho fiscal/ fiscal único previsto nos artigos 60.º e seguintes dotado de uma regulação minimalista que versa a composição (art. 60.º), competência (art. 61.º), reuniões (art. 62.º) e quórum (art. 63.º).

É duvidoso que esta regulação assegure as condições e os instrumentos necessários a uma efetiva ação fiscalizadora por parte do órgão de fiscalização. Olhando para o Código Cooperativo notam-se grandes ausências: não há qualquer requisito

¹⁹ Para a experiência espanhola em matéria de composição do órgão de administração, v. I.-G. FAJARDO GARCÍA, «Spain», cit., p. 713.

de literacia financeira ou outro que os membros do órgão de fiscalização ou alguns deles devam preencher; não há a previsão de deveres (em particular deveres de cuidado e de lealdade); não são previstos mecanismos que assegurem a estabilidade no exercício do cargo (por exemplo, a proibição de destituição sem justa causa); não estão previstas incompatibilidades específicas para os membros do conselho fiscal (tão-só está prevista a incompatibilidade genérica constante do art. 42.º do CCoop).

O DL 76-A/2006, de 31 de março, operou a reforma de *corporate governance* das sociedades anónimas que, entre outros propósitos, procurou dotar o órgão fiscalizador de condições e instrumentos que contribuam para uma efetiva fiscalização da gestão²⁰.

Esta reforma de 2006 do CSC não visou diretamente o órgão fiscalizador da cooperativas. No entanto, o que importa questionar é que norma(s) do revivificado conselho fiscal das sociedades anónimas se aplica(m), por força do art. 9.º do CCoop, ao conselho fiscal das cooperativas. Poder-se-á questionar, por exemplo, a aplicação das normas sobre as incompatibilidades (art. 414.º-A do CSC), sobre o presidente do conselho fiscal (art. 414.º-B do CSC), sobre a designação e substituição dos membros do conselho fiscal (art. 415.º do CSC) e a proibição de destituição sem justa causa (art. 419.º do CSC). Esta norma é essencial para garantir a estabilidade no exercício do cargo.

Ainda assim, parece-nos que deve ser reforçada a fiscalização da cooperativa. Entre outros instrumentos, devem ser previstos os casos em que é obrigatória a existência do *revisor oficial de contas*. Os modelos «anglo-saxónico» e «germânico» integram tipicamente o revisor oficial de contas. No modelo composto pelo conselho de administração e conselho fiscal, a obrigatoriedade do revisor oficial de contas depende do número de cooperadores e da dimensão da cooperativa. Assim, nas cooperativas com mais de vinte cooperadores e nas que estejam legalmente obrigadas a certificar as contas, o conselho fiscal deve ser composto por um presidente e dois vogais, sendo que um dos membros deve ser revisor oficial de contas. Nas cooperativas que tenham até vinte cooperadores, a fiscalização é assegurada por um fiscal único.

2.4. Delegação de poderes de representação e de administração

Nos termos do art. 59.º do CCoop, a direção pode delegar poderes de representação e de administração para a prática de certos atos ou certa categoria de atos,

²⁰ Sobre a reforma do órgão de fiscalização, v. G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2006, «Fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores», *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 279, ss.

em qualquer dos seus membros, em gerentes ou noutros mandatários²¹. O que se tem verificado é que convocando esta norma, a direção, sem o amparo de qualquer cláusula estatutária, decide a delegação de *poderes de gestão/administração* em pessoas que *não são membros da direção*. E, por conseguinte, a direção deixa de se ocupar diariamente das matérias de gestão delegadas, passando a desempenhar, *de facto*, uma função essencialmente fiscalizadora.

A delegação de poderes de administração, tal como está prevista no art. 59.º do CCoop, não exige qualquer cláusula estatutária que a suporte ou qualquer deliberação dos cooperadores²². Além disso, o CCoop não apresenta qualquer limite à delegação — ou seja, não prevê matérias indelegáveis²³. Das matérias elencadas no art. 56.º do CCoop não há nenhuma que esteja afastada da delegação — *teoricamente* são todas elas delegáveis por força de decisão da direção em pessoas que não são membros da direção e, eventualmente, não são cooperadores.

Esta é uma matéria a necessitar de revisão legislativa. Deve ser exigida cláusula estatutária para que possa haver delegação de poderes de gestão²⁴. Já a delegação de poderes de representação não necessita de cláusula estatutária. As matérias relativas à relação mutualista da sociedade com os cooperadores, à admissão, demissão, exclusão de cooperadores e aplicação de sanções são indelegáveis. Esta solução é inspirada no art. 2 544 do *Codice Civile*.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA ADMINISTRAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DA COOPERATIVA

3.1. Aproximação ao regime jurídico-societário

O poder democraticamente exercido supõe o *controlo democrático*. Ora, a responsabilidade civil pela gestão e fiscalização da cooperativa situa-se no cerne da vivência democrática da cooperativa.

Com o CCoop de 1980, a ordem jurídica portuguesa passou a dispor de um *regime jurídico-cooperativo* da «responsabilidade dos órgãos das cooperativas».

²¹ Sobre as dificuldades suscitadas por este regime, v. D. APARÍCIO MEIRA, *Governança cooperativa. Encontros e desencontros com a governação societária*, cit., p. 407, ss.

²² Sobre este aspeto, v. D. APARÍCIO MEIRA, «A governança cooperativa: encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 407, ss.

²³ D. APARÍCIO MEIRA, «A governança cooperativa – encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 409.

²⁴ No CSC, o conselho de administração executivo tem a tarefa indelegável da gestão executiva da sociedade. Por conseguinte, não se lhe aplica o disposto no art. 407.º do CSC. Neste sentido, v. P. CÂMARA, «Os modelos de governo das sociedades anónimas», *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 229.

Este regime previsto nos arts. 62.º a 66.º do CCoop de 1980 foi recebido, com modestas alterações, nos arts. 64.º a 68.º do CCoop de 1996²⁵.

Esta disciplina está desatualizada e precisa de uma importante reforma²⁶. Parece-nos que deve haver *uma aproximação do regime das cooperativas ao regime jurídico-societário* da responsabilidade civil pela administração e fiscalização, consagrado nos arts. 72.º e ss. do Código das Sociedades Comerciais (CSC)²⁷.

Deste modo, não deve ser consagrado para os dirigentes e fiscalizadores das cooperativas — que tendencialmente exercem o cargo de forma gratuita — um *standard* menos exigente em matéria de responsabilidade civil. Por exemplo, responsabilidade limitada às atuações dolosas ou grosseiramente negligentes ou limites a tal responsabilidade. A tendência no setor não lucrativo é considerar as regras de responsabilidade imperativas e sem qualquer mitigação para os titulares do órgão de administração não remunerados²⁸.

Parece-nos oportuno que seja prevista expressamente a responsabilidade dos administradores *para com a cooperativa*. Tendo em conta que se trata de uma hipótese de responsabilidade civil contratual, ser-lhe-á aplicável a presunção de culpa a favor da cooperativa, prevista no art. 799.º do Código Civil²⁹.

Além disso, de modo a concretizar atuações ilícitas, devem ser tipificadas algumas hipóteses de *comportamentos ilícitos* que, juntamente com os restantes pressupostos legais, podem constituir fundamento da responsabilidade civil dos administradores. Para tanto, poderão ser recuperadas algumas das condutas ilícitas previstas no atual art. 65.º do CCoop.

Devem ser clarificados os pressupostos legais de que depende a responsabilidade dos administradores perante os credores sociais. Também aqui deve concretizada a *ilicitude* relevante para efeitos de responsabilização dos administradores perante os credores sociais. Não basta, porém, a atuação ilícita e culposa dos administradores; é necessário que em razão da violação dessas disposições, o pa-

²⁵ Cfr. M. ELISABETE RAMOS, «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas – uma introdução», CES 32 (2009-2010), p. 46, ss.

²⁶ Cfr. M. ELISABETE RAMOS, «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas – uma introdução», cit., p. 46, ss.

²⁷ Sobre este regime, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 7, ss.; M. ELISABETE RAMOS, O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura, Almedina, Coimbra, 2010, p. 101, ss.

²⁸ K. HOPT, *The board of nonprofit organizations: some corporate governance thoughts from Europe*, ECGI, Law Working Paper n.º 125/2009, April 2009, p. 15.

²⁹ Sobre esta presunção de culpa dos administradores, v. M. ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 119.

trimónio se tenha tornado insuficiente para a satisfação dos créditos de credores sociais³⁰.

Perante cooperadores e terceiros, os administradores respondem nos termos gerais para com os cooperadores e terceiros pelos danos que diretamente lhes causarem no exercício das suas funções.

Também devem ser previstas também as hipóteses de responsabilidade civil dos membros do órgão de fiscalização e do revisor oficial de contas.

3.2 Da aplicação da ação *ut singuli* às cooperativas

Como refere Klaus Hopt, «enforcement is sometimes more importante than rules. Law in books may be interesting academically, but what really counts and what the rule maker and legislator intend with the rules is the effect in legal practice, economy and society»³¹. Neste contexto, este autor considera que seria desejável a introdução da chamada «*actio pro socio*» que permite que o controlo de gestão pelos próprios cooperadores.

Entre nós, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Outubro de 2008³² sustentou que os princípios cooperativos da adesão voluntária e livre, da intercooperação e a ausência do fim lucrativo *não obstat* a que a lacuna seja integrada pelo art. 77.º do CSC^{33/34}.

Deve ser reconhecida, nas cooperativas até vinte membros, a cada um dos cooperadores e, nos restantes casos, a cinco por cento dos cooperadores, legitimidade *ativa* para propor a ação de responsabilidade da cooperativa contra os administradores, com vista à reparação, a favor da cooperativa, do prejuízo que esta tenha sofrido, quando a mesma a não haja solicitado.

³⁰ Sobre os pressupostos de que depende a responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade, v. J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 72º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, Almedina, Coimbra, p. 840, ss.

³¹ K. HOPT, *The board of nonprofit organizations*, cit., p. 16.

³² Cfr. M. ELISABETE RAMOS, «Ação *ut singuli* e cooperativas. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Outubro de 2008», CES 31 (2008-2009), p. 273, ss.

³³ No sentido da aplicação do art. 77.º do Código das Sociedades Comerciais às cooperativas, v. J. A. RODRIGUES, *Código Cooperativo anotado e comentado e legislação cooperativa*, 3.ª ed., Quid Juris?, Lisboa, 2001, p. 147. Em sentido concordante, v. M. CARNEIRO DA FRADA / D. COSTA GONÇALVES, «A ação *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do direito cooperativo com o direito das sociedades comerciais)», *REVISTA DE DIREITO DAS SOCIEDADES*, 1, 2009, p. 885, ss.

³⁴ Para a anotação a este acórdão, v. M. ELISABETE RAMOS, «Ação *ut singuli* e cooperativas (anotação ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de outubro de 2008)», cit., p. 273, ss.

4. O REGIME ECONÓMICO NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS

O CCoop contém um conjunto amplo de normas sobre o regime económico das cooperativas, normas estas que se encontram dispersas pelo seu texto, abrangendo matérias reguladas em quase todos os capítulos do Código, destacando-se: os capítulos I (noção de cooperativa e operações com terceiros) III (capital social, joia e títulos de investimento), IV (Dos cooperadores), VI (Reservas e distribuição de excedentes) e VIII (Dissolução, liquidação e transformação).

Esta dispersão dificulta a compreensão e aplicação do regime económico das cooperativas. No contexto da reforma, torna-se assim necessário ressystematizar esses preceitos dispersos num único capítulo, a que chamaremos «regime económico».

Olhemos agora em pormenor as questões centrais do regime económico das cooperativas que deverão ser objeto de discussões reformadoras.

4.1 A necessidade de maior clarificação em matéria de responsabilidade

Quanto à responsabilidade dos cooperadores pelas dívidas da cooperativa, o art. 35.º do CCoop, integrado na versão atual do Código no Capítulo IV «Dos cooperadores», estabelece que esta «é limitada ao montante do capital subscrito, sem prejuízo de os estatutos da cooperativa poderem determinar que a responsabilidade dos cooperadores seja ilimitada, ou ainda limitada em relação a uns e ilimitada quanto a outros».

Estamos perante um preceito pesado, que condensa num número único uma série de mensagens normativas, a necessitarem de clarificação.

Desta norma resulta que a responsabilidade dos cooperadores será limitada ao valor do capital subscrito, pelo que só o património da cooperativa responderá pelas dívidas da mesma³⁵. Estando o capital subscrito integralmente realizado, nenhuma outra responsabilidade poderá ser exigida aos cooperadores pelos credores da cooperativa.

Contudo, a lei admite que os estatutos de cada cooperativa possam determinar que a responsabilidade dos cooperadores, ou de alguns deles, seja ilimitada — sendo que a responsabilidade ilimitada dos cooperadores significará uma garantia adicional para os terceiros que contratam com a cooperativa, aumentando, por isso, os meios de salvaguarda dos credores da cooperativa. Esta responsabilidade ilimitada pelas dívidas da cooperativa só existirá, portanto, se estiver prevista estatutariamente. Não obstante o CCoop não tratar a natureza desta responsabilidade, consideramos que, sendo estipulada estatutariamente a responsabilidade dos coo-

³⁵ Entendemos que, nas cooperativas de segundo grau, se exigirá sempre a responsabilidade limitada dos membros.

peradores por dívidas da cooperativa, e caso os estatutos não se pronunciem sobre a referida natureza, ela é subsidiária em relação à cooperativa e solidária entre os cooperadores responsáveis³⁶.

Na proposta que subscrevemos, a primeira disposição do Capítulo «Regime económico» reporta-se à responsabilidade da cooperativa e dos cooperadores perante os credores da cooperativa.

Assim, deverá começar-se por enunciar a regra de que só o património da cooperativa responde para com os credores pelas dívidas desta, pelo que cada cooperador limita a sua responsabilidade ao montante do capital social subscrito, sem prejuízo de cláusula estatutária em sentido diverso. Finalmente, esclarece-se que, quando o contrato estipule a responsabilidade de cooperadores por dívidas da cooperativa, ela é subsidiária em relação à cooperativa e solidária entre os cooperadores responsáveis.

A primeira lei que regulou as cooperativas em Portugal — a Lei Basilar do Cooperativismo — de 2 de Julho de 1867, pronunciava-se expressamente quanto à posição do património da cooperativa perante os credores dos cooperadores, dispondo, no § 9.º do art. 7.º, que nem as quotas pagas por um sócio nem os dividendos podem ser penhorados, embargados ou por qualquer modo apreendidos pelos seus credores.

Diversamente, o CCoop atual é omissivo quanto a esta questão de enorme relevância para as cooperativas. Não existem dúvidas de que a regra é a de que, em caso algum, os credores particulares dos cooperadores se poderão fazer pagar pelos bens da cooperativa, nem sequer na proporção da participação do cooperador. De facto, nas cooperativas, o credor particular do cooperador não poderá executar a sua participação social (pelo que não poderá penhorar, para satisfação dos seus créditos, os títulos de capital de que o cooperador seja titular)³⁷. O fundamento da proibição da penhora dos títulos de capital resulta, desde logo, do carácter estritamente pessoal da participação do cooperador na cooperativa e da consequente necessidade de evitar que, da mesma e em virtude de uma ação executiva, possam vir a fazer parte sujeitos privados dos requisitos requeridos, pela lei ou pelos es-

³⁶ V. D. APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Editora Vida Económica, Porto, 2009, pp. 128-133.

³⁷ No ordenamento espanhol, da Disposição Adicional Terceira, da *Ley Estatal de Cooperativas*, resulta que os credores particulares dos cooperadores não terão direito algum sobre os bens da sociedade, nem sobre as entradas dos cooperadores para o capital social, que são impenhoráveis. Os credores particulares do cooperador poderão dirigir-se, apenas, contra os direitos económicos deste: reembolsos, remuneração das *aportaciones* e retornos. No ordenamento italiano, o art. 2 537 do *Codice Civile* não permite, expressamente, que os credores particulares do cooperador possam, enquanto durar a cooperativa, executar as quotas ou ações do mesmo.

tatutos, para serem membros da cooperativa³⁸. Além disso, visar-se-á evitar que a cooperativa seja colocada em dificuldades económicas por ação dos credores particulares dos cooperadores, o que poderia acontecer se os referidos credores tivessem o direito de exigir à cooperativa a liquidação da participação do cooperador devedor e o pagamento imediato da respetiva importância³⁹. Contudo, entendemos que o interesse do credor particular do cooperador não deixará de ser atendido, na medida em que poderá executar o seu direito: ao retorno; à remuneração dos títulos de capital; ao valor da liquidação das entradas em caso de reembolso das mesmas (em virtude de demissão do cooperador ou em virtude de dissolução ou liquidação da cooperativa); ou ao bens que integram a massa de gestão económica correspondentes a esse cooperador (a menos que os estatutos da cooperativa disponham em sentido diverso).

Acresce que, em caso algum, o credor particular do cooperador poderá requerer a dissolução da cooperativa⁴⁰.

Sendo assim, quanto à posição do património da cooperativa perante os credores particulares do cooperador, consideramos que, em nome da certeza e da segurança jurídica, deverá consagrar-se no preceito relativo à transmissão dos títulos de capital a regra de que o credor particular do cooperador não pode penhorar, para satisfação dos seus créditos, os títulos de capital de que o cooperador seja titular.

4.2. Clarificação do regime de aumento do capital social

Nas normas relativas ao capital social, o CCoop atual é omissivo quanto ao regime de aumento do capital social.

Ora, dadas as especificidades deste regime, sobretudo quando o aumento ocorre por via da incorporação de reservas, consideramos relevante que, no contexto da reforma, se equacione a necessidade de criar uma norma que preveja expressamente esta matéria.

Efetivamente, nas cooperativas, o aumento do capital por incorporação de reservas só poderá ser feito utilizando reservas não obrigatórias e cuja dotação não resulte de benefícios provenientes de operações com terceiros.

³⁸ V., neste sentido, G. BONFANTE, *Delle Imprese Cooperative. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, (a cura di Francesco Galgano), Libro quinto del Lavoro, Zanichelli Editore, Bologna, 1999, pp. 555-558.

³⁹ V., neste sentido, A. J. AVELÁS NUNES, *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 132, que aponta esta razão para fundamentar esta proibição nas sociedades de pessoas.

⁴⁰ Ver, neste sentido, F. VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, Tomo XX, Vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, pp. 291-292.

Em apoio da nossa opinião, invocamos, desde logo, o art. 72.º do CCoop, o qual estabelece a irrepartibilidade, pelos cooperadores, quer das reservas obrigatórias quer das reservas que resultem de benefícios provenientes de operações com terceiros. Consta-se que, se ocorresse um aumento de capital por incorporação de alguma dessas reservas, os cooperadores ficariam ou com mais títulos de capital ou com os mesmos títulos, mas de superior valor nominal (art. 92.º do CSC). Ora, o cooperador que se retira da cooperativa (por demissão ou exclusão) terá direito ao «montante dos títulos de capital realizados segundo o seu valor nominal» (arts. 36.º e 37.º do CCoop). Torna-se, deste modo, evidente que um eventual aumento do capital social por incorporação de reservas obrigatórias, implicaria uma violação do disposto no art. 72.º e ainda do art. 79.º, ambos do CCoop, consagrando este último preceito a regra da *devolução desinteressada de reservas* da cooperativa dissolvida⁴¹. Acresce que, mesmo não tendo em conta essas regras, não poderemos esquecer que a reserva legal tem um preciso destino fixado na lei, o qual não contempla a possibilidade de poder ser integrada no capital social, como veremos⁴².

Já quanto às reservas estatutárias (art. 71.º, n.º 1, do CCoop), entendemos que poderão ser utilizadas nesta modalidade de aumento de capital, desde que a deliberação de aumento de capital, por incorporação das reservas, valha também como deliberação de alteração estatutária.

Também as reservas criadas por deliberação da assembleia geral, nos termos do n.º 2 do art. 71.º do CCoop poderão ser utilizadas para aumento de capital por incorporação de reservas.

Convém, todavia, não esquecer que estas reservas não obrigatórias são compostas por excedentes provenientes de operações com cooperadores. Sendo assim, em caso de aumento de capital por incorporação de tais reservas, só poderão participar nesse aumento os cooperadores que tenham contribuído para tais excedentes e na exata medida dessa contribuição.

Assim, quanto ao aumento do capital social estatutário, consideramos que se deve consagrar expressamente que este pode ocorrer por duas vias: por deliberação da assembleia geral, mediante proposta do órgão de administração, com a emissão de novos títulos de capital a subscrever pelos membros; ou por incorporação de reservas livres e reservas cuja dotação não resulte de benefícios provenientes de operações com terceiros.

⁴¹ O art. 72.º do CCoop consagra que «todas as reservas obrigatórias, bem como as que resultem de operações com terceiros, são insuscetíveis de qualquer tipo de repartição entre os cooperadores»

⁴² V., neste sentido, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade. As empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 186-187; e A. R. SUBTIL / M. ESTEVES / M. ILHÉU / L. M. MARTINS, *Legislação Cooperativa anotada* (coord. de Raposo Subtil), Vida Económica, 2.ª ed., Porto, 2006, pp. 91-92.

Torna-se, deste modo, claro que nas cooperativas, diversamente das sociedades comerciais, a reserva a legal não pode ser utilizada para incorporação no capital, assim como as reservas constituídas com lucros provenientes de operações com terceiros.

4.3. Novos caminhos para o capital social mínimo

No ordenamento português consagrou-se expressamente a figura do capital social mínimo. Assim, nos termos do n.º 2 do art. 18.º do CCoop serão os estatutos a estabelecer o capital social mínimo da cooperativa, o qual não poderá ser inferior a 2 500 euros, podendo a legislação complementar que regula cada um dos ramos fixar um mínimo diferente. Respeitado o capital social mínimo, são os cooperadores livres de fixarem o valor do capital social.

Neste contexto, o capital social cooperativo constitui-se como uma cifra que deverá constar obrigatoriamente dos estatutos da cooperativa (art. 15.º, n.º 1, al. e), do CCoop) e que funcionará como um limite mínimo à variabilidade do capital social⁴³.

Enquanto que o capital social contabilístico ou real da cooperativa é variável, o capital social mínimo é estável, sendo do conhecimento público, uma vez que aparece inscrito no *Registo Comercial*. Desta forma, a cooperativa garante aos terceiros que, independentemente de qual seja a sua cifra de capital social em cada momento, será sempre pelo menos igual ou superior à que aparece inscrita no *Registo Comercial*.

Todavia, para que o capital social mínimo desempenhe uma adequada função de garantia, tornar-se-á necessário dotá-lo de um outro regime jurídico, que terá que assentar nos seguintes três pressupostos.

Em primeiro lugar, o reembolso das entradas não poderá afetar o capital social mínimo. Nesta linha, o Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (ESCE)⁴⁴ estabeleceu que o prazo durante o qual os sócios terão direito ao reembolso das suas entradas, quando deixam de fazer parte da cooperativa, será suspenso, enquanto esse reembolso implicar a redução do capital subscrito para um montante inferior ao capital social mínimo (art. 3.º, n.º 4).

Em segundo lugar, a redução do capital social para um montante inferior ao capital social mínimo durante um determinado período de tempo deverá ser causa

⁴³ V. - V. D. APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, cit., pp. 147 e ss.

⁴⁴ Regulamento (CE) n.º 1 435/2003, do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativo ao *Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (ESCE)*.

da dissolução e posterior liquidação da cooperativa⁴⁵. No entanto, o CCoop não prevê, de forma expressa, esta causa de dissolução⁴⁶.

Em terceiro lugar, não se consagra no ordenamento português a possibilidade de os credores sociais poderem deduzir oposição judicial à redução do capital social para um montante inferior ao capital social mínimo, com fundamento no prejuízo que dela derive para a reclamação dos seus direitos, desde que tenham solicitado à cooperativa a satisfação dos seus créditos ou a prestação de garantia adequada, sem que o seu pedido tenha sido atendido⁴⁷.

Questão diversa é a de saber se deve ser o legislador a impor um capital social mínimo ou se deve ser consagrado o *princípio da livre fixação do capital social cooperativo*. Excecionando alguns ramos cooperativos que, por força da lei, estão obrigados a determinados montantes de capital (como é o caso do ramo do crédito), deveria o legislador deixar a fixação do capital social para os estatutos da cooperativa, no montante que os cooperadores considerassem mais adequado à dimensão da empresa e ao objeto da cooperativa? A questão é pertinente, pois a imposição deste montante de capital social mínimo poderá constituir um desincentivo ao recurso à forma cooperativa. Corre-se o risco da fuga para as formas societárias, designadamente para a sociedade por quotas que apresenta um regime mais favorável em matéria de capital social mínimo, cujo montante é livremente fixado no contrato de sociedade, sendo o valor mínimo de cada quota de apenas um euro⁴⁸.

Face ao exposto, torna-se necessária a consagração de uma tutela adequada ao capital social mínimo.

Assim, é nosso entendimento que se deveria consagrar, na futura revisão do Código, que os estatutos possam prever que, quando num exercício económico o montante dos títulos de capital a reembolsar supere uma determinada percen-

⁴⁵ Esta é a solução prevista no ordenamento espanhol (v.g. o art. 45.8 da Lei Estatal de Cooperativas — Ley 27/1999, de 16 de julio — ainda que o regime seja comum a todas as leis autonómicas de cooperativas, variando apenas o período de tempo a considerar, que pode ir de seis meses a um ano). V. M.^a A. MARTÍN REYES/E. ALMEDO PERALTA, «El capital social. Concepto y funciones», in: *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I (dir. Juan Ignacio Peinado Gracia; coord. Trinidad Vásquez Ruano), Tirant Lo Blanch, Valência 2013, pp. 540-550. Também é a solução prevista no ordenamento francês (o art. 27 bis do *Statut de la Coopération [Portant statut de la coopération (Journal officiel du 11 septembre 1947)]*).

⁴⁶ Não se compreende que o legislador cooperativo português tenha consagrado, como causa de dissolução, a falta de registo da atualização do capital social (n.º 3 do art. 91.º do CCoop) e não tenha expressamente previsto, igualmente como causa de dissolução, a redução do capital social mínimo.

⁴⁷ Esta é a solução prevista no ordenamento espanhol (v.g. o art. 45.8 da Lei Estatal de Cooperativas — Ley 27/1999, de 16 de julio). V. M. A. MARTÍN REYES / E. ALMEDO PERALTA, «El capital social. Concepto y funciones», cit., 540-550.

⁴⁸ V. D. APARÍCIO MEIRA / M. ELISABETE RAMOS, «Contributos Legislativos para o Empreendedorismo Cooperativo», CADERNOS DE ECONOMIA SOCIAL, n.º 106, Lisboa, 2014, pp.26-28.

tagem do montante do capital social que neles se estabeleça (que não poderá ser inferior ao capital social mínimo), o reembolso fique dependente de uma deliberação do órgão de administração nesse sentido.

Deverá ainda ser equacionada a redução do montante do capital social mínimo, cujo valor atual é de 2 500 euros. Em rigor, tal como foi destacado, a discussão da matéria do capital social mínimo deveria ser levada mais longe, equacionando-se a possibilidade da consagração do princípio da *livre fixação do capital social cooperativo*, excepcionando os ramos cooperativos que por força da lei estão obrigados a determinados montantes de capital, deixando, por isso, para a autonomia estatutária a fixação do capital social.

4.4. A necessária imposição de limites à variabilidade do capital social e ao direito ao reembolso

Na linha de outros ordenamentos, deverá prever-se a possibilidade do estabelecimento de limites ao exercício do direito ao reembolso, com a consequente alteração do n.º 2 do art. 36.º do *CCoop*, de modo a conferir alguma estabilidade ao capital social cooperativo⁴⁹.

Acresce que o legislador cooperativo não se poderá manter à margem do processo de reforma contabilística a que se assistiu em Portugal, o qual, ao não contemplar as especificidades das cooperativas, designadamente o carácter variável do seu capital social, poderá acentuar as dificuldades de acesso das mesmas ao financiamento externo. Em Portugal, com a entrada em vigor, em 1 de Janeiro de 2010, do Sistema de Normalização Contabilística (SNC)⁵⁰, as cooperativas viram-se confrontadas com a inevitabilidade de o seu capital social ser qualificado,

⁴⁹ Aponte-se neste sentido, os ordenamentos: italiano [do art. 2 545 *quinques*, parágrafo 2.º, do *Codice Civile* resulta que a devolução dos excedentes (*dividendi*), a aquisição de quotas ao sócio cessante e a repartição das reservas só poderá ocorrer quando a relação entre o patrimônio líquido e o endividamento total da sociedade cooperativa for superior a um quarto]; francês [o art. 13.º do *Statut de la Coopération*, norma relativa à modernização das empresas cooperativas — na redação que lhe foi dada pela L. de 13 de Julho de 1992 —, dispôs que o capital social, quando reduzido em virtude do reembolso das entradas dos sócios, não poderá tornar-se inferior a um quarto da cifra de capital mais elevada alcançada desde a constituição da sociedade]; espanhol [v.g. art. 45.º da *Ley Estatal de Cooperativas* dispôs que os estatutos poderão prever que, quando num exercício económico o montante da devolução das entradas supere a percentagem de capital social que neles se estabeleça, os novos reembolsos fiquem condicionados a uma decisão favorável do *Consejo Rector*; as cooperativas poderão, por isso, estabelecer estatutariamente uma determinada percentagem de capital fixo que terá a natureza de recurso próprio]; da União Europeia [O n.º 4 do art. 3.º do *ESCE* dispôs que os estatutos poderão estabelecer o montante abaixo do qual o capital subscrito não poderá ser reduzido pelo reembolso de títulos de membros que deixem de fazer parte da *SCE*, montante esse que não poderá ser inferior a 30 000 €, sendo o prazo de reembolso suspenso enquanto esse reembolso implicar a redução do capital subscrito para um montante inferior ao montante referido].

⁵⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de julho.

contabilmente, como um recurso alheio e não como um recurso próprio. Efetivamente, a *Norma Contabilística de Relato Financeiro n.º 27 (NCRF 27)*, que corresponde à *IAS 32*, dispõe que um instrumento financeiro, qualquer que seja a sua forma, se puder ser reembolsado a pedido do subscritor, será considerado como um recurso alheio, o que determinará, no caso da cooperativa, e por força do que dispõe o n.º 2 do art. 36.º do CCoop, que o capital social seja qualificado como passivo. Acontece que qualificar contabilmente o capital social como passivo terá evidentes repercussões na imagem de solvência da cooperativa perante terceiros, com as consequências negativas que daí resultam para a sua atividade económica.

É certo que, em virtude de fortes pressões do movimento cooperativo junto da União Europeia e do *International Accounting Standards Board (IASB)*, este último organismo acabou por publicar uma interpretação, a «*IFRIC 2 – Ações dos membros em entidades cooperativas e instrumentos semelhantes*»⁵¹.

Nos termos da «*IFRIC 2*», e de um modo sucinto, o direito contratual do titular de um instrumento financeiro de pedir a remissão não implicará, por si só, que esse instrumento financeiro seja classificado como passivo financeiro, devendo a entidade ter em conta todos os termos e condições do instrumento financeiro para determinar a sua classificação como passivo ou capital próprio. Tais termos e condições constarão das leis, regulamentos e estatutos aplicáveis à entidade e que se encontrem em vigor à data da classificação.

Assim, esta Interpretação do *IASB* dispõe que as ações dos membros (leia-se entradas de capital) poderiam ainda ser classificadas como capital próprio, se ocorresse qualquer das seguintes condições: (i) a entidade emitente tivesse um direito incondicional de recusar a remissão das ações dos membros; (ii) a lei, os regulamentos e os estatutos que governam a entidade pudessem impor vários tipos de proibições à remissão das ações dos membros, como por exemplo, proibições incondicionais ou proibições baseadas em critérios de liquidez.

Dispõe-se, igualmente, que se a remissão for incondicionalmente proibida por lei local, regulamento ou estatutos da entidade, as ações dos seus membros serão classificadas como capital próprio. Mas admite-se para além da proibição incondicional absoluta, no sentido em que todas as remissões serão proibidas, a proibição incondicional parcial, no sentido em que só se proíbe a remissão de ações dos membros se essa remissão implicar que o montante do capital realizado desça abaixo de um nível especificado nos estatutos.

Assim, à luz da «*IFRIC 2*», e tendo por referência a cooperativa, as partes sociais desta só poderão ser consideradas como capital (entenda-se capital próprio), desde que a cooperativa tenha um direito incondicional de recusar o reembolso da

⁵¹ A mencionada interpretação consta do Regulamento (CE) n.º 1073/2005 da Comissão (o texto pode ler-se em <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi>).

parte social do cooperador e os estatutos ou a legislação definam um limite a partir do qual o capital social não poderá ser reduzido em caso de reembolso⁵².

A manter-se a atual redação da *NCFR 27*, haverá que encontrar soluções legais tendentes a criar medidas complementares, de forma a minorar os efeitos da aplicação daquela norma contabilística às cooperativas.

Para o efeito, inspirando-nos na reforma operada no ordenamento espanhol, defendemos a discussão da possibilidade de, mediante cláusula estatutária, se introduzir uma dualidade no capital social das cooperativas, o qual passa a estar representado por títulos de capital reembolsáveis ou por títulos de capital cujo reembolso possa ser recusado incondicionalmente pelo órgão de administração da cooperativa em caso de demissão do cooperador. O não reembolso deverá ser fundamentado e sujeito a ratificação da assembleia geral. Acresce que os títulos de capital reembolsáveis poderão ser convertidos em títulos de capital não reembolsáveis ou o inverso, mediante deliberação da assembleia geral, tomada por maioria qualificada⁵³.

Um outro vetor de reforma prende-se com a relação entre o reembolso e o capital social mínimo. Assim, defendemos que os estatutos deverão prever que, quando num exercício económico o montante dos títulos de capital a reembolsar supere uma determinada percentagem do montante do capital social que neles se estabeleça, o reembolso fique dependente de uma deliberação do órgão de administração nesse sentido.

Em nome do princípio da adesão voluntária e livre, consideramos que o cooperador que tenha votado contra as deliberações sobre o reembolso ou não reembolso, que se absteve ou que esteve ausente da respetiva assembleia geral, poderá demitir-se nos termos e prazos previstos na lei para o exercício do direito de demissão.

Como paliativo a este regime gravoso para o cooperador, deverá prever-se que quando ele seja titular de títulos de capital não reembolsáveis tenha direito de preferência na remuneração dos títulos de capital e no retorno dos excedentes correspondentes ao exercício económico em que se demitiu. Em caso de admissão de novos cooperadores nas cooperativas em que existam títulos de capital cujo reembolso tiver sido recusado incondicionalmente pelo órgão da administração da cooperativa em caso de demissão de cooperador, as entradas para o capital so-

⁵² Para uma análise desenvolvida desta questão, v. D. APARÍCIO MEIRA, «A Norma Contabilística de Relato Financeiro n.º 27 (NCRF 27) e as Cooperativas. Uma análise jurídica (parecer Jurídico)», *CES* 34 (2011/2012), pp. 305-326.

⁵³ Sobre a reforma operada no ordenamento espanhol, v. F. J. TORRES PÉREZ, *Régimen Jurídico de las Aportaciones Sociales en la Sociedad Cooperativa*, Monografía Asociada a RdS, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 454 e ss.; C. VARGAS VASSEROT, «Aportaciones exigibles o no exigibles: ésa es la cuestión», *CIRIEC - España, revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 22, 2013, pp. 75-119.

cial deverão efetuar-se: (i) mediante a aquisição de tais títulos de capital; (ii) por ordem de antiguidade dos pedidos de reembolso deste tipo de títulos de capital e, em caso de pedidos com igual data, a aquisição produzir-se-á proporcionalmente ao montante das entradas.

A não ser acolhida a proposta mais ampla inspirada na reforma espanhola — que consideramos que ao resolver um problema deixa em aberto outros problemas (designadamente uma forte compressão do princípio da adesão voluntária e livre quanto aos cooperadores titulares de títulos de capital não reembolsáveis) —, pelo menos deverá assegurar-se, na reforma do Código, uma adequada proteção do capital social mínimo no sentido de impedir o reembolso dos títulos de capital quando este supere uma determinada percentagem do montante do capital social estatutário, proteção esta completamente ausente do Código atual. No entanto, ficar apenas por esta solução não resolve os problemas resultantes da aplicação da *NCFR 27*.

4.5. As alterações que se impõem quanto às contribuições dos cooperadores para o capital social

No estágio atual da legislação, as entradas dos cooperadores para o capital social poderão consistir em *dinheiro, espécie e indústria*.

Assim, no direito português, o art. 21.º, n.º 1, do CCoop dispôs que o capital subscrito das cooperativas pudesse ser realizado em dinheiro, em bens, em direitos, em trabalho ou em serviços.

Ora, é nosso entendimento que esta contribuição de trabalho não deveria ser entendida como uma contribuição para o capital social, propondo-se, por isso, uma interpretação restritiva daquela norma. A razão da exclusão resulta do facto de o «trabalho» não constituir um valor quantificável e atual, suscetível de expressão monetária, pelo que não pode cumprir com a função de garantia que é própria do capital. Contudo, apesar de o trabalho do cooperador-trabalhador não dever ser entendido como uma contribuição para o capital social, tal não obsta ao seu valor enquanto contribuição social. Consideramos, então, que estaremos perante uma prestação laboral, de características peculiares, mas que não é capital social. Há por isso que alterar o enunciado.

Impõe-se, assim, uma maior clarificação quanto ao regime jurídico das entradas, nos seguintes termos: (i) o capital subscrito pode ser realizado em dinheiro, bens ou direitos; (ii) não podem ser emitidos títulos de capital em contrapartida de contribuições de trabalho ou prestação de serviços, sem prejuízo de a legislação aplicável a cada um dos ramos cooperativos poder exigir para a aquisição da qualidade de cooperador uma contribuição obrigatória de capital e de trabalho.

O CCoop é omissivo quanto à exigência de que o diferimento das entradas em dinheiro só seja possível desde que o montante dos valores nominais das entradas

em dinheiro e em espécie, entregues inicialmente, atinja pelo menos o capital mínimo legal. Assim, no contexto da reforma, impõe-se uma mensagem legislativa mais clara, fazendo depender expressamente a possibilidade do diferimento das entradas em dinheiro, nos termos e prazos mencionados no Código, da condição de que no momento da constituição da cooperativa esteja integralmente realizado o capital social mínimo.

4.6. Maior clarificação no regime de transmissão dos títulos de capital

O art. 23.º do CCoop 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 cooperador ou, reunindo as condições exigidas, solicitar a sua admissão.

No entanto, o CCoop não regula o formalismo e prazos a observar quando 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 CSC, por força do art. 9.º do CCoop⁵⁴].

Dada a relevância desta matéria, entendemos que o Código deve regular expressamente o formalismo e prazos a observar quando do pedido e da concessão da autorização para a transmissão dos títulos de capital.

Assim, há que renovar a solução normativa, nos seguintes termos: o cooperador que pretenda transmitir os seus títulos de capital deverá comunicá-lo, por escrito, ao órgão de administração, devendo a recusa ou concessão de autorização ser comunicada ao cooperador, no prazo máximo de 60 dias a contar do pedido, sob pena de essa transmissão se tornar válida e eficaz, desde que o transmissário já seja cooperador ou reúna as condições de admissão exigidas.

Quanto ao *modus operandi* de transmissão, propomos preceitos mais claros que distingam entre a transmissão *inter vivos* e a transmissão *mortis causa*, e dentro das transmissões entre os títulos de capital titulados e os escriturais (trazendo, com as necessárias adaptações, para o corpo da norma o regime do Código dos Valores Mobiliários, para que se remete no atual CCoop).

Assim, propomos uma redação, nos termos da qual a transmissão *inter vivos* dos títulos de capital se opera: (i) no caso dos titulados, através do endosso do título, assinado pelo transmitente e adquirente e por quem obriga a cooperativa, sendo averbada no livro de registos respetivo; (ii) no caso dos escriturais, através do registo na conta do adquirente, sendo averbada no livro de registos respetivo.

⁵⁴ O art. 329.º, n.º 3, al. a), do CSC, dispõe que o contrato de sociedade, sob pena de nulidade da cláusula que exige o consentimento, deverá conter a fixação de prazo, não superior a 60 dias, para a sociedade se pronunciar sobre o pedido de consentimento para a transmissão de ações nominativas.

Quanto à transmissão *mortis causa* dos títulos de capital, deverá destacar-se que a mesma se opera através da apresentação de documento comprovativo da qualidade de herdeiro ou legatário, mediante o qual será averbado em seu nome: (i) a) no caso dos titulados, no respetivo livro de registo, devendo o título ser assinado por quem obriga a cooperativa e pelo herdeiro ou legatário; (ii) b) no caso dos escriturais, na conta do adquirente, sendo averbados no livro de registo respetivo.

A mensagem legislativa deverá ser nítida no sentido de que, não sendo admissível a transmissão *mortis causa*, o herdeiro ou legatário terá direito ao reembolso dos títulos de capital.

4.7. Novas soluções normativas quanto às reservas cooperativas

O n.º 1 do art. 69.º do CCoop é claro ao dispor que a reserva legal se destina, em exclusivo, à cobertura de eventuais perdas de exercício.

Ora, esta utilização da reserva legal exclusivamente para cobertura das perdas do exercício evidencia a principal finalidade — e no caso das cooperativas, a única — da figura da reserva legal: a de funcionar como primeira linha de defesa do capital social, evitando que as perdas decorrentes da atividade empresarial da cooperativa incidam diretamente sobre o capital social e determinem a sua redução. De facto, existindo a reserva legal, essas perdas serão cobertas, em primeira linha, pelos bens que no ativo lhe correspondem⁵⁵.

Todavia, para que a reserva legal desempenhe adequadamente a sua função de defesa do capital social, propomos a introdução de um preceito que clarifique que ela só pode ser utilizada para cobrir a parte do prejuízo do exercício que não possa ser coberto pela utilização de outras reservas. Não é este o regime que parece resultar do art. 69.º do CCoop. A redação atual dos números 1 e 4 do preceito permite que as perdas sejam imputadas, em primeiro lugar e integralmente, à reserva legal, em vez de, como seria mais adequado — atendendo à função garantística desempenhada por tal reserva —, se determinar que a imputação de perdas fosse feita, em primeiro lugar, aos fundos de reservas livres, se existirem, admitindo-se a imputação à reserva legal apenas com carácter subsidiário e mediante a fixação de limites.

No que respeita às fontes desta reserva (joias e excedentes anuais líquidos), o legislador fixou uma percentagem que «não poderá ser inferior a 5%» (n.º 2 do art. 69.º do CCoop), ficando, portanto, a lei satisfeita se for utilizada aquela percentagem. Todavia, esta percentagem foi referida como «não inferior», compreendendo-se, então, que os estatutos da cooperativa ou a Assembleia geral possam

⁵⁵ Destacando a importância das reservas na cooperativa, v. W. GROSSKOPF / H.-H. MÜNKNER / G. RINGLE, *Our Co-op. Idea-Mission-Achievements*, AG SPAK Bücher, Marburgo, 2010, pp. 106-107.

estipular uma percentagem superior a essa. É, aliás, nosso entendimento que uma mais rápida constituição da reserva legal, decorrente de uma mais elevada percentagem de excedentes a ela destinada, terá o efeito benéfico de reforçar a situação patrimonial da cooperativa.

Quanto à constituição da reserva, esta deixará de ser obrigatória a partir do momento em que atinja «um montante igual ao máximo do capital social atingido pela cooperativa» (n.º 3 do art. 69.º do CCoop). No entanto, o texto da norma não esclarece que capital social é este: se é o capital social real (contabilístico) ou se é o estatutário.

Acresce que é nosso entendimento que este montante, estabelecido pelo legislador cooperativo português — «um montante igual ao máximo do capital social atingido pela cooperativa» —, será um montante mínimo, no sentido de que os estatutos poderão estipular um montante superior, mas nunca inferior. O legislador não emprega a expressão «limite máximo», limitando-se a dizer que as reversões deixarão de ser obrigatórias a partir do momento em que a reserva atinja aquele montante⁵⁶.

Reclama-se, por isso, a introdução de um preceito que clarifique que os estatutos da cooperativa podem fixar percentagem de reversão e montante mais elevados para a reserva legal. Em nome dos valores da segurança e da certeza jurídica, consideramos, ainda, que se deveria concretizar qual o montante mínimo da reserva legal, dispondo, por exemplo, que as reversões deixam de ser obrigatórias desde que a reserva atinja um montante igual ao dobro do capital social estatutário.

Quanto à reserva de educação e formação cooperativas, regulada pelo art. 70.º do CCoop também é de constituição obrigatória, haverá que sinalizar que esta reserva não responde pelas dívidas da cooperativa perante terceiros, mas apenas pelas obrigações contraídas no âmbito da atividade a que está adstrita. É que, diversamente de outros ordenamentos, na legislação cooperativa portuguesa, esta reserva não foi configurada como um fundo especial, constituído em património autónomo⁵⁷, mas apenas como uma conta, em sentido contabilístico, de capitais próprios. Contudo, consideramos que os bens afetos a esta reserva, por fidelidade

⁵⁶ V, neste sentido, D. APARÍCIO MEIRA, «A reserva legal nas cooperativas», *RCEJ*, n.º 19, ISCAP, Porto, 2011, pp. 7-25.

⁵⁷ É o que acontece, no ordenamento espanhol, com algumas leis autonómicas. Neste sentido, veja-se, por exemplo, o art. 4.º da *Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana* dispôs que «a cooperativa responderá pelas suas dívidas com todo o seu património presente e futuro, excepto o correspondente ao fundo de formação e promoção cooperativas, que só responderá pelas obrigações estipuladas para o cumprimento dos seus fins» (na mesma linha o art. 72.º da referida Lei); e o n.º 1 do art. 5.º da *Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid* estabeleceu que a cooperativa responderá pelas suas dívidas sociais perante terceiros com todo o seu património presente e futuro, excepto o correspondente ao *Fondo de formación y promoción cooperativa* que «só responderá pelas obrigações estipuladas para o cumprimento dos seus fins».

à sua vocação legal, só responderão pelo pagamento das dívidas contraídas na atividade a que está adstrita e não pelas restantes dívidas da cooperativa.

4.8. Vetores de mudança quanto à distribuição de resultados

A problemática da determinação e distribuição dos resultados é tratada de forma muito incipiente no CCoop.

Nas cooperativas são identificáveis *três tipos principais de resultados*: os resultados cooperativos, designados de excedentes, correspondentes aos resultados provenientes da atividade económica desenvolvida entre a cooperativa e os seus membros (atividade cooperativizada); os resultados extracooperativos correspondentes aos resultados provenientes das operações com terceiros; e os resultados extraordinários, provenientes de atividade alheia ao fim social da cooperativa⁵⁸.

Seria, assim, relevante, que esta distinção surgisse de forma clara no Código Cooperativo. Percebe-se que o legislador a tem parcialmente presente quando consagra que os «excedentes» provenientes de operações com terceiros não poderão ser repartidos pelos cooperadores (art. 73.º, n.º 1, do CCoop), sendo obrigatoriamente afetados a reservas irrepartíveis (art. 72.º do Ccoop). O legislador não refere, todavia, os resultados extraordinários e designa os resultados provenientes das operações com terceiros de «excedentes», quando estamos perante lucros e não verdadeiros excedentes cooperativos, uma vez que não foram realizados no âmbito de uma atividade mutualista⁵⁹.

Em matéria de distribuição de resultados, consideramos fundamental a introdução de um preceito que consagre expressamente que não podem ser distribuídos aos cooperadores os resultados provenientes de operações realizadas com terceiros ou quaisquer outros resultados extracooperativos, os quais deverão ser afetados a reservas irrepartíveis.

5 CONCLUSÃO

Nunca abdicando da identidade cooperativa, propomos, em síntese as alterações legislativas que passamos a enunciar.

⁵⁸ Esta distinção está expressamente prevista na legislação cooperativa espanhola (v.g. art. 57.º da Lei Estatal de Cooperativas — Ley 27/1999, de 16 de julio). V., sobre esta distinção, I.-G. FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 120 e ss.; e M. PANIAGUA ZURERA, «Determinación y aplicación de resultados», in: *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I, cit., pp. 659-686.

⁵⁹ Sobre esta questão, v. D. APARÍCIO MEIRA, «Revisitando o problema da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário», in: *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2012, pp. 353-376.

Em matéria de governação da cooperativa, defendemos, em primeiro lugar, a renovação do modelo existente, e, além disso, a introdução do designado «modelo anglo-saxónico». A admitir-se o modelo dito «germânico, tem de ser acautelado que a eleição e a destituição dos titulares dos órgãos de administração e de fiscalização devem ser da competência da assembleia geral.

Quanto à admissão do voto plural e de membros investidores, ela não pode pôr em causa a vocação mutualista da cooperativa nem o seu carácter democrático, pelo só pode ser introduzida em termos restritos. Em consequência, deve o futuro Código Cooperativo regular imperativamente os critérios de que depende a admissão do voto plural e dos membros investidores.

Em matéria de responsabilidade civil pela administração e fiscalização, devem ser clarificados os pressupostos de que ela depende e devem ser introduzidos mecanismos processuais destinados a efetivá-la.

Quanto ao regime económico, propomos uma nova sistematização das matérias atualmente dispersas pelo Código num único capítulo.

Defendemos, como regra, a expressa consagração da não responsabilidade do cooperador pelas dívidas da cooperativa perante terceiros. Mediante cláusula estatutária, admitimos a responsabilidade dos cooperadores pelas dívidas da cooperativa, subsidiariamente em relação à cooperativa e solidariamente entre os cooperadores.

Quanto à posição do património da cooperativa perante os credores particulares do cooperador, sustentamos a consagração expressa da regra de que o credor particular do cooperador não pode penhorar para satisfação dos seus créditos os títulos de capital de que o cooperador seja titular.

Quanto ao capital social, somos da opinião de que deverá ser expressamente consagrada a regra de que o aumento do capital por incorporação de reservas só pode ser feito pelo recurso a reservas não obrigatórias e cuja dotação não resulte de benefícios provenientes de operações com terceiros. Defendemos, ainda, uma liberalização do regime do capital social mínimo.

Há que repensar o regime jurídico do direito ao reembolso de forma a adequá-lo às normas internacionais de contabilidade.

Parece-nos que o valor das contribuições em trabalho não pode ser imputado no capital social.

O novo Código Cooperativo deve regular expressamente o formalismo e prazo a observar para a transmissão dos títulos de capital.

No que tange à reserva legal, defendemos um regime de imputação de perdas com carácter subsidiário em relação a outras reservas e mediante a fixação de limites.

A reserva de formação e educação cooperativas não deve, em caso algum, responder por dívidas da cooperativa perante terceiros.

Em matéria de resultados, deve o Código Cooperativo distinguir entre excedentes, resultados extracooperativos e resultados extraordinários. Propomos, ainda, a consagração expressa da afetação obrigatória destes dois últimos tipos de resultados a reservas irrepartíveis.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ABREU, J. M. Coutinho de, *Da empresarialidade. As empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1999.
- ABREU, J. M. COUTINHO DE / RAMOS, M. ELISABETE, “Artigo 72.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. de J. M. Coutinho de Abreu), vol. I, Almedina, Coimbra, (2010), pag. 837-855.
- ABREU, J. M. COUTINHO DE, “Artigo 53.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. de J. M. Coutinho de Abreu), vol. I, Almedina, Coimbra, (2010), pag. 636-641.
- ABREU, J. M. COUTINHO DE, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- BONFANTE, G., *Delle Imprese Cooperative. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (a cura di Francesco Galgano), Libro quinto del Lavoro, Zanichelli Editore, Bologna, 1999.
- CÂMARA, P., “Os modelos de governo das sociedades anónimas”, *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, (2007), pag. 179-242.
- DIAS, G. FIGUEIREDO, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2006.
- DIAS, G. FIGUEIREDO, “Fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores”, *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, (2007), pag. 279-334.
- FICI, A., «Italia», *International Handbook of Cooperative Law*, Dante Cragogna/Antonio Fici/Hagen Henry (editors), Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2013, pp. 479-501.
- FRADA, M. CARNEIRO DA / GONÇALVES, D. COSTA, “A ação *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do direito cooperativo com o direito das sociedades comerciais”, *Revista de Direito das Sociedades*, 1 (2009), pag. 885-922.
- FAJARDO GARCÍA, I.-G., *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, Madrid, 1997.
- FAJARDO GARCÍA, I.-G., “Spain”, *International Handbook of Cooperative Law*, Dante Cragogna/Antonio Fici/Hagen Henry (editors), Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2013, pag.701-718.
- GROSSKOPF, W. / MÜNKNER, H.-H. / RINGLE, G., *Our Co-op. Idea-Mission-Achievements*, AG SPAK Bücher, Marburgo, 2010.
- HIEZ, D., “France”, *International Handbook of Cooperative Law*, Dante Cragogna/Antonio Fici/Hagen Henry (editors), Springer, Hamburg/Heidelberg/London, 2013, pag. 393-411

- COATES, A., “Belgium”, *International Handbook of Cooperative Law*, Dante Cragogna / Antonio Fici / Hagen Henry (editors), Springer, Hamburg/Heidelberg, 2013, pag. 251-269.
- HOPT, K., *The board of nonprofit organizations: some corporate governance thoughts from Europe*, ECGI, Law Working Paper n.º 125/2009, April 2009.
- MARTÍN REYES, M. A. / ALMEDO PERALTA, E., “El capital social. Concepto y funciones”, in: *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I (dir. Juan Ignacio Peinado Gracia; coord. Trinidad Vásquez Ruano), Tirant Lo Blanch, Valencia, (2013), pag. 535-552.
- MEIRA, D. APARÍCIO, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Editora Vida Económica, Porto, 2009.
- MEIRA, D. APARÍCIO, “A reserva legal nas cooperativas”, RCEJ, n.º 19, ISCAP, Porto, (2011), pag. 7-25.
- MEIRA, D. APARÍCIO, “A Norma Contabilística de Relato Financeiro n.º 27 (NCRF 27) e as Cooperativas. Uma análise jurídica (parecer Jurídico)”, CES 34 (2011-2012), pag. 305-326.
- MEIRA, D. APARÍCIO, “Revisitando o problema da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário”, in: *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, (2012), pag. 353-376.
- MEIRA, D. APARÍCIO, “A relevância do cooperador na governação das cooperativas”, CES 35 (2012-2013), pag. 9-35.
- MEIRA, D. APARÍCIO, “A governação cooperativa: encontros e desencontros com a governação societária”, *III Congresso Direito das Sociedades em revista* (em fase de publicação).
- MEIRA, D. APARÍCIO / RAMOS, M. ELISABETE, “Contributos Legislativos para o Empreendedorismo Cooperativo”, *Cadernos de Economia Social*, n.º 106, Lisboa, (2014), pag.26-28.
- MÜNKNER, H.-H., “Germany”, *International Handbook of Cooperative Law*, Dante Cragogna / Antonio Fici / Hagen Henry (editors), Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, (2013), pag. 413-429.
- NAMORADO, R., “Portugal”, *International Handbook of Cooperative Law*, Dante Cragogna / Antonio Fici / Hagen Henry (editors), Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, (2013), pag. 635-652.
- NUNES, A. J. Avelãs, *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2002.
- PANIAGUA ZURERA, M., “Determinación y aplicación de resultados”, in: *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I, (Dir. Juan Ignacio Peinado Garcia; Coord. Trinidad Vásquez Ruano), Tirant Lo Blanch, Valencia, (2013), pag. 659-707.
- RAMOS, M. ELISABETE, “Ação *ut singuli* e cooperativas. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Outubro de 2008”, CES 31 (2008-2009), pag. 273-278.
- RAMOS, M. ELISABETE, “Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas – uma introdução”, CES 32 (2009-2010), pag. 35-54.
- RAMOS, M. ELISABETE, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Coimbra, 2010.
- RODRIGUES, J. A., *Código Cooperativo anotado e comentado e legislação cooperativa*, 3.ª ed., Quid Juris?, Lisboa, 2001.
- SUBTIL, A. R. / ESTEVES, M. / ILHÉU, M. / MARTINS, L. M., *Legislação Cooperativa anotada* (coord. de Raposo Subtil), Vida Económica, 2.ª ed., Porto, 2006.

TORRES PÉREZ, F. J., *Régimen Jurídico de las Aportaciones Sociales en la Sociedad Cooperativa*, Monografía Asociada a RdS, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

VARGAS VASSEROT, C., "Aportaciones exigibles o no exigibles: ésa es la cuestión", *CIRIEC - España, revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 22, (2013), pag. 75-119.

VICENT CHULIÁ, F., *Ley General de Cooperativas*, Tomo XX, Vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.

II

XURISPRUDENCIA

II.1. COMENTARIOS XURISPRUDENCIA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 36 (2014), páxs. 113-132

ISSN: 1130-2682

ALGUMAS QUESTÕES EM TORNO DAS ASSOCIAÇÕES DE
DIREITO CIVIL: COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DE COIMBRA DE 9 DE ABRIL DE 2013

*SOMES QUESTIONS REGARDING THE ASSOCIATIONS' REGIME
IN CIVIL LAW: A COMMENTARY ON THE COURT OF APPEAL
OF COIMBRA DECISION OF THE 9TH OF APRIL OF 2013*

MAFALDA MIRANDA BARBOSA¹

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra. Doutorada em Direito, na área de Ciências Jurídico-civilísticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Correio eletrónico: mcnmb@fd.uc.pt

RESUMO

Sendo uma associação uma coletividade de pessoas, questiona-se em que medida é ou não possível restringir o direito dos associados de participar na assembleia geral, onde é formada a vontade coletiva da associação, para se concluir que a restrição não pode ser ilimitada. Simultaneamente, coloca-se o problema de saber se a invalidade das deliberações tomadas em assembleia geral há-de ser sempre configurada como uma anulabilidade ou se, pelo contrário, poderá conformar-se em termos de nulidade.

PALAVRAS-CHAVE: associações – participação dos associados nas assembleias gerais – invalidade das deliberações.

ABSTRACT

Associations, as a form of legal persons, bring up the question of whether it is possible to restrict the associates' right to gather and participate in a general meeting, taking note that it is in this place where the will of the legal person is formed. We conclude that such limitation can not be unlimited. Simultaneously, in this commentary we question if the invalidity of the resolutions taken in a general meeting are to be characterized as a nullity or as an annulment].

KEY WORDS: associations – the participation of associates in the legal persons' general meeting – invalidity of resolutions.

SUMÁRIO: 1. AS QUESTÕES DECIDIDAS PELO ACÓRDÃO DE 9/4/2013 DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA. O FUNDAMENTO DO RECURSO E O SENTIDO DA DECISÃO. 2. AS ASSOCIAÇÕES COMO PESSOAS COLECTIVAS DE DIREITO PRIVADO. 3. A ESTRUTURA ORGANIZATIVA DAS ASSOCIAÇÕES. 4. A (IN)VALIDADE DAS DELIBERAÇÕES.

CONTENTS: 1. THE QUESTIONS DECIDED BY THE COIMBRA COURT OF APPEAL IN THE JUDGEMENT OF THE 9TH OF APRIL OF 2013. THE REASONS OF THE APPEAL AND THE GROUNDS OF THE DECISION. 2. ASSOCIATIONS AS FORM OF LEGAL PERSONS IN PRIVATE LAW. 3. THE ASSOCIATIONS GOVERNANCE STRUCTURE. 4. THE (IN) VALIDITY OF OF THE LEGAL PERSONS' RESOLUTIONS.

I AS QUESTÕES DECIDIDAS PELO ACÓRDÃO DE 9/4/2013 DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA: O FUNDAMENTO DO RECURSO E O SENTIDO DA DECISÃO

O Tribunal da Relação de Coimbra foi chamado, em via de recurso, a pronunciar-se sobre a validade de duas deliberações aprovadas em Assembleia-geral pela associação *Grupo de Caça Associativa*: uma, datada de 3/7/2004, que aprovou o Regulamento Geral da Ré; e outra, datada de 10/6/2009, que aprovou uma alteração aos Estatutos. Subsequentemente, o coletivo de juízes deveria, ainda, pronunciar-se sobre a validade de todos os atos que tenham sido praticados quer com base no regulamento aprovado, quer com base na deliberação modificadora dos Estatutos.

Os autores do processo alegaram que a Associação tinha sido constituída em 1990, por escritura pública, tendo sido, no mesmo ato, aprovados os Estatutos que previam, no seu artigo 4º, que só podiam ser associados aqueles que já fossem membros de outras associações (a *Associação Cultural Recreativa dos Caçadores de x*, o *Clube dos Caçadores da freguesia de y*, o *Clube dos Caçadores de z*, o *Clube de Caça e Pesca de a*). No dia 3/7/2004, realizou-se uma reunião da Assembleia Geral, para a qual não foram convocados os autores, todos associados da *Associação Cultural Recreativa dos Caçadores de x*. Nessa Assembleia, terá sido aprovado o Regulamento interno que, no artigo 3º, estabelece que “a Assembleia-geral será constituída pela reunião de todos os elementos dos órgãos administrativos dos clubes e associações filiados nesta associação”. Ora, segundo os recorrentes, esta norma colide com o previsto nos Estatutos, ao mesmo tempo que contraria o preceituado no artigo 174º Cciv. Além disso, consideram que os artigos 36º e 45º do regulamento interno são nitidamente discriminatórios na me-

dida em que fazem uma clara distinção entre associados”. Segundo se pode ler no Acórdão, considera-se “*como zona de influência Sargento-Mor, Adões, Trouxemil, Barcouço, Vil de Matos e Antuzede, deixando de fora as localidades de Fornos e Cioga, impondo, ainda, o artigo 45.º do mesmo regulamento o pagamento de uma sobretaxa adicional aos associados não naturais, não residentes ou que não possuam terrenos rústicos dentro da associativa, sendo que, segundo os AA., sempre as localidades supra excluídas sempre fizeram parte da zona de influência, constituindo tal uma violação do art.º176.º do Código Civil e desde 1990 e até à presente data, sempre os AA. pagaram a taxa como pertencendo à zona de influência; só a partir de 17.09.2009 começaram alguns dos sócios a receber cartas da direção a informar do que consta do supra citado artigo 45.º e a exigir o pagamento da sobretaxa, sendo que, em 15.06.2009, a R., e dando cumprimento ao deliberado na Assembleia-Geral de 10.06.2009, alterou todos os Estatutos, considerando os AA. tal alteração inválida, por não terem sido convocados para aquela*”. Acresce que na Assembleia-Geral de 10/6/2009, foram alterados os Estatutos, não tendo sido os recorrentes, igualmente, convocados para a reunião. Repare-se, contudo, que, até à entrada em vigor do Regulamento aprovado em 2004, vigorava o Regulamento datado de 5 de Julho de 1990, cujo teor do artigo 3º coincide com o do preceito com o mesmo número integrado no novo documento. O artigo 34º do primitivo regulamento previa que “podem auferir direitos associativos, indivíduos de ambos os sexos, associados nos Clubes e Associações de caçadores, filiados nesta associação, sendo na 1.ª fase, todos aqueles que se encontravam já associados aquela data e, posteriormente, fica condicionada a fatores cinégenéticos dentro da zona de caça associativa, sendo, neste caso, a sua admissão competência da Direção”; o novo artigo 34º prevê, a partir de 2004, que “podem auferir direitos associativos, indivíduos de ambos os sexos, possuidores de documentação necessária para o exercício da atividade venatória, previamente associados nos Clubes e Associações de caçadores filiados nesta Associação, sendo numa 1.ª FASE, todos aqueles que se encontrem já associados à data da formação desta associação, e numa 2.ª FASE, fica condicionada a fatores cinégenéticos ou outros, sendo neste caso a sua admissão da competência exclusiva da Direção, sob proposta dos Clubes Associados”. O artigo 36º do Regulamento de 1990 previa que “não serão admitidos, sem estudo prévio por parte da Direção, elementos que não sejam proprietários, naturais ou residentes na zona de influência da Associativa”; dispendo-se no artigo 37º que se “considera [...] zona de influência as freguesias de Barcouço, Vil de Matos, Antuzede e ainda os lugares de Sargento-Mor, Adões e Trouxemil.”; o artigo 36º do Regulamento de 2004 estabelece como zona de influência as povoações de Sargento-Mor, Adões, Trouxemil, e freguesias de Barcouço, Vil de Matos e Antuzede.” O artigo 45º do Regulamento de 1990 previa que “os associados não naturais, não residentes ou que não possuam terrenos rústicos dentro da Zona de Caça Associativa, pagarão uma sobretaxa adicional a

determinar todos os anos pela Direção”, mantendo-se a mesma formulação no artigo 45º do Regulamento de 2004.

A associação *Grupo de Caça Associativa*, ré no processo, contestou considerando que os autores não são associados, porque o elemento pessoal do seu substrato é constituído pelas associações a que eles pertencem e não por eles próprios. A par da ilegitimidade, invocaram o facto de o pedido não ser tempestivo, uma vez que só foi deduzido 5 anos e 6 meses depois da data do ato que pretendem ver anulado. Na sua réplica, os autores aduzem que a deliberação é nula e não anulável, uma vez que o vício resulta da falta de convocatória para a Assembleia-geral, ao mesmo tempo que reafirmam a sua qualidade de associados. Note-se que, no relatório que acompanha a fundamentação do acórdão, por meio do qual temos acesso ao que se convencionou chamar de matéria de facto, se fala, a propósito do prazo para deduzir o pedido, de prescrição do direito. Ora, a ser procedente tal exceção – dado que analisaremos posteriormente –, o que estaria em causa seria a caducidade do direito de invocar a anulabilidade e não a prescrição desse direito. Os dois termos, não sendo equivalentes, apontam para regimes jurídicos diferenciados (cfr. artigos 300º e 328º Cciv.).

Na apreciação dos pressupostos processuais, o tribunal julgou procedente a exceção de ilegitimidade deduzida pela ré. Mas o Tribunal da Relação de Coimbra, para onde os autores recorreram, revogou tal decisão e ordenou que os autos baixassem à 1ª instância, onde foi julgada a ação, decidindo-se pela total improcedência do pedido e consequente absolvição do *Grupo de Caça Associativa*.

O que está em causa, em sede de recurso, é então saber se os associados autores do processo tinham ou não o direito de participar nas Assembleias-gerais que aprovaram as deliberações *supra* referidas; se têm legitimidade ou não para arguir a sua invalidade (caso ela se venha a verificar); e se foi ou não ultrapassado o prazo legal para a invocar. Em síntese, o Tribunal de recurso começou por responder negativamente à primeira das questões formuladas, por força do Regulamento Interno, para o qual se é remetido pelos Estatutos da Associação. Esta posição, segundo se pode ler na fundamentação do acórdão, não viola a disciplina contida no Código Civil, artigo 175º/1 e 2, por considerar que a tese que sufraga a dita contrariedade normativa assenta num critério puramente formal, que faz “tábua rasa do clausulados dos estatutos da ré e da natureza jurídica das associações e das finalidades subjacentes à sua constituição e composição”. Ademais, chamando à colação o pensamento de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA sobre o ponto (PIRES DE LIMA/J. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010 pág. 170), os juízes do Tribunal da Relação de Coimbra consideram que, de acordo com a lição do artigo 167º Cciv, é possível fazer uma diferenciação entre os associados no que respeita aos direitos e deveres que lhes são reconhecidos e impostos. E, em apelo ao pensamento de MANUEL VILAR DE MACEDO (M. VILAR DE MACEDO, *As associações no direito*

civil, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 24), invocam a ideia de liberdade de associação para aduzir que as associações podem decidir, com plena autonomia, quem pode e não pode ser associado, desde que tal não configure uma discriminação. Manifestando-se a vontade da associação através dos seus Estatutos, conclui o Tribunal de recurso que se impõe fazer da regulamentação estatutária do *Grupo de Caça Associativa* uma interpretação no sentido de que apenas pretenderam integrar na Assembleia Geral os elementos dos órgãos administrativos dos Clubes e Associações de caçadores filiados na associação ré.

Voltando ao artigo 175º Cciv, a Relação de Coimbra sustenta que o preceito não impõe que todos os associados tenham o direito de participar nas assembleias gerais da associação, apenas obrigando a que aquelas assembleias funcionem nos moldes ali prescritos.

Assim sendo, concluem os juízes do coletivo que os autores da lide não têm legitimidade para impugnar as deliberações e confirmam, subseqüentemente, a sentença recorrida. No texto do acórdão, pode constatar-se, a propósito da legitimidade para arguir a anulabilidade, a remissão para o artigo 286º Cciv. Estando o regime da anulabilidade contido no artigo 287º Cciv., cremos que a referência não passa de um mero *lapsus calami*. Mas mais importante será perceber em que medida as deliberações em causa são ou não válidas e, não sendo, qual o tipo de invalidade que se gera.

2 AS ASSOCIAÇÕES COMO PESSOAS COLETIVAS DE DIREITO PRIVADO

As pessoas coletivas podem definir-se como “as organizações constituídas por uma coletividade de pessoas ou por uma massa de bens, dirigidas à realização de interesses comuns ou coletivos, às quais a ordem jurídica atribui a personalidade jurídica” (C.A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição (por A. PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO), Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 269). Várias são as pessoas coletivas com que nos podemos confrontar. Entre elas contam-se as associações, “pessoas coletivas de substrato pessoal que não tenham por fim a obtenção de lucros para distribuir pelos sócios” (C.A. MOTA PINTO, *Teoria Geral...* cit, pág. 292. Veja-se, ainda, a noção apresentada por M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil das pessoas coletivas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 62: “é o ente nascido da vontade de um conjunto de pessoas que, por ato formal válido e eficaz, acordam entre si constituir uma organização autónoma para, através dela, prosseguirem fins não económicos e não lucrativos que lhe são comuns, a que a lei reconhece a qualidade de pessoa jurídica por efeito da celebração do respetivo ato constitutivo”), que, de acordo com um critério doutrinal, podem ser integradas dentro da categoria das corporações. Estas caracterizam-se por serem coletividades de pessoas e, como tal, por serem “governadas por um agrupamento de pessoas (os associados), que subscrevem originariamente os es-

tatutos e outorgam no ato constitutivo ou aderem posteriormente à organização” (C.A. MOTA PINTO, *Teoria Geral...cit.*, pág. 283). Por isso, “os associados dominam através dos órgãos – designadamente a assembleia geral – a vida e o destino da corporação, podendo mesmo alterar os estatutos” (C.A. MOTA PINTO, *Teoria Geral... cit.*, pág. 283).

Quer isto dizer que, se analisarmos o substrato das associações – enquanto elemento constitutivo imprescindível –, o peso primordial é dado ao subelemento pessoal, ao ponto de se poder afirmar que é a coletividade de pessoas que, dando origem ao novo ente dotado de personalidade jurídica e regendo os seus destinos, constitui a sua essência. Esta nota, que marca a diferença relativamente às fundações – que apresentam como elemento vital do substrato o subelemento patrimonial –, repercute-se na configuração dos restantes subelementos do referido substrato.

A afirmação deve ser entendida com cautelas. Na verdade, a repercussão a que se alude não pode ser entendida como um condicionamento direto e unitário, pois, se assim fosse, não haveria razão para distinguir as associações das sociedades, que também integram a categoria das corporações. Ou seja, a modelação dos diversos elementos do substrato das pessoas coletivas não é determinado, exclusivamente, pelo pendor mais pessoal ou mais patrimonial que elas apresentam. Não obstante, é inegável que a presença fundamental da coletividade de pessoas na base da constituição do novo ente jurídico autónomo não é inócua, no que respeita à conformação do elemento organizatório, teleológico e intencional.

Assim, podemos considerar que, enquanto as fundações, porque vivificadas a partir de um substrato patrimonial, são instituídas por um ato do fundador que, basicamente, o que vem fazer é afetar uma determinada massa de bens à prossecução de um interesse social; as associações só surgem a partir de um acordo constitutivo de todos os associados. No fundo, estamos aqui a referir-nos, ainda que de forma subtil, ao elemento intencional do substrato da pessoa coletiva. Este elemento intencional evidencia o *animus personificandi*, ou seja, a intenção de criar uma nova pessoa jurídica. Por isso, na base do surgimento de uma pessoa coletiva tem de existir um negócio jurídico. No caso das associações, esse negócio é o ato de constituição da associação (artigo 167º Cciv.); no caso das sociedades é o contrato de sociedade (artigo 980º Cciv. e artigo 7º CSC); e, no caso das fundações, o ato de instituição da fundação (artigo 186º Cciv). (Cfr. C.A. MOTA PINTO, *Teoria Geral... cit.*, pág. 276). Este elemento intencional não deve ser confundido com o elemento teleológico, que diz respeito à finalidade da pessoa coletiva, que esteve na base da constituição da coletividade pessoal ou da afetação da massa de bens, que claramente permite diferenciar as várias pessoas coletivas previstas na lei.

Por outro lado, no que respeita ao elemento organizatório (cfr. C.A. MOTA PINTO, *Teoria Geral... cit.*, pág. 277), há que lembrar que a estrutura organiza-

tiva da pessoa coletiva fica dependente da sua finalidade e da natureza pessoal ou patrimonial que está associada ao seu substrato. Não se pode, na verdade, ignorar que, enquanto as fundações são geridas a partir da vontade originária fixada pelo fundador, que, uma vez cumprido o ato instituidor, fica de fora da fundação, não fazendo igualmente parte do substrato da pessoa coletiva em questão aqueles que integram os órgãos de administração (Cfr. C.A. MOTA PINTO, *Teoria Geral...* cit., pág. 273), a vida da associação é determinada pela vontade do conjunto de associados que a constituíram e que integram o substrato. Mais uma vez nas palavras de MOTA PINTO, “os associados dominam através dos órgãos – designadamente a assembleia-geral – a vida e o destino da corporação (...)”; “são regidas por uma vontade imanente, por uma vontade própria, que vem de dentro e, por isso, pode dizer-se que têm órgãos dominantes”. (Cfr. C.A. MOTA PINTO, *Teoria Geral...* cit., pág. 283). Nessa medida, a Assembleia Geral, enquanto reunião magna dos associados, adquire uma importância extrema ao nível das associações.

