

CES

COOPERATIVISMO E
ECONOMÍA SOCIAL

N.º 37 · CURSO 2014-2015 · VIGO (ESPAÑA) · ISSN 1130-2682

Universida_{de}Vigo

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



COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

EDITA

Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo
Andavira Editora

DESEÑO LOGOTIPO REVISTA

Antón Pulido Novoa

ADMINISTRACIÓN, DISTRIBUCIÓN E VENDAS

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

DIRECCIÓN DA REVISTA E INTERCAMBIOS

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

© Universidade de Vigo / Andavira Editora

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

ISSN: 1130-2682

Depósito Legal: VG-97-1990

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

PRESIDENCIA

ANXO TATO PLAZA (Universidade de Vigo)

DIRECCIÓN

JULIO COSTAS COMESAÑA (Universidade de Vigo)

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, árbitro tributário, Instituto Politécnico de Bragança, ISCAP / CECEJ; Profa. Dra. M.^a del Mar Andreu Martí, Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Politécnica de Cartagena; Prof. Dr. Miguel Angel Bouza López, Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidade de Vigo; Profa. Dra. Irene Escuin Ibañez, Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Politécnica de Cartagena; Profa. Dra. Catarina Frade, Professora Auxiliar da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra; Profa. Dra. 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, Univer-

sidad 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, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra; Profa. Dra. Fátima Ribeiro, Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto; Profa. Dra. Elena Salgado André, Profesora Invitada de Derecho Mercantil, Universidade de Vigo; Prof. Dr. Alexandre Soveral Martins, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Prof. Dr. Paulo Alves de Vasconcelos, Instituto Politécnico do Porto / ISCAP.

COLABORADORAN NESTE NÚMERO

ALBERTO ATXABAL RADA
ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS
ANA TEIXEIRA GONÇALVES
ANDRÉ ALMEIDA MARTINS
ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA
ANXO TATO PLAZA
CARLOTA QUINTÃO
CATARINA FRADE
CRISTINA PARENTE
DAVID FALCÃO
DEOLINDA APARÍCIO MEIRA
ELENA SALGADO ANDRÉ
ENRIQUE GADEA
ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ
GIUSTINO DI CECCO
ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS
J. M. COUTINHO DE ABREU
JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ
JULIO COSTAS COMESAÑA
LICÍNIO LOPES MARTINS
LUIS HELENO TERRINHA
MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA
MARIA ELISABETE RAMOS
M.^a JESÚS RODRÍGUEZ MÍGUEZ
MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO
MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ
MARIO DE CONTO
NINA AGUIAR
PABLO FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO
PAULO VASCONCELOS
RITA CALÇADA PIRES
RUI PINTO DUARTE
SARA LOUREDO CASADO
SÉRGIO TENREIRO TOMÁS
SINESIO NOVO FERNÁNDEZ
TIAGO PIMENTA FERNANDES
VANESSA MARCOS
VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE
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.

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

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

II.- NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS

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

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

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

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

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

III. INSTRUCCIÓNS PARA OS AUTORES

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

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

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

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

Elaboración das referencias bibliográficas: Nas Seccións I, II.1 e III as citas bibliográficas realizaranse en nota a pé de páxina, e nas Seccións II.2 e IV as citas de bibliografía serán no texto.

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

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

As citas de traballos publicados en revistas faranse do seguinte xeito: Apelidos do Autor sempre (en maiúscula) e Inicial do nome no seu caso, Título do traballo (entre comiñas), Abreviatura da revista se figura no Índice (se non figura no índice título completo en maiúscula), Volume, Número (se o houbese), Ano (entre parénteses), e a concreta páxina citada. Por exemplo: APARICIO MEIRA, D., "A relevancia do cooperador na gobernanza 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 efectuaron 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 perspectiva é essencialmente jurídica, mas permitem-se abordagens realizadas a partir de outras óticas, como sejam a económica, a empresarial e a sociológica. A revista dirige-se aos investigadores destas matérias, quer no âmbito académico quer no profissional. As línguas oficiais da revista são o galego, o português, o castelhano e o inglês.

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

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

II. NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

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

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

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

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

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

III. INSTRUÇÕES AOS AUTORES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

I. OBJETIVOS Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

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

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

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

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

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

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

II. NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

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

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

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

En el caso de que los evaluadores propongan modificaciones en la redacción del original será responsabilidad del equipo editorial - una vez informado el autor- el seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. En el caso de que el trabajo no sea aceptado, el original será devuelto al autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. La 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 en la dirección electrónica *cooperativismo.economiasocial@uvigo.es*, con sujeción a las siguientes normas: - Tipo de letra: Times New Roman; - Tamaño: 12 (notas a pie 10); - Folio DIN A4; - Interlineado: 1,5 (notas a pie simple); -Márgenes; 3-3-3-3.

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

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

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

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

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

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

I. OBJECTIVES AND MAIN CHARACTERISTICS

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

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

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

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

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

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

II. ORIGINAL SUBMISSION

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

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

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

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

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

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

III. INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

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

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

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

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

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

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

References to works published in journals should be made as follows: Author's surname(s); Initial of the author's first name (in caps); Title of the work (in single inverted commas); Journal abbreviation if listed in the *CES* index (if not, the full title must be given in caps); Volume and issue N°. (where appropriate); Year (in brackets); and the specific page quoted [i.e. APARICIO MEIRA, D., «A relevancia do cooperador na 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

I. ABREVIATURAS DE TEXTOS LEGALES

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

LFCN	Ley Foral de Cooperativas de Navarra
LITSASCE	Ley de implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas
LGC 1974	Ley General de Cooperativas
LGC 1987	Ley General de Cooperativas
LMESM	Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
LME	Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles
LMV	Ley del Mercado de Valores
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
LRFC	Ley sobre el Régimen Fiscal de las Cooperativas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSCA	Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas
LSCEX	Ley de Sociedades de Cooperativas de Extremadura
LSCEEX	Ley de Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura
RESCE	Reglamento CE por el que se regula el Estatuto jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea
RLSCA	Reglamento de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
TFUE	Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea
TGUE	Tribunal General de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

2. OTRAS ABREVIATURAS

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

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

PEME	Pequena e Mediana Empresa
PYME	Pequeña y Mediana Empresa
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 (Portugal)
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
ROC	Revisor Oficial de Contas (Portugal)
S.A.	Sociedad Anónima
SQ	Sociedad por cuotas (Portugal)
S.A.T.	Sociedad Agraria de Transformación
S.R.L.	Sociedad de Responsabilidad Limitada
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SCE	Sociedad Cooperativa Europea
STJ	Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
Tít.	Título
últ.	última
v.	vide
v. gr.	verbi gratia
vid.	véase
Vol.	Volumen

CES

COOPERATIVISMO E
ECONOMÍA SOCIAL

ÍNDICE

I DOCTRINA

- MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO, Los mecanismos de protección de las aportaciones a cuenta efectuadas por el cooperativista de vivienda. 33 - 62

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS APORTACIONES DEL COOPERATIVISTA A CUENTA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA VIVIENDA. 2.1. Concepto, regulación e importancia de las aportaciones a cuenta. 2.2. Naturaleza jurídica. 3. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LAS APORTACIONES A CUENTA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA VIVIENDA. 3.1. De la desprotección inicial, a la aplicación del régimen de garantías de las cantidades entregadas a cuenta de la adquisición de viviendas. 3.2. La efectividad de estos mecanismos. 3.3. Los mecanismos de protección en sede concursal. 3.3.1. Las medidas de garantía en caso de concurso de la cooperativa. 3.3.2. Las medidas de garantía en el concurso del socio. 4. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.

- DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, Da possibilidade de imputação de perdas ao cooperador numa *régie* cooperativa. 63 - 89

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVES NOTAS SOBRE A DISCIPLINA JURÍDICA APLICÁVEL ÀS RÉGIES COOPERATIVAS EM PORTUGAL. 3. AS RÉGIES COOPERATIVAS VERSUS A COOPERATIVA COMUM. 4. O ESCOPO MUTUALÍSTICO DA RÉGIE COOPERATIVA. 5. A PROBLEMÁTICA DA NATUREZA JURÍDICA DA PARTICIPAÇÃO DO COOPERADOR NA ATIVIDADE DA COOPERATIVA. 6. O CAPITAL MUTUALÍSTICO OU MASSA DE GESTÃO ECONÓMICA. 7. A VANTAGEM MUTUALISTA DECORRENTE DA PARTICIPAÇÃO NA ATIVIDADE COOPERATIVA. 8. AS PERDAS NA RÉGIE COOPERATIVA. 8.1. Preliminar. 8.2. O tratamento jurídico dos resultados negativos nas régies cooperativas. 8.2.1. Responsabilidade externa. 8.2.2. A responsabilidade interna. 8.3. A insuficiência do regime de imputação das perdas previsto no Código Cooperativo. 9. CONCLUSÕES. BIBLIOGRAFIA.

- ALBERTO ATXABAL RADA, La democracia como valor identitario de la cooperativa 89 - 114

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA. UNA APROXIMACIÓN A LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS. 3. LA ECONOMÍA SOCIAL: UNOS PRINCIPIOS COMUNES PARA LAS EMPRESAS. 3.1. Las empresas de economía social en España. 3.2. La empresa social, el tipo abierto dentro de la economía social. 4. LOS VALORES Y PRINCIPIOS DE LAS COOPERATIVAS. 5. LA MUTUALIDAD COMO ELEMENTO IDENTITARIO DE LAS COOPERATIVAS. 6. LA DEMOCRACIA COMO VALOR IDENTITARIO DE LAS COOPERATIVAS. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

- MARIO DE CONTO, O tratamento constitucional das Sociedades Cooperativas pelo Direito Brasileiro. 115 - 137

SUMÁRIO: 1. AS SOCIEDADES COOPERATIVAS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO. 2. AS SOCIEDADES COOPERATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO. 2.1 Histórico. 2.2. Do Decreto 22.239/32 ao Decreto-lei no 581/38: da liberdade de criação intervenção estatal. 2.3 O Estatuto da terra e a Lei 5764/71: novos regramentos, mesma intervenção. 2.4 A Constituição Federal de 1988 e o fim da intervenção estatal em cooperativas. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

LICÍNIO LOPES MARTINS, Breves nótulas sobre o “novo estatuto” das Instituições Particulares de Solidariedade Social no Direito nacional e no Direito da União Europeia.	139 - 164
---	-----------

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO: A DIMENSÃO ESTRATÉGICA DAS INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL NO DIREITO NACIONAL E NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA. 2. AS INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE E NA DIRECTIVA 2014/24/UE. 2.1. A Jurisprudência do TJUE. 2.2. O regime da Directiva 2014/24/UE. 2.2.1. Exclusão específica de serviços prestados por organizações sem fins lucrativos. 2.2.2. A previsão de um regime especial de contratação pública. 3. A DIMENSÃO ESTRATÉGICA NO PLANO DO DIREITO INTERNO E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO SECTOR COOPERATIVO E SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3.1. Referência, em especial, a alguns segmentos do estatuto revisto das IPSS. 4. BIBLIOGRAFIA.

VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE, Cooperativismo y Administración Pública: participación y fomento en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.	165 - 181
--	-----------

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PARTICIPACIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA. 2.1 Significado y alcance. 2.2 Participación y planificación administrativa. 3. COOPERATIVISMO Y GESTIÓN PÚBLICA. 3.1. Cooperación y participación. 3.2. El Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi como cauce de participación del cooperativismo en las políticas públicas. 3.3. Fomento del cooperativismo y la economía social. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

II XURISPRUDENZA

II.1. COMENTARIOS XURISPRUDENZA

ANA TEIXEIRA GONÇALVES, Algumas questões sobre o Direito fundacional português e a “alteração anormal das circunstâncias”: comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 30-01-2014.	185 - 204
---	-----------

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A QUESTÃO EM JUÍZO. 3. O ACÓRDÃO EM COMENTÁRIO. 4. COMENTÁRIO. 4.1. A Fundação: constituição e estrutura organizativa. 4.2. A Revogação unilateral do mandato de um Administrador pela Fundação. 4.3. A obrigação de indemnização e a determinação do seu montante. 4.4. O problema da diminuição da retribuição salarial da autora em virtude da alteração das circunstâncias. 5. BIBLIOGRAFIA.

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, Insolvência e competência em razão da matéria: os velhos problemas deram lugar a novos problemas. Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de fevereiro de 2014 proc. n.º 365/13.4 TBMTS.P1 (relator: Manuel Domingos Fernandes)	205 - 211
--	-----------

SUMARIO: 1. INTRODUÇÃO. BREVE DESCRIÇÃO DO LITÍGIO. 2. A ASSOCIAÇÃO NÃO É SOCIEDADE COMERCIAL. 3. A MASSA INSOLVENTE DA ASSOCIAÇÃO NÃO INTEGRAVA UMA EMPRESA. 4. O TRIBUNAL COMPETENTE EM RAZÃO DA MATÉRIA À LUZ DA LOSJ

DAVID FALCÃO - SÉRGIO TENREIRO TOMÁS, Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16/06/2014, processo 378/12.3TTLMG.P1 - convenção coletiva de trabalho/santa casa da misericórdia.	213 - 225
---	-----------

SUMÁRIO: 1. ENQUADRAMENTO CONCEPTUAL. 2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL. 3. CONCLUSÃO. 4. BIBLIOGRAFIA.

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA - JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH, Problemática en torno a la capacidad para suceder de una asociación en trámite de formación. Comentario a la sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de Portugal de 21 de octubre de 2014.	227 - 242
---	-----------

SUMARIO: 1. RESUMEN DE LA SENTENCIA DEL STJ. LA CONFIGURACIÓN DEL CASO CONCRETO. 2. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO A FAVOR DE ASOCIACIÓN A CONSTITUIR EN EL FUTURO, BAJO LA CONDICIÓN DE QUE ESA ASOCIACIÓN LE PRESTE TODA LA ASISTENCIA QUE PUEDA NECESITAR MIENTRAS ESTÉ VIVO. 3. NOTA DE DERECHO COMPARADO: DERECHO ESPAÑOL. 4. CONCLUSIONES.

RUI PINTO DUARTE, A destituição dos administradores das fundações. Comentário ao acórdão do STJ de 20.11.2014	243 - 257
---	-----------

SUMÁRIO: 1. RECONTANDO A HISTÓRIA. 2. QUESTÕES APRECIADAS PELO STJ. 3. O QUADRO JURÍDICO RELEVANTE, EM ESPECIAL, A APLICABILIDADE DO RÉGIME DO MANDATO. 4. REVOGABILIDADE DO MANDATO. 5. DIREITO A INDEMNIZAÇÃO. 6. MEDIDA DA INDEMNIZAÇÃO PELA REVOGAÇÃO DO MANDATO. 7. LICITUDE DA DIMINUIÇÃO DA RETRIBUIÇÃO DA AUTORA DURANTE O EXERCÍCIO DAS SUAS FUNÇÕES.

II.2.1. ANOTACIÓNS XURISPRUDENZA (PORTUGAL)

LUÍS HELENO TERRINHA, A isenção subjetiva de custas processuais das pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Lisboa de 14 de janeiro de 2014	261 - 266
---	-----------

ANDRÉ ALMEIDA MARTINS, A isenção subjetiva de custas processuais das pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de janeiro de 2014	267 - 274
--	-----------

CATARINA FRADE, «Equiparada, mas pouco». Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16.01.2014 relativo ao processo 667/12.4 T2 AVR. C1 (Relator Azevedo Mendes).	275 - 280
---	-----------

PAULO VASCONCELOS, Nulidade de deliberação de dissolução de cooperativa de interesse público, por abuso de direito. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 15 de maio de 2014	281 - 287
--	-----------

RITA CALÇADA PIRES, Caixas de crédito agrícola mútuo: benefícios fiscais sobre a propriedade. Anotação ao Acórdão do STA de 5 de novembro de 2014, processo n.º 01159/13	289 - 295
--	-----------

MARIA ELISABETE RAMOS, Violação de norma legal imperativa e deliberações de Assembleia Geral de Associações. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17 de dezembro de 2014	297 - 304
--	-----------

II.2.2. ANOTACIÓNS XURISPRUDENZA (ESPAÑA)

ENRIQUE GADEA, Alcance de la responsabilidad de los socios de una cooperativa de vivienda. Anotación de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2011	307 - 316
--	-----------

ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS, Acordo de baixa voluntaria non xustificada nunha cooperativa de vivenda. Causas e fundamentos. Comentario á sentenza 133/2014 da secc. n.º 28 da Audiencia Provincial de Madrid de 28 de abril de 2014	317 - 322
--	-----------

ANXO TATO PLAZA, Imputación de perdas na liquidación das achegas ao capital social. Anotacións á sentenza da Audiencia Provincial de Albacete de 9 de maio de 2014	323 - 328
--	-----------

SARA LOUREDO CASADO, La baja obligatoria en relación al incumplimiento voluntario de los requisitos para ser socio de la cooperativa: anotación a la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 20 de mayo de 2014	329 - 334
---	-----------