3 A ESTRUTURA ORGANIZATIVA DAS ASSOCIAÇÕES

A estrutura organizativa das associações, como a das demais pessoas coletivas, vem balizada pelas regras definidas pelo legislador. Mas, este confere aos associados uma ampla liberdade de conformação, em obediência ao princípio da liberdade de associação, constitucionalmente consagrado, e em atenção à natureza negocial que subjaz à criação da pessoa coletiva. O ato de constituição da associação, de facto, deve vir acompanhado da elaboração de estatutos, que ficam sujeitos aos mesmos requisitos de publicidade que o primeiro. Ora, são eles que, em primeira linha, vão estabelecer as regras que disciplinam o funcionamento da pessoa coletiva. E se os documentos em apreço, necessariamente, têm de conter determinadas menções, a verdade é que há outras que ficam na inteira disponibilidade dos associados. O artigo 167º Cciv, dizendo respeito ao ato constituição das associações, refere, no nº1, que ele “especificará os bens ou serviços com que os associados concorrem para o património social, a denominação, fim e sede da pessoa coletiva, a forma do seu funcionamento, assim como a sua duração, quando a associação se não constitua por tempo indeterminado” [Os autores chamam a atenção para o facto de o ato de constituição ser diferente dos estatutos. O nº1 do preceito refere-se ao ato de constituição da associação, dizendo o nº 2 respeito aos estatutos – cfr. C.A. MOTA PINTO, *Teoria Geral...* cit., pág. 303; M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil...*cit., pág. 64. No entanto, o ato de constituição compreende os estatutos, que “são incorporados no próprio instrumento notarial de constituição ou figuram em documento anexo, quando a sua extensão o justifique” (*ult. op. cit., loc. cit.*); A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, Parte Geral, tomo III, Pessoas, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 623-624 (“o ato constitutivo corresponde a uma ou mais

declarações de vontade, nas quais o ou os fundadores [...] dão conta da vontade de constituir determinada pessoa coletiva, aprovando os seus estatutos. Estes, por seu turno, analisam-se num documento eventualmente autónomo, que regula as características e o funcionamento da pessoa coletiva criada”. Mas, “os estatutos têm a natureza do ato constitutivo”) e págs. 709 e ss. (questionando se, “quando haja dois documentos, os elementos necessários elencados como devendo pertencer ao ato constitutivo poderão ser deslocados para os estatutos” e respondendo que os elementos que o artigo 167º/1 considera obrigatórios abrangem no essencial as rubricas que animam os estatutos das associações, pelo que “não parece haver substância para esvaziar os estatutos, incluindo tal matéria no ato constitutivo e, muito menos, para invalidar uma associação, quando os elementos do artigo 167º/1 apareçam nos estatutos e não no ato constitutivo”)], e dispõe, no nº 2, que “os estatutos podem especificar ainda os direitos e obrigações dos associados, as condições da sua admissão, saída e exclusão, bem como os termos da extinção da pessoa coletiva e conseqüentemente devolução do seu património”.

A menção à forma de funcionamento, que deve constar quer do ato de constituição, quer dos estatutos (Na verdade, os autores têm interpretado o nº 2 do artigo 167º no sentido de considerar que, pela presença da expressão «ainda», os estatutos podem conter menções referentes aos pontos nele elencados, mas também, e obrigatoriamente, devem integrar menções respeitantes aos pontos especificados no nº 1. Cfr. M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil...* cit., pág. 64. Sobre o ponto, cfr., ainda, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito...* cit. I/3, pág. 627, sublinhando que, se os estatutos não contiverem “algum ou alguns dos elementos essenciais, ou é possível suprir a omissão, pela interpretação ou com recurso a algum ato superveniente, ou a constituição da pessoa coletiva é nula, por indeterminabilidade do objeto ou do conteúdo do ato de que ela dependa”), implica uma referência originária aos órgãos que integram a associação – órgão de administração, conselho fiscal e assembleia geral (No tocante à assembleia geral, os autores não são unânimes em vê-la como um verdadeiro órgão. Sobre o ponto, cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 115 e ss.) –, à sua composição, às suas funções, ao número de titulares, às regras relativas à convocação, à frequência das reuniões, ao quórum constitutivo e deliberativo. A definição de regras nesta matéria estará sempre limitada pelo disposto nos artigos 170º e ss. Cciv. Contudo, importa notar que os estatutos não se limitam a replicar a disciplina legal. Pelo contrário, há uma ampla margem de conformação que é deixada na mão dos associados. Ora, a este ensejo, urge sublinhar – porque de suma importância para a compreensão da intencionalidade do caso decidido pela Relação de Coimbra – que o nº 2 do citado artigo 167º abre as portas à diferenciação, em termos de direitos e deveres, entre os associados. Quer isto dizer que, sendo embora a Assembleia Geral o órgão que reúne todos os membros da pessoa coletiva, é possível, pela criação de categorias

variáveis de associados, excluir alguns da participação naquela reunião magna. Ao mesmo tempo, é possível estabelecer regras próprias no tocante à convocação e modo de deliberação da assembleia.

Tal possibilidade já foi reconhecida amiúde pela jurisprudência portuguesa (Cfr. *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 2/12/2008, www.dgsi.pt) e vem, na prática, espelhada pela existência, em muitas associações que obtêm o reconhecimento, passando, por isso, pelo crivo do notário que, outorgando a escritura de constituição, estabelece o controlo da legalidade dos termos em que a pessoa coletiva é criada, de duas categorias de associados: efetivos e não efetivos; ordinários e honorários [(Sobre o ponto, cfr. M. VILAR DE MACEDO, *As associações no direito civil*, ... cit., págs. 25-26, que, referindo-se ao direito dos associados de participar nos órgãos da associação, sublinha que “este direito existe por força da qualidade de associado, e compreende, nomeadamente, o direito de eleger e ser eleito para os órgãos da associação. É lícito, porém, que os estatutos limitem este direito, desde que essa limitação não constitua manifesta discriminação (...) e podem limitar os direitos de associados que não cumpram os seus deveres para com a associação (...)]].

Não obstante, o que fica dito requer uma especial prudência.

Conforme explicita MANUEL VILAR DE MACEDO, “os direitos de que o associado goza perante a associação podem ser classificados em dois grupos: direitos de participação e direitos de fruição” (M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil...cit.*, pág. 70). Entre os primeiros, contam-se os direitos inerentes à qualidade de associado, de votar, de intervir na assembleia geral e de ser eleito e exercer funções nos órgãos da associação (M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil...cit.*, pág. 70). Num outro ensejo, e a propósito do direito de participação na Assembleia Geral, o jurista citado considera que “estes direitos [de votar as deliberações sujeitas ao sufrágio da assembleia geral, o direito de apresentar protestos, requerimentos, moções, propostas e reclamações sobre matérias que não seja, estranhas à ordem do dia, o direito de intervir nas sessões da assembleia geral, usando a palavra] justificam-se se pensarmos que a assembleia geral é composta pela universalidade dos associados, e que é por seu intermédio que cada associado exerce a sua função de soberania perante a associação” (M. VILAR DE MACEDO, *As associações... cit.*, pág. 27).

Ou seja, estamos em crer que, se é admissível a restrição do direito de participação na assembleia geral por referência a alguns associados, não se pode aceitá-la quando não conheça limites. Assim, só será possível a aludida restrição se ela: a) não implicar um *ato discriminatório*, ou seja, se ela não atentar contra princípios e direitos fundamentais dos associados enquanto pessoas individualmente consideradas, designadamente o princípio da igualdade; b) não se dirigir a associados individualizados, exceto quando tal restrição corresponda a uma sanção pelo não cumprimento de determinados deveres (v.g. o pagamento de quotas),

tendo de, ainda assim, estar prevista em abstrato, ou quando tal restrição – no caso do direito de voto – corresponda a uma solução para um eventual conflito de interesses entre o associado, seu cônjuge, ascendentes e descendentes e a associação (Esta situação está expressamente prevista no artigo 176º Cciv. As deliberações tomadas com infração da regra nele constante são anuláveis, sempre que o voto do associado impedido for essencial à existência da maioria necessária. Em causa está aqui a tentativa de evitar que o associado beneficie, em proveito próprio ou das pessoas referidas no nº1, das deliberações tomadas em assembleia geral. Ademais, o que se procura evitar é que a vontade do associado, em vez de se orientar para a formação da vontade coletiva da associação, a deturpe. Sobre o ponto, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil...* cit. I/3, pág. 733 e M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil...* cit., págs. 109 e ss.); c) se dirigir a grupos de associados, ou porque não apresentam determinadas qualificações [v.g associados menores (Cfr. Lei nº124/99, de 20 de Agosto e M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil...* cit., pág. 71, falando de uma *limitação natural* dos direitos do associado menor, que não pode eleger ou ser eleito para os corpos gerentes da associação enquanto não perfizer catorze anos; e pág. 62, explicitando que a capacidade das “pessoas humanas que podem constituir uma associação diverge da capacidade jurídica comum quanto ao momento da sua aquisição: podem integrar a associação pessoas que tenham completado catorze anos, e estas, ao fazê-lo, fazem-no com capacidade plena”. Sobre o ponto, cf., também, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil...* cit. I/3, pág. 733, sublinhando que a “participação em assembleia geral não exige a maioridade”, porque, “salvo regra em contrário, a norma que permita associações com menores está, de modo automático, a facultar-lhes o acesso à assembleia geral”) ou associados que não tenham ainda cumprido um mínimo de tempo na associação], ou porque pertencem a uma categoria de associados não efetivos que, por isso e desse modo, ou não estiveram na base da constituição ou não fazem parte da formação da própria vontade da pessoa coletiva; d) não implicar uma modificação da natureza associativa coletiva da associação.

No caso decidido pelo Tribunal da Relação de Coimbra, os estatutos da associação, constituída em 1990, previam que são associados os associados da *Associação Cultural Recreativa dos Caçadores de x*, os associados do *Clube dos Caçadores da freguesia de y*, do *Clube dos Caçadores de z*, e do *Clube de Caça e Pesca de a*, especificando os artigos 34º e 36º do Regulamento Interno quem pode, numa segunda fase, ser admitido como associado. Por seu turno, este regulamento, datado de 5 de Julho de 1990, previa, no seu artigo 3º, que “a assembleia-geral será constituída pela reunião de todos os elementos dos órgãos administrativos dos clubes e associações filiados nesta associação”. Tal regra mantém-se inalterada com a aprovação, em 2004, do novo Regulamento. O Tribunal considerou que, em nome da possibilidade de diferenciar os direitos dos associados, a norma não

contenderia com o regime legal (A este propósito, MENEZES CORDEIRO faz uma distinção entre os direitos gerais, aqueles que assistem, por igual, a todos os associados, e os direitos especiais, que são conferidos pelos estatutos a algum ou alguns sócios e esclarece que o artigo 170º/2 se refere a esta última categoria de direitos – cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil...* cit. I/3, pág. 717), ao mesmo tempo que se mostrava conforme com os Estatutos, tanto mais que estes previam que os casos omissos seriam resolvidos com recurso ao Regulamento interno. Não cremos, contudo, que, se confrontarmos o caso concreto com os critérios anteriormente fixados, a conclusão possa ser esta. Na verdade, a restrição do direito de participação na assembleia geral não se dirige a uma categoria de associados diferenciada nos termos dos Estatutos. Estes não consideram que são associados as associações filiadas, mas, de forma igualitária, todos os associados daquelas, pelo que não faz sentido, posteriormente, estabelecer uma cisão, ao nível dos direitos atribuídos, entre as pessoas coletivas e as pessoas físicas que compõem a coletividade, nem tão pouco determinar que a assembleia geral é constituída pelos titulares dos órgãos administrativos das pessoas coletivas pré-existentes. A regra regulamentarmente estabelecida altera a natureza associativa coletiva da referida associação. De facto, a assembleia geral deixa de ser a reunião magna de todos os associados, mesmo que comportando exceções pontuais, para ser uma reunião de órgãos dirigentes de pessoas coletivas que são afiliadas à associação. Com isto, o que se perde é a nota distintiva da assembleia geral, que, através das suas deliberações, expressa a vontade coletiva da própria associação. Ora, no caso concreto, a limitação da participação na assembleia geral ganha uma magnitude tal que se obvia a formação dessa vontade coletiva. Em certa medida, é o próprio substrato pessoal da associação que é posto em causa.

A este propósito, MENEZES CORDEIRO ensina que, “tendencialmente, [a assembleia geral] deverá corresponder à reunião de todos os associados”. E acrescenta que “podemos admitir que os estatutos limitem a presença, na assembleia geral, a alguns associados: os que tenham uma antiguidade superior a um certo mínimo, como exemplo. Trata-se, porém, de restrições provisórias. O associado amputado, para sempre, da presença em assembleia geral teria uma posição muito amputada nos seus direitos. No limite, poderia ser um beneficiário da atuação associativa, mas não um associado. Excetua-se a situação dos associados honorários, que não têm direito de voto, ainda que possam participar na assembleia mas que também não têm deveres, designadamente no tocante a joias e quotizações” (A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil...* cit. I/3, pág. 733. Cfr., ainda, P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 164).

A posição do autor mostra-se coincidente com a que expusemos. Não obstante, a perspectiva em que se alicerça é diversa. Na verdade, enquanto o acento tónico é por MENEZES CORDEIRO colocado no direito de cada um dos associados

(Cfr., ainda, L. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 5ª edição, UCP, Lisboa, 2009, págs. 622 e ss.), nós, não desmerecendo o posicionamento, sublinhamos, igualmente, a impossibilidade de se adotar uma regra regulamentar como a apreciada pela Relação de Coimbra por isso implicar que se vai desvirtuar a natureza coletiva associativa da própria associação, pondo-se em causa o seu substrato (Cfr., novamente, L. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...cit.*, pág. 629, considerando que “participam na assembleia geral os associados na sua generalidade, sem distinção de direitos. Esta regra sofre [...] alguns desvios, tolerados pelo Código Civil, que nada estatui a esse respeito e deixa [...] ao estatuto a fixação dos direitos e deveres dos associados. Assim, é habitual certas categorias de associados – como os honorários ou de mérito – não terem direito de voto, o que os priva de uma participação ativa na assembleia geral, embora nela possam estar presentes. Também se deve ter como possível a atribuição a certos associados – como sejam os fundadores – de direitos especiais de voto ou na formação de maiorias”).

É a necessidade de salvaguardar estes aspetos uma das razões de ser das regras estabelecidas em matéria de quórum. Assim, nos termos do artigo 175º Cciv, “a associação não pode deliberar, em primeira convocação, sem a presença de metade, pelo menos, dos seus associados”. O preceito deixa margem para a realização da reunião em segunda convocatória, possibilidade expressamente admitida na lei italiana (Cfr. artigo 21º Código Civil italiano. Cf., ainda, M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil... cit.*, pág. 101. De acordo com o autor citado, “se, à hora marcada para a reunião, não comparecer a maioria dos associados, a assembleia reunirá em segunda convocação, decorrido que seja um determinado lapso temporal, com o número de associados que se encontrar presente. De outro modo, seria impossível realizar assembleias gerais”. MENEZES CORDEIRO distingue, então, o quórum *constitutivo* ou quórum *necessário* para que a assembleia, em primeira convocação, se possa considerar constituída; e o quórum *deliberativo*, respeitante à possibilidade de, em segunda convocação, a assembleia poder deliberar com qualquer número de associados presentes – cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil... cit.* I/3, pág. 737. No mesmo sentido, cfr. L. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral... cit.*, pág. 632), e, em regra, as deliberações são tomadas por maioria absoluta dos votos dos associados presentes (nº2 do artigo 175º), mesmo que se trate de deliberações sobre alterações dos estatutos, para as quais se exige uma maioria qualificada de três quartos do número dos associados presentes (nº3 do artigo 175º). Contudo, as deliberações sobre a dissolução ou prorrogação da pessoa coletiva requerem o voto favorável de três quartos do número de todos os associados (nº4 do artigo 175º) e, em todos os casos, fica-se a perceber que se dá aos associados a possibilidade de contribuírem para a formação da vontade coletiva da associação, da qual se distinguem. Ora, prevendo o regulamento interno uma restrição tão ampla do direito de participação na assem-

bleia geral, mesmo com desconhecimento dos números, podemos aventar que se torna impraticável atingir a maioria prevista no nº4 do artigo e que a deliberação em primeira convocatória se torna inviável. Repare-se que as normas contidas no preceito são imperativas, embora, nos termos do nº5, só o sejam quanto aos mínimos. Por esse motivo, o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão proferido em 3/10/1996, considerou que “as disposições estatutárias de uma associação que imponham a tomada de determinadas deliberações apenas pelos sócios fundadores são nulas, pois violam as normas imperativas dos nº2 a 5 do artigo 175º Cciv, ao estabelecerem uma desigualdade de poderes e direitos entre sócios fundadores e não fundadores” (www.dgsi.pt. Também citado, no seu sumário, em M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil...* cit., pág. 106).

Afastou-se deste entendimento o Tribunal da Relação de Coimbra, no caso versado no Acórdão agora comentado. De facto, pode ler-se no aresto que o artigo 175º impõe, apenas, que as assembleias gerais funcionem nos moldes nele previstos, “ou seja, deliberando em primeira convocação, com presença de metade, pelo menos, dos seus associados com direito de voto, aprovando as deliberações nelas tomadas por maioria absoluta de votos dos associados presentes com direito de voto, mediante a exigência do voto favorável de três quartos do número dos associados presentes com direito de voto para as deliberações sobre alterações dos estatutos, e mediante a exigência do voto favorável de três quartos do número de todos os associados com direito de voto sobre as deliberações que respeitem à dissolução ou prorrogação da pessoa coletiva”.

Não cremos, contudo, que o posicionamento do acórdão da Relação de Coimbra possa ser sufragado. A interpretação que é feita da norma não é autorizada, tanto quanto ela contrarie a essência da coletividade que deve estar subjacente à associação (Veja-se, porém, a este propósito o Ac. de 27/5/2008 do STJ, in www.dgsi.pt e M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil...* cit., pág. 105. Pode aí ler-se que o artigo 175º/2 Cciv não impõe o princípio «um associado, um voto», até porque tal princípio não corresponderia a uma exigência de interesse e ordem pública. Assim, “são livres os associados de, na conformação da associação que criam, responderem ao seu interesse designando um outro princípio de valorização do voto. Por exemplo, dando mais votos a quem mais capital disponibilizar para os objetivos associativos comuns. Fixando um número de votos proporcional ao esforço contributivo de cada associado sem o qual a associação não pode andar!”. Repare-se que a questão discutida e decidida no aresto citado é diversa. Ou seja, não estando em causa o eventual acerto decisório, sobre o qual não nos pronunciamos por extrapolar o âmbito de análise neste trabalho, sempre se há-de sublinhar que, ainda assim, aos associados não é retirado o direito de participação na assembleia geral).

4 A (IN)VALIDADE DAS DELIBERAÇÕES

Aceitando como boa a tese que considera que o ato constitutivo da associação e os estatutos têm natureza contratual (No tocante à natureza das deliberações, veja-se, porém, num sentido que não pode deixar de ser diverso, P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pág. 188), importa não esquecer que os mesmos devem obedecer aos requisitos do artigo 280º Cciv. Quer isto dizer que é nula a constituição de uma associação cujo objeto seja contrário à lei. Tratando-se de uma contrariedade pontual – ou seja, de um caso em que apenas alguma ou algumas das normas dos estatutos contrariam a lei –, tem entendido a doutrina que, desde que tal não ponha em causa a “subsistência coerente do conjunto”, se devem aplicar as regras do artigo 292º C Cciv, de tal modo que apenas a norma em causa seja declarada nula (Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil... cit.*, I/3, pág. 714. Explicita o autor que, quando não seja possível a redução, se assiste “à destruição retroativa de todos os atos praticados e de todos aqueles que destes derivassem”, tendo a declaração de nulidade da constituição uma de duas consequências: a) “ou deriva de um vício de forma, que ponha em crise a aquisição da personalidade, altura em que se segue o regime das associações não personalizadas – artigos 195º e ss.”; b) ou emerge de qualquer outro vício, e cabe recorrer às regras da extinção e da liquidação das associações. Cfr., também, M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil... cit.*, pág. 64).

No caso concreto, porém, não está em causa a validade de uma norma estatutária, mas de normas regulamentares, ainda que, em certa medida, os estatutos acabem por integrar o regulamento, na medida em que para ele remetem, em tudo o diga respeito a casos omissos.

Sendo a validade de normas regulamentares o que se debate, importa ter noção que, desde logo, poderíamos questionar a validade da disposição aprovada em 1990, que apenas conferia o direito de participação na Assembleia Geral aos elementos dos órgãos administrativos dos clubes e associações filiados nesta associação. O problema não foi, porém, suscitado pelos autores da lide, que se cingiram à deliberação de 2004, que aprova o novo regulamento, e à deliberação de 2009. Ainda assim, a norma a que aludimos está ferida de invalidade, pelo que haverá que considerar se a mesma é nula ou anulável.

Ela mostra-se, por um lado, contrária à lei. Na verdade, viola o disposto no artigo 175º Cciv, que exige como quórum constitutivo para a assembleia poder reunir metade dos associados da associação e põe em causa a possibilidade de se dar cumprimento ao disposto no nº4, sempre que a situação se coloque. Por outro lado, parece contrariar os estatutos. De facto, estes preveem que são associados todos os associados pertencentes às associações e clubes afiliados. Ora, a Assembleia Geral, pela sua natureza, não pode ver excluída da sua composição

um número tão alargado de associados, sob pena de se deturpar a própria natureza associativa coletiva da associação.

Resta, então, saber que tipo de invalidade se gera com a contrariedade sublinhada. A resolução da questão não é inócua. De facto, sendo a anulabilidade passível de sanção pelo decurso do tempo, a não reação a um regulamento aprovado em 1990 determinaria a convalidação da norma que temos vindo a referir como inválida. O artigo 177º Cciv dispõe, a este propósito, que “as deliberações da assembleia geral contrárias à lei ou aos estatutos, seja pelo seu objeto, seja por irregularidades havidas na convocação dos associados ou no funcionamento da assembleia, são anuláveis”. Importa, por isso, ter em mente que o Regulamento Interno de 1990 foi aprovado em Assembleia Geral. Apesar de tal facto não ser expressamente referido no aresto, o artigo 13º do referido Regulamento prevê que compete àquela Assembleia Geral a aprovação daquele Regulamento e o artigo 13º dos Estatutos remete para o mesmo Regulamento, o que autoriza a nossa conclusão.

Aproblematicamente, poder-se-ia, pois, aventar que a deliberação – e consequentemente a norma regulamentar adotada – seria anulável. Contudo, consoante ensina MENEZES CORDEIRO, “é evidente que uma deliberação contrária à lei expressa ou de objeto impossível nunca poderia ser meramente anulável, sob pena de se consolidar com o decurso do prazo; outro tanto será óbvio no que toca a deliberações contrárias aos bons costumes ou à ordem pública”, pelo que “temos de admitir, ao lado das deliberações anuláveis, deliberações verdadeiramente nulas” (A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil...* cit., I/3, pág. 741. Veja-se, igualmente, M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil...* cit., págs. 110 e ss. O último autor citado, embora admita a possibilidade de se declararem nulas determinadas deliberações, considera, no entanto, que na prática será difícil “antever casos de deliberações inválidas para cujos efeitos a simples anulabilidade não constitua sanção suficiente” – cfr. M. VILAR DE MACEDO, *As associações...* cit., pág. 112. Sobre o ponto, cf., ainda, V. LOBO XAVIER, *Anulação de deliberações sociais e deliberações conexas*, Atlântida, Coimbra, 1976, págs. 87 e ss. Pense-se, ainda e por exemplo, numa deliberação que determina a celebração de um negócio para o qual a associação não tem capacidade por violar o princípio da especialidade do fim. Ela deve ser considerada nula, nos termos do artigo 294º Cciv, por contradição com o disposto no artigo 160º Cciv. De facto, não fazia sentido que a deliberação fosse apenas anulável e, posteriormente, o negócio celebrado viesse a ser considerado nulo. É que o fundamento para uma e outra sanção seria exatamente o mesmo. Sobre o ponto, cfr. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral...* cit., págs. 317 e ss.; L. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...* cit., pág. 592).

Olhemos, então, para a norma em questão. A contrariedade aos estatutos parece determinar a sua anulabilidade. Simplesmente, esta contrariedade é mediada pela violação do próprio ordenamento jurídico, sem o qual ela não se compreende.

Com efeito, a norma regulamentar contraria a noção associativa coletiva. Por isso, podendo não estar, numa primeira análise, em causa a contrariedade à lei no sentido de norma positivada, não há dúvida de que, por via da disposição regulamentar, se põe em causa um princípio geral de direito civil – o princípio da personalização jurídica de determinados substratos (Cfr. R. CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 56-57). O direito civil, na verdade, atribui personalidade jurídica a determinados substratos. Tal personalidade coletiva não corresponde, sendo embora diferente da personalidade singular, a uma ficção, ainda que seja uma criação do direito. Ela tem “a sua natureza e fundamento na necessidade de estruturação e encabeçamento de interesses humanos de carácter social, comum ou coletivo, complexo, recíproco e duradouro” (*últ. op. cit., loc. cit.*). Ora, se assim é, uma norma regulamentar que impeça, pela restrição do direito de participação na assembleia geral, que a vontade da associação seja expressão da vontade coletiva integrada pelos associados está a pôr claramente em causa a *ratio* do reconhecimento daquele substrato, tanto quanto o ponha em causa. Nessa medida, não há como não considerar que há aqui um atentado direto ao sistema jurídico, entendido em sentido amplo e não apenas como conjunto das normas positivadas pelo legislador. É que, ao restringir-se a participação dos associados na assembleia geral nos termos em que o regulamento o previa, a atuação da pessoa coletiva a que se atribui personalidade e capacidade deixa de ser expressão da vontade coletiva associativa. Ou seja, os estatutos poderiam ter previsto que só seriam associadas as pessoas coletivas pré-existentes. Não foi, porém, essa a intenção das pessoas singulares que estiveram na base da constituição da associação. Assim sendo, os estatutos incorporam a previsão de um dado substrato pessoal alargado a todos os associados das associações e clubes afiliados. Assim sendo, o regulamento interno que ponha em causa esse substrato contraria os estatutos. Tal contrariedade só é perceptível na remissão dos estatutos para o quadro normativo que garante o reconhecimento da pessoa coletiva, atribuindo personalidade jurídica ao referido substrato. A contrariedade com os estatutos implica a violação do ordenamento jurídico que os baliza; e a violação do ordenamento jurídico – e mais concretamente do referido princípio que mencionámos – só é concretizada pela mediação da previsão estatutária, uma vez que os ditos estatutos poderiam ter previsto um número menor de associados (O nosso ordenamento jurídico não estabelece um número mínimo obrigatório de associados. Há, porém, autores que, tendo em conta as exigências de constituição dos diversos órgãos, falam de um número mínimo de seis. Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil... cit., I/3*, págs. 722 e ss. Outros ordenamentos jurídicos preveem esse número. Pense-se, por exemplo, no ordenamento jurídico alemão. Aí, não só aquele número mínimo existe, como se considera que a associação perde a sua personalidade jurídica quando o número se torna inferior a três. Sobre o ponto, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil... cit., I/3*, pág. 722, nota 2361, onde se pode ver que o §73 BGB prevê a perda de

personalidade jurídica quando o número de associados, que se exige, nos termos do §56, que seja de sete, desça abaixo de três. Entre nós, não existe semelhante regra. No entanto, ela mostra que a natureza coletiva da associação não pode ser posta em causa). Não ocorrendo tal hipótese, o que se verifica é que o regulamento coloca no plano externo aqueles que, constituindo o substrato da pessoa coletiva, deveriam estar no seu âmago a determinar o destino da própria pessoa coletiva.

No estrito plano do direito positivo, responde-se à necessidade de garantir que sejam os associados a dominar a vida da associação, controlando-a por dentro, com a previsão do artigo 175º Cciv, que é preterido pelo regulamento. Ora, assim sendo, não pode ser outra a nossa conclusão senão a de que a norma em apreço é nula.

Com isto, e porque a nulidade não é sanável nem por confirmação, nem pelo decurso do tempo, a norma não se tinha convalidado ao longo dos anos, o que implica que, aquando da convocatória de 2004, o regime válido seria o da convocação de todos os associados da associação para a Assembleia Geral. Não tendo sido invocada a nulidade pelos interessados, pode o Tribunal conhecê-la oficiosamente. Ao fazê-lo, a consequência é a repristinação da situação consonante com o quadro legal que rege as pessoas coletivas. A partir do momento em que, oficiosamente, se declara nula a norma regulamentar, e porque a nulidade opera retroativamente, o efeito seria a repristinação da situação anterior à deliberação, ou seja, a aplicação daquilo que decorreria do regime legal. Donde, consequentemente, é possível detetar irregularidades nas convocatórias posteriores para a Assembleia Geral.

E, por isso, no momento da decisão judicativa, o coletivo de juízes deveria orientar-se por aquele no que tange à exigência de convocatória de todos os associados.

Na Assembleia Geral de 2004, são adotadas determinadas deliberações relevantes. É aprovado um novo regulamento, estando em causa a validade de algumas das normas nele contidas. A falta da convocatória de todos os associados, que se impunha pelo exposto anteriormente, determina, por si só, a invalidade delas, bem como do restante corpo do diploma privado. Gera-se, agora, uma anulabilidade, cujo regime de arguição consta do artigo 178º Cciv: pode ser invocada no prazo de seis meses, pelo órgão de administração ou por qualquer associado que não tenha votado a deliberação. Tratando-se de associado que não foi convocado regularmente para a reunião da assembleia, o prazo só começa a contar a partir da data em que ele teve conhecimento da deliberação. Tomando conhecimento de algumas dessas alterações em 2009, só a partir daí corria o prazo de caducidade do direito.

A este vício procedimental, há que associar outros. Na verdade, no Regulamento de 2004, é aprovada uma norma idêntica àquela que foi estabelecida em 1990, pelo que todas as considerações expendidas anteriormente são aqui aplicá-

veis. Ou seja, a norma regulamentar que limita a participação dos associados na Assembleia Geral deve considerar-se nula, mobilizando-se, concomitantemente, o regime do artigo 286º Cciv, o que significa que os associados recorrentes podem ainda arguir a invalidade da mesma (Acerca da possibilidade de, a despeito do teor literal do artigo 177º, se poderem considerar nulas algumas deliberações das associações, cfr., em termos jurisprudenciais, Ac. Tribunal da Relação do Porto de 1/7/2004, www.dgsi.pt).

Considerações suplementares são, contudo, requeridas a propósito das restantes normas regulamentares aprovadas e contestadas pelos autores do processo. Em relação a estas, importa notar que não é possível invocar uma putativa diferenciação entre associados, com prejuízo para os que são agora chamados a pagar uma sobretaxa adicional, por não se incluírem na zona de influência da associação. Na verdade, com exceção das situações que configurem uma clara forma de discriminação, atentatória da dignidade da pessoa humana – e, portanto, violadora de direitos fundamentais –, e das situações em que certas associações, sendo embora privadas, exercem funções de Estado, o princípio da igualdade deve ceder em face da autonomia privada (Sobre o ponto, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil...* cit. I/3, págs. 720 e ss.).

Repare-se, *in fine*, que, no tocante às normas consideradas nulas, o regime típico da nulidade se deve considerar aplicável ao caso concreto, sendo o que melhor se coaduna com ele. Em relação ao prazo para arguir a invalidade, a sufragar-se outra solução, convalidar-se-ia uma situação que põe em causa a estrutura coletiva associativa da associação. Em relação à legitimidade para argui-la, poderão fazê-lo, nos termos do artigo 286º CCiv., todos os interessados, entre os quais se encontram os órgãos associativos, em representação da associação, e os associados, colocando-se, contudo, a questão de saber se os associados que votaram a deliberação a poderão invalidar ou se tal configurará, a verificarem-se os pressupostos, um *venire contra factum proprium*.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1997.
- CORDEIRO, A. MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, Parte Geral, tomo III, *Pessoas*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2007.
- FERNANDES, LUÍS CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 5ª edição, UCP, Lisboa, 2009.
- LIMA, FERNANDO PIRES DE/VARELA, JOÃO DE MATOS, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- MACEDO, MANUEL VILAR DE, *As associações no direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

- MACEDO, MANUEL VILAR DE, *Regime civil das pessoas coletivas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- PINTO, CARLOS ALBERTO MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição (por A. PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO), Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- XAVIER, VASCO LOBO, *Anulação de deliberações sociais e deliberações conexas*, Atlântida, Coimbra, 1976.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 36 (2014), páxs. 133-147

ISSN: 1130-2682

**SER (COOPERADOR) OU NÃO SER: EIS A QUESTÃO!
COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE
COIMBRA DE 10 DE SETEMBRO DE 2013 PROC.
N.º 776/10.7TJCBR.C1 (RELATOR: MOREIRA DO CARMO)**

*TO BE (A MEMBER OF A COOPERATIVE) OR NOT TO BE: THIS IS
THE QUESTION! A COMMENTARY ON THE COURT OF APPEAL
OF COIMBRA. DECISION OF THE 10TH OF SEPTEMBER OF 2013*

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS¹

¹ Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pátio da Universidade, 3004-528, COIMBRA PORTUGAL. Advogado. Correio eletrónico: soveralm@fd.uc.pt

RESUMO

O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de setembro de 2013 pronunciou-se sobre uma deliberação de uma cooperativa que foi impugnada por quem se considerava cooperador da mesma. Mas, curiosamente, a deliberação impugnada recusava essa mesma qualidade ao autor da ação. Naquele Acórdão considerou-se que a deliberação não era nula e que o prazo para a impugnar com fundamento na existência de eventual anulabilidade tinha sido ultrapassado. Contudo, o tema da aquisição da qualidade de cooperador pelo Autor marido/ Recorrente não foi devidamente abordado no processo.

PALAVRAS-CHAVE: cooperativas/cooperadores/deliberações dos cooperadores.

ABSTRACT

In its decision dated of the 10th September 2013, the Tribunal da Relação de Coimbra had to decide about a case in which someone who considered himself a member of a cooperative went to Court because he didn't agree with what has been deliberated by the cooperative members. Curiously, the deliberation refused him the quality of a member of that cooperative. The Court decided that the deliberation wasn't nule and void and that the time limit to go to Court had been exceeded. However, it wasn't given the proper attention to the problem of knowing if the interested person was really a member of the cooperative.

KEY WORDS: cooperatives/members of the cooperative/resolutions of the members of the cooperative

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. BREVE DESCRIÇÃO DO LITÍGIO. 2. OS FUNDAMENTOS INVOCADOS PARA SE PRETENDER A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA DELIBERAÇÃO. 2.1. A deliberação teria sido tomada sobre matéria que não constava da convocatória. 2.2. A deliberação tomada era, na realidade, a de exclusão de cooperador. As exigências constantes do art. 37.º do Ccoop. A transmissão dos títulos de capital e a aquisição da qualidade de cooperador. 2.3. O conteúdo da deliberação não estaria sujeito a deliberação dos sócios. 2.4. O abuso de direito. 3. O DIREITO À INFORMAÇÃO E A ANULABILIDADE DAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS. 4. A VOTAÇÃO POR ESCRUTÍNIO SECRETO. 5. A CADUCIDADE DO DIREITO DE IMPUGNAR A DELIBERAÇÃO EM CAUSA. O PRAZO PARA PROPOR A AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÕES SOCIAIS E A PENDÊNCIA DO PROCEDIMENTO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÕES SOCIAIS.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. BRIEF DESCRIPTION OF THE CASE. 2. THE GROUNDS TO SUSTAIN THAT THE RESOLUTION WAS NULL AND VOID. 2.1. The matter was not indicated in the notice of meeting. 2.2. The resolution, in fact, decided to exclude the member of the cooperative. The art. 37.º of the Ccoop. Transmission of capital certificates and membership of a cooperative. 2.3. The members of the cooperative had no power to decide about the matter. 2.4. Abuse of right. 3. THE RIGHT TO BE INFORMED AND THE VALIDITY OF THE RESOLUTION. 4. THE VOTE SHOULD HAVE BEEN SECRET. 5. THE TIME LIMIT TO CHALLENGE THE VALIDITY OF THE RESOLUTION IN COURT AND THE PROCEEDING TO OBTAIN PROVISIONAL SUSPENSION OF THE RESOLUTION.

I INTRODUÇÃO. BREVE DESCRIÇÃO DO LITÍGIO

Ae mulher, *B* (os Autores/Recorrentes), intentaram uma ação de impugnação de deliberação tomada em assembleia geral de uma Cooperativa de Habitação (a cooperativa Ré). Na ação pediam que fosse «declarada nula, ou então anulada», uma deliberação que decidiu que certas transmissões de títulos de capital para *A* seriam «nulas» e «sem qualquer validade ou efeito». Além disso, pediam também uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais. A Ré contestou, invocando designadamente a caducidade do direito de agir por ter sido ultrapassado o prazo de 30 dias previsto no art. 59.º, 2, a), do CSC.

No despacho saneador, foi considerada procedente a exceção de caducidade quanto ao pedido de anulação da deliberação e considerou-se improcedente o pedido de declaração de nulidade da mesma. Desse despacho foi interposto recurso pelos Autores para o Tribunal da Relação de Coimbra, tendo esse recurso dado origem ao Acórdão agora comentado.

De todos os vários problemas apreciados pelo Tribunal da Relação selecionámos aqueles que nos parecem merecer atenção mais demorada. Analisaremos:

- a) Os fundamentos invocados para se pretender a declaração de nulidade da deliberação;
- b) As razões que foram apresentadas para sustentar a anulabilidade da deliberação.
- c) A questão da caducidade do direito de impugnar a deliberação em causa.

Para sustentarem que a deliberação era nula, os Autores utilizaram vários argumentos. Iremos centrar a nossa análise naqueles que parecem ser os fundamentos mais relevantes trazidos pelos Autores /Recorrentes para sustentar aquela nulidade e que, na nossa opinião, são os seguintes:

- a) A deliberação teria sido tomada sobre assunto não constante da convocatória;
- b) A deliberação tomada era, na realidade, a de exclusão de cooperador, não tendo sido cumpridas exigências resultantes do art. 37.º do Ccoop2;
- c) O conteúdo da deliberação *não estaria sujeito a deliberação dos sócios*.

Em apoio da anulabilidade da deliberação os Autores esgrimem fundamentalmente com a violação do direito à informação.

A sistematização que apresentámos não coincide com a sequência das questões apresentadas pelos Autores/Recorrentes nas suas conclusões. A diferença justifica-se, antes de mais, porque só depois de se concluir que a deliberação não era nula ganhará relevo decisivo a eventual caducidade do direito de impugnar a deliberação. É que a nulidade pode ser invocada a todo o tempo, nos termos gerais previstos no art. 286.º do Cciv.

No Acórdão comentado não foi dada especial importância aos regimes de transmissão dos títulos de capital e de aquisição da qualidade de cooperador. No entanto, esse era um dos principais problemas a abordar. Daí o título do nosso comentário e o relevo que é dado à matéria referida no ponto 2.2.

O comentário que se segue foi escrito tendo já em conta o novo CP (Código de Processo Civil) português, aprovado pela Lei n.º 1/2013, de 26 de junho. No Acórdão anotado, não foi esse o regime de que se partiu.

² São do Ccoop todas as normas que surjam referidas sem outra indicação. Lembre-se que o Regime Jurídico das Cooperativas de Habitação consta do DL n.º 502/99, de 19 de novembro.

2 OS FUNDAMENTOS INVOCADOS PARA SE PRETENDER A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA DELIBERAÇÃO

2.1. A deliberação teria sido tomada sobre matéria que não constava da convocatória

Os Autores/Recorrentes consideraram que a assembleia em que foi tomada a deliberação impugnada deliberou sobre *matéria que não constava da convocatória* e que isso conduziria à nulidade da deliberação.

Mas o Tribunal da Relação de Coimbra adotou outro entendimento: «Efectivamente, do aviso convocatório (facto 1.) consta a ordem dos trabalhos e claramente o assunto a tratar. Está lá preto no branco que era “Análise, discussão e votação das medidas a tomar referentes aos títulos de capital em poder dos Senhores A (...) ...”. Era, assim, bem claro o *thema deliberandum*».

Com efeito, caso se entenda que apenas estava em causa uma deliberação sobre os títulos de capital em poder do Autor marido (e não de exclusão de cooperador), também estaria cumprida a exigência que resulta do art. 377.º, 8, do CSC³: o assunto sobre o qual a deliberação foi tomada estava mencionado na convocatória. A violação do estabelecido neste último preceito conduz à *anulabilidade* das deliberações dos sócios de sociedades comerciais⁴. Mas se, afinal, a deliberação tivesse incidido sobre matéria não constante da convocatória, resultaria do art. 50.º do Ccoop que a deliberação seria nula⁵.

É certo que não o entendeu assim o Tribunal da Relação de Coimbra. No entanto, a decisão poderia ter seguido um rumo diferente se tivesse sido entendido que, *substancialmente*, estaríamos perante uma exclusão («encapotada»). A isto voltaremos.

Nas suas conclusões, os Autores/Recorrentes afirmam também que só foi fornecida certa documentação ao Autor marido na própria assembleia: «foi vedada a análise prévia da documentação relativa à assembleia geral e só na assembleia geral de 16.01.2010 é que foi entregue um conjunto de documentação aos sócios cooperantes, que aí se encontravam presentes, e só nesses documentos é constava uma proposta da direcção, que considerava nulas e sem qualquer validade as

³ O art. 378.º, 8, do CSC, dispõe, entre outras coisas, que o «aviso convocatório deve mencionar claramente o assunto sobre o qual a deliberação será tomada»

⁴ Por força do art. 58.º, 4, a), do CSC.

⁵ O art. 50.º do Ccoop tem o seguinte teor: «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 respectiva 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».

transmissões dos títulos de capital». Não é claro se os Autores/Recorrentes viam aí uma causa de nulidade ou de anulabilidade. O art. 289.º, 1, c), do CSC, exige que sejam facultadas à consulta dos acionistas, na sede da sociedade e durante os 15 dias anteriores à data da assembleia geral, as «propostas de deliberação a apresentar à assembleia pelo órgão de administração, bem como os relatórios ou justificação que as devam acompanhar»⁶. Mas, se assim não acontecer, o que daí resulta será apenas a anulabilidade da deliberação, por vício de procedimento (art. 58.º, 1, a), do CSC)⁷. A este tema daremos atenção novamente mais adiante, quando nos debruçarmos sobre as causas de anulabilidade da deliberação.

2.2. A deliberação tomada era, na realidade, a de exclusão de cooperador. As exigências constantes do art. 37.º do Ccoop. A transmissão dos títulos de capital e a aquisição da qualidade de cooperador

Os Autores/Recorrentes defendem que a deliberação impugnada também seria nula tendo em conta o disposto no art. 37.º, 5, do Ccoop. Consideram os Autores/Recorrentes que na realidade foram *excluídos* da cooperativa Ré. Essa exclusão teria que ser precedida de processo escrito que contivesse «a indicação das infracções, a sua qualificação, a prova produzida, a defesa do arguido e a proposta de aplicação da medida de exclusão» (art. 37.º, 3, do Ccoop). Resulta do art. 37.º, 5, do Ccoop que há nulidade insuprível se faltar a audiência do arguido, se for insuficiente a individualização das infracções impugnadas ao arguido, se faltar a referência aos preceitos legais, estatutários ou regulamentares violados ou se forem omitidas quaisquer diligências essenciais para a descoberta da verdade.

⁶ No sentido da aplicabilidade do art. 289.º do CSC às cooperativas, cfr. HELENA SALAZAR, «O direito à informação dos cooperadores no âmbito das cooperativas. Anotação aos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de abril de 2000 e do Tribunal da Relação do Porto de 30 de setembro de 2002», in DEOLINDA APARÍCIO MEIRA (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2012, p. 352.

⁷ Estamos, evidentemente, a aceitar que o regime da invalidade das deliberações sociais previsto no CSC poderá ser convocado no âmbito das cooperativas, tendo em conta o art. 9.º do Ccoop: «Para colmatar as lacunas do presente código que não o possam ser pelo recurso à legislação complementar aplicável aos diversos ramos do sector cooperativo, pode recorrer-se, na medida em que se não desrespeitem os princípios cooperativos, ao Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente aos preceitos aplicáveis às sociedades anónimas». Veja-se, porém, no sentido de que o art. 50.º do Ccoop esgotaria as causas de nulidade das deliberações dos cooperadores, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de setembro de 2010, anotado por 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», in DEOLINDA APARÍCIO MEIRA (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, cit., p. 543-547. Para uma análise dos problemas que o art. 9.º do Ccoop coloca ao intérprete, cfr. RUI NAMORADO, *Introdução ao direito cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 205 e ss., MARTA MONTERROSO ROSAS, «A integração de lacunas no Código Cooperativo e o recurso ao direito societário», in DEOLINDA APARÍCIO MEIRA (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, cit., p. 333-345.

O Tribunal da Relação de Coimbra entendeu que não houve deliberação de exclusão (ou, como se lê no texto do Acórdão, de «expulsão»). Para aquele Tribunal, só poderia haver «expulsão se o recorrente fosse cooperante» (leia-se, cooperador).

A decisão parece lógica. No entanto, a Relação de Coimbra não chegou a apreciar se, efetivamente, o Autor marido adquiriu a qualidade de cooperador e se tornou titular dos títulos de capital. Não se retira também com clareza do texto do Acórdão se isso foi alegado pelas partes.

O que parece digno de realce é que, se o Autor marido tivesse adquirido os títulos de capital e se tivesse tornado cooperador, a assembleia geral da cooperativa não podia, sem mais, retirar-lhe essa qualidade. E se tivesse sido alegado e *provado* que o Autor marido *adquirira a qualidade de cooperador*, então a deliberação impugnada poderia, substancialmente, ser vista como uma deliberação de exclusão e a merecer o mesmo tratamento. Para além do que se dirá no ponto seguinte, lembramos ainda que as deliberações da assembleia geral de uma cooperativa que decidam a exclusão admitem sempre recurso para os tribunais (art. 37.º, 8, do Ccoop).

O que acabámos de sublinhar no parágrafo anterior é mais facilmente compreensível se tivermos em conta que a relação entre o regime da *transmissão dos títulos de capital* e o da *aquisição da qualidade de cooperador* não é evidente à luz das normas do Ccoop. Daí resulta, provavelmente, alguma falta de clareza não apenas do Acórdão comentado, mas das próprias posições assumidas pelas partes no processo.

Uma coisa parece certa: a transmissão dos títulos de capital não se confunde com a aquisição da qualidade de cooperador. A distinção retira-se dos arts. 23.º, 1, e 31.º, 1 e 2, do Ccoop. No entanto, o regime do Ccoop podia ser mais explícito.

Com efeito, as dúvidas justificam-se logo perante o teor do art. 23.º, 1: «Os títulos de capital só são transmissíveis mediante autorização da direcção ou, se os estatutos da cooperativa o impuserem, da assembleia geral, sob condição de o adquirente ou o sucessor já ser cooperador ou, reunindo as condições exigidas, solicitar a sua admissão». Não é claro se, no caso de transmissão *entre vivos*, o *pedido de admissão como cooperador* pelo transmissário que ainda não tem aquela qualidade deve ser *acompanhado dos títulos já endossados pelo transmissor e com a assinatura do adquirente*. E isto porque o art. 23.º, 1, só considera transmissíveis aqueles títulos verificados os requisitos que estabelece. Se o art. 23.º, 2, determina que a «transmissão *inter vivos* opera-se por endosso do título a transmitir, assinado pelo transmitente, pelo adquirente e por quem obrigar a cooperativa, sendo averbada no livro de registo», parece pressupor que os títulos *já são transmissíveis* quando é realizado o endosso, assinados os títulos e feitos os averbamentos: ou seja, que já se cumpriram os requisitos do art. 23.º, 1.

Também se poderá discutir se a *assinatura de quem obriga a cooperativa e o averbamento* da transmissão no livro de registo, exigidos pelo art. 23.º, 2, só podem ter lugar *após a admissão do transmissário como cooperador*, de acordo com o disposto no art. 31.º. O Ccoop não aparenta exigí-lo: há, isso sim, indícios de que é possível a aquisição da titularidade dos títulos de capital sem que se tenha já adquirido a qualidade de cooperador⁸. Acresce que não surge como evidente que a *autorização* (da direção ou da assembleia geral, consoante os casos) *para a transmissão dos títulos* possa ser dada *antes* de o adquirente ser *admitido como cooperador*, embora nos inclinemos para dizer que sim. Nem resulta de forma inequívoca da lei que a *aquisição dos títulos de capital* por transmissão entre vivos possa ocorrer antes da decisão de admissão como cooperador: solicitar a admissão não é a mesma coisa que ser admitido.

Pode igualmente questionar-se se é a *autorização para a transmissão do título de capital* que deve ser dada *sob condição* («sob condição de o adquirente ou o sucessor já ser cooperador ou, reunindo as condições exigidas, solicitar a sua admissão»), se aquela autorização só pode ser dada se o adquirente ou sucessor já é cooperador ou já solicitou a sua admissão ou se é *a própria transmissão* que é realizada *sob condição legal*. E, por fim, é duvidoso se a *transmissão entre vivos* dos títulos de capital que conta com a *admissão do transmissário* como cooperador será *nula* quando *não estão reunidas as condições* para o ser. Será nula a *transmissão* ou a *admissão*?⁹

2.3. O conteúdo da deliberação não estaria sujeito a deliberação dos sócios

Para os Autores/Recorrentes, a assembleia geral da cooperativa não podia deliberar que as «ações» do Autor marido fossem «consideradas nulas e sem qualquer validade ou efeito as transmissões dos títulos de capital efectuadas para o recorrente». E não competiria à assembleia geral deliberar nesse sentido porque «a análise e decisão deveria ser precedida de análise e consequente decisão judicial». É, assim, invocada a falta de competência da assembleia geral para deliberar sobre a matéria em causa. E, na verdade, o art. 56.º, 1, c), do CSC sanciona com a nulidade as deliberações «cujo conteúdo não esteja, por natureza, sujeito a de-

⁸ Parece ser também essa a leitura de RUI NAMORADO, *Cooperatividade e direito cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 167, ao afirmar que «a titularidade dos títulos de capital não é uma posição separável da qualidade de cooperador. É uma condição para se poder ser cooperador».

⁹ Sobre o regime de transmissão dos títulos de capital e da posição de cooperador, cfr. DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, «O regime de transmissão dos títulos de capital na cooperativa», e FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, 'A transmissão da posição de cooperador no quadro de uma cooperativa de habitação e de construção e o pagamento das notas de débito», ambos em DEOLINDA APARÍCIO MEIRA (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, cit., respetivamente a p. 549-555 e 557-564.

liberação dos sócios», sendo discutida a utilidade do preceito perante o teor da alínea seguinte¹⁰.

Na verdade, o problema deve ser colocado de outra forma. Se a transmissão dos títulos de capital tivesse ocorrido a favor do Autor marido e este se tornasse cooperador, a assembleia geral não poderia deliberar que isso, afinal, não acontecera. Se assim deliberasse, o conteúdo da deliberação estaria a violar preceitos imperativos que regulam a aquisição dos títulos de capital, a qualidade de cooperador e a exclusão.

Mas, se a transmissão referida não ocorreu e o Autor marido não se tornou cooperador, aquela deliberação da cooperativa nada mais faz do que afirmar a verdade. O próprio tribunal, confrontado com a nulidade de uma deliberação tomada em assembleia geral de uma cooperativa, *declara* essa mesma nulidade.

O que foi dito mostra também a importância que teria tido a discussão em torno da transmissão dos títulos de capital e da aquisição da qualidade de cooperador. Discussão a que não foi dado o devido destaque no caso em análise.

2.4. O abuso de direito

Os Autores/Recorrentes sustentam ainda a invocação da nulidade da deliberação impugnada na existência de abuso de direito. Se bem entendemos a argumentação desenvolvida, o abuso de direito existiria porque a Ré invocou que não teria havido aquisição da qualidade de cooperador por parte do Autor marido mas, se essa aquisição não se verificou, isso ficaria a dever-se a *factos imputáveis à cooperativa Ré*.

Diziam os Autores/Recorrentes: «Por isso, constituiu claramente uma Situação de Abuso de Direito, por parte da recorrida, quando vem unilateralmente deliberar e considerar de nulo efeito as transmissões dos títulos do A. marido, por questões formais a ela imputáveis e na modalidade de venire contra factum proprium; Pois é a própria recorrida que, não cumprindo com todos os formalismos legais necessários que diz que serem essenciais para que se operem a transmissão das acções, vir afirmar, por isso, que as mesmas são nulas».

A verdade, porém, é que a existência de um abuso de direito não acarreta, só por si, a nulidade da deliberação. Como bem se observa na decisão que estamos a comentar, as deliberações ditas «abusivas» são em regra anuláveis quando estejam preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 58.º, 1, b), do CSC. Não quer isto dizer que o abuso de direito não possa ter relevo em sede de deliberações cujo

¹⁰ Para já não falarmos da própria ausência de consenso acerca do que significa um conteúdo que «não esteja, por natureza, sujeito a deliberação dos sócios». Considerando «supérflua» a al. c) do art. 56.º, 1, do CSC, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, 2.º vol., 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 532.

conteúdo seja contrário aos bons costumes¹¹. O abuso pode ser de tal ordem que atinge um novo patamar: passa a constituir uma ofensa aos bons costumes do comércio (uma ofensa ao que é decente, justo e equitativo no mundo do comércio)¹². Mas dos factos dados como provados que podem ser lidos no Acórdão em análise não se pode retirar que esse novo patamar tenha sido atingido.

Mesmo que tivesse existido abuso de direito, a verdade é que este não é um *justo título de aquisição* dos títulos de capital ou da qualidade de cooperador.

3 O DIREITO À INFORMAÇÃO E A ANULABILIDADE DAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS

Os Autores invocaram na sua petição que a deliberação impugnada seria anulável porque não teriam sido fornecidos ao Autor marido elementos mínimos de informação.

Com efeito, do art. 58.º, 1, c), do CSC, resulta que são anuláveis as deliberações dos sócios de sociedades comerciais (e, por remissão, dos cooperadores) que não «tenham sido precedidas do fornecimento ao sócio de elementos mínimos de informação». Por sua vez, o art. 58.º, 4, daquele mesmo Código acrescenta que são considerados elementos mínimos de informação para efeitos daquele artigo as «menções exigidas pelo artigo 377.º, n.º 8» e a «colocação de documentos para exame dos sócios no local e durante o tempo prescritos pela lei ou pelo contrato»¹³.

Na verdade, quanto à proposta da direção da cooperativa «no sentido de “as transmissões dos Títulos de capital efectuadas para os senhores A (...) e D (...), são consideradas nulas e sem qualquer validade ou efeito”», não é claro se efetivamente foi cumprida a exigência resultante do art. 289.º, 1, c), do CSC. Como vimos, esta norma exige que as propostas de deliberação a apresentar à assembleia

¹¹ Como se lê no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de abril de 1999, Colectânea de Jurisprudência, 1999, II, p. 201, «uma deliberação abusiva será nula ou anulável – art.º 56.º, n.º 1, al. d) e 58.º, n.º 1, al. b) – conforme se traduza ou não numa ofensa aos bons costumes». Em sentido próximo, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de fevereiro de 2000, Colectânea de Jurisprudência/Supremo Tribunal de Justiça, 2000, I, p. 62: «As deliberações sociais eivadas de abuso de direito são nulas se, de per si, sejam ofensivas dos “bons costumes”: noção variável, com os tempos e os lugares, abrangendo o conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, correctas, de boa fé, num dado ambiente e num certo momento».

¹² Como já lembrava V. G. LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Almedina, Coimbra, 1998 (reimp.), p. 149, nt. 53, «as deliberações, v.g., de conteúdo imoral são necessariamente nulas».

¹³ Cfr., sobre a aplicabilidade dos arts. 58.º, 4, e 377.º, 8, do CSC, às cooperativas, HELENA SALAZAR, «O direito à informação dos cooperadores no âmbito das cooperativas. Anotação aos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de abril de 2000 e do Tribunal da Relação do Porto de 30 de setembro de 2002», cit., p. 355.

pelo órgão de administração devem ser facultadas à consulta dos sócios, na sede da sociedade, nos 15 dias anteriores à data da assembleia geral. Quanto ao teor da convocatória, vimos igualmente que era nela mencionado o assunto sobre o qual a deliberação seria tomada.

De qualquer forma, o Tribunal da Relação de Coimbra não se preocupou com a eventual existência de causas de anulabilidade por ter considerado que o direito de impugnar a deliberação com esses fundamentos teria caducado.

4 A VOTAÇÃO POR ESCRUTÍNIO SECRETO

No recurso para o Tribunal da Relação, os Autores invocaram que a votação que teve lugar e de que resultou a deliberação impugnada deveria ter tido lugar por escrutínio secreto, nos termos do art. 43.º, 4, do Ccoop. Para fundamentarem essa leitura, alegaram que a deliberação tomada era de exclusão e que esse seria um assunto de «incidência pessoal».

O Tribunal da Relação de Coimbra não apreciou esse fundamento porque não foi apresentado nos articulados dos recorrentes. Porém, se o tivesse sido, e mesmo que se entendesse que era matéria de «incidência pessoal», a violação da exigência de escrutínio secreto apenas teria como consequência a anulabilidade da deliberação (art. 58.º, 1, a), do CSC), pois estaríamos perante um vício de procedimento.

5 A CADUCIDADE DO DIREITO DE IMPUGNAR A DELIBERAÇÃO EM CAUSA. O PRAZO PARA PROPOR A AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÕES SOCIAIS E A PENDÊNCIA DO PROCEDIMENTO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÕES SOCIAIS

O prazo para se requerer a suspensão das deliberações sociais é de dez dias, sendo um prazo de caducidade¹⁴. Este prazo vale também quando se pretende obter a suspensão de deliberações nulas e ineficazes, caso se entenda que nesses casos o procedimento de suspensão de deliberações sociais pode ser utilizado. O que está em causa no procedimento cautelar é afastar o *periculum in mora*. Mas para que o sócio (ou o cooperador) possa alcançar este objetivo, deverá agir com rapidez. E não se vê por que razão é que o sócio poderá ser mais lento quando a deliberação é nula ou ineficaz.

O momento a partir do qual se inicia a contagem daquele prazo varia consoante o requerente tenha ou não sido regularmente convocado para a assembleia. Se o requerente foi regularmente convocado para a assembleia, o prazo de dez dias

¹⁴ Cfr., p. ex., o Acórdão da Relação do Porto de 5 de janeiro de 1998, Proc. n.º 9751150, www.dgsi.pt, e ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, IV, Almedina, Coimbra, 2001, p. 77.

conta-se a partir da data da assembleia em que foram tomadas as deliberações. E isto quer o sócio tenha estado presente na assembleia, quer não tenha.

Mas se o requerente não foi regularmente convocado para a assembleia, o prazo conta-se da data em que teve conhecimento da deliberação¹⁵. Se esteve presente na assembleia e aí tomou conhecimento da deliberação, é óbvio que o prazo se conta da data da assembleia também, porque foi nessa data que tomou conhecimento da deliberação.

Se foi pedida a suspensão de uma deliberação anulável, o *prazo para propor a ação de anulação* não se conta da data em que é proferida a sentença no procedimento cautelar. Com efeito, o prazo de 30 dias previsto no art. 59.º, 2, a), do CSC, conta-se da data de encerramento da assembleia, pelo que a propositura do procedimento cautelar não interrompe nem suspende o prazo para interpor a ação de anulação¹⁶.

O art. 373.º, 1, a), do atual CP (correspondente ao art. 389.º, 1, a), do anterior CP) estabelece, é certo, que tem lugar a *extinção do procedimento* e a *caducidade da providência* se «o requerente não propuser a ação da qual a providência depende dentro de 30 dias contados da data em que lhe tiver sido notificado o trânsito em julgado da decisão que a haja ordenado». No entanto, esta norma *não afasta* o que resulta do já referido art. 59.º, 2, do CSC. O art. 373.º do CP trata dos casos em que o procedimento cautelar se extingue e a providência decretada caduca: *não tem em vista o prazo para propor a eventual ação de anulação*, pois esse está identificado no art. 59.º, 2, do CSC.

¹⁵ Nos casos em que o requerente não foi regularmente convocado, poderá perguntar-se se tem de conhecer tudo o que foi deliberado para que o prazo comece a correr. No Acórdão da Relação de Lisboa de 22 de novembro de 1990, *Colectânea de Jurisprudência*, V, p. 125, entendeu-se que o prazo começava a correr mesmo que não houvesse um conhecimento exato e formal das deliberações. Houve, assim, uma presunção judicial retirada do facto de haver documento comprovativo de que os requerentes souberam no próprio dia que tinha havido assembleia e qual a ordem do dia.

¹⁶ Cfr. tb., no mesmo sentido, tendo em conta a legislação então em vigor, PALMA CARLOS, «Prazo para requerer a anulação de deliberações sociais, quando se haja requerido a suspensão», *Revista dos Tribunais*, 62.º, p. 212; ALBERTO DOS REIS, «Acção de anulação de deliberações sociais», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 78.º, p. 364; VASCO LOBO XAVIER, «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», p. 71, nota 104; TAVEIRA DA FONSECA, *Deliberações sociais: suspensão e anulação*, cit., p. 39; Acórdão da Relação de Lisboa de 20 de outubro de 1981, *Boletim do Ministério da Justiça*, 315.º, p. 309; contra, PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, cit., p. 509 (também referido no Acórdão); Acórdão da Relação de Lisboa de 11 de março de 1980, *Colectânea de Jurisprudência*, 1980, II, p. 190.

Esse tem sido o nosso entendimento¹⁷ e esse foi também o entendimento da Relação de Coimbra no Acórdão comentado^{18,19}. Sendo uma questão abundantemente tratada na jurisprudência e pela doutrina, não se compreende como é que os Autores optaram pela leitura mais arriscada e que recolhe menor número de apoios. *Cautelas e caldos de galinha nunca fizeram mal a quem quer que fosse*.

Tanto mais que não faz sentido invocar que a ata só foi fornecida com a oposição apresentada pela Ré/Recorrida no procedimento cautelar. O próprio art. 59.º, 4, do CSC, lembrado pelos Autores, mostra bem que a ata não é necessária para propor a ação de anulação.

O novo CP obriga no entanto a perguntar se o regime de inversão do contencioso, tal como se acha previsto para as providências cautelares, coloca o problema que estamos a analisar sob uma nova luz²⁰. De acordo com o disposto no art.

¹⁷ Cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Suspensão de deliberações sociais de sociedades comerciais: alguns problemas», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2003, III, p. 365 e 369.

¹⁸ Veja-se também o Acórdão da Relação de Lisboa de 19 de fevereiro de 2013, Proc. 843/12.2TYLSB. L1-7, www.dgsi.pt: «1. O prazo de caducidade, fixado no artigo 59.º, n.º 2, do CSC, para o exercício do direito potestativo de arguir a anulabilidade de deliberações sociais é de natureza substantiva, só sendo impedido pela proposição da acção de anulação, nos termos do artigo 331.º, n.º 1, do CC. 2. Assim, a instauração de procedimento cautelar preliminar para suspensão de tais deliberações sociais não tem efeito impeditivo antecipatório daquele prazo. 3. O referido prazo de caducidade incide sobre matéria não excluída da disponibilidade das partes, pelo que a sua apreciação judicial depende da invocação do interessado, nos termos do artigo 303.º por remissão do n.º 2 do artigo 333.º do CC. 4. Todavia, sendo suscitada a questão da caducidade já no decurso do procedimento cautelar preliminar, e afigurando-se tal questão, desde logo, manifestamente procedente, nada impede que seja configurada como causa de inutilidade superveniente da lide cautelar, determinativa da extinção da respectiva instância».

¹⁹ Se o Tribunal da Relação não tivesse considerado que caducara o direito de impugnar a deliberação considerada anulável, teria de ser enfrentado o problema da *legitimidade de quem não foi considerado cooperador* para impugnar uma deliberação dos cooperadores considerada apenas anulável.

²⁰ Não questionaremos aqui a possibilidade de utilizar o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais relativamente a deliberações de cooperadores de uma cooperativa. O art. 381.º, 1, do CP, apenas faz menção à suspensão de deliberações de «alguma associação ou sociedade». Não sendo a cooperativa, em Portugal, uma sociedade (porque não tem fim lucrativo; mas v., com outra leitura, DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no direito português: o capital social*, Vida Económica, Porto, 2009, p. 41, nt. 32, com outras referências), também se poderá perguntar se é uma associação. Desde logo, não é assim que surge identificada no art. 2.º, 1, do Ccoop. Veja-se, porém, optando «pela ideia de uma associação de pessoas que agem colectivamente, por intermédio de uma empresa», RUI NAMORADO, *Introdução ao direito cooperativo*, cit., p. 16, embora a p. 326 entenda que se trata de «um tipo legal autónomo dentro das pessoas colectivas». A própria Aliança Cooperativa Internacional vê a cooperativa como associação, como salienta ainda RUI NAMORADO, *Cooperatividade e direito cooperativo*, cit., p. 40. Não repugna aceitar que o termo «associação» surja no CP em sentido lato (associação de pessoas). O art. 403.º do CP de 1939 previa a possibilidade de se requerer a suspensão de deliberações de «alguma sociedade, seja qual for a sua espécie», mas o Ccom também qualificava as cooperativas como sociedades: «As sociedades cooperativas são especializadas pela variabilidade do capital social e pela ilimitação do número de sócios» (corpo do art. 207.º do Ccom, já revogado). O que não parece suficiente é a mera invocação dos arts. 9.º e 43.º, 8, do Ccoop (mas v., em sentido contrário, ABRANTES GERALDES, *Temas da*

369.º, 1, do CP, o requerente da providência cautelar pode também requerer que, na decisão em que o juiz decreta a providência, seja por este dispensado «do ónus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir [ao juiz – interpolação nossa] formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio». Transitada em julgado a decisão que decretou a providência, o requerido é notificado, «com a advertência de que, querendo, deve intentar a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio» (art. 371.º, 1, do CP).

A dispensa do ónus de propositura da ação principal pode ser requerida até ao encerramento da audiência final (art. 369.º, 2, do CP). Como decorre do art. 369.º, 3, do CP, o pedido de inversão do contencioso *interrompe a caducidade*, reiniciando-se a contagem do respetivo prazo com o trânsito em julgado da decisão que negue o pedido de inversão. Claro está que é necessário apresentar o pedido de inversão do contencioso antes de terminar o prazo de caducidade. E isso deve ser tido em conta na leitura do referido art. 369.º, 2, do CP.

A questão que deve ser trazida aqui é a de saber *se o prazo para propor a ação de anulação de deliberações sociais se interrompe com o pedido de inversão do contencioso* apresentado no procedimento cautelar antes de terminar aquele prazo. Com efeito, os arts. 376.º, 4, e 382.º do CP tornam claro que a inversão do contencioso pode ter lugar no procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais.

Porém, é mais do que discutível a possibilidade de inversão do contencioso na suspensão de deliberação social *anulável*. E isto porque a inversão do contencioso pressupõe que a natureza da providência cautelar decretada seja «adequada a realizar a composição definitiva do litígio» (art. 369.º, 3, do CP). Sucede porém que a providência de suspensão da deliberação não permite dizer que existe uma composição definitiva do litígio, pois a deliberação não chega a ser anulada²¹.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ABREU, COUTINHO DE, *Curso de direito comercial*, 2.º vol., 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011.

reforma do processo civil, cit., p. 69). O primeiro apenas remete para o CSC (e não para todo o «regime prescrito para as sociedades comerciais», como afirma ABRANTES GERALDES, últ. *ob. cit.*, p. cit.) e o segundo limita-se a permitir o «recurso» para os tribunais das deliberações da assembleia geral, deixando na mesma a dúvida quanto ao procedimento cautelar a utilizar (o comum ou o especificado?).

²¹ Cfr., com este argumento, RITA LOBO XAVIER, «Suspensão de deliberações sociais e inversão do contencioso», DSR, Março 2014, ano 6, vol. 11, p. 77-91.

- CARLOS, PALMA, “Prazo para requerer a anulação de deliberações sociais, quando se haja requerido a suspensão”, *Revista dos Tribunais*, 62.º.
- FONSECA, TAVEIRA DA, *Deliberações sociais: suspensão e anulação*, Separata da revista Textos, Porto, 1994.
- FURTADO, PINTO, *Deliberações dos sócios*, Almedina, Coimbra, 1993.
- GERALDES, ABRANTES, *Temas da reforma do processo civil*, IV, Almedina, Coimbra, 2001.
- MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, “Suspensão de deliberações sociais de sociedades comerciais: alguns problemas”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2003, I/II, pag. 345-373.
- MEIRA, DEOLINDA APARÍCIO, *O regime económico das cooperativas no direito português: o capital social*, Vida Económica, Porto, 2009.
- NAMORADO, RUI, *Introdução ao direito cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2000.
- NAMORADO, RUI, *Cooperatividade e direito cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2005.
- REIS, ALBERTO DOS, “Acção de anulação de deliberações sociais”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 78.º, pag. 327-332, 341-346, 360-366.
- ROSAS, MARTA MONTERROSO, “A integração de lacunas no Código Cooperativo e o recurso ao direito societário”, in DEOLINDA APARÍCIO MEIRA (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2012, pag. 333-345.
- SALAZAR, HELENA, “O direito à informação dos cooperadores no âmbito das cooperativas. Anotação aos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de abril de 2000 e do Tribunal da Relação do Porto de 30 de setembro de 2002”, in DEOLINDA APARÍCIO MEIRA (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, (2012), pag. 347-357.
- VASCONCELOS, PAULO, “O regime de invalidade das deliberações sociais previsto no Código das Sociedades Comerciais é subsidiariamente aplicável a deliberações tomadas pelos cooperadores em assembleia geral”, in DEOLINDA APARÍCIO MEIRA (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, (2012), pag. 543-547.
- XAVIER, RITA LOBO, “Suspensão de deliberações sociais e inversão do contencioso”, DSR, Março, (2014), ano 6, vol. 11, pag. 77-91.
- XAVIER, V. G. LOBO, “O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, (1975), XXII, pag. 195-283.
- XAVIER, V. G. LOBO, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Almedina, Coimbra, 1998 (reimp.).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 36 (2014), páxs. 149-162
ISSN: 1130-2682

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA
RELAÇÃO DE GUIMARÃES DE 7 DE MAIO DE 2013

*A COMMENTARY ON THE COURT OF APPEAL OF
GUIMARÃES. DECISION OF THE 7TH OF MAY OF 2013*

CAROLINA CUNHA¹

MARIA MATILDE LAVOURAS²

¹ Doutora em Direito - Ciências Jurídico-Empresariais, Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Pátio da Universidade, 3004-545 Coimbra, Portugal. Correio eletrónico: ccunha@fd.uc.pt

² Mestre em Direito - Ciências Jurídico-Económicas, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Pátio da Universidade, 3004-545 Coimbra, Portugal. Correio eletrónico: mlav@fd.uc.pt

RESUMO

O comentário debruça-se sobre uma deliberação tomada na assembleia geral de uma IPSS potencialmente violadora de uma norma legal, reproduzida nos estatutos, que proíbe a reeleição de membros para os órgãos sociais de gestão e fiscalização por mais de dois mandatos consecutivos a menos que a assembleia expressamente reconheça a impossibilidade e inconveniência da sua substituição. Tendo o tribunal concluído pela sua validade, questiona-se perante a matéria de facto se não existiriam razões para decidir diferentemente, além de se analisarem sucintamente dois potenciais fundamentos de invalidade arredados pela decisão (o facto de o assunto não constar da ordem do dia e a existência de impedimento de voto relevante).

PALAVRAS-CHAVE: IPSS, deliberação nula, reeleição, mandatos consecutivos.

ABSTRACT

This commentary addresses the issue of whether a resolution passed at a general meeting of a charitable organization violates a statutory rule (mirrored in the articles of association) forbidding the re-election of members to the board of directors and supervisory committee for more than two consecutive terms, unless the meeting specifically recognizes that the replacement is not possible or else is inconvenient. The court decided that such resolution was valid, but given the circumstances we question this assessment. And although the court discarded them, we also analyse the possible existence of other motives for considering the resolution void (voting member's conflict of interests and irregularities of the notice).

KEY WORDS: Charitable organization, void resolution, re-election, consecutive terms.

SUMÁRIO: 1. SÍNTESE DA DECISÃO E DAS QUESTÕES LEVANTADAS. 2. O ESTATUTO DAS IPSS E AS LIMITAÇÕES À REELEIÇÃO DE MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIAIS. 3. A AUTORIZAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL PARA A RECANDIDATURA. 4. PROBLEMAS CONEXOS: ASSUNTO OMISSO DA ORDEM DO DIA E IMPEDIMENTO DE VOTO.

CONTENTS: 1. SUMMARY OF DECISION AND OF THE ISSUES RAISED. 2. THE LEGAL REGIME OF THE IPSS AND LIMITATIONS FOR RE-ELECTION OF THE BOARD MEMBERS. 3. THE GENERAL MEETING APPROVAL FOR CONSECUTIVE TERMS. 4 RELATED PROBLEMS: SILENT ISSUE ON THE AGENDA AND NO VOTING RIGHTS.

I SÍNTESE DA DECISÃO E DAS QUESTÕES LEVANTADAS

O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 07-05-2013³ debruçou-se sobre um pedido de impugnação de uma deliberação tomada na assembleia geral de uma associação reconhecida como instituição particular de solidariedade social (IPSS). A deliberação em causa *autorizava* os titulares dos órgãos de administração e fiscalização a recandidatarem-se a um novo mandato e a sua validade foi judicialmente questionada com base em *três ordens de razões*: 1) ter incidido sobre assunto que não constava da ordem de trabalhos da assembleia geral; 2) ter sido aprovada com votos de membros que se pretendiam recandidatar e, portanto, com votos de pessoas sobre assuntos que diretamente lhes diziam respeito; 3) permitir a recandidatura dos membros dos corpos sociais por mais do que dois mandatos consecutivos sem estarem preenchidos os requisitos legais e estatutariamente exigidos para o efeito.

Os dois primeiros fundamentos de invalidade haviam sido afastados pelo tribunal *a quo* em termos (infelizmente não explicitados no acórdão) que mereceram a concordância do Tribunal da Relação de Guimarães, pelo que a discussão se veio a centrar unicamente sobre a *alegada violação* do art. 57º, 4 do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social⁴, segundo o qual “não é permitida a eleição de quaisquer membros por mais de dois mandatos consecutivos para qualquer órgão da associação, salvo se a assembleia geral reconhecer expressamente que é impossível ou inconveniente proceder à sua substituição”, norma recolhida e transposta pelo art. 20º dos Estatutos da própria IPSS, onde se pode ler: “Os membros dos corpos gerentes só podem ser eleitos consecutivamente

³ Relatório da Desembargadora Ana Cristina Duarte e publicado em www.dgsi.pt.

⁴ DL n.º 119/83, de 25.02, com as alterações dos DL n.º 89/85, de 01.04, 402/85, de 11.10 e 29/86 de 19.02.

para dois mandatos para qualquer órgão da associação, salvo se a assembleia geral reconhecer expressamente que é impossível ou inconveniente proceder à sua substituição”.

Propomo-nos começar por analisar a *ratio* desta proibição legal de recandidatura no contexto do regime das IPSS para, em seguida e atendendo ao concreto enquadramento factual, apreciarmos a validade da deliberação que alegadamente a violou. Não deixaremos, por último, de notar brevemente o eventual relevo dos restantes fundamentos de impugnação, apesar de desatendidos pelo Tribunal.

2 O ESTATUTO DAS IPSS E AS LIMITAÇÕES À REELEIÇÃO DE MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIAIS

A regulamentação vigente em Portugal para as denominadas IPSS, nomeadamente no que diz respeito à capacidade para ser eleito como membro dos órgãos da instituição, afasta-se, em alguns aspectos, da que existe para as demais entidades associativas. Sendo vários os traços de regime em que há divergência —divergência que se prende maioritariamente com *as razões de interesse público* que estão por detrás da criação desta figura jurídica⁵—, no que tange ao caso concreto importa tomar em consideração apenas aqueles que digam directamente respeito à composição ou modo de designação dos órgãos da associação.

Ao invés de determinar que as entidades de cariz associativo, independentemente dos fins para os quais foram criadas, se submetem a uma mesma disciplina, optou-se por estabelecer algumas distinções entre elas. A diferenciação tem por base, neste como em outros casos⁶, precisamente *as finalidades para as quais*

⁵ Como resulta claro do art. 8.º do Estatuto das Instituições Particulares de Segurança Social. Ao isentar as instituições abrangidas por aquele diploma das demais formalidades exigidas pelo Decreto-Lei n.º 460/77 de 7 de Novembro, facto que pode encontrar justificação no propósito principal da criação desta forma de associativismo privado e que a distingue das demais: o facto de se tratar de associações de direito privado que se proponham “a resolução de carências sociais” partilhando com o Estado esta tarefa, integrando-se assim no terceiro sector (ou terceiro pilar) do Sistema de Solidariedade social, nomeadamente e sobretudo na política Segurança Social, mas que se estende a outros domínios onde possa fazer-se sentir idêntica necessidade como sejam as áreas da saúde e do bem-estar, educação, envelhecimento activo, apoio familiar, apoio escolar, etc.. Sobre esta questão veja-se ANA PAULA QUELHAS, *A refundação do papel do Estado nas políticas sociais*, Almedina, Coimbra, 2001, SUSANA PAULA CARVALHO JANUÁRIO, *Organizações de solidariedade social radicadas na comunidade: a diversidade no terceiro sector em Portugal: estudo de casos*, Pol., FEUC, Coimbra, 2000. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, *A reforma da segurança social – contributos para o estudo da Lei de Bases*, vol. I e II, Comissão de trabalho, Solidariedade e Segurança Social, 2002. A ideia da criação de um sistema baseado em ‘Pilares’ encontra apoio na posição defendida pelo Banco Mundial em 1994 e que pode ser vista em *Averting the old age crisis – policies to protect the old and promote growth*, Oxford University Press, 1994.

⁶ Estamos a referir-nos, nomeadamente, às associações desportivas, culturais ou recreativas também elas sujeitas a regulamentação específica.

*foram criadas*⁷. A utilidade social que as IPSS prosseguem e que lhes é juridicamente reconhecida pela concessão automática e sem necessidade de comprovação dos demais requisitos do Estatuto de Utilidade Pública é, aliás, elucidativa da importância das atividades que desenvolvem⁸.

Não se estranha assim os cuidados que foram observados na regulamentação específica que procede ao afastamento do regime regra das associações, de que é exemplo o disposto no art. 57º, 4 do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social (EIPSS), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/83 de 25 de Fevereiro e alterado pelos Decreto-Lei n.º 89/95, de 1 de Abril, 402/85, de 11 de Outubro e 29/86, de 19 de Fevereiro – norma que, *ao invés* de reconhecer a capacidade eleitoral plena a todos os associados, como acontece com as Associações sujeitas apenas ao regime geral do Código Civil, *impõe determinadas exigências* para que possam ser (re)eleitos como membros dos respetivos órgãos de gestão. O legislador entendeu adequado consagrar um regime segundo o qual um associado *não pode ser eleito* para os órgãos sociais da instituição *por mais de dois mandatos consecutivos*, ressaltando-se unicamente os casos em que, por impossibilidade ou inconveniência, se haja de entender que os mesmos podem ser (excepcionalmente) eleitos.

Note-se que *não estamos aqui* perante um impedimento absoluto, de uma incapacidade ou de qualquer outra situação que pudesse considerar-se análoga às referidas no art. 21º do EIPSS. Nesses casos o que existe é uma limitação *absoluta e inultrapassável* da incapacidade; já no n.º 4 do art. 57º não é disso que se trata. A capacidade dos associados, que é plena, *pode ver-se limitada* naqueles casos em que o associado *já tenha sido eleito* por dois (ou mais) mandatos consecutivos para os órgãos de gestão.

A *justificação* para a existência de semelhante limitação alicerça-se sobretudo na necessidade de garantir a todos os associados *a igualdade no acesso aos órgãos de gestão* da associação e *evitar que se perpetuem* na orientação da atividade da associação as mesmas pessoas, *fomentando a renovação* dos membros dos órgãos de gestão. O que se pretendeu salvaguardar, portanto, foi *o interesse da associação*, distinguindo-o de outros interesses desprovidos de justificação atendível

⁷ Não cuidando de os analisar com o pormenor que lhes seria devido e requerido por uma análise mais aprofundada que não pode ser levada a cabo neste comentário, limitamo-nos a referir alguma bibliografia sobre o tema, como seja LICÍNIO LOPES MARTINS, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009 e bibliografia aí citada, ou M. LEAL FREIRE, *As Misericórdias e as IPSS em geral: na História, na Legislação, na Jurisprudência e na Prática Administrativa*, ELCLA, 1995.

⁸ As IPSS têm vindo a atravessar no actual contexto de crise económica algumas dificuldades, pese embora o facto de a sua importância enquanto instituições capazes de contribuir para a coesão e inclusão social ser inquestionável – ver CÂNDIDA SOARES, *A economia social e a sua sustentabilidade como fator de inclusão social*, SERGA, 2013.

relacionada com a prossecução dos fins da associação e assim evitar minorias ou maiorias de bloqueio ou de manipulação dos mesmos órgãos. Dada a curtíssima duração do impedimento, previne-se que sejam limitados, ainda que indiretamente, outros direitos dos associados. De referir, aliás, que a limitação de que curamos cessa logo que haja de se considerar findo o acto eleitoral relativamente ao qual os associados se haveriam de considerar impedidos⁹.

Este impedimento legal pode, todavia, ser *ultrapassado*, desde que a candidatura ao terceiro mandato consecutivo seja precedida de *deliberação expressa* da assembleia geral da associação nesse sentido e justificada por: (1) *impossibilidade de substituição*; (2) *inconveniência de substituição*.

A densificação das duas cláusulas gerais deverá ser feita de forma casuística, mas sempre se pode adiantar, no que toca à impossibilidade, que terá de ser analisada do ponto de vista objetivo, sem descurar as especificidades concretas. Haverá certamente impossibilidade naqueles casos em que, findo que seja o prazo para a apresentação das candidaturas, não foi submetida qualquer lista concorrente ou quando, dado o número reduzido de associados com capacidade eleitoral, se mostre impossível a apresentação de listas candidatas sem que da mesma figure(m) algum(ns) do(s) membro(s) que se encontra(m) impedido(s) por estar(em) na(s) condições do n.º 4 do art. 57º EIPSS.

Já no que diz respeito à inconveniência da substituição dos membros dos órgãos de gestão a delimitação das situações não pode ser enunciativa. Estamos perante uma cláusula aberta, que carece de uma *análise interpretativa* por referência ao *caso concreto*. Só perante as circunstâncias reais é possível determinar se a alteração dos membros dos órgãos de gestão é ou não susceptível de se revelar inconveniente para a instituição. Ainda assim, advirta-se que o legislador *não se bastou* em consagrar a ideia de este impedimento pode ser levantado sempre que a substituição dos órgãos de gestão possa representar uma *mera ruptura* na orientação e actividades desenvolvidas. Pelo contrário: deve entender-se exigível que seja *invocado e demonstrado* que essa substituição resulta inconveniente para a instituição por *colocar em risco o seu funcionamento* ou a *prossecução dos seus objetivos estatutários*.

⁹ Questão diversa da analisada no Acórdão supra mencionado é aqueloutra de saber se o associado, findo que seja o acto eleitoral para o qual aparece como 'impedido', readquire de imediato a sua capacidade eleitoral e que, no fundo, se reconduz à questão de saber *se o prazo de intervalo* entre o último dos dois mandatos e o mandato seguinte *tem necessariamente* que ser o prazo de duração normal, ou pode porventura ser *um prazo inferior* àquele. Estamos em crer que a solução mais adequada quer à letra, quer ao espírito da norma, é esta última, ou seja, o associado apenas não pode, em regra, ser eleito para os órgãos de gestão da instituição em mais do que dois actos eleitorais sucessivos, sendo para estes efeitos indiferente a duração que esses ciclos governativos possam ter (com respeito, naturalmente, pelo art. 57º, 2 do EIPSS, que determina que os mandatos não podem ter duração superior a três anos).

Cumpra ainda referir que, em nosso entendimento, se trata de um *impedimento absoluto*, ou seja, nos casos em que não tenha a lista de que fazem parte o(s) membro(s) impedido(s) *obtido* da Assembleia Geral a necessária autorização *devidamente justificada* para se apresentar a sufrágio, não *poderá ver validada a sua candidatura*.

Conclui-se que existe uma impossibilidade de recandidatura a um terceiro mandato, excepto se a Assembleia Geral deliberar expressamente no sentido da admissibilidade, justificando esta última *por razões ponderosas e de importância para a vida gestonária da IPSS*, ou seja, por se revelar, nas palavras da lei “impossível” a substituição ou “inconveniente”, apreciando-se esses condicionaismos em função no caso concreto.

3 A AUTORIZAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL PARA A RECANDIDATURA

A IPSS referida no acórdão tem por objecto principal criar e administrar serviços de apoio a idosos e à primeira infância em certas freguesias do concelho de Guimarães, além de prestar apoio comunitário com vista a contribuir para a eliminação de situações de pobreza e exclusão social. Empregava, à data das decisões judiciais, cerca de 98 funcionários, prestando serviços a aproximadamente 700 pessoas.

A deliberação questionada – autorização de candidatura dos então membros dos corpos gerentes da IPSS a sufrágio eleitoral para um novo mandato – foi tomada na assembleia geral realizada em 26.11.2010.

Os sujeitos envolvidos integravam a Lista A e praticamente todos eles tinham exercido funções *durante quatro mandatos consecutivos*¹⁰. A eleição dos corpos sociais da IPSS (Direcção e Conselho Fiscal) para o triénio 2011/2013 teve lugar a 08.01.2011, conseguindo a referida Lista A obter 174 votos, contra os 33 alcançados pela concorrente Lista B – a qual era encabeçada pelo associado que interpôs a acção de impugnação que deu origem ao acórdão¹¹ e que pretendia, além da nulidade da mencionada deliberação, a impugnação de todo processo eleitoral que se lhe seguiu (eleição e tomada de posse dos membros da Lista A).

Como vimos, a proibição de recandidatura imposta pelo art. 57º, 4 do Estatuto das IPSS não é absoluta: cede caso *a assembleia geral reconheça expressamente que é impossível ou inconveniente* proceder à substituição dos membros dos

¹⁰ Cfr. n.º 6 da matéria de facto. Os mandatos corresponderam aos triénios 1999/2001, 2002/2004, 2005/2007 e 2008/2010 – ou seja, a um arco temporal que começa sensivelmente com a constituição da própria IPSS, que ocorreu em 1998.

¹¹ Mas que já anteriormente (em 29.12.2010, ou seja, antes mesmo de ocorrida a eleição para os corpos sociais) havia protestado, através de carta dirigida ao Presidente da Assembleia, por entender que a autorização concedida na assembleia do mês anterior violava os estatutos e a lei.

órgãos sociais. O que está em causa, portanto, é apurar *se este condicionalismo permissivo se verificou*.

Com esse objectivo, recorreu desde logo o Tribunal da Relação de Guimarães à acta da assembleia geral de 26.11.2010, na qual se pode ler:

“De seguida procedeu-se à apresentação de uma proposta onde diz que, atendendo a que o Regulamento da Direcção da Instituição obriga à aprovação por parte da assembleia da candidatura para o mandato deste grupo de trabalho; que existem investimentos importantes a levar a efeito já no próximo exercício, tal como consta no Plano e Orçamento e que o sucesso da Instituição depende em grande parte desta equipa de trabalho; propõe a Direcção que seja aprovada pela assembleia geral de [...] a autorização de candidatura desta mesma equipa de trabalho”.

Esta proposta foi aprovada por maioria simples, com 21 votos a favor e 17 votos contra (e sem que se verificasse qualquer abstenção).

Esclareça-se que os “investimentos importantes a levar a efeito” ascendiam ao valor de € 1.141.770,78 e diziam respeito à *empreitada* de ampliação do lar de idosos, do centro de dia e do serviço de apoio domiciliário, a qual já havia sido autorizada pela Segurança Social e se encontrava mesmo em execução. Na sequência daquela aprovação, necessitou ainda a Direcção de negociar com uma instituição bancária o financiamento da parte a suportar pela IPSS; e, com vista ao sucesso das negociações, *todos os membros da Direcção tiveram de garantir pessoalmente o cumprimento do financiamento* mediante a prestação de aval¹²

De toda esta factualidade retirou o tribunal *a quo* não resultar que a assembleia geral *tivesse reconhecido expressamente* a inconveniência de proceder à substituição dos corpos gerentes. Infere-se do acórdão que terá censurado à deliberação a ausência da necessária minúcia e detalhe que um “reconhecimento expresso” requer, carecendo a vontade (quando muito tacitamente) manifestada pelos associados do carácter explícito que a norma do referido art. 57º, 4 impõe. A deliberação foi, por conseguinte, considerada ilegal e inválida pela decisão de primeira

¹² Esta *responsabilização pessoal* dos associados membros dos corpos gerentes por dívidas da IPSS parece-nos *bastante gravosa e desenquadrada das finalidades legais e estatutárias* destas pessoas colectivas – que, recorde-se, são estruturalmente associações sem fins lucrativos (art. 157º Cciv), e não sociedades com escopo lucrativo (arts. 980º Cciv e 1º CSC), nas quais é vulgar os sócios de responsabilidade limitada garantirem pessoalmente dívidas sociais, sendo este um risco que têm objectivamente interesse em correr já que o sucesso da actividade social se traduzirá na produção e distribuição de lucros. Não assim numa IPSS, pelo que esta “perigosa promiscuidade” entre o património dos associados-directores e a actividade da associação, além de levantar inúmeras interrogações, ilustra bem a necessidade e conveniência numa renovação periódica dos membros dos órgãos de gestão. Que é, justamente, o objectivo do art. 57º, 4 EIPSS.

instância; supomos (porque o acórdão não o esclarece) que tenha sido *anulada*¹³ por aplicação do art. 177º Cciv¹⁴, na medida em que o seu objecto ou conteúdo foi reputado contrário simultaneamente à lei (mencionado art. 57º, 4) e aos estatutos (cujo art. 20º reproduz no essencial aquele preceito legal)¹⁵.

Entendimento oposto teve o Tribunal da Relação de Guimarães, baseado na linha de raciocínio que passamos a expor. Em primeiro lugar, admitindo embora que o texto da proposta submetida a votação não está “redigido num português perfeito” nem é “muito elucidativo”, afirma a *desnecessidade de nele irem literalmente incluídos os termos* “reconhecer expressamente a inconveniência de proceder à substituição dos corpos gerentes” para que se logre alcançar o efeito proposto (recorde-se, o afastamento da proibição de recandidatura cominada pelo art. 57º, 4 EIPSS).

Depois, discorre o Tribunal que a Direcção cessante, conhecedora da limitação legal e estatutária que se levantava à sua possível reeleição, *pretendeu* com a apresentação da mencionada proposta *dar cumprimento* ao disposto naquelas normas, obtendo a autorização – se assim não fosse, *ter-se-ia limitado* a submeter a sua própria lista na data apazada para apresentação de candidaturas. Conclui o Tribunal que a assembleia geral, *ao votar favoravelmente* a proposta da Direcção autorizando-a a recandidatar-se, está a *reconhecer expressamente* (no sentido de, claramente, sem dúvida) que há *inconveniência* em proceder à sua substituição: tendo em conta os *elevados valores dos investimentos e as obras em curso*, a votação favorável terá de ser entendida como a expressão da inconveniência na substituição da referida Direcção. Por conseguinte, o Tribunal da Relação de Guimarães revogou a sentença recorrida, substituindo-a por outra que considerava válida a deliberação em causa.

Todo este argumentário nos suscita algumas interrogações. No que toca à *exigência legal* (reiterada pelos estatutos) de que a *inconveniência* na substituição dos membro dos órgãos sociais seja pela assembleia *expressamente* reconhecida, é útil recordar que o *fundamento geral* assinalado a este tipo de imposições legais

¹³ Note-se que o Código Civil não prevê a possibilidade de as deliberações da assembleia geral de uma associação estarem feridas de *nulidade* – sobre as razões desta opção pela anulabilidade como sanção geral e defendendo, tal como alguma jurisprudência, a cominação da nulidade nos casos em que o conteúdo da deliberação viola norma legal imperativa, M. VILAR MACEDO, *Regime civil das pessoas colectivas – Anotações aos artigos 157º a 201º-A do Código Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 109.

¹⁴ Segundo o qual “as deliberações da assembleia geral contrárias à lei ou aos estatutos, seja pelo seu objecto, seja por virtude de irregularidades havidas na convocação dos associados ou no funcionamento da assembleia, são anuláveis”.

¹⁵ Quando o preceito estatutário se limite a reproduzir (como no caso sucede) a disposição legal imperativa, manda a boa doutrina (recolhida, inclusivamente, no art. 58º, 2 CSC) que se considere que a deliberação *viola directamente o preceito legal* (cfr., nomeadamente, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, “Das sociedades”, Almedina, Coimbra, 2011, p. 508, nota 58).

de uma declaração expressa é, na verdade, o de assegurar uma “maior certeza e univocidade”¹⁶, e não o de requerer “fórmulas precisas ou sacramentais”¹⁷. Ou seja, também não nos parece que a proposta aprovada tivesse *necessariamente* de conter, no seu texto, uma referência *literal* à “inconveniência na substituição” que os associados estivessem, pelo seu voto, “expressamente a reconhecer”.

Há, todavia, que atender igualmente àquilo que a doutrina chama o “perfil funcional” de cada exigência legal de declaração expressa¹⁸, ou seja, averiguar afinal *para que servem a clareza e univocidade requeridas*. Ora, no caso que analisamos, estamos em crer que essa clareza e univocidade demandam, pelo menos, uma *noção sumária* de que se está a abrir uma brecha numa proibição legal destinada a salvaguardar interesses relevantes. Dito de outro modo, *pretende o legislador* que a manifestação de vontade dos associados, por intermédio do voto, *se faça com um mínimo de consciência do que está em causa*¹⁹: afastar, por razões excepcionais que é imperioso que se verifiquem (risco para o próprio funcionamento ou a prossecução dos objetivos estatutários da instituição), um regime legal imperativo destinado a evitar que se perpetuem na orientação da atividade da associação as mesmas pessoas. Mas é justamente esta *consciência sumária* por parte da assembleia da *existência e razão de ser de uma (preliminar) proibição legal* que não nos parece cabalmente demonstrada pela matéria de facto subjacente ao acórdão.

Desde logo, a fazer fé na acta²⁰, a proposta submetida a votação *nem sequer mencionava a existência de uma norma legal proibindo mais de dois mandatos consecutivos*: limitava-se a referir sincreticamente que “o Regulamento da Direcção da Instituição obriga à aprovação por parte da assembleia da candidatura para o mandato deste grupo de trabalho”, *deixando na sombra até mesmo as razões* dessa “obrigatoriedade”. Quer dizer, os associados presentes que não dispusessem de mais informação (e nada nos diz que dispusessem) poderiam *naturalmente supor* que a aprovação deles solicitada constituía uma *mera formalidade de cariz burocrático ou procedimental*.

¹⁶ P. MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 504.

¹⁷ J. M. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7ª ed., reimp., Almedina, Coimbra, 2003, p. 482, a propósito do art. 628º, 1 Cciv, que estatui que “a vontade de prestar fiança deve ser expressamente declarada”.

¹⁸ P. MOTA PINTO, *Declaração tácita*, cit., p. 504.

¹⁹ Será útil traçar aqui um paralelo com a “*função de alerta*” apontada pela doutrina à exigência legal de que a vontade de prestar fiança seja expressamente declarada (art. 628º, 1 Cciv): não se pretende impor ao fiador a utilização de fórmulas precisas mas sim que se mostre ciente da importância do acto que pratica – ver, por todos, M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 469-470.

²⁰ Sobre a importância da acta como meio *substituível* de prova das deliberações, ver J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, cit, p. 494, ss., em especial p. 505.

Depois, os próprios fundamentos invocados para obter a tal aprovação por parte da assembleia (“existem investimentos importantes a levar a efeito já no próximo exercício”; “o sucesso da Instituição depende em grande parte desta equipa de trabalho”) são susceptíveis de *reforçar a ideia* de que a aprovação pretendida significa um *prémio ou recompensa* pelo esforço desenvolvido pela equipa até aí em funções e de que *não existe qualquer razão válida e atendível* para impedir a sua recandidatura – quando a verdade é que existe uma *razão ponderosa*: a norma legal que, *prima facie*, a proíbe.

Em suma, *não duvidamos* que, como afirma o Tribunal da Relação de Guimarães, os associados presentes na assembleia “compreenderam que, *face aos investimentos e obras* em curso, seria *inconveniente* proceder à substituição dos corpos gerentes e, *por isso*, autorizaram a sua recandidatura”; *temos dúvidas* é que tenham abarcado a *existência de um impedimento legal* prévio obstando a essa recandidatura. Impedimento esse que se baseava na *larga ultrapassagem do número de mandatos admissíveis* – recorde-se que a lei permite dois mandatos (o que corresponde sensivelmente a seis anos) e a maioria dos membros da lista *já tinha completado quatro mandatos*, isto é, ocupava o poder de direcção e fiscalização da IPSS *há doze anos consecutivos*, praticamente tantos quantos os que a pessoa colectiva levava desde a sua constituição.

Por último, e ainda que os associados presentes na assembleia ao deliberarem a concessão de autorização estivessem *perfeitamente cientes* da existência de um regime que, *prima facie*, impediria a recandidatura dos membros da Lista A (o que não ficou minimamente demonstrado), resta saber se *a legalidade da própria autorização* não está, em qualquer caso, dependente da *real existência de uma impossibilidade ou inconveniente*.

É certo que o legislador, no citado art. 57º, 4, *remeteu* para a colectividade dos associados *a verificação* (através do tal “reconhecimento expresso”) *da existência* de tal impossibilidade ou inconveniência. Mas *quid iuris* se a assembleia autoriza a recandidatura “reconhecendo expressamente” uma impossibilidade ou inconveniente *que, na realidade, não se verifica*? No que toca ao inconveniente (situação que mais directamente nos interessa por estar em causa no acórdão abordado), vimos que é, em princípio, necessário que a impossibilidade de recandidatura *coloque em risco* o funcionamento da instituição ou a prossecução dos seus objetivos estatutários, *não bastando* que possa representar uma ruptura na orientação e atividades desenvolvidas²¹. Pergunta-se: poderá a assembleia *adoptar validamente* uma deliberação de autorização *sem que* se as circunstâncias preencham estes requisitos legais?

²¹ Cfr. *supra*, n.º 2.

Inclinamo-nos para a *resposta negativa*²²: tal equivaleria a *esvaziar de sentido a imperatividade da norma legal*, colocando nas mãos do *puro arbítrio dos associados e das maiorias que contingentemente se lograssem formar* a disposição dos superiores interesses da instituição que a lei pretendeu salvaguardar. O que é tanto mais grave quanto um dos fundamentos da proibição consiste, justamente, em evitar que se perpetuem na orientação da atividade da associação as mesmas pessoas, garantindo a todos os associados *igualdade no acesso aos órgãos de gestão*.

4 PROBLEMAS CONEXOS: ASSUNTO OMISSO DA ORDEM DO DIA E IMPEDIMENTO DE VOTO

Ainda que brevemente, não podemos deixar de analisar os fundamentos de invalidação que, *embora invocados, foram sumariamente afastados* pelo tribunal de recurso mediante uma remissão genérica para a decisão de primeira instância orientada nesse mesmo sentido²³: o facto de a deliberação ter incidido sobre assunto que não constava da ordem de trabalhos da assembleia geral e o facto de ter sido aprovada com votos de membros que se pretendiam recandidatar, ou seja, com votos de pessoas sobre assuntos que diretamente lhes diziam respeito.

Quanto ao facto de a aprovação da recandidatura dos actuais membros dos órgãos sociais *não constar da ordem de trabalhos da convocatória*²⁴, é-nos apenas dito no acórdão que, “havendo abuso de direito atendível no caso, estava vedada aos autores a arguição da invalidade da deliberação” com base nesse fundamento. Da leitura da decisão pode inferir-se que o alegado “abuso de direito” estaria relacionado com a circunstância de, no momento em que na assembleia geral se iniciou *a discussão do terceiro ponto da ordem de trabalhos* (“outros assuntos”), *os associados presentes não se terem oposto à inclusão* nesse ponto da ordem de trabalhos da proposta de autorização de recandidatura, tendo *todos consentido*

²² Essa deliberação estaria, portanto, ferida de anulabilidade nos termos do art. 177º Cciv (vício de conteúdo decorrente da violação do art. 57º, 4 do Estatuto das IPSS).

²³ Decisão de primeira instância à qual, todavia, não tivemos acesso.

²⁴ Convocatória publicada a 03.11.2010 na sede da IPSS – o que já de si constitui *um entorse às modalidades de convocação admitidas* pelo art. 174º, 1 e 2 Cciv, que *apenas contemplam* como alternativa ao *aviso postal a publicação* “nos termos legalmente previstos para os actos das sociedades comerciais”, ou seja e atendendo ao art. 167º CSC, *em site da internet de acesso público* regulado por portaria do Ministro da Justiça (assim M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil*, cit., p. 98-99.)

A convocatória assim “publicada” dava conta da realização de uma assembleia geral ordinária com a seguinte ordem de trabalhos (n.º 8 da matéria de facto dada como provada):

1. Apreciação e votação do plano de actividade e orçamento para o ano 2011;
2. Marcação da data para eleições dos corpos sociais do [...] para o triénio de 2011 a 2013;
3. Outros assuntos.”

em submeter a votação essa proposta²⁵. Isto é, supomos que o tribunal *a quo* terá considerado que, por terem aceite, no decorrer da própria assembleia, submeter a votação um assunto que não constava da convocatória, não podiam agora os associados vir impugnar a deliberação que sobre essa proposta se formou alegando precisamente a circunstância de o assunto não constava da convocatória; com essa pretensão estariam a incorrer em *venire contra factum proprium*, adoptando um comportamento contrário à boa fé que consubstancia uma das modalidades de abuso de direito à luz do art. 334º Cciv.

Recorde-se, antes de mais, que a deliberação *estaria* a ser impugnada com base na *anulabilidade* decorrente do art. 177º do Cciv – ou seja, “por virtude de irregularidades havidas na convocação dos associados” mostrava-se “contrária à lei”. Isto desde logo porque no art. 174º, 1 do mesmo Cciv determina-se que do aviso convocatório deve constar a “ordem do dia”; mas, sobretudo, atendendo ao art. 174º, 3, que especifica e autonomamente determinada a *anulabilidade* das “deliberações tomadas sobre *matéria estranha à ordem do dia*, salvo se *todos os associados compareceram* à reunião e *todos concordaram* com o aditamento”. Ora, no caso vertente, *todos os associados presentes* concordaram em acrescentar à ordem do dia a votação da proposta de autorização, mas a verdade é que *não estavam presentes todos os associados*²⁶, logo a deliberação sobre esse específico assunto permanece *anulável* pela não-verificação do primeiro requisito do art. 174º, 3 (comparência de *todos os associados*)²⁷.

O regime da anulabilidade das deliberações tomadas na assembleia geral de uma associação vem consagrado no art. 178º Cciv, em termos que tanto a doutrina como a jurisprudência reputam infelizes e carecidos de uma interpretação correctiva, sob pena de impor quase compulsivamente ao associado que discorde da proposta submetida a votação que se abstenha, em lugar de exprimir livremente a sua discordância face ao sentido que faz vencimento²⁸. Na verdade, onde a lei (aparentemente) consagra a legitimidade activa de “qualquer associado *que não tenha votado* a deliberação” deve entender-se consagrada a legitimidade activa de qualquer *associado que não tenha votado no sentido que fez maioria* – *i.e.*, não só dos que se abstiveram como dos que votaram no sentido oposto ao que fez vencimento²⁹.

²⁵ Cfr. n.ºs 15 e 16 da matéria de facto dada como provada.

²⁶ Algo que “na prática, é de difícil verificação”, como sublinha M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil, cit.*, p. 99.

²⁷ Requisito cuja imposição bem se entende, atendendo às finalidades da inserção da ordem do dia no aviso convocatório.

²⁸ Veja-se M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil, cit.*, p. 113-114 (embora o autor pareça deixar de fora as deliberações negativas).

²⁹ Cfr., num horizonte de interesses exactamente idêntico, o teor do art. 59º, 1 CSC.

Nesta medida, não parece haver obstáculo a que os associados *que votaram contra* a proposta de autorizar a recandidatura sejam admitidos pedir judicialmente a sua anulação. E, na verdade, a objecção que lhes é levantada radica, com o vimos, no *alegado abuso de direito*, que supomos relacionado com o facto de terem manifestado a sua concordância quanto à inclusão do assunto na ordem do dia. Compreendemos o raciocínio do Tribunal, mas não deixamos de nos interrogar se, em face da *ratio* da invalidade cominada³⁰, se deve retirar, mesmo numa situação como a descrita, a hipótese de ser *em concreto* feita valer a anulabilidade por qualquer associado que possua *em abstracto* legitimidade activa para o efeito.

Quanto à eventual existência de um *impedimento de voto*, o Tribunal da Relação de Guimarães seguiu a posição da sentença recorrida, segundo a qual (é o que sumariamente se transcreve no acórdão) a deliberação não padeceria desse vício. Em face das circunstâncias do caso esta posição levanta-nos algumas dúvidas. Dispõe o art. 176º Cciv que “o associado não pode votar, por si ou como representante de outrem, nas matérias em que haja conflito de interesses entre a associação e ele”³¹. Ora os associados que eram membros da lista cuja autorização de recandidatura se discutia estavam, parece-nos, manifestamente *em conflito de interesse* com a instituição³²: o interesse da IPSS apontava, *prima facie*, para a não recandidatura (pelas referidas razões ligadas à importância da renovação do substrato pessoal dos órgãos de gestão e à garantia de igualdade no acesso de todos os associados a esses órgãos), enquanto que o interesse dos associados membros da lista apontava, naturalmente, no sentido da recandidatura – o que é suficiente para lançar *fortes suspeições* quanto à respectiva *isenção* no momento de valorar das circunstâncias susceptíveis de tornar inconveniente a sua substituição.

Na medida em que a maioria alcançada para a formação da deliberação não foi muito vincada (21 votos a favor e de 17 votos contra), *bastava* assim que tivessem *indevidamente votado a favor* da autorização *quatro* membros da Lista A para que se preenchesse a condição de que o art. 176º faz depender a *anulabilidade* da deliberação adoptada com o voto de associados impedidos de votar – a saber, que o voto do associado impedido seja *essencial à existência da maioria* necessária.

³⁰ Cfr. em particular o que dissemos *supra*, n.º 2, quanto à razão de ser da proibição de recandidatura.

³¹ M. VILAR DE MACEDO, *Regime civil*, cit., p. 108: “trata-se de evitar que o associado beneficie, em proveito próprio [...], de deliberações tomadas pela assembleia”.

³² Valendo-nos do ensinamento de J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, cit., p. 245-246, sobre a questão paralela que é o impedimento de voto do sócio, “essas hipóteses configuram casos em que há divergência entre o interesse (objectivamente avaliado) do sócio e o interesse (objectivamente avaliado também) da sociedade, interessando, portanto, ao sócio uma deliberação orientada em determinado sentido e à sociedade uma deliberação orientada em sentido diverso”; visa-se, pois, “*neutralizar o perigo* da tomada de deliberações contrárias ao interesse social por influência do voto de sócio portador de interesse divergente”.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 36 (2014), páxs. 163-175

ISSN: 1130-2682

O ÂMBITO DE ISENÇÃO SUBJECTIVA DAS CUSTAS
PROCESSUAIS DE INSTITUIÇÕES PARTICULARES
DE SOLIDARIEDADE SOCIAL. COMENTÁRIO
AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO
DO PORTO, DE 21 DE OUTUBRO DE 2012

*THE SCOPE OF COURT FEES EXEMPTIONS ARISING
FROM JUDICIAL PROCEEDINGS WHEN A PARTY IS
A NON PROFIT SOCIAL WELFARE ORGANISATION.
A COMMENTARY TO THE DECISION OF THE COURT
OF APPEAL OF OPORTO, OCTOBER 21, 2012*

JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES¹

¹ Prof. Dr. Iuris. Professor Titular de Direito Processual Civil e de Propriedade Industrial da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Professor convidado no Brasil, Espanha, Angola e Macau. Correio electrónico: remedio@fd.uc.pt

RESUMO

O acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21 de Outubro de 2012 aborda o âmbito da isenção subjectiva das custas judiciais das instituições privadas de solidariedade social. Este comentário pretende identificar as situações em que se pode aplicar a referida isenção de custas judiciais.

PALABRAS-CHAVE: Portugal; costas judiciales; tasación de costas; personas jurídicas privadas de solidariedade social; exención de costas.

ABSTRACT

The decision of the Oporto Tribunal da Relação (court of appeal) of 21 October 2012 deals with the scope of court fees exemptions arising from judicial proceedings when a party is a non profit social welfare organization. The present comment aims to identify the situations in which the said exemptions from court costs can be utilized.

KEY WORDS: Portugal; court fees; exemption; welfare non profit organizations.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. OS FACTOS SUB IUDICE. 2. APRECIACÃO. 2.1. As custas processuais e a sua ratio. 2.2. O regime do art. 4.º, n.º 1, al. f), do Regulamento das custas processuais. Isenção subjectiva automática versus isenção subjectiva condicionada. 2.3. O fim e o objecto social das pessoas colectivas, em particular das IPSS. 2.4. O Estado prestacional na dimensão do acesso à Justiça. 2.5. A repartição das custas judiciais à luz do objecto principal das IPSS: actos principais versus actos acessórios ou instrumentais. 2.6. O sentido histórico-actualista da isenção prevista no actual art. 4.º, n.º 1, al. f). 2.7. A discricionariedade legislativa na conformação do regime das custas processuais. 2.8. As inferências do regime jurídico face ao caso sub iudice. 3. CONCLUSÃO.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. THE FACTS. 2. ANALYSIS. 2.1. *The judicial costs and its raison d'être.* 2.2. *The legal regime of article 4, n. 1, paragraph f), of the portuguese judicial costs regulation.* 2.3. *The purpose and the subject matter of legal persons, especially the non profit social welfare organisations.* 2.4. *The welfare state and access to justice.* 2.5. *The allocation of judicial costs and the principal purpose of welfare social non profit organisations: its principal activities versus its instrumental activities.* 2.6. *The historical actualistic meaning of the subjective exemption of article 4, n. 1, paragraph f).* 2.7. *The legislative discretion in shaping the legal framework of judicial costs.* 2.8. *Some inferences from the legal framework considering the present case.* 3. CONCLUSION.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

Processo n.º 1140/11.6TTMTS-B.P1

I.- A isenção subjetiva prevista na al. f) do n.º I do artigo 4.º do RCP só funciona em processos atinentes às especiais atribuições das pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos (como por exemplo as IPSS) ou relativos à defesa dos interesses que lhe estão especialmente conferidos por lei ou pelos respetivos estatutos.

II.- Esta isenção não abrange as ações declarativas emergentes de contrato de trabalho interpostas contra uma IPSS com vista ao reconhecimento de créditos decorrentes da relação laboral que existiu entre ela e uma trabalhadora (A.).

Apelação n.º 1140/11.6TTMTS-B.P1

Tribunal do Trabalho de Matosinhos (1.º juízo)

Relator – Paula Maria Roberto

Adjuntos – Machado da Silva, Fernanda Soares

Acordam na Secção Social do Tribunal da Relação do Porto:

I.- Relatório

B..., com sede em ..., Coimbra, veio interpor o presente recurso do despacho proferido pelo Exm.º juiz do tribunal *a quo*, a fls. 2, e que considerou não estar a mesma isenta de custas por não se mostrar preenchida a condição prescrita na 2ª parte do artigo 4.º, n.º 1, alínea f), do R.C.P.. Conclui tal recurso da seguinte forma:

1. A decisão deve ser reformada porquanto a recorrente integra a isenção subjectiva

prevista na al. f) do n.º 1 do art. 4.º do Regulamento das Custas Judiciais, disposição genérica relativa a pessoas colectivas privadas sem fins lucrativos, nomeadamente, para defesa dos seus interesses;

2. Acresce que, a decisão sempre deve ser reformada porquanto não considerou a disposição específica relativa às instituições particulares de solidariedade social, tipologia na qual se insere a recorrente, consagrada na al. a) do art.º 1 do D.L. 9/85, de

9.01, que determina a sua isenção;

3. Deve a decisão ser revogada, assim se fazendo a costumada Justiça!”

*

Não foram apresentadas contra-alegações.

*

A Exm.ª Procuradora-Geral Adjunta emitiu o duto parecer de fls. 275 e 276, concluindo que a recorrente não beneficia do regime legal de isenção de custas, por nele não estar contemplado.

*

Colhidos os vistos, cumpre, agora, apreciar e decidir.

II.- Saneamento

A instância mantém inteira regularidade por nada ter entretanto sobrevindo que a invalidasse.

*

III.- Fundamentação

Omissis (...)

COMENTÁRIO

I INTRODUÇÃO. OS FACTOS SUB IUDICE

O acórdão objecto do presente comentário incide sobre o *âmbito da isenção subjectiva* das pessoas colectivas de utilidade pública sem fins lucrativos, em especial das *Instituições Particulares de Solidariedade Social* (doravante, IPSS), no que respeita às custas processuais. A Ré, no caso *sub iudice*, é uma *Instituição Particular de Solidariedade Social* (IPSS), a quem foi reconhecido o estatuto de pessoa coletiva de utilidade pública, prosseguindo, entre outras, as atividades de creche, educação pré-escolar, centro de acolhimento temporário, lar de idosos e serviço de apoio domiciliário. Em particular, a Ré prossegue as atividades de creche, educação pré-escolar, centro de acolhimento temporário, lar de idosos e serviço de apoio domiciliário.

Nesta acção declarativa, o objecto do litígio respeita ao reconhecimento dos créditos decorrentes da relação laboral que existiu entre a Autora (trabalhador dependente) e a Ré, bem como à apreciação de um pedido de indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais.

2 APRECIACÃO

2.1. As custas processuais e a sua ratio

Toos os processos onde se dirimem litígios (de direito privado ou de direito público) estão sujeitos a custas. Esta é a regra geral respeitante à contrapartida exigível a quem pretender aceder aos serviços de justiça estadual e aceder ao Direito e aos Tribunais, cujo afloramento se surpreende no n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro. As custas processuais consubstanciam assim a contraprestação pecuniária da utilização do serviço da administração da justiça, sendo, por isso, qualificáveis como *taxa* e não como *imposto*². Esta quantia traduz um montante fixado em função do valor e da complexidade da causa, nos termos do Regulamento das Custas Processuais.

2.2. O regime do artigo 4.º, n.º 1, al. f), do regulamento das custas processuais. isenção subjectiva automática versus isenção subjectiva condicionada

Na verdade, o artigo 4.º, n.º 1, al. f), deste último Regulamento, aprovado pelo Decreto-lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro, isenta de custas as *pessoas colectivas*

² Por exemplo, acórdão do Tribunal Constitucional n.º 301/2009, de 22/06/2009 (SOUSA RIBEIRO), in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090301.html>.

privadas, sem fins lucrativos, quando actuem exclusivamente no âmbito das suas *especiais atribuições* ou para defender os interesses que lhes estão *especialmente* conferidos pelo respectivo estatuto, ou nos termos da legislação que lhes seja aplicável. Toda e qualquer actuação processual que exorbita destas condições não beneficia da isenção de custas. Como é bom de ver, a isenção prevista na mencionada al. f) não é uma isenção subjectiva de custas *tout court*, prevista e actuada em função da *natureza da concreta pessoa colectiva*; esta isenção é, de igual sorte, provida de características objectivas ou materiais, posto que a isenção subjectiva das custas surge-nos dependente das questões materiais controvertidas, objecto do processo, tal como elas são, inicialmente, configuradas pelo autor da acção. O reconhecimento de isenção de custas é assim um *reconhecimento condicional, não automático*. Vale dizer: a circunstância de a parte ser uma pessoa colectiva privada sem finalidades lucrativas não garante, *per se*, o não pagamento da parte pela prestação dos serviços de Justiça.

2.3. O fim e o objecto social das pessoas colectivas, em particular das IPSS

A Demandada é uma pessoa colectiva privada sem finalidades lucrativas, por isso que se reveste do estatuto de instituição particular de solidariedade social. De harmonia com o *princípio da especialidade do fim*, a toda a constituição de pessoas colectivas preside *um fim* (artigos 167.º, n.º 1 e 186.º, n.º 1, ambos do Cciv.). É este fim que determina a sua capacidade jurídica (*maxime*, de gozo de direitos), o eventual reconhecimento da utilidade pública, o tipo de actuação requerido aos titulares dos seus órgãos, bem como a metodologia e as coordenadas de interpretação dos respectivos estatutos³. Destarte, as atribuições das IPSS são os fins ou as finalidades para a realização das quais estas foram constituídas e que lhes conferem identidade e que as distingue de outras pessoas colectivas, no sentido em que se cura das especiais atribuições enquanto finalidades que levaram à sua formação; quais objectivos que lhes conferem identidade e que concorrem para as distinguir de outras pessoas colectivas.

É verdade que todas as pessoas colectivas têm um *fim próprio*; que deve ser *lícito*. No caso, a Ré prossegue um *fim solidário* ou *altruístico*. E a este fim liga-se o *objecto social*. Ora, o objecto social da Ré coincide precisamente com o âmbito de actividade que ela, pessoa colectiva sem finalidades lucrativas, se propõe desenvolver ou exercer, a *título principal*⁴, para a prossecução do seu *fim social solidário*. O *fim* e o *objecto social* delimitam a actividade da pessoa colectiva. Essa delimitação atinge a *actividade principal* ou especial e a *actividade instrumental*.

³ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, Tomo III, *Pessoas*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 628.

⁴ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 160.

Todavia, se é certo que para a determinação da *capacidade jurídica* das pessoas colectivas — mesmo das entidades com *fins altruísticos* ou *solidários* —, o artigo 160.º o Cciv. reconhece a tais entidades a capacidade jurídica correspondente aos direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins — e somente os actos ou *actividades completamente estranhas* ao objecto social se devem considerar fora da actividade própria da pessoa colectiva —, a mesma solução não é admissível para o efeito de serem isentas do pagamento de custas judiciais, ao abrigo da referida al. f) do n.º 1 do artigo 4.º do Código das Custas Processuais.

2.4. O estado prestacional na dimensão do acesso à justiça

Por outro lado, é verdade que o artigo 63.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa garante que o Estado apoia a actividade e o funcionamento das IPSS com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social. Esta norma, porém, não coarcta a necessária *discricionariedade legislativa* na definição dos modelos e da intensidade deste apoio. Se é certo que a garantia de acesso ao Direito e aos Tribunais do Estado também pressupõe uma *dimensão prestacional* — no sentido de o Estado assegurar prestações destinadas a evitar a denegação de justiça por insuficiência de meios económicos (artigo 20.º da CRP)⁵ —, também é verdade que o legislador goza de uma ampla margem de conformação legiferante da referida *dimensão prestacional*.

Com efeito, não impondo a Constituição a gratuidade da utilização dos serviços de justiça, o legislador dispõe de uma apreciável *folga de liberdade de conformação*, competindo-lhe repartir os pesados custos do funcionamento da máquina da Justiça, fixando a parcela que deve ser suportada pelos litigantes e a que deve ser inscrita no orçamento do Estado⁶. A função da taxa de justiça é a de fazer re-

⁵ Esta exigência decorre do princípio da *igualdade material de armas* em sentido económico — pois, no caso de desigualdade de meios económicos, poderá haver lugar ao apoio judiciário nas suas várias modalidades, designadamente dispensa total ou parcial do pagamento de taxa de justiça (J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 208) —, a fim de evitar que a igualdade jurídica saia frustrada na decorrência de uma grave desigualdade de facto (MANUEL DE ANDRADE, *Noções Fundamentais de Processo Civil*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, pág. 380). A previsão da isenção (condicionada) do pagamento de custas processuais em benefício das pessoas colectivas privadas sem fins lucrativos satisfaz, não tanto uma ideia de reequilíbrio da desigualdade material de meios económicos, mas essencialmente o reforço da prossecução, em sede de resolução de conflitos de interesses pelos tribunais do Estado, das especiais atribuições que lhes estão consignadas e dos interesses que lhes estão especialmente confiados.

⁶ Como se afirma no já citado acórdão do Tribunal Constitucional, de 22/06/2009, tirado no processo n.º 301/2009, “o legislador goza, nesta matéria, de uma muito ampla liberdade de conformação, à luz de critérios diversificados, que vão desde o atendimento dos custos reais de produção, ao grau de utilidade propiciada ao particular, na satisfação da sua necessidade individual, e ao interesse público

percutir sobre os utilizadores do sistema judicial os custos do seu funcionamento. E o legislador reconhece não poder exigir do utilizador o custo integral do serviço que lhe é dirigido sem contrariar o direito universal de acesso aos tribunais garantido pela Constituição da República. No contexto do Código das Custas Judiciais, a taxa de justiça surge, então, como um tributo dividido a meio caminho entre a *igualdade tributária* e a *justiça social*; os critérios de tributação justos devem ser objecto de *concordância prática* com o princípio da tendencial gratuitidade da justiça para o vencedor⁷. Além disso, não pode ser desconsiderado o princípio da cobertura dos custos da Administração da Justiça como *padrão de eficiência*.

2.5. A repartição das custas judiciais à luz do objecto principal das IPSS: actos principais *versus* actos *accessórios* ou *instrumentais*

Ao exigir-se, como regra, dos litigantes o pagamento de uma parcela a que a tramitação e resolução de um litígio dá causa mais não se segue senão a regra do *aproveitamento racional* da escassez dos recursos. Aliás, o pagamento de custas processuais corresponde ao *princípio-regra* da repartição dos custos do funcionamento da Administração da Justiça; o *desvio* ou a *excepção* a este princípio é a isenção de custas. É assim discutível se devem ser abrangidos pela isenção de custas os litígios apreciados e julgados em tribunais estaduais emergentes de actividades das pessoas colectivas privadas sem fins lucrativos que concorram para a sustentabilidade financeira delas ou que evitem a causação de prejuízos no seu giro ou administração normal (v.g., contratação de trabalhadores, resolução de contratos de trabalho ou a celebração de tantos outros negócios e realização de operações materiais). Para este efeito de isenção do pagamento de custas processuais, é altamente controvertido dizer que tanto merece tutela a acção social das pessoas colectivas (*actos principais*), quanto as actividades desenvolvidas por estas para lograr a realização da acção social (*actos instrumentais* ou *accessórios*).

2.6. O sentido *histórico-actualista* da isenção prevista no actual artigo 4.º, n.º 1, al. f)

Em Portugal, o regime jurídico da isenção de custas processuais em benefício das *peçoas colectivas privadas sem finalidades lucrativas* tem sido alvo de alguma flutuação nas últimas dezenas de anos. Esta evolução legislativa pode dar-nos pistas ponderosas relativamente ao sentido e alcance da actual *isenção subjectiva*

na generalização ou, inversamente, na retracção do acesso ao bem ou serviço em questão. É da ponderação, em cada tipo de caso, destes e de outros parâmetros, e da valoração do complexo de interesses conjugadamente presentes nas situações de obrigatoriedade de taxa – valoração a que não são alheias razões de conveniência e oportunidade – que resulta a determinação do valor a prestar”.

⁷ Assim, SÉRGIO VASQUES, *O princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 598-601.

condicionada de custas processuais em benefício das IPSS. O primeiro regime das IPSS após a democratização portuguesa pós 1974 era omissivo quanto à isenção de custas das IPSS (Decreto-Lei n.º 519-G2/79, de 25 de Fevereiro). Depois, estabeleceu-se esta isenção às IPSS que fossem reconhecidas como pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, solução consagrada no segundo regime jurídico destas IPSS, no quadro subsequente à democratização em Portugal, nos termos do artigo 97.º, n.º 1, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro. O terceiro regime jurídico das IPSS pós democratização — artigo 1.º, al. b), do Decreto-Lei n.º 9/85, de — estatuiu, expressamente, a isenção incondicionada de custas a estas entidades, contanto que estas entidades estivessem registadas. Com o Decreto-Lei n.º 118/85, de 19 de Abril, tentou-se a concentração, num só diploma legal — o Código das Custas Judiciais, então ainda o de 1962 —, de todas as situações de isenção de custas judiciais. As IPSS continuaram isentas de custas, *independentemente da situação material controvertida no litígio em que elas fossem partes*. A partir de 2008 — pressentindo-se já o minguar ou o ocaso do Estado Social nesta *dimensão prestacional* do acesso ao Direito e aos Tribunais do Estado — foi, porém, abandonado o critério exclusivamente subjectivo da definição da isenção de custas destas entidades: a concessão da isenção passou a ser condicionada à circunstância de o objecto do litígio ser atinente às “especiais atribuições” destas IPSS ou com a defesa dos interesses que lhe são especialmente conferidos pelo respectivo estatuto”.

No que interessa especialmente ao presente caso, o Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro, não se limitou a reconfigurar o sistema de custas processuais, numa perspetiva da responsabilização das partes, de harmonia com os atos e complexidade de cada causa, individualmente considerado. Procurou, igualmente, numa visão compreensiva, introduzir no sistema de administração da Justiça factores de correcção da procura dos tribunais por parte de um conjunto de litigantes, por vezes havida como imoderada e penalizadora da resposta global do sistema.

Nestes termos, a fixação da taxa de justiça em cada processo passou a ter relação não apenas *parâmetros objetivos*, como a natureza e o valor da causa, mas também com *factores subjectivos*, em função da condição e escopo do sujeito jurídico que assume a posição de autor ou demandante: veja-se o que se passou, a partir de 2012, com a fixação de uma taxa de justiça especial para as pessoas colectivas comerciais que tenham um volume anual de entradas, em tribunal, no ano anterior, superior a 200 ações, procedimentos ou execuções; e, outrossim, com as pessoas colectivas sem fins lucrativos de utilidade pública, cuja isenção subjectiva de custas passou a depender da circunstância de a sua actuação processual e postulativa se circunscrever *exclusivamente ao âmbito das suas especiais atribuições* ou para defender interesses que lhe estão *especialmente afectos*.

Repare-se, ainda, que o novo regime das custas processuais emergente a partir de 2008 consagrou — goste-se ou repudie-se — uma nova valoração do re-

gime das isenções subjectivas das pessoas colectivas de utilidade pública sem fins lucrativos. Procurou-se — como foi, de resto, vontade expressa do legislador — reavaliar o sistema de isenção de custas. Conforme se lê no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 34/2008, procedeu-se “... a uma drástica redução das isenções, identificando-se os vários casos de normas dispersas que atribuem o benefício da isenção de custas para, mediante uma rigorosa avaliação da necessidade de manutenção do mesmo, passar a regular-se de modo unificado todos os casos de isenções”. Se no regime anterior do Código das Custas Judiciais de 1996⁸, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224-A/96, de 26 de Novembro⁹, o qual foi mantido por este Código, estava, *expressa e incondicionalmente*, prevista a isenção de custas para as *instituições particulares de solidariedade social* (artigo 2.º, n.º 1, al. *h*), do Código de 1996)¹⁰ — no sentido em que, independentemente do objecto do litígio, as IPSS estavam *sempre* isentas de custas —, no novo Regulamento das Custas Processuais de 2008, abandonou-se o critério exclusivamente subjectivo na definição da isenção de custas. O Código das Custas de 1962¹¹ apenas isentava incondicionalmente de custas as *peças colectivas de utilidade pública administrativa* (artigo 8.º, n.º 1, al. *b*) e não era líquido que todas as IPSS fossem então qualificadas ou conseguissem lograr o reconhecimento de pessoas colectivas deste jaez. A isenção das custas passou, a partir de 2008, a estar dependente da circunstância de o objecto do litígio se relacionar com as “especiais atribuições” da pessoa colectiva ou com “a defesa dos interesses que lhe são especialmente conferidos pelo respectivo estatuto ou nos termos de legislação que lhes seja aplicável”¹².

⁸ A Lei n.º 1998, de 15 de Maio de 1944, sobre as bases reguladoras dos serviços de assistência social prestados por entidades privadas, era totalmente omissa sobre esta questão, o mesmo acontecendo na Lei n.º 2120, de 19 de Julho de 1963, relativa às bases da política de saúde e assistência.

⁹ Na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 324/2003, de 27 de Dezembro de 2003.

¹⁰ As Instituições Particulares de Solidariedade Social já se encontravam isentas de custas judiciais, por força do disposto no n.º 1 do Decreto-Lei n.º 9/85, de 9 de Janeiro, e, por outro lado, as pessoas colectivas de utilidade pública gozavam de igual regime de isenção por força do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 260-D/81, de 2 de Setembro (artigo 1.º, al. *e*). De resto, a Lei n.º 2/78, de 17 de Janeiro, já isentava genericamente de custas judiciais as *peças colectivas de utilidade pública* (onde, hoje, se integram as IPSS) e as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa (artigo 1.º, al. *e*), da referida lei). Posteriormente, como resulta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 118/85, de 19 de Abril, os motivos que levaram o Governo a revogar genericamente todas as normas que estabeleciam isenções de custas, fora do quadro normativo do Código das Custas Judiciais, foram essencialmente, razões de saneamento legislativo e, ainda, razões de ponderação e análise dos casos que de futuro merecessem e justificassem tal benefício. O Governo passou então a conceder, por via legislativa, isenção das custas judiciais (cfr. artigo 3.º n.º 1, al. *h*), do Código das Custas Judiciais, e número 5 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 118/85, de 19 de Abril).

¹¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44.329, de 8 de Maio de 1962.

¹² Isto para além de o legislador de 2008 ter passado a integrar a isenção de custas em benefício das IPSS nas isenções previstas para *peças colectivas privadas sem fins lucrativos*, uma vez que estas entidades revestem tal natureza jurídica.

2.7. A dicricionarietà legislativa na conformação do regime das custas processuais

O artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República concede o direito fundamental de acesso aos tribunais para salvaguarda dos direitos subjectivos ou outros interesses legalmente protegidos das pessoas humanas e colectivas; dele se intui, como uma das suas dimensões, a incomportabilidade de uma restrição por meio da fixação de custos insustentáveis a cargo dos cidadãos e demais pessoas colectivas utilizadores.

É a lei ordinária que conforma este direito fundamental; e se é certo que a Constituição não determina a gratuidade dos serviços de justiça, também o é que não pode a lei ordinária adoptar soluções de tal modo onerosas que, na prática, impeçam as partes de lhe aceder. Na verdade, ainda que com fundamentação ligeiramente diferente da convocada no acórdão em comentário, deveremos observar que as acções que tenham por objecto obrigações ou litígios derivados de contratos que essas pessoas colectivas celebrem com vista a obter meios para o exercício das suas atribuições dificilmente se podem qualificar no quadro dos processos atinentes às *especiais* atribuições destas entidades¹³ com escopo altruístico ou solidário. O mesmo se dirá, por exemplo, nos casos em que a IPSS pretender impugnar as coimas que lhe sejam aplicadas pela prática de contra-ordenações ambientais, se os interesses subjacentes à protecção dessas contra-ordenações não constam dos seus estatutos ou da lei¹⁴; outrossim, nos casos em que a IPSS pretenda impugnar judicialmente valores em débito relativos a dívidas fiscais e à segurança social. Pelo contrário, as entidades de gestão colectiva de direitos de autor, cujo fim seja o de representar os artistas e intérpretes no licenciamento e na cobrança dos ditos de natureza patrimonial — pessoas colectivas de utilidade pública, sem escopo lucrativo — já devem achar-se isentas de custas ao abrigo da mesma alínea nas providências cautelares¹⁵ e acções inibitórias destinadas a proibir a reprodução, a distribuição ou a execução pública não autorizadas de obras ou prestações artísticas.

2.8. As inferências do regime jurídico face ao caso *sub iudice*

No caso *sub iudice*, a Ré não visava proteger *as actividades de solidariedade social*, designadamente de creche, educação pré-escolar, centro de acolhimento

¹³ Veja-se, também neste sentido o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13/12/2011 (MANUELA FIALHO), processo n.º 68/08.1TTTCBR, <http://www.dgsi.pt>; *id.*, de 10/09/2013 (EMÍDIO SANTOS), proc. n.º 8/11.9TNCBR-A.C1.

¹⁴ Assim, acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28/12/2012 (MARIA FILOMENA SOARES), proc. n.º 3892/11.4TBPTM, local cit.

¹⁵ Neste sentido, acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12/08/2011 (MARIA DA CONCEIÇÃO SAAVEDRA), proc. n.º 81910/10.3TBBERG.G1, local cit.

temporário, lar de idosos e serviço de apoio domiciliário. Donde, não se integra o objecto dessa acção ou a excepções suscitadas por esta Ré no âmbito das suas *especiais atribuições*, nem para defender os *interesses que lhe estão especialmente conferidos* pelo respectivo estatuto. Esta Ré, IPSS, visou apenas impugnar a indemnização por despedimento ilícito peticionada pela Autora, bem como o pagamento dos créditos laborais reclamados com base na existência de uma relação laboral entre as partes.

O que deve importar para o efeito do reconhecimento da isenção prevista na mencionada al. f) do n.º 1 do artigo 4.º é que o núcleo essencial fáctico da acção esteja *essencialmente* conxionado ou relacionado com o exercício das especiais atribuições destas pessoas colectivas privadas; *scilicet*, se o objeto da acção e os pedidos nela formulados não puderem ser perspectivados, apreciados e decididos sem que se chame à colação e discuta a actuação destas entidades privadas sem finalidades lucrativas na prossecução dos interesses que lhes estão *especialmente afectos* pelo respectivo estatuto. Estamos, por conseguinte, perante uma isenção de custas *condicional*. Esta isenção somente funciona em relação a acções dirimidas perante os tribunais estaduais onde se apreciem e julguem questões concernentes às *especiais atribuições* das entidades abrangidas pela isenção ou para defesa dos interesses conferidos pelo respectivo estatuto ou, ainda, pela própria lei. Neste enfoque, a isenção de custas que foi objecto do acórdão em comentário não abrange, designadamente, as acções que tenham por objecto obrigações ou litígios derivados de contratos que estas entidades celebrem com vista a obter meios para o exercício das suas atribuições¹⁶.

3 CONCLUSÃO

O legislador ordinário dispõe de uma ampla margem de *discricionariade legislativa* na conformação concreta do regime das isenções das pessoas colectivas privadas sem finalidades lucrativas, *inter alia*, as IPSS. A isenção de custas destas entidades, posto que condicionada à circunstância de o litígio se situar no âmbito das suas *especiais atribuições* de *solidariedade social* ou no quadro dos interesses que lhes estão *especialmente* confiados, não afecta o núcleo essencial ou intangível do acesso ao Direito e aos Tribunais, não se revelando desproporcionada ou excessiva (proibição do excesso). Isto embora, no plano do desejável, fosse *aconselhável e conveniente* que o legislador ordinário previsse uma isenção total de custas, ainda quando o litígio respeitasse a factos ou actos ligados ou conxionados instrumentalmente às mencionadas especiais atribuições ou à tutela dos interesses especialmente conferidos pelos estatutos ou pela lei. Não vejo,

¹⁶ No mesmo sentido, veja-se o acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 11/12/2012 (JOAQUIM CONDESSO), proc. n.º 5814/12, <http://www.dgsi.pt>; SALVADOR DA COSTA, *Regulamento das Custas Processuais Anotado e Comentado*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, págs. 188-189.

por conseguinte, neste regime jurídico qualquer labéu de *inconstitucionalidade material*. Ao arrimo desta *interpretação histórica-actualista* do regime jurídico das IPSS em matéria de tributação por custas processuais é assim possível intuir a solução, a meu ver correcta, tirada na decisão do Tribunal da Relação do Porto em comentário: as acções em que seja parte uma IPSS, cuja situação material controvertida decorra, *essencialmente*, de factos (lícitos ou ilícitos), actos jurídicos ou contratos destinados ou com vista a obter meios para o exercício das suas atribuições não permitem fazê-las usufruir da isenção de custas estatuída na al. f) do n.º 1 do artigo 4.º do actual Regulamento das Custas Processuais de 2008.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- MANUEL DE ANDRADE, *Noções Fundamentais de Processo Civil*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1979.
- MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007.
- PAIS DE VASCONCELOS, P., *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- REMÉDIO MARQUES, J. P., *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- SÉRGIO VASQUES, *O princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributaria*, Almedina, Coimbra, 2008.
- SALVADOR DA COSTA, *Regulamento das Custas Processuais Anotado e Comentado*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 36 (2014), páxs. 177-190

ISSN: 1130-2682

O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE
COIMBRA, DE 10-09-2013, E A REPARTIÇÃO
DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL SOBRE
ASSOCIAÇÕES CANONICAMENTE ERECTAS NA
JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES

*THE JUDGMENT OF THE COURT OF APPEAL OF
COIMBRA, 9/10/2013, AND THE ALLOCATION OF
JURISDICTION OVER CANONICAL ASSOCIATIONS
IN THE CASE LAW OF PORTUGUESE COURTS*

LICÍNIO LOPES MARTINS¹

¹ Doutor em Direito Administrativo. Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. PhD in Administrative Law Professor at the Law School of Coimbra University. Correio eletrónico: licinio@fd.uc.pt.

RESUMO

O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra supra referido incide sobre uma das questões mais problemáticas do ordenamento jurídico português, quer ao nível substantivo, quer ao nível da competência jurisdicional. No primeiro aspecto releva sobretudo o quadro das relações entre o Direito Comum (Direito do Estado) e o Direito Canónico na regulação jurídica das instituições canonicamente erectas a que seja reconhecida personalidade jurídica civil. No segundo, está em causa saber qual ou quais os critérios que hão-de ser decisivos para delimitar o âmbito da jurisdição competente para a resolução de litígios emergentes da actividade interna e externa daquelas entidades: a Jurisdição Comum ou a Jurisdição Eclesiástica. As Santas Casas da Misericórdia constituem, neste contexto, um case study exemplar.

PALAVRAS-CHAVE: Santas Casas da Misericórdia; associações canonicamente erectas; Direito Comum; Direito Canónico; Jurisdição Comum; Jurisdição Eclesiástica; jurisprudência dos Tribunais Portugueses.

ABSTRACT

The abovementioned judgment of the Court of Appeal of Coimbra focuses on one of the most problematic issues of the Portuguese legal system, both at the substantive level and in terms of jurisdiction. The first aspect relates to the particular context of the relationships between Common Law (Law of the State) and the Canon Law on the legal regulation of canonical institutions which have a civil legal status. The second aspect is all about knowing which criterion/criteria will be critical to define the scope of the competent jurisdiction for the resolution of disputes arising out of the internal and external activity of those entities: the Common Jurisdiction or the Ecclesiastical jurisdiction. Santas Casas da Misericórdia (Church-based social work) are, in this context, a case study model.

KEY WORDS: Santas Casas da Misericórdia; canonical associations; Common Law; Canon Law; Ordinary Jurisdiction; Ecclesiastical Jurisdiction; case law of the Portuguese Courts.

SUMÁRIO: 1. NOTA PRÉVIA: SÍNTESE SOBRE O LITÍGIO *SUB IUDICE* E SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES. 2. AS MISERICÓRDIAS COMO ASSOCIAÇÕES PRIVADAS DE FIÉIS. 3. A JURISDIÇÃO COMPETENTE *RATIONE MATÉRIA* E DA NATUREZA DO REGIME JURÍDICO.

CONTENTS: 1. *PRELIMINARY REMARK: SUMMARY ON THE DISPUTE SUB IUDICE AND ON THE CASE LAW OF THE PORTUGUESE COURTS.* 2. *MISERICÓRDIAS AS PRIVATE ASSOCIATIONS OF CHURCHGOERS* 3. *THE COMPETENT JURISDICTION RATIONE MATTER AND THE NATURE OF THE LEGAL REGIME.*

I NOTA PRÉVIA: SÍNTESE SOBRE O LITÍGIO *SUB IUDICE* E SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES

O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC), de 10-09-2013, reflecte uma das matérias mais problemáticas da ordem jurídica portuguesa: a relação entre a ordem jurídica-civil e a ordem jurídica canónica (o direito concordatário), com inerentes projecções ao nível da jurisdição competente (a comum/civil ou a eclesiástica).

Subjacente ao Acórdão do TRC está um *conflito relacionado com a aplicação de uma pena disciplinar expulsiva a um associado de uma Santa Casa de Misericórdia* pelos respectivos órgãos (a Mesa Administrativa e a Assembleia Geral).

Parecendo-nos indiscutivelmente acertada uma das linhas jurisprudenciais nele fixadas – concretamente, a competência da jurisdição civil para julgar os pedidos de indemnização por danos não patrimoniais fundados em eventuais actos ilícitos conexos ou derivados de decisões disciplinares expulsivas, na medida em que tais factos e respectivas consequências são inteiramente disciplinados pela lei civil (especificamente, pelos artigos 483.º e 496.º do Código Civil)² -, menos líquida já se afigurará a outra orientação que dele resulta, concretizada na tese de que os Tribunais Judiciais não têm competência material para apreciar a legalidade da expulsão dos associados das Santas Casas de Misericórdia (Misericórdias),

² Localizado na subsecção dedicada à responsabilidade por actos ilícitos, estabelece o n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Sobre a mesma matéria, adianta-se no n.º 1 do artigo 496.º do mesmo Código que na “fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”, sendo que, nos termos do n.º 4, o “montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494.º”.

na sequência de procedimentos disciplinares instaurados e decididos pelos seus órgãos estatutários.

A este propósito, refira-se que o associado, antes de ter proposto a acção relativa ao pedido de indemnização contra a Misericórdia que o expulsou, já havia demandado a mesma entidade no tribunal judicial competente, pedindo a declaração de nulidade e de ilegalidade da deliberação da Mesa da Misericórdia (ratificada pela Assembleia Geral). Contudo, o tribunal declarou-se materialmente incompetente para apreciar o pedido, por tal matéria pertencer à jurisdição dos tribunais eclesiais.

É, precisamente, sobre esta segunda questão que incidirá a nosso abreviado apontamento ao Acórdão do TRC, sendo certo que este Acórdão se insere numa linha jurisprudencial precedente, não apenas do TRC, mas igualmente de todos os Tribunais Superiores, em especial do Tribunal da Relação do Porto (TRP) e do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), embora, saliente-se, nem sempre de forma unânime.

O TRC, em Acórdão de 23-11-2010, já havia decidido que os Tribunais Judiciais não têm competência material para apreciar a legalidade da exclusão dos associados de uma Misericórdia, decidida pela respectiva mesa da assembleia geral, com fundamento no facto da autoridade eclesial ter considerado e emitido declaração no sentido de que associados “havam abandonado a comunhão eclesial”, pelo que, “segundo o teor do Cân. 316, 1 e 2”, deveriam “ser demitidos da Irmandade da Santa Casa da Misericórdia”³.

Semelhante orientação consta de um Acórdão de 16-06-2009 e de outro Acórdão de 17-05-2011 do mesmo Tribunal, concluindo-se neste segundo que, em função do disposto nos artigos 44.º a 51.º, 68.º a 70.º do Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro⁴, e do estabelecido nos artigos 1.º, 8.º a 12.º da actual Concordata (2004) celebrada entre o Estado Português e a Santa Sé, as Irmandades das Santas Casas das Misericórdias são pessoas jurídicas constituídas na ordem jurídica canónica, regendo-se pela ordem jurídica portuguesa nos aspectos específicos inerentes ao desenvolvimento da sua actividade de prossecução de fins de assistência e solidariedade e pela ordem jurídica canónica quanto aos demais aspectos da sua actividade, *desde que os mesmos se reportem a normas da ordem jurídica canónica*. Consequentemente, os Tribunais Judiciais são incompetentes em razão da matéria para apreciarem a legalidade da destituição dos órgãos sociais da Santa Casa da Misericórdia decidida por autoridade eclesial (Bispo da Diocese com-

³ Disponível no site www.dgsi.pt (tal como os demais acórdãos a que nos referimos no texto).

⁴ Diploma que aprova o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, no qual se inserem as Misericórdias. Entidades que são igualmente qualificadas como Instituições Particulares de Solidariedade Social, desde que (também) prossigam fins de solidariedade social e não apenas fins de natureza religiosa.

petente), bem como a legalidade da deliberação eleitoral tomada em Assembleia Geral da mesma Misericórdia.

O TRP, em Acórdão de 2-12-1996, fixou a jurisprudência de que os conflitos de funcionamento entre órgãos de Irmandades da Misericórdia ou Santas Casas da Misericórdia sujeitas à vigilância da autoridade eclesiástica e que nada tenham a ver com actividades ligadas à solidariedade social são da competência de tal autoridade a quem compete dirimi-los, pelo que os tribunais comuns não têm competência para a convocação de uma assembleia geral extraordinária de uma Santa Casa da Misericórdia requerida por não funcionamento de uma anterior Assembleia Geral.

A mesma linha de jurisprudência viria a ser adoptada no Acórdão de 27-04-2009. Partindo do pressuposto de que a Concordata de 2004 veio reforçar a autonomia e a separação de poderes entre Estado e Igreja Católica, concluiu que as condições das candidaturas, a idoneidades dos seus membros, as irregularidades e os vícios da convocação, no que respeita à eleição dos corpos gerentes de uma Misericórdia, como problema interno dessa instituição, compete ao Ordinário Diocesano, como autoridade eclesiástica. Por conseguinte, não cabe aos Tribunais Judiciais, por serem materialmente incompetentes, a preparação e julgamento das irregularidades, vícios de convocação, oportunidade de marcação da Assembleia Geral das Misericórdias, por respeitarem à eleição dos corpos gerentes dessa instituição.