XACOB O IZQUIERDO ALONSO, Baixa voluntaria dunha cooperativa: o dereito ao reembolso sobre as achegas ao capital social e a obriga do socio de responder	
--	--

polas amortizacións por inversións. Anotación á sentenza da Audiencia Provincial de Lleida (secc. 2ª) núm. 264/2014 de 2 de xuño, 2014	335 - 341
SARA LOUREDO CASADO, El principio de “puertas abiertas” en relación al derecho del socio de una cooperativa de causar baja en la misma. Anotación a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 7 de julio de 2014.	343 - 348
ELENA SALGADO ANDRÉ, Impugnación de la asamblea general y de los acuerdos sociales en las cooperativas de trabajo. Anotación a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 29 de julio de 2014	349 - 353
 III CRÓNICA	
DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, As alterações ao regime jurídico das farmácias de oficina. Anotação ao Decreto-Lei n.º 109/2014, de 10 de julho	357 - 367
SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CRÍTICA. 3. A NECESSIDADE DE REFORÇAR A CAPACIDADE DE AUTOFINANCIAMENTO DA ECONOMIA SOCIAL VERSUS O RESPEITO PELAS REGRAS DA CONCORRÊNCIA. 4. REFLEXÕES FINAIS.	
J. M. COUTINHO DE ABREU, Empresas sociais (nótulas de identificação).	369 - 376
SUMÁRIO: 1. CONJUGANDO EMPRESARIALIDADE E SOCIALIDADE. 1.1. (Im)precisões. 1. 2. Precisões (não sem dúvidas). 2. FORMAS DE EMPRESAS SOCIAIS. 2.1. Cooperativas. 2.2. Associações mutualistas. 2.3. Outras associações. 2.4. Fundações. 2.5. Sociedades mercantis?	
NINA AGUIAR, Crítica à reforma de 2014 da Lei dos Baldios	377 - 388
SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A PROBLEMÁTICA DO MODELO DE EXPLORAÇÃO DOS BALDIOS. 3. PROPRIEDADE DOS BALDIOS. 4. ADMINISTRAÇÃO DOS BALDIOS. 5. ASPECTOS FISCAIS. 6. ALIENAÇÃO E EXTINÇÃO DOS BALDIOS.	
TIAGO PIMENTA FERNANDES, O registo de organizações não governamentais de pessoas com deficiência. Anotação à portaria n.º 7/2014, de 13 de janeiro, que define as regras a que obedece o registo respeitante às organizações não governamentais das pessoas com deficiência (ONGPD).	389 - 395
SUMÁRIO: 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS – A IMPORTÂNCIA DA FIXAÇÃO DE REGRAS DE REGISTO DAS ONGPD. 2. O PROCEDIMENTO DE REGISTO DAS ONGPD.	
CRISTINA PARENTE / VANESSA MARCOS / CARLOTA QUINTÃO, Portugal Inovação Social. Anotação à Resolução do Conselho de Ministros n.º 73-A/2014, de 16 de dezembro de 2014.	397 - 405
SUMÁRIO: 1. ÂMBITO DO DIPLOMA EM ANÁLISE. 2. OS INSTRUMENTOS DE FINANCIAMENTO DA INOVAÇÃO E DO EMPREENDEDORISMO SOCIAL EM PORTUGAL: REFLEXÕES E INQUIETAÇÕES. 3. EM SÍNTESE...	
MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA, Las microcooperativas navarras de trabajo asociado	407 - 414
SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA APROBACIÓN DE LA LEY FORAL 2/2015, DE MICROCOOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. 2. CONCEPTO Y CONSTITUCIÓN DE UNA MICROCOOPERATIVA. 3. LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES POR CUENTA AJENA Y DE SOCIOS TRABAJADORES DE DURACIÓN DETERMINADA, Y LA DELIMITACIÓN DE LAS APORTACIONES DE LOS SOCIOS. 4. ÓRGANOS SOCIALES. 5. ADAPTACIÓN DE ESTATUTOS SOCIALES. 6. RÉGIMEN FISCAL.	
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ, La reforma del crédito cooperativo en Extremadura	415 - 421
SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN DE LA REFORMA Y MARCO DE REFERENCIA. 2. PROBLEMAS COMPETENCIALES. 3. CONTENIDO DE LA REFORMA. 3.1. Las modificaciones estructurales de las cooperativas de crédito. 3.2. Fomento de la participación de los socios en las sociedades cooperativas. 4. REFLEXIONES FINALES.	

MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ, Requisitos y procedimiento para el reconocimiento, la inscripción y la baja en su registro, de las entidades asociativas prioritarias, previstas en la ley de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario	423 - 430
<small>SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL REAL DECRETO 550/2014, DE 27 DE JUNIO. 2. LAS DISPOSICIONES GENERALES. 3. EL RECONOCIMIENTO DE LAS ENTIDADES ASOCIATIVAS PRIORITARIAS (CAPÍTULO II DEL REAL DECRETO 550/2014). 4. EL REGISTRO NACIONAL DE ENTIDADES ASOCIATIVAS PRIORITARIAS (CAPÍTULO III DEL REAL DECRETO 550/2014).</small>	
SINESIO NOVO FERNÁNDEZ, Anotación al Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley 14/2011, de Sociedades Cooperativas Andaluzas	431 - 437
M. ^a JESÚS RODRÍGUEZ MÍGUEZ, Reglamento del registro de cooperativas del Principado de Asturias	439 - 445
<small>SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ESTRUCTURA DE LA NORMA. 3. CONTENIDO DE LA NORMA. 4. VALORACIÓN FINAL.</small>	
ELENA SALGADO ANDRÉ, La nueva Ley de Cooperativas de Aragón	447 - 453
<small>SUMARIO: 1. PRELIMINAR. 2. PRINCIPALES CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LA LEY DE COOPERATIVAS DE ARAGÓN.</small>	
ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Comentario a la Ley 4/2014, de 11 de julio, de modificación de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de la Generalitat, de Cooperativas de la Comunitat Valenciana	455 - 463
<small>SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CAMBIOS INTRODUCIDOS. 3. CONCLUSIONES.</small>	

IV RECENSIONES

DANTE CRACOGNA, ANTONIO FICI, HAGEN HENRÿ (Editors), <i>International Handbook of Cooperative Law</i> , Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, 823 páginas, por Giustino di Cecco	467 - 475
VARGAS VASSEROT, CARLOS; GADEA SOLER, ENRIQUE; SACRISTÁN BERGIA, FERNANDO, <i>Derecho de sociedades cooperativas. Introducción, estatuto del socio y órganos sociales</i> . La ley. Madrid, 2015, 1 ^a edición. 434 páginas, por Xacobo Izquierdo Alonso	477 - 482
VILLAFÁÑEZ PÉREZ, ITZIAR, <i>Cooperativa y concurso. Estudio de las relaciones jurídicas con sus socios</i> . Marcial Pons, 2014, 374 páginas, por Pablo Fernández Carballo-Calero	483 - 486
CUSA, EMANUELE, <i>Le forme di impresa privata diverse dalle società lucrative tra aiuti di stato e costituzioni economiche europee</i> , G. Giappichelli editore 2013, Torino, 152 páginas, por Francisco José Torres Pérez.	487 - 491
APARICIO MEIRA, D. Y RAMOS, M. ^a E., <i>Governança e regimen económico das cooperativas</i> , VidaEconómica, Porto, 2014, 169 páginas, por Julio Costas Comesaña.	493 - 498

INDEX

I DOCTRINE

- MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO, Mechanisms of protection of contributions made to account by a member of a housing cooperative.** 33 - 62
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. CONTRIBUTIONS MADE BY THE COOPERATIVE MEMBER TOWARDS THE COOPERATIVE HOUSING CONSTRUCTION. 2.1. Concept, regulation and importance of contributions to account. 2.2. Legal nature. 3. MECHANISMS OF PROTECTION OF CONTRIBUTIONS TOWARDS THE CONSTRUCTION OF THE HOUSE. 3.1. From the initial lack of protection to the application of the system of guarantees for the amounts of money paid on account of homeownership. 3.2. The effectiveness of these mechanisms. 3.3. Protection mechanisms due to insolvency. 3.3.1. Assurance measures in the event of insolvency of the cooperative. 3.3.2. Guarantee measures in the case of bankruptcy of the partner. 4. BIBLIOGRAPHY AND CASE LAW REFERENCES.
- DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, The possibility of allocating losses to co-operator members in a public interest cooperative** 63 - 89
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. BRIEF NOTES ON THE LEGAL DISCIPLINE APPLICABLE TO THE PUBLIC INTEREST COOPERATIVES IN PORTUGAL. 3. THE PUBLIC INTEREST COOPERATIVES VERSUS THE COMMON COOPERATIVE 4. THE MUTUALISTIC SCOPE OF PUBLIC INTEREST COOPERATIVES. 5. THE PROBLEM OF THE LEGAL NATURE OF COOPERATOR PARTICIPATION IN THE COOPERATIVE TRANSACTIONS. 6. MUTUALISTIC CAPITAL. 7. MUTUAL ADVANTAGE ARISING OUT OF PARTICIPATION IN THE COOPERATIVE TRANSACTIONS. 8. LOSSES IN PUBLIC INTEREST COOPERATIVES. 8.1. Preliminary. 8.2. The legal treatment of the negative results in the public interest cooperatives. 8.2.1. The external liability. 8.2.2. The internal liability. 8.3. The limitations failure of the loss allocation system referred to in the Cooperative Code. 9. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY.
- ALBERTO ATXABAL RADA, Democracy as the identity value of the co-operatives** 89 - 114
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY, AN APPROACH TO CO-OPERATIVE PRINCIPLES. 3. THE SOCIAL ECONOMY: COMMON PRINCIPLES FOR COMPANIES. 3.1. The social economy enterprises in Spain. 3.2. The social enterprise, open type within the social economy. 4. THE VALUES AND PRINCIPLES OF CO-OPERATIVES. 5. MUTUAL AS IDENTITY ELEMENT OF CO-OPERATIVES. 6. DEMOCRACY AS IDENTITY VALUE OF CO-OPERATIVES. 7. CONCLUSIONS. 8. BIBLIOGRAPHY.
- MARIO DE CONTO, Constitucional treatment of cooperative societies in the brazilian law.** 115 - 137
- CONTENTS:** 1. COOPERATIVE SOCIETIES IN CONTEMPORARY LAW. 2. COOPERATIVE SOCIETIES IN THE BRAZILIAN LAW. 2.1. Historic. 2.2. From Decree 22239/32 to Decree-Law No. 581/38: from creative freedom to state intervention. 2.3. The Land Statute and the Law 5764/71: new specific regulations, same intervention. 2.4. The Federal Constitution of 1988 and the End of State Intervention in Cooperatives. 3. FINAL CONSIDERATIONS. 4. BIBLIOGRAPHIC REFERENCES.
- LICÍNIO LOPES MARTINS, Notes on the “new legal status” of private social solidarity institutions in Portuguese and European Union law** 139 - 164
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION: STRATEGIC DIMENSION OF THE PRIVATE SOCIAL SOLIDARITY INSTITUTIONS: THE NATIONAL LAW AND THE LAW OF THE EUROPEAN UNION. 2. THE PRIVATE SOCIAL SOLIDARITY INSTITUTIONS IN THE DIRECTIVE 2014/24/EU AND IN THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. 2.1. The case law of the Court of Justice of the European Union. 2.2. The regime of Directive 2014/24/EU. 2.2.1. Specific exclusion of services provided by non-profit organizations. 2.2.2. The prediction of a special system of public contracting. 3. THE STRATEGIC DIMENSION IN THE NATIONAL LAW PLAN AND THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF THE COOPERATIVE AND SOCIAL SECTOR IN THE CASE LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT. 3.1. A reference, in particular, to some segments of the revised legal statute of the IPSS. 4. BIBLIOGRAPHY.
- VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE, Cooperative and public administration: participation and development in the field of the Autonomous Community of the Basque Country** 165 - 181
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. PARTICIPATION AND GOVERNANCE. 2.1. Meaning and scope. 2.2. Participation and business planning. 3. COOPERATIVE AND GOVERNANCE. 3.1. Cooperation and participation. 3.2. The Superior Council of Cooperatives of Euskadi as a channel of participation of cooperatives in public policy. 3.3. Promotion of cooperatives and social economy. 4. IN CONCLUSION.

II CASE LAW

II.1. COMMENTS

- ANA TEIXEIRA GONÇALVES, Some issues regarding the portuguese foundations law and the “abnormal circumstances changes”: comment to the Guimarães Court of Appeal Judgement of 30-01-2014. 185 - 204
- SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. 2. THE ISSUE IN COURT. 3. THE JUDGMENT IN COMMENT. 4. COMMENT. 4.1. The Foundation: establishment and organizational structure. 4.2. The unilateral mandate’s revocation of an Administrator by the Foundation. 4.3. The obligation of compensation and the determination of its amount. 4.4. The problem of decreased salary remuneration of the author by virtue of the change of circumstances. 5. BIBLIOGRAPHY.
- ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, Insolvency procedure and the competent court: old problems gave place to new problems. about the decision of the «relação» of Oporto of the 3th february 2014 - procedure n. 365/13.4 TBMT. P1 (reporter: Manuel Domingos Fernandes) 205 - 211
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. BRIEF DESCRIPTION OF THE CASE. 2. THE SPORTS ASSOCIATION IS NOT A COMPANY. 3. IN THE ASSETS THERE WAS NO ENTERPRISE. 4. THE COURT WITH POWERS TO DECIDE ABOUT THE INSOLVENCY PROCEDURE ACCORDING TO THE NEW PORTUGUESE LAW
- DAVID FALCÃO / SÉRGIO TENREIRO TOMÁS, Commentary about the Oporto Court of Appeal Judgement of 16/06/2014, case 378/12.3TTLMG.P1 - collective conventions of work/ santa casa da misericórdia. 213 - 225
- SUMMARY:** 1. CONCEPTUAL FRAMEWORK. 2. JURISPRUDENCE ANALYSIS. 3. CONCLUSION. 4. BIBLIOGRAPHY.
- ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA / JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH, Problematics about the inheritor condition of an association in process of constitution. A commentary on the Portuguese Supreme Court decision of 21 October 2014 227 - 242
- CONTENTS:** 1. SUMMARY OF THE STJ DECISION. THE CONFIGURATION OF THE CONCRETE CASE. 2. ANALYSIS OF THE QUESTION OF THE INHERITOR’S INSTITUTION IN FAVOUR OF ASSOCIATION TO BE CONSTITUTED IN THE FUTURE, ON THE CONDITION THAT THIS ASSOCIATION WILL GIVE HIM THE WHOLE ASSISTANCE THAT HE COULD NEED AS LONG AS HE IS ALIVE. 3. NOTE OF COMPARATIVE LAW: SPANISH LAW. 4. CONCLUSIONS.
- RUI PINTO DUARTE, The removal of directors of the foundations. A commentary on the Supreme Court decision of 20 November 2014 243 - 257
- CONTENTS:** 1. RETELLING THE STORY. 2. ISSUES CONSIDERED BY THE SUPREME COURT. 3. THE RELEVANT LEGAL FRAMEWORK, IN PARTICULAR, THE APPLICABILITY OF THE MANDATE REGIME. 4. REVOCABILITY OF THE MANDATE. 5. THE RIGHT TO COMPENSATION. 6. MEASURE OF COMPENSATION FOR THE MANDATE REVOCATION. 7. THE LEGALITY OF DECREASED OF THE CLAIMANT RETRIBUTION DURING THE TERM OF THE MANDATE.
- II.2.1. ANNOTATIONS (PORTUGAL)
- LUÍS HELENO TERRINHA, The court fees exemption of the non profit private legal persons. Commentary to the decision of the Court of Appeal of Lisbon, January 14, 2014 261 - 266
- ANDRÉ ALMEIDA MARTINS, The court fees exemption of the non profit private legal persons. Commentary to the decision of the Court of Appeal of Lisbon, January 14, 2014 267 - 274
- CATARINA FRADE, Equated? Not that much. Commentary to the Court of Appeal of Coimbra. Decision of 16 January 2014. 275 - 280

PAULO VASCONCELOS, Nullity of a dissolution decision of a public interest cooperative, by an abuse of right. Note on the Court of Appeal of Guimarães. Decision of the 15 th may 2014.	281 - 287
RITA CALÇADA PIRES, Mutual agricultural credit banks tax benefits on property .	289 - 295
MARIA ELISABETE RAMOS, Breach of mandatory rule and resolutions of the associations' general meeting. Note on the Court of Appeal of Oporto. Decision of the 17 th december 2014	297 - 304

II.2.2. ANNOTATIONS (SPAIN)

ENRIQUE GADEA, Extent of responsibility of the members of a housing cooperative. Note on the supreme court decision of 12 th December, 2011 . . .	307 - 316
ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS, Voluntary low no justified in a housing cooperative. Causes and foundations. Commentary to the judgment 133/2014, sec. n.º 28, of the Provincial Court of Madrid of April 28, 2014.	317 - 322
ANXO TATO PLAZA, Allocation of losses in liquidation of contributions to share capital. Notes on the judgement of the Provincial Court of Albacete of 9 May 2014.	323 - 328
SARA LOUREDO CASADO, Compulsory withdrawal from the cooperative society due to the vulluntary unfulfilment of requirements for cooperative membership: annotation to the judgment of the Provincial Court of Albacete, 20 th May 2014	329 - 334
XACOCO IZQUIERDO ALONSO, Voluntary low in a cooperative: return of contributions right and member obligation to respond by amortization for investment. Annotation to the judgment of the Provincial Court of Lleida (secc. 2º), núm. 264/2014 of June 2, 2014.	335 - 341
SARA LOUREDO CASADO, The principle of “open doors” regarding the right of an associate to drop his membership from the cooperative society. Annotation to the judgment of the Provincial Court of Madrid (section 28) 7 th July 2014 . .	343 - 348
ELENA SALGADO ANDRÉ, Challenge of the general assembly and social agreements in the associated work cooperatives. Annotation to the judgment of the Provincial Court of Almería, 29 th July 2014	349 - 353

III CHRONICLES

DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, Changes to the legal regime of community pharmacies. Notes on Decree-Law 109/2014 of July 10.	357 - 367
CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE POSITION OF THE CONSTITUTIONAL COURT: A CRITICAL ANALYSIS. 3. THE NEED TO STRENGTHEN THE SELF-FINANCING CAPACITY OF THE SOCIAL ECONOMY VERSUS THE RESPECT FOR COMPETITION RULES. 4. FINAL REFLECTIONS.	
J. M. COUTINHO DE ABREU, Social enterprises – some identifying notes.	369 - 376
CONTENTS: 1. CONNECTING ENTREPRENEURSHIP AND SOCIALITY. 1.1. (Im)precisions. 1.2. Precisions (not without doubts). 2. FORMS OF SOCIAL ENTERPRISES. 2.1. Cooperatives. 2.2. Mutual associations. 2.3. Other associations. 2.4. Foundations. 2.5. Commercial companies?	