Mas já no Acórdão de 27-01-2009, o mesmo Tribunal decidiu que, caso a Igreja esteja *constituída em associação de direito privado*, é de entender que *a validade formal de uma deliberação por ela adoptada é aferida pelas normas de direito privado do Estado*, concretamente as relativas ao direito de associação, e pelos respectivos estatutos, na medida em que sejam acolhidos na lei e a ela sejam conformes. Para este efeito, o Tribunal fez uma distinção entre o acto em si – isto é, entre o conteúdo substantivo da deliberação de expulsão de um membro de uma igreja por motivos de índole religiosa (que é matéria indiscutivelmente do foro religioso) - e a apreciação da validade formal desse acto ou deliberação, concluindo que *os Tribunais Judiciais são competentes para apreciar pedidos de impugnação de deliberações sociais de associações religiosas* (de igrejas ou comunidades religiosas constituídas em associação de direito privado), *com fundamento em irregularidades formais*.

Não menos incisivo é Acórdão de 5-05-2005, nos termos do qual os Tribunais Judiciais são os materialmente competentes para conhecer de alegadas irregularidades respeitantes às eleições de uma Misericórdia, e o Acórdão de 5-06-2006, ainda do TRP, no qual se decidiu que as Misericórdias, embora nasçam na esfera eclesial, são “associações de fiéis” de índole particular e não de natureza pública, seja eclesiástica ou civil, e, por isso, devem ser consideradas instituições particulares de solidariedade social (IPSS), sendo-lhes aplicável o Estatuto destas instituições

(o Decreto-Lei n.º 119/83). Adiantando-se que o objectivo das Misericórdias não é o evangelizar ou fazer proselitismo religioso, sendo meras “associações de fiéis”, naturalmente imbuídas de espírito cristão, mas que visam com a sua organização associativa prestar auxílio aos carenciados. Pelo que, apesar de se constituírem no seio da Igreja, essas “associações de fiéis” são entes associativos privados, embora sujeitos à “vigilância das competentes entidades eclesiásticas”, mas apenas nos domínios em que estas são soberanas, o que não abrange os actos inerentes ao funcionamento da instituição, nomeadamente o contencioso eleitoral, devendo quanto a este serem seguidas as regras associativas do direito privado, mormente, as constantes do Estatuto das IPSS. Ora, nos termos do disposto no artigo 40.º daquele Estatuto, as organizações e instituições religiosas que, para além dos fins religiosos também desenvolvam actividades enquadráveis no âmbito das prosseguidas pelas pessoas colectivas de solidariedade social, estão, quanto a tais actividades, sujeitas ao regime previsto no referido Estatuto. Consequentemente, compete aos Tribunais Judiciais e não aos Tribunais Eclesiásticos – Ordinário Diocesano – a competência para apreciar o pedido de impugnação de deliberação da Assembleia eleitoral dos seus corpos sociais, com fundamento em alegadas irregularidades.

Não menos rica é a jurisprudência do STJ. Vejamos alguma dessa jurisprudência.

Por Acórdão de 11-07-1985, entendeu o STJ que, com base na Concordata celebrada entre Portugal e a Santa Sé, em 7 de Maio de 1940, a Igreja Católica pode organizar-se livremente, de harmonia com as normas do direito canónico, e constituir por essa forma associações, corporações ou institutos religiosos, canonicamente erectos, a que o Estado português reconhece personalidade jurídica. Neste âmbito, as irmandades das Misericórdias constituem associações da Igreja Católica, no expreso reconhecimento do artigo 49.º do Estatuto das IPSS, aprovado pelo mencionado Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro.

E, estando as instituições da Igreja Católica submetidas a tutela da autoridade eclesiástica, compete, em cada Diocese, ao respectivo Ordinário o poder de orientação destas entidades, bem como o poder de aprovar os seus corpos gerentes e os relatórios e contas anuais respectivos (cfr. o artigo 48.º do Estatuto das IPS). Ora, competindo ao Ordinário diocesano, por força da lei, a aprovação dos corpos gerentes das Misericórdias, caber-lhe-á também, por necessária inerência, verificar a regularidade da eleição, pelo que tem de concluir-se pela incompetência dos Tribunais Judiciais para apreciar as irregularidades alegadamente verificadas na eleição dos corpos gerentes das Misericórdias.

Num outro Acórdão de 27-01-2005, o STJ viria a introduzir uma ***distinção baseada na matéria*** concretamente em causa, nos seguintes termos: o artigo III da Concordata de 1940 reconhece à Igreja Católica o poder de se organizar livremente de harmonia com as normas do Direito Canónico e constituir, por essa forma, associações ou organizações a que o Estado reconhece personalidade jurídica, no condicionalismo aí referido, sendo as mesmas administradas sob a vigilância e fis-

calização da competente autoridade eclesiástica. *Mas se tais associações, além de fins religiosos, se propuserem também fins de assistência e beneficência, ficam, na parte respectiva, sujeitas ao regime instituído pelo direito português para estas associações ou corporações*, que se tornará efectivo através do Ordinário competente, conforme dispõe o artigo IV da referida Concordata. E adiantou que, interpretando este segmento da norma concordatária, o legislador, no Decreto-Lei n.º 119/83, de 25-2, definiu as áreas de tutela do Estado e as da Igreja Católica. No caso das Misericórdias, associações de fiéis, constituídas na Ordem Jurídica Canónica, cabe ao Ordinário diocesano a aprovação dos respectivos corpos gerentes. Consequentemente, essa aprovação abrange as irregularidades na admissão de “irmãos”, bem como as do respectivo processo eleitoral.

Esta jurisprudência viria a ser reafirmada no Acórdão de 17-02-2005, segundo a qual o acto da Mesa Administrativa de uma Misericórdia relativo à admissão, filiação ou adesão de novos irmãos como membros efectivos da Irmandade respeita exclusivamente à vida interna ou interorgânica da instituição em causa, cuja fiscalização e tutela competem, por isso, ao Ordinário diocesano. Pelo que não cabe, assim, aos Tribunais Judiciais indagar da idoneidade ou da inidoneidade dos candidatos à filiação nesse instituto eclesial, e muito menos sindicá-la a “legalidade”, ou sequer a oportunidade ou a conveniência, do acto de apreciação (positiva ou negativa) dessas candidaturas ou pedidos de filiação/admissão. E daí – concluiu – a incompetência dos Tribunais Judiciais “*ratione materiae*” para a sindicância da questionada legalidade. Incompetência que é, naturalmente, extensiva à apreciação de providências cautelares de suspensão da decisão da Mesa Administrativa - órgão executivo da Misericórdia - sobre a admissão de novos irmãos (associados).

Não menos importante é o Acórdão de 26-04-2007, sobre a Santa Casa da Misericórdia do Porto.

Nele se decidiu que, como Misericórdia e atento o seu compromisso, aquela entidade é uma instituição integrante da ordem jurídica canónica como associação de fiéis pública, que visa, enformada pelos princípios da doutrina e moral cristãs, satisfazer carências sociais e praticar actos de culto católico, tendo, na ordem jurídica civil, a natureza de instituição particular de solidariedade social.

Colocando o problema ao nível jurídico-constitucional, o STJ avançou que o artigo 41.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP) não resolve a questão da competência ou incompetência dos Tribunais Cíveis para conhecerem da impugnação da eleição dos corpos sociais das misericórdias que prossigam a referida duplicidade de fins, abrindo apenas caminho à relevância das Concordatas estabelecidas entre Portugal e a Santa Sé⁵. E estas, situando-se em plano

⁵ O n.º 4 do artigo 41.º da CRP estabelece que as “igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto”.

inferior ao da CRP, estão, no entanto, num plano superior ao das normas internas do Estado Português.

Ora, do artigo 4.º do teor da Concordata de 1940 resulta a *competência do Ordinário diocesano para apreciar o pedido de impugnação dum acto eleitoral duma Misericórdia, quer seja invocada a violação do direito canónico, quer a violação do direito português*. Por se situarem hierarquicamente abaixo, as normas internas portuguesas que disponham em sentido diferente cedem em face das Concordatas. E perante a Concordata de 2004, *se estiver em causa a violação do direito canónico, será chamada a intervir a autoridade da Igreja, se estiver em causa a violação do direito interno português, recorre-se aos Tribunais Cíveis*.

Na mesma linha, sentenciou o STJ no Acórdão de 17-12-2009 que, face ao preceituado nos artigos X, XI e XII da Concordata de 2004, não se situa no âmbito da jurisdição dos tribunais portugueses a dirimição de litígios situados na vida interna de pessoas jurídicas canónicas, regidos pelo Direito Canónico, aplicado pelos órgãos e autoridades do foro canónico que exerçam uma função de vigilância e fiscalização sobre as mesmas. Nestes termos, os Tribunais portugueses apenas são competentes para a aplicação dos regimes jurídicos instituídos pelo direito português, nomeadamente no Decreto-Lei n.º 119/83, que aprovou o já mencionado regime das IPSS, mas apenas quanto às actividades de assistência e solidariedade, exercidas complementarmente pelas pessoas jurídicas canónicas. Consequentemente, está excluída - desde logo, como decorrência do princípio constitucional da separação da Igreja e do Estado - a possibilidade de outorgar a um tribunal ou entidade pública o poder de sindicar um concreto acto ou decisão da competente autoridade eclesiástica no exercício da sua tarefa de vigilância e fiscalização sobre a vida interna de associações constituídas sob a égide do Direito Canónico, sendo certo que, no caso *sub iudice*, estava em causa a recusa de homologação do resultado eleitoral para os corpos gerentes de uma Misericórdia, estatutariamente imposta como condição para a investidura, *não podendo, por força do referido princípio constitucional, existir zonas de interferência, sobreposição ou colisão entre as competências atribuídas aos órgãos estaduais e as conferidas às autoridades eclesiásticas*.

Por último, num Acórdão mais recente, de 22-02-2011, *o STJ decidiu que compete aos Tribunais Judiciais resolver conflitos que possam surgir entre pessoas jurídicas canónicas erectas pela Igreja e com personalidade jurídica civil, no que concerne à organização e regime de funcionamento*, designadamente quanto à sua autonomia no campo da administração e da disposição dos seus bens temporais. E adiantou que o actual Código de Direito Canónico, promulgado pelo Papa João Paulo II, faz uma distinção, que não constava do anterior Código de Direito Canónico (de 1917), das associações de fiéis ligadas à Igreja Católica, entre as associações públicas e privadas, sendo que as primeiras adquirem a personalidade jurídica, quer pelo próprio direito, quer por decreto da autoridade

competente, e as segundas adquirem essa personalidade apenas por decreto especial da autoridade competente que expressamente a conceda, correspondendo essa distinção aos dois modos de actuação de tais associações: as primeiras fazem-no em nome da Igreja e comprometendo-a como instituição social, e as segundas actuam em nome próprio, ainda que visando uma e outra o bem da Igreja. Só que esta distinção é decisiva, tendo relevância na autonomia de umas e outras: enquanto as associações públicas estão sob a efectiva direcção da autoridade eclesiástica e os respectivos bens são havidos como bens eclesiásticos, as associações privadas apenas estão sujeitas a vigilância da autoridade eclesiástica, pertencendo-lhes a livre administração dos bens próprios.

Mais: o princípio da separação entre o Estado e a Igreja Católica e outras, consagrado no artigo 41.º, n.º 4, da CRP, envolve, como um dos seus corolários, o da não ingerência daquele na organização das Igrejas e no exercício das suas funções de culto, não podendo os poderes públicos intervir nessas áreas, ***a não ser na medida em que por via normativa regulam a liberdade de organização e associação privada, o que justamente está no cerne do entendimento da reserva de competência dos Tribunais Comuns para dirimir conflitos que envolvam matéria atinente a um direito fundamental como é o de associação.***

2 AS MISERICÓRDIAS COMO ASSOCIAÇÕES PRIVADAS DE FIÉIS

Em face do Código de Direito Canónico de 1983, pode considerar-se pacífica, na jurisprudência dos Tribunais portugueses, a qualificação das Misericórdias como associações de fiéis de índole particular e não de natureza pública, canonicamente erectas, embora pareça ser essa a doutrina oficial da Igreja Católica emitida já após a aprovação daquele novo Código, ***tendo-se generalizado em diversos sectores da Igreja a doutrina que considera que as Misericórdias seriam associações públicas de fiéis, o que correspondia ficarem tais instituições submetidas à tutela administrativa da Hierarquia da Igreja, pois, segundo aquele Código, só as associações privadas de fiéis estão dispensadas de tal tutela.*** Esta posição veio a ser oficialmente assumida por todo o Episcopado na decisão do Pontifício Conselho para leigos, emitida na cidade do Vaticano, em 30 de Novembro de 1992⁶.

Nesta parte, concordamos inteiramente com a jurisprudência a que, antes, nos referimos. As Misericórdias (ou Santas Casas de Misericórdia) são instituições constituídas na ordem jurídica canónica com o objectivo de satisfazer carências sociais e de praticar actos de culto católico, de harmonia com o seu espírito tradicional. As disposições do Estatuto das IPSS são-lhes directamente aplicáveis

⁶ Sobre o tema, Licínio LOPES MARTINS, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 485 e ss.

em tudo quanto diga respeito às actividades de solidariedade social, embora sem prejuízo das sujeições canónicas que lhe são próprias (artigos 40.º, e 68.º a 71.º do Estatuto das IPSS). Através destas disposições, as Misericórdias, dado o seu carácter associativo, ficam sujeitas ao regime específico das associações de solidariedade social (artigos 72.º a 75.º do Estatuto das IPSS). As Misericórdias são, pois, associações de solidariedade social. O mesmo regime é aplicável a todas as outras associações constituídas segundo o Direito Canónico, independentemente do modo associativo que assumam, porquanto nos termos do artigo 49.º dos Estatutos das IPSS, podem assumir qualquer forma (associação de solidariedade social, de voluntários de acção social). Às associações mutualistas fundadas por instituições ou organizações da Igreja Católica ser-lhes-á aplicável o regime próprio deste tipo de associações.

O seu reconhecimento na ordem jurídica civil resulta da simples participação escrita da erecção canónica aos serviços competentes para o exercício dos poderes tutelares (cfr. o artigo 45.º dos Estatutos das IPSS - no caso, as delegações distritais do Instituto de Segurança Social).

Mas relativamente às Misericórdias convém esclarecer que, no Direito actual, podem, sob o ponto de vista do seu processo de constituição, subdividir-se em duas espécies: por um lado, temos as Misericórdias canonicamente erectas, nas quais se incluem as instituições canonicamente erectas sob a forma de Irmandade da Misericórdia ou Santa Casa da Misericórdia, constituídas antes ou depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 119/83 (sendo que a partir desta data só podem assumir essa designação as organizações canonicamente erectas - artigo 68.º, do Decreto-Lei n.º 119/83), e as Santas Casas da Misericórdia que, embora constituídas antes da data deste diploma, mas não sob a forma de Irmandade da Misericórdia, tenham, ao abrigo do artigo 95.º daquele diploma, solicitado à autoridade competente o reconhecimento da sua constituição na ordem jurídico canónica, ou no caso de coexistirem com uma irmandade canonicamente erecta, tenham, nos termos do artigo 96.º, do Decreto-Lei n.º 119/83, solicitado a sua integração na Irmandade.

Por outro lado, temos as Santas Casas da Misericórdia que não adoptaram nenhuma destas formas, continuando com o estatuto de instituições constituídas na ordem jurídica civil e por esta integralmente regidas, sendo, pois, associações de solidariedade social puramente civis, tendo apenas de particular o facto de poderem continuar a designar-se por Santas Casas da Misericórdia (artigos 95.º, n.º 2, e 96.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 119/83). Consequentemente, o problema *sub iudice* não se coloca em relação a este segundo grupo de Misericórdias, mas tão só relativamente às primeiras.

3 A JURISDIÇÃO COMPETENTE *RATIONE MATÉRIA* E DA NATUREZA DO REGIME JURÍDICO

Como se salientou, as Misericórdias são associações canonicamente erectas e, por prosseguirem fins de solidariedade social, são reconhecidas como instituições particulares de solidariedade social. Portanto, são associações privadas canonicamente erectas. Mas tal qualidade jurídica - as Misericórdias constituírem associações ou instituições da Igreja Católica - não implica a incompetência generalizada dos Tribunais Cíveis em razão da matéria para se pronunciarem sobre as irregularidades jurídicas verificadas no processo eleitoral dos corpos gerentes e outras matérias relacionadas com a sua organização e procedimentos eleitorais.

Ainda que a autonomia destas instituições seja um dado reconhecido pelo Estado Português, através de um tratado ou convenção internacional, não é forçoso retirar de tal reconhecimento uma incompetência alargada dos Tribunais Cíveis.

Em primeiro lugar, há razões de ordem jurídico-constitucional, como, aliás, viriam a ser relevadas pelo STJ, num dos seus Acórdãos mais recentes sobre a matéria.

Na verdade, a organização estatutária das associações canonicamente erectas, desde que se proponham também realizar fins de solidariedade social nos mesmos termos das demais IPSS, não pode deixar de ser conformada à luz de uma lei civil, embora sem prejuízo do respeito pelas particularidades próprias das normas jurídicas da Igreja, que as enformam. Está em causa a liberdade de associação, o estatuto dos associados (tradicionalmente designados por “irmãos”, mas sem perderem o estatuto de cidadãos só pelo facto de se associarem a uma organização religiosa), as garantias orgânicas e procedimentais necessárias para assegurar o exercício daquela liberdade e, portanto, os direitos fundamentais dos associados. Ora, tudo isto constitui um complexo ou feixe de questões cuja dignidade jurídico-constitucional nos parece inquestionável.

Em segundo lugar, a actividade prestacional realizada pelas Misericórdias, sem prejuízo da dimensão ética, moral ou mesmo espiritual assumida, em nada difere, sob o ponto de vista substancial, da mesma actividade levada a cabo por outras instituições cujos estatutos não sejam aprovados pelas autoridades eclesásticas. Quer isto dizer que esta actividade é integralmente laica, civil ou comum. Como tal e enquanto tal deve ser integralmente sujeita ao direito comum (civil ou administrativo).

Em terceiro lugar, se tal actividade for levada a cabo em directa execução de um contrato administrativo (acordo de gestão ou de cooperação), as regras deste contrato constituem a lei aplicável, tal como sucede com as demais organizações. Consequentemente, o financiamento das actividades desenvolvidas ao abrigo destes contratos, assim como qualquer financiamento, deve submeter-se às leis civis (gerais ou especiais) aplicáveis. Do mesmo modo, os mecanismos e instrumentos

de controlo devem ser conformados pela lei comum, cabendo a respectiva competência às autoridades administrativas e aos Tribunais Comuns.

Na verdade, da circunstância de o artigo 48º dos Estatutos das IPSS reconhecer competência ao Ordinário da Diocese para a aprovação dos corpos gerentes e do relatório e contas não pode retirar-se um princípio geral de incompetência da Jurisdição Comum. O que se pretende com a previsão contida naquele artigo é tão só isto: identificar uma certa autoridade da Igreja que, no âmbito desta Instituição, se repute mais idónea para praticar aqueles actos. E esta conclusão em nada é prejudicada pelo artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 119/83, onde se dispõe que a aplicação do presente Estatuto às instituições da Igreja Católica é feita com respeito pelas disposições da Concordata⁷. Pelo contrário, esta disposição vem até confirmá-lo, pois a 2ª parte do seu artigo IV devolve para o regime estabelecido na lei civil a competência para disciplinar as organizações religiosas que se dediquem também a fins de beneficência ou assistência.

Assim, e desde logo, as instituições canonicamente erectas, para serem havidas como IPSS, terão de assumir uma das formas admitidas pelo Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/83, a saber (artigo 49º): associações de solidariedade social; associações de voluntários de acção social; associações de socorros mútuos; fundações de solidariedade social; irmandades da misericórdia. Ora, a partir do momento em que assumam tal qualificação ou forma, os respectivos “estatutos deverão...conformar-se com as disposições aplicáveis” da lei que aprova o Estatuto das IPSS (artigo 46.º, n.º 3, daquele diploma). Pelo que a assunção de tal qualidade não pode dispensar o cumprimento dos requisitos legalmente estabelecidos pela lei comum (requisitos substantivos, organizatórios e procedimentais).

No tocante à organização interna, em caso algum poderá dispensar-se a observância das regras da lei civil destinadas a assegurar a regularidade de constituição dos órgãos e do seu funcionamento, tendo em conta designadamente as garantias de democraticidade, transparência e isenção. A violação sistemática destas regras pode constituir fundamento de suspensão ou destituição judicial dos seus membros. Na medida em que estejam em causa disposições normativas emitidas pelo Estado ao abrigo das suas competências constitucionais, em caso de litígio a jurisdição competente não pode deixar de ser a Jurisdição Comum (e não a Eclesiástica).

Do ponto do regime jurídico aplicável, temos de ter presentes dois dados fundamentais: se as instituições canonicamente erectas pretendem apenas prosseguir uma actividade cultural ou religiosa, a competência cabe à Jurisdição Eclesiástica, por se tratar de matérias religiosas que interessam à Igreja; se pretendem prosseguir uma finalidade de solidariedade social, então cessa aqui, e nesta parte, aquela jurisdição (*cessante rationes legis, cessat lex ipsa*), para dar o seu lugar

⁷ E sempre assim teria de ser, em face da superioridade hierárquico-normativa dos tratados internacionais sobre a legislação interna.

à Jurisdição do Estado, Civil ou, eventualmente, a Administrativa. Tal constitui uma exigência constitucional indeclinável e de uma exigência do princípio geral que ilumina a separação material de jurisdições – no caso, a separação entre matéria espiritual e matéria de ordem temporal, como, aliás, já escreveu o ilustre Professor Barbosa de Melo em 1970, ao interpretar o artigo IV da Concordata celebrada entre Portugal e a Santa Sé, afirmando que a restrição introduzida na 2ª parte do artigo consiste em abandonar ao legislador interno a faculdade de definir, dentro de certos limites, a capacidade jurídica e o regime de administração de que as entidades nela referidos hão-de gozar no direito português. Esses limites cifram-se, quanto à capacidade, na obrigação de equiparar em vantagens a situação deles à das pessoas civis destinadas a atingir finalidades idênticas e, quanto à administração, em exigir que o regime a aplicar se torne efectivo através do Ordinário competente. Observados estes limites, o legislador está autorizado a decidir discricionariamente⁸. Esta equiparação da situação jurídica dos entes civis e eclesíasticos deve, pois, como, aliás, adianta o mesmo autor, ser tida como natural, dado que uns e outros colaboram na realização da mesma tarefa pública, de alto relevo na Administração moderna, sendo, igualmente, dominados por necessidades funcionais similares, em cuja satisfação o Estado toma posição de principal interessado.

Em síntese, se as entidades canonicamente erectas se constituem para prosseguir objectivos sociais, se funcionam no âmbito do sistema de acção social, da saúde, do ensino, etc., e se auferem, por isso, do reconhecimento, apoio e protecção estadual, não vemos razões para que as Misericórdias não devam obedecer, na sua dimensão de instituições civis, aos requisitos das restantes IPSS, incluindo a sua sujeição à Jurisdição Comum. Nesta parte, devem ser garantidos, sob o ponto de vista organizatório, procedimental e funcional, os requisitos e as exigências que a CRP estabelece, em geral, para todas as associações civis.

Nestes termos, como se salientou na jurisprudência mencionada, se um “irmão” (associado) é expulso de uma Misericórdia em virtude de, pelo seu comportamento, ter infligido normas, princípios e cânones privativos do Direito Canónico, em virtude da matéria e do Direito que a disciplina – o Direito Canónico -, a reserva de jurisdição cabe, nesta parte e em absoluto, à Jurisdição Eclesiástica. Pelo contrário, saber se ao associado expulso foi assegurado o contraditório, a audiência e a defesa já decorre do seu “estatuto” como cidadão (e não apenas como “irmão”); aqui é o seu estatuto constitucional de pessoa-cidadão que decisivamente releva. Consequentemente, quando violadas aquelas garantias, a jurisdição competente não poderá deixar de ser a Jurisdição Comum. Do mesmo modo, saber se os procedimentos eleitorais nas Misericórdias decorrem de forma

⁸ Cfr. A. Barbosa DE MELO, *As Pessoas Colectivas Eclesiásticas Católicas e o Artigo 161º do Código Civil*, Revista de Direito e Estudos Sociais, Ano XVI, Julho-Dezembro, n.ºs 3-4, Coimbra, 1969, pp. 394-395.

transparente, democrática, salvaguardando, à luz da lei civil, a participação eleitoral, activa e passiva, dos respectivos associados é matéria que, em caso de litígio, cabe à Jurisdição Comum averiguar. À Jurisdição Eclesiástica caberá averiguar as causas de inelegibilidade especificamente decorrentes do Direito Canónico (p. ex., a “conduta anticatólica” de um associado/ “irmão”).

Em síntese, quanto à repartição de competências jurisdicionais sobre as Misericórdias canonicamente erectas temos dois níveis de jurisdição competentes: a Jurisdição Eclesiástica (da Igreja Católica) e a Jurisdição do Estado, tudo dependendo da matéria específica e concretamente em causa e do regime jurídico aplicável – se o Direito Canónico, se o Direito Comum -, sendo que, naquela última, a competência poderá, eventualmente, ser repartida entre a Jurisdição Civil e a Administrativa, tudo dependendo da natureza dos poderes concretamente exercidos pelas pessoas colectivas em causa. Aliás, neste âmbito – o Administrativo – não deixa de ser relevante o facto de o Código do Procedimento Administrativo estabelecer no n.º 4 do artigo 2 que os “preceitos deste Código podem ser mandados aplicar por lei à actuação dos órgãos das instituições particulares de interesse público”. Categoria de entidades - instituições particulares de interesse público – na qual se incluem, desde logo, as Misericórdias, na sua qualidade de pessoas colectivas de utilidade pública⁹.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BARBOSA DE MELO, António, *As Pessoas Colectivas Eclesiásticas Católicas e o Artigo 161º do Código Civil*, Revista de Direito e Estudos Sociais, Ano XVI, Julho-Dezembro, n.ºs 3-4, Coimbra, 1969, pag. 385-405.
- COSTA GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, pag. 889-894.
- GOMES CANOTILHO, J. J. e LOPES MARTINS, Licínio, *O Regime Jurídico das Santas Casas da Misericórdia e a Competência Jurisdicional dos Tribunais Comuns*, publicação da Santa Casa da Misericórdia de Matosinhos, Matosinhos, 2005, pag. 5-155.
- LOPES MARTINS, Licínio, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009, pag. 198-209, 485-513.
- LOPES MARTINS, Licínio, *Aplicação do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas às Instituições Particulares de Solidariedade Social* (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo – 1.ª Secção, de 8/10/2002, Proc. n.º 1308/02), Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 55, 2006, pag. 17-55.

⁹ Sobre o tema, Licínio LOPES MARTINS, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 198 e ss., e Pedro COSTA GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 889-894.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 36 (2014), páxs. 191-206
ISSN: 1130-2682

**EL REEMBOLSO DE LAS APORTACIONES
AL SOCIO COOPERATIVISTA
(COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014)**

*REIMBURSEMENT OF CONTRIBUTIONS
TO COOPERATIVE PARTNER
(COMMENTARY ON THE SUPREME COURT
JUDGMENT OF FEBRUARY 6, 2014)*

ELENA SALGADO ANDRÉ¹

¹ Profesora Contratada Interina de Derecho Mercantil. Universidad de Vigo. Dirección de correo electrónico: elenasalgadoandre@hotmail.com

RESUMEN

Uno de los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional es el de adhesión voluntaria y abierta, más conocido como “de puertas abiertas”. De acuerdo con dicho principio, cualquier persona que reúna ciertos requisitos podrá formar parte de una cooperativa y, a su vez, dejará de pertenecer a ella si así lo desea. En este último caso, la salida del socio determina el inicio de un procedimiento que tiene por finalidad la devolución de las cantidades entregadas por éste a la sociedad.

Pues bien, la sentencia objeto del presente comentario aborda precisamente el tema del derecho del socio al reembolso de sus aportaciones sociales cuando causa baja en la sociedad, una vez realizadas las oportunas liquidaciones.

PALABRAS CLAVE: sociedad cooperativa, baja voluntaria, reembolso de las aportaciones.

ABSTRACT

One of the principles formulated by the International Cooperative Alliance is voluntary and open membership, better known as “open doors”. According to this principle, anyone who meets certain requirements may be part of a cooperative and, likewise, no longer belong to it if it desired. In the latter case, the output of the partner determines the start of a process that aims at the return of the amounts paid by him to the society.

However, the judgment in this commentary specifically addresses the issue of the right partner to reimbursement of their social contributions when low in society, after completing the necessary assessments.

KEYWORDS: Cooperative society, voluntary departure, reimbursement of contributions.

SUMÁRIO: 1. ANTECEDENTES. 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO. 3. COMENTARIO. 3.1 Consideraciones previas. 3.2 Determinación de la ley aplicable. 3.3 La baja del socio. 3.4 La liquidación de las aportaciones sociales. 3.4.1 Consideraciones previas. 3.4.2 Deducciones. 3.4.3 El reembolso de las aportaciones sociales. 4. CONSIDERACIONES FINALES.

CONTENTS: 1. BACKGROUND. 2. LEGAL. 3. COMMENT. 3.1 Preliminary considerations. 3.2 Determination of the applicable law. 3.3 Partner Low. 3.4 Settlement of social contributions. 3.4.1 Preliminary considerations. 3.4.2 Deductions. 3.4.3 Reimbursement of social contributions. 4. CONCLUDING REMARKS.

I ANTECEDENTES

Trece socios de la mercantil “Santo Niño de la Bola, Sociedad Cooperativa de Castilla La Mancha” (“Santo Niño de la Bola”) y de la comunidad de bienes “Direccion000, C.B.” interponen una demanda contra dicha cooperativa en la que, por una parte, solicitan la anulación de la liquidación de las aportaciones reembolsadas a los socios al cursar la baja en la sociedad y la declaración de que las aportaciones que deben ser objeto de reembolso eran las resultantes de la aplicación del porcentaje establecido para cada uno de ellos en la demanda sobre el patrimonio neto de la cooperativa, calculado según el valor real de los activos de ésta; por otra, instan a la actora a que, en el plazo máximo de un mes, proceda a practicar una nueva liquidación que no contenga deducción alguna por pérdidas, por deudas y obligaciones pendientes de pago o por inversiones, ni sanción por baja injustificada.

El 16 de julio de 2010, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 y Mercantil de Cuenca estima parcialmente la demanda, especificando en el fallo que se condena a la sociedad a practicar —en el plazo máximo de un mes— nuevas liquidaciones sobre la base del valor de las aportaciones de los socios, sin deducir las pérdidas ni las deudas y obligaciones pendientes de pago; al mismo tiempo, advierte que de no hacerlo en el plazo estipulado serán realizadas por la parte actora a costa de la cooperativa.

Frente a este pronunciamiento, ambas partes recurren en apelación ante la Audiencia Provincial de Cuenca que, en su sentencia de 30 de noviembre de 2011, acuerda dejar sin efecto las liquidaciones de las aportaciones correspondientes a la baja de D. Blas —uno de los socios de la cooperativa— y “Direccion000, C.B.”, absolviendo a “Santo Niño de la Bola” de la obligación de practicar nuevas liquidaciones.

A la vista de tales conclusiones, seis de los socios de la cooperativa interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que lo estima en parte de acuerdo con los argumentos que se exponen a continuación.

2 FUNDAMENTOS DE DERECHO

(Omissis)

Séptimo. El criterio para determinar el reembolso de las aportaciones al socio

Los principios que informan el régimen económico de las sociedades cooperativas son muy diferentes a los que informan las sociedades de capital.

El capital social tiene en la sociedad cooperativa una función muy diferente a la que tiene en la sociedad de capital, de modo que no constituye el criterio básico para atribuir a los socios los derechos políticos y económicos en la sociedad, papel que corresponde a la actividad cooperativizada. En este sentido, el art. 68.5 de la ley autonómica castellano-manchega establece:

“El retorno cooperativo es la parte del excedente disponible que la Asamblea General acuerde repartir entre los socios, que se acreditará a los mismos en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada socio con la cooperativa, sin que en ningún caso pueda acreditarse en función de las aportaciones al capital social”.

Este papel secundario del capital social en la estructura societaria se observa también en el hecho de que el capital social sea variable pues los estatutos han de fijar únicamente un capital social mínimo (arts. 14.e, 55.2 o y 8 o de la ley autonómica), lo que se conjuga con el principio de “puerta abierta”, por el que el socio puede abandonar la cooperativa recuperando sus aportaciones, según el valor acreditado que tengan a partir del balance de cierre del ejercicio social en el que se ha originado el derecho al reembolso (esto es, el valor inicial con las actualizaciones que hayan podido acordarse, art. 59 de la ley autonómica) y con determinadas deducciones, en su caso (art. 61.1 y 2-a), y con concesión de un plazo de hasta cinco años para hacer efectivo el reembolso (art. 61.4 de la ley autonómica) para evitar problemas de descapitalización.

4.- Las leyes de cooperativas, tanto la estatal como las autonómicas, eluden conscientemente utilizar el término “participación” para referirse a la contribución del socio al capital social de la cooperativa, para evitar que pueda entenderse que es titular de una cuota del patrimonio social.

Por ello, el socio cooperativista no tiene derecho a un “valor razonable” de su participación en el capital social, consistente en una cuota del patrimonio social de la cooperativa, fijada, a falta de acuerdo, por un experto independiente, como ocurre en el caso de ejercicio del derecho de separación por el socio de una sociedad de capital (texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Tiene derecho al reembolso de las aportaciones obligatorias y voluntarias según el valor acreditado que tengan a partir del balance de cierre del ejercicio social en el que se ha originado el derecho al reembolso (art. 61.1 de la ley autonómica). Estas podrán haber sido actualizadas respecto de su valor inicial (art. 59.2 de la ley autonómi-

ca). Si existen pérdidas no compensadas, las pérdidas imputadas o imputables al socio, reflejadas en el balance de cierre del ejercicio en el que se produzca la baja, ya correspondan a dicho ejercicio o provengan de otros anteriores, podrán deducirse del valor acreditado de sus aportaciones (art. 61.2.a de la ley autonómica), lo que, junto al plazo de hasta cinco años para hacer efectivo el reembolso, impedirá la despatrimonialización de la sociedad cooperativa como consecuencia del reembolso de las aportaciones a los socios que se dan de baja.

(...)

Noveno. La deducción de pérdidas imputables al socio en el reembolso de las aportaciones sociales.

3.- Respecto de la contradicción entre el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales de la cooperativa adoptado por la asamblea y el acuerdo del consejo rector por el que se deducían las pérdidas reflejadas en el balance del reembolso de aportaciones a los socios que solicitaron la baja, el razonamiento de la Audiencia Provincial es correcto. Una vez computadas las pérdidas en el balance, el acuerdo de imputarlas a una cuenta especial para amortizarlo con cargo a futuros resultados positivos, dentro del plazo máximo de diez años, ha de entenderse aplicable a los socios que permanecen en la cooperativa, a los que no se les quiere gravar de momento con nuevas aportaciones, sin perjuicio de que haya que hacerlo en el futuro si no se producen resultados positivos con los que compensarlas. Ello es acorde con un criterio de empresa en funcionamiento. Pero respecto de los socios que solicitan la baja en la cooperativa, ha de aplicarse un criterio de liquidación, tomando en consideración que el capital que el socio aporta a la cooperativa es un capital de riesgo, que puede disminuir o incluso desaparecer como consecuencia de la imputación de las pérdidas de la cooperativa, hasta el punto de que el importe de la liquidación del reembolso resultara deudor para el socio (art. 61.3 de la ley autonómica).

No es razonable que las pérdidas producidas mientras el socio permaneció como tal en la cooperativa no se deduzcan de las aportaciones que se le reembolsan por el hecho de que se haya hecho uso de la previsión del art. 69.1 de la ley autonómica y dichas pérdidas hayan sido imputadas a una cuenta especial para su amortización con cargo a futuros resultados positivos, dentro del plazo máximo de diez años. Ello supondría hacer cargar con la totalidad de las pérdidas a los socios que permanezcan en la cooperativa, pese a haberse producido en un periodo en que quienes se dan de baja participaban en la actividad cooperativizada que generó las pérdidas.

(...)

Undécimo. La deducción por inversiones no amortizadas.

4.- La amortización es un concepto contable, concretamente la expresión contable de la depreciación, desgaste y desuso de las inmovilizaciones. Si una inver-

sión no está completamente amortizada es que todavía tiene un valor, por cuanto que el periodo de amortización no puede fijarse al libre arbitrio de la empresa sino que debe ajustarse a la vida útil del bien integrante del inmovilizado. Por tanto, la existencia de inversiones no amortizadas supone que en el patrimonio de la cooperativa quedan bienes que fueron adquiridos mientras los demandantes eran socios de la Cooperativa y que todavía pueden prestar un servicio a los socios que permanecen en la misma. No se entiende cómo ello puede justificar que se realicen deducciones del reembolso a los cooperativistas que se dan de baja.

5.- Si lo que se pretende deducir es la deuda pendiente por la financiación de determinadas inversiones, como parece desprenderse de la explicación que de esta partida dan las partes, y la propia sentencia de primera instancia (cuantía que «resulta de las inversiones realizadas por la Cooperativa y pendientes de pago según el último balance», se afirma), el art. 61 de la ley autonómica permite deducir las pérdidas no compensadas, pero no las cantidades pendientes de pago por la financiación de inversiones de la Cooperativa.

Mientras los demandantes fueron socios, la Cooperativa hubo de realizar los pagos correspondientes a ese periodo de la financiación de las inversiones. Tales pagos determinaron los resultados económicos de la cooperativa en esos ejercicios, que han repercutido en los hoy demandantes, por cuanto se les han deducido las pérdidas producidas hasta la finalización del ejercicio en que se dieron de baja en la Cooperativa, y en la producción de esas pérdidas influyó haber realizado, entre otros, los pagos de las cuotas de la financiación de las inversiones. No existe base legal para pretender que, además, se les deduzca la parte que queda todavía por abonar de tal financiación, cuyo corresponderá a un periodo durante el que los demandantes no podrán disfrutar ya de tales inversiones.

(...)

3 COMENTARIO

3.1. Consideraciones previas

La sentencia objeto del presente comentario versa sobre la liquidación de las aportaciones al capital social de aquellos socios que dejan de formar parte de una cooperativa. A la hora abordar el análisis de este proceso, el Tribunal Supremo expone su visión de la cuestión en diversos apartados. Examinaremos en primer lugar el criterio para determinar el reembolso de tales aportaciones y a continuación las deducciones que, en su caso, puedan practicarse sobre las mismas. No obstante, y teniendo en cuenta que estas sociedades se pueden ver afectadas por normas de carácter tanto estatal como autonómico, conviene determinar previamente la ley aplicable en el caso analizado.

3.2. Determinación de la Ley aplicable

El mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de fomentar mediante una legislación adecuada las cooperativas² y la asunción por parte de las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía de competencia exclusiva en la materia, han propiciado la creación de un escenario donde conviven diversas normas destinadas a regular este tipo de sociedades³. Por lo que aquí interesa, la *Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (LC)* —recientemente modificada por la *Ley 13/2013, de 2 de agosto*⁴— concurre con la *Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha (LCCM)* —hoy derogada por la *Ley 11/2010, de 4 de noviembre*⁵. Así las cosas, existen dos haces normativos que podrían aplicarse al supuesto analizado, a saber: la LC y la LCCM.

A falta de una disposición específica en la ley estatal que coordine las relaciones entre ésta y la ley autonómica —o que establezca su carácter preferente o supletorio⁶— habrá que tener en cuenta el ámbito de aplicación de cada una de ellas. En este sentido, el art. 2 LC, dispone que ésta “será de aplicación: a) a las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle

² Vid. el art. 129.2 de la Constitución Española (CE).

³ Son especialmente críticos con el panorama legislativo español en el ámbito de cooperativas VICENT CHULIÁ y MARTÍNEZ SEGOVIA. El primero se refiere al mismo con la expresión “despropósito legislativo”, el segundo lo describe como “el reflejo de una situación sin parangón en el Derecho comparado, con una compartimentación normativa de corte tradicional injustificable en términos de lógica jurídica, y difícilmente corregible dada la tendencia creciente hacia el logro de unas mayores cotas de soberanía legislativa por las CC.AA.”. Vid. F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 628 y F.J. MARTÍNEZ SEGOVIA, “Sociedad cooperativa”, en C. ALONSO LEDESMA. (coord.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid, pp. 1103-1111 (1104).

⁴ BOE núm. 185, de 3 de octubre de 2013.

⁵ BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2011.

⁶ Contrariamente, la LC de 1987, y más concretamente la Disposición final primera, reconocía su carácter residual, al afirmar que “la presente Ley es de aplicación a todas las Sociedades Cooperativas con domicilio social en el territorio del Estado, excepto aquellas cuyas relaciones de carácter cooperativo interno que resulten definitorias del objeto social cooperativizado, y entendiéndose por tales relaciones las de la Cooperativa con sus socios, se lleven a cabo dentro del territorio de una Comunidad Autónoma que, en uso de su competencia legislativa exclusiva, haya regulado dichas Sociedades, sin perjuicio de que establezcan relaciones jurídicas con terceros o de que realicen actividades de carácter instrumental o personales accesorias al referido objeto social fuera del territorio de dicha Comunidad Autónoma.

También se contempla expresamente la aplicación supletoria de la ley estatal en la Disposición final primera de la actual LCCM, según la cual “las cooperativas se regirán por las normas contenidas en la presente Ley, por los reglamentos de desarrollo de la misma, por sus estatutos y, supletoriamente, por la legislación de cooperativas del Estado y sus normas de desarrollo”.

con carácter principal”. Por su parte, el art. 2 LCCM establece que la misma “se aplicará a las Cooperativas que desarrollen principalmente su actividad cooperativizada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha”.

Como puede fácilmente advertirse ambos preceptos aluden, de una forma u otra, al término “principal”. Por tanto, la clave radicará en determinar cuál es su concreto significado, pues de ello dependerá que la sociedad se vea afectada por una u otra norma.

Aún cuando ese término es la referencia que utiliza el legislador para determinar la ley aplicable, ninguno de los dos textos legales citados contempla un concepto específico del mismo. Por el contrario, sí se define en el art. 3 de la LCCM de 2010. Según su apartado 2, “se entenderá que la actividad cooperativizada se realiza principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha si fuera superior en su conjunto a la desarrollada fuera del mismo, siempre tomando en consideración su volumen en cada ejercicio económico, la ubicación real de los centros de trabajo o de las explotaciones de los socios, o cualesquiera otros índices reveladores de la efectiva actividad”. Pero este precepto no puede aplicarse al supuesto analizado porque el procedimiento se inició en el año 2008 y, por consiguiente, antes de la aprobación y entrada en vigor de la nueva Ley. En efecto, de acuerdo con su Disposición final quinta, ésta “entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha”, esto es, el 6 de enero de 2011. De tal manera que, tomando como referencia la Disposición transitoria primera, “los expedientes en materia de cooperativas iniciados antes de la vigencia de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones hasta ahora en vigor”.

Por otra parte, tampoco existe unanimidad entre los autores españoles a la hora de concretar el significado del término “principal”. Así, mientras que algunos abogan por un criterio estrictamente cuantitativo basado en la valoración del número de operaciones realizadas en cada una de las distintas Comunidades Autónomas⁷, otros propugnan la utilización conjunta de los criterios cuantitativo y cualitativo. De esta forma, la aplicación de la ley autonómica dependería no sólo de que la actividad desarrollada en el territorio de una Comunidad fuese ampliamente la mayoritaria, sino también de la circunstancia de que esa actividad se proyectase de manera real y efectiva en dicho territorio⁸.

En cualquier caso, ya fuera basándose en uno sólo de ellos, ya en una combinación de ambos, lo cierto es que el Tribunal Supremo llega a la conclusión de

⁷ En esta línea, L.A. SÁNCHEZ PACHÓN, “Cuestiones generales sobre la Ley de Cooperativas de Castilla y León”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 13, agosto (2007), pp. 252-300 (277).

⁸ M. PANIAGUA ZURERA, “Las sociedades cooperativas. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social”, en G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo XII, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 62.

que la actividad de la cooperativa demandada se ciñe a la región de Castilla-La Mancha. Por este motivo, coincidimos totalmente con la opinión del órgano jurisdiccional cuando afirma que esta circunstancia “excluye la aplicación directa de la ley estatal”⁹. Cabe preguntarse entonces si es posible invocar las normas previstas en la LC con carácter supletorio. A este respecto, el Supremo señala que se regirán por la citada ley aquellas materias que no cuenten con una regulación expresa en la normativa autonómica. De este modo, sólo se podrá acudir a la legislación nacional para cubrir aquellas lagunas que pudiesen existir en la LCCM.

3.3. La baja del socio

Sentado lo anterior, el art. 30 LCCM reconoce el derecho del socio a desvincularse de la sociedad. En el reconocimiento de este derecho late el principio cooperativo de adhesión voluntaria y abierta, también denominado “de puertas abiertas”, formulado por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI)¹⁰. De acuerdo con este principio, “las cooperativas son organizaciones voluntarias, abiertas a todas las personas capaces de utilizar sus servicios y dispuestas a aceptar las responsabilidades de ser socio sin discriminación social, política, religiosa, racial o de sexo”. Esto se traduce en la posibilidad de que cualquier persona que reúna ciertos requisitos pueda formar parte de la sociedad. De la misma manera, el socio tendrá derecho a solicitar la baja en la cooperativa sin necesidad de justificar su decisión¹¹, siempre, claro está, que se respete el plazo de preaviso¹² y, en ciertos casos, un período mínimo de permanencia¹³.

⁹ De hecho, como señala SÁNCHEZ PACHÓN, en la práctica, “el ámbito de aplicación directa de la Ley estatal queda reducido a aquellas cooperativas que desarrollen principalmente su actividad en una Comunidad Autónoma que no haya promulgado su propia ley”. *Vid.* L.A. SÁNCHEZ PACHÓN, “Cuestiones generales...”, *op. cit.*, p. 265.

¹⁰ El texto de estos principios puede consultarse en la *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 19, octubre, 1995, pp. 37-39.

¹¹ Se trata de una baja voluntaria que, a su vez, podrá ser calificada como justificada o injustificada según la causa que la origine. Por lo que aquí interesa, el apartado 5 del art. 30 LCCM señala que son causas de baja justificada “la adopción de acuerdos por la Asamblea General que impliquen obligaciones o cargas gravemente onerosas, no previstas estatutariamente, si el socio manifiesta su disconformidad por escrito al órgano de administración de la cooperativa, en el plazo que fijen los Estatutos, que no podrá ser inferior a 15 días ni superior a 40, desde la adopción del acuerdo para los socios presentes en la Asamblea general y desde la notificación del acuerdo, para los socios ausentes de la misma”.

¹² Según el art. 30.1 LCCM, “el socio podrá solicitar la baja por escrito dirigida al Consejo Rector en cualquier momento, con cumplimiento del plazo de preaviso previsto en los Estatutos sociales (...)”.

¹³ Tal y como señala el art. 30.2 LCCM, “los Estatutos *podrán* establecer el compromiso del socio de no darse de baja voluntariamente, sin causa que la califique de justificada, hasta el final del ejercicio económico en el que quiera causar baja o hasta que haya transcurrido, desde su admisión, el tiempo que fijen los Estatutos, que no podrá ser superior a cinco años (...)”.

3.4. La liquidación de las aportaciones sociales

3.4.1. Consideraciones previas

Hechas estas puntualizaciones, cuando un socio decide darse de baja en una cooperativa se inicia un procedimiento que tiene por finalidad la devolución de las cantidades entregadas por éste a la sociedad. El art. 61 LCCM afronta su regulación a lo largo de siete apartados. Así, después de reconocer expresamente —en su apartado primero— la posibilidad de obtener el reintegro de las aportaciones tanto obligatorias como voluntarias, el párrafo segundo especifica el momento en que ha de calcularse la liquidación al señalar que “se practicará a partir del balance de cierre del ejercicio social”. De esta forma, la liquidación se hará al cierre del ejercicio económico, el cual, salvo que los Estatutos prevean expresamente lo contrario, coincidirá con el año natural¹⁴.

A reglón seguido, ese mismo artículo aclara que el balance que ha de tenerse en cuenta será el del ejercicio “en el que se ha originado el derecho al reembolso”, que, a su vez, se corresponde con aquél en que causa baja el socio. Por tal motivo, habrá que determinar previamente el momento en que ésta produce sus efectos o, dicho con otras palabras, el momento en que resulta efectiva. Así, como regla general, si la baja es voluntaria se tiene en cuenta la fecha que indique el socio en el escrito dirigido a la sociedad¹⁵ o, en defecto de ésta, la de su presentación; en caso de baja obligatoria y expulsión, será la del acuerdo del Consejo Rector una vez que el mismo haya sido ratificado por el Comité de Recursos o por la Asamblea General, o hubiese transcurrido el plazo para recurrir.

Por otra parte, las normas aplicables al procedimiento protagonizan el apartado 2 del art. 61 LCCM. A tenor del mismo, “del valor acreditado de las aportaciones al capital social suscritas por el socio, se podrán efectuar las siguientes deducciones y descuentos: a) en los supuestos que corresponda, se deducirán, en primer lugar, las pérdidas imputadas o imputables al socio, reflejadas en el balance de cierre del ejercicio en el que se produzca la baja, ya correspondan a dicho ejercicio o provengan de otros anteriores y estén sin compensar; y, en segundo lugar, las sanciones económicas impuestas al socio que no hubieran sido satisfechas, así como aquellas obligaciones de pago que el socio tenga pendientes con la cooperativa derivadas de su participación en la actividad cooperativizada o por cualquier otro concepto; b) en los casos de baja no justificada se podrá establecer una deducción de las aportaciones obligatorias que no podrá superar el 20 por 100, y el 30 por 100, en los supuestos de baja por expulsión”.

¹⁴ Cfr. art. 65.1 LCCM.

¹⁵ Comparten esta opinión M.J. MORILLAS JARRILO y M.I. FELIÚ REY, *Curso de Cooperativas*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 195

Analizando este precepto observamos que, la LCCM utiliza la expresión “valor acreditado”, como parámetro para determinar el importe de las aportaciones, mientras que otras leyes autonómicas —a título de ejemplo, la *Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia*¹⁶— se han decantado por el término “valor nominal”¹⁷. Si tenemos en cuenta que una de las características del capital social de las cooperativas es su carácter variable, pensamos que la elección del legislador manchego es más acertada pues, tal y como señala SEMPERE PASTOR, esta nota lo acerca más al concepto de “capital real” que al de “capital nominal”¹⁸.

Dicho esto, a la hora de proceder a la liquidación, habrá que partir de la cifra de capital social que figura en el balance de cierre del ejercicio económico en que se produce la baja y, a continuación, determinar la parte alícuota que corresponda al socio en función de sus aportaciones. Precisamente, con la finalidad de acreditar la realidad y, por lo que aquí interesa, la cuantía de las aportaciones de las que es titular, podrá utilizarse alguno de los documentos previstos en el apartado 3 del art. 55 LCCM. Nos referimos concretamente a los títulos nominativos y a las libretas de participación.

3.4.2. Deducciones

Una vez verificado el importe de las aportaciones en la forma descrita, y antes de proceder a su reembolso, el legislador autoriza a la sociedad a practicar una serie de deducciones. Esto es lógico si tenemos en cuenta que, tal y como afirma la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 22 de noviembre de 2013, “a lo que tiene derecho el socio cooperativista que causa baja no es a que se le devuelva justamente lo mismo que aportó al capital social, sino a que se le liquide su aportación en función de cuáles sean las circunstancias concurrentes al tiempo de la baja”. De esta forma, añade la Audiencia, a los efectos de proceder a la liquidación de las aportaciones “se ha de partir de un valor liquidativo inicial (importe total de las aportaciones realizadas, convenientemente actualizado), sobre el que habrán de practicarse las oportunas deducciones por pérdidas y causales (en función de la causa que haya dado lugar a la salida del socio)”¹⁹. De ahí que para referirse a esta fase del proceso el legislador hable de “liquidación” y no de “reembolso”, pues, en opinión de la doctrina mayoritaria, éste último término

¹⁶ Vid. el art. 64. 1 de dicho texto legal.

¹⁷ Crítica la elección de este término F. TORRES PÉREZ, “O dereito de reembolso despois da reforma da Lei de cooperativas de Galicia”, *Cooperativismo e Economía Social*, núm. 34 (2011-2012), pp. 59-76 (72).

¹⁸ C. SEMPERE PASTOR, “El régimen económico: principales aspectos”, en F.J. ALONSO ESPINOSA (coord.) *La sociedad Cooperativa en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*, Comares, Granada, 2001, pp. 81-128 (86).

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de noviembre de 2013, JUR 2014/9707.

sería erróneo en la medida en que da a entender que el socio tiene derecho a la devolución o recuperación exacta de lo que aportó.

Pues bien, de acuerdo con lo estipulado en el art. 61.2 LCCM, podrá practicarse una deducción por pérdidas y una deducción por sanciones u obligaciones pendientes de pago. Además, en función de las causas motivadoras de la baja, se podrán aplicar otros descuentos en las aportaciones que no podrán superar el 20 por ciento —en el caso de baja justificada— y el 30 por ciento —en el supuesto de explosión—²⁰.

Dejando al margen estas últimas, la deducción por pérdidas engloba las pérdidas imputadas e imputables. Las primeras son aquellas que ya se han imputado a los socios al no poder ser compensadas con el fondo de reserva obligatorio o cualquiera de los fondos voluntarios. Las segundas hacen referencia a las pérdidas que podrán imputarse a los socios en proporción a la actividad realizada por estos en la cooperativa.

En cualquier caso, será necesario que unas y otras figuren en el balance de cierre del ejercicio económico en que causa baja el cooperativista que, recordemos, coincide con aquél en que la baja resulta efectiva. Sin embargo, es indiferente el momento en que se hayan generado las pérdidas pudiendo corresponder al mismo ejercicio o a otros anteriores siempre que, en este último caso, estuviesen sin compensar.

Además de esta deducción, el art. 61.2 LCCM contempla otra por sanciones económicas y obligaciones pendientes de pago. En realidad, la finalidad de esta deducción es descontar, por un lado, las multas impuestas al socio mientras formaba parte de la cooperativa y que todavía no se han abonado, por otro, las deudas contraídas por el socio con la sociedad; lo que excluye aquellas multas que ya hubiesen sido satisfechas, así como las deudas que la entidad, y no los socios, tiene con sus acreedores.

Determinada la pérdida a deducir, el Consejo Rector dispondrá de tres meses, desde la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio en el que causó baja el socio, para calcular el importe a retornar de sus aportaciones y comunicárselo al interesado. En caso de disconformidad con el resultado de la liquidación, éste podrá impugnar dicho importe por el cauce procesal previsto en el art. 30 de la LCCM.

²⁰ A ellos se refiere la doctrina con el término “deducciones causales”. *Vid.*, entre otros, J. PULGAR EZQUERRA, “La transmisión de la posición de socio y su pérdida: baja y expulsión en las Cooperativas agrarias y Sociedades agrarias de transformación” en J. PULGAR EZQUERRA (dir.) *Cooperativas Agrarias y Sociedades Agrarias de Transformación*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 429, o F. VICENT CHULIÁ, “Comentario al art. 80 LGC 1980”, en F. SÁNCHEZ CALERO y M. ALBADALEJO, *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, tomo XX, vol. 3, Colex, Madrid, 1994, p. 295.

3.4.3. *El reembolso de las aportaciones sociales*

Para finalizar con el procedimiento, debemos hacer referencia al reembolso de las aportaciones, pues, como vimos, se trata de un derecho que el legislador reconoce al socio que abandona la cooperativa. A la hora de abordar la regulación de esta cuestión, el legislador establece un régimen diferente dependiendo del tipo de aportaciones. Así, mientras que para las aportaciones voluntarias se remite a lo previsto en el acuerdo de emisión o conversión, tratándose de aportaciones obligatorias habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el apartado 4 del art. 61 LCCM. Este precepto, que contempla el plazo de reembolso de dichas aportaciones, distingue un plazo general de hasta cinco años desde la fecha de la baja y otro de un año para el supuesto de defunción. Conviene advertir, sin embargo, que la cooperativa podrá acordar el aplazamiento de la cantidad adeudada al socio y, si opta por esta posibilidad, tal cantidad devengará el interés legal del dinero que se abonará anualmente junto con al menos una quinta parte del importe pendiente de pago.

4 CONSIDERACIONES FINALES

Una vez realizadas las consideraciones anteriores, ha llegado el momento de emitir un juicio de valor sobre la doctrina sustentada por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada.

Así, y por lo que concierne al criterio para determinar el reembolso de las aportaciones, los socios de “Santo Niño de la Bola” presentan ante el juez una metodología de cálculo que tiene en cuenta la participación de estos en el patrimonio de la sociedad. Sin embargo, el parámetro propuesto no es aceptado por el Tribunal Supremo pues, en su opinión, el socio no tiene derecho a un “valor razonable” de su participación en el capital social, consistente en una cuota del patrimonio de la cooperativa, sino a la devolución de sus aportaciones conforme al “valor acreditado” que tengan en el balance de cierre del ejercicio social en el que causó baja. De este modo, el Supremo deja atrás la tesis mantenida por un sector de la jurisprudencia española que centró sus esfuerzos en defender que la cantidad que debía ser objeto de reembolso estaba determinada por el patrimonio repartible de la cooperativa en el ejercicio en que se produce la baja del socio, el cual se fija deduciendo del activo de la cooperativa aquellas partidas que integran el pasivo y que tienen el carácter de irrepartibles mientras la cooperativa siga en funcionamiento.

En relación con la deducción por pérdidas, los socios de la cooperativa demandada consideran que, siendo la baja anterior al momento en el cual se produce la imputación de las pérdidas del ejercicio, no están obligados a su pago o compensación con la aportación realizada en la medida en que para ellos no ha surgido dicha obligación, al no formar parte de la sociedad cuando se adoptó el acuerdo

de impugnación; acuerdo que, por consiguiente, les resulta ajeno. El Tribunal Supremo, sin embargo, vuelve a rechazar los argumentos expuestos, señalando que “la imputación de pérdidas será por lo general posterior a la solicitud de baja del cooperativista, pues ha de transcurrir el ejercicio social, formularse y aprobarse las cuentas en las que se incluya el balance, y serán las pérdidas reflejadas en dicho balance las que se deduzcan, en la parte que corresponda, de las aportaciones del socio que se ha dado de baja en ese ejercicio social”. Así pues, concluye que “no es imprescindible que la imputación de pérdidas esté ya realizada en el momento en que el socio solicite la baja para que puedan deducirse de la aportación a reembolsar”. En nuestra opinión, esta afirmación resulta lógica si tenemos en cuenta que el art. 61 LCCM no exige como requisito previo para su deducción que las pérdidas ya estuviesen imputadas al socio cuando éste adoptó la decisión de abandonar la cooperativa. Por tanto, resulta indiferente el momento en que se realice su imputación siempre, eso sí, que figuren en el balance de cierre del ejercicio económico en el cual se produce la baja.

Sentado lo anterior, el Alto Tribunal considera que la decisión adoptada por la Asamblea General —en la que se acordó imputar las pérdidas del ejercicio a una cuenta especial para amortizarlas con cargo a futuros resultados positivos en el plazo de 10 años— no contradice el acuerdo del Consejo Rector de aplicar a los socios que solicitaron la baja deducciones consistentes en las pérdidas acumuladas hasta ese momento, pues mientras que la primera —coherente con el criterio de empresa en funcionamiento— resulta aplicable a los socios que todavía permanecen en la cooperativa a los que no se les quiere gravar de momento con nuevas aportaciones, la segunda —más acorde con un criterio de empresa en liquidación— parte de la idea de que el capital que el socio aporta a la cooperativa es un capital de riesgo, que puede disminuir o incluso desaparecer como consecuencia de la imputación de las pérdidas de la cooperativa. Desde esta perspectiva, “no es razonable que las pérdidas producidas mientras el socio permaneció como tal en la cooperativa no se deduzcan de las aportaciones que se le reembolsan por el hecho de que (...) dichas pérdidas hayan sido imputadas a una cuenta especial para su amortización con cargo a futuros resultados positivos”, pues “ello supondría cargar con la totalidad de las pérdidas a los socios que permanezcan en la cooperativa, pese a haberse producido en un periodo en que quienes se dan de baja participaban en la actividad cooperativizada que generó las pérdidas”. En virtud de la sentencia, por tanto, la compensación de las pérdidas con cargo a futuros beneficios no impide que el socio que deja de formar parte de la cooperativa pueda ver minorado el importe de sus aportaciones al capital social en la cuantía pendiente de amortizar al tiempo de cursar la baja. A nuestro juicio, esta decisión resulta acertada pues de lo contrario, tal y como indica la Audiencia Provincial de Cuenca en su sentencia de 22 de mayo de 2012, “las pérdidas sufridas y todavía no totalmente compensadas (...) pasarían a ser exclusivamente soportadas por los

demás (socios), beneficiándose de modo injusto e insolidario con ello a los que, como los demandantes, decidiesen abandonar la cooperativa”²¹.

Para finalizar con esta cuestión, los socios de la cooperativa consideran que la decisión de imputar las pérdidas correspondientes a los cinco años anteriores a la fecha de la baja, y no sólo del año en que se producen, infringe la LCCM. Sin embargo, el Supremo manifiesta que el periodo que aquellos consideran que ha de regir en esta materia no está previsto en ningún precepto de la citada ley y, por consiguiente, no existe tal infracción. Aunque compartimos la opinión del Tribunal, quizás hubiese sido más acertado fundamentar dicha opinión en el art. 61 LCCM, el cual señala textualmente que en caso de baja se podrán deducir las pérdidas imputadas o imputables al socio “ya correspondan a dicho ejercicio o provengan de otros anteriores y estén sin compensar”. Resulta evidente, por tanto, que para el legislador no es una condición indispensable que las pérdidas hayan sido generadas durante el año en el que el socio causa baja en la cooperativa. Es más, el propio precepto contempla la posibilidad de descontar las pérdidas pertenecientes a un periodo anterior, siempre que éstas no estuviesen resarcidas en su totalidad.

Ya en relación con la deducción por obligaciones pendientes de pago y la intención de incluir dentro de ella las inversiones no amortizadas, el Supremo comienza diciendo que el art. 61 LCCM no contempla esta posibilidad pues “éstas no constituyen obligaciones de pago que el socio tenga pendientes con la cooperativa, sino obligaciones de pago que la cooperativa tiene pendientes con sus acreedores”. A continuación señala que “la parte que queda todavía por abonar de tal financiación, corresponderá a un periodo durante el que los demandantes no podrán disfrutar ya de tales inversiones”. Por todo ello, concluye que la deducción por inversiones no amortizadas “no estaría justificada legalmente”. La postura del Tribunal parece razonable ya que, en efecto, para aplicar esta deducción se exige que el socio tenga una deuda pendiente con la cooperativa. Sin embargo, en este caso, las cuotas de financiación de los diferentes bienes adquiridos por “Santo Niño de la Bola” constituyen una deuda de la sociedad con un tercero y, en consecuencia, no podrán ser descontadas a los socios pues, como ha afirmado con acierto la Audiencia Provincial de Cuenca en la ya citada sentencia de 22 de mayo de 2011, ello supondría confundir las deudas de la cooperativa con las de sus miembros²².

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J., “Sociedad cooperativa”, en ALONSO LEDESMA, C. (coord.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid.

²¹ JUR 2012/243019.

²² *Vid.* nota 19.

- MORAL VELASCO, E., *Cooperativas (Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio)*, tomo I, Colegios Notariales de España, Madrid, 2001.
- PANIAGUA ZURERA, M., “Las sociedades cooperativas. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo XII, vol. I, Marcial Pons, Madrid, (2005).
- PULGAR EZQUERRA, J., “La transmisión de la posición de socio y su pérdida: baja y expulsión en las Cooperativas agrarias y Sociedades agrarias de transformación” en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.) *Cooperativas Agrarias y Sociedades Agrarias de Transformación*, Dykinson, Madrid, (2006).
- SÁNCHEZ PACHÓN, L.A., “Cuestiones generales sobre la Ley de Cooperativas de Castilla y León”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 13, agosto (2007).
- SEMPERE PASTOR, C., “El régimen económico: principales aspectos”, en ALONSO ESPINOSA, F.J. (coord.) *La sociedad Cooperativa en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*, Comares, Granada, (2001).
- TORRES PÉREZ, F.J., *Régimen jurídico de las aportaciones sociales en la Sociedad Cooperativa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- VICENT CHULIÁ, F., “Comentario al art. 80 LGC 1980”, en F. SÁNCHEZ CALERO, F. y ALBADALEJO, M., *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, tomo XX, vol. 3, Colex, Madrid, (1994).
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

II

XURISPRUDENCIA

II.2.1. ANOTACIÓNS XURISPRUDENCIA (PORTUGAL)

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 36 (2014), páxs. 209-213

ISSN: 1130-2682

TRATAMENTO FISCAL DOS DONATIVOS
EMPRESARIAIS NAS FUNDAÇÕES.
ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, DE 23-10-
2013, RELATIVO AO PROCESSO 0471/13

*TAXATION OF CORPORATE DONATIONS IN FOUNDATIONS.
COMMENTARY TO THE SUPREME COURT
DECISION OF 23 OCTOBER 2013*

ANTÓNIO MARTINS¹

¹ Professor auxiliar da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra; Av. Dias da Silva, 165, 3004-512 Coimbra. Correio eletrónico: amartins@fe.uc.pt

O Acórdão em epígrafe respeita ao tratamento fiscal, em sede IRC, de donativos empresariais para a dotação inicial de capital de uma fundação à qual foi posteriormente reconhecido o estatuto de utilidade pública e a isenção de IRC. No tocante a este tratamento, a sociedade que afetou, em 2004, verbas para a dotação inicial de capital da dita fundação (e as registou na sua contabilidade como gastos) pretendia, ao abrigo do então Estatuto do Mecenato (EM), a dedução e respetiva majoração fiscal. Por seu lado, a administração fiscal (AT) pretendia a desconsideração fiscal dos gastos reconhecidos em 2004, uma vez que, segundo ela, não estariam cumpridas as condições legais para a dedutibilidade.

O tema dos benefícios fiscais é, compreensivelmente, uma área da maior relevância em termos de política tributária. Como aliás se dispõe no art. 2.º, n.º 1, do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), «consideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excecional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem». Ou seja, a atribuição de um certo benefício a um sector, atividade ou entidade, há-se passar o teste de apresentar uma relevância não fiscal que supere a perda de receita que a sua concessão determina. Entende-se, pois, que o controlo dos benefícios fiscais deva ser rigoroso, e que os tribunais sejam chamados, não poucas vezes, a dirimir litígios sobre o enquadramento tributário de operações empresariais acerca das quais se suscitam dúvidas sobre a sua qualificação no contexto daqueles benefícios.

Os donativos a que se consagrou um tratamento fiscal mais vantajoso, no âmbito do EM — cujas normas foram entretanto incluídas no EBF, artigos 61.º a 66.º — destinam-se a entidades «cuja atividade consista predominantemente na realização de iniciativas nas áreas social, cultural, ambiental, desportiva ou educacional». Bem se compreende, em face da escassez de fundos próprios com que as entidades dedicadas à prossecução de tais fins quase sempre se debatem, o mecenato possa surgir como alternativa de financiamento. Aliás, a investigação económica sobre as motivações da filantropia empresarial, tem mostrado que o fator fiscal tem impacto significativo nas decisões empresariais relativas ao mecenato. Neste contexto, quer para as entidades que efetuam donativos, quer para aquelas que os recebem, é de grande importância que as vantagens fiscais se revistam de clareza quanto à sua efetiva atribuição.

Ora é precisamente um caso, que reputamos de emblemático, que se decide no Acórdão aqui comentado. Em breve síntese, a questão é a seguinte. Em 2004 um grupo de entidades empresariais, tributadas no âmbito do Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades (RETGS) instituiu uma fundação cujo objetivo era o de apoiar o desenvolvimento da sociedade informação, designada-

mente a promoção da educação tecnológica e cultural e do combate à infoexclusão, bem como outras atividades relacionadas com inovação e desenvolvimento na promoção da saúde e desporto. Parte da verba entregue para a dotação inicial da fundação (4,475 milhões de euro) foi registada como gasto em 2004, mas não foi considerada dedutível no apuramento do lucro tributável do grupo, pois as condições legais para tal dedutibilidade (e majoração fiscal) ao abrigo do EM não se encontravam ainda reunidas.

Em 2005, a Fundação obteve o reconhecimento do estatuto de utilidade pública. E em 2007 obteve o deferimento do pedido de isenção de IRC. Em face disso, o grupo apresentou reclamação graciosa da autoliquidação de IRC de 2004, peticionando que nela fossem agora incluídos os efeitos do donativo e da majoração fiscal. A isso se opôs a AT, argumentado que, em 2004, a fundação não beneficiava do estatuto de utilidade pública.

Em primeira instância o tribunal deu razão à AT, concordando com a administração relativamente ao facto de, não tendo a Fundação o estatuto de utilidade pública em 2004, então os donativos para a dotação de capital não se enquadravam nas normas do EM ao abrigo das quais o grupo de sociedades pretendia não só deduzir as verbas doadas mas ainda majorá-las fiscalmente. Foi sobre esta questão que o STA se pronunciou no Acórdão mencionado. Para o STA, resulta do art. 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei 74/99, de 16 de março, que aprovou o EM, que o benefício fiscal em questão nos autos é, em regra, dependente de reconhecimento, sendo porém automático se a Fundação destinatária do donativo for pessoa coletiva dotada do estatuto de utilidade pública à qual tenha sido reconhecida isenção de IRC.

Ora, para o STA, da conjugação desta a norma com o art. 11.º do EBF, que dispõe: «O direito aos benefícios fiscais deve reportar-se à data da verificação dos respetivos pressupostos, ainda que esteja dependente de reconhecimento declarativo pela administração fiscal ou de acordo entre esta e a pessoa beneficiada, salvo quando a lei dispuser de outro modo», leva inequivocamente à conclusão segundo qual agiu bem o grupo de sociedades ao reclamar, em 2007, que os efeitos da declaração de utilidade pública, em 2005, e da consagração da isenção em IRC, em 2007, pudessem retroagir a 2004. Ou seja, que o gasto contabilizado em 2004, e que na altura não teve consequências fiscais no âmbito do RETGS, as pudesse ter em momento posterior, embora referidas à declaração de IRC de 2004. Assim, o STA revogou a sentença da primeira instância, dando razão ao contribuinte.

Uma primeira nota de apreciação deve reportar-se às questões contabilísticas. Na verdade, no âmbito do resultado do grupo, mandam as normas de reconhecimento — princípio da periodização — que os rendimentos e gastos sejam imputados ao período a que respeitam, independentemente do seu recebimento ou pagamento. Assim, não restava alternativa ao grupo que não fosse o registo do gasto em 2004, pois a afetação de recursos patrimoniais (da qual decorre o gasto) foi efetivamente concretizada com o donativo à fundação.

Já no plano fiscal, não podia, na declaração de 2004, corresponder ao gasto contabilizado uma dedução fiscal ao abrigo do EM. Com efeito, faltava quer o reconhecimento da utilidade pública, quer a isenção de IRC. Andou pois bem o grupo ao abster-se de considerar dedutível e majorável a dotação efetuada para a fundação.

Já quanto à posição da AT relativamente ao pedido do grupo, em 2007, para que os efeitos do reconhecimento retroagissem a 2004, ela afigura-se de um formalismo não justificado na lei, vislumbrando-se ainda uma desatenção à substância dos factos em questão. No primeiro aspeto, e como bem sublinha o STA, a lei é clara quando estabelece que os feitos devem reportar-se à data da verificação dos pressupostos. Ora se em 2004 o grupo estava impedido de abater fiscalmente um gasto efetivamente suportado, em razão da inexistência de decisão sobre formalidades legais — utilidade pública e isenção de IRC — a lei conduz claramente a que, uma vez obtidas tais decisões — o donativo então efetuado (em 20204) possa beneficiar, *a posteriori*, de dedutibilidade.

Nem, num plano económico ou substancial, se compreenderia que assim não fosse. O grupo respeitou o princípio contabilístico da periodização — ao registar o gasto em 2004. Respeitou ainda o princípio fiscal, consagrado na lei, de não dar relevo tributário ao donativo enquanto as circunstâncias legais desse relevo se não verificassem. Uma vez verificadas, e sendo a lei clara acerca dos efeitos (retroação), seria dificilmente entendível que o gasto de 2004 não pudesse ter impacto fiscal. A uma diminuição do valor económico das empresas para efetuar o donativo em causa seria difícil opor que não tem fundamento para ser considerado gasto nas condições legais que analisámos.

Para os gestores de grupos e de instituições como as fundações, esta decisão é de forte alcance. Ela afasta a incerteza associada ao efeito fiscal de donativos que se concretizam num dado momento mas, relativamente os quais, só em momento posterior se conhecem os requisitos para sua dedutibilidade. Se a jurisprudência fizesse uma interpretação estanque destes momentos, negando impacto fiscal, tal construiria um fator adicional para a restrição financeira com que se debatem muitas destas entidades do terceiro sector.