NINA AGUIAR, Critic review of the 2014 reform of the Commonage law	377 - 388
CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. MODELS OF COMMONS' EXPLOITATION. 3. PROPRIETORSHIP OF COMMONS. 4. ADMINISTRATION OF COMMONS. 5. TAX ASPECTS. 6. SALE AND EXTINGUISHMENT OF COMMONS.	
TIAGO PIMENTA FERNANDES, Registration of non-governmental organizations of people with disabilities. Analysing the ordinance 7/2014, of January 13, which defines the rules that regulate the registration of non-governmental organizations of people with disabilities (ONGPD)	389 - 395
CONTENTS: 1. GENERAL CONSIDERATIONS - THE IMPORTANCE OF SETTING THE ONGPD REGISTRATION RULES. 2. THE ONGPD REGISTRATION PROCEDURE.	
CRISTINA PARENTE / VANESSA MARCOS / CARLOTA QUINTÃO, Portugal social innovation. Notes on council of ministers resolution 73-a / 2014 of December 16	397 - 405
CONTENTS: 1. SCOPE OF THE RESOLUTION UNDER ANALYSIS. 2. THE FUNDING INSTRUMENTS OF INNOVATION AND SOCIAL ENTREPRENEURSHIP IN PORTUGAL: REFLECTIONS AND CONCERNS. 3. IN SUM...	
MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA, Navarra associated work micro cooperatives . . .	407 - 414
CONTENTS: 1. INTRODUCTION: THE ADOPTION OF REGIONAL LAW 2/2015, OF MICRO COOPERATIVES OF ASSOCIATED WORK. 2. CONCEPT AND CONSTITUTION OF A MICRO COOPERATIVA. 3. HIRING OF EMPLOYED PERSONS AND MEMBERS FIXED-TERM WORKERS, AND THE DEFINITION OF CONTRIBUTIONS OF PARTNERS. 4. CORPORATE BODIES. 5. ADAPTATION OF STATUTES. 6. TAXATION.	
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ, The reform of credit unions regulation in Extremadura.	415 - 421
SUMMARY: 1. PRESENTATION AND FRAMEWORK OF THE REFORM. 2. CONFLICTS OF POWERS. 3. CONTENT OF THE REFORM. 3.1 Structural changes in credit unions. 3.2. Encourage the participation of the partners in the future of the credits unions. 4. FINAL REFLECTIONS.	
MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ, Requirements and procedure for recognition, registration and low in registry, of priority associative entities, prescribed by law of promotion of integration of cooperative and other associative entities with agribusiness character	423 - 430
CONTENTS: 1. INTRODUCTION: THE ROYAL DECREE 550/2014, OF 27 JUNE. 2. GENERAL RULES. 3. RECOGNITION OF PRIORITY ASSOCIATED ENTITIES (CHAPTER II OF ROYAL DECREE 550/2014). 4. NATIONAL REGISTER OF PRIORITY ASSOCIATED ENTITIES (CHAPTER III OF ROYAL DECREE 550/2014).	
SINESIO NOVO FERNÁNDEZ, Notes to the decree 123/2014, of September 2, approving the Andalusian Cooperatives Societies act 14/2011	431 - 437
M. ^a JESÚS RODRÍGUEZ MÍGUEZ, Regulation of record office of cooperatives of Principado de Asturias (Spain)	439 - 445
SUMMARY: 1. INTRODUCTION. 2. STRUCTURE OF RULE. 3. CONTENTS OF RULE. 4. FINAL ASSESSMENT.	
ELENA SALGADO ANDRÉ, The new Law on Cooperatives of Aragon	447 - 453
CONTENTS: 1. PRELIMINARY. 2. MAIN CHANGES IN THE LAW ON COOPERATIVE OF ARAGON.	
ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Commentary to the law 4/2014, July 11, of modification of the law 8/2003, March 24, of the Autonomous Government of Valencia, about cooperatives in the Valencia Community . . .	455 - 463
SUMMARY: 1. INTRODUCTION. 2. INTRODUCED CHANGES. 3. CONCLUSIONS.	

IV BOOK REVIEWS

- DANTE CRACOGNA, ANTONIO FICI, HAGEN HENRÿ (Editors), *International Handbook of Cooperative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, 823 pages, by Giustino di Cecco. 467 - 475
- VARGAS VASSEROT, CARLOS; GADEA SOLER, ENRIQUE; SACRISTÁN BERGIA, FERNANDO, *Derecho de sociedades cooperativas. Introducción, estatuto del socio y órganos sociales*. La ley. Madrid, 2015, 1ª edition. 434 pages, by Xacobo Izquierdo Alonso 477 - 482
- VILLAFÁÑEZ PÉREZ, ITZIAR, *Cooperativa y concurso. Estudio de las relaciones jurídicas con sus socios*. Marcial Pons, 2014, 374 pages, by Pablo Fernández Carballo-Calero 483 - 486
- CUSA, EMANUELE, *Le forme di impresa privata diverse dalle società lucrative tra aiuti di stato e costituzioni economiche europee*, G. Giappichelli editore 2013, Torino, 152 pages, by Francisco José Torres Pérez. 487 - 491
- APARICIO MEIRA, D. Y RAMOS, M.^a E., *Governança e regimen económico das cooperativas*, VidaEconómica, Porto, 2014, 169 pages, by Julio Costas Comesaña. 493 - 498

I DOCTRINA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 33-62
ISSN: 1130-2682

LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LAS
APORTACIONES A CUENTA EFECTUADAS POR
EL COOPERATIVISTA DE VIVIENDA

*MECHANISMS OF PROTECTION OF CONTRIBUTIONS MADE
TO ACCOUNT BY A MEMBER OF A HOUSING COOPERATIVE*

MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO¹

Recepción: 12/07/2015 - Aceptación: 18/09/2015

¹ Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid. Dirección de correo electrónico: mariajose.morillas@uc3m.es

RESUMEN

Este artículo pretende contextualizar y analizar la protección que se confiere a las aportaciones a cuenta realizadas por los socios de cooperativas de viviendas. Éstas son el segundo tipo de cooperativas más numeroso después de las de trabajo asociado y se han visto gravemente perjudicadas por la crisis económica en este sector, debiendo incluso acudir al concurso de acreedores. Después de analizar el concepto y naturaleza jurídica, este artículo profundiza en la efectividad de dichos mecanismos de protección.

ABSTRACT

This article aims to contextualize and analyze the protection given to the contributions made to account by members of housing cooperatives. These are the second largest type of cooperatives after those of associated work and have been severely affected by the economic crisis in this sector, and should even go to bankruptcy. After analyzing the concept and legal nature, this article explores the effectiveness of such protection mechanisms.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS APORTACIONES DEL COOPERATIVISTA A CUENTA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA VIVIENDA. 2.1. Concepto, regulación e importancia de las aportaciones a cuenta. 2.2. Naturaleza jurídica. 3. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LAS APORTACIONES A CUENTA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA VIVIENDA. 3.1. De la desprotección inicial, a la aplicación del régimen de garantías de las cantidades entregadas a cuenta de la adquisición de viviendas. 3.2. La efectividad de estos mecanismos. 3.3. Los mecanismos de protección en sede concursal. 3.3.1. Las medidas de garantía en caso de concurso de la cooperativa. 3.3.2. Las medidas de garantía en el concurso del socio. 4.- BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. CONTRIBUTIONS MADE BY THE COOPERATIVE MEMBER TOWARDS THE COOPERATIVE HOUSING CONSTRUCTION. 2.1. Concept, regulation and importance of contributions to account. 2.2. Legal nature. 3. MECHANISMS OF PROTECTION OF CONTRIBUTIONS TOWARDS THE CONSTRUCTION OF THE HOUSE. 3.1. From the initial lack of protection to the application of the system of guarantees for the amounts of money paid on account of homeownership. 3.2. The effectiveness of these mechanisms. 3.3. Protection mechanisms due to insolvency. 3.3.1. Assurance measures in the event of insolvency of the cooperative. 3.3.2. Guarantee measures in the case of bankruptcy of the partner. 4. BIBLIOGRAPHY AND CASE LAW REFERENCES.

I. INTRODUCCIÓN

Las cooperativas de viviendas tienen una gran importancia, desde diferentes puntos de vista, uno de los más destacables, el social, como vía para el acceso a la vivienda, derecho fundamental de todo ciudadano (art. 47 CE)². Como las restantes clases de cooperativas, las de vivienda se caracterizan por la necesidad que satisfacen: si, en principio, atendiendo a la propia denominación de esta modalidad, era la falta de vivienda del socio, paulatinamente se ha ido flexibilizando el objeto para admitir, además de la construcción de viviendas, la de otros elementos diferentes (trasteros, garajes, locales, despachos, etc.), así como la dotación de servicios y la rehabilitación, mejora, conservación y administración de todos los inmuebles e instalaciones anteriores.

Por detrás de las de trabajo asociado, las de viviendas son la clase de cooperativa más numerosa. Según el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en 2014 se constituyeron 119 cooperativas de viviendas, de un total de 1.293, lo que representa un notable incremento respecto de los datos del año 2013, en el que se

² F. HIPÓLITO LANCHA, “El derecho constitucional a una vivienda digna, el antes y el después. Beneficios y limitaciones de viviendas de protección oficial”, en *Las cooperativas de viviendas en España. Desafíos de presente y futuro*, Publicaciones de la Universidad Católica de Ávila, Ávila, 2003, pp. 47-71.

constituyeron 59 cooperativas de viviendas, de un total de 1.166 sociedades cooperativas. En cuanto al número de socios, ascendieron a 809 en 2014, de un total de 6.232; nuevamente, una cifra superior a la de 2013, en que se registraron 318 socios iniciales, sobre un total de 7.451. Los datos estadísticos totales que proporciona CONCOVI (la Confederación de Cooperativas de viviendas de España), a 31 de diciembre de 2013, son los siguientes: viviendas cooperativas (protegidas y libres) construidas, 1.487.458; en construcción, 26.300; en proyecto, 12.000; sociedades cooperativas constituidas, 14.434; cooperativas registradas y no disueltas, 8.094 y, con actividad en la actualidad, 4.308; socios familias cooperativas 1.532.524.

Tras el estallido de la “burbuja inmobiliaria”, se señala que las cooperativas de viviendas han salido reforzadas. Frente a las dificultades de los promotores inmobiliarios para acceder al crédito necesario para la adquisición de los terrenos sobre los que edificar o de los inmuebles que rehabilitar, las cooperativas, gracias a la mutualidad que las caracteriza y a la bajada de precios³, consiguen reunir los fondos necesarios para acometer esta inversión inicial, de forma que, entre los años 2009 y 2013, bajó la promoción un 76% y subió la del régimen cooperativo un 3%.

Pero las cooperativas de viviendas tampoco han sido inmunes a la crisis. Ante el cambio de ciclo, los cooperativistas han visto cómo se depreciaba el valor de unas viviendas para cuya construcción tenían que seguir realizando aportaciones, además de asumir una deuda hipotecaria, préstamo hipotecario que, en ocasiones, ante el cambio de situación económica o laboral del cooperativista, la entidad de crédito les deniega. Las mismas cooperativas han sufrido el recorte de las ayudas y subvenciones y del crédito e, incapaces, además, de vender a terceros las viviendas o locales excedentes⁴ (con cuyo precio se habría mantenido o disminuido el coste de la construcción de las viviendas y locales de los cooperativistas, como sucede en la práctica y de forma expresa establecen algunas Leyes de cooperativas⁵), debido a la avalancha de solicitudes de baja, se han visto incapaces de

³ M. C. GONZÁLEZ CARRASCO, “Acceder una vivienda en tiempos de crisis”, www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/23/2009/23-2009-1.pdf, p. 15.

⁴ La imposibilidad puede ser fáctica, pero también jurídica, por los límites a las operaciones con terceros que imponen las leyes a las cooperativas de vivienda. Para aliviar esta situación, la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, establece en su Disposición Transitoria 2ª: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 89.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, las cooperativas de viviendas podrán enajenar o arrendar a terceros no socios, las viviendas de su propiedad iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley. En este supuesto, la enajenación o arrendamiento de las viviendas y sus condiciones generales deberán haber sido acordadas previamente por la Asamblea General. Adicionalmente, estas operaciones con terceros no socios podrán alcanzar como límite máximo el 50 por ciento de las realizadas con los socios. La Asamblea General acordará también el destino del importe obtenido por la enajenación o arrendamiento”.

⁵ A. AZPIAZU MONTEYS, *Guía jurídica de la Cooperativa de viviendas*, Ed. Fausí, Barcelona, 1987, p. 90. El art. 91.6, párrafo 1º, RLSCA establece: “Los ingresos obtenidos de operaciones con terceras

llevar a cabo la construcción, y, ante la imposibilidad de hacer frente al pago de las obligaciones contraídas con la constructora o la gestora, han sido declaradas en concurso.

En esta tesitura, resulta de particular interés el análisis de las medidas de protección de las aportaciones realizadas por el cooperativista a cuenta de la construcción de la vivienda, tanto para la sociedad como para el socio, y sus efectos, en especial, en situación de insolvencia.

2 LAS APORTACIONES DEL COOPERATIVISTA A CUENTA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA VIVIENDA

2.1. Concepto, regulación e importancia de las aportaciones a cuenta

Las aportaciones a cuenta de la construcción de la vivienda efectuadas por el socio no vienen definidas ni contempladas de forma específica en los preceptos reguladores del régimen económico de las sociedades cooperativas; es más, en las primeras Leyes de cooperativas no encontramos ninguna alusión expresa a las mismas. Pese a este silencio, estaban implícitamente contempladas en ellas desde bien pronto, puesto que regulaban los pagos efectuados por los socios para la obtención de los servicios cooperativizados y la obligación del socio de participar en la actividad cooperativizada. Y justamente en esta categoría son encuadrables: significan el cumplimiento por el socio de la obligación de participar en la actividad cooperativizada, trasunto de su derecho a hacerlo, y son el pago anticipado de los servicios que la cooperativa presta al socio⁶, concretamente, todos los necesarios para proporcionarle la vivienda o local cuya construcción cooperativizada promueve la sociedad de la que forma parte. En las Leyes de cooperativas vigentes, se mantiene esta doble referencia: una, genérica, a las aportaciones o a los pagos para la obtención de los servicios cooperativizados y otra, específica, a las cantidades entregadas para financiar el pago de las viviendas.

De acuerdo con lo dispuesto en las Leyes (actuales y anteriores), estas entregas y pagos están sujetos a las condiciones acordadas (art. 45.8 LFCN), a las condi-

personas se destinarán, en un diez por ciento, al Fondo de Reserva Obligatorio y el resto a disminuir el precio de las viviendas o locales o a sufragar gastos comunes de mantenimiento, conservación o mejora de éstas". El art. 115.6 LCIB establece que de los importes conseguidos por la enajenación a terceros "se destinará un uno por ciento a dotar el fondo de educación y promoción, y el resto se aplicará a reducir el coste de la vivienda". La mayor parte de las leyes dan libertad a la Asamblea General (en el caso del art. 114.2 LCPV, a la Asamblea General o a la Junta de socios de cada promoción) para decidir el destino del importe obtenido por enajenación o arrendamiento a terceros.

⁶ Así, señala A. P. GÓMEZ APARICIO, *Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de Viviendas en España*, Dirección General de Empleo, Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1991, p. 103, que las aportaciones a cuenta "constituyen pagos para la obtención de servicios cooperativizados, que pueden considerarse como un anticipo de los socios".

ciones fijadas y/o contratadas con o por la sociedad cooperativa (art. 52.3 LC; art. 77.2 LCIB; art. 67.2 LCCAN; art. 69.3 LCCyL; art. 61.3 LCCAT; art. 58.2 LSCEX; art. 65.3 LCG; art. 72.3 LCRM; art. 65.3 LCPV; art. 69.2 LCLR), pactadas con la sociedad cooperativa (art. 62.2 LSCA) o establecidas por ésta (art. 55.2 LCAR), fijadas en los Estatutos sociales, en el Reglamento de Régimen Interno o, en su caso, en los acuerdos sociales de la Asamblea General o, en su defecto, sometidas a las estipulaciones singularmente pactadas por la cooperativa con cada socio (arts. 29.3 y 93.2 LCPA)⁷. Esto es, aunque al socio le serán de aplicación las normas sobre baja, expulsión, retornos, liquidación, imputación de pérdidas, etc.⁸, las Leyes establecen que estas aportaciones están sujetas a las condiciones contratadas con la cooperativa.

La obligación de realizar aportaciones a cuenta se incardina inicialmente en los Estatutos, ya que éstos han de detallar la cuantía mínima obligatoria de la participación de los socios en la actividad cooperativizada⁹ y, en su caso, en el Reglamento de Régimen Interior que, en su desarrollo, es competente para aprobar la Asamblea General o la de la Sección¹⁰.

Además, tiene su encaje en la obligación de los socios de participar en la actividad, tal y como establecen las Leyes¹¹; y en la de cumplir con las obligaciones económicas que les correspondan¹². Estas obligaciones económicas consisten en

⁷ F. J. MARTÍNEZ SEGOVIA, “La relación cooperativizada entre la sociedad cooperativa y sus socios: naturaleza y régimen jurídicos”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 25, 2005-2, pp. 226 y 231, considera que si se utiliza la conjunción “o”, la ley está ofreciendo dos vías alternativas de regulación, la societaria y la contractual, mientras que, en los casos en los que se emplea la copulativa “y”, hay un pronunciamiento claro por la existencia de un negocio jurídico “ad hoc” entre la cooperativa y el socio, constitutivo de la relación mutualista y diferenciado del negocio societario.

⁸ Así lo destaca A. LAMBEA RUEDA, *Cooperativas de viviendas*, 3ª ed., Comares, Granada, 2012, pp. 295 y 296. Nos ocupamos de estos aspectos societarios con más detenimiento en: M. J. MORILLAS JARILLO, “Las aportaciones del cooperativista a cuenta de la construcción de la vivienda”, en J. GARBAYO BLANCH (Dir.), *Afección del derecho concursal en el sector inmobiliario*, Aranzadi (en prensa).

⁹ Art. 11, f) LSCA; art. 9, i) LCAR; arts. 28, c) y 29.2 LCAS; art. 21.2, c) LCIB art. 11.1, i) LCCAT; art. 15.1, f) LCCANT; art. 13, h) LCCyL; art. 14.1, h) LCCLM; art. 14.1, g) LSCEX; art. 14.1.8 LCG; art. 11, f) LCCMadrid; art. 13.1, g) LCPV; art. 12.1, h) LCLR; art. 10.2, h) LCCV.

¹⁰ Art. 28, b) LSCA; art. 39.2, f) LCIB; art. 11.2 LCCAT; art. 15.2 LCCANT; art. 31.2, f) LCCyL; art. 30.2, i) LSCEX; art. 14.2 LCG; art. 29.3, j) LCCMadrid; art. 37.2, c) LCRM; art. 33.1, c) LFCN; art. 31.3, j) LCPV; art. 12.2 LCLR; art. 10.2, *in fine*, LCCV. La Asamblea General o la Asamblea de sección, según el art. 14.3 LCCLM.

¹¹ Art. 20, b) LSCA; art. 20, d) LCAR; art. 28, c) LCAS; art. 21.2, c) LCIB; art. 26.1, a) LCCAT; art. 20.2, b) LCCANT; art. 23.2, b) LCCyL; art. 33, c) LCCLM; art. 22.2, c) LSCEX; art. 24, c) LCG; art. 23.1, b) LCCMadrid; art. 28.2, b) LCRM; art. 27, a) LFCN; art. 22, c) LCPV; art. 26, c) LCLR; art. 27, d) LCCV.

¹² Art. 20, c) LSCA; art. 20, a) LCAR; art. 21.2, f) LCIB; art. 26.1, b) LCCAT; art. 20.2, b) LCCANT; art. 23.2, e) LCCyL; art. 28.2, e) LCRM; art. 27, a) LCCV] o las que resulten de las leyes y los estatutos

el pago de las cuotas de ingreso y periódicas, las aportaciones obligatorias al capital social y, en el caso de las cooperativas de viviendas, de las cantidades necesarias para la construcción de su vivienda.

El documento en el que se plasma el compromiso entre la cooperativa y el socio relativo a la actividad cooperativizada, en este caso la construcción y futura adjudicación de la vivienda, recibe denominaciones diversas: contrato de preadjudicación o de adjudicación de vivienda, contrato de participación o contrato de adhesión¹³. Será suscrito por el socio, ya sea el fundador, ya el que se incorpore a la cooperativa una vez constituida ésta, tras su admisión como tal.

La STS (Sala de lo Civil) de 27 enero 1986 (RJ 1986, 334) señala que, como establece la legislación (en esta Sentencia, el art. 38 del Reglamento de Cooperativas de 1978), estas entregas y pagos están sujetos a las condiciones fijadas o contratadas con la Sociedad: “Estas condiciones, tanto pueden fijarse individualmente con cada cooperativista como a través de unas Condiciones Generales, aceptadas por los socios al ingresar en la Cooperativa, naciendo de ese vínculo así creado los derechos y deberes recíprocos. En el caso presente, los Estatutos de la Cooperativa demandada previenen expresamente ese régimen peculiar dentro de su Régimen Económico (...) y en esas previsiones estatutarias deben identificarse aquellos que constituyen la versión aquí aplicable de las condiciones fijadas o contratadas a que alude el artículo treinta y ocho reglamentario”.

El carácter obligatorio de las aportaciones deriva del consentimiento prestado a los Estatutos en el momento de la constitución de la sociedad o en el de la posterior incorporación del socio a la cooperativa de viviendas ya constituida. En el caso del Reglamento de Régimen Interior, su fuerza de obligar deriva del propio deber de los socios de cumplir las obligaciones que éste impone, algo que sólo algunas Leyes de cooperativas establecen de manera expresa¹⁴. En todo caso, puesto que el Reglamento de Régimen Interior se aprueba por acuerdo de la Asamblea General, su fuerza de obligar deriva de éste, ya que las Leyes de cooperativas imponen a los socios el deber de cumplir los acuerdos validamente adoptados por la Asamblea General¹⁵.

[art. 28, i) LCAS; art. 33, i) LCCLM; art. 22.1 LSCEX; art. 23.1, g) LCCMadrid; art. 22, h) LCPV; art. 26, b) e i) LCLR.

¹³ A. R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, *REVESCO*, n.º 67, 1999, p. 91, señala que este contrato resulta de tanta importancia práctica como los Estatutos y los propios acuerdos asamblearios.

¹⁴ Art. 20, a) LSCA y art. 27 LCCV.

¹⁵ Art. 20, a) LSCA; art. 20 LCAR; art. 28, b) LCAS; art. 21.2, b) LCIB; art. 26.1, e) LCCAT; art. 20.2, a) LCCANT; art. 23.2, a) LCCyL; art. 33, b) LCCLM; art. 22.2, b) LSCEX; art. 24, b) LCG; art. 23.1, g) LCCMadrid; art. 28.2, a) LCRM; art. 27, b) LFCN; art. 22, h) LCPV; art. 26, b) LCLR; art. 27, c) LCCV.

Normalmente, los Estatutos contienen una simple referencia general a este tipo de obligación y es el Reglamento de Régimen Interior el que la detalla algo más. En el plan de actuación, plan económico o plan financiero provisional de la cooperativa de viviendas se contempla la inicial previsión del coste de la construcción en su conjunto y de cada uno de los elementos integrados en ella¹⁶. Plan financiero que, en caso de que la cooperativa tenga una gestora, formará parte del plan de actuación que ésta presentará a los administradores de la cooperativa de viviendas, tal como establece el punto 4 de las Normas de Buenas Prácticas Empresariales de las Empresas Gestoras Asociadas a GESCOPI, aprobadas en 2005¹⁷. Este mismo Código establece la necesidad de que los Estatutos de la cooperativa diferencien claramente las aportaciones al capital de las aportaciones para el pago de las viviendas y señala que estas últimas deberán estar claramente delimitadas por acuerdos del Consejo Rector ratificados en la Asamblea General y adoptados con carácter previo al desembolso, habrán de estar justificadas con base en el presupuesto de la promoción, formando parte del Plan de Actuación, que se actualizará periódicamente por la Asamblea y que recoge las principales variables de la promoción.

Una vez que se haya acometido la parte fundamental de las obras (adquisición de terrenos, urbanización, etc.), en el plan de actuación definitivo (aunque esta denominación puede resultar equívoca, pues hasta la finalización de las obras las previsiones pueden variar) se efectuarán posibles correcciones de los cálculos iniciales.

En el contrato de adjudicación se recoge también el detalle y desglose de las previsiones (iniciales o definitivas, dependiendo de en qué momento se incorpore el socio) de las aportaciones a cuenta, con sus importes y el calendario de ingresos, que tendrán en cuenta las diferencias en función de los tipos de viviendas o locales que sean objeto de la promoción cooperativa. Ahora bien, el art. 158.2 LCPA y el art. 141.2 LCCLM imponen, en las cooperativas de viviendas, la existencia de un documento específico, las «normas de la promoción», cuyo contenido mínimo, del que forma parte dicho calendario, establecen en idénticos términos.

La autonomía de la voluntad de las partes para la determinación de estas aportaciones a cuenta no es en todos los casos omnímoda. Alguna Ley de cooperativas

¹⁶ Para A. P. GÓMEZ APARICIO, *Análisis de los aspectos financieros...*, op. cit., p. 263, el carácter de aportaciones obligatorias “no viene dado por ningún precepto estatutario, sino por la aceptación expresa y formalizada documentalmente del plan económico de aportaciones”. Destacan la importancia de esta planificación A. AZPIAZU MONTEYS, *Guía Jurídica de la cooperativa de viviendas*, op. cit., p. 87 y I. G. FAJARDO GARCÍA, “Consecuencias jurídicas de la variación del precio final de la vivienda cooperativa”, CIRIEC, n.º 3, mayo, 1992, p. 278. Sobre las pautas para determinar el valor de la vivienda, R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., pp. 100-103.

¹⁷ Vid. su texto en: <http://es.slideshare.net/viviendacooperativa/normas-de-buenas-prcticas-de-gecopi-definitivo>. Sobre este documento, A. LAMBEA RUEDA, “Código de conducta en el sector de cooperativas de viviendas. Normas de buenas prácticas empresariales de las empresas gestoras de cooperativas (GECOPI)”, *REVESCO*, n.º 108, 2012, pp. 59-85.

impone límites al importe de la financiación otorgada por el socio: el art. 85.6 LCAR establece que, antes de la compra del suelo sobre el que haya de construirse vivienda protegida, no podrá exigirse ni realizarse, por ningún concepto, aportaciones que superen el tres por ciento del precio máximo de la vivienda protegida de que se trate y, para adquirir el suelo, la aportación máxima de los socios no podrá superar la cantidad resultante de calcular el límite máximo de repercusión de suelo y urbanización en función de las características de la promoción conforme a la normativa vigente de vivienda protegida¹⁸. Además, hay que tener en cuenta que el Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, que establece las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de las viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas al amparo de los planes estatales de vivienda, dispone en su art. 2, c) que, en ningún caso, el conjunto de los pagos que efectúe el cooperativista, imputables al coste de la vivienda por ser necesarios para llevar a cabo la promoción y la individualización física y jurídica de ésta, incluyendo los honorarios de gestión, podrá ser superior al precio máximo de venta o adjudicación de la vivienda, fijado de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia.

Las contempladas en cualquiera de estos documentos serán normalmente meras previsiones o aproximaciones, que no cabe considerar cantidades fijas e inamovibles, pues pueden serlo al alza y a la baja. Algo que queda normalmente reflejado de forma expresa en el Reglamento de Régimen Interior y/o en el contrato de adjudicación¹⁹.

Estas aportaciones representan una de las peculiaridades más significativas de esta clase de cooperativa y su importancia queda puesta de manifiesto en que se

¹⁸ Para L. DE CODES DÍAZ-QUETCUTI, “EXPOSICION JORNADAS FORO HUESCA NOVIEMBRE 2010”, http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n005341_Sesi%F3n%20IV.pdf, p. 246, el precepto es excesivamente restrictivo y puede estrangular el propio comienzo de la actividad cooperativizada; en la p. 248, manifiesta que el límite debe jugar sólo para aquellas aportaciones a la masa de gestión económica, es decir las realizadas con mención expresa de tal destino, por lo que las aportaciones que se realicen para engrosar capital, podrán llevarse a efecto sin la indicada limitación de cuantía.

¹⁹ En uno de los contratos a los que hemos tenido acceso, en estos términos: “Si la cantidad obtenida por hipoteca, o la resultante como coste final de las unidades no fuera exactamente la prevista, tan pronto como sea conocida ésta con exactitud, se procederá a un reajuste de cuentas entre EL SOCIO y LA COOPERATIVA, mediante devolución de los últimos efectos aceptados, si la cantidad fuera superior, o abono de la diferencia, si fuera inferior”. P. QUIRALTE, “Reclamación por la cooperativa al socio de las aportaciones para el pago de la vivienda (I)”, *La Sociedad Cooperativa, Publicación Quincenal, CISS*, n.º 23, 1997, p. 2, recomienda a los profesionales encargados de redactar los contratos de adhesión o ingreso en la cooperativa “que incluyan en ellos la provisionalidad del precio o coste y, sobre todo, una cláusula en la que se regule la revisabilidad del precio provisional, que, en todo caso, se adecuará al coste final de la vivienda”. Incluso se sostiene la nulidad de la cláusula que estableciera el carácter fijo, firme o inalterable del precio de la vivienda, por ser contrario al art. 1.911 Cc: así, R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las Cooperativas de Viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., p. 114.

califican como “el eje de las relaciones económicas del socio con la cooperativa”²⁰, cuya existencia fomenta la propia cooperativa como modo de reducir los costes. Son los socios quienes, por esta vía, financian directamente a la cooperativa²¹, hasta el punto de que se habla del “derecho de la cooperativa de obtener del socio los recursos suficientes para hacer frente a la promoción”²² y del correlativo deber del socio de efectuar pagos para la financiación de la vivienda o local, partida muy significativa, a diferencia de las aportaciones al capital social en las cooperativas de viviendas, que son de cuantía e importancia muy reducidas²³. La política puesta en práctica por las cooperativas de viviendas de “excedente cero”, consistente en ajustar el importe de las aportaciones a cuenta al coste de la vivienda más los gastos generales de la cooperativa, debilita el patrimonio de ésta al limitar (o eliminar) la dotación de fondos²⁴.

2.2. Naturaleza jurídica

En el caso de las cooperativas de viviendas, en el régimen económico de la sociedad figuran las aportaciones de los socios destinadas a financiar el coste de la vivienda. Estas aportaciones o entregas a cuenta forman parte de la relación mutualista que se entabla entre el socio y la sociedad y conforman la masa de gestión económica de esta clase de cooperativa²⁵.

²⁰ A. P. GÓMEZ APARICIO, *Análisis de los aspectos financieros...*, op. cit., pp. 261 y 263, y ello porque conforman la aportación financiera más importante en volumen de recursos, indispensable para desarrollar y cumplir el objeto social.

²¹ S. MERINO HERNÁNDEZ, “Cooperativas de viviendas”, en J. I. PEINADO GRACIA (Dir.), *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1395.

²² S. MERINO HERNÁNDEZ, “Cooperativas de viviendas”, op. cit., p. 1407.

²³ A. AZPIAZU MONTEYS, *Guía Jurídica de la cooperativa de viviendas*, op. cit., p. 88; N. PAZ CANALEJO, “Artículo 129”, en N. PAZ CANALEJO y F. VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, en F. SÁNCHEZ CALERO y M. ALBALADEJO (Dir.), T. XX, vol. 3º, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 684 y 685; A. P. GÓMEZ APARICIO, *Análisis de los aspectos financieros...*, op. cit., p. 103; S. MERINO HERNÁNDEZ, “Cooperativas de viviendas”, op. cit., p. 1410. En palabras de R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., p. 104, en las cooperativas de viviendas, el contenido económico de la relación societaria es insignificante en comparación con el de la mutualista.

²⁴ Para R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., pp. 100 y 120, esta política infracapitaliza y vacía de todo contenido patrimonial a la cooperativa a pesar de poder tener numerosos acreedores sociales.

²⁵ Acuña este término F. VICENT CHULIÁ, “El régimen económico de la cooperativa en la nueva ley de 19 de diciembre de 1974”, *REVESCO*, núms. 36, 37 y 38, mayo 1975-abril 1976, pp. 158 y 162. F. VICENT CHULIÁ, “Artículo 71”, en N. PAZ CANALEJO y F. VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, en F. SÁNCHEZ CALERO y M. ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, T. XX, vol. 3º, EDERSA, Madrid, 1994, p. 168; F. VICENT CHULIÁ, “Artículo 81”, en N. PAZ CANALEJO y F. VICENT CHULIÁ, *Ley General*

La legislación cooperativa es clara al establecer que los bienes de cualquier tipo (fondos, productos, materias primas, etc.) entregados por los socios para la gestión cooperativa, los servicios prestados a la cooperativa para su gestión por ésta y los pagos que satisfagan los socios para la obtención de los servicios cooperativizados “no integrarán el capital social”²⁶.

La unanimidad de la regulación desaparece en lo relativo a la determinación de la propiedad y la embargabilidad de estas cantidades y a esta regulación hay que estar, sin que se pueda realizar una afirmación general válida para todos los casos. En ocasiones, las Leyes establecen la regla de forma rígida; en otras, permiten a los Estatutos alterarla o establecerla; o dejan directamente la cuestión en manos de los interesados (la cooperativa y el socio). El art. 67.2 LCCAN, el art. 65.3 LCG y el art. 65.3 LCPV disponen en su inciso final que estas entregas no integran el patrimonio de la cooperativa y “no pueden ser objeto de embargo por los acreedores sociales”. La contrapartida a la no pertenencia al patrimonio de la cooperativa y a la inembargabilidad por los acreedores sociales sería la integración en el patrimonio del socio y la embargabilidad por los acreedores de éste, algo que de forma expresa establece el art. 57.2 LCCMadrid: “son embargables por los acreedores personales de los socios, dejando a salvo los preferentes derechos que pudieran corresponder a la Cooperativa”²⁷, aunque permite una disposición estatutaria en

de Cooperativas, en F. SÁNCHEZ CALERO y M. ALBALADEJO (Dirs.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, T. XX, vol. 3º, EDERSA, Madrid, 1994, p. 305; I. G. FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos- Confederación de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, Madrid, 1997, pp. 83 y 84; R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., pp. 91-97.

²⁶ Art. 52.3 LC; art. 62.2 LSCA; art. 55.2 LCAR; art. 77.2 LCIB; art. 61.3 LCCAT; art. 67.2 LCCANT; art. 69.3 LCCyL; art. 58.2 LSCEX; art. 65.3 LCG; art. 72.3 LCRM; art. 45.8 LFCN; art. 65.3 LCPV; art. 69.2 LCLR. El art. 93.2 LCAS dispone que no integran el patrimonio de la cooperativa, “salvo que se dispusiere o se dedujere lo contrario de los estatutos sociales, del reglamento de régimen interno, de los acuerdos sociales o, en última instancia, de las estipulaciones singularmente pactadas con cada socio”. El art. 57.2 LCCMadrid establece que “no constituyen aportaciones a capital, ni tampoco integran el patrimonio cooperativo, salvo que estatutariamente se establezca lo contrario”. El art. 83.2 LCCLM señala que no integran el patrimonio de la cooperativa, aunque admite una disposición en contra de los Estatutos. El art. 64.3 LCCV dice que no constituyen aportaciones sociales, aunque matiza “salvo que estatutariamente se establezca lo contrario”.