Em suma, e a nosso ver, decidiu adequadamente o STA ao dar provimento ao recurso do contribuinte. A posição da AT e da primeira instância padece de uma excessiva rigidez, numa área onde lei é bastante nítida sobre a questão em apreço.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 36 (2014), páxs. 215-223

ISSN: 1130-2682

**ESPIRITISMO, MORTE DE UMA ASSOCIAÇÃO
E O DESTINO DO ANTIGO CINEMA REX.
ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE 24 DE ABRIL DE 2013, PROCESSO
2076/04.2TVLSB.L1.S1., RELATOR LOPES DO REGO**

*SPIRITISM, DEATH OF AN ASSOCIATION AND THE FATE
OF THE OLD CINEMA REX – COMMENTARY TO THE
SUPREME COURT DECISION OF 24 APRIL 2013*

PEDRO CERQUEIRA GOMES¹

NUNO SOUSA E SILVA²

¹ Mestre em Direito Administrativo. Assistente Convidado do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. Advogado-estagiário (Cerqueira Gomes & Associados). Correio eletrónico: pedrocerqueiragomes@gmail.com

² Mestre em Direito. LLM IP (MIPLC). Assistente Convidado do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto e Docente Convidado da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Advogado-estagiário (PTCS). Correio eletrónico: nsousaesilva@gmail.com

I SÍNTESE DO LITÍGIO

Em 1926, fundou-se a Federação Espírita Portuguesa, cujos estatutos foram aprovados (como era necessário à data) por alvará do Governador Civil de Lisboa, ganhando assim plena existência legal.

Vinte anos mais tarde, em 1946, a associação foi reconhecida como agremiação espiritualista por despacho ministerial. Por força de uma lei de 1949 (Decreto n.º 37 545, de 8 de Setembro, Estatuto do Ensino Particular), as associações que, por qualquer forma, tivessem actividade científica ou pedagógica tinham de submeter os seus estatutos a homologação do Ministério da Educação Nacional.

Tendo requerido tal homologação a autora viu o seu requerimento recusado em Junho de 1953 com o seguinte fundamento:

«a) Devem proibir-se a investigação e o estudo de fenómenos alegados pelo espiritismo e que constituem objecto da Metafísica, desde que essa investigação e esse estudo não estejam a cargo de pessoas que, pela sua categoria e preparação, ofereçam perfeita garantia de seriedade e obediência às condições mais elementares da metodologia científica;

b) Só devem autorizar-se a constituição e o funcionamento de associações destinadas àquela investigação e àquele estudo quando se verifique que elas dispõem dos meios indispensáveis para satisfazer os requisitos da alínea anterior. Desconhecendo-se a existência em Portugal de qualquer associação nestas condições;

c) A actividade das associações que venham a constituir-se com o fim referido deve ser, de harmonia com a alínea a) do n.º 5 do Art. 20.º do Decreto n.º 37545, de 8 de Setembro de 1949, cuidadosamente acompanhada pelo competente serviço deste Ministério, que promoverá a dissolução das associações logo que elas deixem de trabalhar no plano puramente científico;

d) O preceito do Art. 45.º da Constituição não permite proibir as práticas do Espiritismo — sistema místico-religioso — enquanto elas respeitem a vida e integridade física da pessoa humana e os bons costumes.»

No seguimento deste despacho (do qual a associação não conseguiu recorrer), em Novembro, o Estado mandou proceder ao encerramento da sede da Federação

Espírita Portuguesa. Apontou que o requerimento de Outubro de 1953, que havia dado entrada na Inspeção do Ensino Particular com vista a homologação do projecto de regulamento do «Laboratório de Estudos Metafísicos Professor Charles Richet», indicava o funcionamento ilegal da associação, mesmo após ter visto a homologação dos seus estatutos recusada.

A Federação prosseguiu a sua actividade sendo que em 1962, o Ministro do Interior proferiu um despacho que assim dispunha:

«Considerando que a AA não tem existência legal; Considerando que, por despacho de 18 de Novembro de 1953, o Ministro da Educação Nacional determinou a cessação do seu funcionamento, tendo a Polícia de Segurança Pública procedido, em seguida, à selagem da respectiva sede; Considerando que há conhecimento de que a AA, não obstante o encerramento da sua sede, continuou a exercer actividades; Tendo em vista o disposto no Art. 60.º do Decreto-Lei n.º 39 660, de 20 de Maio de 1954, e no Art. 4.º da Lei 1 901, de 21 de Maio de 1935, determino o seguinte:

- a) Que a P.S.P. proceda ao levantamento dos selos apostos na sede da AA;
- b) Que proceda igualmente ao arrolamento de todos os bens que ali se encontrem, bem como de todos os demais bens que se saiba terem pertencido à mesma Federação, dando-se cumprimento ao disposto no Art. 4.º da lei n.º 1901».

Assim, encerraram-se as instalações, arrolaram-se os bens da associação e preparou-se a sua venda em hasta pública. O então Ministro da Saúde e Assistência, tomando conhecimento da referida venda, veio pedir que o produto dos bens fosse entregue à Casa Pia de Lisboa e que o Cinema Rex não fosse vendido, mas antes entregue à Casa Pia de Lisboa, o que aconteceu. A Casa Pia de Lisboa vem utilizando o prédio em causa de forma pública e pacífica desde 1962.

Após a revolução de 1974, os associados pretenderam voltar à actividade e recuperar o património da Federação Espírita Portuguesa [Sobre alguns aspectos jurídicos e filosóficos da revolução veja-se Castanheira Neves, «A Revolução e o Direito – A situação de crise e o sentido do Direito no actual processo revolucionário», separata da ROA (1976)]. Para o efeito, além de inúmeros contactos políticos e requerimentos administrativos, em 1983, compareceram na Conservatória do Registo Comercial a fim de alterar os estatutos da primitiva associação: a Federação Espírita Portuguesa.

Entretanto em 1998 a Casa Pia de Lisboa celebrou escritura de justificação notarial relativa ao prédio do Cinema Rex mencionando uma doação da Associação em 1941 da qual não conseguiam adiantar mais pormenores, o que constituía facto bastante para assegurar posse desde então e justificar a aquisição por via de usucapião.

A (nova) Federação Espírita Portuguesa recorre então aos tribunais e, na qualidade de autora conclui, pedindo:

- a) A declaração da existência legal da associação constituída em 1926;
- b) A declaração de nulidade da escritura notarial celebrada em 1998;
- c) A declaração da autora como proprietária do prédio (ex-cinema Rex) e a condenação da Casa Pia de Lisboa à sua restituição;
- d) A condenação do Estado Português à devolução do seu restante património.

E, subsidiariamente, o pagamento de €1 250 000,00, a título de enriquecimento sem causa.

O Tribunal de Primeira Instância considerou a acção totalmente improcedente absolvendo os Réus de todos os pedidos, o que motivou recurso de apelação para o Tribunal da Relação de Lisboa, que, por sua vez, confirmou a decisão de primeira instância, julgando improcedente a apelação. Insatisfeita, a Autora recorre novamente para o STJ que, num acórdão extenso (47 páginas), negou provimento a todos os pedidos excepto a declaração de nulidade da escritura notarial.

2. QUESTÕES JURÍDICAS

2.1. A interpretação da sequência de actos administrativos

O presente quadro factual e jurídico assume-se delicado sob o ponto de vista da justiça material. Se, por um lado, é certo que ocorreu um verdadeiro confisco do património de uma associação que se dedicava a fins, hoje em dia, necessariamente legítimos e constitucionalmente protegidos. Estando, assim, em causa uma violação potencial da liberdade de associação (art. 46.º CRP) (Sobre a dimensão complexa do direito de associação, que se analisa em vários direitos ou liberdades específicos, cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 644). Por outro, há uma necessidade de segurança jurídica inultrapassável. Há, pois, justiça na segurança e segurança na justiça, sendo, como refere Baptista Machado «A segurança é pois uma das exigências feitas ao Direito — pelo que, em última análise, representa também uma tarefa ou missão contida na própria ideia de Direito. A exigência de segurança pode, porém, conflitar com a exigência de justiça. Justiça e segurança acham-se numa relação de tensão dialética.» (*Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Porto, Almedina, 1982, p. 55). Já escrevia, também, Manuel de Andrade que «o ideal seria que o direito fosse sumamente certo, sem deixar de ser também sumamente recto.» (*Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, 4.ª ed., Arménio Amado, 1987, p. 56).

Como reconhece o próprio STJ é difícil fazer uma separação entre o enquadramento jurídico e o enquadramento factual das questões. Por isso mesmo, para delimitar o objecto do recurso — que, lembre-se, está restrito à matéria de direito — não se podem ignorar os factos [art. 674.º do Novo CP (art. 722.º do antigo CP), sobre o novo regime dos recursos veja-se ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil — novo regime*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010]. A diferença é ilustrada pela circunstância de ser uma questão de facto a celebração de uma escritura e ser já uma questão de direito o seu real significado e efeitos.

Como explicava Castanheira Neves: «...ao considerar-se a questão-de-facto; ao considerar-se a questão-de-direito não pode prescindir-se da solidária influência da questão-de-facto. Ou numa formulação bem mais expressiva: “para dizer a verdade o ‘puro fato’ e o ‘puro direito’ não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar ao facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto”» (Questão de facto-questão de direito, Coimbra, Almedina, 1967, p. 55-56).

Ora, neste caso vai-se além da simples valoração de provas, faz-se um apelo a elementos de natureza normativa. Na verdade, o que aqui estava em causa era a continuidade da personalidade jurídica da associação «Federação Espírita Portuguesa». Se se considerasse que, mesmo após as vicissitudes expostas, havia um nexo de identidade jurídica entre a associação, constituída em 1926 e a agora autora, poderia então defender-se que o património era um só e que a sua pretensão de restituição ou indemnização seria legítima, pelo menos em termos de titularidade.

Segundo a tese sustentada pela autora, o procedimento administrativo, não teria conduzido à extinção da associação mas teria, tão-somente, constituído uma suspensão provisória da sua actividade, acompanhada por um arrolamento cautelar dos bens que integravam o seu património. Sustenta-a sobretudo com base em disposições do CCiv de 1966 (arts. 182.º a 184.º). Ora, o acto de constituição de uma associação (negócio jurídico) ocorrido em 1926 é, sem sombra de dúvidas, regido pela lei vigente a essa data. De igual modo os actos administrativos, cuja interpretação é controversa, ocorridos em 1962 não podem ser vistos à luz da lei civil que entrou em vigor em 1968. Como dispõe o art. 12.º/1 do CCiv em princípio «a lei só dispõe para o futuro» (Sobre o intrincado problema da aplicação da lei no tempo cfr. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação da lei no Tempo do Novo Código Civil*, Porto, Almedina, 1968).

Hoje em dia, consabidamente, vale o princípio da liberdade de associação (em bom rigor o princípio do reconhecimento normativo condicionado) com os limites da licitude do fim (Sobre esta evolução pós-revolução cfr. VIDEIRA HENRIQUES, «O regime geral das Associações», in *Nos 35 anos do Código Civil*,

vol. II, Coimbra Editora, 2006, pp. 284 e ss.). De igual forma, as sociedades ou associações são constituídas sem necessidade de autorização administrativa mas apenas por força da lei, observadas que sejam as suas regras e o procedimento determinado (ELISABETE RAMOS, «Constituição de Sociedades Comerciais», in: *Estudos de direitos das sociedades*, 9.^a ed., pp. 42-92.). Por outro lado, continua a exigir-se para um sem fim de actividades, autorização administrativa. É assim, para instituições de ensino e para um universo sem fim de actividades económicas [Recentemente sobre o tema das autorizações administrativas e actividades privadas, COSTA GONÇALVES, «Controlo público prévio de actividades privadas: comunicação prévia e autorização administrativa», in Enrique Rivero Ysern / M. Dolores Calvo Sánchez, *Nuevas formas de control de las administraciones públicas y su repercusión sobre consumidores y usuarios*, Salamanca, Ratio Legis (2013), p. 85-126].

O acórdão, ao sublinhar que a sequência de actos administrativos tem que ser «objectivamente interpretada à luz dos parâmetros normativos vigentes nos anos compreendidos entre 1953 e 1962 (...) — naturalmente anteriores à vigência do CC de 1966», conclui assim que a recusa ministerial de aprovação dos estatutos «então prevista como conditio da legalidade do seu funcionamento, inelutavelmente obstava que a mesma tivesse existência legal».

Esta última afirmação parece confundir existência com legalidade. É, aliás reminescente, da discussão em torno da inexistência como figura jurídica (no fundo, saber se a inexistência existe (MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra editora, 2005, p.618.). O que se trata realmente aqui é da extinção da associação, que já existia juridicamente. Mota Pinto (*Op. cit.*, p. 271) fala em dois elementos constitutivos das pessoas colectivas: o substrato e o reconhecimento. Este último situa-se no plano jurídico e pode assumir uma de duas modalidades: reconhecimento normativo, através da lei, v.g. art. 158.º/1 CCiv, reconhecimento individual ou por concessão (p. 280). A justificação do reconhecimento normativo condicionado ou por concessão prende-se com o controlo do Estado da licitude e tutela do interesse público, com a protecção dos interessados (assegurando a viabilidade da pessoa colectiva) e ainda com questões de publicidade (p. 281). Face ao direito vigente, esta situação poderia ser enquadrada no art. 182.º/2/d) do CCiv.

O acórdão associa às indiscutíveis consequências, típicas de um procedimento de execução do património de uma associação em sede de liquidação, a uma causa não tão certa ou indiscutível. Na verdade, consta apenas dos considerandos do despacho do Ministro do Interior (Alfredo dos Santos Júnior) proferido em 1962, que «a associação não tem existência legal». Existindo desde 1926, só em 1949, com a aprovação do Estatuto do Ensino Particular, é que a associação foi sujeita a um requisito adicional: a homologação dos estatutos. Pergunta-se então, este é um requisito de existência ou de exercício da actividade científica ou pedagógica?

O acórdão parece esquivar-se a esta análise. Faria mais sentido a exigência de despacho ministerial apenas para a prossecução desses fins e já não para a continuidade da existência da associação. É difícil de compreender que se considere que a associação se extingue com a falta de homologação dos seus estatutos, quando esta já existe desde 1926, não procedeu a alteração estatutária e esta exigência de homologação só vigora quanto ao exercício de um dado tipo de actividade. Por outro lado, é preciso ter em conta o quadro político vigente à época: uma ditadura corporativista de índole altamente conservadora, nada favorável à actividade do espiritismo. Assim, a interpretação do despacho feita pelo STJ, ao contrário do anunciado, só pode ser entendida como subjectivista (a real intenção do Ministro). É claro que, como realçam, Salgado Matos e Rebelo de Sousa, a interpretação da declaração administrativa sendo uma situação individual e concreta está particularmente ligada ao destinatário e à situação visada. Logo, concluem estes autores (p. 138), o método correcto de interpretação de actos administrativos é precisamente o subjectivista, com o limite da chamada «teoria da alusão» (*Direito Administrativo Geral*, T. III, Lisboa, Dom Quixote, p. 137-138).

Hoje em dia, acresceria a consideração do princípio da igualdade e da proibição de discriminação. O próprio despacho de 1953, que recusa a homologação dos estatutos refere, ainda que como mera formalidade, o art. 45.º da Constituição de 1933, ciente da delicadeza desta questão.

2.2. Morte sem ressurreição

A Autora sustenta que, aquando da alteração estatutária que operou em 1983, teria conseguido uma reanimação da personalidade jurídica da Federação Espírita Portuguesa original. Tratar-se-ia do tal *continuum* de personalidade jurídica, logo de património, onde se incluía o antigo cinema Rex, agora em discussão.

O Acórdão recusa esta tese. A referência aos estatutos da primitiva Federação Espírita Portuguesa deveria ser entendida como uma mera declaração de vontade e adesão aos princípios e regras que regiam uma associação extinta há décadas. Esta «alteração estatutária» não basta para contornar uma situação fáctica e jurídica consumada e consolidada. Do que se trata é do surgimento de uma nova pessoa jurídica, com o mesmo nome e estatutos próximos da associação criada em 1926.

Acresce que, no nosso ordenamento jurídico, não parece existir uma figura de «ressurreição» de pessoas colectivas. Por outro lado, só se pode considerar extinta uma pessoa colectiva quando esta já não tenha património.

Sendo que a jurisprudência (A título de exemplo, veja-se o Ac. TRL de 27-03-2013 (disponível em www.dgsi.pt]) e doutrina (Cfr. COUTINHO DE ABREU (coord.) *Código das Sociedades em comentário*, vol. II., Coimbra, Almedina 2011, pp. 683 e ss) tem entendido que há lugar à aplicação analógica do Código

das Sociedades Comerciais às associações, poderá defender-se a aplicação do art. 161.º CSC às associações.

No entanto, esse configura um caso de regresso à «vida plena pela parte de um moribundo» e já não uma «vinda dos mortos». Lembre-se que, nos termos do art. 160.º/2 do CSC: «A sociedade considera-se extinta, mesmo entre os sócios (...) pelo registo do encerramento da liquidação».

No caso em apreço é duvidoso se existiu liquidação que permita falar numa verdadeira extinção da pessoa colectiva, uma vez que não houve título translativo da propriedade do prédio do antigo cinema Rex. Afinal de contas, quem seria então o titular desse bem?

O acórdão parece ignorar este aspecto. É certo que, de acordo com o actualmente vigente art. 166.º do CCiv, os bens da pessoa colectiva extinta poderão ser entregues ao Estado.

2.3. Registo, mentiras e usucapião

Ciente da dificuldade que se avizinhava, a Casa Pia de Lisboa celebrou em 1998 escritura de justificação notarial relativa ao prédio do antigo cinema Rex. Ora, fê-lo com base num facto falso. Na verdade não houve doação, nem a Casa Pia possuía o imóvel desde 1940. Demonstrado isto, o STJ fez o que os tribunais *a quo* já deveriam ter feito: decretou a nulidade do registo de aquisição da propriedade por parte da Casa Pia.

De seguida o acórdão aponta dois óbices ao pedido de restituição do bem por parte da Autora: (1) não se trata da mesma pessoa colectiva, logo a Autora não foi nem é proprietária dos bens em litígio (2) a Casa Pia, apesar da nulidade do registo por falsidade, é detentora do imóvel desde 1962.

No entanto, como a Ré, Casa Pia, não formulou pedido reconvenicional de reconhecimento de propriedade com base em usucapião (exigida por via dos artigos 1 292.º e 303.º do CCiv) o acórdão não prossegue com a análise deste ponto.

Na verdade, a situação do imóvel em questão parece continuar incerta. É que, apesar de estarem reunidos todos os pressupostos da usucapião, esta ainda não terá sido exercida. Sendo assim, permanece o *mistério*: de quem é, por ora, o antigo cinema Rex?

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 36 (2014), páxs. 225-230
ISSN: 1130-2682

REGIME JURÍDICO DE UMA IPSS. ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO
DE 14.03.2013 DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

*LEGAL REGIME OF A PRIVATE SOCIAL SOLIDARITY
INSTITUTION (IPSS). A COMMENTARY ON THE
COURT OF APPEAL OF GUIMARÃES. DECISION
OF THE 14TH OF MARCH OF 2013*

PAULO RAMÍREZ¹

¹ Professor Coordenador do Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra/CECEJ.
Correio eletrónico: pramirez@iscac.pt.

Foi dado a anotar o Acórdão de 14.03.2013 do Tribunal da Relação de Guimarães. Na essência, o que está em causa, no caso que subiu àquele Tribunal, é estabelecer o regime jurídico de determinada instituição, no caso a «Congregação Nossa Senhora da Caridade».

Veio determinado sujeito jurídico instaurar procedimento cautelar comum contra aquela instituição no sentido de que a requerida fosse intimada a não admitir a candidatura da lista B, constituída pelos membros elencados no art. 14.º, à eleição dos órgãos associativos para o triénio 2013/2015, a realizar em 14 de Dezembro de 2012; e a que os requeridos B, C e D sejam intimados a se absterem de integrar a lista B.

Invoca, para tanto, que a Instituição referida é uma instituição de solidariedade social que se dedica ao apoio à família, à integração social e comunitária, proteção na velhice, na invalidez e na saúde.

O requerente é sócio efetivo da requerida, assim como os demais requeridos.

Através da presente providência o requerente pretende que o Tribunal se pronuncie sobre questões atinentes à vida interna da Congregação Nossa Senhora da Caridade, concretamente sobre questões relacionadas com as candidaturas e as eleições dos seus órgãos.

O problema que se coloca é o de saber se aquela pessoa coletiva será, enquanto pessoa coletiva canónica, regida pelo Direito Canónico, ou enquanto instituição de solidariedade social regida pelo Direito Civil. No primeiro caso os tribunais portugueses não são competentes para dirimir as questões entre sócios das instituições. No segundo caso, a resposta seria afirmativa, havendo que atender quanto às instituições de solidariedade social ao disposto no DL 118/83, de 25.02 (v. Maria Clara Calheiros, «Panorâmica do Direito Administrativo», in *Instituições de Direito*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 177).

Está a terminar o mandato de três anos dos atuais corpos gerentes da Congregação e foram marcadas eleições para 14 de dezembro de 2012.

Foram apresentadas a sufrágio duas listas para os órgãos associativos relativo ao biénio 2013/2015: a lista A e a lista B.

Da lista B fazem parte os segundos requeridos sendo que os mesmos foram membros eleitos para os mandatos 2007/2009 e 2010/2012. Uma vez que os requeridos se candidatam a um terceiro mandato consecutivo, o requerente veio, então, questionar os membros da mesa da Assembleia Geral sobre a regularidade da candidatura da lista B. Invoca para o efeito que alguns dos membros da lista B farão parte dos órgãos sociais pela terceira vez.

Tal seria permitido nos termos dos Estatutos da Congregação da Nossa Senhora da Caridade e do artigo 57.º, n.º 4, do Estatuto das IPSS. Nos termos desta norma, as IPSS são instituições constituídas por iniciativa de particulares, sem finalidade lucrativa, com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de solidariedade e de justiça entre os indivíduos, que não sejam administradas pelo Estado ou por um corpo autárquico, para prosseguir, entre outros, os seguintes objetivos: apoio a crianças e jovens; apoio à família; proteção dos cidadãos na velhice e invalidez e em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho; promoção e proteção da saúde, nomeadamente através da prestação de cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação; educação e formação profissional dos cidadãos; resolução dos problemas habitacionais das populações;

O tribunal de primeira instância proferiu um despacho que indeferiu liminarmente o referido procedimento por considerar «que a apreciação da pretensão do requerente não se situa no âmbito da jurisdição dos tribunais portugueses, estando a sua apreciação reservada às autoridades eclesiásticas, invocando o art. 48.º do 119/83, de 25.02 e Concordata de 2004.

Esta decisão fundamenta-se no facto de que «através da presente providência o requerente pretende que o Tribunal se pronuncie sobre questões atinentes à vida interna da Congregação Nossa Senhora da Caridade, concretamente a questões relacionadas com as candidaturas e as eleições dos seus órgãos».

Argumentou-se que a apreciação destas questões não se situa no âmbito da jurisdição dos tribunais portugueses, uma vez que se estamos perante um litígio situado na vida interna de pessoas jurídicas canónicas, regidos pelo Direito Canónico, aplicado pelos órgãos e autoridades do foro canónico que exerçam uma função de vigilância e fiscalização sobre as mesmas.

Trata-se de questão que tem sido apreciada pelo Supremo Tribunal de Justiça, que tem reiteradamente afirmado que os tribunais portugueses carecem de competência para dirimir os litígios decorrentes do processo eleitoral das pessoas colectivas canónicas, por se tratar de matéria situada no âmbito do foro eclesiástico.

Com efeito, «Os tribunais portugueses apenas são competentes para a aplicação dos regimes jurídicos instituídos pelo direito português — nomeadamente o DL 119/83, que institui o regime das Instituições Particulares de Solidariedade Social — quanto às actividades de assistência e solidariedade, exercidas complementarmente pelas pessoas jurídicas canónicas.

Está excluída — desde logo, como decorrência do princípio constitucional da separação da Igreja e do Estado — a possibilidade de outorgar a um tribunal ou entidade pública o poder de sindicar um concreto acto ou decisão da competente autoridade eclesiástica no exercício da sua tarefa de vigilância e fiscalização sobre a vida interna de associações constituídas sob a égide do Direito Canónico (...)

(Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 17-12-2009 (relator: Lopes do Rego, <http://www.dgsi.pt/jstj>).

Trata-se, por isso, de uma questão de delimitação do âmbito da jurisdição exercida pelo conjunto dos tribunais portugueses no confronto com os tribunais e autoridades eclesiásticas, decorrente da reserva de jurisdição que é feita a favor destes últimos pela Concordata.

Afirma-se no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça acima citado — e cuja fundamentação é também válida para o caso em apreço — «Continua, porém, a resultar claramente do teor do art. 12.º da Concordata de 2004 que as pessoas jurídicas canónicas que, além de fins religiosos, prosseguem fins de assistência e solidariedade, desenvolvem a sua actividade de acordo com o regime jurídico instituído pelo direito português, ou seja, a aplicabilidade da ordem jurídica nacional não tem lugar quanto à regulação de aspectos estruturais, orgânicos ou internos das pessoas colectivas canónicas, mas apenas quanto à disciplina de certas actividades, extrínsecas e complementares aos fins estritamente religiosos, envolvendo aspectos de índole patrimonial e prestacional e que justificam a aplicação do nosso ordenamento jurídico e a sujeição a alguma forma de tutela ou controlo público (...) E este entendimento é inteiramente confirmado, no nosso ordenamento jurídico interno, já que o art. 48º do DL 119/83 reafirma o princípio da tutela da autoridade eclesiástica na orientação — e na vida interna — das instituições, envolvendo, nomeadamente, a aprovação dos respectivos corpos gerentes».

Não concorda com esta decisão o Requerente pois «o Tribunal a quo terá sido induzido em erro» quanto à natureza e ao regime jurídico aplicável à Recorrida da Congregação Nossa Senhora da Caridade, possivelmente, devido ao nome desta, que parece denotar um cariz religioso. De facto, de acordo com a legislação vigente, «a personalidade jurídica das instituições canonicamente erectas resulta da simples participação escrita da erecção católica feita pelo bispo da diocese onde tiverem a sua sede, ou pelo seu legítimo representante, aos serviços para tutela das mesmas instituições».

Invoca-se que a Congregação da Nossa Senhora da Caridade não foi constituída por decreto de erecção nem foi participada a sua erecção católica pelo bispo da diocese da sua sede em Viana do Castelo e, portanto, não pode ser considerada uma pessoa jurídica de direito canónico.

Por outro lado, analisados os estatutos da Congregação constata-se que esta é uma IPSS sem fins lucrativos, não se fazendo qualquer referência à natureza canónica.

Assim, não sendo a Congregação uma pessoa colectiva de direito canónico não pode ser sujeita à jurisdição de um tribunal eclesiástico, como pretende o tribunal a quo, mas à jurisdição de um tribunal cível e às leis civis, designadamente, às

regras do Código Civil, do Código de Processo Civil e do Estatuto das IPSS's, este último na parte não aplicável às instituições religiosas.

A decisão do tribunal superior, com a qual estamos inteiramente de acordo, vai no sentido do provimento do recurso e revogação do despacho recorrido.

Resumindo a decisão do Tribunal da Relação de Guimarães relativamente ao assunto *sub iudice*:

I. Sendo a Requerida uma Instituição Particular de Solidariedade Social, sem fins lucrativos, que se dedica, para além do mais, ao apoio à família, à integração social e comunitária, à protecção dos cidadãos na velhice e na invalidez e à promoção e protecção de saúde e considerada pessoa colectiva de utilidade pública, rege-se pelo Estatuto das IPSS publicado pelo DL n.º 119/83 de 25 de Fevereiro, bem como pelo seu próprio Estatuto.

II. Não se tratando de uma pessoa colectiva de direito canónico criada por Decreto de Erecção do Bispo Diocesano, a Recorrida Congregação Nossa Senhora da Caridade insere-se no âmbito do Direito Civil e do regime que lhe é aplicável, encontrando-se assim no âmbito da jurisdição dos tribunais portugueses (art. 66.º CPC).

Eis o que cumpre anotar, após análise, ao Acórdão de 14.03.2013 do Tribunal da Relação de Guimarães.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 36 (2014), páxs. 231-239
ISSN: 1130-2682

**POR QUE ESTÃO AS ASSOCIAÇÕES SUJEITAS
À INSOLVÊNCIA (E POR QUE NÃO ESTARIAM)?
ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO
DE GUIMARÃES DE 22 DE JANEIRO DE 2013**

*WHY ARE ASSOCIATIONS SUBJECTED TO
INSOLVENCY (AND WHY SHOULDN'T THEY BE)?*

CATARINA SERRA¹

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra. Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho (Campus de Gualtar 4710-057 Braga – Portugal). Correio eletrónico: cssserra@gmail.com

1 O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 22 de Janeiro de 2013, relatado pelo Senhor Desembargador F. CAROÇO, aprecia uma

- simples questão: são as associações sujeitos passivos de insolvência?

O tribunal recorrido havia respondido negativamente, com fundamento no disposto no art. 2.º, n.º 1, al. c), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), do qual se retiraria que apenas as associações sem personalidade jurídica são susceptíveis de declaração de insolvência.

Numa altura em que ser declarado insolvente é quase uma banalidade não pode deixar de surpreender que ainda se discuta na jurisprudência portuguesa o âmbito subjectivo da insolvência e — pior do que tudo — ainda se encontrem decisões tão manifestamente desconhecedoras do regime actual da insolvência. Sobretudo quando a matéria em causa nem obriga a grandes esforços interpretativos e se encontra regulada no art. 2.º do CIRE de forma razoavelmente clara.

Aquilo que parece estar na base da interpretação da sentença recorrida é, na realidade, uma certa resistência à ideia de que é possível uma associação ser submetida a um processo de insolvência. Tal resistência é completamente injustificada e, se for possível associá-la a argumentos de política legislativa, é, além do mais, completamente anacrónica.

2. No centro do problema está a norma do art. 2.º do CIRE, que tem a epígrafe «[s]ujeitos passivos da declaração de insolvência».

Em vez de fixar o critério delimitador do âmbito subjectivo da insolvência, o legislador optou, na norma, por enumerar, exemplificativa ou não exaustivamente, as entidades que podem ser objecto do processo de insolvência. Referem-se aí «quaisquer pessoas singulares ou colectivas; a herança jacente; as associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais; as sociedades civis; as sociedades comerciais e as sociedades civis sob a forma comercial até à data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem; as cooperativas, antes do registo da sua constituição; o estabelecimento individual de responsabilidade limitada; quaisquer outros patrimónios autónomos».

Enumeração exemplificativa e cláusula geral são, de facto, técnicas legislativas diferentes mas conduzem essencialmente aos mesmos resultados. Através da análise dos casos enumerados (daquilo que têm em comum) é sempre possível chegar ao critério delimitador.

Isto apesar de a enumeração poder ter alguns inconvenientes que a cláusula geral não teria, designadamente os riscos de omissão [neste sentido ver C. SERRA, «As novas tendências do direito português da insolvência — Comentário ao regime dos efeitos da insolvência sobre o devedor no Projecto de Código da

Insolvência», in: AA.VV., *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Comunicações sobre o Anteprojecto de Código*, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, págs. 21-49 (23-24)].

Do n.º 2 do art. 2.º do CIRE constam, por sua vez, as excepções. Trata-se dos casos que, preenchendo os requisitos implicitamente contidos no n.º 1 do preceito e ficando, portanto, em princípio, abrangidos pela respectiva disciplina, se entendeu, contudo, deverem ser subtraídos a ela.

A única referência expressa da norma às associações encontra-se no disposto na al. c) do n.º 1 do preceito. Diz-se aí que podem ser objecto de processo de insolvência as associações sem personalidade jurídica. Mas significará isto que, como sustenta o tribunal recorrido, as associações com personalidade jurídica não podem ser objecto de processo de insolvência?

Poder-se-ia fazer anteceder a resposta de múltiplas considerações mas a resposta não deixaria de ser, como é, de forma categórica: evidentemente que não. As associações com personalidade jurídica estão sujeitas à insolvência como estão — e porque estão — sujeitas à insolvência todas as pessoas colectivas, em conformidade com o disposto na al. a) do n.º 1 do art. 2.º do CIRE.

Para que isto seja claro, a norma não precisa de elencar todas as pessoas colectivas. Já se sabe que estão compreendidas na categoria e, portanto, que são abrangidas pela norma todas as entidades titulares de personalidade jurídica, nomeadamente, as associações, as fundações, as sociedades comerciais, as cooperativas os agrupamentos complementares de empresas, os agrupamentos europeus de interesse económico.

Com a referência expressa a outras entidades, isto é, com o «grosso» da enumeração exemplificativa [cfr. als. b) a h) do n.º 1 do art. 2.º do CIRE], aquilo que foi pretendido foi simplesmente realçar que as entidades sem personalidade jurídica, apesar de não serem titulares de personalidade jurídicas, são *também* objecto do processo de insolvência. E o sublinhado justifica-se porque a abrangência destas entidades é, esta sim, uma novidade relativamente ao regime anterior.

São nomeadas na norma a herança jacente, as associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais, as sociedades civis, as sociedades comerciais e as sociedades civis sob a forma comercial até à data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem, as cooperativas antes do registo da sua constituição e o estabelecimento individual de responsabilidade limitada, havendo, por fim, uma referência geral a «quaisquer outros patrimónios autónomos».

Quer isto dizer que a enumeração da norma não esgota a lista de entidades que são susceptíveis de declaração de insolvência. O elenco normativo é, em suma, um elenco aberto. São, então, do mesmo modo susceptíveis de declaração de insolvência outras entidades contanto que preencham determinado requisito: consti-

tuírem patrimónios autónomos [neste sentido, ver C. SERRA, *O regime português da insolvência*, Coimbra, Almedina, 2012 (5.^a ed.), págs. 34 e ss.].

Trata-se de um conceito amplo de «património autónomo», que dispensa o preciosismo respeitante à qualificação jurídica de cada um dos patrimónios referidos, ou seja, que é indiferente à sua titularidade ou não por alguém e, no caso afirmativo, ao número de titulares. Foi, sem dúvida, uma opção acertada por parte do legislador. Se o legislador se tivesse atido a categorias doutrinárias mais precisas, como a de «património colectivo», haveria algumas dificuldades a superar. Teria, por exemplo, de dissociar, dentro das entidades sem personalidade jurídica, as de composição plural — que são patrimónios colectivos — das de composição unipessoal (como, por exemplo, as sociedades por quotas unipessoais até ao registo da sua constituição) —, que são não patrimónios colectivos mas sim patrimónios separados.

Além da referência expressa na al. *h*), que sempre tornaria inequívoca a consagração da autonomia patrimonial como o critério delimitador do âmbito de aplicação do processo de insolvência, é notório que a autonomia patrimonial é a característica que une todas as entidades expressamente enumeradas no n.º 1 do art. 2.º do CIRE, que é, em suma, a característica comum a todas.

Veja-se, por fim, o que se diz no Preâmbulo (ponto 20.) do DL n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE: «Aí se tem como critério mais relevante para este efeito, não o da personalidade jurídica, mas o da existência de autonomia patrimonial, o qual permite considerar como sujeitos passivos (também designados por ‘devedor’ ou ‘insolvente’), designadamente, sociedades comerciais e outras pessoas colectivas ainda em processo de constituição, o estabelecimento individual de responsabilidade limitada, as associações sem personalidade jurídica e ‘quaisquer outros patrimónios autónomos’».

3. O requisito mínimo ou o critério da autonomia patrimonial é — note-se desde já — bem menos exigente do que aquele que se aplicava no quadro do CPEREF.

Com efeito, na vigência do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF) o critério era o da personalidade jurídica. A extensão da disciplina da falência a qualquer pessoa (singular ou colectiva), independentemente da qualidade de comerciante, constituiu, aliás, uma das maiores novidades deste normativo [sobre as razões que levaram ao fim do requisito subjectivo da falência (a qualidade de comerciante) ver C. SERRA, *Falências derivadas e âmbito subjectivo da falência*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, págs. 38-41], tendo sido a partir daí que passaram a estar sujeitas à falência, além das sociedades comerciais, todas as pessoas colectivas e, entre elas, como não poderia deixar de ser, também as associações.

Já na altura, contudo, se aventava que o critério da personalidade jurídica era porventura demasiado exigente e que seria de toda a conveniência substituí-lo pelo critério alternativo da autonomia patrimonial [neste sentido ver C. SERRA, *Falências derivadas e âmbito subjectivo da falência*, cit., págs. 245 e ss. (esp. págs. 266 e ss.)].

De todos os argumentos que seria possível convocar, dir-se-á apenas que a realização da finalidade principal do processo de falência (o pagamento aos credores através da liquidação do património do devedor) se conforma com a existência de autonomia patrimonial. De facto, os patrimónios autónomos caracterizam-se por um regime especial de responsabilidade por dívidas (neste sentido ver L. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, I – Introdução. Pressupostos da relação jurídica*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007, pág. 153) e isso é quanto basta para a liquidação patrimonial. A disciplina dos efeitos ditos «pessoais» da declaração de insolvência, por outro lado, não exige mais do que isso. Mesmo quando existe personalidade jurídica a verdade é que alguns dos efeitos pessoais não se produzem sobre o sujeito (pessoa colectiva) declarado falido, mas sim sobre as pessoas singulares que são seus administradores. Assim, por exemplo, o efeito disposto no art. 81.º do CIRE. O que se quer dizer, por outras palavras, é que haverá sempre sujeitos «por detrás» do património autónomo a quem é possível imputar tais efeitos, se for caso disso.

4. As associações estão, portanto, sujeitas ao processo de insolvência porque, nos termos do art. 2.º, n.º 1, al. a), do CIRE, todas as entidades incluídas na categoria das pessoas jurídicas estão sujeitas ao processo de insolvência e as associações incluem-se nela.

É certo que, ao abrigo do disposto no n.º 2 do art. 2.º do CIRE, o regime da insolvência não se aplica a algumas pessoas colectivas — ou, pelo menos, não se aplica sem proceder a adaptações. Mas a verdade é que as associações não se incluem nas excepções ou ressalvas enumeradas nesta última norma. E isto porque simplesmente não têm nenhuma característica que justifique a sua inclusão nelas. Se não veja-se.

Os casos ressalvados respeitam, por um lado, às pessoas colectivas públicas e às entidades públicas empresariais e, por outro, às empresas de seguros, às instituições de crédito, às sociedades financeiras, às empresas de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e os organismos de investimento colectivo, na medida em que a sujeição a processo de insolvência seja incompatível com os regimes especiais previstos para tais entidades.

Quanto às duas primeiras entidades elencadas, é possível afirmar que a intenção do legislador foi a de as subtrair incondicionalmente ao regime da insolvên-

cia. Quanto às restantes entidades, e atendendo ao último segmento da norma, é possível afirmar que o regime da insolvência não deixa de se lhes aplicar, estando tão-só em causa afastar as normas incompatíveis com os regimes especiais de cada uma.

O desvio justifica-se, no primeiro grupo de casos, em atenção à natureza (pública) das entidades e, no segundo grupo de casos, em atenção ao tipo de actividades prosseguidas (financeiras e afins). Em ambos a aplicação do regime da insolvência — ou a sua aplicação sem mais — seria susceptível de conduzir a lesões intoleráveis do interesse público e dos interesses colectivos.

É visível que as associações não se reconduzem a nenhum dos grupos, não se qualificando, portanto, como um caso digno da tutela específica consagrada na norma do art. 2.º, n.º 2, do CIRE.

Assim, por mais que as associações sejam pessoas colectivas de utilidade pública, nunca tendo, mesmo quando prosseguem um fim egoístico, um intuito lucrativo (ou sequer económico), e por mais que, conseqüentemente, a ideia da sua sujeição à insolvência possa ainda «chocar» alguns, o certo é que elas não estão isentas. Tal não é mais do que o resultado da aplicação da regra geral que tão-pouco isenta outras pessoas colectivas do mesmo tipo e de que são exemplo, por excelência, as fundações.

5. A autonomia patrimonial é, como se disse, um critério menos exigente do que a personalidade jurídica. Ela constitui, designadamente, o pressuposto da personalidade jurídica das sociedades comerciais. Com efeito, a constituição de qualquer pessoa colectiva ou jurídica depende da pré-existência de autonomia patrimonial (sobre a autonomia patrimonial das sociedades comerciais ver A. FERRER CORREIA, «A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica», *Estudos vários de Direito*, Coimbra, 1982, págs. 547-562).

Com a consagração do critério da autonomia patrimonial o âmbito de aplicação do Direito da insolvência sofreu, naturalmente, uma ampliação considerável.

Estão hoje, em síntese, sujeitos ao processo de insolvência, por um lado, as pessoas singulares (os particulares, os comerciantes e os empresários em nome individual) e as pessoas jurídicas (as sociedades comerciais e civis sob forma comercial, as sociedades profissionais, que, não obstante serem civis, têm personalidade jurídica, como as sociedades de advogados e de revisores oficiais de contas, as cooperativas, os agrupamentos complementares de empresas e os agrupamentos europeus de interesse económico, as associações, as fundações). Mas também, por outro lado, os patrimónios autónomos (as sociedades comerciais sem personalidade jurídica, as sociedades civis, as associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais, a herança jacente, o estabelecimento individual de responsabilidade limitada e ainda, embora a lei não se lhes refira expressamente,

o condomínio resultante da propriedade horizontal, os agrupamentos complementares de empresas e os agrupamentos europeus de interesse económico sem personalidade jurídica ou quaisquer fundos patrimoniais susceptíveis de personificação mas não — ainda não — personificados).

6. À questão referida de início deu o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 22 de Janeiro de 2013 uma resposta simples — a única resposta correcta: «[a]s associações com personalidade jurídica, enquanto pessoas colectivas de direito privado, são sujeitos passivos de insolvência, nos termos do art. 2.º, n.º 1, al. a), do CIRE».

Começa o Tribunal por afirmar que a Associação em causa (requerida) é indiscutivelmente uma associação com personalidade jurídica. O acto da sua constituição e os estatutos foram outorgados em escritura pública e as exigências de forma e publicidade legalmente previstas foram cumpridas, tornando aqueles actos eficazes relativamente a terceiros [cfr. art. 168.º, n.ºs 1 e 3, do CCiv e art. 80.º, n.º 1, al. g), do Código do Notariado]. Tal garante-lhe a aquisição de personalidade jurídica (reconhecimento normativo) nos termos do art. 158.º, n.º 1, do CCiv.

Ora — continua o Tribunal —, se, em face do art. 2.º, n.º 1, do CIRE, até associações sem personalidade jurídica estão expressamente sujeitas ao instituto da insolvência, não se compreenderia que a mesma associação dotada de personalidade jurídica não o estivesse.

O art. 2.º, n.º 1, do CIRE — salienta o Tribunal — não consente sequer a dúvida, ao estabelecer na al. a) que são sujeitos passivos da insolvência «quaisquer pessoas singulares ou colectivas». Acresce ainda que o art. 182.º do CCiv, enumerando as causas de extinção das associações com personalidade jurídica, estabelece expressamente entre elas a «decisão judicial que declare a sua insolvência» [cfr. art. 182.º, n.º 1, al. e), do CCiv].

7. Tudo explicitado — mesmo o que não carecia de explicitação — espera-se que fique definitivamente assente que as associações estão, como todas as outras pessoas de fins não lucrativos, sujeitas ao processo de insolvência. Assim acontece com as fundações e as cooperativas [sobre a indiscutível sujeição ao processo de insolvência das cooperativas ver C. SERRA, «A evidência como critério da verdade — estão as cooperativas sujeitas ao regime da insolvência? — Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Janeiro de 2006», in: AA.VV., *Jurisprudência Cooperativa Comentada — Obra Colectiva de Comentários a Acórdãos da Jurisprudência Portuguesa, Brasileira e Espanhola* (Coord.: D. APARÍCIO MEIRA), Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, págs. 405-412].

Sustentam esta conclusão dois argumentos essenciais. Em primeiro lugar, o argumento da letra da lei, mais precisamente o disposto no art. 2.º, n.º 1, al. a), do CIRE. Em segundo lugar, o argumento *a maiori ad minus* ou *a fortiori*: sendo a personalidade jurídica um *majus* relativamente à autonomia patrimonial (ou sendo a autonomia patrimonial um pressuposto da personalidade jurídica) e estando sujeitas ao processo de insolvência as associações sem personalidade jurídica, assim o estão, por maioria de razão, as associações com personalidade jurídica.

Noutro plano (do direito a constituir), não pode deixar de se dizer, a terminar, que não existem razões que justifiquem a adopção de uma solução diversa.

II

XURISPRUDENCIA

II.2.2. ANOTACIÓNS XURISPRUDENCIA (ESPAÑA)

CES
Cooperativismo e Economía Social
Núm. 36 (2014), páxs. 243-248
ISSN: 1130-2682

OBRIGA DE CUALIFICACIÓN DA BAIXA DO
SOCIO E CONSECUCIAS DO SILENCIO
DO ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN.
ANOTACIÓNS Á SENTENZA DA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE A CORUÑA DE 27 DE FEBREIRO DE 2014.

*OBLIGATION OF QUALIFICATION OF THE FALL
OF THE PARTNER AND CONSEQUENCES OF THE
SILENCE OF THE ORGAN OF ADMINISTRATION.
ANNOTATIONS TO THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL
COURT OF A CORUÑA OF FEBRUARY 27, 2014.*

ANXO TATO PLAZA¹

¹ Catedrático de Dereito Mercantil. Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: atato@uvigo.es

1.- Dna. Ariadna solicitou a súa baixa voluntaria na cooperativa Sud-4, sociedade cooperativa galega. O Consello Reitor da cooperativa, na súa reunión de 29 de xuño de 2010, aceptou a baixa da socia, pero non se pronunciou sobre a súa cualificación como baixa xustificada ou inxustificada, deixando para un momento posterior esta decisión. Nunha nova reunión do Consello Reitor celebrada o 10 de outubro de 2011 aceptouse de novo a baixa da socia, pero –unha vez máis– omitiuse calquera decisión sobre a súa cualificación.

Ante esta situación, Dna. Ariadna formulou demanda fronte á sociedade cooperativa, solicitando que se condenase a esta a cualificar a baixa como xustificada, e a reintegrarlle á socia as súas achegas ó capital social e as cantidades achegadas para o financiamento da vivenda, todas elas sen retencións nin deducións de ningún tipo. A demanda foi inicialmente estimada polo Xulgado do Mercantil número 2 de A Coruña. Fronte a esta sentenza interpuxo un recurso de apelación a sociedade cooperativa.

2.- Na súa sentenza de 27 de febreiro de 2014, a Audiencia Provincial de A Coruña desestima o recurso de apelación presentado por Sud-4, sociedade cooperativa galega. O rexeitamento do recurso apóiase, entre outros, nos seguintes Fundamentos de Dereito: “O órgano competente da cooperativa demandada continúa *sine dies* pronunciarse sobre a cualificación da baixa como xustificada ou inxustificada, e os seus efectos, por pospoñelo xenéricamente para outra ocasión, polo que de ningún xeito pode ser aceptada a alegada caducidade da acción, xa que é a demandada a que non adopta acordo en sentido algún para que puidera ser estimado o motivo do recurso. Estamos pois conformes coa declaración da sentenza apelada de baixa xustificada, como xa razoábase na nosa sentenza de 12 de setembro de 2013 (...) non sendo aceptable facer depender os dereitos de saída e económicos recoñecidos na Lei e nos estatutos ó socio do só arbitrio do órgano competente da cooperativa, que no caso axuízado negouse de xeito reiterado e prolongado a tomar decisión ó respecto, non obstante as oportunidades que tivo para facelo, e cando legal e estatutariamente tiña a obriga de pronunciarse, segundo se desprende do conxunto da normativa legal e estatutaria comentada máis arriba en relación á reseñada na sentenza de primeira instancia, malia non existir precepto específico naquela época (sí tras a reforma pola Lei galega 14/2011, de 16 de decembro, ademáis de na Lei estatal de 16 de xullo de 1999) (...). Podería discutirse, baixo a lexislación aplicada pola sentenza, se unha falta de pronunciamento pola cooperativa sobre a cualificación dunha baixa voluntaria deberá entenderse como xustificada ou inxustificada. Inda que nun caso non exactamente igual ó presente (...) din ó respecto as sentenzas da Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de decembro de 2010 e de 1 de febreiro de 2011 que o sistema legal exige que a decisión do socio sexa cualificada polos órganos da cooperativa, pois

só así poderán determinarse os seus efectos. E engaden que non cabe soste que a decisión da asemblea fora só unha especie de dación de conta, con postergación da decisión definitiva. A Asemblea, repítese, expresamente aceptou a baixa. Aceptar o contrario suporía sumir en situación de indefensión ó cooperativista, que non podería recorrer a decisión de considerar a baixa como inxustificada. A boa fe obrigaba á cooperativa a proclamar esta situación. Co seu silencio debe entenderse que aceptou o carácter xustificado da baixa. Pola súa banda, a Lei estatal de Cooperativas 27/1999 de 16 de xullo dispón no seu artigo 17.2 que a cualificación e a determinación dos efectos da baixa será competencia do Consello Reitor, que deberá formalizala no prazo de tres meses, salvo que os Estatutos establezan un prazo distinto, a contar dende a data de efectos da baixa, por escrito motivado que deberá ser comunicado ó socio interesado. Transcorrido este prazo sen resolución do Consello Reitor, o socio poderá considerar a súa baixa como xustificada ós efectos da liquidación e reembolso das súas achegas ó capital social, todo isto sen prexuízo do previsto no artigo 51 desta Lei. De xeito parecido o artigo 20.5 da Lei Galega de 1998, tras a reforma 14/2011, establece que o órgano de administración deberá resolver sobre a cualificación e efectos da baixa nun prazo máximo de tres meses dende que fora comunicada; transcorrido este prazo, a baixa entenderase como xustificada, salvo no caso de incumprimento do prazo de preaviso ou do compromiso de permanencia, todo isto sen prexuízo do disposto na presente Lei para o reembolso das achegas no artigo 64 (...). De todos os xeitos, o conxunto das concretas circunstancias do caso axuízado permiten confirmar a conclusión do xulgador de instancia e considerar como xustificada a baixa da demandante, cos seus efectos consecuentes, non só por ter solicitado nos seus escritos de abril e setembro de 2008 a devolución de todas as súas achegas sen desconto ou retención ou porque o Consello Reitor gardara silencio inicialmente, senon todo isto unido á moi prolongada ausencia de resposta durante máis de dous anos, malia a obriga que lle incumbía de pronunciarse sobre a baixa pedida e a súa cualificación, como xustificada ou inxustificada, cos seus efectos prácticos”.

3.- Na súa redacción actual –introducida tras a reforma da LCG pola Lei 14/2011- o artigo 20.5 da LCG establece o seguinte: “O órgano de administración deberá resolver sobre a cualificación e os efectos da baixa nun prazo máximo de tres meses desde que lle fose comunicada; pasado o dito prazo, a baixa entenderase como xustificada, agás no caso de incumprimento do prazo de preaviso ou do compromiso de permanencia, todo isto sen prexuízo do disposto nesta lei para o reembolso de achegas no artigo 64”. Así pois, pode comprobarse que, na súa redacción actual, a LCG configura a cualificación da baixa como una obriga do órgano de administración da cooperativa, especificando ademais con precisión as consecuencias do silencio deste en relación coa cualificación da baixa unha vez que esta foi solicitada polo socio. Sen embargo, a LCG non contemplaba de xeito específico esta obriga na súa redacción orixinal. Por este motivo, con anteriorida-

de á reforma introducida pola Lei 14/2011 xurdían dúbidas sobre as consecuencias derivadas do silencio do órgano de administración en relación coa cualificación da baixa do socio. Estas dúbidas son as que se afrontan na sentenza que comentamos.

3.1.- En efecto, o artigo 20.5 LCG, na súa redacción orixinal, establecía o seguinte: “os acordos do órgano de administración sobre a cualificación e os efectos da baixa do socio poderán ser impugnados ante a xurisdición ordinaria, e contra eles poderase recorrer previamente ante o comité de recursos ou, no seu defecto, ante a assemblea xeral, no prazo máximo de dous meses desde a notificación do acordo”.

Pode comprobarse que, como xa avanzabamos, a LCG –na súa redacción orixinal- non contemplaba de xeito específico a obriga do órgano de administración de cualificar a baixa do socio unha vez solicitada por este. Consecuentemente, tampouco concedía un prazo ó órgano de administración para a proceder a esta cualificación, nin regulaba as consecuencias derivadas do silencio ou inactividade do órgano de administración.

3.2.- Partindo deste silencio da LCG –na súa redacción orixinal- en relación coa obriga do órgano de administración de cualificar a baixa do socio unha vez solicitada por este, a sentenza que comentamos enfróntase precisamente a un suposto no que o Consello Reitor da cooperativa omite e apraza de xeito indefinido calquera pronunciamento sobre o carácter xustificado ou inxustificado da baixa, e consecuentemente sobre o importe das achegas que deben reembolsarse ó socio.

Nunha hipótese como a descrita, a Audiencia Provincial de A Coruña afirma con rotundidade a obriga do Consello Reitor de cualificar a baixa do socio unha vez solicitada por este. Asimesmo, a Audiencia tamén identifica con precisión as consecuencias derivadas do incumprimento desta obriga. De xeito que o adiamento inxustifico da resolución do órgano de administración en relación coa cualificación da baixa conleva a cualificación desta como xustificada, e o conseguinte recoñecemento do dereito do socio ó reembolso íntegro das súas achegas ó capital social, sen retencións nin deducións de ningún tipo.

3.3.- Para rematar, e como xa apuntamos con anterioridade, cómpre sinalar que o réxime aplicable á baixa dos socios cooperativistas e á súa cualificación na LCG foi obxecto dunha importante reforma a través da Lei 14/2011. Despois desta reforma, o artigo 20.5 da LCG contempla de xeito expreso a obriga do órgano de administración de cualificar a baixa do socio. Deste xeito, esta obriga, froito como acabamos de ver da elaboración xurisprudencial, acada coa reforma de 2011 rango legal.

A reforma introducida no ano 2011, en fin, tamén precisa o prazo co que conta o órgano de administración para o cumprimento desta obriga: tres meses. En ausencia de resolución expresa do órgano de administración dentro deste prazo, a baixa considerárase xustificada, agás que o socio cooperativista incumprira o pra-

zo de preaviso ou o compromiso de permanencia mínima na cooperativa. Innda que o novo artigo 20.5 tampouco indica o que sucede nestes dous últimos supostos, entendemos que o incumprimento do prazo de preaviso ou do compromiso de permanencia mínima permite a cualificación da baixa como inxustificada malia o silencio do órgano de administración. De xeito que, innda que non existira resolución do órgano de administración cualificando a baixa como inxustificada dentro dos tres meses seguintes á solicitude de baixa voluntaria, o órgano de administración poderá practicar sobre as achegas que deban reembolsarse ó socio cooperativista as deducións previstas para as baixas inxustificadas, incrementadas nun máximo dundez por cento se o prevén os Estatutos (artigo 20.2 *in fine* LCG). Asemade, o socio cooperativista poderá quedar obrigado a indemnizar á cooperativa os danos e prexuízos causados co incumprimento do prazo de preaviso ou do período de permanencia mínima (artigo 20.2 LCG).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 36 (2014), páxs. 249-254
ISSN: 1130-2682

BAIXA VOLUNTARIA NON XUSTIFICADA. PRAZO E
DEDUCIÓNS NA DEVOLUCIÓN DAS APORTACIÓNS
PARA FINANCIAR O PAGO DE VIVENDAS. ANOTACIÓN Á
SENTENZA DA SECC. N. 4 DA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE A CORUÑA DE 27 DE XUÑO DO 2013

*VOLUNTARY LOW NO JUSTIFIED. TERM AND DEDUCTIONS IN
THE RETURN OF CONTRIBUTIONS TO FINANCE THE PAYMENT
OF HOUSES. ANNOTATION TO THE JUDGMENT OF SECTION 4
OF THE PROVINCIAL COURT OF A CORUÑA OF JUNE 27, 2013*

ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS¹

¹ Avogada. Dirección de correo electrónico: isabel.cabanelas@gmail.com

O obxecto deste comentario é a sentenza da Sección 4ª da Audiencia Provincial de A Coruña 258/2013, do 27 de xuño, no recurso de apelación número 250/2013, interposto como demandada-apelante por A MUIÑA SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA e como parte demandante-apelada Dona Melisa e Don Fidel, contra a sentenza ditada polo Xulgado do Mercantil número 1 de A Coruña, de data 28 de Xaneiro do 2013, nos autos número 176/2012, sobre reclamación de cantidade.

I ANTECEDENTES

Dna. Melisa e D. Fidel incorporáronse como socios da Cooperativa de vivendas A MUIÑA SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA o 26 de xuño do 2006. Para adquirir a condición de socio desembolsaron 100 euros en concepto de cota de ingreso, 300 euros como achegas a capital social e 40.125 euros como primeira entrega para financiar a compra das vivendas respetivas.

O 27 de xullo do 2007 e o 30 de marzo do 2009 respectivamente, Dona Melisa e Don Fidel solicitan a baixa na cooperativa. As citadas baixas son autorizadas polo Presidente da cooperativa por delegación do Consello Reitor que as califica como: “baixas voluntarias non xustificadas e acorda devolver as cantidades que correspondan, unha vez practicadas as liquidacións, en canto un novo socio substitúa aos que se dan de baixa e en todo caso no prazo máximo de cinco anos”.

Dona Melisa e Don Fidel entenden que non procede aplicar deducións ás cantidades entregadas e requiren por burofax á cooperativa para que devolva íntegramente as achegas entregadas para financiar o pago das vivendas.

As partes non chegan a un acordo e os socios presentan demanda de reclamación de cantidade contra a cooperativa ante o Xulgado do Mercantil número 1 de A Coruña.

O 28 de xaneiro do 2013, o Xulgado do Mercantil número 1 de A Coruña, dita resolución na que estima parcialmente a demanda presentada polos socios que causan baixa contra a cooperativa A MUIÑA, condenando a esta a devolverlles as achegas efectuadas para financiar o pago das vivendas. Asemade, a resolución determina que non procede a devolución íntegra das achegas feitas polos socios para a financiación das vivendas. Sostén a resolución que procede devolver as cantidades achegadas unha vez feita a correspondente dedución estatutaria e legal ao tratarse dunha “baixa voluntaria non xustificada”, máis os intereses legais dende a demanda.

Esta resolución foi recurrida en apelación por A MUIÑA SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA ante a Sección 4 da Audiencia Provincial de A Coruña que resolve o 27 de xuño do 2013 desestimar o recurso e confirmar a sentenza apelada.

II COMENTARIO

O conflito de intereses que da pe a esta resolución trae a súa causa na baixa de dous socios nunha cooperativa de vivendas. Unha vez que a baixa é aceptada pola cooperativa e calificada como “baixa voluntaria non xustificada” é preciso dar resposta aos seguintes puntos:

1. Determinación do prazo do que dispoñen as cooperativas de vivendas para devolver as achegas dos socios.
2. Determinación das cantidades que corresponde devolver e das cantidades que non se devolven das achegas inicialmente polos socios. E por último,
3. Determinación de se procede ou non procede aplicar deducións na devolución das achegas.

Para tratar de clarear os problemas expostos debemos partir do principio de portas abertas que rixe no ámbito cooperativo e que permite aos socios darse de baixa na cooperativa voluntariamente sen que exista unha causa que o motive.

Recollendo este principio, o artigo 20 da Lei de Cooperativas de Galicia establece que: “A persoa socia poderá darse de baixa voluntariamente na cooperativa en calquera momento, mediante preaviso por escrito ao órgano de administración. O prazo de preaviso, que fixarán os estatutos, non poderá ser superior a un ano”.

Este principio de portas abertas que permite aos socios entrar e saír libremente das cooperativas podería xerar perxuízos graves para as sociedades, como pode ser a súa descapitalización, se non fose acompañado de:

- a) a posibilidade de aplicar no caso de baixa dos socios, deducións nas devolucións das achegas a capital social (artigo 64) e nas devolucións das achegas entregadas para financiar o pago das vivendas (artigo 121) e
- b) dun prazo legal máximo do que dispoñen as cooperativas para devolver os dous tipos de achegas (artigos 64 e 121 da Lei de Cooperativas de Galicia).

É dicir, cando un socio causa baixa nunha cooperativa, a sociedade non ten que devolver a totalidade das cantidades achegadas polo socio á cooperativa e ten un prazo que pode chegar aos cinco anos para devolver as cantidades que correspondan.

As deducións que pode aplicar a cooperativa na devolución das achegas dependerán da calificación da baixa. A baixa dun socio pode ser calificada polo Consello Reitor como “xustificada ou non xustificada” e esta calificación ten consecuencias económicas para o socio que deixa a cooperativa, pois soamente as

“baixas xustificadas” non sofren deducións na devolución das achegas ao capital social.

Centrándonos nas cooperativas de vivendas e no caso obxecto de estudo, Dona Melisa e Don Fidel desembolsaron para adquirir a condición de socios unha serie de cantidades destinadas a finalidades diversas. Concretamente para adquirir a condición de socio na cooperativa A MUIÑA Dona Melisa e Don Fidel desembolsaron:

1. 100 euros en concepto de cota de ingreso
2. 300 euros en concepto de achega a capital social
3. 40.125 euros en concepto de achega para financiar o pago da vivenda.

As tres cantidades citadas seguen rexímenes distintos cando o socio causa baixa na cooperativa. Así, os 100 euros que foron entregados como cota de ingreso non integran o capital social e non serán reintegrables de conformidade co artigo 65 da Lei de Cooperativas de Galicia. O artigo 65 establece que: “Estatutariamente ou pola asemblea xeral poderán establecerse cotas de ingreso e/ou periódicas que non integrarán o capital social nin serán reintegrables”.

Pola contra, os 300 euros que foron entregados como achegas ao capital social son reintegrables nun prazo máximo de cinco anos e poden ser obxecto de ata un 20% de deducións no caso de baixa voluntaria non xustificada segundo o artigo 64 da Lei de Cooperativas de Galicia. O artigo 64 establece que: “Os estatutos regularán o dereito das persoas socias ao reembolso das súas achegas ao capital social en caso de baixa. A liquidación destas achegas farase polo valor nominal segundo o balance de pechamento do exercicio no que se produza a baixa. Pódense establecer deducións sobre todas as cantidades reembolsables polos conceptos de achegas obrigatorias, o retorno cooperativo ao que, se é o caso, teñen dereito e fondos de reserva repartibles que, se é o caso, poidan correspondonderlles, que non serán superiores ao 30% no caso de expulsión nin ao 20% no caso de baixa non xustificada; para estes efectos terase en conta o establecido no artigo 20 desta lei para os supostos de incumprimento do prazo de preaviso ou do período de permanencia mínimo. No caso de baixa xustificada, non procederá ningunha dedución (...) O órgano de administración poderá aprazar o reembolso da liquidación no prazo que sinalen os estatutos sociais, que non será superior a cinco anos no caso de expulsión ou baixa non xustificada, a tres anos no caso de baixa xustificada e a un ano no caso de defunción, contando desde a data do peche do exercicio en que a persoa socia causou baixa. As cantidades aprazadas darán dereito a percibir o xuro legal do diñeiro desde a data de peche do exercicio en que a persoa socia causou a baixa, e non poderán ser actualizadas”.

Por último, os 40.125 euros entregados en concepto de achega para financiar o pago das vivendas poden ser retidos pola cooperativa ata que os socios sexan substituídos por outros ata un prazo máximo de un ano, podendo aplicárselles

ás cantidades entregadas por tratarse de baixas non xustificadas as deducións a que se refire o artigo 64 da Lei, ata un máximo do 40% das porcentaxes que nel se establecen, destinándose na súa totalidade ó Fondo de Reserva Obrigatorio. O artigo 121 da Lei así o establece “No caso de baixa do socio, a cooperativa poderá reter o total das cantidades entregadas por el para financiar o pagamento de vivendas e locais ata que sexa substituído no seus dereitos e obrigas por outro socio. Os estatutos fixarán o prazo máximo de duración do dereito de retención, que non poderá ser superior a un ano. Cando a baixa do socio fose considerada como non xustificada, se o prevén os estatutos, poderán aplicárselles ás cantidades entregadas por el para financiar o pagamento das vivendas e locais as deducións a que se refire o artigo 64 desta Lei, ata un máximo do 40% das porcentaxes que nel se establecen, destinándose na súa totalidade ó Fondo de Reserva Obrigatorio. As cantidades a que se refire o parágrafo anterior, así como as achegas ó capital social, deberánselle reembolsar ó socio no momento en que sexa substituído nos seus dereitos e obrigas por outro socio”.

No procedemento orixe desta sentenza, Dona Melisa e Don Fidel reclaman á cooperativa a cantidade que entregaron en concepto de achegas para financiar o pago das vivendas sen dedución algunha. A sentenza do Xulgado primeiro e a de apelación despois recoñecen o dereito dos socios á devolución da cantidade achegada para financiar o pago das vivendas no prazo máximo dun ano e non de cinco como entendía a cooperativa. Asemade entenden que non procede a devolución das achegas íntegras senon que corresponde aplicarlle as deducións contempladas no artigo 64 para as achegas a capital social nos termos fixados no artigo 121 da Lei de Cooperativas de Galicia.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 36 (2014), páxs. 255-262
ISSN: 1130-2682

**EXPULSIÓN DE SOCIOS E AUTORREGULACIÓN
COOPERATIVA. ANOTACIONES Á SAP DE BARCELONA
(SECCIÓN 15ª) NUM. 21/2014, DO 30 XANEIRO**

*EXPULSION OF PARTNERS AND COOPERATIVE
AUTOREGULATION. ANNOTATIONS TO THE JUDGMENT
OF THE PROVINCIAL COURT OF BARCELONA
(SECTION 15) NUM. 21/2014, OF JANUARY 30.*

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ¹

¹ Doctor en Dereito. As opinións expresadas polo autor son personais e polo tanto, da súa exclusiva responsabilidade. Dirección de correo electrónico: jose.antonio.rodriguez.miguez@consellolegoda-competencia.es

I PRESENTACIÓN

A expulsión dun membro de calquera colectivo social é sempre unha materia delicada e complexa desde a perspectiva xurídica, aínda que soe ser tamén unha situación inevitable e, a miúdo necesaria; por elo as regulacións positiva destas institucións ofrecen regras pautadas para resolvelas, sendo recurrible a súa correcta aplicación, xa que están comprometidos dereitos fundamentais.

Non cabe dúbida que únicamente a través de unha axeitada regulación deste tipo de decisións poderán evitarse decisións arbitrarias que atenten contra o principio cooperativo de adhesión voluntaria e de “portas abertas”, e, en xeral, vulneren o principio de seguridade xurídica, como elemento indispensable para o correcto desenvolvemento do tráfico xurídico².

O debate xurídico céntrase no principio de autororganización, —esencial nas sociedades cooperativas³— como peza mestra e marco de referencia e os seus límites no exercicio da potestade disciplinaria respecto dos seus socios, esixíndose o respecto das normas imperativas que garanten os principios constitucionais básicos no exercicio de tal facultade e que, polo tanto, considéranse de orde público orden público e non son derogables polas partes.

Se trata em definitiva, dun supuesto de “baixa obligatoria disciplinaria”⁴, por decisión do Consello Reitor e posteriormente ratificada pola Asemblea xeral, ao

² Neste sentido, tanto para baixa voluntaria como para a expulsión de socios, L. M. CONSUEGRA GARRIDO, e M. FERNÁNDEZ BENAVIDES, “Baja Obligatoria y Expulsión del Socio Cooperativo. Visión doctrinal, jurisprudencial y normativa de los fenómenos de salida del socio de la cooperativa”, Monografía elaborada durante la Licenciatura de Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012. Trabajo disponible en: <http://www.linkedin.com>

³ Como é ben sabido, os 7 Principios do cooperativismo moderno foron aprobados na Asemblea da Alianza Cooperativa Internacional en Mánchester, o 23 de setiembre de 1995 (Alianza Cooperativa Internacional (2005). “Statement on the Co-operative Identity” (en inglés), disponible en: <http://web.archive.org/web/20120717031507/http://www.ica.coop/coop/principles.html>) y son: 1. Adhesión aberta e voluntaria; 2. Control democrático dos socios ou membros; 3. Participación económica dos socios ou membros; 4. Autonomía e independencia; 5. Educación, entramento e información; 6. Cooperación entre cooperativas e 7. Compromiso coa comunidade.

⁴ Vid. J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ, “La baja obligatoria del socio”, en *REVESCO* (Revista de Estudios Cooperativos), nº 56-57, 1988-1989, pp. 13 a 48, en concreto para esta cuestión, p. 16. Así mesmo, vid. J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ, “A legalidade da expulsão de sócios cooperadores. A propósito do Acórdão do Tribunal Supremo de 6 de abril de 2009 [Legalidade de expulsión de socios cooperativistas. A propósito de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 232/2009, de 6 abril]”, en D. APARICIO MERA, *Jurisprudência Cooperativa Comentada Obra Colectiva de Comentários Acórdãos da Jurisprudência Portuguesa, Brasileira e Espanhola*, INCM – Imprensa Nacional Casa da Moeda, S. A., Lisboa, Diciembre, 2012, pp. 177 a 189.

que a Lei xeral de cooperativas (antes/ahora)⁵ califica de “expulsión”, termo moito máis expresivo e radical que o de “exclusión” que mantén o noso Dereito de sociedades de capital⁶ (e de maneira máis xeral, das sociedades mercantís), co que aínda que indudablemente garda parentesco, se deixa sentir de maneira evidente o carácter personalista das cooperativas e o xa referido carácter sustantivo do “principio de portas abertas” que as define.

As diferenzas centraríanse, entre outros extremos, porque a exclusión non leva consigo sanción pecuniaria adicional, que sí podería darse no caso da expulsión do cooperativista e porque ao socio de unha sociedade de capital se lle reintegra o valor do seu capital a prezo razoable⁷, mentras que ao socio cooperativista expulsado se lle reintegra a súa aportación cooperativa, actualizada, tratando de salvaguardar, non obstante, el interese da propia sociedade cooperativa, razón pola que a Lei 3/1987, como a vixente Lei 27/1999, e as diferentes leis autonómicas, establecen regras especiais.

A controversia, sen embargo, non resulta ser tal e é resuelta de xeito coincidente polo Xulgado do Mercantil, con algúns matices-, que se pronunciara en primeira instancia, e pola Audiencia Provincial ante a que posteriormente se apelou, seguindo unha xurisprudencia xa consolidada acerca destas cuestións.

II OS FEITOS DO DEBATE E O PRONUNCIAMENTO DA SALA

A parte dispositiva da sentenza apelada nos facilita a tarefa de resumir os feitos básicos do litixio:

“Estimo a demanda formulada por Juan Ignacio y Camilo contra COOPERATIVA DEL RADIO TAXI METROPOLITANO DE BARCELONA SCCL e declárase a nulidade dos acordos sexto e sétimo adoptados na asemblea xeral da demandada en sesión ce-

⁵ A sanción de expulsión da cooperativa, coa correlativa perda da condición de socio recóllese tanto na Lei 3/1987, xeral de cooperativas, como na vixente Lei 27/1999, de Cooperativas.

⁶ Respecto ao actual réxime da exclusión de socios nas sociedades de capital, vid. J. L. IGLESIAS/J. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Lección 19: La modificación de los Estatutos sociales. Aumento y reducción del capital social. Separación y Exclusión de socios”, en A. MENÉNDEZ/A. ROJO (Dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Novena edición, Civitas, Madrid, 2011, pp. 636 a 561, en concreto sobre este punto, pp. 560 y 561.

⁷ A exclusión de socios regúlase na actualidade para as sociedades de capital nos artigos 350 a 352 LSC (Real Decreto Legislativo 1/2010, do 2 de xullo, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Sociedades de Capital), nos que se aprecia un réxime diferente para as sociedades limitadas respecto das anónimas e comanditarias por accións, coa aplicación dunha serie de regras comúns á separación e exclusión, recollidas nos artigos 353 a 359 (Normas comúns á separación e a exclusión de socios), entre as que se atopan as relativas á valoración: Artigo 353 LSC. Valoración de las participaciones o das accións do socio.

lebrada o 5 de novembro de 2011 polos que se ratifican as sanción de expulsión dos actores, todo elo con expresa condena en costas á parte demandada”.

Lendo a sentenza comprobamos que o *petitum* ou pretensión inicial dos actores tiña por obxecto que o Xulgado do Mercantil declarase a nulidade de dous acordos, concretamente o 6º e o 7º adoptados pola Asemblea Xeral da COOPERATIVA DE RADIO TAXI METROPOLITANA DE BARCELONA, SCCL, celebrada o 5 de novembro de 2011, na que se ratificara as sancións de expulsión dos actores, ou que alternativamente, que se deixaran sen efecto por resultar ambos os dous, anulables.

Os motivos invocados a favor da dita pretensión foran os seguintes: 1) Infracción do art. 14 dos estatutos da cooperativa demandada; 2) Infracción do art. 21 da Lei 18/2002, do 5 de xullo, de cooperativas [de Cataluña] (en adelante Lei 18/2002); 3) Improcedencia da sanción por non terse incurrido os actores en conducta algunha incardinable nos arts. 13.C, 3 e 36.6 dos estatutos e 4) improcedencia da sanción de expulsión en base ao establecido no art. 13.C.2 dos estatutos con vulneración do principio “non bis in idem”.

A sentenza de primeira instancia, cuxa apelación pola demandada é o obxecto deste comentario, declarou a nulidade dos citados acordos da Asemblea Xeral da cooperativa.