²⁷ En opinión de F. VICENT CHULIÁ, “Artículo 81”, op. cit., pp. 309 y 311, la calificación más acertada es la de considerar que las entregas y pagos de los socios no integran el capital ni tampoco el patrimonio social de la cooperativa, por lo que no podrán ser embargados por los acreedores de la sociedad, pero sí embargados por los acreedores personales de los socios. Por el contrario, R. VILLALUENGA RODRÍGUEZ, “Cooperativas de viviendas y responsabilidad patrimonial”, en *Las cooperativas de viviendas en España. Desafíos de presente y futuro*, Publicaciones de la Universidad Católica de Ávila, Ávila, 2003, pp. 169 y 170, considera que los acreedores de la cooperativa, mientras ésta subsista o, al menos, mientras la masa de gestión esté indivisa, pueden extender su persecución “a la totalidad del patrimonio de la cooperativa, incluso a esa masa de gestión cuya titularidad formal se le atribuye”, a condición de que los créditos traigan causa de la promoción de los inmuebles. Una vez

contrario. En esta línea, el art. 93.2 LCPA dispone la inembargabilidad por los acreedores sociales “salvo que se dispusiere o se dedujere lo contrario de los estatutos sociales, del reglamento de régimen interno, de los acuerdos sociales o, en última instancia, de las estipulaciones singularmente pactadas con cada socio, en cuyo caso sí que podrían ser embargadas por los acreedores sociales”.

La doctrina se muestra también dividida. Frente a quienes consideran que, aunque estén en posesión de la cooperativa, estas aportaciones no integran su patrimonio, de la misma manera que tampoco lo hacen, en general, los bienes (fondos, materias primas, productos...) entregados por los socios o los servicios prestados por éstos para su gestión cooperativa²⁸, otros autores estiman que la atribución de la propiedad y la embargabilidad dependerá de lo que se deduzca de las condiciones en las que estas aportaciones hayan sido fijadas y contratadas con la cooperativa²⁹. A nuestro juicio, habrá que estar a las Leyes de cooperativas

verificada la división de la comunidad, cada elemento resultante responderá en la medida en que le sea imputable la deuda, esto es, con arreglo al coeficiente de participación y la acción de los acreedores se dirigirá contra la cooperativa, si aún no se ha procedido a la adjudicación, o contra el propietario de la finca ya adjudicada. Para este autor (p. 171), los acreedores del socio no pueden dirigirse contra los desembolsos realizados por el socio con causa en la obtención de la vivienda, “sino que habrá de esperar a su concreción o materialización en la vivienda misma”. Para F. MANRIQUE ROMERO y J. M. RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, “La cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”, *Revista de Derecho Notarial*, núms. 109-110, julio-diciembre, 1980, pp. 133 y 134, la cooperativa aparecerá como titular formal de los inmuebles en el Registro de la Propiedad y, al adjudicar la vivienda al socio, se limitará a otorgar un reconocimiento de propiedad.

²⁸ La relación subyacente entre socio y cooperativa es, para la doctrina mayoritaria, un contrato de mandato con representación indirecta: F. MANRIQUE y J.M. RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, “La cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”, op. cit., pp. 61-65; R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., pp. 92-96; I. G. FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa...*, op. cit., pp. 93-100; I. G. FAJARDO GARCÍA, “La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas”, AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera, Unicaja, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba, Cajatur, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 528. J. ORTIZ RODRÍGUEZ, “Sección 3ª. De las cooperativas de viviendas. Arts. 89 a 92”, en *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*, I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, p. 653, plantea una doble objeción a esta interpretación: “admitir dicho planteamiento como tal, y además, entender que en la representación indirecta se ha superado la necesidad de un nuevo acto traslativo del representante al representado, afirmación que no creemos pacífica”. Para M. AGUILAR GARCÍA, “Las cooperativas de viviendas: disposiciones comunes y específicas”, *Revista de Derecho Notarial*, n.º 716 abril-junio, 1972, pp. 48-50, la cooperativa debe aparecer como representante de los socios, en el orden civil y registral, por lo que no debe producirse inscripción intermedia alguna a favor de la Cooperativa.

²⁹ C. VARGAS VASSEROT, “El derecho de reembolso del socio en caso de baja y el concurso de las sociedades cooperativas”, *CIRIEC España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 21, diciembre, 2010, p. 47. En general, de la titularidad de la masa de gestión trata este autor en *La Actividad Cooperativizada y las Relaciones de la Cooperativa con sus Socios y con Terceros*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 120-125.

y, en lo permitido o no previsto por éstas o por las normas de autorregulación societarias, a lo pactado³⁰.

Aunque la titularidad de las cantidades entregadas siga siendo de cada socio³¹, la cooperativa también puede disponer de ellas siempre que lo haga para la finalidad para la que han sido entregadas, es decir, la construcción de la vivienda y su adjudicación al socio. Así se pone de manifiesto en la STS (Sala de lo Civil) de 27 de enero de 1986 (RJ 1986, 334). En caso de que haya varias fases o promociones, las cantidades entregadas a cuenta por los socios de una fase no podrán aplicarse al pago de los gastos o costes de otra fase.

Quienes sostienen de manera absoluta la propiedad del socio, de forma mayoritaria consideran que la titularidad no es individual, sino colectiva: se constituye una comunidad o copropiedad sobre las cantidades aportadas³² y la adjudicación de la vivienda significa la sustitución del derecho de copropiedad sobre los fondos aportados, por la propiedad individual de la vivienda que se adjudica a cada socio y que adquiere directamente o de forma originaria, sin que tal acto tenga la consideración de venta (Disp. Adic. 5ª.2 LC). La jurisprudencia resalta la diferencia

³⁰ Compartimos el parecer de VARGAS, “El derecho de reembolso del socio en caso de baja y el concurso de las sociedades cooperativas”, op. cit., p. 48, cuando, respecto de las leyes que afirman de manera categórica que estas entregas no integran el patrimonio de la cooperativa, matiza la opinión que recogíamos en la nota anterior.

³¹ F. VICENT CHULIÁ, “Artículo 81”, op. cit., p. 310, aunque, acto seguido, en la p. 311 habla del “derecho de copropiedad sobre los fondos aportados”.

³² I. G. FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa...*, op. cit., p. 100; F. VICENT CHULIÁ, “Artículo 71”, op. cit., pp. 168 y 186; A. LAMBEA RUEDA, *Cooperativas de viviendas*, op. cit., pp. 281-349; A. TATO PLAZA, “As cooperativas de viviendas e a condición de promotor”, en M. BOTANA AGRA y R. A. MILLÁN CALENTI (Coords.), *As Cooperativas de Viviendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Centro de Estudios Cooperativos (CECOPP)-Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2007, pp. 69 y 70; S. MERINO HERNÁNDEZ, “Cooperativas de viviendas”, op. cit., p. 1407; I. FERREIRO MARTÍNEZ y I. A. CALVO VIDAL, “El régimen de las promociones y el de las cantidades entregadas a cuenta por los socios en la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia”, en M. BOTANA AGRA y R. A. MILLÁN CALENTI, (Coords.), *As Cooperativas de Viviendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Centro de Estudios Cooperativos (CECOPP)-Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2007, p. 124; P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, “La adjudicación de la vivienda al socio”, en M. BOTANA AGRA y R. A. MILLÁN CALENTI (Coords.), *As Cooperativas de Viviendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Centro de Estudios Cooperativos (CECOPP)-Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2007, p. 135; R. MILÀ RAFEL, *Promoción Inmobiliaria, Autopromoción y Cooperativas de Viviendas. Obligaciones y responsabilidades en Derecho de la edificación*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 403-412 y 414-416. Crítico con esta interpretación, aunque reconoce que ha hecho fortuna en la práctica, se muestra J. ORTIZ RODRÍGUEZ, “De las cooperativas de viviendas”, op. cit., pp. 652-654.

entre compraventa y adjudicación y se decanta por la segunda en el caso de la efectuada por la cooperativa al socio³³.

De la misma manera que las cantidades entregadas a cuenta de la construcción se computan como ingresos que allegan fondos a esa masa, los gastos derivados de la construcción de las viviendas se detraen de ese fondo: por diferencia, se obtendrá el resultado positivo o excedente o el resultado negativo o pérdida³⁴. Por esta razón, el cooperativista de vivienda podrá recibir retornos (en el sentido de reducciones de sus obligaciones de entregas a cuenta o minoración del precio de sus viviendas) si el coste de la construcción ha sido inferior al de las entregas inicialmente previstas, con lo que se abarata el precio de la vivienda para el socio³⁵. De la misma manera que deberá hacer frente al sobrecoste o sobreprecio de la construcción en que el objeto social de la cooperativa consiste, es decir, no sólo al sobrecoste de la construcción de la vivienda o local inicialmente asignado, y ello tanto realizando nuevas entregas o abonando derramas durante el proceso de edificación, cuanto en la liquidación final, después de haberse producido la adjudicación de la vivienda y la liquidación definitiva del coste real de las obras, socio que contrae en este sentido una responsabilidad ilimitada³⁶.

También deberán los socios afrontar la financiación de las viviendas, locales o garajes que no hayan sido adjudicados ni hayan podido ser vendidos a terceros y los gastos de mantenimiento y conservación en tanto esto no ocurra, de la misma

³³ Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1212), la STS (Sala de lo Civil) de 6 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1672), la SAP de Murcia (Sección 4ª) de 20 noviembre de 1999 (AC 1999, 2570) o la SAP de Málaga (Sección 4ª) de 5 septiembre de 2013 (JUR 2013, 375419). No lo contradice propiamente la STS (Sala de lo Civil) de 7 de enero de 1992 (RJ 1992, 151) pues, aunque considera que en el caso se está ante una compraventa y no ante una mera adjudicación de vivienda hecha por la sociedad a un cooperativista, tiene en cuenta que no es un hecho probado tal condición del recurrido.

³⁴ A. LAMBEA RUEDA, *Cooperativas de viviendas*, op. cit., p. 342. Para F. VICENT CHULIÁ, “Artículo 71”, op. cit., p. 186, aunque las entregas no ingresan en el patrimonio de la cooperativa, “no por ello quedan al margen del riesgo de pérdidas”.

³⁵ A. P. GÓMEZ APARICIO, *Análisis de los aspectos financieros...*, op. cit., p. 89, “una forma peculiar y generalmente utilizada en la práctica para hacer efectivo dicho retorno en las cooperativas de viviendas es la reducción del coste de las viviendas para los socios. De esta manera no aparece el beneficio y se distribuye el excedente incluso antes de la dotación de los fondos de reserva obligatorios”. Crítico con esta forma de proceder en las cooperativas de viviendas, como hemos señalado, se muestra R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., pp. 99, 100 y 120.

³⁶ STS (Sala de lo Civil) de 3 de febrero de 1986 (RJ 1986, 411); STS (Sala de lo Civil) de 17 de abril de 1990 (RJ 1990, 2720); STS (Sala de lo Civil) de 28 de enero de 1991 (RJ 1991, 9808); STS (Sala de lo Civil) de 18 de junio de 1991 (RJ 1991, 4522); STS (Sala de lo Civil) de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4277). En palabras de R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., p. 115, “ante incrementos del coste de «la vivienda» no previstos el socio siempre debe responder ilimitadamente, pudiendo hacer valer únicamente su derecho de baja”.

manera que obtienen verdaderos beneficios con la venta a terceros, que permite abaratar el precio de las viviendas de los cooperativistas o, pese al incremento de los costes, que se mantengan las cuantías de las entregas a cuenta o el precio³⁷. Ahora bien, si, en el momento de la finalización de la construcción, estos locales o edificaciones destinados a terceros no se han vendido, el socio deberá abonar el coste total de su vivienda, sin perjuicio de que tenga un derecho de crédito por la parte que le corresponda de los beneficios que estas ventas a terceros proporcionen; si ya lo han sido, se operaría una compensación en la medida correspondiente³⁸.

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo³⁹ la afirmación de la responsabilidad personal ilimitada de los socios adjudicatarios, en virtud de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, por la falta de pago de la cooperativa a los suministradores o constructores que contrataron con ella durante el proceso de construcción, aunque el coste final de la vivienda superase las iniciales previsiones. No se trata de una excepción a la regla de la responsabilidad limitada del socio⁴⁰, sino de la aplicación del principio de imputación de pérdidas.

³⁷ En este último sentido, la STS (Sala de lo Civil) de 17 abril 1990 (RJ 1990, 2720) y la SAP de Murcia (Sección 4ª) de 20 noviembre de 1999 (AC 1999, 2570). P. QUIRALTE, “Reclamación por la cooperativa al socio de las aportaciones para el pago de la vivienda (I)”, op. cit., p. 2, señala que esto es algo que los cooperativistas tardan en entender pero que muchos profesionales del cooperativismo tienen claro: “el precio de la venta de los locales permite que los precios iniciales previstos de la vivienda no sufran incremento. Este es el beneficio que no se reparte pero que, sin duda, constituye un acierto cooperativo”.

³⁸ Vid. la STS (Sala de lo Civil) de 13 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1249).

³⁹ STS (Sala de lo Civil) de 18 de junio de 1991 (RJ 1991, 4522); STS (Sala de lo Civil) de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4277); STS (Sala de lo Civil) de 19 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3803); STS (Sala de lo Civil) de 16 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1714); STS (Sala de lo Civil) de 19 de octubre de 2005 (RJ 2006, 1958).

⁴⁰ Para I. G. FAJARDO GARCÍA, “La promoción de la vivienda cooperativa y el papel de la administración local”, www.uv.es/cidec/documents/DocViviendas/Promocion_%20vivienda.pdf, p. 9, “(E)l deber de soportar el coste final de la vivienda no supone una excepción al principio de responsabilidad limitada del socio por las deudas sociales, porque no se trata de una deuda de la cooperativa. Por la misma razón, los acreedores una vez agotado el patrimonio de la cooperativa o una vez extinguida, tienen acción directa contra el socio cooperativista al que le ha sido adjudicada la vivienda, para reclamar el importe adeudado por la cooperativa a consecuencia de la construcción o rehabilitación de la vivienda”. En opinión de R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., p. 108, a consecuencia de la práctica del “excedente cero”, “(A)nte la reclamación de un acreedor derivada de una actividad instrumental (empresa urbanizadora, constructora, gestora, etc.), se reclama un mayor desembolso al socio antes que detraer del exiguo patrimonio cooperativo”, por lo que la responsabilidad ilimitada de la cooperativa de viviendas en la actividad cooperativizada “es teórica pero, en la práctica, casi inexistente”.

3 LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LAS APORTACIONES A CUENTA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA VIVIENDA

La configuración legal de estas aportaciones protege a la sociedad cooperativa, pues le permite obligar al socio a cumplir con su compromiso. Pero es necesario igualmente analizar los mecanismos de protección que habilita el Ordenamiento para garantizar su derechos al cooperativista.

3.1. De la desprotección inicial, a la aplicación del régimen de garantías de las cantidades entregadas a cuenta de la adquisición de viviendas

En las diferentes etapas históricas, los poderes públicos han impulsado de varias formas y con intensidades diversas el movimiento cooperativo, protección y fomento del que tradicionalmente se han beneficiado también las cooperativas de viviendas, desde el momento en que, como hemos señalado, éstas atienden a la satisfacción de una de las necesidades primarias del ser humano, la vivienda.

Es cierto también que la legislación de ordenación de la edificación y de vivienda desde bien pronto reflejó la preocupación por la protección de los adquirentes. El art. 1 del derogado Decreto 9/1963, de 3 de enero, por el que se regula el percibo de cantidades a cuenta y la publicidad de venta de vivienda de protección estatal con anterioridad a la calificación definitiva, contenía dos normas importantes en las letras d) y e) del su art. 1, en las que obligaba a: “d) Que por el promotor se ofrezca aval bancario o contrato de seguro que garanticen la devolución del importe total de las cantidades que entreguen los beneficiarios en el caso de que no se obtenga la calificación definitiva o no se termine la obra dentro del plazo fijado en la calificación provisional o prórroga reglamentariamente concedida. e) Que el importe de las cantidades entregadas a cuenta se aplique precisamente a la construcción de viviendas del Proyecto, a cuyo efecto las cantidades que entreguen los beneficiarios deberán ser depositadas, en cualquier establecimiento bancario o Caja de Ahorros a disposición del promotor, con perfecta distinción de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al mismo”. El art. 114 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, reiteraba la segunda de las anteriores normas, es decir, la necesidad de que las cantidades anticipadas se aplicasen “únicamente a la construcción de las viviendas, siendo ingresadas en cualquier establecimiento bancario o Caja de Ahorros a disposición del promotor, con distinción de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al mismo”; y establecía un cambio fundamental en la primera, al disponer la necesidad de acompañar a la solicitud de la necesaria autorización para poder percibir estos pagos anticipados el aval o el seguro e incluir una referencia expresa a las cooperativas de viviendas: “Tratándose de Cooperativas de Viviendas, la certificación de garantía concedida por la Obra Sindical de

Cooperación será admitida en sustitución del aval o seguro exigido al resto de los promotores”.

La vigente Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, ante la “justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto”, aumenta las medidas de protección (añade la devolución de las cantidades incrementadas en un 6% anual, matiza el carácter solidario del aval y establece la responsabilidad de la entidad de crédito, que para la apertura de la cuenta separada debe exigir la garantía) y las extiende en su art. 1 a toda clase de viviendas, derechos que califica de irrenunciables (art. 7). Su Disposición Adicional única autorizó al Gobierno para que, por Decreto y en el plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor, adaptara sus principios en lo que pudieran ser aplicables a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas, cosa que lleva a cabo el también vigente Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, cuyos artículos 4 y 5 se dedican a las cooperativas de viviendas, de cuyo cumplimiento se hace responsable a la Junta rectora de la cooperativa (denominación empleada en la Ley de cooperativas de 2 de enero de 1942, equivalente al actual Consejo rector y, por extensión, en general, al órgano de administración, ya que no en todo caso revestirá esa forma); derechos que, nuevamente, su art. 6 establece como irrenunciables. En su desarrollo, la Orden de 29 de noviembre de 1968, sobre el Seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, establece las reglas a las que las entidades aseguradoras que prestan esta cobertura deben someterse, entre las que figuran los requisitos mínimos del condicionado general de estos seguros colectivos y de las pólizas individuales.

A raíz del escándalo en 1992 de la gestora de cooperativas de viviendas PSV, ligada al Sindicato UGT y los cientos de quejas presentadas al Defensor del Pueblo por los defraudados cooperativistas, el Informe de este organismo correspondiente a 1993⁴¹ realizó una serie de interesantes consideraciones acerca de las cooperativas de viviendas, en las que, pese a señalar que carecía de competencia por tratarse de sujetos privados y no de administraciones públicas, ponía de manifiesto la necesidad de acometer reformas legales: “Se trata, en definitiva, de promover una regulación que evite actitudes financieras irregulares en el futuro

⁴¹ Se puede consultar su texto en: http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/INFORME1993_informe.pdf.

y, en concreto, establecer estrictas garantías para que el dinero adelantado por los cooperativistas para la construcción de sus viviendas no se utilice en otros proyectos distintos de inversión por parte de la entidad gestora”; “es indispensable exigir el cumplimiento, o perfeccionar, en su caso, de las normas ya existentes sobre percepción de parte del precio de las viviendas durante el período de construcción”; “establecer, en suma, mayores garantías respecto al destino de las aportaciones dinerarias entregadas por los cooperativistas”.

Este Informe es uno de los antecedentes que está en el origen el art. 1.1, d) del Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, que establece las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de las viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los planes estatales de viviendas. En su virtud, las cooperativas de viviendas promotoras de viviendas de protección oficial destinadas a uso propio, para obtener financiación cualificada estatal al amparo de Planes Estatales de Vivienda, deberán cumplir, además de los requisitos aplicables establecidos en las normas aprobatorias de dichos planes, entre otras condiciones, la siguiente: “Cuando la cooperativa perciba de los socios, a partir de la calificación provisional de viviendas de protección oficial, durante la construcción, cantidades anticipadas a cuenta del coste de la vivienda deberá garantizar las citadas cantidades”⁴².

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre de 1999, de Ordenación de la Edificación amplía la aplicación de la Ley 57/1968 a la percepción de cantidades anticipadas por los promotores o gestores en la edificación (art. 17.4) y equipara a la figura del promotor la del “gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios, u otras análogas que aparecen cada vez con mayor frecuencia en la gestión económica de la edificación”. Su Disposición Adicional primera establece que la percepción de las cantidades anticipadas reguladas para las viviendas se amplía a promociones de viviendas en régimen de comunidades de propietarios o sociedades cooperativas, extiende la garantía a las entregas en metálico o mediante efectos cambiarios, añade a la restitución los intereses legales del dinero hasta la devolución (tipo de interés que debe entenderse que sustituye al 6% que establece la Ley 57/1968) y atribuye a las Comunidades Autónomas la capacidad sancionadora para imponer las multas por incumplimiento.

Las Leyes autonómicas sobre vivienda contienen disposiciones en este sentido [vid. por ejemplo, el art. 18.1, e) de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda

⁴² I. G. FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa...*, op. cit., p. 100, califica de absurdo que la cooperativa tenga que garantizar la devolución de las cantidades anticipadas que los socios entregan para la construcción de su vivienda y se hace eco de la conclusión que se alcanzó en la Jornada sobre “Las Cooperativas y el Plan de Viviendas para 1995-1996” organizada por la Federación de Cooperativas de Viviendas valenciana, porque no tiene ningún sentido que el socio autogarantice sus propias aportaciones y satisfaga para ello un elevado coste, aparte de las dificultades para obtener un aval.

de Galicia]. También algunas Leyes de cooperativas han ido paulatinamente incorporando esta norma [art. 98, h) LSCA; art. 87.4 RLSCA; art. 85.5 LCAR; art. 158.1, b) LCPA; art. 141.1, b) LCCLM; art. 91.8, párrafo 2º LCCV]. Pero no siempre la coincidencia es total: así, el art. 122 LCG⁴³ establece que las cantidades anticipadas en la construcción se garantizarán “mediante contrato de seguro”; hay que recordar que, aunque la LOE también menciona sólo el contrato de seguro, en virtud de la remisión que efectúa a la Ley 57/1968, se entiende que admite también otras formas de garantía. Alguna de las Leyes autonómicas contiene, además, otra medida protectora peculiar: es el caso del art. 91.8, párrafo 1º, LCCV, que establece que el socio, desde el momento de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, podrá exigir —los gastos correrán a su cargo— la constitución de una hipoteca de máximo para garantizar las cantidades que venga obligado a entregar hasta la adjudicación de la vivienda.

3.2. La efectividad de estos mecanismos

El establecimiento de la obligatoriedad de garantizar las aportaciones a cuenta no ha eliminado por completo los supuestos de desprotección del cooperativista de vivienda. Y ello porque puede que este deber se incumpla o se cumpla de manera defectuosa y, en definitiva, el aval o el seguro no desplieguen su verdadera función, que es la garantía o la cobertura del riesgo del incumplimiento de la obligación de construcción o de devolución de las aportaciones a cuenta si ésta no se lleva a cabo⁴⁴. En fecha reciente, se ha puesto en evidencia la irregularidad en la contratación del seguro por varias gestoras de cooperativas (Ofigevi, Geste-co, Gespozuelo, PSG, etc.) con las correspondientes aseguradoras (HCC Europe, Asefa) quienes, ocurrido el siniestro, se niegan a responder de la devolución de las cantidades entregadas, sobre la base de cláusulas insertas, en ocasiones, en los certificados individuales de seguro, en virtud de las cuales el contrato se pretendía configurar como una garantía del proyecto promotor, previa al inicio de la construcción propiamente dicha y diferente al afianzamiento de las cantidades

⁴³ Para I. FERREIRO MARTÍNEZ y I. A. CALVO VIDAL, “El régimen de las promociones y el de las cantidades entregadas a cuenta por los socios...”, op. cit., p. 122, hay que encuadrar esta norma entre las destinadas a velar por que, “de modo real y efectivo, en la sociedad cooperativa de viviendas el socio encuentre el vehículo adecuado para dar satisfacción, al derecho constitucionalmente reconocido, de disponer de una vivienda digna”.

⁴⁴ El anterior Director General de Seguros, Ricardo Lozano, en declaraciones hechas a la Agencia EFE el 11 de marzo de 2010, recomendó crear un registro público con las pólizas de obligatoria suscripción, como se hizo con los contratos de seguro con cobertura de fallecimiento para, entre otras cosas, mejorar la información de aquellos seguros con un gran impacto social, como el que cubre las cantidades aportadas por los clientes para la construcción de viviendas, (economia.terra.com/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201003111427_EFE_201003FC4083). Esta recomendación, desafortunadamente, no se hizo efectiva.

entregadas a cuenta de dicha construcción, que, en su caso, habría sido objeto de un futuro contrato posterior. Lo que se hacía del modo siguiente: “el presente Certificado de Seguro de Caucción no garantiza el buen fin de la mencionada promoción de viviendas, ni la entrega de las mismas, y tampoco responderá del uso de las cantidades dispuestas que no sean justificadas como ingreso previo en la citada cuenta especial”; “el certificado estará vigente hasta su devolución al asegurador o hasta la emisión, por parte de (la aseguradora), de la póliza individual de afianzamiento de cantidades entregadas a cuenta a favor del Asegurado”. Es decir, una construcción jurídica que podemos denominar “teoría de los tramos” que, como veremos más adelante, afortunadamente no ha convencido a los Tribunales.

En las sentencias recaídas en los pleitos en los que se discute la existencia o efectividad de estas garantías, se debate la interpretación de los requisitos que establecen las disposiciones legales antes mencionadas.

En cuanto al primero de ellos, el ingreso de las cantidades en una cuenta especial (art. 1.2ª Ley 57/1968), se plantea la trascendencia para el aportante de su incumplimiento. Al respecto, la SAP de Burgos (Sección 3ª) de 21 de enero de 2013 (AC 2013, 876) manifiesta que “(E)l hecho de que se haya realizado algún ingreso en cuenta distinta a la especial, destinada al efecto, no implica necesariamente que el adquirente de la vivienda no pueda recuperar tal aportación”; y ello porque los aportantes son terceros a los efectos de la relación entre el promotor avalado y la entidad de crédito avalista, terceros que “ingresaron sus aportaciones en las cuentas bancarias designadas por el promotor; lo que debía ser controlado por la entidad financiera, mediante las comprobaciones correspondientes, especialmente, con el movimiento de la cuenta especial abierta al efecto -ex art. 4 O.M.-, pues, la entidad financiera, sabía que, en ocasiones, las aportaciones se producían por transferencia de remesas desde otra entidad financiera, por lo que podía haber exigido a la Cooperativa y Promotora que se observase el procedimiento de ingreso de las aportaciones en los términos asumidos en la Póliza de aval, entre las partes contratantes, promotor avalado y entidad financiera avalista, lo que no puede trascender respecto del tercero beneficiario, que se limita a cumplir lo que asume y conoce”; puesto que las aportaciones no superan el límite garantizado por la línea de avales, “que el ingreso se hiciera en una u otra cuenta carece de relevancia jurídica al objeto procesal. Procede subrayar que la entidad financiera demandada no opuso reparo alguno a que algunos anticipos se ingresaran en otras cuentas, no por voluntad de los adquirentes sino por indicación del Promotor, contratante con la entidad financiera”; “(L)o determinante son las entregas realizadas y que se hayan destinado a financiar gastos de la promoción -y no consta que no hayan sido dispuestos con esta finalidad-”.

En segundo lugar, también suscita dudas la falta de la emisión de avales o pólizas de seguro individualizados, el contenido de los mismos o la falta de correspondencia de las cantidades en ellos reflejadas con las cantidades efectivamente

aportadas (art. 2, *in fine*, Ley 57/1968). De nuevo, la SAP de Burgos (Sección 3ª) de 21 de enero de 2013 (AC 2013, 876) minimiza la trascendencia de este requisito, porque los avales individuales no son imprescindibles para el reembolso de las cantidades entregadas y era la entidad financiera la obligada a la entrega del aval individualizado; además, “el hecho relevante es la cantidad entregada y el contrato de garantía concertado entre la Promotora y la entidad financiera, como único negocio jurídico productor de consecuencias jurídicas entre las partes contratantes, y diferidamente, con los beneficiarios, en cuanto les conciernan como tales. La entrega del aval individualizado no implica una novación extintiva del contrato principal, sustituyéndose por una pluralidad de negocios jurídicos. La línea de avales o garantías es la misma, la del contrato principal, por el que el avalista garantiza al beneficiario la devolución o reembolso de las cantidades entregadas para la adquisición (y financiación) de las viviendas, para el caso de que el Promotor no pueda hacerlo, y en cuyo favor (del tercero beneficiario) se estipula”; en consecuencia, “la no emisión de un título o su insuficiencia, no puede impedir o limitar el derecho de reintegro del beneficiario, pues sería tanto como dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento del contrato —*ex* art. 1256 Código Civil—, y en concreto, la cantidad a devolver, la cantidad entregada con la finalidad adquisitiva y constructiva”⁴⁵. El Auto AP de Madrid (Sección 9ª) de 26 septiembre 2013 (JUR 2014, 95866) manifiesta que el certificado individual “no es más que un documento expedido unilateralmente por la aseguradora que no tiene virtualidad alguna para modificar la eficacia de lo pactado en la póliza, que —como se dijo— sí es de afianzamiento, de las previstas en la Ley 57/1968, careciendo de todo fundamento la aplicación al caso de autos de la distinción entre las pólizas de tramo I y de tramo II, pues lo único que exige la Ley 57/1968 y se ha pretendido garantizar es la devolución de las cantidades anticipadas por los cooperativistas”; para la Sala, no deja de sorprender, además, un certificado individual que manifiesta que su objeto es garantizar que las cantidades ingresadas por el asegurado en la cuenta especial se destinarán exclusivamente a efectuar pagos que estén relacionados con la promoción, lo que contradice frontalmente el “tipo de riesgo” que se consignó en las condiciones particulares de la póliza, como es la “garantía del buen fin de los anticipos de los cooperativistas”. La SAP de Alicante (Sección 6ª) de 26 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 350515) va más allá cuando sostiene que “el hecho de que no se entregue a los demandantes aval de todas las cantidades entregadas a cuenta, no puede dejarles fuera de la citada garantía (...); y sin que pueda afectar al consumidor, el supuesto agotamiento de la línea de avales”.

⁴⁵ En el mismo sentido, con referencia a los certificados individuales de seguro, la SAP de Madrid (Sección 9ª) de 31 de octubre de 2013 (JUR 2014, 2640), SAP de Madrid (Sección 10ª) de 10 de julio de 2014 (JUR 2014, 234526), la SAP de Madrid (Sección 9ª) de 22 de julio de 2014 (AC 2014, 1857).

Una causa frecuente de litigio es, como se desprende de las resoluciones antes citadas, la determinación del riesgo asegurado. En numerosas ocasiones, la aseguradora alega que el objeto de la póliza y el riesgo asegurado no era el buen fin de la construcción de las viviendas, ni que éstas llegasen a ser efectivamente construidas y entregadas a los cooperativistas, sino asegurar lo que llama “riesgo del proyecto promotor”, es decir, el aseguramiento de que las cantidades entregadas a las cooperativas, o a la gestora que las dirigía, se habían aplicado a atenciones propias de la promoción y del proyecto, pero que no se trataba del seguro previsto en la Ley 57/68, ni la compañía de seguros aseguraba el buen fin de la construcción sino tan sólo ese llamado “proyecto promotor”; a lo que añadía, en una rebuscada pirueta jurídica, que, en una segunda fase, una vez se hubiesen adquirido en firme los terrenos, se hubiese dado comienzo a la promoción de viviendas y se hubiese continuado con las mismas, se procedería a la suscripción de la segunda póliza que sería la verdadera póliza de afianzamiento prevista en la Ley 57/1968, momento en el que se abriría lo que se denominaba “el segundo tramo”, que sería el que propiamente constituiría el documento o el aseguramiento previsto en la Ley 57/1968. Negaba, en consecuencia, que pudieran tener tal condición las pólizas de seguro litigiosas, esencialmente, porque en esa fecha todavía no se habían ni siquiera adquirido los terrenos y existía, por así decirlo, un proyecto tan sólo embrionario. La aseguradora esgrimió que si la construcción no se ha iniciado siquiera, el seguro de la Ley 57/1968 o de la Ley de la Edificación, no entra en juego, argumento rechazado por los Tribunales de todas las instancias. La STS (Pleno) de 13 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 5931), con rotundidad, señala que “el riesgo asegurado por el seguro de caución en los casos de promoción en régimen de cooperativa es el fracaso del proyecto”. En palabras de la SAP de Madrid (Sección 18ª) de 7 de julio de 2014 (JUR 2014, 243391), “resulta del todo evidente que no habiéndose procedido a la construcción y entrega de las viviendas debe procederse a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta sin que ello sea un óbice las artificiales y artificiosas diferenciaciones que se pretenden hacer en relación con el denominado riesgo promotor como diferente y distinto del riesgo de falta de entrega o de construcción de las viviendas”. La SAP de Madrid (Sección 10ª) de 10 de julio de 2014 (JUR 2014, 234526) señala que la operación garantizada es el buen fin de cantidades entregadas por los socios cooperativistas para el desarrollo del proyecto promotor, sin que suprima la eficacia del contrato de seguro el hecho de que en el contrato entre la cooperativa y el socio se omitiera la fecha en la que debía iniciarse o finalizarse la construcción. En el mismo sentido que todas las anteriores, por completar los ejemplos de las tres instancias, se puede citar la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Madrid de 17 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 67549).