O razoamento do Xulgado partiu da interpretación do disposto no art. 38. 1 e 2 da Ley 18/2002, segundo o cal “1. Os acordos da asemblea xeral que sexan contrarios á lei, se opoñan aos estatutos ou lesionen os intereses da cooperativa en beneficio dun socio ou socia ou máis, ou de terceiras persoas poden ser impugnados segundo as normas e dentro dos prazos que establece o presente artigo (...) 2. Os acordos da asemblea xeral contrarios á lei son nulos. Os acordos aos que se refire o apartado 1 son anulables..(...)”. *Nihil novi sub sole*, pois é a regra xeral que recolle o noso ordenamento xurídico respecto dos acordos das sociedades mercantís.

A súa vez, o art. 21.1 da mesma Lei 18/2002, baixo a rúbrica “Disciplina social” establece que:

“1. Os estatutos de cada” cooperativa, ou tamén, polo que se refire exclusivamente á tipificación das faltas leves, o regulamento de réxime interno debe establecer os procedementos sancionadores, especialmente a tipificación de faltas, sancións, prazos, recursos procedentes e posibles medidas provisionais, respetando en calquera caso os seguintes criterios: a) A facultade sancionadora é competencia indelegable do consello reitor. b) É preceptiva a audiencia previa

da persoa interesada ou de quen a represente. O prazo de audiencia non pode ser inferior a dez días nin superior a quince. c) Contra as sancións pode presentarse recurso ao comité de recursos ou, no seu defecto, á asemblea xeral, no prazo dun mes a contar desde a notificación da sanción. (...) d) O acordo de sanción oi, no seu caso, a súa ratificación por parte do comité de recursos ou por parte da asemblea xeral poden ser impugnados no prazo dun mes, a contar desde a súa notificación, polo trámite procesal de impugnación de acordos sociais da asemblea xeral (...)

Pola súa transcendencia na vida das cooperativas, o mesmo precepto engade regras específicas para a expulsión de socios, establecendo que “[n]o caso de expulsión do socio ou socia, debe aplicarse o procedemento establecido no apartado 1 do propio precepto, esixindo: a) que só procede por unha falta moi grave e mediante un expediente instruído a dito efecto polo consello reitor; previsión que se recolle nos estatutos da demandada.

Sentadas a base xurídica da controversia, a sentenza procede ao seu análise no FX terceiro, trasladando as previsións legais e estatutarias aos feitos probados na sentenza apelada.

Así, lembrando que o procedemento debe estar presidido polo principio de inmediatéz na incoación do expediente, sendo tamén preceptivo tanto dar audiencia ao interesado para garantir a contradicción do expediente que, en todo caso, debe instruírse ao efecto.

Trasladando estas premisas ao caso examinado, a Sala constata que no caso de autos, non podía considerarse que existira proba obxectiva da incoación ni da tramitación de de expediente algún. Non obstante, a sentenza de primeira instancia considerara que existira incoación cuxa data viña a coincidir, sorprendentemente, coa data na que se impuxera a sanción, pero o que non se apreciaba era a existencia do trámite de audiencia, xa que logo non había constancia algunha de terse comunicado aos actores o motivo da súa comparecencia nin da propia incoación do expediente; circunstancia alegadas polos actores nos escritos de impugnación presentados ante a entidade demandada cando se lles notificou a resolución.

Valorados estos extremos etomando como base argumental a STS do 25 de novembro de 2010⁸ segundoi a cal “o respecto á capacidade autoorganizativa das cooperativas atribúe a estas o dereito a autorregular o procedemento de exclusión

⁸ Sentencia num. 796/2010 (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Un comentario, parciamente crítico de esta sentenza, puede verse en J. ALFARO ÁGUILA REAL, “Expulsión de socios: la buena y la no tan buena doctrina”, Blog Derecho Mercantil, do xoves, 23 de decembro de 2010. Esta páxina puede consultarse en: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2010/12/expulsion-de-socios-la-buena-y-la-no.html>

de socios, limitándose o control xudicial ao exame da razoabilidade... das decisións adoptadas polos órganos internos cos que os propios socios cooperativistas se tiñan dotado para a resolución dos conflitos internos, pero sen suplantalos”.

Esta Xurisprudencia, que procedía do TC (STC 218/1988), concluía afirmando que “o control xudicial despliégase con toda a súa intensidade en aqueles extremos nos que a norma impón de forma imperativa certos límites á vontade dos particulares, en cuxo caso debe examinarse si as decisións dos órganos internos se axustan á previsión legal, sin sumisión ao principio de intervención mínima que cede fronte á norma cogente, máxime cando se trata da expulsión o exclusión de socios, materia na que as normas específicas, como afirma a sentenza 1349/2007, do 21 de decembro, con cita da 1199/2007, do 19 de novembro, deben aplicarse con todo rigor.”

Noutros termos, a capacidade de autonormación das cooperativa debe ceder ante as normas imperativas, pensadas para aquelas cuestións de natureza indisponíble, como em boa lóxica deben ser as que rexen decisión tan importantes para a vida das cooperativas como a da expulsión de socios, que non poden quedar ao albor dunha norma estatutaria senón someterse á legalidade en garantía de dereitos fundamentais como os que atopanse implicados en decisión tan graves como a de por fin a relación cooperativas respecto dos socios sancionados coa expulsión.

Para a Sala a cuestión non ten dúbidas pois “[c]alqueira que sexa a interpretación que se propugne do art. 14 dos estatutos da demandada, o certo é que tal norma autoorganizativa require a inexorable tramitación dun expediente (disciplinario) que debe contar cos requisitos mínimos fixados no art. 21 da referida Lei catalana de cooperativas. E a propia existencia dese expediente, tanto o seu inicio, tramitación e conclusión, deben resultar de todo claros da proba dado o expresado rigor normativo.”, xa que logo, engade a Sala “Ese rigor non deixa de ser senón unha ineludible garantía para o socio sometido a expediente no que se acorda a súa expulsión.”

No caso de autos, para a Sala só existe documentado “unha chamada por radio-taxi para que acudan ‘ao centro’ e unha cita ante o consello reitor aos actores e nada máis, excepto a resolución do consello reitor sancionándoos.”, o que considera insuficiente, “non só fronte ao tenor do precepto estatutario, senón fronte ás garantías esixidas na Lei cundo ésta require a existencia dun expediente disciplinario que, desde logo, non pode considerarse a mera copia da resolución do consello reitor impondo sanción de expulsión a uns socios nin dúas comunicacións elípticas aos demandantes citándoos para que acudan ‘ao centro’.”

A maior abudamento, a Sala entende que afbnda admitindo como fixera a sentenza apelada (“aínda que o fai de maneira equívoca” comenta a Sala), que si existía un expediente disciplinario, ao seu xuízo faltaría a debida proba de que os actores foran notificados da incoación do expediente disciplinario, do seu porqué

e sobre qué feitos tiñan que acudir ao trámite da audiencia e do propio contido dese ineludible trámite.”

Finalmente, a valoración da proba practicada na sentenza de primeira instancia non resulta para a Sala, nin ilóxica nin irrazoable, entendendo que se corresponde coa propia proba documental aportada pola parte demandada polo que resolve desestimar o recurso, confirmando a decisión adoptada na sentenza apelada na súa totalidade.

III COMENTARIO XERAL

Non cabe dúbida que o principio de autoorganización, común a todas as formas de asociación, é un principio central que deixa aos asociados unha ampla marxe para organizar (autoorganizar) os seus asuntos.

Non obstante, este principio tem necesariamente os seus límites e estes se atopan precisamente, cando entra en conflito com outros principios de alcance máis xeral e rango constitucional, como son os de seguridade xurídica aos que o control xudicial non pode verse sustraído.

Sexa ou non sancionadora a natureza destes expedientes disciplinarios⁹, o certo é que a proscripción da arbitrariedade e o respecto á legalidade esixen tanto a existencia dun procedemento que garanta a obriga de probar as imputacións como que proscriba a indefensión daqueles sobre os que pende, nin máis nin menos, que a expulsión da sociedade cooperativa a que veñen pertencendo.

⁹ Nos remitimos, nuevamente, a en ALFARO ÁGUILA REAL, “Expulsión de socios...”, op. cit. p. 1.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 36 (2014), páxs. 263-268
ISSN: 1130-2682

**EXPULSIÓN INDEBIDA DE SOCIO Y CONSECUENCIAS
DE LA IMPOSIBILIDAD DE SU REINGRESO
(ANOTACIONES A LA SAP DE BARCELONA (SECCIÓN
15ª) NÚM. 456/2013, DE 18 DICIEMBRE)**

*UNDUE EXPULSION OF PARTNER AND CONSEQUENCES OF
THE IMPOSSIBILITY OF HIS REENTRY (ANNOTATIONS TO THE
JUDGMENT OF THE PROVINCIAL COURT OF BARCELONA
(SECTION 15ª) NÚM. 456/2013, OF DECEMBER 18)*

M.ª JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ¹

¹ Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Pontevedra. Dirección de correo electrónico: mjrmiguez@mundo-r.com

I PRESENTACIÓN

El reingreso de un socio indebidamente expulsado de una sociedad, como ejecución de una sentencia que impone su reincorporación, no siempre es posible ya que el desarrollo de la vida de la sociedad hace que algunas veces llegado dicho momento devenga ya imposible, por lo que se hace necesario indemnizar dicha situación.

II ANTECEDENTES

La sentencia dictada en Apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15ª) resuelve el recurso presentado contra el previo pronunciamiento del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Barcelona, dictado en el juicio ordinario número 157/2011, de fecha 15 de octubre de 2012, de reclamación de cantidad derivada de acuerdo de cooperativa, donde se dispone que, estimando parcialmente la demanda se condena a parte de los demandados (la cooperativa MAIP SCCL y la sociedad en que se transformó MAIP S.L. que luego pasó a ser MAIP, S.L.U) al pago de 18.724,49 € más intereses de dicha cantidad desde la interposición judicial y a una indemnización (a fijar en ejecución de sentencia) a favor del demandante, socio de la cooperativa, indebidamente expulsado.

La cooperativa MAIP SCCL, constituida por tres socios, en Asamblea general extraordinaria, de fecha 12 de agosto de 2003, acordó una ampliación de capital con la cual no estaba conforme el ahora demandante/apelante (Sr. Fructuoso), y ante el incumplimiento de la obligación de éste de realizar la correspondiente aportación dineraria, el Consejo Rector, con fecha 1 de septiembre de 2003, acordó la suspensión de sus derechos económicos y políticos.

Como respuesta, el socio llevó a cabo determinadas actuaciones ante la jurisdicción social y la civil. En la vía civil impugnó los acuerdos de la Asamblea general extraordinaria, dando lugar al juicio ordinario 483/2003, ante el Juzgado de 1ª Instancia Nº 4 de Igualada, el cual desestimó su demanda, que sí fue posteriormente estimada en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15ª), en sentencia de 29 de junio de 2006, y a su vez confirmada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 21 de mayo de 2007.

La sentencia de 29 de junio de 2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15ª), establece en su fallo:

“DECLARAMOS nulos los acuerdos adoptados en la Asamblea General Extraordinaria de la cooperativa MAIP SCCL el día 12 de

agosto de 2003, así como los acuerdos sociales que se hubieran adoptado basándose en los anteriores. Todo ello sin que proceda la condena en costas ni en primera instancia ni en esta alzada.”

Mientras tanto, la cooperativa tramitó contra el citado socio un procedimiento sancionador, por falta muy grave, que concluyó con su expulsión, por acuerdo de fecha 10 de febrero de 2004.

Asimismo, y por acuerdo de 15 de noviembre de 2004, la Asamblea General de la cooperativa acordó la transformación de la misma en sociedad de Responsabilidad Limitada, inscribiéndose en el Registro Mercantil con fecha 12 de enero de 2007.

A la vista de las resoluciones judiciales, el socio/apelante reclamó con fecha 17 de julio de 2007 a MAIP, SCCL, a sus dos socios, y a MAIP, S.L. su reincorporación como socio-trabajador de la cooperativa o, de ser imposible, su incorporación como socio y trabajador de la sociedad de Responsabilidad Limitada sucesora, sin obtener respuesta.

Con fecha 24 de febrero de 2011 reclama ante el Juzgado de lo Mercantil la cantidad total de 235.316,12 €, por daños y perjuicios, al no poder cumplirse la sentencia de 29 de junio de 2006 (nulidad de los Acuerdos de la Asamblea de 12/08/2003 y posteriores), que desglosa en 16.724,29 € que entiende le corresponden por ser la 3ª parte del valor neto patrimonial de la cooperativa en el momento de la transformación (como socio tenía derecho al reembolso de sus aportaciones), 116.489,70 € por salarios dejados de percibir, 53.102,13 € como indemnización por extinción de la relación societaria, y 50.000 € por daños morales.

III COMENTARIO

Todo socio puede causar baja de forma voluntaria (por motivos personales, que pueden calificarse como justificados o no justificados, por disconformidad con determinados acuerdos de la Asamblea General, o por modificaciones que afecten a la estructura societaria, o por exigencias de nuevas aportaciones económicas que deben ser calificadas como justificadas), de forma obligatoria (justificada o no justificada) o por causa disciplinaria (procedente o improcedente).

La Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de Cataluña (en adelante LCC), establece en su artículo 19 LCC los supuestos de baja de un socio, bien sea de forma voluntaria, de forma obligatoria o por fuerza mayor, regulando en el artículo 20 LCC los efectos económicos de dicha baja, y en el artículo 21 LCC la disciplina social.

Como establece el artículo 23 LCC, entre otros contenidos, los socios de una cooperativa tienen derecho a:

“[...]

c) Participar con voz y voto en la adopción de la totalidad de los acuerdos de la asamblea general y de los demás órganos de los que formen parte.

d) Solicitar información sobre las cuestiones que afecten sus intereses económicos y sociales en los términos establecidos en los estatutos sociales.

e) [...]

f) Percibir el reembolso de su aportación actualizada en el caso de baja o de liquidación o de transformación de la cooperativa, que no se debe ver afectado por una suspensión temporal de los derechos a causa de un expediente sancionador; sin perjuicio de lo que dispongan los estatutos sociales en relación con las aportaciones cuyo reembolso pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector.

g) Los demás derechos que resulten de las normas legales y estatutarias, así como los acuerdos adoptados válidamente por los órganos de la cooperativa.”

La regulación de la transformación de las cooperativas catalanas en otra persona jurídica se regula mucho más extensamente que en el caso de la Ley estatal de cooperativas que simplemente se remite a las normas de la fusión, en cuanto al acuerdo de transformación y el derecho de separación de los socios. Así, la Ley catalana establece que las sociedades cooperativas pueden transformarse en “*otra persona jurídica*”; mientras que, por su parte, la Ley estatal dispone que las sociedades cooperativas pueden transformarse “en sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase”.

En este sentido, el artículo 84 LCC establece en relación con la transformación de una sociedad cooperativa “en otra persona jurídica”, lo siguiente:

“[...] 7. *La baja de los socios originada por disconformidad con el acuerdo de transformación tiene la consideración de justificada si es solicitada por escrito al consejo rector dentro del plazo del mes siguiente al de la fecha de la adopción del acuerdo. En tal caso, la sociedad fruto de la transformación es responsable de reembolsar las aportaciones a los socios, en el plazo máximo establecido por el art. 20. No puede formalizarse la transformación de la sociedad cooperativa hasta que se haya garantizado el reembolso de las*

aportaciones de los socios que han ejercido el derecho de separación con motivo de dicho acuerdo.

8. Una vez los socios han ejercido su derecho de separación, el patrimonio de la cooperativa que se transforma ha de traspasarse en bloque a la nueva sociedad que haya surgido. Sin embargo, la asamblea general ha de decidir, en el acuerdo de transformación, la equivalencia de las aportaciones de cada socio o socia como participaciones de ésta en la nueva sociedad en proporción directa con el capital desembolsado por cada cual en la cooperativa y en la actividad cooperativizada que han llevado a cabo.”

Aplicando esta normativa al caso concreto objeto de nuestro examen podemos observar que, en el presente caso, al demandante/apelante se le negó la condición de socio por lo que no sólo no pudo intervenir en la Asamblea que debía decidir la transformación de la cooperativa en sociedad de responsabilidad limitada, y en la que de intervenir podría ante su disconformidad con el acuerdo de transformación causar baja (ejercer su derecho de separación); sino que con ello, también se le impidió recurrir los actos de la Asamblea que acordaron la transformación.

Si se le hubiese respetado su condición de socio hubiese tenido derecho al reembolso de sus aportaciones, por lo que anulado el acuerdo inicial de ampliación de capital y los derivados de él, sólo era posible el cumplimiento de la sentencia que lo reconocía por equivalencia, ya que su reincorporación como socio resultaba ya imposible por la propia actuación de la cooperativa, lo que supuso un mayor coste económico para ésta, mucho mayor que si las copasas se hubieran hecho bien desde un principio.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 36 (2014), páxs. 269-274
ISSN: 1130-2682

LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA
ARBITRAL. ANOTACIÓN DE LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD
VALENCIANA (SALA DE LO CIVIL Y PENAL), NÚM.
12/2013 (SECCIÓN 1ª), DE 15 DE OCTUBRE

*THE EXCEPTION OF LACK OF ARBITRAL JURISDICTION.
ANNOTATION OF THE JUDGMENT OF THE SUPERIOR COURT
OF JUSTICE OF THE VALENCIAN COMMUNITY (CIVIL DIVISION
AND CRIMINAL), N. 12/2013 (SECTION 1), OF OCTOBER 15*

SINESIO NOVO FERNÁNDEZ¹

¹ Secretario Judicial. Doctorando del Área de Derecho Mercantil; Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: sinenovo@yahoo.es

La sentencia objeto de anotación ha sido dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en un procedimiento de anulación de laudo arbitral. Los demandantes en el arbitraje solicitaban la declaración de nulidad, por no haber sido convocados, de una Asamblea General de “Colegio SQUEMA Sociedad Cooperativa Valenciana Limitada”, además de la impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2010-2011 y el reconocimiento del derecho al reembolso de sus aportaciones sociales. La cooperativa mencionada contestó a la demanda fundamentándose en la falta de jurisdicción arbitral. En concreto, justifica dicha alegación en que los actores eran antiguos socios suyos que notificaron su baja voluntaria en fecha anterior a la de la Asamblea cuya anulación se pretende. El laudo dictado a este respecto desestima la excepción de falta de jurisdicción y ordena la continuación del procedimiento arbitral. La desestimación se fundamenta, por un lado, en que la demandada está realmente alegando la falta de legitimación activa de los actores por carecer de la condición de socios en el momento de interponer la demanda arbitral; por otro, tal cuestión ya ha sido resuelta por la jurisprudencia constitucional. Siguiendo esta doctrina, el laudo entiende que la cooperativa demandada incurre en una quiebra lógica de juicio: por una parte, reclama a los demandantes unas cantidades derivadas de su condición de socios y, al mismo tiempo, les niega legitimación activa por carecer de tal condición.

Frente al laudo anterior, la sociedad cooperativa interpuso demanda de anulación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. En el escrito de demanda se invoca, como primer motivo de impugnación, la inexistencia de convenio arbitral válido. Entiende la cooperativa que la pérdida de la condición de socio destruye el convenio arbitral y, por tanto, la sumisión expresa a esta jurisdicción.

Como segundo motivo de anulación, la ahora demandante considera que el procedimiento no se ajusta a las prescripciones de la Ley, en cuanto que la motivación del laudo es errónea. En el desarrollo de esta causa de impugnación, la actora también alega que la falta de motivación coherente es contraria al orden público. Dice la sociedad cooperativa valenciana que la decisión impugnada se limita a reproducir los hechos de la demanda y una jurisprudencia que no es pertinente para el caso.

Con carácter previo a abordar el objeto del proceso, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia recuerda la posición del legislador y de la propia Sala sentenciadora acerca de la naturaleza de la acción de anulación del laudo, y concluye que se trata de una acción excepcional y típica cuyo ejercicio está sujeto a supuestos de grave contravención del ordenamiento jurídico.

A continuación, la Sala entra a esgrimir las razones que la han conducido a desestimar las alegaciones realizadas por la cooperativa. En primer lugar, la sentencia niega que nos encontremos ante un supuesto de inexistencia de un convenio arbitral válido. En apoyo de esta conclusión, el artículo 123 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana establece que: “En la resolución de los conflictos que se planteen entre entidades cooperativas o entre éstas y sus socios o miembros, el Consejo Valenciano del Cooperativismo ejercerá una doble competencia: (...) b) El arbitraje de derecho o de equidad. El Consejo Valenciano del Cooperativismo, a través de los letrados o expertos que designe, podrá emitir laudos arbitrales, con efectos de sentencia judicial obligatoria para las partes y ejecutoria para los tribunales. Será preciso que las partes en conflicto se hayan obligado previamente mediante convenio arbitral, en virtud de cláusula inserta en los estatutos sociales de las cooperativas o fuera de éstos”. A este respecto, el artículo 45 de los estatutos de la Cooperativa Colegio SQUEMA indica que “los conflictos que se planteen entre la Cooperativa y sus socios se someterán a arbitraje de derecho o equidad en los términos previstos en el artículo 123 de la Ley.”

El hecho de que pueda haberse producido la baja de la condición de socios de quienes acudan al procedimiento arbitral con anterioridad a dicho momento no afecta a la cláusula compromisoria. Esto es así, dice la sentencia, porque *el sometimiento al arbitraje tiene su origen o causa en las relaciones acaecidas entre el socio y la Cooperativa nacidas mientras se ostentó tal condición se socio*, aunque el ejercicio de las acciones tenga lugar finalizada dicha relación.

En orden al segundo motivo de anulación del laudo alegado por la actora, la sentencia parte del marcado carácter procesal de la definición primera y principal de orden público, que lo vincula a los derechos recogidos en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española, entre los que se encuentra la ausencia de motivación. Así las cosas, la Sala considera que, aunque no sea satisfactoria para la demandada en el procedimiento arbitral, no deja de existir motivación en el laudo y, por lo tanto, no puede estimarse la excepción de orden público.

ANOTACIÓN

I. Como enunciamos anteriormente, la sentencia objeto de anotación es dictada en un proceso de anulación de laudo. Dice el artículo 40 de la Ley de Arbitraje que “contra una laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación”. Ahora bien, teniendo en cuenta que una de las novedades más significativas de la Ley 60/2003 es la posibilidad de dictar laudos parciales, es interesante precisar la distinta naturaleza que pueden adoptar los laudos definitivos y, por ende, susceptibles de anulación.

En el procedimiento arbitral que nos ocupa, la parte demandada alega una excepción de falta de jurisdicción arbitral, si bien el laudo que la resuelve entiende

que la cooperativa demandada niega verdaderamente la legitimación activa de la actora. Independientemente de las expresiones empleadas, el artículo 22 de la Ley de Arbitraje faculta a los árbitros para decidir sobre cualesquiera excepciones cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia y, por tanto, el término competencia o jurisdicción debe entenderse en sentido amplio [vid. I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y C. VENEGAS GRAU, “De la competencia de los árbitros. (Arts. 22-23)”, en AA.VV., *Comentario a la Ley de Arbitraje* (Coordinadores: A. De Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro), Barcelona, 2006, p. 391]. El mismo precepto permite que los árbitros decidan este tipo de excepciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones relativas al fondo del asunto. Por lo que se refiere al supuesto que comentamos, el laudo impugnado no contiene pronunciamiento alguno acerca de las cuestiones de fondo planteadas por los demandantes. Así las cosas, podemos concluir que estamos ante un laudo parcial de desestimación de la excepción de falta de competencia.

II. Centrándonos en el análisis de la acción de impugnación del laudo, la Sala sentenciadora considera que estamos ante una acción típica, que debe fundamentarse en alguna de las causas o motivos legalmente establecidos. En efecto, en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje se enumeran, con el carácter de *numerus clausus*, los graves defectos que han de ser alegados y probados para anular un laudo. De entre estos, la parte demandante invoca, como primera causa de pedir, la letra c), referente a que el convenio arbitral no existe o no es válido.

En el arbitraje societario en general, y cooperativo en particular, el convenio arbitral puede revestir el carácter de cláusula incorporada al texto de los estatutos sociales. En este sentido, la doctrina habla de una doble vía de acceso al arbitraje: *la impuesta en los estatutos de la cooperativa, y la voluntaria, fraguada a través del convenio arbitral* (en sentido estricto) (vid. P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y C. HERRERA PETRUS, “Métodos de resolución extrajudicial de conflictos en las sociedades cooperativas de Galicia”, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 19, diciembre 2008, p. 113). Esta doble opción es reiterada en el artículo 123 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana y ejercitada, a favor de la cláusula estatutaria, en el artículo 45 de los estatutos de la cooperativa actora. No obstante, la impugnante considera que dicho precepto no es aplicable a los ahora demandados, por cuanto que en el momento del arbitraje ya no eran socios de la cooperativa. Si interpretamos el precepto de una forma integradora con la propia Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, no podemos llegar a la misma conclusión que la parte actora en el proceso jurisdiccional. En la misma línea que la sentencia, entendemos que el conflicto que se pretende resolver vía arbitral es fruto de las relaciones entre una cooperativa y sus socios, independientemente del momento en que estos hayan causado baja de la sociedad. Tal interpretación amplia de la condición de socio para acceder al procedimiento arbitral se ve reforzada con la existencia de artículos de la Ley de

Cooperativas de la Comunidad Valenciana que expresamente someten a arbitraje cuestiones referentes a la baja de los socios.

III. El segundo motivo o causa de pedir de la acción de impugnación no aparece señalado con claridad por la actora. Antes al contrario, incardina un mismo hecho, la errónea fundamentación del laudo, en dos motivos distintos de impugnación. Por un lado, la demandante considera que el procedimiento no se ha ajustado a la ley (41.1.d Ley de Arbitraje), por cuanto que infringe el artículo 37.4 de la Ley 60/2003 según el cual el laudo deberá ser motivado. Por otro, entiende que la falta de motivación coherente es contraria al orden público (41.1.f Ley de Arbitraje). En cualquier caso, la designación errónea del motivo invocado no debe enervar la acción de anulación. Ciertamente, es posible que un laudo contrario al orden público pueda ser impugnado por un cauce específico [*vid.* R. HINOJOSA SEGOVIA, “De la anulación y de la Revisión del Laudo. (Arts. 40-43)”, en AA.VV., *Comentario a la Ley de Arbitraje* (Coordinadores: A. De Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro), Barcelona, 2006, p. 552]. La relación entre los motivos de nulidad descritos es evidente en el supuesto que nos ocupa. Si partimos de una noción de orden público, también utilizada por la sentencia, vinculada a los derechos fundamentales, resulta que la falta de motivación del laudo supone, además de una infracción del artículo 37.4 de la Ley de Arbitraje, una vulneración del orden público, en cuanto que infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Ahora bien, cualquiera que sea el motivo alegado, ninguno de ellos puede ser estimado. Como se desprende de la resolución del Tribunal Superior de Justicia, una errónea o incoherente motivación del laudo no conlleva su inexistencia y, en consecuencia, tampoco supone la infracción de falta de motivación ni vulneración del orden público. A este mismo respecto, podemos concluir, junto con alguna voz doctrinal [*vid.* R. HINOJOSA SEGOVIA, “De la anulación y de la Revisión del Laudo. (Arts. 40-43)”, en AA.VV., *Comentario a la Ley de Arbitraje* (Coordinadores: A. De Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro), Barcelona, 2006, p. 542], que *la falta de motivación dará lugar a la posible impugnación del laudo. Lo que cae fuera de dicha impugnación es el examen del contenido de la motivación.*

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 36 (2014), páxs. 275-280
ISSN: 1130-2682

LA DEVOLUCIÓN DE LAS APORTACIONES POR
BAJA VOLUNTARIA DE UN COOPERATIVISTA EN
UNA PROMOCIÓN DE VIVIENDAS (ANOTACIÓN A
LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE ÁLAVA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2013)

*THE RETURN OF THE CONTRIBUTIONS FOR VOLUNTARY
FALL OF A MEMBER OF A COOPERATIVE IN A PROMOTION
OF HOUSINGS (ANNOTATION TO THE JUDGMENT OF THE
PROVINCIAL COURT OF ALAVA OF NOVEMBER 26, 2013)*

ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ¹

¹ Doctor en Ciencia Política. Doctorando del Área de Derecho Mercantil; Universidad de A Coruña.
Dirección de correo electrónico: kostkafernandez@gmail.com.

I. ANTECEDENTES

1. Supuesto de hecho

Nos encontramos ante un caso de una cooperativa de viviendas, en la que uno de sus miembros realiza aportaciones para un inmueble, que finalmente no adquiere, pero que se adjudica a un tercero, por lo que en aplicación de los estatutos, el actor procede a la baja voluntaria de la cooperativa y exige el reembolso de lo aportado. La cooperativa, que no niega el pago, se escuda en los estatutos para hacer cumplir los plazos que marca el artículo 12 para la reintegración, produciéndose una discrepancia entre el cooperativista y el consejo rector, sobre la interpretación del precepto estatutario.

D. José Pablo ha sido socio cooperativista de MENDITXAGA VIVIENDAS S.COOP. desde junio de 2008, entidad que tuvo por objeto la construcción de once viviendas de protección oficial, en una parcela del sector Santo Tomás de Vitoria-Gasteiz. Durante el tiempo que fue socio, D. José Pablo aportó a la cooperativa la cantidad de 40.800 euros y otros 150 euros como “*cuota social*”. El 28 de julio de 2009, D. José Pablo solicitó la baja voluntaria de la mencionada cooperativa.

El 15 de febrero de 2011 la cooperativa remite una carta al cooperativista en la que comunica, en primer lugar, “*la existencia de un nuevo adjudicatario definitivo*”; en segundo lugar, que debía asumir 3.200 euros por los gastos derivados del proceso de captación de nuevos socios; y, en tercer lugar, que “*para proceder a la devolución de las aportaciones por ti realizadas a la Sociedad Cooperativa MENDITXAGA VIVIENDAS S.COOP., es necesario la adjudicación de la vivienda vacante a un nuevo socio cooperativista. Dicha adjudicación tiene un plazo máximo de seis meses; pero, en cualquier caso, se procederá a comunicarte dicha situación y citarte, en ese momento, para la devolución de dichas aportaciones, menos los gastos resultantes anteriormente referidos*”.

Dado que las aportaciones económicas no se devolvían, D. José Pablo requirió por conducto notarial el 23 de julio de 2012 su pago, que no quedó verificado, por lo que emprendió acciones judiciales, cuyo contenido jurídico es objeto de análisis en este comentario.

2. La sentencia del juicio ordinario n.º 473/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vitoria

El litigio versó, como avanzábamos, sobre la interpretación del artículo 12 de los Estatutos, cuyo contenido literal dice que “*Las cantidades entregadas para financiar las viviendas y locales, así como las aportaciones de los socios al capital*

social, deberán desembolsarse a éste en el momento en que sea sustituido por otro en sus derechos y obligaciones por otros socios. No obstante se establece que el plazo de reembolso no excederá de cinco años a partir de la fecha de la baja o de un año desde el hecho causante en caso del fallecimiento del socio”.

Para el tribunal de primera instancia, la carta referida suponía un reconocimiento de que se produjo la baja voluntaria y de que había derecho al reintegro de las aportaciones realizadas con las deducciones pretendidas, existiendo controversia sobre el plazo temporal en el que debían ser reintegradas. En sus alegaciones la cooperativa sostuvo que no ha habido sustitución por otro socio en la adjudicación de la vivienda, ni tampoco ha transcurrido el plazo máximo de cinco años para el reembolso, a lo que añadía en su defensa que aún quedaban por adjudicarse tres de las once viviendas, por lo que no concurría el requisito estatutario recogido en el artículo 12. En beneficio del cooperativista, consta en autos que en la carta de 15 de febrero de 2011, se hablaba de un nuevo adjudicatario definitivo y se marcaba un plazo de seis meses para la devolución de las aportaciones realizadas.

El 13 de junio de 2013, el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Vitoria-Gasteiz, dictó la sentencia del juicio ordinario Nº 1483/12, en cuya parte dispositiva desestimó la demanda interpuesta por D. José Pablo contra MENDITXAGA VIVIENDAS S.COOP., absolviendo a la segunda y desestimando las pretensiones de la parte actora, quien recurrió en apelación.

II LA SENTENCIA DE APELACIÓN ANTE LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VITORIA-GASTEIZ DE FECHA 26-II-2013

El apelante alegando infracción de las normas del Código Civil relativas a la interpretación de los contratos, consideraba que las previsiones estatutarias sobre las consecuencias de la baja del socio, debieran haber conducido a la restitución de la cantidad reclamada, 40.950 euros, aportados para adquirir una vivienda que finalmente no se compró, por lo que solicitaba la estimación de la petición, la revocación de la sentencia y, consiguientemente, la estimación de la demanda.

Sobre el objeto del litigio en segunda instancia, la parte apelante sostiene incorrectamente aplicados los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, referidos por la sentencia, para concluir que el artículo 12 de los estatutos de la sociedad cooperativa, autoriza la devolución de las cantidades aportadas. Además, ese precepto estatutario permite al consejo rector calificar la baja como justificada o injustificada, sin que haya habido acuerdo de dicho órgano social como admiten las partes, por lo que son hechos probados que se comunicó en forma la baja voluntaria y que no se adoptó acuerdo alguno sobre la calificación de la baja.

La sentencia considera, siguiendo la tesis de la cooperativa, que la redacción del artículo 12 permite que la cooperativa no reembolse hasta que no transcurran cinco años desde la baja y, como dicho plazo no se ha agotado, aún no sería exigi-

ble, pero la comunicación al socio cooperativista de que se reintegraba el dinero, se considera un acto propio que crea legítimas expectativas. En el caso de autos, desde la carta de 15 de febrero de 2011, la cooperativa reconoce que ya existe un nuevo adjudicatario definitivo. Por lo tanto, desde ese momento, entiende la Audiencia Provincial, deberían devolverse las cantidades entregadas, lo que significa acoger el primer motivo del recurso planteado.

El precepto estatutario controvertido señala que tanto el capital social como las cantidades entregadas para financiar las viviendas, “*deberán desembolsarse*” al socio cooperativista en el momento en que sea sustituido por otro en sus derechos y obligaciones. Si atendemos al criterio de interpretación literal que dispone el artículo 1281 del Código Civil, los estatutos disponen que el socio tiene derecho al reembolso de su aportación, en este caso sin matiz alguno, puesto que no se calificó la baja como no justificada. Lo único que hace es aplazar esa devolución al momento en que otro socio ocupe su lugar o, como máximo, cinco años si no se produce esta circunstancia.

La norma estatutaria concluye fijando un plazo máximo, para evitar que la falta de incorporación de un nuevo socio cooperativista, prive al ex socio de tal derecho de manera indefinida. Señala un lustro desde la baja, o un año desde el fallecimiento, como término límite para no reintegrar la aportación de capital o para la adquisición de vivienda. No fija ese plazo con carácter general, como interpreta la sentencia recurrida, sino que supedita la devolución a la incorporación de un nuevo socio, incorporación que dejará de ser requisito pasados los plazos marcados.

La sentencia apelada, mencionando el principio *iura novit curia*, que tiene reflejo positivo en el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introduce en el procedimiento un argumento que no se esgrimió en la contestación a la demanda. Afirma que la cooperativa va contra sus actos propios al remitir la carta de 15 de febrero de 2011, porque considera que contradice los estatutos sociales. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Álava no considera que una previsión estatutaria sea un “*acto propio*” de la cooperativa, sino una norma elaborada por la Asamblea Constituyente. A juicio de este Tribunal, la cooperativa no vulnera la buena fe que dispone el artículo 7.1 del Código Civil, que es el fundamento de la doctrina de los actos propios (STS de 7 de diciembre de 2010 y de 25 de febrero de 2013), al remitir la carta al cooperativista, sino que se limita a dar cumplimiento a la previsión estatutaria.

La Audiencia Provincial sostiene que cuando la cooperativa actúa contra sus propios actos es al variar su posición, tras modificarse la composición del Consejo Rector, apreciándose, entonces sí, la aplicación de la doctrina de los actos propios, en el sentido que lo hace la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de octubre de 2013, en la que se recoge que “*la doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han*

creado expectativas razonables”. Ese deber de coherencia se incumple, según la Audiencia Provincial de Álava, cuando primero se acepta la baja, se acepta el derecho al reembolso y se propone un plazo y, transcurrido éste, se cambia de parecer, se niega el reintegro y se modifica la posición inicial.

Argumentos que llevan finalmente al Tribunal, a considerar que el cooperativista recurrente cumple con el presupuesto del artículo 12 de los estatutos, estimando el recurso íntegramente, interpuesto frente a la sentencia de 13 de junio de 2013, dictada en los autos de procedimiento ordinario nº 1483/2012, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Vitoria-Gasteiz. En consecuencia, la Audiencia Provincial de Álava revocaba la sentencia de primera instancia, estimando íntegramente la demanda formulada por el cooperativista D. José Pablo, frente a MENDITXAGA VIVIENDAS S.COOP., a quien se condena a satisfacer al primero la cantidad reclamada, más intereses y sin costas.

III REFLEXIONES FINALES

La sentencia analizada no es sino un caso más de interpretación de los estatutos y de controversia entre los actos del consejo rector de una cooperativa y los deseos del cooperativista. Se trata de interpretaciones divergentes propias de toda organización humana, que han dado lugar a numerosos procedimientos judiciales, y que en casos como el que nos ocupa, en los que la cooperativa actúa voluntariamente y anuncia un acto que genera expectativas que posteriormente frustra, no constituyendo este tipo de comportamiento un hecho jurídico controvertido en la jurisprudencia, tal y como se refleja, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, número 556/2013, de 4 octubre 2013, o en la sentencia del Tribunal Supremo, la Sala de lo Civil, Sección 1ª, con número 547/2012, de 25 febrero 2013, esta última referida a la doctrina de los actos propios.

En la sentencia que analizamos nos encontramos ante un caso de una cooperativa de viviendas, en la que uno de sus socios finalmente no adquiere la vivienda y ésta se adjudica a un tercero, por lo que el socio procede a solicitar la baja voluntaria, lo que genera discrepancias interpretativas entre el socio y el consejo rector, sobre el artículo 12 de los estatutos. En su proceso decisorio, la Audiencia Provincial de Álava considera relevante la comunicación efectuada por la cooperativa al socio, en la que confirma la existencia de un tercero que le sucede en las obligaciones y los derechos. Es relevante, por tanto, destacar que el controvertido artículo 12 de los estatutos, aún siendo válido y aplicable, el Tribunal no lo considera decisorio en el caso, ya que sostiene que se ha producido un acto propio de la cooperativa, conducente a hacer efectiva la baja del cooperativista y la reintegración del dinero aportado.

CES

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 36 (2014), páxs. 281-288

ISSN: 1130-2682

IMPUGNACIÓN DOS ACORDOS DO CONSELLO REITOR
DUNHA COOPERATIVA CUALIFICANDO A BAIXA DUN
SOCIO DE NON XUSTIFICADA. CONTRADICCIÓN CO
PRINCIPIO DE PORTA ABERTA. PRAZO PARA QUE
SEXA ESIXIBEL O REEMBOLSO DAS APORTACIÓNS
[ANOTACION Á SENTENZA DA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE MADRID (SECC. 28) NÚM. 139/2013 DE 3 DE MAIO]

*CHALLENGING OF THE AGREEMENTS OF THE GOVERNING
ADVICE OF A COOPERATIVE OF QUALIFYING THE FALL OF A
PARTNER GIVE NOT JUSTIFIED. CONTRADICTION WITH THE
BEGINNING OF OPENED DOOR. TERM IN ORDER THAT IT IS
EXIGIBLE THE REIMBURSEMENT OF THE CONTRIBUTIONS
[ANNOTATION TO THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL
COURT OF MADRID (SECC. 28) NÚM. 139/2013 OF MAY 3]*

XACOBO IZQUIERDO ALONSO¹

¹ Profesor TEU de Dereito Mercantil; Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: jizqdo@uvigo.es

I RESUMO

A Audiencia Provincial resolve o recurso de apelación contra a sentenza do Xulgado do Mercantil nº 11 de Madrid, que desestima a demanda interposta por C. contra a sociedade cooperativa da que formaba parte, absolvendo á sociedade cooperativa demandada e condenando en costas á parte demandante.

O demandante C. prantexara no seu escrito inicial dúas pretensións: 1, a da nulidade do acordo do Consello Reitor da sociedade cooperativa de 14 de xaneiro de 2010, verbo da baixa que solicitara, declarando a mesma coma xustificada e con efectos dende o 2 de febreiro de 2010; e 2, que se lle reembolsaren as achegas voluntarias e obrigatorias sen practicar deducción ningunha.

C. solicitara a baixa na sociedade cooperativa mediante o correspondente escrito de preaviso. O Consello Reitor calificou a baixa como inxustificada por entender que atentaba contra os intereses da cooperativa. Posteriormente, C. recurriría o devandito acordo ante o Comité de Recursos, que rexeitaría o recurso.

O Xulgado do Mercantil de Madrid desestimou as pretensións de C. mediante sentenza contra a que C interpon recurso de apelación. No dito recurso argumenta, no primeiro lugar (Fundamento de Dereito Segundo), contra a admisibilidade da prórroga para a resolución do seu recurso que se outorgaría polo propio Comité Recursos . No segundo lugar, verbo da calificación da baixa, considera que as novas achegas acordadas destinadas á pagar a débeda coa Xunta de Compensación constituía una obriga extraestatutaria gravemente onerosa.

No seu escrito de oposición, a sociedade cooperativa demandada argumenta, entre outras cousas a variabilidade do prezo das vivendas orixinou que a Asemblea aprobara un novo plan de achegas que C. nunca aboaría, incumprindo así gravemente as súas obrigas coma socio: a solicitude de baixa fíxose sen alegar causa que a xustificara.

A Audiencia centra basicamente o razoamento do Fundamento de Dereito Terceiro en dilucidar o carácter da baixa da *litis* –xustificada ou non xustificada-, pois o acordo do Consello Reitor –que é o órgano que debe cualificar a causa da baixa-, contra do disposto nos Estatutos da propia Cooperativa, non se refire a incumprimento ningún : a cualificación non tería fundamento e, xa que logo, resultaría contradictorio co principio de porta aberta.

Ademais, refírese tamén ao disposto no art. 20 da Lei 4/1999, de Cooperativas da Comunidade de Madrid, que establece o réxime de baixa voluntaria dos socios e das baixas non xustificadas. E tamén ao disposto no art.114 da mesma Lei que sinala que os Estatutos deberán establecer as causas de baixa non xustificada dun

socio, entendéndose xustificadas as causas non previstas. A Audiencia interpreta que consonte ao principio de portas abertas, toda baixa voluntaria non comprendida entre as que poden dar lugar á súa cualificación coma non xustificada, debe se entender coma xustificada.

Deseguido no mesmo Fundamento Terceiro, a Audiencia considera o vencello que existe entre o principio de portas abertas e á súa aplicabilidade efectiva, o que se desenvolve por medio do réxime de libre adhesión e baixa voluntaria. E así, invoca o art. 1 da tan citada Lei de Cooperativas de Madrid, que ordena que as Cooperativas axusten a súa estrutura e funcionamento aos principios e valores da Alianza Cooperativa Internacional (vid. a Declaración de Manchester de 1995), entre os que se acolle o principio de portas abertas (referíndose deseguido ao réxime legal da baixa do socio contido no art. 32 da Lei “General” de Cooperativas de 1987 (¿?), coma desenvolvemento legal do repetido principio de portas abertas).

Salienta tamén a Audiencia o carácter obxectivo dos supostos de baixa voluntaria que poden prevér o Estatutos sociais consonte establece o artigo 20.5 da Lei madrileña.

E, de todo o anterior, tira as seguintes conclusións: 1, que toda baixa voluntaria do socio (que ten efectos inmediatos en todo caso) debe se considerar xustificada; 2, que só pode se considerar coma inxustificada, en atención ás causas previstas nos Estatutos, causas que deben ter un carácter obxectivo, o que implica a súa precisa determinación estatutaria, sen que quede nas mans do Consello Reitor a dita determinación; 3, prevalece calquer suposto polo que legal ou estatutariamente se considere a baixa voluntaria coma xustificada.

O precedente sérvelle á Audiencia para fundamentar a caracterización que fai coma arbitraria da cualificación da baixa de autos, non xustificada segundo a estimación do Consello Reitor, aínda que mais sorprendente lle resulta a posterior actuación do Comité de Recursos, efectuando unha recualificación propia, asumindo funcións que non lle corresponden (aludindo ao incumprimento do período de preaviso, que os motivos alegados non abundan para xustificaren a baixa...).

O texto da sentenza anotada volve de novo –no mesmo Fundamento Terceiro– a ser ben crítico co acordo do Consello Reitor, por non conter –dí– referencia a causa concreta ningunha que determine a cualificación, o que produz unha evidente vulneración do referido principio de porta aberta, que se reflicte nos arts. 1, 20 de 114 da Lei de Cooperativas da Comunidade de Madrid. Consecuentemente, proclama a nulidade do acordo no momento adoptado polo Consello Reitor.

No Fundamento de Dereito Cuarto trátase do prazo máximo de catro meses que, segundo os Estatutos, dispon o Comité de Recursos para resolver os recursos interpostos fronte ao Consello Reitor.

No Fundamento Quinto examínase a pretensión do demandante na que se solicita o reembolso das cantidades achegadas. As ditas cantidades deberían ser,

segundo razoa a sentenza anotada, as establecidas para os supostos de baixa voluntaria xustificada.

Segundo os Estatutos da cooperativa demandada, o prazo máximo da devolución nos casos de baixa voluntaria xustificada é de dezoito meses. A Ley de Cooperativas da Comunidade de Madrid, remite aos Estatutos a fixación dos prazos para a devolución das achegas, límitándose a establecer (art. 55) uns prazos máximos ao tal efecto. Eses prazos refírense ao cumprimento da obriga a partires de certa data, sen que ata ese intre sexa esixibel o reembolso. Transcurrido o prazo, o acreedor pode solicitar o reembolso dentro do prazo de prescripción do art. 1964 do C.c. En concreto, no caso da *litis* a data da baixa é a de 2 de febreiro de 2010 e a demanda interponse o 27 de setembro de 2010: aínda non transcurrirán os dezoito meses que, segundo o Estatutos, facían esixibel a obriga de reembolso das achegas, aínda que o Tribunal entende que cabería exercitar unha acción mero declarativa (que non é a do caso de autos).

A Audiencia estima o recurso parcialmente, en relación a este derradeiro punto, por se exercitar unha acción de condena da cooperativa sen que transcurrirá o prazo previsto nos estatutos para que fora esixibel o reembolso

Pero, na súa parte dispositiva, o Tribunal estima parcialmente a demanda formulada por C. e declara nulo o acordo do Consello Reitor da cooperativa demandada polo que se cualificaba a baixa voluntaria do actor na cooperativa coma de non xustificada, xa que a dita baixa debe se entender coma xustificada a todo-os efectos.

2 ANOTACIÓN

O cerne do litixio que se resolve xira ao redor de dúas cuestión principais: unha primeira, a da distinción entre baixa xustificada e baixa non xustificada; a outra, a do dereito ao reembolso das achegas, en concreto, o prazo para poder reclamarlas.

En relación á primeira cuestión, a sentenza anotada conecta o dereito a causar baixa, como ven sendo un lugar común da doutrina (v. por todos N. PAZ CANALEJO e F. VICENT CHULIA, *La Ley General de Cooperativas*, en Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial, dir.: F. SANCHEZ CALERO y M. ALBADALEJO, tomo XX (3 vols.); vol 2: “Artículos 29 a 26”, Madrid, 1994, pp. 81 e ss.) á efectividade do principio de porta aberta recollido na Declaración da Alianza Cooperativa Internacional sobre a Identidade Cooperativa, aceptado no Congreso de 1995, celebrado en Manchester. Principios e valores aos que remite ademáis a Lei 4/1999 de Cooperativas de Comunidade de Madrid no seu artigo 1.

En principio, o socio ten dereito á causar baixa da cooperativa (“baixa voluntaria”), para o que non precisa alegar nin acreditar causa ou motivo ningún. Neste

sentido, o art. 1.1 da LSC. A LCCMadrid, de aplicación ao presente caso, ademáis de determinar que a estrutura e funcionamento das cooperativas deberá se axustar aos principios e valores formulados pola Alianza Cooperativa Internacional (art. 1.2), concreta neste campo o principio de porta aberta no recoñecemento do socio a “*darse de baja en la cooperativa en todo momento...*” (art. 20.1). Porén, deberá respetar os prazos que sinala a lexislación vixente, agás que concurra xusta causa que dé lugar que a mesma sexa cualificada coma “xustificada”. En calquer caso, o dito dereito a causar baixa do socio nada ten que ver co dereito á separación que se recoñece a favor dos socios nas sociedades de capital cando concurran determinadas circunstancias (v. art. 346, LSC).

Quizáis a sentenza anotada non matiza axeitadamente (aínda que sin consecuencias no fío do razoamento lóxico da mesma) cando afirma que “*toda baja debe considerarse como justificada*”, pasando por alto a caracterización propia da baixa xustificada coma un tipo distinto do da baixa voluntaria: esta última actívase pola simple vontade do socio de causar baixa; para aquela outra –a “xustificada”–, non abonda coa dita vontade, senon que é preciso que se produzan determinadas circunstancias previstas na lei ou nos estatutos que ampararían o dereito de socio a causar baixa.

O único requisito esixíbel para a que a tal baixa se produza é o do “preaviso” á sociedade por parte do socio, feito coa antelación prevista nos Estatutos sociais (co prazo máximo de 6 meses para as persoas físicas e dun ano para as xurídicas na LCCMadrid, art. 20.1; na LC, art. 17.1, un ano) e que ten por obxecto dar a coñecer á sociedade anticipadamente a vontade do socio de marchar da Cooperativa e así poda ésta adoptar as medidas reorganizativas consecuentes á baixa. O incumprimento do dito prazo de preaviso terá a consideración de baixa non xustificada (art. 20.4 da LCCMADRID).

Asimesmo, tamén terán o carácter de baixas non xustificadas na LCCMADRID as baixas que se produzan durante os prazos mínimos de permanencia, agás que os administradores acordaran motivadamente o contrario, dadas as circunstancias do caso (art. 20.4) ou algunha das dúas seguintes (art. 20.5): a) cando o socio realice actividades competitivas coas da cooperativa no prazo dun ano posterior á súa saída da Cooperativa; b) naqueloutros supostos obxetivos previstos nos estatutos. Mandato legal que se reitera no art. 114.5 da mesma norma madrileña, precepto adicado as Cooperativas de vivendas, coma éo a do caso axuizado, que establece que “*los Estatutos deberán establecer las causas de baja no justificada de un socio, entendiéndose justificadas las bajas no previstas*”.

Dentro deste apartado das baixas xustificadas na lei de Comunidade de Madrid, pódense engadir tamén as seguintes:

- a) A do socio disconforme (mediante o voto contrario) cando se produza a prórroga da actividade da Cooperativa, a súa fusión ou escisión, o cambio

de clase ou a alteración sustancial do obxeto social daquela, ou a existencia de novas achegas obrigatorias ao capital, cargas ou obrigas extraestatutarias ou gravemente onerosas (art. 20.6).

- b) A do socio que perdera os requirimentos para seguilo sendo sempre que non sexa consecuencia da súa vontade de incumprir as súas obrigas coa Cooperativa ou de se beneficiar indebidamente da súa baixa obrigatoria (art. 20.4).

A cualificación da baixa coma non xustificada permite que os administradores acorden as deduccións establecidas ao efecto nos Estatutos. Segundo a LCCMadrid, as ditas deduccións no poden seren superiores ao vinte por cento en caso de baixa non xustificada ou de baixa durante o período de permanencia mínimo previsto na lei (art. 55.2).

Vemos pois como a cualificación da baixa –xustificada, non xustificada- non é intrascendente polos importantes efectos económicos que pode ter nos importes a devolver pola Cooperativa ao socio que marcha. De ahí a necesidade dunha axeitada tipificación dos supostos que dan lugar á baixa non xustificada e, dado o carácter desfavorable que a tal cualificación debe ter sobre o socio, a necesidade de que a cualificación estea motivada. E coma ben dí a sentenza anotada, *“de conformidad con el referido principio de puerta abierta, toda baja voluntaria no comprendida entre las que puedan dar lugar a su calificación como no justificada debe entenderse justificada”*.

No caso axuizado estima a Audiencia que o acordo do Consello Reitor cualificando a baixa coma non xustificada é nulo por carecer de apoio estatutario ou legal a dita cualificación: ao entender do xulgador, o tal acordo non contén referencia a causa concreta ningunha que determine a cualificación, de xeito que se produza unha evidente vulneración do principio de porta aberta. Os Estatutos esixen neste caso o incumprimento polo socio das súas obrigas legais ou estatutarias, coma causa de baixa voluntaria non xustificada. Pero o único motivo contido no acordado do Consello Reitor é o de que a baixa “prexudica gravemente os intereses da cooperativa”, mas sen se referir a incumprimento ningún.

Por outra parte está o punto relativo ao reembolso das achegas e, en concreto, do prazo poder proceder á súa reclamación. En relación ao importe ao devolver, compre partirmos do denominado “valor liquidativo inicial”. A LCCMadrid (art. 55.1) sinala que as liquidacións das achegas faráse segundo o balance de situación correspondente ao semestre no que a baixa se teña producido (a LC –art. 51.2-, refírese ao balance do exercicio no que se produza a baixa; na LCG –art. 64.1-tómase coma referencia o valor nominal –é criticable esta terminoloxía xa que *sensu strictu* non cabe actualización do dito “valor nominal”- segundo o balance do exercicio no que a baixa teña lugar). Sobre o importe liquidado das achegas obrigatorias do socio que cause baixa, os administradores poderían acordar as

deducción establecidas nos Estatutos, que non poderán ser superiores ao trinta por cento no caso de baixa por expulsión ou do vinte por cento no caso de baixa non xustificada ou durante o período de permanencia mínimo (art. 55.2 da LCC-Madrid).

Na sentenza anotada a cuestión debatida neste ámbito non é o das cantidades a devolver, pois o xulgador en apelación resolve no sentido de considerar a baixa coma xustificada, deixando sen efecto a cualificación efectuada polo Consello Reitor da Cooperativa demandada. A cuestión que require o pronunciamento da Audiencia é o da viabilidade da acción de reembolso polo non transcurso dos prazos previstos estatutariamente ao efecto: o demandante interesaba a condena da demandada para que proceda ao dito reembolso.

Os Estatutos da cooperativa de autos establecían un prazo máximo de devolución no suposto de baixa voluntaria de dezaioito meses. Prazo establecido ao amparo do art. 55.3 da LCCMadrid, que determina un prazo máximo para proceder ao reembolso de cinco anos en caso de expulsión e de tres anos en caso de outras baixas. A cuestión da determinación do *dies a quo* para o cómputo do dito prazo é resolto pola Audiencia no sentido de entendela coma a data que se produce a baixa (en concreto, tres meses despois da recepción do preaviso), o que ven a ser criterio xeral na lexislación cooperativa (non así na LCG –art. 64.4- que precisa que tal data será a do peche do exercicio no que a persoa socia causou baixa).

Ben, pois no caso que nos ocupa, o devandito prazo de dezaioito meses para poder prantexa-la súa reclamación o socio cooperativas aínda non transcurrirá para que o reembolso fora esixibel, o que leva á Audiencia a desestimación da demanda non sin antes deixar a salvo a posibilidade de que antes dese prazo transcurrir, poiderase exercita-la acción mero declarativa do recoñecemento do dereito ou da liquidación que procederá, pero nunca a acción de condena.

III CRÓNICAS

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 36 (2014), páxs. 291-304
ISSN: 1130-2682

A ALTERAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS DE
CERTIFICAÇÃO LEGAL DE CONTAS PARA AS
ENTIDADES QUE APLICAM A NCRF-ESNL

*LEGAL CHANGES ON THE ACCOUNTS CERTIFICATE
FOR THE ENTITIES WHO APPLY THE FINANCIAL
ACCOUNTING STANDARDS FOR NON-PROFIT SECTOR*

ANA MARIA GOMES RODRIGUES¹

¹ Professora na Faculdade de Economia de Coimbra. Correio eletrónico: anarodri@fe.uc.pt. Faculdade de Economia de Coimbra, Av. Dias da Silva, 165 3004-512 Coimbra

RESUMO

O artigo versa, numa primeira fase, sobre as exigências contabilísticas e de revisão de contas, e seus objetivos, nas entidades do setor não lucrativo. Numa segunda fase, elencam-se os principais fatores que influenciam a necessidade da certificação legal de contas em Portugal, chamando à colação as especificidades destas entidades. Evidencia-se, de seguida, a alteração do normativo contabilístico no que respeita ao alargamento da dispensa da certificação legal de contas, no contexto da adoção do SNC, e das especificidades da norma para as entidades do setor não lucrativo (NCRF-ESNL). Elencam-se, ainda, os principais desafios que enfrentámos com a publicação do DL 64/2013, de 13 de maio, que provocou uma rutura significativa na obrigação de certificação legal de contas para este tipo de entidades. Uma abordagem crítica dessa recente alteração é assunto que abordaremos também, avançando subsequentemente com algumas notas conclusivas sobre as várias temáticas tratadas.

PALAVRAS-CHAVE: ESNL e o SNC-ESNL; Auditoria/Certificação Legal de Contas das ESNL; Alteração da obrigatoriedade da CLC para as ESNL.

ABSTRACT

This paper highlights, in first place, the accounting rules and auditing rules applicable to the entities of the non-profit sector. In second place, the paper deals with the factors which explain why the auditing is important for the entities of the non-profit sector. After this, the article points out the legal changes introduced by the Decree Law No 64/2013 13th may. The article is rather critical on the solution adopted by this legal regime.

KEYWORDS: Financial accounting standards for non-profit sector and the Accounting Normalization System Auditing for the non-profits' entities; Accounts certificate; legal changes on mandatory accounts certificate for the entities of the non-profit sector.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO E FINALIDADE DA AUDITORIA. 3. O DECRETO-LEI 36-A/2011, DE 9 DE MARÇO E SUAS IMPOSIÇÕES NO QUE À AUDITORIA RESPEITA. 4. ALTERAÇÕES SUBSEQUENTES E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DA AUDITORIA. 5. BREVES NOTAS CONCLUSIVAS.

CONTENTS: *INTRODUCTION. 2. CONCEPT AND GOAL OF THE AUDITING. 3. DECREE-LAW NO 36-A/2011, 9TH MARCH AND THE IMPLICATIONS ON THE AUDITING. 4. SUBSEQUENT AMENDMENTS AND THE IMPLICATIONS ON AUDITING. 5. CONCLUSION.*

I INTRODUÇÃO

A preocupação com uma legislação contabilística particularmente vocacionada para as entidades do setor não lucrativo assenta em três pilares essenciais. O primeiro atende à importância crescente destas entidades na economia portuguesa, bem como a nível europeu e mundial, tanto em termos dos serviços prestados à comunidade, como dos recursos que gerem e do emprego que criam, particularmente em períodos de crise como aquele que hoje atravessamos. O segundo prende-se com a particular forma de financiamento das atividades destes entes sociais. As suas principais fontes de receitas/rendimentos são os subsídios e os donativos. Esta peculiar forma de obtenção de recursos financeiros impõe-lhes responsabilidades acrescidas na sua prestação de contas, que *in casu* deve ser, particularmente, dirigida aos seus principais financiadores, visto que estão em causa recursos afetos a fins altruísticos. Neste contexto, torna-se muito relevante a utilização de todos os instrumentos de controlo que assegurem a transparência da informação divulgada por estas entidades. Por último, a informação disponibilizada por este universo caracterizava-se por ser escassa, dispersa e de natureza pouco comparável, dificilmente cumprindo os atuais requisitos impostos à prestação de contas, principalmente depois das exigentes divulgações determinadas pela adoção das normas do IASB-UE², ou mesmo, do Sistema de Normalização Contabilística (SNC). Por esse facto, tornou-se incontestável a necessidade de adotar um normativo particularmente adaptado a este tipo de entidades, que concretizasse a necessidade de aumentar a transparência da informação divulgada por estas entidades, a designada Norma Contabilística e de Relato Financeira para as Entidades do Setor não Lucrativo (NCRF-ESNL).

² Respeita às normas do *International Accounting Standard Board* (IASB) adotadas pela UE, através de Regulamento (CE) n.º 1126/2008 da Comissão, na sequência do Regulamento (CE) n.º 1606/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de julho.

Atualmente é assente que as demonstrações financeiras anuais deverão ser elaboradas de modo a dar uma imagem verdadeira e apropriada dos ativos e passivos, da posição financeira e do desempenho das entidades, quaisquer que sejam essas entidades. Para este tipo particular de entidades importa ponderar os interesses em jogo, com a convicção de que a informação contabilística que lhes é exigida precisa de encontrar um equilíbrio adequado entre os interesses dos diferentes destinatários das demonstrações financeiras e o interesse das entidades em não serem indevidamente sobrecarregadas com requisitos de divulgação³. Deve existir um equilibrado *trade-off* entre as necessidades de informação dos seus destinatários e os custos de a preparar, auditar e divulgar por parte das respetivas entidades.

Está amplamente demonstrado na doutrina⁴ que a certificação legal de contas (CLC) representa um importante mecanismo de *enforcement*, que assegura credibilidade e aumento da transparência da informação divulgada pelas diferentes entidades. Importa, por isso, tentar perceber porque sentiu o legislador necessidade de alterar o art. 12.º do DL 36-A/2011, de 9 de março⁵, alargando, por essa via, os limites dos critérios definidos para a obrigatoriedade da CLC para as entidades do setor não lucrativo⁶. Assim, e fruto desse aumento, isentou algumas das maiores entidades deste setor da exigência legal de certificação, por deixarem de se incluírem dentro dos limites definidos na nova redação do art. 12.º, como consequência da alteração introduzida pelo DL 64/2013, de 13 de março. Perceber essa alteração, bem como as suas principais consequências vai ser o nosso objetivo ao longo desta crónica. Começaremos por perceber, em primeiro lugar, qual é o conceito e a finalidade da auditoria no ponto seguinte, para em momentos subsequentes analisarmos, ainda que sumariamente, as exigências constantes no anterior diploma, bem como as suas alterações subsequentes. Finalizaremos com algumas breves notas conclusivas.

2 CONCEITO E FINALIDADE DA AUDITORIA

No nosso enquadramento jurídico-societário, o dever de fiscalização integrado na prestação de contas baseia-se no modelo das sociedades anónimas⁷. Já para as sociedades por quotas existe essa obrigatoriedade por exigência dos estatutos, ou

³ A nova Diretiva da contabilidade (Diretiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho) reforça bastante a necessidade dessa ponderação.

⁴ Sobre esta temática ver S. da EIRA SERRA (2013), *passim*. A autora apresenta uma extensa bibliografia a este respeito.

⁵ O art. 12.º do DL 36-A/2011, de 9 de março, veio a ser alterado por força do DL 64/2013, de 13 de maio.

⁶ Cfr. consta da nova redação do art. 12.º do DL 36-A/2011, de 9 de março, alterado por força do DL 64/2013, de 13 de maio.

⁷ Este ponto segue de perto o que referimos em A. GOMES RODRIGUES (2010: 136 e ss.).

por lei, desde que tais entidades ultrapassem os limites definidos no art. 262.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC)⁸. Também para as entidades do setor não lucrativo, e tendo em conta as suas particularidades, só se justifica a exigência de revisão/certificação legal de contas em determinadas situações previstas na lei. Assim, dispunha-se no art. 12.º do DL 36-A/2011, de 9 de março, sobre a obrigatoriedade de certificação legal das contas para as ESNL: «(...) ficam sujeitas anualmente a certificação legal das contas as demonstrações financeiras das entidades que apresentem contas consolidadas e, bem assim, das que ultrapassem os limites referidos no artigo 262.º do Código das Sociedades Comerciais, nos termos nele previstos». Esta obrigatoriedade de revisão legal está condicionada à superação, durante dois anos consecutivos, de dois dos três limites definidos neste preceito. Todavia, este preceito- art. 12.º do DL 36-A/2011 - veio a ser revogado e um novo preceito o substitui, o qual alterou significativamente os limites referidos no art. 262.º do CSC.

Tendo em conta a natureza de interesse público da fiscalização das contas, cabe a uma ordem profissional, a Ordem dos Revisores Oficiais de Contas (OROC), a tarefa de regular a atividade dos entes com competência exclusiva para exercerem essas funções de fiscalização, concretamente os Revisores Oficiais de Contas (ROC).

O regime jurídico dos ROC encontra-se estabelecido no Decreto-Lei n.º 487/99, de 16 de novembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 224/2008, de 20 de novembro⁹. Prevê que apenas ROC individuais ou organizados em sociedades (SROC) têm competência exclusiva para a revisão legal de contas¹⁰.

A revisão legal consiste no exame às contas, em ordem à sua certificação legal nos termos do disposto no art. 44.º do mesmo diploma. Assim, na sequência da

⁸ Segundo o n.º 2 do art. 262.º do CSC, com a epígrafe «Fiscalização», afirma-se que as sociedades por quotas que não tenham optado pela criação de um conselho fiscal devem designar, por imposição legal, um ROC para proceder à revisão legal sempre que, durante dois anos consecutivos, tenham ultrapassado dois dos três limites previstos nas alíneas a) a c) daquele preceito. São eles: total de balanço – 1 500 000 €; total de vendas líquidas e outros proveitos – 3.000.000€; número médio de trabalhadores empregados durante o exercício – 50. A designação do ROC deixa de ser necessária a partir do momento em que a sociedade opte por ter um conselho fiscal ou deixe de ultrapassar dois dos três limites objetivos definidos anteriormente, durante dois anos consecutivos. Se houver conselho fiscal, ele tem de integrar um ROC por força das normas aplicáveis às sociedades anónimas.

⁹ Esta alteração foi consequência da transposição da Diretiva 2006/43/CE (Diretiva da Auditoria, 2006), mediante publicação do Decreto-Lei n.º 224/2008, de 20 de novembro que altera o Estatuto da OROC.

¹⁰ No art. 41.º do Decreto-Lei n.º 224/2008, define-se o conceito de auditoria do seguinte modo: «A atividade de auditoria integra os exames e outros serviços relacionados com as contas de empresas ou de outras entidades efetuados de acordo com as normas de auditoria em vigor, compreendendo: a) A revisão legal de contas exercida em cumprimento de disposição legal e no contexto dos mecanismos de fiscalização das entidades ou empresas objeto de revisão em que se impõe a designação de um revisor oficial de contas; b) A auditoria às contas exercida em cumprimento de disposição legal, estatutária ou contratual; c) Os serviços relacionados com os referidos nas alíneas anteriores, quando tenham uma finalidade ou um âmbito específicos ou limitados.»

revisão legal, será emitida a certificação legal das contas (CLC)¹¹, a qual exprime a opinião do ROC, de que os documentos de prestação de contas apresentam ou não, de forma verdadeira e apropriada a situação financeira da empresa, bem como os resultados das suas operações, relativamente à data e ao período a que as mesmas se referem (n.º 2, do art. 44.º, do DL 224/2008).

Para a emissão da CLC, os ROC terão de obedecer a um conjunto de normas técnicas de revisão legal de contas emanadas pela OROC. A fiscalização incide sobre a regularidade dos registos e dos documentos elaborados para retratar a atividade de uma qualquer entidade sujeita à referida certificação.

Tendo em conta que a elaboração das demonstrações financeiras (DF) é da única e exclusiva responsabilidade dos órgãos de gestão, a revisão legal dessas contas, enquanto opinião emitida por uma entidade profissional e independente, assume-se de particular relevância para todos os utentes dessas DF, pois baseia-se em juízos profissionais independentes¹² e em normas técnicas bastante exigentes. Logo, para as contas objeto da revisão legal, existe uma presunção ou uma convicção de conformidade do parecer constante da CLC com a realidade da empresa e com as regras técnicas no exercício de competência funcional exclusiva. O legislador vai mais longe, e atribui fé pública à CLC.

Tal como se refere nos relatórios de certificação legal das contas, o ROC ou a SROC procede ao exame efetuado de acordo com as normas e diretrizes técnicas da OROC, as quais exigem que o exame seja planeado e executado com o objetivo de obter um grau de segurança aceitável sobre se as DF estão isentas de distorções materialmente relevantes. Para tanto, o exame inclui a verificação, numa base de amostragem, do suporte das quantias e divulgações constantes das DF e a avaliação de estimativas, baseadas em juízos e critérios definidos pelo conselho de administração ou gerência, utilizadas na sua preparação; a apreciação sobre se são adequadas as políticas contabilísticas adotadas e a sua divulgação, tendo em conta as suas circunstâncias concretas; a verificação da aplicabilidade do princípio da continuidade; e a apreciação sobre se em termos globais é adequada a apresentação das DF.

Com base em todos os requisitos referidos anteriormente e considerados indispensáveis para efetuar o exame às DF, o ROC tem de se pronunciar sobre se esta análise lhe proporciona uma base aceitável para expressar e emitir a sua opinião. Normalmente a opinião, em caso de um relatório não modificado, aparece com o

¹¹ A CLC pode ser modificada quando existam ênfases ou reservas. As primeiras são situações que não afetam a opinião do ROC, mas que exigem ou justificam uma menção na CLC. As segundas são situações que afetam a opinião do ROC e podem ser do seguinte tipo: incertezas fundamentais, limitações de âmbito e desacordos.

¹² Independência que tem vindo a ser questionada na doutrina. Veja-se toda esta problemática desde os primeiros escândalos financeiros que assolaram os EUA, no início do século XXI. Ver S. da EIRA SERRA (2013).

seguinte conteúdo: «em nossa opinião, as DF referidas apresentam de forma verdadeira e apropriada, em todos os aspetos materialmente relevantes, a posição financeira da sociedade X e o resultado das suas operações no exercício findo naquela data em conformidade com os princípios contabilísticos geralmente aceites».

A certificação legal de contas visa, assim, reforçar a credibilidade da informação de natureza financeira, assente em princípios de veracidade, objetividade e atualidade. A IAS¹³ 200 refere que «a finalidade de uma auditoria é aumentar o grau de confiança dos destinatários das demonstrações financeiras. Isto é conseguido pela expressão de uma opinião do auditor sobre se as demonstrações financeiras estão preparadas, em todos os aspetos materiais, de acordo com um referencial de relato financeiro aplicável» (IFAC, 2010: 82).

Os estudos desenvolvidos sobre a influência do relatório de auditor no processo de decisão dos *stakeholders*, na generalidade, tem vindo a provar a sua relevância, enquanto mecanismo de credibilização da informação divulgada. Importa, por isso, perceber quais as exigências previstas no diploma de criação do subsistema de contabilidade das ESNL, no que respeita às exigências de certificação legal de contas.

3 O DECRETO-LEI 36-A/2011, DE 9 DE MARÇO E SUAS IMPOSIÇÕES NO QUE À AUDITORIA RESPEITA

O Decreto-Lei n.º 36-A/2011, de 9 de março, aprovou o regime da normalização contabilística para as entidades do setor não lucrativo (ESNL)¹⁴, que faz parte integrante do Sistema de Normalização Contabilística (SNC)¹⁵⁻¹⁶. A NCRF-

¹³ *International Auditing Standards* (Norma Internacional de Auditoria). Utiliza-se, normalmente, a sigla do termo em inglês.

¹⁴ Anteriormente as IPSS adotavam o PCIPSS (Plano de Contas das Instituições Particulares de Solidariedade Social); as fundações podiam adotar o POC ou as IAS /IFRS, as mutualidades o PCAM (Plano de Contas das Associações Mutualistas); as Federações Desportivas, Associações e Agrupamento de Clubes o PROFAC (Plano Oficial de Contabilidade para as Federações Desportivas, Associações e Agrupamento de Clubes).

¹⁵ Segundo o art. 3.º do DL 158/2009, de 13 de julho, sob a epígrafe de «Âmbito» refere-se que o SNC é obrigatoriamente aplicável às seguintes entidades: «1. (...) a) Sociedades abrangidas pelo Código das Sociedades Comerciais; b) Empresas individuais reguladas pelo Código Comercial; c) Estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada; d) Empresas públicas; e) Cooperativas; f) Agrupamentos complementares de empresas e agrupamentos europeus de interesse económico. 2. Até que sejam publicadas normas para as entidades sem fins lucrativos, são abrangidas pelo SNC outras entidades que, por legislação específica, se encontrem sujeitas ao Plano Oficial de Contabilidade, doravante designado POC, ou venham a estar sujeitas ao SNC. 3. O disposto nos artigos 6.º a 8.º não prejudica o regime constante do Decreto-Lei n.º 147/94, de 25 de Maio, e não se aplica às entidades abrangidas pelo n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 36/92, de 28 de Março.»

¹⁶ Este diploma teve uma primeira alteração com a publicação da Lei n.º 66-B/2012 de 31 de Dezembro, que veio a acrescentar um novo número ao art. 5.º do DL 36-A/2011, permitindo que alguns tipos de

-ESNL¹⁷ corresponde à criação de regras contabilísticas próprias, aplicáveis especificamente às entidades que prossigam, a título principal, atividades sem fins lucrativos e que não possam distribuir aos seus membros ou contribuintes qualquer ganho económico ou financeiro direto, designadamente associações, fundações e pessoas coletivas públicas de tipo associativo.

A aplicação do regime da normalização contabilística às ESNL, onde se incluem as instituições particulares de solidariedade social (IPSS) e equiparadas¹⁸, obrigava à certificação legal das contas, através de um ROC, no caso das entidades que ultrapassassem dois dos três limites estabelecidos no artigo 262.º do CSC¹⁹. Esta exigência veio a ser profundamente alterada com a publicação do DL 64/2013, de 13 de maio²⁰.