Aunque los contratos establecen que el aval o el seguro no garantiza o cubre la devolución de las cantidades al socio en situación de baja, hay pronunciamientos

favorables a su aplicación también en este supuesto. Pese a que los socios que reclamaban la devolución de las cantidades aportadas habían solicitado la baja, la SAP de Burgos (Sección 3ª) de 21 de enero de 2013 (AC 2013, 876) señala la imposibilidad de la Sociedad Cooperativa demandada de cumplir con el fin societario al estar acreditado que no ha iniciado la construcción, ni previsión de que se realice (debido a la nulidad del Proyecto de Actuación y Reparcelación con retroacción de todo el expediente urbanístico que afecta a la parcela en la que se iba a ejecutar la construcción de las viviendas, a la liquidación concursal de la gestora de la cooperativa y a la carencia de bienes de la cooperativa para financiarse), “de manera que, mal puede pretenderse, la sustitución de un socio en unos derechos constructivos o de edificación, que la Cooperativa no va a cumplir”; y añade que “(A)demás, la acción ejercitada no es la de reembolso frente a la Cooperativa, sino la acción de recuperar las entregas efectuadas conforme al contrato de compraventa convenido, y de acuerdo con la Ley 57/1968 “. La SAP de Madrid (Sección 14ª) de 5 de marzo de 2014 (JUR 2014, 113691), con más claridad al respecto, afirma: “La baja voluntaria del socio es un caso de resolución unilateral permitida por los estatutos cooperativos, de manera que una vez aceptada el contrato de adhesión queda ineficaz, pero no es efectiva hasta que no se han cumplido las obligaciones posteriores a la resolución. Hasta que no se han cumplido las obligaciones de la fase de liquidación del contrato, con la restitución de prestaciones, no llega el momento en el que el cooperativista queda fuera del contrato; en el umbral de la indiferencia jurídica y económica, y como tercero ajeno a la cooperativa. Frente a la aseguradora que responde de las cantidades en los límites de la Ley 57/68, el socio sigue siéndolo mientras la cooperativa no le comunique la baja definitiva, lo que parece que no se comunicó dado el tenor de las comunicaciones entre ASEFA y LA TENERIA en las que ese punto es caballo de batalla: ASEFA entiende que la baja es bastante para eliminar la cobertura y LA TENERIA entiende que hasta que no se consume la baja el socio es cooperativista, de manera que la baja definitiva no se produce hasta la liquidación del contrato. Entendemos que la interpretación de LA TENERIA es más correcta por dos razones. La primera, porque la cláusula, 5ª de condiciones especiales de la póliza de cooperativas no habla de consumación de la baja; simplemente habla de baja, y es cláusula que no debe interpretarse en contra del asegurado. La segunda porque la baja del socio está vinculada a la adquisición de sus derechos por otro socio, o la subrogación por un tercero, salvo que la tesorería de la cooperativa permita otra cosa, y no parece que la tesorería de la cooperativa lo permitiera. Mientras tanto y si se produce el siniestro en los términos de la Ley 57/68, la aseguradora debe pagar al asegurado titular del certificado de seguro de una póliza colectiva o de grupo, que se descompone en tantos contratos de seguro como partícipes”. Se muestran favorables a la inaplicación de la cláusula contractual que excluye el derecho a la indemnización en caso de baja de la cooperativa, porque vulnera el régimen imperativo de la Ley 57/1968 y por el carácter irrenunciable de los derechos de los cesionarios, entre otras, la SAP de

Madrid (Sección 9ª) de 31 de octubre de 2013 (JUR 2014, 2640), el Auto AP de Madrid (Sección 9ª) de 26 de septiembre de 2013 (JUR 2014, 95866) y la SAP de Madrid (Sección 9ª) de 22 de julio de 2014 (AC 2014, 1857).

Claro que, tras indemnizar a los asegurados o beneficiarios de la garantía (los cooperativistas) la aseguradora, sobre la base del art. 68 LCS, o la avalista, sobre la base del art. 1.838 Cc, puede ejercitar su derecho de reembolso contra el tomador del seguro o el avalado (la cooperativa de viviendas), como reconoce la SAP de Málaga (Sección 4ª), de 5 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 375419).

Por último, también suscita controversia la cuestión de los intereses, no sólo de los que debe abonar la aseguradora o la avalista integrados en su obligación de devolver las cantidades con ese incremento, por disposición legal, sino también, en el caso de las garantías otorgadas bajo la forma de seguro de caución, por aplicación de la indemnización de los intereses moratorios del art. 20 LCS en caso de retraso en el abono de la indemnización por la aseguradora.

Respecto a los primeros, en el recurso que está en la base de la SAP de Burgos (Sección 3ª) de 21 enero de 2013 (AC 2013, 876), la avalista impugnaba el interés recogido en el contrato (el 6%, que era el que establecen el art. 2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio y el art. 4 de la Orden de 29 de noviembre de 1968), y pedía la aplicación del modificado y fijado posteriormente por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación [el interés legal del dinero vigente hasta el momento en que se haga efectiva la devolución, tal y como establece la Disp. Adic. Primera, c) de la citada Ley], motivo que rechaza la Sala: “En el contrato principal, de línea de avales, se puso el 6%, estando en vigor la Disposición Adicional Primera mencionada, a la que pudo acomodarse o ajustarse aquél. Ahora bien, como no se hizo así, ha de estarse al interés determinado en el contrato principal, pues es un interés pactado, admisible conforme al art. 1.255 Código Civil; es el tipo acordado expresamente entre avalista y avalado, a favor del tercero beneficiario; y aun cuando la Disposición Adicional Primera tenga carácter preceptivo, no prohíbe el abono de un interés superior; no impide que la voluntad de las partes pacten un interés que comprenda el legal, estableciendo uno superior -hay un contenido mínimo legal que debe salvarse-, de modo que, los avales individualizados, no pueden contradecir las condiciones pactadas en el contrato principal del que traen causa. En consecuencia, procede mantener el interés del 6% estimado, de conformidad con el aval principal pactado, por tanto, consentido por la entidad financiera, a la que vincula -ex arts. 1.091 y 1.257 Código Civil-, con capacidad para conocer las condiciones pactadas, su fundamento y alcance. La alegación de la utilización, por mimetismo, de un modelo de aval anterior, no empece a la aplicación de lo pactado, pues sería un error solo imputable a la parte que lo origina y alega, y en su falta de diligencia, que no puede oponer a la otra parte contratante, y menos al tercero beneficiario de su estipulación”.

En cuanto a los segundos, la STS (Pleno) de 13 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 5931) aplica el art. 20 LCS, porque considera que no había causa justificada en la que la aseguradora pudiera amparar la negativa al pago en los tres meses siguientes a la comunicación del siniestro: “Es más, su comportamiento para con la cooperativa y sus socios demandantes, pretendiendo dar por resuelto unilateralmente el contrato e incluso tenerlo por nulo intentando devolver las primas, revela una voluntad manifiesta de no querer cumplir sus obligaciones como asegurador una vez que el riesgo cubierto se realizó”. En este caso, la aseguradora argumentó, además, que el art. 20 LCS no podía aplicarse en su contra por ser el seguro litigioso un seguro por grandes riesgos de los mencionados en el art. 107.2, b) LCS, que permite a las partes la libre elección de la ley aplicable. Para el Tribunal Supremo, esta alegación no conduce a consecuencia práctica alguna porque no se precisa qué ley sería aplicable en lugar de la LCS y porque las condiciones generales de la póliza global redactadas por la propia aseguradora, comienzan así, en letra negrita: “El presente contrato se rige por lo dispuesto en la ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro...”. A estas razones le añadimos nosotros otra, de gran importancia, y es el hecho de que, al tratarse de un seguro obligatorio, a pesar de, por su clase, ser el seguro de un gran riesgo, debe necesariamente regirse por la ley española, conforme al art. 107.1, b) LCS, que establece que la ley española sobre contrato de seguro será la aplicable siempre que el contrato se concluya en cumplimiento de una obligación de asegurarse impuesta por la ley española, lo que significa que, aunque se trate de un contrato de seguro de grandes riesgos, su naturaleza obligatoria lleva a excluir la posibilidad de elección de otra ley⁴⁶.

3.3. Las mecanismos de protección en sede concursal

La existencia de una garantía o un seguro de las cantidades entregadas a cuenta tiene su repercusión en caso de concurso.

3.3.1. Las medidas de garantía en caso de concurso de la cooperativa

Si la cooperativa es declarada en concurso y no continúa su actividad, por lo que no prosigue la construcción de las viviendas, o entra en liquidación, se produce el hecho que desencadena la aplicación de los mecanismos de garantía que las Leyes declaran obligatorios. De tal manera, el socio podrá dirigirse contra el avalista o el asegurador para reclamar su reintegro.

⁴⁶ Nos hemos ocupado de esta cuestión, a la luz del Derecho vigente y del previsto en el Anteproyecto de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, en M. J. MORILLAS JARILLO, “Las normas sobre el contrato del seguro como ley general imperativa: límites y excepciones, en particular, la referida a los seguros de grandes riesgos. Una aproximación al art. 581-2 del Anteproyecto de Código Mercantil”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 1556-1590. URI: <http://hdl.handle.net/10016/20940>.

En la medida en que el socio sea resarcido, el garante o el asegurador se subrogarán en la posición del socio como acreedores por los importes hechos efectivos al mismo (art. 87.6 LCONC). Este precepto establece que, en la calificación de los créditos, “se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que respondan al acreedor o al fiador”. Si consideramos al cooperativista como titular de un crédito subordinado, en cuanto que titular de, al menos, un 10% del capital social de la cooperativa y sobre la base de interpretar que las aportaciones a cuenta de la construcción entran en la categoría de “préstamos o actos con análoga finalidad” a los que se refiere el art. 92.5º LCONC, debería calificarse de esta misma forma el crédito del avalista o asegurador subrogado en la posición del socio tras el pago a éste⁴⁷.

Como cuestión añadida, se plantea la posible insinuación en el concurso de la cooperativa del crédito futuro de la aseguradora o la avalista para el caso de que abonen a los asegurados o beneficiarios el importe de las cantidades a cuenta y la calificación de tal crédito. Tal caso es el que se debate en la SAP de Madrid (Sección 28ª) de 17 de mayo de 2013 (JUR 2013, 208477), en el que la aseguradora demandante impugna la lista de acreedores al solicitar que su “potencial” derecho frente a la concursada (esto es, el derecho de reembolso que nacería de la condena judicial a indemnizar a los cooperativistas) se califique de “crédito potencial contra la masa”. Para la Sala, “(E)sta última categoría resulta desconocida en nuestro régimen concursal. En él no caben créditos contra la masa sometidos a contingencia. Tal posibilidad solo se admite respecto de los créditos concursales, como “supuestos especiales de reconocimiento” (artículo 87 LCONC)”. Cosa distinta es que, respecto a los créditos concursales, sí que quepa considerar que el fiador o avalista titulan un crédito contingente, tal y como admite la STS (Sala de lo Civil) de 8 de julio de 2014 (RJ 2014\3731).

Si las garantías no se hubieran concertado, podría entrar en juego la responsabilidad de la entidad de crédito en la que se ingresaban las aportaciones de los socios, en los términos del art. 1 Ley 57/1968, y contra ella podría dirigirse el cooperativista y sería ésta quien, afrontada dicha responsabilidad, se subrogaría tras el pago en los derechos del socio resarcido. Sostienen esta responsabilidad, entre otras, la SAP de Burgos (Sección 2ª) de 20 de junio de 2012 (JUR 2012, 252851), la SAP de Burgos (Sección 2ª) de 25 de octubre de 2012 (JUR 2012, 403197), la SAP de Burgos (Sección 3ª) de 24 de abril de 2014 (JUR 2014, 157980) y la SAP de Burgos (Sección 3ª) de 27 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 50358). Para estas Sentencias, la expresión “bajo su responsabilidad” que aparece en el art. 1.2º, in fine de la Ley, significa que la entidad financiera debe exigir en el momento de la apertura de la cuenta o depósito la existencia del aval. Si no lo exige, o si abre

⁴⁷ Sobre esta cuestión, A. B. PERDICES HUETOS, *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 81-95.

la cuenta a pesar de constarle su falta de existencia, habrá de responder de las consecuencias perjudiciales que se siguen para la persona que hizo el ingreso y que, en definitiva, hubiera sido el beneficiario de la garantía: “No quiere decir que sea la entidad financiera la que deba proceder a avalar la devolución de las cantidades; pues avalista puede ser cualquier entidad que reúna los requisitos establecidos en la condición primera. Tampoco la responsabilidad se sigue necesariamente por la mera apertura de la cuenta sin aval, pues la responsabilidad surgirá cuando el comprador quiera que le devuelvan su dinero. Pero si, ejercitado por el comprador su derecho a la devolución, esta no puede hacerse por falta de garantía, habrá de responder la entidad bancaria en la que se hizo el ingreso. Por eso es posible abrir sin aval la cuenta donde se ingresan los anticipos, pero será a riesgo de la entidad financiera, lo que significa la frase «bajo su responsabilidad»”.

3.3.2. Las medidas de garantía en el concurso del socio

El cooperativista de vivienda, persona física o persona jurídica, puede ser declarado en concurso. La Administración Concursal, en caso de suspensión de las facultades del deudor, o el propio cooperativista, en caso de intervención, podrá ejercitar sus derechos como avalado o asegurado si la cooperativa no lleva a buen fin la construcción de las viviendas (art. 40 LCONC). Las cantidades abonadas por la avalista o la aseguradora pasarán a engrosar la masa activa del concurso del socio cooperativista (art. 76 LCONC).

4 BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- AGUILAR GARCÍA, M., “Las cooperativas de viviendas: disposiciones comunes y específicas”, *Revista de Derecho Notarial*, n.º 716 abril-junio, 1972, pp. 7-64.
- AZPIAZU MONTEYS, A., *Guía jurídica de la Cooperativa de viviendas*, Ed. Fausí, Barcelona, 1987.
- DE CODES DÍAZ-QUETCUTI, L., “EXPOSICION JORNADAS FORO HUESCA NOVIEMBRE 2010”, http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n005341_Sesi%F3n%20IV.pdf, pp. 245-260.
- FAJARDO GARCÍA, I. G., *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos- Confederación de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, Madrid, 1997.
- FAJARDO GARCÍA, I. G., “La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas”, AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera, Unicaja, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba, Cajasur, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 5235-5280.
- FAJARDO GARCÍA, I. G., “La promoción de la vivienda cooperativa y el papel de la administración local”, www.uv.es/cidec/documents/DocViviendas/Promocion_%20vivienda.pdf, pp. 1-15.

- FAJARDO GARCÍA, G. I., “Consecuencias jurídicas de la variación del precio final de la vivienda cooperativa”, *CIRIEC España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 3, mayo, 1992, pp. 277-282.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “La adjudicación de la vivienda al socio”, en BOTANA AGRA, M. y MILLÁN CALENTI, R. A. (Coords.), *As Cooperativas de Viviendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Centro de Estudios Cooperativos (CECOPP)-Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2007, pp. 141-156.
- FERREIRO MARTÍNEZ, I. y CALVO VIDAL, I. A., “El régimen de las promociones y el de las cantidades entregadas a cuenta por los socios en la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia”, en BOTANA AGRA, M. y MILLÁN CALENTI, R. A. (Coords.), *As Cooperativas de Viviendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Centro de Estudios Cooperativos (CECOPP)-Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2007, pp. 115-129.
- GÓMEZ APARICIO, A. P., *Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de Viviendas en España*, Dirección General de Empleo, Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1991.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Acceder una vivienda en tiempos de crisis”, www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/23/2009/23-2009-1.pdf, pp. 1-18.
- GONZÁLEZ TAUSZ, R., “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, *REVESCO*, n.º 67, 1999, pp. 89-122.
- HIPÓLITO LANCHÁ, F., “El derecho constitucional a una vivienda digna, el antes y el después. Beneficios y limitaciones de viviendas de protección oficial”, en *Las cooperativas de viviendas en España. Desafíos de presente y futuro*, Publicaciones de la Universidad Católica de Ávila, Ávila, 2003, pp. 47-71.
- LAMBEA RUEDA, A., *Cooperativas de viviendas*, 3ª ed., Comares, Granada, 2012.
- LAMBEA RUEDA, A., “Código de conducta en el sector de cooperativas de viviendas. Normas de buenas prácticas empresariales de las empresas gestoras de cooperativas (GECOPI)”, *REVESCO*, n.º 108, 2012, pp. 59-85.
- MANRIQUE ROMERO, F. y RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, J. M., “La cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”, *Revista de Derecho Notarial*, núms. 109-110, julio-diciembre, 1980, pp. 29-155.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J., “La relación cooperativizada entre la sociedad cooperativa y sus socios: naturaleza y régimen jurídicos”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 25, 2005-2, pp. 203-234.
- MERINO HERNÁNDEZ, S., “Cooperativas de viviendas”, en PEINADO GRACIA, J. I. (Dir.), *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1393-1421.
- MILÀ RAFEL, R., *Promoción Inmobiliaria, Autopromoción y Cooperativas de Viviendas. Obligaciones y responsabilidades en Derecho de la edificación*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- MORILLAS JARILLO, M. J., “Las normas sobre el contrato del seguro como ley general imperativa: límites y excepciones, en particular, la referida a los seguros de grandes riesgos. Una aproximación al art. 581-2 del Anteproyecto de Código Mercantil”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 1556-1590. URI: <http://hdl.handle.net/10016/20940>.

- MORILLAS JARILLO, M. J., “Las aportaciones del cooperativista a cuenta de la construcción de la vivienda”, en GARBAYO BLANCH, J. (Dir.), *Afección del derecho concursal en el sector inmobiliario*, Aranzadi (en prensa).
- ORTIZ RODRÍGUEZ, J., “Sección 3ª. De las cooperativas de viviendas. Arts. 89 a 92”, en *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*, I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, pp. 645-668.
- PAZ CANALEJO, N., “Artículo 129”, en PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIÁ, F., *Ley General de Cooperativas*, en SÁNCHEZ CALERO, F. y ALBALADEJO, M. (Dirs.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, T. XX, vol. 3º, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 676-690.
- PERDICES HUETOS, A. B., *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
- QUIRALTE, P., “Reclamación por la cooperativa al socio de las aportaciones para el pago de la vivienda (I)”, *La Sociedad Cooperativa, Publicación Quincenal, CISS*, n.º 23, 1997, pp. 1-3.
- TATO PLAZA, A., “As cooperativas de viviendas e a condición de promotor”, en BOTANA AGRA, M. y MILLÁN CALENTI, R. A. (Coords.), *As Cooperativas de Viviendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Centro de Estudios Cooperativos (CECOPP)-Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2007, pp. 59-73.
- VARGAS VASSEROT, C., *La Actividad Cooperativizada y las Relaciones de la Cooperativa con sus Socios y con Terceros*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- VARGAS VASSEROT, C., “El derecho de reembolso del socio en caso de baja y el concurso de las sociedades cooperativas”, *CIRIEC España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 21, diciembre, 2010, pp. 37-58.
- VICENT CHULIÁ, F., “El régimen económico de la cooperativa en la nueva ley de 19 de diciembre de 1974”, *REVESCO*, núms. 36, 37 y 38, mayo 1975-abril 1976, pp. 157-183-.
- VICENT CHULIÁ, F., “Artículo 71”, en PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIÁ, F., *Ley General de Cooperativas*, en SÁNCHEZ CALERO, F. y ALBALADEJO, M. (Dirs.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, T. XX, vol. 3º, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 160-202.
- VICENT CHULIÁ, F., “Artículo 81”, en PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIÁ, F., *Ley General de Cooperativas*, en SÁNCHEZ CALERO, F. y ALBALADEJO, M. (Dirs.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, T. XX, vol. 3º, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 301-314.
- VILLALUENGA RODRÍGUEZ, R., “Cooperativas de viviendas y responsabilidad patrimonial”, en *Las cooperativas de viviendas en España. Desafíos de presente y futuro*, Publicaciones de la Universidad Católica de Ávila, Ávila, 2003, pp. 165-175.