A exigência prevista no DL 36-A/2011 baseia-se, em nossa opinião, em alguns fundamentos que se assumem centrais para este tipo de entidades sem finalidades lucrativas. Primeiro, exige-se particulares deveres de uma adequada e necessária fiscalização, à semelhança do previsto na lei societária para as sociedades de capitais (sociedades anónimas; sociedades em comandita por ações e sociedades por quotas. Neste último caso, apenas quando a CLC lhes é requerida por exigência da lei ou do contrato), com vista a que essas entidades não defraudem os seus financiadores e credores, particularmente, os seus financiadores (públicos e doadores), os seus utentes (clientes) que dependem da sobrevivência dessas entidades, e de todos os outros agentes que interagem, direta ou indiretamente, com a generalidade dessas entidades, e de modo permanente. Segundo, a prática de preparação e divulgação de informação financeira era muito diversa dentro deste universo, colocando em causa a comparabilidade e a transparência dessa informação, que não assegurava as condições necessárias para que os principais destinatários pu-

cooperativas pudessem integrar o novo regime contabilístico, a dita NCRF-ESNL. Afirma esse n.º 3 que «Sem prejuízo do disposto no número anterior, o presente diploma aplica-se às cooperativas cujo ramo específico não permita sob qualquer forma, direta ou indireta, a distribuição de excedentes, designadamente as cooperativas de solidariedade social, previstas na alínea m) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 51/96, de 7 de setembro, equiparadas a instituições particulares de solidariedade social e, nessa qualidade, registadas na Direção-Geral da Segurança Social.»

¹⁷ Cfr. já tivemos oportunidade de referir em vários fóruns de especialidade, discordámos em absoluto da terminologia adotada pelo legislador contabilístico, pois entendemos que na Europa e, mesmo em Portugal, já existia tradição na ideia das entidades da economia social ou do terceiro setor, sem necessidade, de mais uma vez, colonizarmos a nossa ordem jurídica com conceitos de tradição estranha à nossa cultura, pois esta é a terminologia dominante nos EUA.

¹⁸ Algumas destas entidades beneficiam do estatuto de utilidade pública, o que, em nossa opinião, justifica que estas prestem informação mais transparente e credível.

¹⁹ Cfr. art. 12.º do DL 36-A/2011, de 9 de março.

²⁰ Cfr. teremos oportunidade de analisar *infra*.

dessem tomar as suas decisões com base na informação divulgada²¹. Os mecanismos de fiscalização eram muito ténues ou inexistentes, apesar de algumas dessas entidades envolverem significativos montantes de recursos, muitos deles públicos ou de natureza filantrópica, e gerirem montantes de investimentos e volumes de negócios muito significativos. Assim, foi opção do legislador contabilístico melhorar a qualidade da informação divulgada. Para esse efeito, entendeu que seria necessário exigir para as maiores entidades do setor não lucrativo a necessidade da sua informação ser credibilizada através de um perito independente (ROC), sujeito a fortes exigências do órgão regulador da profissão.

A preparação da informação envolve custos significativos para todas as entidades, existindo hoje uma preocupação de redução dos custos de contexto no que respeita às profundas exigências informativas que penalizam a generalidade das entidades. Para o universo em análise esta preocupação tem que ser acrescida, dada a natureza da sua função social.

São recorrentes as críticas deste tipo de entidades sobre a inexistência de uma uniformidade da informação solicitada, sendo que precisam de divulgar um tipo de informação para atender às exigências do legislador contabilístico; outro para atender às exigências civis e societárias; outro para fins fiscais; e, por último e não menos relevante, necessitam de atender às exigências das entidades financiadoras, nomeadamente, a segurança social.

Não entendemos a dispersão dessas exigências, e em nossa opinião, não há razões suficientemente válidas que permitam justificar essa disparidade de informações exigidas a estas entidades.

Criadas que foram especiais regras contabilísticas de preparação e divulgação de informação, teria sido importante que os organismos que se relacionam com regularidade com estas entidades, a maioria deles públicos, como por exemplo os serviços de segurança social, se tivessem adaptado às exigências que vieram a ser criadas por imposição do DL 36-A/2011. Todavia, outro podia ter sido o caminho, pois estas entidades deviam ter feito valer as suas particulares necessidades informativas junto do órgão responsável pela emissão das regras contabilísticas – a Comissão de Normalização Contabilística (CNC), de modo que as exigências de divulgação imposta na norma, a NCRF-ESNL, atendessem desde logo às particularidades informativas desses serviços, pois sabemos que estes são alguns dos principais utentes/destinatários da informação financeira das ESNL. Não se encontra justificação suficientemente válida para não ter havido uma procura de

²¹ Em estudo efetuado, em exclusivo para as fundações, por A. FILIPA COELHO (2010), *passim*, conclui-se que das 27 fundações analisadas, 64% tem certificação legal de contas e 36% não. Das que têm certificação legal, cerca de 56% não apresentam reservas; 13% não têm reservas mas ênfases; e cerca de 25% apresentam reservas. Com reservas e ênfases aparecem 6% dessas entidades. As autoras afirmam neste trabalho que a informação disponível destas entidades é escassa, dispersa e essencialmente qualitativa.

uniformidade de linguagem e de exigências de divulgação para todas estas entidades. Todavia, não nos parece que as alterações impostas pelo DL 64/2013, de 13 de maio sejam o mecanismo mais adequado para procurar reduzir os custos de contexto neste tipo de entidades²².

4 ALTERAÇÕES SUBSEQUENTES E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DA AUDITORIA

Depois de dois anos de obrigatoriedade de certificação de contas²³ para as entidades do setor não lucrativo, que ultrapassassem dois dos três limites definidos no art. 262.º do CSC (3 milhões de volume de negócios; 1,5 milhões de balanço e 50 trabalhadores), foi opção do legislador alargar esses limites para efeitos da exigência legal de CLC para 5,1 milhões de euros de volume de negócios; um valor de balanço de 2.550.000€; e um número de trabalhadores de 85. Deste modo, algumas das maiores entidades do setor não lucrativo viram-se isentadas da exigência da certificação legal, por não preencher os novos limites que vieram a ser definidos no Decreto-Lei 64/2013, de 13 de maio²⁴.

No preâmbulo deste diploma invocam-se as razões que justificam a alteração da exigência de CLC para as entidades do setor não lucrativo. Apela-se, para o efeito, às seguintes motivações: «(...) especificidade da atividade do setor social, que exige, em termos de dimensão mínima de investimento e de número de trabalhadores, um valor que não é equiparável ao das sociedades comerciais, a aplicação dos limites estabelecidos no artigo 262.º do Código das Sociedades Comerciais às instituições particulares de solidariedade social e equiparadas, não só se revela desajustado e desproporcionado, como traduz um esforço financeiro acrescido, tendo em conta o controlo público já feito aos orçamentos e contas, nos termos do n.º 1 do artigo 33.º e do artigo 34.º, ambos do Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de fevereiro, que aprova o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social».

As razões apontadas são, em nossa opinião, no mínimo difíceis de entender, pois recorrem a dois conceitos indeterminados como sejam a «dimensão mínima de investimento e de número de trabalhadores, um valor que não é equiparável ao das sociedades comerciais». Importa questionar o entendimento subjacente a esta afirmação: a dimensão destas entidades é maior ou menor do que a das sociedades por quotas? Atendendo ao fator que vem a ser escolhido para delimitar o número

²² Cfr. teremos oportunidade de analisar *infra*.

²³ Cfr. art. 12.º do DL 36-A/2011.

²⁴ O presente decreto-lei procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 36-A/2011, de 9 de março, alterado, primeiramente, pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro. Supra referimos a alteração imposta por essa lei, que se prende com as entidades a que se aplica a NCRF-ESNL.

de entidades sujeitas à certificação legal de contas, parece que os valores destas entidades são menos relevantes do que os das sociedades comerciais.

A segunda razão invocada, de que o controlo público já é feito através dos orçamentos e contas, parece-nos também estranho. Porquanto, se assim é, interessa perceber porque houve a necessidade de exigir a estas entidades a preparação da informação contabilística de acordo com os critérios subjacentes ao normativo IASB e SNC, quando nestes normativos se exige que as DF que sejam preparadas e divulgadas atendam aos interesses de todos os agentes que com essas entidades estabelecem relações profissionais, por isso são designadas de DF de finalidades gerais. Se a informação que estas entidades preparam e divulgam interessa apenas ao setor público, importa concluir que o normativo contabilístico deveria ter sido outro. Todavia, essa não foi a opção política tomada em Portugal. Optou-se por um sistema contabilístico eivado de subjetivismo²⁵, em cujo conteúdo se recorre com demasiada frequência a juízos profissionais, os quais necessitam de posterior validação, no sentido da credibilização e transparência dessa informação. E neste contexto, a existência de entidades independentes, como devem ser os ROC, que funcionam como um importante mecanismo de *enforcement*, validando a qualidade da informação divulgada, permite dar segurança a todos aqueles que têm que tomar decisões, com a matéria-prima indispensável para o efeito: as DF de finalidades gerais. É nossa opinião que os mecanismos de *enforcement* para a generalidade das entidades, particularmente para aquelas que beneficiam de recursos públicos, devem ser uma prática a adotar, em nome das boas práticas que se devem exigir a qualquer entidade, e muito particularmente aquelas que são beneficiárias de dinheiros públicos.

Importa, ainda, atender à falta de coerência daquele segundo argumento face à atual revisão que se está a proceder para efeitos da elaboração e divulgação da informação contabilística de todas as entidades públicas, fortemente inspirada no normativo empresarial, e visando essencialmente aumentar a transparência da informação divulgada por essas entidades.

Fruto desta decisão de isentar as entidades do setor não lucrativo da certificação legal de contas, refere-se ainda no preâmbulo do DL 64/2013 que «as

²⁵ Ver o que referimos a este propósito em A. GOMES RODRIGUES (2011: 82) «no âmbito deste novo sistema contabilístico prevê-se um aumento da intervenção dos preparadores na definição das práticas contabilísticas e nos juízos de valor sobre os factos patrimoniais, o que se traduz numa maior subjetividade na decisão e, por conseguinte, numa maior responsabilidade, pois prevê-se um conjunto muito lato de situações que envolvem essencialmente juízos profissionais, por conseguinte, uma maior responsabilidade por parte dos preparadores dessa informação. Esse tipo de juízos, para aferir a existência e o reconhecimento dos elementos nas DF, cabe no âmbito da discricionariedade técnica dos responsáveis pela sua elaboração, razão pela qual deverá ser sindicada por uma eficiente e exigente certificação/revisão legal de contas, enquanto mecanismo indispensável de *enforcement* no sentido de credibilizar essa informação, já que a mesma serve de suporte a grande parte das decisões dos agentes económicos que atuam num contexto macroeconómico cada vez mais volátil e agressivo».

instituições particulares de solidariedade social e equiparadas abrangidas pelo Protocolo de Cooperação celebrado pela Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade, pela União das Misericórdias Portuguesas e pela União das Mutualidades Portuguesas com o Ministério da Solidariedade e da Segurança Social, apenas devem ficar sujeitas a certificação legal de contas quando, durante dois anos consecutivos, ultrapassem dois dos três limites estabelecidos no artigo 262.º do Código das Sociedades Comerciais multiplicados por um fator de 1,70²⁶».

Realmente na sequência desta alteração legislativa²⁷, apenas explicável, em nossa opinião, se entendermos que o ministério da tutela atribui ao protocolo de cooperação celebrado entre o MSSSS e as IPSS, as mutualidades e as misericórdias, um importante mecanismo de credibilização da informação financeira daquelas entidades, que pode substituir a avaliação de um perito independente, como é o caso de um ROC. Todavia, entendemos que o protocolo de cooperação não pode e não deve substituir o exame às DF exigido para efeitos de elaboração da CLC. Estas entidades, atendendo ao seu objeto social, aos particulares mecanismos de financiamento que as caracterizam, exigem particulares mecanismos de credibilização da sua informação financeira. O acréscimo de 1,7 nos limites previstos no art. 262.º do CSC para as sociedades por quotas, e reproduzidos na primeira versão do art. 12.º do DL 36-A/2011 (volume de negócios; valor de balanço e número de trabalhadores) para as entidades do setor não lucrativo, para os novos limites previsto no DL 64/2013 (e que conduziu à nova redação do art. 12.º do DL 36-A/2011) devia ser sido adequadamente explicada pelo legislador. Pois não se percebe que os requisitos de credibilização da informação financeira das sociedades por quotas sejam mais exigentes do que nas entidades do setor não lucrativo, que sobrevivem, na maior parte dos casos, das transferências de dinheiros públicos.

Relativamente à opção tomada pelo legislador importa perguntar qual a razão teórica subjacente à escolha do fator 1,7. Porquê 1,7 e não 1,5 ou 2? Desconfiamos

²⁶ O art. 3.º do DL 64/2013, com a epígrafe «Primeira aplicação» refere que «no caso da primeira aplicação por uma entidade, do regime de normalização contabilística para as entidades do setor não lucrativo, a verificação dos limites previstos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 36-A/2011, de 9 de março, alterado pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, na redação dada pelo presente decreto-lei, reporta-se às demonstrações financeiras dos dois exercícios imediatamente anteriores».

²⁷ O novo artigo 12.º do DL 36-A/2011, de 9 de março, depois da revisão imposta pelo DL 64/2013, de 13 de maio, tem a seguinte redação: 1. Ficam sujeitas anualmente a certificação legal das contas as demonstrações financeiras das entidades que apresentem contas consolidadas. 2. Ficam sujeitas anualmente a certificação legal das contas as demonstrações financeiras das entidades que, não apresentando contas consolidadas, ultrapassem os limites referidos no artigo 262.º do Código das Sociedades Comerciais, nos termos nele previstos. 3. No que respeita às instituições particulares de solidariedade social e equiparadas abrangidas pelo Protocolo de Cooperação celebrado pela Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade, pela União das Misericórdias Portuguesas e pela União das Mutualidades Portuguesas com o Ministério da Solidariedade e da Segurança Social, os limites referidos no número anterior são multiplicados por um fator de 1,70.»

que exista uma razão teórica suficientemente válida para esta opção legislativa. Todavia, a escolha desse fator pode significar que fiquem isentas de controlo, através da certificação legal de contas, entidades que podem atingir um volume de negócios de 5 100 000 €; um valor de balanço de 2 550 000 €; e um número de trabalhadores de 85.

Para a miríade de entidades do setor não lucrativo esta isenção não tem quaisquer reflexos, beneficiando apenas as grandes entidades do setor não lucrativo. Aliás, apenas aproveitarão esta isenção, aquelas que já têm condições e se exige que sejam mais transparentes, principalmente, quando os seus recursos financeiros são, na sua grande maioria, públicos. Não entendemos a opção do legislador, pois as entidades que beneficiam dessa isenção de obrigatoriedade de CLC, depois da publicação do DL 64/2013, são realmente algumas das maiores entidades do setor não lucrativo, e conseqüentemente são aquelas que absorvem a maior fatia de recursos públicos, ou mesmo de doadores privados. Por este facto, estas são as entidades que maiores necessidades têm de terem as suas DF certificadas, visando assegurar a maior credibilidade possível à informação que divulgam.

Em nossa opinião, e em nome de uma maior transparência da informação financeira, devia impor-se a estas entidades maiores requisitos para a credibilização das suas DF, e a CLC é um dos mais importantes mecanismos para atingir esse objetivo.

5 BREVES NOTAS CONCLUSIVAS

O Decreto-Lei n.º 64/2013, de 13 de maio, trouxe uma profunda alteração nas exigências de revisão/certificação legal de contas para as ESNL, nomeadamente, para as entidades signatárias do Protocolo de Cooperação com o MSSS, que envolveu a Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade, a União das Misericórdias Portuguesas e a União das Mutualidades Portuguesas.

A origem pública de grande parte dos seus financiamentos, bem como a natureza altruística de muitos outros recursos, impõem a estas entidades exigências de um relato mais transparente, pois efetivamente os recursos com os quais financiam as suas atividades são dinheiros públicos e todos os contribuintes têm o direito de saber como esses recursos estão a ser aplicados.

Assim sendo, e uma vez que a doutrina tem vindo a recolher evidência de que a certificação legal das contas é hoje o principal mecanismo de credibilização da informação financeira para todas as entidades, entendemos que o acréscimo dos limites previstos no DL 64/2013 deve ser olhado com alguma desconfiança por parte dos destinatários da informação destas entidades.

Para minimizar os custos de preparação e divulgação de informação, os ditos custos de contexto, o legislador podia, e devia, ter-se socorrido de outros mecanismos mais adequados e mais relevantes em termos de custos a suportar, como

sejam a uniformização da informação exigida pelas diferentes entidades públicas. Esta opção poderia conduzir a poupanças significativas nos custos da preparação da informação necessária, sem que fosse indispensável subtrair estas entidades, particularmente aquelas que envolvem significativos montantes de capitais públicos, da obrigatoriedade de certificar as suas demonstrações financeiras. Com esta opção política perdeu-se um importante mecanismo de credibilização e de transparência da informação financeira, que importaria assegurar para todas as entidades que utilizam, essencialmente, dinheiros públicos.

Em síntese, entendemos que seria importante existir uma coordenação de esforços no sentido de alguma simplificação nas exigências de preparação, divulgação e auditoria das DF deste tipo de entidades, particularmente atendendo às diferentes exigências informativas requeridas pelos diferentes organismos públicos que interagem com essas entidades. Deste modo, poder-se-ia contribuir para a redução dos custos de contexto relacionados com a sua prestação de contas. Todavia, a opção tomada pelo legislador de isentar da obrigação de CLC entidades do setor não lucrativo que envolvem já recursos significativos não nos parece ser o mecanismo mais adequado para a defesa da transparência e credibilidade da informação divulgada, já que a CLC é considerado um importante meio de assegurar a idoneidade das contas de todas as entidades, e muito em particular, daquelas que são financiadas por recursos públicos.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- COELHO, A. FILIPA, *Financial Reporting by Portuguese Foundations*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa, 2010.
- IFAC, *Manual das Normas Internacionais de Controlo de Qualidade, Auditoria, Revisão, Outros Trabalhos de Garantia de Fiabilidade e Serviços Relacionados*, International Federation of Accountants, 2010.
- RODRIGUES, A. GOMES, “Prestação de Contas e o Regime Especial de Invalidez das Deliberações Previstas no art. 69.º do CSC”, *Miscelâneas*, n.º 6, IDET, Coimbra, Almedina, (2010), pag. 95-183.
- RODRIGUES, A. GOMES, “Modelos de Relato em Portugal: o caso particular das PME”, *Tékhnē – Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. IX, n.º 15, Fevereiro, (2011), pag. 59-103.
- SERRA, S. da EIRA, *A relevância de auditoria para os investidores institucionais, analistas financeiros e analistas de crédito*, Tese de Doutoramento apresentada na Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho, Braga, 2013.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 36 (2014), páxs. 305-316
ISSN: 1130-2682

**O VOLUNTARIADO E A PROMOÇÃO DO
VOLUNTARIADO EM PORTUGAL**

*VOLUNTEERING AND VOLUNTEERING
PROMOTION IN PORTUGAL*

SÍLVIA FERREIRA¹

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e investigadora do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Correio eletrónico: smdf@fe.uc.pt.

RESUMO

Esta crónica reporta-se ao Plano Nacional do Voluntariado 2013-2015, lançado em 2013 pelo governo português. Este Plano situa-se na tendência internacional para o desenvolvimento de uma infraestrutura do voluntariado, mas reconhece-se a sua débil execução. Reporta-se também ao contexto nacional da evolução do voluntariado e da sua promoção e algumas das suas características mais salientes. Assinala-se o lugar relativamente marginal que o voluntariado ocupa na sociedade portuguesa quando se toma por referência a maioria dos países europeus. Interpreta-se esta debilidade à luz de algumas características marcantes da sociedade e da proteção social, sustentando-se que as políticas orientadas para o desenvolvimento da infraestrutura do voluntariado têm de estar articuladas com políticas mais gerais que tenham presente as interdependências entre a atividade voluntária e os níveis de bem-estar e de confiança nas sociedades.

PALAVRAS-CHAVE: infraestrutura do voluntariado, políticas, bem-estar.

ABSTRACT

This chronicle refers to the National Volunteering Plan 2013-2015, launched in 2013 by the Portuguese government. This Plan is situated in the international trend for the development of a volunteering infrastructure, but its weak implementation is acknowledged. The chronicle also refers to the national context of the evolution of volunteering and its promotion and some of its more prominent features. It indicates the relatively marginal place that volunteering occupies in the Portuguese society when one compares it with many other European countries. This weakness is interpreted in light of some of the most visible features of the Portuguese society and social protection. It is argued that policies oriented to the development of the volunteering infrastructure need to be articulated with broader policies that consider the interdependencies between volunteering activity and welfare and trust levels.

KEYWORDS: volunteering infrastructure, policy, welfare.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O CONCEITO. 3. O VOLUNTARIADO EM PORTUGAL. 4. A INFRAESTRUTURA DO VOLUNTARIADO. 5. O PLANO NACIONAL DE VOLUNTARIADO. 6. CONCLUSÃO.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. CONCEPT. 3 VOLUNTEERING IN PORTUGAL. 4. VOLUNTEERING INFRASTRUCTURE. 5. NATIONAL VOLUNTEERING PLAN. 6. CONCLUSION.

I. INTRODUÇÃO

O governo português aprovou, em 2013, o Plano Nacional do Voluntariado 2013-2015 (PNV)². Após um ano e meio é tempo de fazer um balanço deste Plano, colocando-o em perspetiva no que diz respeito ao que tem sido a evolução da promoção do voluntariado em Portugal e as principais tendências nacionais e internacionais neste domínio.

Este Plano estrutura-se em três eixos de intervenção, que incluem: Eixo 1) «*Sensibilizar e Divulgar*», visando promover o voluntariado na sociedade portuguesa, quer ao nível dos seus valores, quer ao nível da mobilização dos cidadãos; Eixo 2) «*Promover e Formar*», numa perspetiva de abrangência transversal dos vários organismos do Estado, e; Eixo 3: «*Agir e Desenvolver*», orientado para o setor social com vista à capacitação das organizações para a promoção do voluntariado. Os três eixos orientam-se para os cidadãos, o Estado e as organizações do terceiro setor, onde se tem verificado um desempenho relativamente fraco.

Nesta crónica, começa-se por enquadrar o significado do voluntariado em Portugal no que diz respeito à sua dimensão e características e significado relativo em comparação com os países Europeus. Assinalam-se alguns elementos de fraqueza do voluntariado em Portugal ao nível da sociedade, do Estado e do terceiro setor, para os quais se dirige o PNV. De seguida, efetua-se a contextualização histórica recente da promoção do voluntariado em Portugal, bem como os principais elementos da sua infraestrutura. Finalmente efetua-se um balanço da implementação do PNV.

² PORTUGAL: Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2013, DR n.º 88, I Série, 8-2013, pág. 2729-2733.

2. O CONCEITO

O voluntariado tem vindo a passar por transformações no que diz respeito ao seu significado e enquadramento nas sociedades contemporâneas. De uma atenção relativamente marginal em muitos países, como é o caso de Portugal, tem vindo a assumir uma presença crescente nas políticas públicas e na atenção mediática.

Tem sido difícil fixar um significado único e incontestado de voluntariado, considerando-se que a fixação do conceito leva inevitavelmente à exclusão de práticas sociais. É o caso da definição legal de voluntariado em Portugal, que define voluntariado como «o conjunto de acções de interesse social e comunitário realizadas de forma desinteressada por pessoas, no âmbito de projectos, programas e outras formas de intervenção ao serviço dos indivíduos, das famílias e da comunidade desenvolvidos sem fins lucrativos por entidades públicas ou privadas» (Art. 2.º, 1) e exclui «as actuações que, embora desinteressadas, tenham um carácter isolado e esporádico ou sejam determinadas por razões familiares, de amizade e de boa vizinhança» (Art. 2.º, 2)³.

Ressalta assim que no enquadramento legal em Portugal apenas são consideradas as atividades no âmbito do voluntariado formal, ou seja, nas organizações.

É pela impossibilidade de homogeneizar o voluntariado num só tipo de prática que têm surgido formas de classificação das atividades voluntárias que tentam dar conta das suas diferenças. Entre estas, encontra-se uma classificação quanto ao grau de formalidade, entre o formal e o informal, o primeiro levado a cabo em grupos ou organizações e o segundo realizado numa base interpessoal no contexto de relações de vizinhança e da dádiva de tempo⁴; no âmbito das organizações, distingue-se o voluntariado dirigente e não dirigente, o primeiro relacionado com a presença e atividades nos órgãos sociais das organizações e o segundo associado ao trabalho no terreno⁵, quanto à regularidade, é habitual encontrar a classificação de voluntariado ocasional ou regular sendo que, para Rotolo e Wilson⁶, por exemplo, no voluntariado ocasional, os voluntários envolvem-se em campanhas únicas, recolhas de fundos, concertos de beneficência, geralmente organizados uma vez (ou várias) por ano, enquanto no voluntariado regular existem atividades de longo prazo desenvolvidas regularmente, implicando um compromisso mais contínuo com a organização. Nestes casos, existe geralmente um acordo formalizado entre

³ PORTUGAL: Lei n.º 71/98, de 3 de Novembro: Bases do enquadramento jurídico do voluntariado, DR n.º 254, I Série A, 3-11-1998, art.º 2.º, pág 5694-5696 (5694).

⁴ I. HARDILL e S. BAINES, *Enterprising Care? Unpaid Voluntary Action in the 21st Century*, Bristol, Policy Press, 2011.

⁵ A. DELICADO *et al.*, *Caracterização do Voluntariado em Portugal*, Comissão para o Ano Internacional dos Voluntários, Lisboa, 2002.

⁶ T. ROTOLO, e J. WILSON, «Work Histories and Voluntary Association Memberships», *SOCIOLOGICAL FORUM*, 18 (2003), pág. 603-619.

a organização e a pessoa que faz trabalho voluntário e algum investimento da organização na formação destas pessoas.

3 O VOLUNTARIADO EM PORTUGAL

De acordo com a Conta Satélite da Economia Social, 11,5% da população residente com 15 ou mais anos participou em pelo menos uma atividade formal e/ou informal de trabalho voluntário no último ano. Dados idênticos foram identificados pelo Eurobarómetro em 2011, que identificou uma taxa de 12%. Se tivermos em conta a evolução das taxas de voluntariado em Portugal, e apesar da diferença das fontes e a instabilidade do conceito, adivinha-se uma estagnação nos atuais níveis de voluntariado desde 2002, e mesmo um decréscimo desde 1990⁷. Em termos de comparações europeias, a participação no voluntariado em Portugal situa-se em valores bastante baixos, correspondendo a metade da média Europeia (que é de 24%) — situando-se em antepenúltimo lugar, em igualdade com a Bulgária (12%), estando a Polónia no último lugar (9%), e bastante aquém do país com mais elevados níveis de voluntariado, a Holanda (57%)⁸. Verifica-se, em Portugal, uma repartição equitativa entre o trabalho formal e informal, abrangendo taxas de 6,2% e 6,8%, respetivamente, correspondendo, no primeiro caso, ao voluntariado feito para ou através de uma organização e, no segundo, ao voluntariado feito diretamente pelo indivíduo a outros indivíduos não pertencentes ao seu agregado familiar.

Os dados do Inquérito ao Trabalho Voluntário 2012 revelam que as pessoas com níveis de escolaridade mais elevados tendem a evidenciar maiores taxas de voluntariado.⁹ É também nas qualificações mais elevadas que se verifica o predomínio do voluntariado formal, onde as pessoas com ensino superior representam 14,5% do voluntariado e apenas 7,4% no voluntariado informal. A taxa de voluntariado dos jovens dos 15 aos 24 é superior no voluntariado formal (8,3% para 3,4%), seguida ainda de alguma proeminência do voluntariado formal nas pessoas entre os 25 e os 44 anos (7,1% para 6,2%). A partir daqui predomina o voluntariado informal, quer para as pessoas com mais de 65 anos (4,8% para 2,7%), quer para as pessoas entre os 45 e os 64 anos (7% para 6%).

No que diz respeito ao voluntariado formal em organizações do setor não lucrativo (que correspondem a 90% do voluntariado formal¹⁰), ocorre sobretudo nas

⁷ M. SERAPIONI, S. FERREIRA e T.M. LIMA, *Voluntariado em Portugal. Contextos, atores e práticas*, Fundação Eugénio de Almeida, Évora, 2013.

⁸ INE/CASES, *Conta Satélite da Economia Social 2010*. Lisboa: Instituto Nacional de Estatística e Cooperativa António Sérgio para a Economia Social, 2013.

⁹ Pessoas com ensino superior – 21%; com ensino secundário e pós-secundário – 14,7%; sem escolaridade – 3,5%; com o 1.º ciclo do ensino básico – 7,8% (INE/CASES, 2013).

¹⁰ INE/CASES, 2013.

áreas do apoio social (42,9% do voluntariado), religião (21,7%) e nas associações de desporto, recreio, arte e cultura (22,9%). No conjunto dos países europeus, por outro lado, o maior peso do voluntariado verifica-se nas áreas do desporto e recreio (24%), seguindo-se a cultura (20%) e só então as organizações sociais (16%).

Comparando estes com os dados da *Conta Satélite das Instituições sem fim lucrativo 2006*¹¹ no que diz respeito à estrutura do terceiro setor em número de trabalhadores remunerados a tempo inteiro, podemos verificar que a importância do voluntariado se encontra também no peso que o terceiro setor tem no emprego remunerado (53%). Porém, em algumas áreas, como cultura e recreio, e religião verifica-se que o peso relativo do voluntariado é mais significativo do que o peso do emprego no terceiro setor.

Estima-se que o trabalho voluntário represente 40% equivalente a tempo completo do trabalho na economia social¹².

No que diz respeito aos cidadãos, segundo dados do *European Social Survey* de 2006, em termos comparativos, existe em Portugal uma clara preferência para as relações de sociabilidade com amigos, familiares e colegas em detrimento do voluntariado.¹³ Estas atitudes encontram base em baixos níveis de capital social, expressos nos baixíssimos níveis de confiança interpessoal que distingue a sociedade portuguesa da maioria das dos países Europeus e que demonstra um sinal de agravamento se compararmos os dados de 2008 e 2012. Sobre a importância da confiança para a participação social e a sociedade civil, Zmerli e Newton referem: «A confiança é assumida como sustentando um clima social cooperativo, facilitando o comportamento coletivo e encorajando um olhar sobre o interesse público»¹⁴.

4 A INFRAESTRUTURA DO VOLUNTARIADO

As transformações atuais no campo do voluntariado têm levado à multiplicação de estruturas dedicadas à sua promoção a par com as organizações de voluntários, como os centros, os bancos, as plataformas e as redes, bem como uma atenção crescente por parte das políticas e dos organismos públicos. A tendência para a generalização de estruturas de segundo nível acompanha tendências como a difusão do voluntariado por novos setores, como o voluntariado no setor público,

¹¹ INE, 2011.

¹² INE, 2011.

¹³ S. FERREIRA, «Terceiro Sector e Estado-Providência em Portugal», in F.C. da SILVA (org.), *Os Portugueses e o Estado-Providência*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2013, pág. 161-196.

¹⁴ S. ZMERLI e K. NEWTON, «Social Trust and Attitudes toward Democracy», *PUBLIC OPINION QUARTERLY* 72, 4 (2008), pág. 706-724 (706).

o voluntariado empresarial, ou de novas formas de voluntariado. A par disto coloca-se também a relevância crescente que os discursos do associativismo e da participação têm vindo a adquirir em contexto de alteração das formas de distribuição dos direitos e responsabilidades nos Estados-Providência, bem como a difusão de mecanismos de regulação, de financiamento, comunicação e apoio político.

Ao conjunto destas estruturas de promoção designa-se atualmente como infraestrutura do voluntariado. O estudo europeu do European Volunteer Centre (CEV) sobre a infraestrutura do voluntariado na Europa¹⁵ mostra que esta infraestrutura do voluntariado está em desenvolvimento na generalidade dos países europeus, verificando-se políticas ou planos governamentais específicos, criação de mecanismos de coordenação nacionais, regionais ou locais, disseminação de boas práticas, formação, produção e gestão do conhecimento ou mecanismos de intermediação, como os bancos de voluntariado de escala nacional, regional ou local.

No caso português, a primeira legislação especificamente orientada para a promoção do voluntariado, a Lei de Bases do Voluntariado, foi aprovada em 1998¹⁶, e veio estabelecer as bases do enquadramento jurídico do voluntariado. Em 1999 foi criado o Conselho Nacional para a Promoção do Voluntariado (CNPV)¹⁷, integrado por diversas áreas do Estado e por organizações do terceiro setor e organizações de voluntariado, estabelecendo-se como mecanismo coordenador e facilitador das atividades de promoção do voluntariado.

No ano de 2001, o Ano Internacional dos Voluntários, das Nações Unidas, foi desenvolvido um conjunto de atividades visando conhecer e tornar conhecido o voluntariado em Portugal, tais como estudos de investigação, informação e sensibilização para o voluntariado através de organização de encontros, partilha de boas práticas e campanhas.

No Plano Nacional de Ação para a Inclusão (2003-2005), deu-se um passo significativo para a criação da infraestrutura do voluntariado, tendo sido incluída como meta para a promoção do voluntariado a criação de Bancos Locais de Voluntariado em todos os concelhos, sendo o CNPV responsável pela sua promoção. Este centro criou e formou, em 2006, os Bancos Locais de Voluntariado (BLV) por todo o território nacional, pelo menos um em cada concelho.

O ano de 2011 veio trazer um renovado interesse no voluntariado em Portugal, com o *Ano Europeu das Atividades de Voluntariado que Promovam uma Cidadania Ativa* (AEV). Foi criada uma Comissão Nacional de Acompanhamento, que incluiu um vasto leque de parceiros do setor público, do terceiro setor e do

¹⁵ CEV, *Volunteering Infrastructure in Europe*, Brussels, European Volunteer Centre (CEV), 2012.

¹⁶ PORTUGAL: Lei n.º 71/98 (ver nota de rodapé n.º 2), regulamentada pelo Decreto-Lei 389/99, de 30 de setembro.

¹⁷ PORTUGAL: Decreto-Lei n.º 389/99, de 30 de Setembro: Regulamenta a Lei 71/98, de 3 de Novembro, DR n.º 229, I Série A, 30-9-1999, pág. 6694.

voluntariado, e os parceiros sociais. O seu papel consistiu sobretudo em contribuir para o programa do AEV e acompanhar as suas atividades, bem como mobilizar as entidades que representam para o envolvimento em iniciativas locais¹⁸. Após o AVE, a *EYV 2011 Alliance*, plataforma que esteve na base do impulso e na organização do AVE, produziu uma *Agenda Política para o Voluntariado na Europa* (P.A.V.E.)¹⁹, que aponta algum caminho futuro tendo já em mente a crise que atravessa os países europeus, em particular a crise do emprego.

Também na sequência do impulso do AVE, o Comité da Cultura e Educação elaborou uma Proposta de Resolução do Parlamento Europeu²⁰, com recomendações no sentido de lançar as bases de uma política de europeia de voluntariado, que não existe. Propõe-se o modelo do Método Aberto de Coordenação (MAC), através da recomendação para o estabelecimento de metas nacionais para o voluntariado e o estabelecimento de relatórios, monitorização e avaliação das ações de voluntariado. Recomenda-se também a definição de quadros legais em contextos onde a tradição do voluntariado é reduzida, o fomento à investigação, a adoção do Manual da OIT sobre o valor económico do voluntariado, o reconhecimento das qualificações e competências²¹ e a eliminação dos obstáculos ao voluntariado.

5 O PLANO NACIONAL DE VOLUNTARIADO

Em Portugal, o governo anunciou, em maio de 2012, a elaboração de um Plano Nacional de Voluntariado, que se veio a concretizar no ano seguinte²². As intenções expressas para esse Plano visavam ultrapassar alguns problemas do atual enquadramento do voluntariado, bem como desenvolver o voluntariado empresarial e no setor público.

Em termos das **metas de 2013**, destaca-se, para além de diversas ações de promoção e sensibilização, o desenvolvimento de mecanismos de promoção e reconhecimento do voluntariado nas escolas, a definição de um modelo de voluntariado em saúde na comunidade e de um Mapa do Voluntariado em Cuidados de Saúde, bem como a alteração da legislação de enquadramento do voluntariado,

¹⁸ PORTUGAL: Resolução do Conselho de Ministros n.º 62/2010, de 5 de Agosto de 2010, DR n.º 165, I Série, 25-8-2010, pág. 3696-3698 (3698).

¹⁹ EYV 2011 ALLIANCE, Policy Agenda on Volunteering in Europe – P.A.V.E., 2011.

²⁰ COMISSÃO DA CULTURA E DA EDUCAÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU, *Proposta de Resolução do Parlamento Europeu sobre o voluntariado e as atividades voluntárias na Europa* (2013/2064(INI)). A 10 de dezembro de 2013, o Parlamento Europeu aprovou esta Resolução www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0549+0+DOC+XML+V0//PT.

²¹ Onde se inclui proposta do Parlamento de incorporação no *European Qualifications Framework* de um quadro de qualificações para formadores em voluntariado.

²² PORTUGAL: Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2013 (ver nota de rodapé n.º 1).

cujos limites são amplamente reconhecidos. As **metas de 2014** incluem elaborar e divulgar materiais pedagógicos e de sensibilização, rever o estatuto dos dirigentes desportivos em regime de voluntariado, desenvolver formação ao nível dos corpos de bombeiros, formação em gestão para organizações de voluntariado na área da saúde e da cultura, incentivar o voluntariado prisional e o voluntariado empresarial e ainda o voluntariado na área de integração de imigrantes e comunidades ciganas. As **metas para 2015** incluem a formação para a gestão do voluntariado, a produção de um Livro Branco Sobre o Voluntariado, melhorar o *website* do voluntariado²³, criação de um quadro favorável à prática da responsabilidade social pelos trabalhadores da administração pública, a promoção do voluntariado na área da deficiência e reabilitação, promover o voluntariado local através da dinamização e articulação dos Bancos de Voluntariado e da criação de «uma figura que coordene o voluntariado a nível local» e de uma estratégia para a promoção do voluntariado de proximidade, e «incentivar a criação de Planos Locais de Voluntariado».

Em janeiro de 2014, Elza Chambel, presidente do Conselho Nacional para a Promoção do Voluntariado (CNPV), referia que o PNV não estava ainda em execução na medida em que os órgãos que devem levar a cabo o PNV ainda não foram criados.²⁴ Entre estes encontra-se o órgão que irá substituir o CNPV — o Conselho Nacional para as Políticas de Solidariedade, Voluntariado, Família, Reabilitação e Segurança Social —, previsto na lei orgânica do Ministério da Segurança Social, aprovada em 2011.²⁵ No âmbito deste novo conselho consultivo, o PNV prevê a criação de um grupo de trabalho para definir o programa das atividades a desenvolver e fazer o seu acompanhamento e monitorização. Além deste grupo de trabalho, o Plano prevê a criação de uma *Rede de Pontos Focais em cada Ministério* para acompanhamento das medidas do PNV, sobre a qual também não existe informação.

Apesar disto, algumas medidas foram desenvolvidas, como a promoção do voluntariado nas escolas, objetivo já identificado desde o Ano Internacional do Voluntariado, através da criação de um Selo da Escola Voluntária a atribuir às escolas que contribuam para o «desenvolvimento de laços sociais dentro e fora dela»²⁶.

No sentido do objetivo de criar condições para integrar a medição do voluntariado nas Estatísticas Nacionais, já foi efetuado, no âmbito da Conta Satélite

²³ www.voluntariado.pt.

²⁴ www.jn.pt/Dossies/dossie.aspx?content_id=3639459&dossier=Economia%20Social&page=-1.

²⁵ PORTUGAL: Decreto-Lei n.º 126/2011, de 29 de Dezembro, art.º 18.º, DR n.º 249, 1.ª Série, de 29-12-2011, pág. 5509-5515.

²⁶ PORTUGAL: Portaria n.º 333/2012, de 22 de outubro, DR n.º 204, 1.ª Série, de 22-10-2012, pág. 5952-5955.

da Economia Social²⁷, a inclusão do Inquérito ao Trabalho Voluntário 2012, que inclui dados sobre o valor económico do voluntariado. Ao mesmo tempo, está em curso a análise da atual legislação para alteração da lei no que diz respeito a aspetos que constituem barreira à promoção do voluntariado (p. ex., limitações do seguro social voluntário nos 18 anos).

6 CONCLUSÃO

Portugal não é um país de tradição de voluntariado como o Reino Unido, a Holanda ou os países do Norte da Europa, e ainda hoje se afigura extremamente difícil fomentar o voluntariado, como se pôde ver pelos números. Basta lembrar os valores relativos à confiança interpessoal dos portugueses e da sua evolução para se perceber que num contexto de ausência de confiança interpessoal é difícil nascer uma atitude favorável à relação com os outros fora da esfera da família. É, de facto, na família que os portugueses investem a sua energia. É a família que ainda possui um peso muito importante como mecanismo de compensação da debilidade estrutural do sistema de proteção social em Portugal. Aliás, basta ter presente que é nos países com melhores níveis de proteção social que se verificam maiores níveis de voluntariado (S. FERREIRA, 2013), para se perceber que uma política de promoção do voluntariado é insuficiente se se dedicar apenas à infra-estrutura do voluntariado, necessitando de ser uma política mais abrangente que fomente bem-estar e relações de confiança entre o Estado e os cidadãos e entre estes. No contexto atual de crise, verifica-se não só uma degradação das condições e políticas de bem-estar sob o peso da austeridade como se verifica também que as próprias políticas de promoção do voluntariado, como o PNV, se encontram sobretudo no papel.

Por outro lado, será importante ressaltar que a própria estrutura do terceiro setor em Portugal não permite que as suas organizações desempenhem um papel pleno na promoção do voluntariado, dado o peso que os serviços sociais nelas representam, os quais requerem trabalho assalariado. Assim, a esmagadora maioria das organizações do terceiro setor, com a exceção das associações de voluntariado, não têm desenvolvido mecanismos e estruturas que permitam a integração do trabalho voluntário. O PNV contempla um conjunto de instrumentos que visam capacitar o terceiro setor através do voluntariado, onde se inclui também a capacitação das organizações para a gestão do voluntariado. Todavia, como vimos, o PNV está grandemente por implementar.

Não será, pois, de esperar que a situação do voluntariado venha a sofrer alterações substanciais no contexto atual, mantendo-se a tendência para uma es-

²⁷ INE/CASES, 2013.

tagnação nos números que as sucessivas medidas de promoção do voluntariado parecem não ter afetado.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- A. DELICADO, A.N. ALMEIDA e J. FERRÃO, *Caracterização do Voluntariado em Portugal*, Comissão para o Ano Internacional dos Voluntários, Lisboa, 2002.
- CEV, *Volunteering Infrastructure in Europe, Brussels*, European Volunteer Centre (CEV), 2012, disponível em www.cev.be/knowledge-sharing/cev-publications.
- COMISSÃO DA CULTURA E DA EDUCAÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU, *Proposta de Resolução do Parlamento Europeu sobre o voluntariado e as atividades voluntárias na Europa (2013/2064(INI))*, disponível em www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/cult/pr/940/940256/940256pt.pdf.
- EYV 2011 ALLIANCE, *Policy Agenda on Volunteering in Europe – P.A.V.E.*, 2011, disponível em: www.eyv2011.eu/images/stories/pdf/EYV2011Alliance_PAVE_copyfriendly.pdf.
- I. HARDILL / S. BAINES, *Enterprising Care? Unpaid Voluntary Action in the 21st Century*, Bristol, Policy Press, 2011.
- ILO, *Manual on the Measurement of Volunteer Work*, International Labour Organization, Genève, 2011.
- INE, *Conta Satélite das Instituições sem fim lucrativo 2006*, Instituto Nacional de Estatística, Lisboa, 2011, disponível em: www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=146788965&att_display=n&att_download=y.
- INE/CASES, *Conta Satélite da Economia Social 2010*. Lisboa: Instituto Nacional de Estatística e Cooperativa António Sérgio para a Economia Social, 2013, disponível em: www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=157543613&PUBLICACOESmodo=2.
- M. SERAPIONI / S. FERREIRA / T. M. LIMA, *Voluntariado em Portugal. Contextos, atores e práticas*, Fundação Eugénio de Almeida, Évora, 2013.
- PORTUGAL: Lei n.º 71/98, de 3 de Novembro: Bases do enquadramento jurídico do voluntariado», DR n.º 254, I Série A, 3-11-1998, art.º 2.º, pag. 5694-5696 (5694), disponível em: dre.pt/pdfgratis/1998/11/254A00.pdf.
- PORTUGAL: Decreto-Lei n.º 389/99, de 30 de Setembro: Regulamenta a Lei 71/98, de 3 de Novembro, DR n.º 229, I Série A, 30-9-1999, pag. 6694-6698, disponível em: dre.pt/pdfgratis/1999/09/229A00.pdf.
- PORTUGAL: Resolução do Conselho de Ministros n.º 62/2010, de 5 de Agosto, DR n.º 165, I Série, 25-8-2010, pag. 3696-3698 (3698), disponível em: dre.pt/pdfgratis/2010/08/16500.pdf.
- PORTUGAL: Decreto-Lei n.º 126/2011, de 29 de Dezembro, art.º 18.º, DR n.º 249, 1.ª Série, de 29-12-2011, pag. 5509-5515, disponível em: dre.pt/pdfgratis/2011/12/24900.pdf.
- PORTUGAL: Portaria n.º 333/2012, de 22 de outubro, DR n.º 204, 1.ª Série, de 22-10-2012, pág. 5952-5955, disponível em: dre.pt/pdfgratis/2012/10/20400.pdf.
- PORTUGAL: Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2013, DR n.º 88, I Série, 8 de maio de 2013, pág. 2729-2733, disponível em: dre.pt/pdfgratis/2013/05/08800.pdf.

- S. FERREIRA, “Terceiro Sector e Estado-Providência em Portugal”, in F.C. da SILVA (org.), *Os Portugueses e o Estado-Providência*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2013, pag. 161-196.
- S. ZMERLI e K. NEWTON, “Social Trust and Attitudes toward Democracy”, *PUBLIC OPINION QUARTERLY* 72, 4 (2008), pag. 706-724 (706).
- T. ROTOLO, e J. WILSON, “Work Histories and Voluntary Association Memberships”, *SOCIOLOGICAL FORUM*, 18 (2003), pag. 603–619.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 36 (2014), páxs. 317-329

ISSN: 1130-2682

**PARTIR DA DEFINIÇÃO DO ESTATUTO DAS ONGPD
PARA CHEGAR À CONSTRUÇÃO DE UM NOVO
PARADIGMA RELACIONAL ENTRE O ESTADO E AS
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: CRÓNICA A PARTIR
DO DECRETO-LEI N.º 106/2013, DE 30 DE JULHO**

*THE PORTUGUESE LEGAL REGIME OF NON-GOVERNMENTAL
ORGANIZATIONS REPRESENTING PERSONS WITH
DISABILITIES AS A SIGN OF A NEW RELATIONAL PARADIGM
BETWEEN THE STATE AND PERSONS WITH DISABILITIES*

RITA CALÇADA PIRES¹

¹ Doutora em Direito. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigadora do CEDIS - Centro de Investigação & Desenvolvimento em Direito e Sociedade. *Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa – Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa.* rita.pires@fd.unl.pt.

RESUMO

O DL n.º 106/2013 define o estatuto das organizações não governamentais das pessoas com deficiência (ONGPD). Este acto normativo, além de regulamentar a criação, a organização e o financiamento público das ONGPD, pode ser visto como um sinal suplementar na mudança de paradigma que ocorre no desenho e na execução das políticas públicas da deficiência. A lógica de parceria na relação do Estado e cidadão com deficiência é uma imperiosidade para a activação e para o desenvolvimento de uma participação consciente e sustentada, digna de um Estado Social de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoas com Deficiência; Organizações Não Governamentais; Participação.

ABSTRACT

The 106/2013 Decree-Law defines the statute of non-governmental organizations representing persons with disabilities. This decree, besides regulating the main rules about the creation, organization and public financing of those NGO, can be seen as an additional sign of the paradigm shift that is happening in the way the design and execution of public policies in disabilities are made. The logic of partnership is the catalyst for the relationship between the State and the citizen with disability and is crucial as a mean to ensure an active, conscious and sustainable participation.

KEY WORDS: Persons with Disabilities; Non-Governmental Organizations; Participation.

SUMÁRIO: 1. O CONTEÚDO DO DL N.º 106/2013, DE 30 DE JULHO. 2. JUSTIFICAR A EXISTÊNCIA DE UM SISTEMA DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARTICIPADAS NA ÁREA DA DEFICIÊNCIA NO QUADRO LEGAL PORTUGUÊS: O MODELO DE PARCERIA.

CONTENTS: 1. THE CONTENT OF THE 106/2013 DECREE-LAW. 2. JUSTIFYING A NEW PARADIGM SHIFT IN THE WAY THE DESIGN AND EXECUTION OF PUBLIC POLICIES IN DISABILITIES ARE MADE: THE PARTNERSHIP MODEL.

O DL n.º 106/2013, de 30 de Julho², define o estatuto das organizações não governamentais das pessoas com deficiência, doravante designadas por ONGPD, bem como os apoios a conceder pelo Estado a tais organizações (art. 1.º). Uma mera descrição do regime aprovado poderia bastar para servir de comentário ao diploma em causa. Contudo, tal seria um caminho simplista, não revelador de outros tantos sinais que parecem indiciar a opção de promover a construção e o desenvolvimento de políticas públicas participadas na área da deficiência. Esta afirmação equivale a defender não poder o DL n.º 106/2013 ser assumido como um elemento pária, individualmente criado, aprovado e implementado, mas antes como um acto normativo revelador de um sistema integrado, que pretende dar corpo a um novo modo de encarar e de promover a participação das pessoas com deficiência, suas famílias e suas organizações representativas, no processo de desenho e de avaliação de um sistema de protecção capaz de implementar a transversalização das questões relevantes para a integração das pessoas com deficiência nas políticas públicas, apoiando e promovendo a construção de caminhos de vida individuais, sustentados e profundamente incorporados na sociedade em que se inserem.

I O CONTEÚDO DO DL N.º 106/2013, DE 30 DE JULHO

O DL n.º 106/2013 é apresentado como o diploma que procede à regulamentação da L. n.º 127/99³. Este último acto legislativo define os direitos de participação e de intervenção das associações das pessoas com deficiência junto da Administração central, regional e local. Não é por isso novidade percorrer o DL e encontrar um conjunto de normas iniciais que pretendem corporizar e densificar o que se entende por ONGPD.

² DL n.º 106/2013, de 30 de Julho de 2013, publicado em DR, 1ª série, n.º 145, de 30 de Julho de 2013.

³ L. n.º 127/99, de 20 de Agosto, publicada em DR, 1ª série, n.º 194, de 20 de Agosto, alterada pela L. n.º 37/2004, de 13 de Agosto, publicada em DR, 1ª série, n.º 190, de 13 de Agosto.

Assumindo as ONGPD como *peças colectivas de direito privado sem fins lucrativos* (art. 2.º, n.º 1), que defendem os direitos e os interesses legalmente protegidos das pessoas com deficiência e defendem a sua participação social (art. 1.º, n.º 2), o DL apresenta uma lista aberta de objectivos a serem prosseguidos pelas organizações. Não se abraça um princípio da tipicidade fechada, circunscrevendo os objectivos apenas aos tidos como os objectivos comuns neste âmbito de organização⁴, permitindo-se antes a possibilidade de as ONGPD prosseguirem outros fins, desde que compatíveis com a actividade desenvolvida e a missão integrada na sua *ratio*. Aliás, esta opção de alargamento a outros objectivos compatíveis com a defesa da pessoa com deficiência tanto parece poder ser entendida como uma abertura à auto-sustentabilidade das organizações, permitindo-lhes espaços para arrecadação de receita própria, quanto é um reflexo assumido do reconhecimento da autonomia inerente à forma como prosseguem os seus objectivos nos domínios relevantes para a prevenção, habilitação, reabilitação e participação das pessoas com deficiência e na forma como livremente escolhem as suas áreas de actuação e como desenvolvem a sua actividade (art. 7.º).

Quanto ao modelo organizativo surge uma classificação tripartida, apresentando-se as ONGPD de âmbito nacional, de âmbito regional e de âmbito local. Os critérios classificadores abordam, essencialmente, o número de associados e o território em que é desenvolvida a actividade (art. 4.º). De notar que, apesar desta classificação, igualmente o diploma invoca uma tipologia organizativa quanto aos agrupamentos de ONGPD, referindo expressamente as uniões, as federações e as confederações (arts.1.º, n.º 3 e 2.º, n.º 3). Esta classificação é relevante por ser a partir dela que se define a representatividade (art. 6.º), verificando-se representatividade alargada se se estiver perante ONGPD de âmbito nacional, uniões, federações e confederações.

Enquanto direito genérico é atribuído o muito relevante direito de *participação na definição das políticas e das grandes linhas de orientação legislativa no domínio da reabilitação e integração das pessoas com deficiência* (art. 5.º, n.º 1).

Se neste conjunto de artigos — do art. 1.º ao art. 7.º — procedermos a uma análise comparativa entre o seu conteúdo e o conteúdo da L. n.º 127/99, na sua versão actual, reconhece-se uma repetição, ainda que com rearranjos sistemáticos. Tal tenderá a suscitar alguma estranheza. Não tem o DL n.º 106/2013, no seu preâmbulo e na sua justificação legal, a função de regulamentar a L. n.º 127/99? E sendo uma regulamentação, porquê repetir? Poderia ser interpretado como um sinal de trabalho legislativo pleonástico. Porém, de uma análise cuidada resultam

⁴ «As ONGPD prosseguem os seguintes objectivos: a) A defesa e promoção dos direitos e interesses das pessoas com deficiência e suas famílias, em ordem à integração social e familiar dos seus membros, à respectiva valorização e realização pessoal e profissional; b) A eliminação de todas as formas de discriminação das pessoas com deficiência; c) A promoção da igualdade de tratamento das pessoas com deficiência.» (art. 3.º, n.º 1).

alguns pormenores diferenciadores nestes domínios genéricos que parecem ser a primeira justificação para uma repetição mas com introdução de actualizações.

Nas palavras do preâmbulo afirma-se: *Decorridos cerca de 14 anos sobre a entrada em vigor da Lei n.º 127/99, de 20 de Agosto, verifica-se a necessidade de proceder à actualização de conceitos e terminologias em vigor, bem como de proceder a uma harmonização linguística e à clarificação de princípios e requisitos que, embora já previstos, carecem de maior atenção.* Ao longo dos artigos repetidos encontram-se algumas substituições terminológicas: de *peçoas portadoras de deficiência* passa-se a *peçoas com deficiência* e de *associações de peçoas portadoras de deficiência* passa-se a *ONGPD*. Porém, algumas alterações encontradas são algo mais transformativas. Por um lado, deixa de se falar apenas em uniões e federações de ONGPD, para se enquadrar igualmente a figura das confederações. Por outro lado, apresenta-se a família da pessoa com deficiência como elemento integrado no núcleo essencial do trabalho de defesa e de promoção dos direitos e interesses, tal como se passa a aceitar a existência de objectivos mais latos para as ONGPD, como já atrás revelado.

Tentando buscar o sentido para as três grandes diferenças é possível encontrar registo da sua actualidade e da sua necessidade. Percorrendo quer a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁵, doravante Convenção, quer as Bases Gerais do Regime Jurídico da Prevenção, Habilitação, Reabilitação e Participação da Pessoa com Deficiência⁶, doravante Bases Gerais, a expressão utilizada para designar as entidades que defendem os direitos e os interesses das pessoas com deficiência é o de organizações representativas da pessoa com deficiência, não se limitando nem a forma nem o nível de integração. Dessa forma, assumindo que as organizações em causa, nestes catorze anos, foram assumindo igualmente a forma de confederações, porquê excluí-las do universo abrangido? E veja-se que já em actos normativos anteriores a figura das estruturas confederativas foi utilizada para reconhecer apoio ao funcionamento por parte do Instituto Nacional para a Reabilitação, I.P.(INR, I.P.)⁷.

Igualmente quanto à inovação da introdução da família como elemento central na dinâmica de participação e de representação através das ONGPD, quer a Con-

⁵ Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de Julho, publicada em DR, 1.ª série, n.º 146, de 30 de Julho de 2013, e.g., arts. 4.º, n.º 3, 29.º, al. b) e 33.º, n.º 3.

⁶ L. n.º 38/2004, de 18 de Agosto, publicada em DR, 1.ª série, n.º 194, de 18 de Agosto de 2004, e.g., arts.16.º, n.º 1 e 19.º.

⁷ Veja-se, a título de exemplo, os dois despachos, um deles anterior à aprovação do DL n.º 106/2013, o Despacho n.º 1171/2012, de 16 de Agosto, publicado em DR, 2ª série, n.º 158, de 16 de Agosto (ponto 1.), e outro já posterior, o Despacho n.º 13640/2013, de 25 de Outubro, publicado em DR, 2ª série, n.º 207, de 25 de Outubro de 2013 (ponto 1).

venção⁸, quer a Constituição⁹, quer as Bases Gerais¹⁰, contêm já a imperiosidade da sua participação e da atenção que lhe deve ser dada enquanto núcleo formativo e cuidador da pessoa com deficiência, mas também como núcleo que, pela sua especificidade e seu esforço adaptativo, merece o reconhecimento de protecção por si. Da mesma forma, outras fontes relativas à matéria invocam e reconhecem o papel essencial da família no desenvolvimento da protecção e da promoção dos direitos e dos interesses da pessoa com deficiência.^{11/12} Aliás, o preâmbulo do DL n.º 106/2013 afirma mesmo que *a família pode assumir a representatividade das pessoas com deficiência, quando os próprios se encontrem impossibilitados do exercício dos seus direitos*, revelando que a protecção da pessoa com deficiência vai além do elemento individual, abrangendo também a protecção do sistema familiar a que pertence a pessoa com deficiência. Até porque a história das ONGPD está também ela intimamente ligada com o importante papel que a família da pessoa com deficiência tem assumido como impulsionadora da constituição de muitas organizações do sector. Atenda-se a que a L. n.º 127/99 foi concebida para abranger as organizações que tinham como missão apenas a representação das pessoas com deficiência, não sendo muitas delas igualmente prestadoras de serviços. Porém, o quadro contemporâneo revela que muitas das federações e das associações de âmbito nacional, cujas associadas desenvolvem respostas sociais, têm assumido também um importante papel de representação, beneficiando de uma consistência técnica elevada, tanto a nível nacional como internacional.

Mas uma pergunta pode persistir: porque não alterar o diploma originário? Porque se assumiu a modernização via o diploma que regulamenta o diploma originário? No preâmbulo do DL n.º 106/2013 afirma-se que *o conhecimento sobre a dinâmica e os processos de crescimento e de desenvolvimento organizacionais evidenciam que o percurso destas organizações sociais tem sofrido alterações, tanto no que diz respeito à orientação da sua missão e valores, como no que res-*

⁸ E.g., ponto x do preâmbulo e artigo 23.º.

⁹ Artigo 71.º, n.º 2.

¹⁰ E.g., art. 16.º, n.º 1 e art. 22.º.

¹¹ Vejam-se os preâmbulos com afirmações como, respectivamente, «*considerando o trabalho desenvolvido pelas estruturas federativas, confederativas e as suas organizações não governamentais de âmbito nacional com delegações, na área da deficiência, junto dos associados, das suas famílias e das comunidades*»; «*...quer no desenvolvimento de projectos, quer de representatividade dos associados com deficiência, suas famílias e comunidades, a nível nacional e internacional*». Despacho n.º 1171/2012, de 16 de Agosto e Despacho n.º 13640/2013, de 25 de Outubro, respectivamente.

¹² Na versão actual do Regulamento do Programa de Financiamento a Projectos pelo INR, I.P. (versão actualizada aprovada pela Deliberação do Instituto Nacional para a Reabilitação, I.P. n.º 2299/2013, publicada em DR, 2ª série, n.º 237, de 6 de Dezembro) é já detectada a força desta inovação, pois, ao serem apresentadas as candidaturas de Tipologia 1 passíveis de serem formuladas, expressamente se prevê as *apresentadas por ONG que desenvolvam atividades de interesse para as pessoas com deficiência ou com limitações funcionais e suas famílias* [art. 4.º, n.º 1, al. c)].

peita à natureza jurídica que assumem, com o propósito de melhor corresponder aos desafios e às necessidades das pessoas com deficiência. Há um claro reconhecimento da evolução factual e da necessidade de modernização legal. Talvez o facto de anteriores actos normativos legitimarem já a *ratio* das alterações seja uma explicação legal consentânea. Todavia, certamente o facto de a área da deficiência ser uma área de extrema sensibilidade e o momento de convulsão económica e social ser complexo talvez tenham igualmente sido justificação para a opção de não alterar a L. e ter procedido à modernização por via do DL que a regulamenta, como forma de não destabilizar o sistema e a confiança que se tenta fomentar para construção de uma nova lógica de intervenção na área da deficiência, em parceria, como seguidamente referirei.

Ao anterior corpo de normas gerais, que compõem o *Capítulo I*, o DL n.º 106/2013 aglutina um conjunto de normas organizadas em capítulos específicos sobre matérias que assumem especial relevo numa tentativa de reconhecimento, de apoio e de promoção da actuação das ONGPD na sua relação com o Estado e no seu processo de legitimação e de apoio às actividades desenvolvidas. São assim construídos cinco cap. temáticos:

Capítulo II – Do apoio do Estado: Neste primeiro cap. temático, um cap. central no regime edificado, pretende-se regulamentar o previsto no art. 7.º da L. n.º 127/99, corporizando igualmente o previsto no art. 16.º das Bases Gerais, quanto ao apoio que pode/deve ser concedido pelo Estado às ONGPD. Atendendo à evolução das intervenções das organizações e à sua importância crescente, são agora reconhecidos legalmente, de modo não extraordinário, dois tipos de apoios possíveis: apoio ao funcionamento e apoio a projectos.

O apoio ao funcionamento (art. 9.º), concedido às ONGPD de representação genérica, destina-se a fazer face a despesas gerais de funcionamento, sendo *concedido pelo INR, I.P., de acordo com critérios de igualdade e equidade, fixados através de protocolos de cooperação.* Porém, estes protocolos apenas podem ser celebrados com ONGPD que tenham sido registadas junto do INR, I.P. e implicam que as organizações *não recebam qualquer outro tipo de apoio para o mesmo fim por parte de outros serviços ou organismos da Administração Pública*¹³.

¹³ Estes apoios ao funcionamento, não permitidos no âmbito do Regulamento do Programa de Financiamento a Projectos pelo INR, I.P. (versão actualizada aprovada pela Deliberação do Instituto Nacional para a Reabilitação, I.P. n.º 2299/2013, de 6 de Dezembro), surgiam a título excepcional, em Despachos extraordinários, justificados com o elevado valor das actividades desenvolvidas e promovidas pelas organizações (e.g. o já citado Despacho n.º 1171/2012, de 16 de Agosto). Ainda assim, após a aprovação do DL n.º 106/2013, surgiu ainda o também já citado Despacho n.º 13640/2013, de 25 de Outubro, concedendo excepcionalmente este apoio ao funcionamento sem ser enquadrado nos protocolos exigidos legalmente, por ter em consideração a existência de uma fase de adaptação das ONGPD ao regime de registo previsto pelo DL citado.

O apoio a projectos, já amplamente utilizado como mecanismo de apoio às ONGPD, com Regulamento já anteriormente existente, pode assumir a forma quer de apoio técnico quer de apoio financeiro, sendo certo que os projectos em causa cumprem o objectivo de promover os direitos das pessoas com deficiência e a sua qualidade de vida¹⁴.

Em qualquer dos tipos de apoio a lógica do controlo está assumida. Prevê-se quer a prestação de contas através de relatórios de actividades e de contas (art. 11.º), quer a sujeição das ONGPD apoiadas a mecanismos de fiscalização (art. 12.º), quer a previsão de sanções, incluindo a devolução dos montantes beneficiados, para o caso de incumprimento das regras legalmente exigidas (art. 13.º). Contudo, não será despidendo valorizar a estatuição de que *o apoio do Estado não constitui limitação ao direito de livre actuação das ONGPD* (art. 8.º), reforçando o princípio da autonomia já antes afirmado no diploma.

Capítulo III – Do registo das ONGPD: Seguindo a lógica da responsabilização e do adequado controlo dos apoios públicos, institui-se um regime de registo obrigatório para as ONGPD que pretendam ter apoio ao funcionamento (art. 9.º, n.º 3), não sendo já necessário o registo para efeitos de apoio a projectos. Contudo, quando se avalia os objectivos do registo, além de se comprovar a natureza e os fins das ONGPD, bem como permitir o apoio financeiro ao funcionamento geral e a sistematização da informação sobre essas organizações, o facto de o art. 15.º do diploma prever a aquisição automática da natureza de pessoas colectivas de utilidade pública pelas ONGPD que se registem junto do INR, I.P., este registo pode tornar-se atractivo, quando comparado com a via normal, pela especialização e pela sensibilidade do organismo competente para a matéria, em face dos objectivos das ONGPD. Atenda-se ainda que a aquisição de natureza de pessoa colectiva de utilidade pública é *conditio sine qua non* para as isenções fiscais e para as regalias associadas¹⁵ e que o prazo máximo de pronúncia do INR, I.P. sobre o pedido de registo é de 30 dias¹⁶.

Capítulo IV – Da constituição, da organização interna e da extinção das ONGPD: as regras não parecem afastar-se fortemente das regras gerais sobre a matéria.

Capítulo V – Dos dirigentes das ONGPD: Este é outro dos casos em que o conteúdo vai um pouco além do contido indicativamente na L. n.º 127/99. Para efeitos de participação em reuniões, quer da ONGPD quer de outras organizações,

¹⁴ No Regulamento do Programa de Financiamento a Projectos pelo INR, I.P., na sua versão actualizada contida em anexo à Deliberação do Instituto Nacional para a Reabilitação, I.P. n.º 2299/2013, as finalidades dos projectos alvo de possível apoio financeiro são mais desenvolvidas (art. 2.º).

¹⁵ Art. 10.º da L. n.º 127/99, de 20 de Agosto.

¹⁶ Artigo 3.º, n.º 1 da Portaria n.º 7/2014, de 13 de Janeiro, publicada em DR, 1ª série, n.º 8, de 13 de Janeiro de 2014, que define as regras a que obedece o registo respeitante às ONGPD.

desde que ocorram no domínio da deficiência e da reabilitação, os trabalhadores que exerçam funções em serviços e organismos da Administração central, regional e local ou em entidades privadas e sejam dirigentes de ONGPD são dispensados para a reunião e para a deslocação necessária (art 23.º). Porém, também se passa a prever a possibilidade de cedência de interesse público ou de cedência ocasional de trabalhador para efeitos do seu trabalho de dirigente em ONGPD (art. 24.º). Compete ao INR, I.P. comprovar a qualidade de membro dos órgãos sociais da ONGPD, caso lhe seja indagado. Veja-se aqui mais um sinal da importância do registo das ONGPD, registo esse que contém um conjunto de informações que permitem atestar sobre o funcionamento e a organização da instituição.

Capítulo VI – Da autorização e informação: Neste domínio, o conteúdo legal prende-se com três elementos fundamentais. Ora garantir que os orçamentos e as contas das ONGPD são dados a conhecer, numa lógica de cumprimento da transparência do funcionamento das instituições, seguindo regras contabilísticas e financeiras próprias e adequadas ao caso concreto (art. 27.º). Ora garantir o reconhecimento das competências regionais quanto ao registo e à fiscalização das ONGPD com âmbito territorial na Madeira ou nos Açores (art. 28.º). Ora garantir que, no caso de imóveis das ONGPD terem sido adquiridos com participação do Estado, qualquer sua alienação carece de autorização governamental.

2 JUSTIFICAR A EXISTÊNCIA DE UM SISTEMA DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARTICIPADAS NA ÁREA DA DEFICIÊNCIA NO QUADRO LEGAL PORTUGUÊS: O MODELO DE PARCERIA

Percorrer o preâmbulo do DL n.º 106/2013 é verificar também a integração do diploma num quadro mais vasto que não se circunscreve a um elemento de mera regulamentação da forma como as ONGPD são criadas e são beneficiárias de apoio público. As ONGPD surgem como um veículo a ser estimulado, como um meio para promover um valor superior, dignificante de um Estado Social de Direito que se fundamenta na e para a Pessoa Humana: a garantia de que a pessoa com deficiência tem uma voz activa no desenho e na execução das políticas públicas na área da deficiência.

Um Estado democrático, humanista e defensor da igualdade de oportunidades e de meios apresenta, como raiz inegável da sua actuação, a construção de um sistema que seja capaz de promover a cidadania activa da pessoa com deficiência. E essa cidadania activa implica espaço para intervir, para ouvir e para ser ouvido. É por tal que os principais actos normativos internacionais e nacionais apresentam o direito à participação do cidadão com deficiência como um princípio de valor inegável e não abdicável.

É por isso que no preâmbulo do DL se invocam a Convenção¹⁷, a Constituição¹⁸ e as Bases Gerais¹⁹. E é por isso que se afirma que *as organizações da área da deficiência têm vindo a assumir um papel na sociedade portuguesa, que se traduz, por um lado, na representatividade das pessoas com deficiência e suas famílias nos diferentes fóruns, formais ou informais, de âmbito internacional e nacional e, por outro lado, na estreita articulação com os diferentes organismos da Administração Pública para o desenvolvimento das respostas sociais mais adequadas às necessidades dos cidadãos*. É por isso que no seu art. 5.º, n.º 1 se reconhece formalmente o muito relevante direito de *participação na definição das políticas e das grandes linhas de orientação legislativa no domínio da reabilitação e integração das pessoas com deficiência*.

O Estado compreende que a protecção e a promoção dos direitos e dos interesses da pessoa com deficiência implicam, necessariamente, uma participação activa dos próprios. Porque alcançar o objectivo de proteger e promover os direitos e os interesses da pessoa com deficiência, fazendo-o de modo adequado, eficiente, eficaz e num modelo de qualidade interventiva, implica o conhecimento da perspectiva de quem vai ser o beneficiário da intervenção. Implica o desenvolvimento de um modelo que ambicione promover e capacitar as pessoas com deficiência, para que estas possam usufruir dos seus direitos e viver plenamente a sua participação na sociedade. Implica o envolvimento dos próprios e das suas organizações representativas. Sem essa perspectiva surgir no desenho e na execução das políticas públicas na área da deficiência e nas suas medidas concretizadoras, o objectivo não será alcançado na sua plenitude, incumprindo com um desígnio humanista essencial da actuação pública. É por isso que também na área da deficiência a parceria surge como o farol que ilumina a relação do Estado com a pessoa com deficiência. Nas palavras do preâmbulo, há *uma nova filosofia que deve reger o relacionamento entre as organizações da sociedade civil e a Administração Pública, que potencie a eficiência, a eficácia e a qualidade da intervenção das organizações não governamentais da área da deficiência, a sua audição e a sua participação efectiva nas políticas a desenvolver, promovendo acréscimos de equidade, de igualdade, de transparência e de rigor nos apoios atribuídos*.

Um sinal primeiro desta mudança de paradigma, adoptando uma relação de parceria, onde as pessoas com deficiência estão envolvidas no núcleo do processo de tomada de decisão, é visível no procedimento de aprovação do DL n.º 106/2013. Como é apresentado no preâmbulo, o processo de feitura do diploma

¹⁷ Presente no conteúdo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, veja-se o incluído nos pontos e), f), m), o e x) do seu preâmbulo, tal como estabelecido, e.g., nos seus arts. 3.º, al. c); 4.º, n.º 3; 20.º, 32.º e 33.º.

¹⁸ Em especial, cfr. art. 71.º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁹ Cfr., e.g., arts. 5.º, 9.º, 12.º, 16.º, 17.º, 19.º, 22.º e 40.º.

implicou a audição de *um vasto conjunto de ONGPD*. Estas audições permitem aproximação e permitem que os contributos possam chegar durante o processo legislativo, forçando uma análise por quem ao regime vai estar abrangido, recebendo os seus contributos e permitindo o polimento das opções assumidas. E ainda que no âmbito do financiamento extraordinário, não parece ser inócua a utilização da expressão *parceria* nos fundamentos para o Despacho n.º 13640/2013, quanto ao apoio suplementar ao funcionamento das ONGPD.²⁰ Porém, esta lógica de parceria tem o seu espaço maior na edificação da Estratégia Nacional para a Deficiência 2014-2020 (ENDEF II). Aqui os trabalhos de preparação são efectuados por uma Comissão, especialmente criada para o efeito, onde, para lá da integração de um representante de cada Ministério, de entre titulares de cargos de direcção superior, igualmente representantes de ONGPD estão incluídos, sendo enfatizado que cada um destes últimos representantes deve *proceder à auscultação das demais Organizações Não Governamentais, no âmbito da sua área de actuação*.²¹

Mas a participação das pessoas com deficiência no desenho e no acompanhamento da execução das políticas públicas revela-se de uma forma muito mais incisiva, com corpo estável e alargado a todas as áreas da deficiência, assumindo um modelo temporal enraizado e verdadeiramente integrado, com a criação e o trabalho da Comissão para a Deficiência. Porque o órgão que seria o órgão de consulta dos interessados no quadro das competências do Ministério da Solidariedade, Emprego e Segurança Social não foi ainda criado – o futuro Conselho Nacional para as Políticas de Solidariedade, Voluntariado, Família, Reabilitação e Segurança Social –, como forma de não postergar a participação activa e plena dos cidadãos com deficiência no desenho e no acompanhamento das políticas públicas, nasceu a Comissão para a Deficiência. Este é um fórum de diálogo e de partilha que tem por *missão proporcionar a participação do movimento associativo interveniente nas áreas de prevenção, habilitação, reabilitação e integração das pessoas com deficiência, na implementação, desenvolvimento e acompanhamento dos dispositivos legais, das políticas e em outros processos de tomada de decisão em questões relacionadas com as pessoas com a deficiência*.²² Reunindo quatro vezes por ano, a Comissão, que inclui plenário com duas reuniões anuais, permite a interacção entre o poder governamental, o INR, I.P. e as ONGPD representativas

²⁰ «Atentando que os requisitos previstos no Decreto-Lei n.º 106/2013, de 30 de Julho, e na regulamentação de registo, implicam um processo de adaptação das ONGPD e que, durante este período de transição, estas organizações de âmbito nacional com delegações, têm desenvolvido um trabalho meritório de parceria, quer no desenvolvimento de projectos, quer de representatividade dos associados com deficiência, suas famílias e comunidades, a nível nacional e internacional...» (sublinhado pessoal).

²¹ Despacho n.º 15432/2012, de 4 de Dezembro, publicado em DR, 2ª série, n.º 234, de 4 de Dezembro de 2012.

²² Criada pelo Despacho n.º 2178/2013, de 6 de Fevereiro, publicado em DR, 2ª série, n.º 26, de 6 de Fevereiro de 2013.

das várias áreas da deficiência — sensorial, intelectual, incluindo a paralisia cerebral, e motora, incluindo a orgânica —, promovendo um diálogo entre as várias ONGPD de cada uma das áreas, por forma a que as posições transmitidas para o trabalho em parceria sejam com base nas propostas e nas posições das múltiplas organizações de âmbito nacional que representam as pessoas com deficiência, garantindo que a voz do cidadão com deficiência é ouvida e tem espaço para determinar a forma como o seu quotidiano é melhorado e promovido²³.

Na construção de uma parceria como a que parece estar evidenciada no quadro legal português, um importante passo deve ainda ser tomado: o da concretização do mecanismo de coordenação a nível governamental que promova a acção relacionada em diferentes sectores e a diferentes níveis previsto na Convenção. Como neste acto internacional se afirma, *a sociedade civil, em particular as pessoas com deficiência e as suas organizações representativas, deve estar envolvida e participar activamente no processo de monitorização* (art. 33.º). Este será o culminar de um sistema revelador de um novo paradigma de parceria, onde as pessoas com deficiência são envolvidas no processo, não apenas de tomada de decisão e acompanhamento, mas igualmente de forma intensa no processo de execução das políticas públicas na área da deficiência, permitindo contribuir para análise de qualidade, de eficiência e de eficácia quanto à intervenção pública e seus resultados. Este será um pilar de participação que permitirá identificar problemas e potenciais respostas sociais devidas, impulsionando mudanças capazes de melhorar a acção pública e de proteger e promover os reais direitos e interesses do cidadão com deficiência.

LISTA DE ACTOS NORMATIVOS UTILIZADOS

L. n.º 127/99, de 20 de Agosto, publicada em DR, 1.ª série, n.º 194, de 20 de Agosto, alterada pela L. n.º 37/2004, de 13 de Agosto, publicada em DR, 1.ª série, n.º 190, de 13 de Agosto.

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de Julho, publicada em DR, 1.ª série, n.º 146, de 30 de Julho de 2013.

L. n.º 38/2004, de 18 de Agosto, publicada em DR, 1.ª série, n.º 194, de 18 de Agosto de 2004.
Despacho n.º 1171/2012, de 16 de Agosto, publicado em DR, 2.ª série, n.º 158, de 16 de Agosto.
Despacho n.º 15432/2012, de 4 de Dezembro, publicado em DR, 2.ª série, n.º 234, de 4 de Dezembro de 2012.

Despacho n.º 2178/2013, de 6 de Fevereiro, publicado em DR, 2.ª série, n.º 26, de 6 de Fevereiro de 2013.

²³ Reconhecendo e enfatizando o importante papel desta Comissão ao nível da participação das pessoas com deficiência no processo de tomada de decisão nas políticas sociais directamente ligadas à área da deficiência e da reabilitação, garantindo a auscultação das ONGPD de âmbito nacional, cfr. Despacho n.º 71/2014, de 3 de Janeiro, publicado em DR, 2.ª série, n.º 2, de 3 de Janeiro de 2014.

DL n.º 106/2013, de 30 de Julho de 2013, publicado em DR, 1.ª série, n.º 145, de 30 de Julho de 2013.

Despacho n.º 13640/2013, de 25 de Outubro, publicado em DR, 2.ª série, n.º 207, de 25 de Outubro de 2013.

Deliberação do Instituto Nacional para a Reabilitação, I.P. n.º 2299/2013, publicada em DR, 2ª série, n.º 237, de 6 de Dezembro.

Despacho n.º 71/2014, de 3 de Janeiro, publicado em DR, 2.ª série, n.º 2, de 3 de Janeiro de 2014.

Portaria n.º 7/2014, de 13 de Janeiro, publicada em DR, 1.ª série, n.º 8, de 13 de Janeiro de 2014.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 36 (2014), páxs. 331-339
ISSN: 1130-2682

**SOBRE A CRIAÇÃO DO FUNDO DE REESTRUTURAÇÃO
DO SECTOR SOLIDÁRIO EM PORTUGAL**

*ON THE ESTABLISHMENT OF THE THIRD SECTOR
RESTRUCTURING FUND IN PORTUGAL*

ANA PAULA QUELHAS¹

¹ Mestre em Sociologia. Professora Adjunta do Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra. Correio eletrónico: aquelhas@iscac.pt.

RESUMO

O objectivo deste estudo é o de caracterizar e discutir os aspectos essenciais inerentes à criação do Fundo de Reestruturação do Sector Solidário em Portugal, através do DL n.º 165-A/2013, de 23 de Dezembro. Essa discussão estruturou-se em torno de quatro pontos fundamentais: entidades participantes, condições de acesso e benefícios; questões financeiras; modo de gestão; e procedimentos e avaliação das candidaturas. Sem prejuízo dos benefícios associados à criação de um fundo desta natureza, a reflexão conduzida permitiu evidenciar a complexidade da informação que uma candidatura ao fundo exige, o que poderá constituir um constrangimento ao acesso por parte das instituições de menor dimensão.

PALAVRAS-CHAVE: Fundo de Reestruturação do Sector Solidário; sector solidário; indicadores económico-financeiros; reestruturação financeira.

ABSTRACT

The aim of this report is to characterize and discuss the main features related with the establishing of the Third Sector Restructuring Fund in Portugal, through the DL n° 165-A/2013 of 23 December. This discussion was structured around four key points: Beneficiaries, conditions of application and proposed coverage; financial issues; governance; and procedures and evaluation. Notwithstanding the benefits involved in the creation of such a fund, this work allowed us to highlight the complexity of the information that an application requires, which may be a constraint for smaller institutions.

KEYWORDS: Third Sector Restructuring Fund; third sector; economic and financial ratios; financial restructuring.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ENTIDADES PARTICIPANTES, CONDIÇÕES DE ACESSO E COBERTURAS PROPOSTAS. 3. QUESTÕES FINANCEIRAS. 4. MODO DE GESTÃO. 5. PROCEDIMENTOS E AVALIAÇÃO DAS CANDIDATURAS. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. BENEFICIARIES, CONDITIONS OF APPLICATION AND PROPOSED COVERAGE. 3. FINANCIAL ISSUES. 4. GOVERNANCE. 5. PROCEDURES AND EVALUATION. 6. CONCLUDING REMARKS.

I INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei n.º 165-A/2013, de 23 de Dezembro, criou o Fundo de Reestruturação do Sector Solidário, doravante designado por FRSS, o qual tem como objectivo fundamental o apoio à reestruturação económica e financeira das Instituições Particularidades de Solidariedade Social (IPSS) e equiparadas, conducente à sustentabilidade que o regular funcionamento dos serviços prestados naturalmente exige.

Com efeito, logo no Preâmbulo do referido DL, as entidades do sector social e solidário são entendidas como «parceiros de excelência do Governo» no desenvolvimento de respostas eficientes e adequadas às necessidades dos cidadãos.

Este diploma não deve, todavia, ser entendido de modo isolado, inserindo-se antes no âmbito da preocupação mais vasta, oportunamente evidenciada pelo Governo português, no sentido de reforçar a colaboração entre o Estado e o sector social da economia, que culminou com a aprovação do Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Economia Social (PADES), através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 16/2010, de 4 de Março.

Para além disso, o poder de alcance desta medida deve ser discutido à luz da Portaria n.º 31/2014, de 5 de Fevereiro, a qual, como aliás se previa no art. 18.º do DL 165-A/2013, veio operacionalizar o funcionamento do FRSS, estabelecendo os critérios de acesso, os termos e as condições de concessão dos apoios financeiros previstos, bem como a política de investimento do fundo.

Desde logo, a criação de um fundo com tais propósitos suscita um conjunto de reflexões de carácter transversal, as quais sistematizaremos em torno de quatro tópicos nodais: entidades participantes, condições de acesso e coberturas propostas; questões financeiras; modo de gestão; e procedimentos e avaliação das candidaturas. Estes tópicos dão o título aos quatro pontos que seguem no presente estudo, sendo que o mesmo inclui ainda um sexto ponto, destinado a considerações finais.

2 ENTIDADES PARTICIPANTES, CONDIÇÕES DE ACESSO E COBERTURAS PROPOSTAS

Nos termos estabelecidos pelo art. 5.º do DL n.º 165-A/2013, são entidades participantes no FRSS as IPSS e equiparadas — ou seja, as Misericórdias e as Associações de Socorros Mútuos — que tenham acordos de cooperação celebrados com o Instituto de Segurança Social.

Já as condições de acesso ao fundo surgem definidas por intermédio do art. 2.º da Portaria n.º 31/2014. Para além dos requisitos por norma exigidos por lei — mormente no que se refere à situação perante a segurança social e o fisco, bem como a existência de contabilidade organizada e de autorização para exercício das respectivas actividades —, as instituições candidatas ao FRSS devem estar regularmente constituídas e registadas há mais de 3 anos e terem, pelo menos, 55% das actividades desenvolvidas abrangidos por um acordo de cooperação.

Como de início se referiu, o FRSS tem como objectivo primordial a reestruturação económica e financeira das entidades beneficiárias, daí que as medidas susceptíveis de apoio se prendam com a optimização das metodologias de gestão destas organizações, tal como resulta do elenco de alíneas que compõem o número 5 do art. 3.º da Portaria n.º 31/2014.

Por seu turno, a concessão de apoio financeiro no âmbito do FRSS obedece ao cumprimento dos requisitos definidos no art. 6.º da Portaria n.º 31/2014, entre os quais destacamos: o montante a atribuir terá o limite máximo de 500.000 € por entidade beneficiária, ao mesmo tempo que esse montante deve ser distribuído de modo fraccionado, de acordo com o grau de execução definido no plano de reestruturação²; acresce que o mesmo montante não deve exceder 45% das necessidades de financiamento de médio e longo prazo, com um prazo máximo de 4 anos para efeitos de carência de juros³.

3 QUESTÕES FINANCEIRAS

No âmbito das matérias financeiras atinentes ao FRSS, importa, desde logo, sublinhar, tal como decorre do art. 3.º do DL n.º 165-A/2013, que se trata de um fundo autónomo, dotado de autonomia administrativa financeira, não se inscrevendo, desta sorte, no orçamento da segurança social⁴.

² Cfr. *infra* ponto 5.

³ Atenda-se a que, nos termos definidos pelo art. 4.º, n.º 2, do DL n.º 165-A/2013, os apoios a atribuir no âmbito do FRSS têm um carácter reembolsável.

⁴ O art. 10.º do DL n.º 165-A/2013 estabelece ainda que o saldo do FRSS é «intransmissível e impenhorável».

Para além disso, deter-nos-emos sobre três aspectos essenciais: capital do fundo; fontes de financiamento; e política de investimento.

Relativamente ao capital correspondente ao FRSS, de acordo com a redacção do art. 6.º do DL n.º 165-A/2013, este resultará da retenção de uma percentagem da actualização anual da comparticipação atribuída às IPSS e equiparadas, estabelecida nos protocolos celebrados entre a tutela, por um lado, e a Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade Social, a União das Misericórdias Portuguesas e a União das Mutualidades Portuguesas. Essa percentagem fixar-se-á nos 0,5% no primeiro ano de vigência do fundo, sendo, nos anos subsequentes, determinada através de Portaria, pelo membro do Governo responsável pelas áreas da solidariedade e da segurança social.

No que se refere às fontes de financiamento, estas surgem identificadas através das várias alíneas que compõem o art. 7.º do DL n.º 165-A/2013. Para além da percentagem anual da contribuição atribuída às entidades do sector solidário anteriormente apontada (al. *a*), importa atender ao estabelecido pela al. *b*) do mesmo artigo, no sentido em que constituem fontes de financiamento do FRSS os proveitos resultantes dos investimentos realizados. Sucede, porém, que art. 18.º do DL 165-A vem remeter para regulamentação através de Portaria a matéria concernente à política de investimento a conduzir no seio do fundo.

Entre as fontes de financiamento do FRSS constam, outrossim, outras receitas que lhe sejam atribuídas por entidades públicas ou privadas (al. *c*)⁵, bem como soluções financeiras decorrentes do ciclo de programação de fundos comunitários 2014-2020 (al. *d*). Neste contexto, é de assinalar ainda o facto de não serem definidos quaisquer limites para os quatro tipos de fontes de financiamento consideradas.

Retomando o tópico da política de investimento, o art. 10.º da Portaria n.º 31/2014 limita-se a enunciar regras de âmbito genérico, apontado apenas no sentido da maximização do retorno e da salvaguarda das condições de estabilidade e de liquidez das entidades beneficiárias. Já a definição do elenco de activos a compor a carteira correspondente ao fundo surge remetida para o Regulamento Interno do Conselho de Gestão do FRSS, previsto no art. 15.º do DL n.º 165-A/2013, aprovado em reunião de 11 de Fevereiro de 2014 e alterado em 28 de Março do mesmo ano.

O art. 16.º do referido Regulamento Interno vem, contudo, conferir um teor bastante restrito a essa política de investimentos, indicando apenas os depósitos a prazo a 6 meses como o único activo financeiro a incluir no *portfolio*, desta sorte, aplicações financeiras de baixo risco, mas de retorno também reduzido.

⁵ Insere-se neste âmbito a contribuição inicial para o FRSS por parte do Governo de Portugal, no montante de 30 milhões de euros, transferidos do subsistema de acção social, tal como descreve o Relatório e Contas referente ao exercício de 2013.

4 MODO DE GESTÃO

O FRSS é gerido por um conselho de gestão, composto nos termos definidos pelos números 1 e 2 do art. 11.º do diploma em apreço. Assim sendo, o referido conselho é presidido pelo presidente do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social (IGFSS), para além de integrar três vogais, representantes dos três tipos de IPSS e equiparadas que o fundo se propõe apoiar⁶.

A epígrafe do art. 12.º remete-nos para as competências do conselho de gestão, entre as quais relevam as que se encontram definidas na al. e) e na al. f), referentes, respectivamente, ao poder de decisão sobre os pedidos de apoio a conceder no âmbito do FRSS e ao estabelecimento de critérios de avaliação e de acompanhamento das entidades apoiadas. A este propósito, retenha-se ainda o disposto pelo art. 16.º, número 1, do DL 165-A/2013, de acordo com o qual o acompanhamento da execução dos planos de reestruturação das instituições alvo de apoio do fundo deve ser realizado pelas entidades mencionadas nas alíneas b), c) e d) do art. 11.º, ou seja, pela Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade Social, pela União das Misericórdias Portuguesas e pela União das Mutualidades Portuguesas.

5 PROCEDIMENTOS E AVALIAÇÃO DAS CANDIDATURAS

Em todo o processo de candidatura, relevam três peças fundamentais: o relatório de diagnóstico, o plano de reestruturação e o parecer.

O relatório de diagnóstico, tal como resulta do número 4 do art. 3.º da Portaria n.º 31/2014, envolve a caracterização exaustiva da entidade candidata, desde a descrição das actividades desenvolvidas, a situação patrimonial, a existência de ofertas similares, os Relatórios de Gestão, a descrição dos processos de funcionamento e de gestão e a identificação dos recursos humanos existentes.

A realização de um relatório de diagnóstico adequado permitirá identificar mais facilmente identificar e quantificar as medidas a adoptar no futuro, as quais deverão constar no plano de reestruturação. Para além disso, este plano de reestruturação deve definir e fixar objectivos, descrever pormenorizadamente as medidas a adoptar, bem como estabelecer calendários e medidas complementares de monitorização orçamental e operacional.

Já o parecer é emitido pela entidade representativa do sector solidário indicada pelo Conselho de Gestão do FRSS, o qual, nos termos do art. 4.º da Portaria n.º

⁶ Estes vogais são designados pelas entidades que representam – ou seja, um vogal designado pela Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade Social, um vogal designado pela União das Misericórdias Portuguesas e um vogal designado pela União das Mutualidades Portuguesas. Uma vez indicados, os membros assim definidos têm um mandato de três anos, o qual, de acordo com o previsto no art. 3.º do Regulamento Interno do Conselho de Gestão do FRSS, pode ser renovado por igual período de tempo, sendo que as respectivas entidades devem designar também um vogal suplente.

31/2014 deverá conter os seguintes elementos: quadro síntese das necessidades de financiamento e sua distribuição ao longo do período pretendido, bem como a enunciação das medidas correctivas a adoptar no sistema de gestão da entidade.

Sem prejuízo da relevância dos aspectos de carácter formal, neste ponto, detemo-nos preferencialmente nos aspectos relacionados com a avaliação das candidaturas, sendo que a definição dos critérios a observar, como anteriormente se referiu, constitui uma das competências do Conselho de Gestão do fundo. Esse modelo de avaliação assenta, essencialmente, na análise económico-financeira, histórica e previsional, da entidade candidata aos benefícios, resultando da aplicação daquele uma classificação entre 0 e 100 pontos⁷.

O modelo de avaliação aprovado pelo Conselho de Gestão do FRSS envolve 7 critérios, repartidos por 4 grandes grupos, os quais passamos a descrever e que surgem ponderados com coeficientes diversos.

Os critérios subjacentes ao grupo 1 têm uma ponderação global de 60% e compreendem, essencialmente, o emprego de indicadores económico-financeiros, que permitem avaliar a situação económico-financeira da entidade candidata, bem como a consecução dos objectivos enunciados no plano de reestruturação.

Nesse sentido, o grupo 1 inclui um conjunto de indicadores económicos, com o propósito de avaliar a situação da entidade no ano anterior ao da candidatura (critério 1) e têm uma ponderação no grupo de 20%, com um coeficiente de ponderação, no total, de 12%. Entre esses indicadores constam o peso dos subsídios à exploração no total de rendimentos (ponderação de 5%), o peso dos fornecimentos e serviços externos no total de rendimentos (ponderação de 25%), peso dos gastos com o pessoal no total de rendimentos (ponderação de 30%), peso dos gastos financeiros no total de rendimentos (ponderação de 10%) e peso dos resultados líquidos no total de rendimentos (ponderação de 30%). Enquanto para os quatro primeiros indicadores será atribuído um número crescente de pontos em função do menor peso relativo, para o último será, como facilmente se entende, atribuído um número crescente de pontos consoante maior for o peso relativo dos resultados.

O grupo 1 inclui ainda um conjunto de indicadores financeiros destinados à avaliação do equilíbrio financeiro da entidade candidata no ano n-1 (critério 2), com uma ponderação no grupo de 15%, donde resulta uma ponderação total de 9%. Esses indicadores são: a liquidez geral (ponderação de 5%), a autonomia financeira (ponderação de 40%), a solvabilidade (ponderação de 30%), o nível de endividamento (ponderação de 10%) e a capacidade de endividamento da entidade (ponderação de 15%). Será atribuído um número crescente de pontos consoan-

⁷ As candidaturas são hierarquizadas de modo decrescente com base na pontuação obtida. Em caso de empate, a data de entrega da candidatura constitui factor de diferenciação.

te os indicadores assumirem maior expressão, exceção feita, necessariamente, do nível de endividamento, onde se observa uma relação inversa.

Ainda no grupo 1, consta um conjunto de indicadores económicos que pretendem avaliar o impacto das medidas adoptadas no plano de reestruturação ao nível da redução e da racionalização da despesa corrente (critério 3). Este grupo de indicadores tem uma ponderação de 35% no grupo, donde resultará uma ponderação global de 21%. Neste grupo, cuja mensuração se reportará à variação observada entre o ano n e o ano $n+3$, inclui os seguintes indicadores: peso dos subsídios à exploração no total de rendimentos (ponderação de 5%), peso dos fornecimentos e serviços externos no total de rendimentos (ponderação de 15%), peso dos gastos com o pessoal no total de rendimentos (ponderação de 20%), peso dos gastos financeiros no total dos rendimentos (ponderação de 10%), peso dos resultados operacionais no total de rendimentos (ponderação de 15%), lucros antes de juros, impostos, depreciação e amortização, indicador este normalmente designado pela sigla anglo-saxónica EBITDA (ponderação de 15%) e nível de cobertura dos encargos financeiros (ponderação de 20%).

Por fim, o grupo 1 contempla um último elenco de indicadores, referentes ao efeito das medidas a adoptar sobre o saneamento financeiro da entidade candidata (critério 4), a medir também para o período entre os anos n e $n+3$. Estes indicadores têm um peso relativo no grupo de 30%, donde resulta uma ponderação total para este critério de 18%. Entre esses indicadores considera-se a liquidez geral (ponderação de 5%), o fundo de maneo líquido (ponderação de 10%), a autonomia financeira (ponderação de 40%), a solvabilidade (ponderação de 25%), o nível de endividamento (ponderação de 10%) e a capacidade de endividamento (ponderação de 15%).

O grupo 2 corresponde ao critério 5 e reporta-se ao aumento do nível de qualificação que os colaboradores da entidade de apoio poderão atingir. Este critério tem um coeficiente de ponderação no total de 25%, sendo atribuído um número crescente de pontos pelo maior número de horas de formação por colaborador. Este indicador tem também natureza prospectiva, ou seja, refere-se aos anos n a $n+3$.

O grupo 3 inclui o critério 6, relativo aos empréstimos bancários em vigor e que deve ser mensurado para o ano $n-1$. Com um coeficiente de ponderação no total de 10%, será atribuída pontuação maior às entidades que não tenham recorrido a capitais alheios.

Por fim, o grupo 4 reporta-se ao critério 7, relativo à implementação de sistemas de gestão pela entidade candidata. Este critério tem um coeficiente de ponderação no total de 5% e pode ser avaliado retrospectiva ou prospectivamente, sendo válidos os casos em que a entidade já tenha colocado ou venha a colocar em prática um sistema de gestão.

Impõem-se, ainda, neste ponto, duas notas finais, uma relativa à existência de penalizações em caso de incumprimento do plano de plano de reembolso, tal como definido no número 1 do art. 8.º da Portaria n.º 31/2014, e o acompanhamento facultado pelo Conselho de Gestão ao plano de reestruturação, nos termos do art. 9.º do mesmo diploma.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que concerne à pertinência da proposta em apreço, bastará recordarmos o papel que a economia social representa em termos nacionais, sendo responsável por 5,5% do emprego total remunerado.

É ainda extemporânea a realização de qualquer tipo de avaliação em torno da eficácia e do poder de alcance desta iniciativa, dado que os elementos contabilísticos e os indicadores de actividade referentes ao FRSS remontam ao termo de 2013, quando o fundo contava com escassos dias de existência. Nesse curto lapso de tempo, não apoiou quaisquer entidades e não obteve quaisquer rendimentos, tendo sido registados apenas, de acordo com o Relatório e Contas para o exercício de 2013, dois movimentos contabilísticos.

Esse exercício deve, contudo, ser exercido em tempo oportuno, sendo que a primeira fase de candidatura ocorreu entre 2 e 23 de Maio do corrente ano, com uma dotação financeira de 15 milhões de euros⁸, prevendo-se a realização de uma segunda fase de candidatura, entre 17 de Setembro e 10 de Outubro, com uma dotação financeira de 10 milhões de euros.

Atenda-se, sobretudo, à qualidade e à quantidade de informação requerida não só pelo relatório de diagnóstico, como pelo próprio modelo de avaliação. Sem prejuízo da bondade associada ao estabelecimento de um fundo desta natureza, é de assinalar que apenas as entidades de maiores dimensões, dotadas de estruturas mais complexas, poderão cumprir todos os requisitos que a candidatura exige.

⁸ As candidaturas referentes à primeira fase estão ainda pendentes de decisão, prevendo-se a celebração dos respectivos acordos de apoio financeiro para o período que decorrerá entre 21 de Julho e 14 de Agosto.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 36 (2014), páxs. 341-349
ISSN: 1130-2682

**ANOTACIÓN A LA LEY 6/2013, DE 6 DE NOVIEMBRE,
DE COOPERATIVAS DE CANTABRIA**

***ANNOTATION TO THE LAW 6/2013, OF NOVEMBER
6, OF COOPERATIVES OF CANTABRIA***

MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA¹

¹ Profesor Titular de Derecho Mercantil; Facultad de Derecho; Universidad de A Coruña. Dirección de correo electrónico: manuel.jose.vazquez.pena@udc.es

RESUMEN

Con la aprobación de la Ley 6/2013, de 6 de noviembre, “*de Cooperativas de Cantabria*”, se dota de un régimen jurídico propio a las cooperativas cántabras. La referencia, meramente esquemática, a esta regulación constituye el objeto de este trabajo, en el que se destacan, de manera resumida, los puntos más interesantes de la referida norma.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas, sociedades, legislación autonómica, mercado.

ABSTRACT

With the approval of Law 6/2013, of November 6, “*of Cooperatives of Cantabria*”, it is provided with a legal own regime to the Cantabrian cooperatives. The reference, merely schematic, to this regulation constitutes the object of this work, in which are outlined, in a summarized way, the most interesting points of the above-mentioned norm.

KEYWORDS: Cooperatives, societies, regional legislation, market.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DISPOSICIONES GENERALES. 3. LA CONSTITUCIÓN DE LAS COOPERATIVAS. 4. LOS SOCIOS. 5. LOS ÓRGANOS SOCIALES. 6. EL RÉGIMEN ECONÓMICO. 7. DOCUMENTACIÓN SOCIAL Y CONTABILIDAD. 8. MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS, FUSIÓN, ESCISIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE COOPERATIVAS. 9. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. 10. LAS CLASES DE COOPERATIVAS. 11. INTEGRACIÓN Y AGRUPACIÓN COOPERATIVA. 12. LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA. 13. EL REGISTRO DE SOCIEDADES COOPERATIVAS DE CANTABRIA. 14. ASOCIACIONISMO COOPERATIVO.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION.- 2. GENERAL PROVISIONS.- 3. THE CONSTITUTION OF THE COOPERATIVES.- 4. PARTNERS.- 5. CORPORATE BODIES.- 6. THE ECONOMIC SYSTEM.- 7. SOCIAL DOCUMENTATION AND ACCOUNTING.- 8. STATUTES AMENDMENT, MERGER, SPLIT AND TRANSFORMATION OF COOPERATIVES.- 9. DISSOLUTION AND LIQUIDATION.- 10. CLASSIFICATION OF COOPERATIVE.- 11. INTEGRATION AND COOPERATIVE GROUP.- 12. ACTION OF REGIONAL ADMINISTRATION.- 13. REGISTRATION OF COOPERATIVE SOCIETIES IN CANTABRIA.- 14. COOPERATIVE ASSOCIATIONS.

I INTRODUCCIÓN

La pujanza de no pocos fenómenos de cooperación en la Comunidad Autónoma de Cantabria, unida a la versatilidad del método cooperativo y a su probada eficacia para crear empleo estable y para coordinar esfuerzos tanto de consumidores como de empresas -en especial, las de mediana y pequeña dimensión-, aconsejaron al Legislador cántabro abordar una regulación de las sociedades cooperativas cuya actividad predominante se desarrollase en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Es en este contexto donde se aprueba la Ley 6/2013, de 6 de noviembre, “*de Cooperativas de Cantabria*”², con el no disimulado objetivo de fomentar la constitución de este tipo de entidades, de conseguir la consolidación económica de las cooperativas ya existentes, de fomentar la capacidad emprendedora y, en último término, de generar empleo de calidad³.

Consciente de que la expansión de la economía de mercado obliga cada vez más a las empresas a introducirse en los distintos mercados para poder competir y subsistir, no elude el Legislador la necesidad y responsabilidad de adecuar los principios cooperativos a los tiempos presentes y futuros, dotando a estas socie-

² Boletín Oficial de Cantabria de 18 de noviembre de 2013; BOE del 27 de noviembre de 2013.

³ Cfr. el Preámbulo de la referida Ley 6/2013.

dades de instrumentos válidos y suficientes que les permitan organizarse eficientemente para afrontar los nuevos desafíos.

En este entendimiento, la Ley 6/2013 pretende reforzar el carácter empresarial de las cooperativas cántabras, con el objeto de potenciar su intervención competitiva en el mercado, asumiendo que se trata de instituciones eficaces para la creación de riqueza y la generación de empleo en sus aspectos cuantitativos y cualitativos, provistas además de un importante papel en la redistribución de recursos, así como en la prestación de servicios de naturaleza social. Para ello se estructura en cuatro títulos, con ciento cincuenta y tres artículos, siete disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

2 DISPOSICIONES GENERALES

La Ley establece primeramente su aplicabilidad a todas aquellas sociedades cooperativas que desarrollen, al menos principalmente, la actividad cooperativizada con sus socios –esto es, la actividad societaria típica de la cooperativa– en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria (art. 3).

Siguiendo la línea marcada por las Leyes de cooperativas más modernas, la Ley cántabra determina asimismo la necesidad de aportar un capital social mínimo de tres mil euros. Con ello se pretende, como se reconoce en el Preámbulo de la Ley, subrayar el carácter empresarial de las iniciativas cooperativistas y ofrecer a los terceros, desde el nacimiento mismo de la entidad, un testimonio real de seriedad económica y de seguridad jurídica, si bien se admite que en el momento de la constitución se desembolse el veinticinco por ciento del mismo, difiriendo el resto hasta cuatro años (art. 6).

Merece la pena destacar también que se establece la posibilidad de que la sociedad cooperativa pueda realizar operaciones con terceros no socios, con las limitaciones que establece la Ley para cada clase de cooperativa, así como otras normas sectoriales que resulten de aplicación, y atendiendo a lo establecido al respecto en sus propios estatutos sociales (art. 8). Con ello se pretende diseñar un marco flexible, dirigido a facilitar la consecución de sus fines económicos y sociales, sin desnaturalizar la esencia del tipo societario cooperativo.

Otro aspecto al que se presta particular atención en la Ley 6/2013 es el relativo a las secciones. En este punto, se subraya en la norma la responsabilidad unitaria de la sociedad y la superioridad decisoria de la asamblea general respecto a las juntas de socios adscritos a cada sección. Con el mismo interés se alude a las secciones de crédito, estableciendo determinadas especificidades que aseguren una gestión prudente y un control de la Administración Autónoma sobre la actividad financiera de las mismas (art. 9).

3 LA CONSTITUCIÓN DE LAS COOPERATIVAS

En la Ley de Cooperativas de Cantabria se ha optado por la necesidad de tres socios ordinarios como número mínimo para constituir una cooperativa de primer grado, con la idea de conjugar la facilidad de la constitución de estas sociedades y evitar la desnaturalización de esta fórmula empresarial (art. 5).

En el procedimiento de constitución de la sociedad cooperativa se permite que los promotores elijan entre dos vías: la celebración de una asamblea constituyente, o la constitución directa mediante otorgamiento de escritura pública (arts. 11 y 12). No obstante lo anterior, la adquisición de su personalidad jurídica plena se supedita a la doble exigencia de escritura pública e inscripción en el Registro de Sociedades Cooperativas de Cantabria (art. 16).

También es de destacar que en el contenido mínimo de los estatutos se incluye la determinación del capital social mínimo y el compromiso de la participación mínima de los socios en la actividad de la cooperativa (art. 15).

4 LOS SOCIOS

De forma detallada se regula en la Ley 6/2013 la capacidad, la admisión de nuevos socios, los derechos y obligaciones de los mismos, las bajas y, de manera especial, el derecho de información de todo socio sobre la situación de la cooperativa, introduciendo cautelas frente al posible ejercicio abusivo o infundado de este derecho, aunque, en todo caso, la última decisión en sede interna se confía a la asamblea general (apartado 3 del art. 19). En materia de admisión se desarrolla tanto el recurso del aspirante por la denegación de su admisión como la posible reclamación por parte de los socios contra el acuerdo de admisión de un nuevo cooperador, así como los efectos suspensivos de esta impugnación (art. 18).

Una cuestión especialmente tratada en la Ley ha sido el régimen de disciplina social. En este ámbito cabe destacar la exigencia de que la tipificación de las faltas se detalle en los estatutos, el otorgamiento de un tratamiento flexible para la suspensión de derechos de los socios y la regulación de la expulsión –a diferencia de otras Leyes que prevén tramitación específica y recursos y plazos propios– dentro del régimen general de las sanciones (art. 28).

También se regulan en la norma cántabra las diferentes clases de socios. En este ámbito, como excepción al carácter indefinido de la vinculación del socio a la cooperativa, se contempla la posibilidad de que existan relaciones societarias de duración determinada. También se admite la figura del socio colaborador que se define, en concordancia con otras Leyes autonómicas, como el socio vinculado a la cooperativa por realizar aportaciones de carácter voluntario al capital social, sin participar en la actividad cooperativizada. Asimismo, siguiendo una larga tradición cooperativa, se regulan las figuras de los socios de trabajo y la de los socios

inactivos, especificándose las particularidades del régimen de todos ellos y los derechos y obligaciones que les corresponden (arts. 24 a 27).

5 LOS ÓRGANOS SOCIALES

La Ley de Cooperativas de Cantabria establece dos órganos sociales obligatorios: la asamblea general, como órgano soberano de decisión, y el consejo rector, como órgano de gestión y representación. También se contempla la posibilidad de que estatutariamente se constituya un órgano de fiscalización a través de la intervención, un comité de recursos, así como otras instancias de carácter consultivo o asesor, aunque éstas en ningún caso tendrán la consideración de órganos sociales (art. 30).

En relación con la asamblea general, se determina con precisión sus competencias y, en atención a su condición de órgano soberano de la cooperativa, se admite que imparta instrucciones al consejo rector sobre determinados asuntos de gestión (arts. 31 y 32). Respecto del órgano de administración es necesario destacar que, con el objeto de instaurar un sistema flexible para las pequeñas cooperativas, la Ley permite, en aquellas cuyo número de socios no sea superior a diez, que la representación, gobierno y gestión de la cooperativa se confíe a un administrador único o a dos administradores, que actúen mancomunada o solidariamente (art. 43).

6 EL RÉGIMEN ECONÓMICO

En la regulación del régimen económico, la Ley pretende robustecer la vertiente empresarial de las cooperativas y dotarlas de solvencia y de credibilidad económica, a lo que pueden contribuir de manera relevante las medidas introducidas ante la entrada en vigor de la NIC 32. Para conseguir el fortalecimiento de la vertiente empresarial de la cooperativa, además de la referida exigencia de un capital mínimo, se permite, siguiendo la orientación marcada por las Leyes más recientes, que la aportación obligatoria inicial sea diferente para los distintos tipos de socios o para cada socio en proporción al compromiso o uso potencial que cada uno de ellos asuma en la actividad cooperativizada (art. 61).

Por otro lado, como consecuencia de la inevitable aplicación de la NIC 32 en nuestro Ordenamiento, y para poder contabilizar las aportaciones de los socios como recurso propio, la Ley permite que los estatutos puedan prever la existencia de aportaciones a capital social no exigibles, pero reembolsables por decisión de la cooperativa. Esta opción estatutaria tiene como contrapeso la posible salida justificada de aquellos socios que no estuvieren de acuerdo con dicha medida (art. 68).

Dentro del régimen económico de las cooperativas se da también un tratamiento adecuado a cuestiones como la remuneración, la actualización, el reembolso y la transmisión de las aportaciones, la determinación de resultados, la distribución de excedentes y los criterios sobre posibles destinos de los fondos sociales obligatorios.

7 DOCUMENTACIÓN SOCIAL Y CONTABILIDAD

en la regulación de los libros y la contabilidad de la cooperativa se sigue la pauta del régimen general de las sociedades mercantiles. Se recogen, asimismo, los supuestos en que la cooperativa estará obligada a someter sus cuentas a auditoría externa y se fija el criterio de designación y nombramiento de los auditores cuando la asamblea general no quiera o no pueda hacerlo (arts. 75 a 77).

8 MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS, FUSIÓN, ESCISIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE COOPERATIVAS

Para la modificación de los estatutos se establece un procedimiento general en el que se exige el acuerdo de la asamblea general, y un procedimiento especial para el cambio de domicilio social dentro del mismo término municipal, para el que basta el acuerdo del consejo rector de la cooperativa (arts. 78 y 79). También se regulan de forma detallada las modificaciones estructurales, es decir, la fusión, la escisión y la transformación de las cooperativas.

La Ley permite tanto la fusión de sociedades cooperativas en una nueva como la absorción de una o más por otra sociedad cooperativa ya existente (art. 80). Por su parte, la escisión de una cooperativa puede consistir en su extinción, previa división de todo su patrimonio en dos o más partes que se transmiten en bloque a otra sociedad de nueva creación, o que son absorbidos por una sociedad ya existente. La escisión de las cooperativas también puede consistir en la segregación de una parte del patrimonio de la cooperativa que se transmite en bloque a otra sociedad ya existente (art. 88).

Se admite la transformación de cooperativas en sociedades civiles o mercantiles, y la transformación de sociedades y agrupaciones de carácter no cooperativo en cooperativas de alguna de las clases reguladas en la Ley, siempre que no exista precepto legal que lo prohíba expresamente (arts. 89 y 90).

9 DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

En relación con la disolución de las cooperativas, la Ley regula sus causas y sus efectos, al tiempo que contempla la posibilidad de reactivar la propia cooperativa (arts. 91 a 93). Por otra parte, presta la Ley una especial atención al período de

liquidación, centrándose en el análisis del estatuto jurídico y de las funciones de los liquidadores, y en el estudio de la previsión de adjudicación del haber social, en cuyas normas se prioriza la devolución de las aportaciones voluntarias sobre las obligatorias. Finalizada la liquidación y distribuido el haber social, se establece la obligación de los liquidadores de elevar a escritura pública el balance final y las operaciones de liquidación, así como la de solicitar la cancelación de los asientos en el Registro de Sociedades Cooperativas de Cantabria (arts. 94 a 98).

10 LAS CLASES DE COOPERATIVAS

Respecto de las cooperativas de primer grado, la Ley prescinde de la clasificación como mero catálogo y, con ánimo clarificador, diferencia entre cooperativas de trabajadores (las de trabajo, las de explotación comunitaria de la tierra y ganado, y las de enseñanza), de consumo (las de viviendas, las de crédito y seguros, y las de consumidores y usuarios), de servicios (las agrarias, las de transportistas, las de industriales o de profesionales, y las marítimas) y especiales (las de iniciativa social, las de integración social, las integrales, las mixtas, y las de impulso empresarial). Los criterios que determinan la inclusión de cada sociedad cooperativa en uno de los tres primeros tipos mencionados responderán a la cualidad de las personas socias o a la actividad que éstas desarrollen en la empresa, pero, en ningún caso, a su objeto social. Asimismo, se establece que, además de las mencionadas, podrán regularse reglamentariamente otros subtipos, siempre y cuando reúnan unas características singulares que aconsejen la aplicación de un régimen jurídico específico (arts. 99 y sigs.).

11 INTEGRACIÓN Y AGRUPACIÓN COOPERATIVA

La Ley cántabra aborda la regulación de las cooperativas de segundo o de ulterior grado y de las otras modalidades de colaboración económica desde una perspectiva capaz de dotar de agilidad y eficacia a la integración económica de las cooperativas, con el objetivo de conseguir una mayor competitividad de las mismas (arts. 131 y 133).

Igualmente, con el propósito de ofrecer un cauce normativo a los fenómenos de agrupación intercooperativa, se regula el grupo cooperativo sobre la idea consolidada en la legislación actual que considera conveniente la existencia de una dirección unificada; dirección unificada que podrá ser tan intensa como admitan las sociedades al autorregular el grupo, aunque sin llegar a anular o a prescindir de la fisonomía de cada cooperativa agrupada (art. 132).

12 LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

De conformidad con el artículo 129.2 de la Constitución Española y el artículo 57.4 de su Estatuto de Autonomía, la Comunidad Autónoma de Cantabria asume la tarea de promoción, estímulo y desarrollo de las sociedades cooperativas y de sus estructuras de integración económico-empresarial y representativas, garantizando, además, su libertad y autonomía (arts. 134 y 135). Además, en consonancia con lo previsto en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, se prevé en la Ley 6/2013 la creación del Consejo Cántabro de la Economía Social, con funciones de carácter consultivo y asesor para las actividades relacionadas con este ámbito en el territorio de la Comunidad Autónoma. Asimismo, corresponderá al propio Consejo conciliar y ejercer el arbitraje en las cuestiones litigiosas que se planteen entre cooperativas, entre éstas y sus socios, o en el seno de las mismas entre sus socios, cuando ambas partes lo soliciten o bien estén obligadas a tenor de lo establecido en sus estatutos sociales (arts. 142 y 143).

Finalmente, se regula en la Ley la función inspectora, que se atribuye con carácter general a la Consejería competente en materia de cooperativas, se detallan las clases de infracciones y sus respectivas sanciones, así como las causas y el procedimiento de descalificación de una sociedad cooperativa, con lo que se pretende garantizar la aplicación de la regulación contenida en ella (arts. 144 a 148).

13 EL REGISTRO DE SOCIEDADES COOPERATIVAS DE CANTABRIA

La Ley que nos ocupa pretende reforzar el papel del Registro de Sociedades Cooperativas de Cantabria. En su articulado hace referencia, de forma sucinta, a su estructura y funciones, dotándolo de la eficacia necesaria, definida por los principios de publicidad formal y material, legalidad, legitimación o presunción de validez y de exactitud, prioridad y tracto sucesivo, como es ya tradicional en los registros jurídicos especializados en el sector cooperativo. Su concreto régimen de funcionamiento se determinará en un posterior desarrollo reglamentario (arts. 136 a 141).

14 ASOCIACIONISMO COOPERATIVO

Ya para finalizar esta anotación a la Ley 6/2013, es conveniente puntualizar que, a la vista de lo dispuesto en los artículos 149 a 153, que parece claro que está en el ánimo del Legislador el fomento del asociacionismo de las sociedades cooperativas, regulando las Uniones, Federaciones y la Confederación de Cooperativas de Cantabria, garantizando la esencia del movimiento cooperativo y ayudando a su consolidación, con respeto, en todo caso, a los principios de autonomía y libertad de asociación.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 36 (2014), páxs. 351-361
ISSN: 1130-2682

MODIFICACIONES DE LA REGULACIÓN DEL
FUNCIONAMIENTO DE LAS SECCIONES DE CRÉDITO
DE LAS COOPERATIVAS EN CATALUÑA

*MODIFICATIONS OF THE REGULATION OF
THE FUNCTIONING OF THE CREDIT SECTIONS
OF THE COOPERATIVES IN CATALONIA*

MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ¹

¹ Abogado del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Lugo. Dirección de correo electrónico: cabelloabogados@hotmail.com

RESUMEN

El Decreto 49/2014, de 8 de abril, modifica el Decreto 280/2003, de 4 de noviembre, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas catalanas, con tres claros objetivos: a) Mejorar la funcionalidad de las secciones de crédito cuando no constituyan la actividad principal de la cooperativa, diferenciándolas con mayor claridad del funcionamiento de las entidades bancarias; b) establecer unos límites más estrictos en lo que respecta a la solvencia y a la transparencia de este tipo de entidades; y, en consecuencia, c) generar mayor confianza por parte de los socios en el funcionamiento financiero de las secciones de crédito de las cooperativas.

PALABRAS CLAVE: Sociedades cooperativas, secciones de crédito, solvencia, transparencia.

ABSTRACT

Decree 49/2014 of 8 April, amending Decree 280/2003, of 4 November, regulating the operation of sections Catalan credit cooperatives, with three clear objectives: a) To improve the functionality of the sections credit they do not constitute the core business of the cooperative, you differentiating more clearly the operation of the banks; b) establish stricter limits regarding the solvency and transparency of such entities; and consequently, c) building confidence by partners in the financial performance of credit sections of cooperatives.

KEYWORDS: Cooperative societies, credit sections, solvency, transparency.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DECRETO 49/2014, “POR EL QUE SE MODIFICA EL DECRETO 280/2003, DE 4 DE NOVIEMBRE, DE REGULACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS SECCIONES DE CRÉDITO DE LAS COOPERATIVAS”: 2.1 La modificación del artículo 5 del decreto 280/2003. 2.2 La modificación de los artículo 7 y 8 del decreto 280/2003. 2.3 Otras cuestiones.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION.- 2. DECREE 49/2014, “BY AMENDING THE DECREE 280/2003, OF 4 NOVEMBER, REGULATING THE OPERATION SECTIONS OF CREDIT COOPERATIVES”. 2.1. Amendment of article 5 of Decree 280/2003. 2.2. Amendment of article 7 and 8 of Decree 280/2003. 2.3. Other issues.

I INTRODUCCIÓN

En Cataluña, la Ley 6/1998, de 13 de mayo, “*de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas*”², dio paso, frente al régimen previsto en la derogada Ley del mismo título, en la Ley 1/1985, de 14 de enero³, a una clara desregulación de la actividad de las secciones de crédito acogidas a este marco legal⁴, concretando, al mismo tiempo, las funciones de esta figura como las propias de un departamento tesorero en el seno de un colectivo con actividad cooperativa no financiera, sin confusión posible –y he aquí lo relevante- con el régimen propio de una entidad bancaria, que –como es sabido- destaca por tratarse de una actividad altamente regulada⁵.

² DO Generalitat de Catalunya de 21 de mayo de 1998, y BOE de 17 de junio de 1998.

³ DO Generalitat de Catalunya de 23 enero de 1985, y BOE de 9 febrero 1985.

⁴ El propio Preámbulo de la Ley 6/1998, después de indicar que la misma “*establece un nuevo marco normativo que define el régimen y función de las secciones de crédito, claramente diferenciadas de la actividad propia de las entidades de crédito cooperativas, a la vez que determina sus normas de funcionamiento y las particularidades de la utilización de esta denominación*”, afirma que “*todo esto, sin perjuicio de las facultades de los socios para configurar estatutariamente las reglas internas de actuación de las cooperativas y de las secciones de crédito, tanto por lo que respecta al control interno de la organización como a la transparencia necesaria hacia los socios y la efectividad de la participación de estos y de los cargos elegidos en la toma de decisiones de gestión, compartiendo las consiguientes responsabilidades*”. En general, sobre las secciones de crédito de las cooperativas, *vid.*, entre otros, F. VALENZUELA GARACH y F. J. VALENZUELA GARACH, “Cooperativas de crédito”, en AA.VV., *Tratado de Derecho de Cooperativas*, coordinado por J. I. Peinado Gracia y coordinado por T. Vázquez Ruano, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1175 y sigs. (págs. 1200 a 1204).

⁵ Debemos recordar en este punto que las entidades bancarias con forma jurídica de cooperativa, las cooperativas de crédito, ya están reguladas en la Ley 13/1989, de 26 de mayo, “*de Cooperativas de Crédito*”, de ámbito estatal [sobre esta Ley, *vid.*, por ejemplo, VALENZUELA GARACH/VALENZUELA GARACH, “Cooperativas de crédito”, *op. cit.*, págs. 1175 y sigs.; y C. CONDE RODRÍGUEZ, “Las cooperativas de crédito en España”, *REVESCO* 61 (1995), págs. 127 y sigs.].

El ajuste de la actuación de este tipo de unidades internas tesoreras a la normativa mencionada obliga a las cooperativas a inscribirlas en el Registro General de Cooperativas, en una sección registral diferenciada. El cuadro normativo existente constituye un marco de transparencia del departamento tesorero de las cooperativas, que respeta la libertad y la autonomía de éstas en su gestión, siendo las propias cooperativas, con las decisiones que toman sus órganos de gobierno, las responsables del buen funcionamiento de las secciones de crédito.

Siendo así, es forzoso no obstante reconocer que el desarrollo efectuado por el Decreto 280/2003, de 4 de noviembre, “*de desarrollo de la Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas*”⁶, contiene algunas disposiciones que no evitan con claridad la posibilidad de incurrir, desde este ámbito tesorero, en situaciones u operaciones que constituyen un riesgo excesivo para el buen funcionamiento de la actividad principal de la cooperativa y para la confianza depositada por los socios.

Ni que decir tiene que unos límites poco adecuados técnicamente para una empresa con actividad principal no financiera pueden dar lugar a una percepción errónea de la funcionalidad de esta actividad interna de las cooperativas por parte de los socios y de terceras personas, equiparándola a las actividades bancarias reguladas. Esta confusión llega a su grado máximo cuando la cooperativa con sección de crédito desarrolla paralelamente actividades bancarias reguladas a través de acuerdos con entidades bancarias.

Es sabido que ambos aspectos se intentaron corregir mediante la promulgación del Decreto 83/2010, de 29 de junio, “*por el que se modifica el Decreto 280/2003, de 4 de noviembre, de desarrollo de la Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas*”⁷. En éste se modificó el artículo 5 del Decreto 280/2003, estableciendo unos límites más estrictos en la composición del balance, en la afectación de los activos y en la ponderación de la actividad de la sección de crédito en el conjunto de la cooperativa. Al mismo tiempo con este Decreto se actualizaron referencias a órganos de la Administración y a la figura de socio colaborador, definida en la Ley 18/2002, de 5 de julio, “*de Cooperativas*”⁸.

Finalmente, en este proceso se da un paso más con la aprobación de la Ley 2/2014, de 27 de enero, “*de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público*”⁹, que en su artículo 213 introduce varias modificaciones a la Ley

⁶ DO Generalitat de Catalunya de 20 de noviembre de 2003.

⁷ DO Generalitat de Catalunya de 6 de julio de 2010.

⁸ DO Generalitat de Catalunya de 17 de julio de 2002, y BOE de 27 de julio de 2002.

⁹ DO Generalitat de Catalunya de 30 de enero de 2014, y BOE de 21 de marzo de 2014.

6/1998, de 13 de mayo¹⁰, con el fin de recuperar la razón originaria de las secciones de crédito, esto es, la financiación de la actividad agraria cooperativa por sus socios. De esta manera se hace más restrictiva la regulación existente y se mejora la solvencia y la transparencia de la actividad de la sección de crédito hacia los socios, tanto productores como colaboradores de la sociedad cooperativa.

2 EL DECRETO 49/2014, “POR EL QUE SE MODIFICA EL DECRETO 280/2003, DE 4 DE NOVIEMBRE, DE REGULACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS SECCIONES DE CRÉDITO DE LAS COOPERATIVAS”

Pues bien, las modificaciones operadas en virtud de la ante mencionada Ley 2/2014, de 27 de enero, unidas a la existencia de un período transitorio excesivamente amplio con respecto a la entrada en vigor de parte de las normas promulgadas en el Decreto 83/2010, de 29 de junio, motivaron que el legislador catalán decidiese aprobar, a propuesta de los Consejeros de Economía y Conocimiento y de Empresa y Empleo, el Decreto 49/2014, de 8 de abril, “*por el que se modifica el Decreto 280/2003, de 4 de noviembre, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas*”¹¹, que consta de cuatro artículos, cuatro disposiciones transitorias, una derogatoria, y una disposición final.

2.1. La modificación del artículo 5 del decreto 280/2003

El artículo 1 del Decreto 49/2014 da una nueva redacción al artículo 5 (“*Estructura financiera y actividad*”) del citado Decreto 280/2003. No se modifican los apartados 1 y 2 del mismo que continúan indicando que “*el total de pasivo exigible de la cooperativa no puede exceder en más de nueve veces los recursos propios de la cooperativa*”, y que éstos “*no pueden ser inferiores al cincuenta por cien de la suma de los saldos del inmovilizado material e inmaterial neto de la cooperativa, una vez deducidos de estos los saldos de las subvenciones de capital obtenidas para su financiación*”.

Sí es objeto de una importante modificación el apartado 3 del citado precepto, con la intención clara de evitar, por una parte, la confusión de la funcionalidad de las secciones de crédito de las cooperativas con la propia del sistema bancario y, por otra, la exposición del colectivo de socios, productores o colaboradores, a

¹⁰ En concreto, el artículo 213 de la Ley 2/2014 modifica el apartado 1 del artículo 1, el artículo 3, el apartado 2 del artículo 5, la letra “c” del apartado 3 del artículo 14, y los artículos 15 y 17 de la Ley 6/1998. También se añaden en esta Ley dos letras, la “g” y la “h”, al apartado 2 de su artículo 14, y una disposición adicional, única. Finalmente, con este precepto se deroga la letra “e” del apartado 3 del artículo 14 de la Ley 6/1998.

¹¹ DO Generalitat de Catalunya de 10 de abril de 2014.

riesgos excesivos en el ámbito de su actividad tesorera. En este sentido, se establecen ahora unos límites más estrictos respecto de la solvencia de las cooperativas y en la ponderación de la actividad de la sección de crédito en el conjunto de la entidad.

Así, se dispone en el nuevo apartado 3 del Decreto 280/2003 que la actividad de la sección de crédito constituirá la actividad principal de la cooperativa solamente cuando se dé alguno de los tres siguientes supuestos:

- a) Cuando la relación porcentual entre los activos totales de la sección de crédito y los activos totales de la cooperativa, con los inmuebles valorados a precio de mercado mediante una tasación independiente o, en su defecto, al valor contable neto, supere el ochenta y cinco por cien.
- b) Cuando la relación porcentual entre los ingresos corrientes de la sección de crédito y los ingresos corrientes totales del resto de secciones de la cooperativa, sin incluir los de la sección de crédito, supere el cincuenta por cien.
- c) Cuando el porcentaje de los saldos acreedores en la sección de crédito de socios colaboradores supere el treinta por cien del total de saldos acreedores de socios y socias en esta sección.

Hay que tener siempre presente, tal cual se señala en la norma, que los valores de referencia para la efectividad del límite de la letra “b” deben ser “*los valores medios de los dos últimos ejercicios cerrados*”.

El apartado 4 del artículo 5 del Decreto 280/2003 se desdobra ahora en dos apartados, el 4 y el 5, introduciendo la posibilidad de flexibilizar la afectación de los activos con la autorización previa expresa en este sentido por parte de la dirección general competente en la supervisión prudencial de las secciones de crédito de las cooperativas.

Si antes los activos de la sección de crédito no se podían aportar en garantía ni ser objeto de pignoración, ahora se prevé la posibilidad –única posibilidad- de que se puedan aportar en garantía o ser objeto de pignoración cuando la dirección general competente en la supervisión prudencial de las secciones de crédito de las cooperativas lo autorice previamente, a petición razonada por parte de la cooperativa y siempre que haya sido incluida en el plan económico financiero previsto en el artículo 7 (que luego veremos), estableciendo los límites o porcentajes máximos de activos de la sección de crédito objeto de aportación en garantía o pignoración para el conjunto del año.

Ha de subrayarse que las solicitudes de autorización se entenderán estimadas si no hay resolución expresa en el plazo de tres meses desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en esta dirección general¹².

¹² Nuevo apartado 4 del artículo 5 del Decreto 280/2003.

Si antes los inmuebles de la cooperativa no se podían aportar en garantía cuando contasen con financiación acordada por el consejo rector con cargo en la sección de crédito, al contrario de lo que ocurría con el inmovilizado que fuese de nueva adquisición que sí se podía aportar en garantía a favor de la entidad que lo financiase, ahora, no variando la situación respecto de los inmuebles de la cooperativa, se prevé que *“si a lo largo del último ejercicio contable cerrado, la cooperativa no cancela en algún momento la financiación de la cooperativa con cargo a la sección de crédito para otras finalidades, la cooperativa debe afectar, en el plazo de un mes desde el cierre de ejercicio, por acuerdo del Consejo Rector, inmuebles libres de cargas como garantía a esta financiación por un importe de tasación independiente del cien por cien, como mínimo, del valor medio de esta financiación al cierre de los dos ejercicios anteriores”*.

Debe resaltarse que esta afectación se puede liberar total o parcialmente, manteniendo la cobertura del cien por cien, cuando se obtenga financiación ajena destinada a cancelar total o parcialmente la financiación en la cooperativa a cargo de la sección de crédito¹³.

2.2. La modificación de los artículo 7 y 8 del decreto 280/2003

El Decreto 49/2014 también modifica los artículos 7 (*“Competencias de la Asamblea”* antes, *“Control y supervisión sobre inversiones y financiación de la sección de crédito”* ahora) y 8 (*“Obligaciones de información”*) del Decreto 280/2003.

Con la nueva redacción del artículo 7 y la adición de un nuevo apartado, el número 4, al artículo 8 se pretende, por una parte, que la Asamblea General de la cooperativa sea la que marque la política de inversión de los fondos depositados, con el objetivo doble de aumentar la transparencia ante los socios, productores o colaboradores, y de reducir la exposición al riesgo de las inversiones efectuadas. Por otra parte, se busca completar las obligaciones de información de la cooperativa, no tan solo de cara a los socios y socias, sino frente a la Administración en el desarrollo de las tareas de supervisión e inspección que le asigna la Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas.

Se establece así que en cada ejercicio el Consejo Rector debe elaborar un plan económico-financiero sobre la actividad de la sección de crédito con previsión de la capacidad financiera y los criterios de inversión, que debe ser aprobado por la Asamblea General. Este plan debe determinar, como mínimo, los siguientes puntos:

¹³ Nuevo apartado 5 del artículo 5 del Decreto 280/2003.

- a) El porcentaje máximo del pasivo de la sección de crédito destinado a las operaciones activas con la propia cooperativa y, en su caso, sobre las destinadas a financiar el inmovilizado que la sección de crédito puede mantener con la propia cooperativa, respetando las limitaciones legalmente establecidas.
- b) El porcentaje máximo del pasivo de la sección de crédito destinado a las operaciones activas con los socios y con los socios colaboradores.
- c) El porcentaje mínimo de disponibilidades líquidas que la sección de crédito debe mantener en relación con sus recursos, respetando las limitaciones legalmente establecidas, y de liquidez reforzada.
- d) Los tipos de inversión financiera, dentro de los criterios y límites destinados a las operaciones que pueden realizar los clientes clasificados como inversores minoristas, de acuerdo con lo que prevé el artículo 61 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, u otro que lo modifique o sustituya. En todo caso, la incorporación del tipo de operaciones financieras clasificadas como complejas y destinadas a inversores profesionales necesita el acuerdo expreso de la Asamblea General y la clasificación que comporta para la cooperativa, solo lo es con respecto a las operaciones concretas de acuerdo con el plan aprobado.
- e) Los límites o porcentajes máximos de activos de la sección de crédito objeto de aportación en garantía o pignoración para el conjunto del año, si procede, condicionada a la autorización previa del artículo 5, apartado 4, ya expuesto.

En la misma línea, las cooperativas deberán enviar, en el plazo de un mes, a contar desde la fecha de la celebración de la Asamblea General, la certificación de los acuerdos tomados sobre la política de inversión de la cooperativa a través de su sección de crédito a la dirección general competente en la supervisión prudencial de las secciones de crédito de las cooperativas, la cual podrá hacer recomendaciones sobre la capacidad financiera de la sección de crédito en relación con estas inversiones y sobre la solvencia de la propia cooperativa.

Igualmente, el Consejo Rector deberá rendir cuentas a la Asamblea General de la ejecución efectuada durante el ejercicio de los acuerdos adoptados en relación con estas magnitudes.

Además, las cooperativas a las que es de aplicación el Decreto 280/2003 están obligadas a facilitar a la dirección general competente en la supervisión prudencial de las secciones de crédito de las cooperativas, en la forma y el tiempo

que esta determine, la información necesaria de carácter económico, financiero y jurídico relativa y propia de la actividad y gestión de las secciones de crédito, de acuerdo con la normativa vigente. A mayores, esta dirección general podrá requerir la información complementaria o aclaratoria que haga falta sobre la información anterior¹⁴.

2.3. Otras cuestiones

Al margen de lo dispuesto en su artículo 4, en el que se actualizan varias referencias del Decreto 280/2003¹⁵, el Decreto 49/2014 pone de manifiesto que el legislador catalán entiende que las modificaciones antes mencionadas se deben aplicar lo antes posible, con el fin de evitar situaciones de riesgo financiero que puedan perjudicar el buen funcionamiento de las cooperativas. Se considera así necesario que este Decreto entre en vigor al día siguiente de su publicación en el “*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*”.

En este entendimiento, se recogen en el Decreto cuatro disposiciones transitorias. En la primera (“*Período transitorio de adaptación a las limitaciones del artículo 5, apartados 1 y 3 a, del Decreto 280/2003*”) se señala que las cooperativas con sección de crédito deben aportar, como máximo en los tres meses siguientes a la entrada en vigor del Decreto 49/2014, a la dirección general competente en la supervisión prudencial de las secciones de crédito de las cooperativas, un certificado emitido por un auditor independiente en que se informe favorablemente del cumplimiento de las limitaciones establecidas en el artículo 5, apartados 1, y 3 “a”, del Decreto 280/2003, de 4 de noviembre, en la nueva redacción que hemos visto, con datos del último cierre contable.

Se prevé asimismo que las cooperativas con sección de crédito que incumplan alguna de estas limitaciones, adicionalmente al certificado anterior, deberán aportar un plan de acción, aprobado por el Consejo Rector, y también un certificado de un auditor independiente, sobre el cumplimiento de las limitaciones mencionadas, que incluya, como mínimo, las actuaciones que se deben realizar, la persona responsable y el plazo de su ejecución que, en ningún caso, podrá superar un período que finaliza el 31 de diciembre de 2016. Estos planes de acción deberán ser aprobados por la dirección general competente en la supervisión prudencial de las secciones de crédito de las cooperativas.

Excepcionalmente, esta dirección general podrá aprobar el plan de acción con un plazo máximo hasta el 31 de diciembre de 2018, para el cumplimiento de las

¹⁴ Nuevo apartado 4 del artículo 8 del Decreto 280/2003.

¹⁵ En concreto, se sustituyen las palabras “*adherida*” y “*adherido*” por la expresión “*socio colaborador*”. También se sustituyen las referencias al “*Departamento de Trabajo, Industria, Comercio y Turismo*” por “*departamento competente en materia de cooperativas*”, y al “*departamento de Economía y Finanzas*” por “*departamento competente en materia de economía y finanzas*”.

limitaciones establecidas en el artículo 5.3 “a” del Decreto 280/2003, siempre que este recoja reducciones anuales del porcentaje que representan los activos de la sección de crédito en relación con los activos consolidados de la cooperativa. Las solicitudes de aprobación del plan de acción se deben tramitar conforme a lo que establece la normativa sobre procedimiento administrativo común. Éstas se entenderán estimadas si no hay resolución expresa en el plazo de seis meses, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en esta dirección general.

Igualmente las cooperativas afectadas por un plan de acción deberán enviar certificaciones del auditor independiente sobre el cumplimiento del plan, con periodicidad anual hasta su total cumplimiento, a la dirección general mencionada, con la finalidad de hacer su seguimiento.

El hecho de no ajustarse a las limitaciones mencionadas en el período transitorio establecido, y el incumplimiento de lo que establece la disposición transitoria primera, implicará la baja de la sección de crédito en el Registro General de cooperativas, dictada por resolución del titular del departamento competente en materia de economía y finanzas, previa la instrucción del procedimiento administrativo común con audiencia de la cooperativa interesada.

La disposición transitoria segunda (“*Comunicación y cancelación de las pignoraciones y otras garantías de activos de la sección de crédito*”) establece que las cooperativas con sección de crédito que previamente a la entrada en vigor del Decreto 49/2014 tengan activos de la sección de crédito aportados en garantía u objeto de pignoración dispondrán de un mes a partir de la entrada en vigor de este Decreto para comunicar a la dirección general competente en la supervisión prudencial de las secciones de crédito de las cooperativas estas operaciones de garantía o pignoración. La cooperativa deberá cancelar la garantía o la pignoración correspondiente antes de que finalice el cierre de ejercicio que tenga lugar en el período comprendido entre el 7 de julio de 2013 y el 6 de julio de 2014, ambas fechas incluidas.

Con el mismo razonamiento que la anterior, la tercera disposición transitoria (“*Regularización de las garantías en inmuebles*”) afirma que las cooperativas con sección de crédito que cuando entre en vigor el Decreto 49/2014 necesiten afectar inmuebles como garantía de la financiación existente a cargo de la sección de crédito, de acuerdo con lo que prevé el artículo 5, apartado 5, del Decreto 280/2003, en la nueva redacción antes apuntada, dispondrán de un mes para tomar los acuerdos del Consejo Rector correspondientes. En caso de que no haya inmuebles suficientes libres de cargas, se podrán afectar inmuebles en garantía de financiaciones ajenas previas, cuyos términos no se podrán modificar, excepto para su cancelación anticipada.

Por último, la cuarta disposición transitoria (“*Período transitorio de adaptación a las limitaciones del artículo 5, apartado 3 b y c, del Decreto 280/2003*”

establecidas en el Decreto 83/2010, de 29 de junio”) indica que las limitaciones establecidas en el nuevo artículo 5, apartado 3, letras “b” y “c”, del Decreto 280/2003, se deberán cumplir también a más tardar en el primer cierre de ejercicio que tenga lugar en el período comprendido entre el 7 de julio de 2013 y el 6 de julio de 2014, ambas fechas incluidas.

Ha de indicarse, ya para finalizar, que con la entrada en vigor del Decreto 49/2014 quedan derogados: a) El ya mencionado Decreto 83/2010, de 29 de junio, “*por el que se modifica el Decreto 280/2003, de 4 de noviembre, de desarrollo de la Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas*”; y b) como es habitual, todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo que lo establecido por el mismo¹⁶.

¹⁶ Disposición derogatoria del Decreto 49/2014.

IV RECENSIONES

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 36 (2014), páxs. 365-369
ISSN: 1130-2682

NAMORADO, RUI, «O MISTÉRIO DO COOPERATIVISMO
– DA COOPERAÇÃO AO MOVIMENTO
COOPERATIVO», ALMEDINA, COIMBRA, 2013

*NAMORADO, RUI, «THE MYSTERY OF COOPERATIVISM
– FROM COOPERATION TO THE COOPERATIVE
MOVEMENT», ALMEDINA, COIMBRA, 2013*

EDUARDO GRAÇA¹

¹ Presidente da Direção da Cooperativa António Sérgio para a Economia Social (CASES). Correio eletrónico: eduardograce@cases.pt

O Professor Rui Namorado é, pela sua personalidade e obra, uma figura incontornável do pensamento cooperativista português, com reconhecimento internacional. A sua abordagem da realidade cooperativa assume uma natureza iminentemente doutrinária sem deixar de ser, ao mesmo tempo, de forma exigente e rigorosa, pedagógica, informativa e prática.

Sem desdouro por outros estudiosos, Rui Namorado é uma voz reconhecida e respeitada, nos mundos da academia e da ação, referência incontornável no estudo do fenómeno cooperativo e, em geral, do setor da economia social em Portugal. Aqui presto homenagem ao Homem e Estudioso que, com espírito de dádiva, muito tem contribuído para criar doutrina, densificar o debate e prestigiar o cooperativismo, e a economia social, junto das gerações mais jovens.

«*O Mistério do Cooperativismo – da Cooperação ao Movimento Cooperativo*» é, na verdade, um livro de história. O seu objeto central assenta na descrição e análise bem informada e detalhada, na sua complexidade, do processo de especialização do pujante mundo associativo nascido no seio da revolução industrial do século XIX. Tal processo, com epicentro no Reino Unido, deu origem aos modernos partidos políticos de matriz socialista (social democrata ou trabalhista), ao movimento sindicalista, de matriz revolucionária, católica ou reformista, ao cooperativismo e ao mutualismo, mesclando todas as correntes.

Nas palavras do autor, parafraseando Lasserre, o moderno edifício institucional das democracias modernas nasceu de «*uma nebulosa inicial*», onde sob forma associativa se manifestaram diversos tipos de ação coletiva dos trabalhadores, a partir da qual emergiu um processo de especialização – diferenciação em partidos, sindicatos, cooperativas e mútuas. «*As cooperativas nasceram dentro desta “nebulosa associativa” inicial, como elemento do movimento operário*».

Identificando numa frase a génese das cooperativas o autor escreve: «*...as cooperativas surgem como resposta às dificuldades causadas na vida de amplos setores da sociedade, nas primeiras décadas do século XIX, pela evolução do capitalismo.*»

A legião de trabalhadores, o operariado, que a sociedade industrial fez nascer viveu em condições de exploração extrema ou, no melhor dos casos, muito severa, conduzindo a um processo de auto-organização, originando organizações capazes de gerar mecanismos de autodefesa que desembocaram em respostas reivindicativas, por vezes violentas, encorpando um verdadeiro movimento que sempre foi designado por movimento operário.

Deste processo nasceram algumas realidades que persistiram transfigurando-se, assumindo diversas representações, mas mantendo o essencial dos seus propósitos e mesmo das suas designações como por exemplo, no caso dos partidos: so-

cialistas, sociais-democratas e trabalhistas — o SPD alemão, o Labour, ou Partido Trabalhista, do Reino Unido, a SFIO (Seção Francesa da Internacional Operária), ou seja, o PS francês (que curiosamente só assumiu esta designação na 2.^a metade do século XX, sob iniciativa de Mitterrand), para falar somente de três países centrais, e estruturantes, da atual União Europeia (EU).

Outras realidades persistiram como o movimento sindical que se organizou nas centrais sindicais que, em traços largos, permanecem vivas e atuantes, em todos os países, com suas tendências (sociais democratas, socialistas e comunistas), tendo-se perdido pelo caminho, ou tornada invisível, ou omissa no discurso público, a tendência anarquista mas, certamente, latente entre muitos movimentos cívicos que se esboçam em oposição às políticas de austeridade por essa Europa fora.

O movimento cooperativo e mutualístico sobreviveu, persistiu e persiste, autonomizou-se e especializou-se, assumindo, no plano organizacional, uma geometria variável, quase sempre mais próximo do pragmatismo próprio do lado da busca de soluções económicas para os problemas das classes trabalhadoras e dos pequenos e médios proprietários, do que do lado das reivindicações, abrangendo as áreas financeira, agrícola, comercial, do consumo, da indústria, da cultura e, em geral, dos serviços.

Ao longo do tempo multiplicaram-se debates e polémicas, divisões e reunificações, criação de federações e uniões, assistiu-se ao seu apogeu e declínio, à emergência e apagamento da sua relação com os partidos socialistas e social-democratas e com os sindicatos. Ergueu-se, em França, a bandeira da República Cooperativa, na conceção de Gide a que se sucedeu uma réplica britânica com o conceito de «Cooperative Commonwealth» tendo sido criado, em 1919, no Reino Unido, o Partido Cooperativo que desde 1927 tem um acordo com o Partido Trabalhista, através do qual tem assegurado uma representação parlamentar.

Ao longo das últimas décadas do século XIX digladiaram-se defensores e opositores do cooperativismo com um ponto alto no Congresso Operário de Marselha, de 20 a 31 de outubro de 1879 no qual se consumou uma rutura decisiva: «*as cooperativas são eliminadas enquanto instrumentos de emancipação do proletariado*». Foi um tempo de duras confrontações no seio das quais o modelo cooperativo foi amadurecendo desembocando na criação da ACI («Aliança Cooperativa Internacional»), em 1895, o que constituiu um acontecimento da maior importância tanto assim que a organização resistiu, e perdurou no tempo, tendo realizado, em 2013, o seu Congresso anual na Cidade do Cabo, na República da África do Sul.

A vocação interclassista e a natureza híbrida do cooperativismo — ao mesmo tempo associação e empresa — foi, e é, a sua força e a sua fraqueza. Trata-se quer pelos seus princípios, quer pela natureza do seu modelo organizativo e pela prática da sua ação, um tipo de organização criado para resolver problemas práticos,

com enfoque na economia, com que se defrontam comunidades de trabalhadores de todas as ideologias, raças e credos.

O fim económico que prossegue, mais do que a democraticidade a que obedece, sempre expôs o movimento cooperativo à crítica, ou ostracismo, dos partidos socialistas e social-democratas, assim como dos sindicatos, pela sua aparente apatia face aos movimentos reivindicativos nos quais por regra não participa, acentuando os riscos de sucumbir a uma subalternidade, sempre latente ao longo da sua história, em relação à distribuição de poder e de recursos entre os três setores de propriedade dos meios de produção na aceção da Constituição da República Portuguesa (público, privado e cooperativo e social). Eis uma questão que abre pontes para um debate com atualidade.

O livro de Rui Namorado é, por fim, um grito lúcido de alerta para que os partidos e sindicatos nascidos da mesma raiz que originou o movimento cooperativo e mutualístico, não desertem de um ideário comum de cooperação e solidariedade.