Referencias jurisprudenciales:

- STS (Sala de lo Civil) de 27 enero 1986 (RJ 1986, 334)
- STS (Sala de lo Civil) de 13 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1249)
- STS (Sala de lo Civil) de 3 de febrero de 1986 (RJ 1986, 411)
- STS (Sala de lo Civil) de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1212)

STS (Sala de lo Civil) de 6 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1672)
STS (Sala de lo Civil) de 17 de abril de 1990 (RJ 1990, 2720)
STS (Sala de lo Civil) de 28 de enero de 1991 (RJ 1991, 9808)
STS (Sala de lo Civil) de 18 de junio de 1991 (RJ 1991, 4522)
STS (Sala de lo Civil) de 7 de enero de 1992 (RJ 1992, 151)
STS (Sala de lo Civil) de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4277)
STS (Sala de lo Civil) de 19 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3803)
STS (Sala de lo Civil) de 16 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1714)
STS (Sala de lo Civil) de 19 de octubre de 2005 (RJ 2006, 1958)
STS (Pleno) de 13 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 5931)
STS (Sala de lo Civil) de 8 de julio de 2014 (RJ 2014\3731)
SAP de Alicante (Sección 6ª) de 26 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 350515)
SAP de Burgos (Sección 2ª) de 20 de junio de 2012 (JUR 2012, 252851)
SAP de Burgos (Sección 2ª) de 25 de octubre de 2012 (JUR 2012, 403197)
SAP de Burgos (Sección 3ª) de 21 de enero de 2013 (AC 2013, 876)
SAP de Burgos (Sección 3ª) de 24 de abril de 2014 (JUR 2014, 157980)
SAP de Burgos (Sección 3ª) de 27 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 50358)
SAP de Madrid (Sección 28ª) de 17 de mayo de 2013 (JUR 2013, 208477)
Auto AP de Madrid (Sección 9ª) de 26 septiembre 2013 (JUR 2014, 95866)
SAP de Madrid (Sección 9ª) de 31 de octubre de 2013 (JUR 2014, 2640)
SAP de Madrid (Sección 14ª) de 5 de marzo de 2014 (JUR 2014, 113691)
SAP de Madrid (Sección 18ª) de 7 de julio de 2014 (JUR 2014, 243391)
SAP de Madrid (Sección 10ª) de 10 de julio de 2014 (JUR 2014, 234526)
SAP de Madrid (Sección 9ª) de 22 de julio de 2014 (AC 2014, 1857)
SAP de Málaga (Sección 4ª) de 5 septiembre de 2013 (JUR 2013, 375419)
SAP de Murcia (Sección 4ª) de 20 noviembre de 1999 (AC 1999, 2570)
Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Madrid de 17 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 67549).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 63-88
ISSN: 1130-2682

DA POSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO DE PERDAS
AO COOPERADOR NUMA *RÉGIE* COOPERATIVA

*THE POSSIBILITY OF ALLOCATING LOSSES TO CO-OPERATOR
MEMBERS IN A PUBLIC INTEREST COOPERATIVE*

DEOLINDA APARÍCIO MEIRA¹

Recepción: 10/07/2015 - Aceptación: 25/09/2015

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 de Amorim, 4465-004 S. Mamede de Infesta, PORTUGAL.

RESUMO

Partindo da análise do regime de responsabilidade externa e interna dos cooperadores nas *régies* cooperativas, o texto centra-se na disciplina jurídica da imputação de perdas ao cooperador, decorrentes da sua participação na atividade da cooperativa. A *ratio* do regime assenta no escopo mutualístico da *régie* cooperativa, em consequência do qual o cooperador assume a obrigação de participar na atividade da cooperativa. Quando o resultado económico desta participação é negativo, pode o mesmo, mediante deliberação da assembleia geral, ser imputado ao próprio cooperador, proporcionalmente à sua participação na atividade cooperativa, caso as reservas se revelem insuficientes para cobrir tais perdas. Este regime de imputação de perdas deve considerar-se permitido nas *régies* cooperativas, relativamente a todos os membros, sejam entidades públicas ou privadas.

PALAVRAS-CHAVE: *régie* cooperativa, escopo mutualístico, atividade cooperativizada, responsabilidade, perdas.

ABSTRACT

Based on the analysis of external and internal liability of the co-operator members in the public interest cooperatives (*'régies cooperativas'*), this paper focuses on the legal regime of the losses in member cooperative transactions. The *ratio* of this regime stems from the mutualistic scope of the cooperative, in consequence of which the co-operator members assume the obligation to participate in the cooperative activity. When the economic result of cooperative transactions with members is negative (losses), it may be covered, by decision of the General Meeting, by the co-operator members in proportion to their participation in cooperative transactions, if the reserves are insufficient to cover such losses. This loss allocation system should be considered possible in the public interest cooperatives (*'régies cooperativas'*), for all members, whether public or private entities.

KEY WORDS: public interest cooperatives, mutualistic scope, cooperative transactions, liability, losses.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVES NOTAS SOBRE A DISCIPLINA JURÍDICA APLICÁVEL ÀS *RÉGIES* COOPERATIVAS EM PORTUGAL. 3. AS *RÉGIES* COOPERATIVAS *VERSUS* A COOPERATIVA COMUM. 4. O ESCOPO MUTUALÍSTICO DA *RÉGIE* COOPERATIVA. 5. A PROBLEMÁTICA DA NATUREZA JURÍDICA DA PARTICIPAÇÃO DO COOPERADOR NA ATIVIDADE DA COOPERATIVA. 6. O CAPITAL MUTUALÍSTICO OU MASSA DE GESTÃO ECONÓMICA. 7. A VANTAGEM MUTUALISTA DECORRENTE DA PARTICIPAÇÃO NA ATIVIDADE COOPERATIVA. 8. AS PERDAS NA *RÉGIE* COOPERATIVA. 8.1. Preliminar. 8.2. O tratamento jurídico dos resultados negativos nas *régies* cooperativas. 8.2.1. Responsabilidade externa. 8.2.2. A responsabilidade interna. 8.3. A insuficiência do regime de imputação das perdas previsto no Código Cooperativo. 9. CONCLUSÕES. BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. BRIEF NOTES ON THE LEGAL DISCIPLINE APPLICABLE TO THE PUBLIC INTEREST COOPERATIVES IN PORTUGAL. 3. THE PUBLIC INTEREST COOPERATIVES *VERSUS* THE COMMON COOPERATIVE 4. THE MUTUALISTIC SCOPE OF PUBLIC INTEREST COOPERATIVES. 5. THE PROBLEM OF THE LEGAL NATURE OF COOPERATOR PARTICIPATION IN THE COOPERATIVE TRANSACTIONS. 6. MUTUALISTIC CAPITAL. 7. MUTUAL ADVANTAGE ARISING OUT OF PARTICIPATION IN THE COOPERATIVE TRANSACTIONS. 8. LOSSES IN PUBLIC INTEREST COOPERATIVES. 8.1. Preliminary. 8.2. The legal treatment of the negative results in the public interest cooperatives. 8.2.1. The external liability. 8.2.2. The internal liability. 8.3. The limitations failure of the loss allocation system referred to in the Cooperative Code. 9. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUÇÃO

Este estudo pretende constituir uma reflexão sobre a temática do regime de imputação de perdas nas *régies* cooperativas².

São quatro os problemas principais a tratar neste estudo:

Primeiro: responder à questão de saber se será aplicável às *régies* cooperativas o regime previsto no Código Cooperativo português quanto à responsabilidade por perdas;

² Este texto foi elaborado a partir de um Parecer Jurídico pedido à Autora, Parecer que visava a clarificação do regime previsto no n.º 5 do art. 96.º do CCoop, designadamente aferir da possibilidade de, mediante deliberação da assembleia geral, serem reclamados aos cooperadores de uma *régie* cooperativa, proporcionalmente à sua participação na atividade da cooperativa, o valor do resultado líquido negativo do exercício não coberto pela reserva legal, correspondente a perdas resultantes das operações cooperativas realizadas com os membros, traduzidas em prestações de serviços. Fizeram-se os ajustamentos necessários para autonomizar o estudo da casuística que esteve na sua génese e aprofundaram-se as reflexões doutrinárias sobre esta temática. Procedeu-se, igualmente, a uma atualização da legislação, tendo em conta a publicação e entrada em vigor do novo Código Cooperativo.

Segundo: em caso afirmativo, compreender as singularidades da disciplina jurídica das cooperativas que fundamentam este regime de imputação de perdas;

Terceiro: saber qual o alcance normativo do n.º 5 do art. 96.º do Código Cooperativo por confronto com o arts. 23.º e 80.º também do Código Cooperativo e com o art. 4.º do Decreto-Lei n.º 31 /84 de 21 de janeiro (que consagra o regime jurídico das *régies* cooperativas);

Quarto: caso se conclua pela aplicação deste regime às *régies* cooperativas, saber quais as regras que deverão ser observadas na cobertura destas perdas.

A análise destes problemas implica naturalmente um percurso breve e sucinto pela disciplina jurídica aplicável às *régies* cooperativas. Depois, evidenciar-se-ão as especificidades do objeto social destas, da sua finalidade mutualística, da necessária participação do cooperador na atividade da *régie* cooperativa e suas formas de concretização, bem como da natureza jurídica do intercâmbio mutualístico, a fim de compreendermos a distinção entre responsabilidade externa e interna na *régie* cooperativa, com particular enfoque na responsabilidade interna e na sua disciplina jurídica.

2 BREVES NOTAS SOBRE A DISCIPLINA JURÍDICA APLICÁVEL ÀS *RÉGIES* COOPERATIVAS EM PORTUGAL

O Código Cooperativo (CCoop)³ menciona as *régies* cooperativas no seu art. 6.º, dispondo no n.º 1 desta norma que «É permitida a constituição, nos termos da respetiva legislação especial, de cooperativas de interesse público, ou *régies* cooperativas», acrescentado o n.º 2 que «O presente Código aplica-se às cooperativas de interesse público, ou *régies* cooperativas, em tudo o que não contrarie a legislação especial».

O regime jurídico das *régies* cooperativas consta de um diploma próprio, o DL n.º 31 /84, de 21 de janeiro.

O n.º 1 do art. 1.º deste diploma define as *régies* cooperativas ou cooperativas de interesse público como pessoas coletivas, em que, para a prossecução dos seus fins, se associam o Estado ou outras pessoas coletivas de direito público e cooperativas ou utentes dos bens e serviços produzidos ou pessoas coletivas de direito privado, sem fins lucrativos. O n.º 2 deste preceito esclarece que, para efeitos deste diploma, «todas as empresas públicas são consideradas pessoas coletivas de direito público», de modo a poderem integrar este tipo de entidade.

³ L. n.º 119/2015, de 31 de agosto, que revoga a L. n.º 51/96, de 7 de setembro, alterada pelo DL n.º 343/98, de 6 de novembro; pelo DL n.º 131/99, de 21 de abril; pelo DL n.º 108/2001, de 6 de abril; pelo DL n.º 204/2004, de 19 de agosto; pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de março e pelo DL n.º 282/2009, de 7 de outubro.

Assim, as *régies* cooperativas apresentam-se como uma forma cooperativa de prestação de serviços de interesse público, promovendo atividades económicas de relevante interesse geral, sendo os cidadãos os consumidores dos serviços prestados ou dos bens produzidos⁴.

Na realidade, as *régies* cooperativas prosseguem objetivos públicos próprios, por via cooperativa, sendo que o n.º 3 do art. 1.º considera como «indicativas de fins de interesse público as situações em que o a prossecução do objeto da cooperativa», nos termos da lei: 1) «dependa da utilização [...] de bens do domínio público, ou do domínio privado indisponível do Estado»; 2) «ou se traduza no exercício de uma atividade que a Constituição ou a lei vedem à iniciativa privada».

Quanto ao direito que lhes é aplicável, o art. 2.º do diploma em análise dispõe que as *régies* cooperativas se regem «pelo presente decreto-lei» e supletivamente «pelo disposto no Código Cooperativo e legislação complementar».

Note-se que a aplicação supletiva ocorre quando um diploma completa outro, não se confundindo com aplicação subsidiária que exige a demonstração da existência de uma lacuna na legislação principal e a avaliação positiva da suscetibilidade da sua integração, por *analogia legis*, a partir da legislação subsidiária⁵.

Assim, o CCoop regulará supletivamente aspetos comuns ao conjunto das cooperativas. Por sua vez, a legislação complementar regulará supletivamente os aspetos próprios do ramo escolhido pela *régie* cooperativa⁶.

Temos, portanto, que nas áreas não cobertas pela regulação constante do DL n.º 31/84, de 21 de janeiro, aplicar-se-ão, de modo direto, as normas mais gerais

⁴ Sobre as especificidades das *régies* cooperativas, ver J. LEITE, *Cooperativas de interesse de pública em Portugal*, texto disponível em http://www.cases.pt/0_content/atividades/doutrina/cooperativas_de_interesse_publico_em_portugal.pdf (última consulta em 30 de junho de 2015).

⁵ Ver M. T. SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 385 e ss (sobre deteção de lacunas) e pp. 397 sobre integração de lacunas. Sobre o «continuum» entre interpretação e integração de lacunas, ver A. C. NEVES, «Interpretação jurídica», *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 371, ss.

⁶ Nos termos do art. 4.º do CCoop, os ramos hoje existentes em Portugal são: agrícola; artesanato; comercialização; consumidores; crédito; cultura; ensino; habitação e construção; pescas; produção operária; serviços; solidariedade social, admitindo-se, expressamente, que uma cooperativa abranja atividades próprias de vários ramos. A legislação complementar consta dos seguintes diplomas: DL n.º 335/99, de 20 de agosto (cooperativas agrícolas); DL n.º 523/99, de 10 de dezembro (cooperativas de comercialização); DL n.º 522/99, de 10 de dezembro (cooperativas de consumo); DL n.º 24/91, de 11 de janeiro, com as alterações do: DL n.º 230/95, de 12 de setembro; DL n.º 320/97, de 25 de novembro; DL n.º 102/99, de 31 de março; e do DL n.º 142/2009, de 16 de Junho (cooperativas de crédito); DL n.º 313/81, de 19 de novembro (cooperativas culturais); DL n.º 441-A/82, de 6 de novembro (cooperativas de ensino); DL n.º 502/99, de 19 de novembro (cooperativas de habitação e construção); DL n.º 312/81, de 18 de novembro (cooperativas de pescas); DL n.º 309/81, de 16 de novembro (cooperativas de produção operária); DL n.º 323/81, de 4 de dezembro (cooperativas de serviços); DL n.º 7/98, de 15 de janeiro (cooperativas de solidariedade social).

do CCoop, sem prejuízo das especificidades que as régies cooperativas apresentam.

Não há, por isso, uma autonomia sistemática do DL n.º 31/84, de 21 de janeiro, face ao CCoop, admitindo-se uma pluralidade de diplomas-fonte da regulação das régies cooperativas.

No caso que nos ocupa, aplicar-se-ão às régies cooperativas as normas contantes do CCoop em matéria de imputação de perdas, mais especificamente o disposto no art. 96.º, n.º 5, do CCoop, como demonstraremos ao longo deste estudo.

3 AS RÉGIES COOPERATIVAS VERSUS A COOPERATIVA COMUM

O art. 2.º, n.º1, do CCoop define as cooperativas como «pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles».

O CCoop associa a noção de cooperativa à necessária obediência aos princípios cooperativos, pelo que o *regime jurídico das cooperativas* deve assentar na observância de tais princípios cooperativos, enunciados no art. 3.º do CCoop: adesão voluntária e livre; gestão democrática pelos membros; participação económica dos membros; autonomia e independência; educação, formação e informação; intercooperação; e interesse pela comunidade.

Ora, nem todos os princípios cooperativos são respeitados no regime jurídico das *régies* cooperativas, designadamente os princípios da gestão democrática, da autonomia e independência e da participação económica dos membros.

De facto, os n.ºs 1 e 2 do art. 8.º do DL n.º 31 /84, de 21 de janeiro dispõem que «O Estado ou outras pessoas coletivas de direito público participam nos órgãos das cooperativas de interesse público na proporção do respetivo capital», não competindo à assembleia geral «a designação dos representantes da parte pública nos órgãos das cooperativas de interesse público», mas, conforme o tipo de *régie* cooperativa, a um ou mais ministros do governo da República, aos governos das regiões autónomas, aos órgãos executivos do poder local. Por sua vez, o art. 12.º consagra que «O número de votos dos membros das cooperativas de interesse público nas assembleias gerais é proporcional ao capital que tiverem realizado».

Também o princípio cooperativo da participação económica dos membros, em matéria de distribuição de excedentes e de constituição de reservas, pode não ser completamente observado, pois o legislador admite tacitamente a possibilidade da consagração de um critério diverso de distribuição quando inclui obrigatoriamente na decisão administrativa criadora das cooperativas de interesse público «as normas de distribuição dos excedentes e as reversões para as reservas obrigatórias».

Uma outra particularidade das *régies* cooperativas, que contende com o princípio da gestão democrática, é a que resulta do disposto no art. 13.º, a propósito da «exoneração da parte pública», a qual «só poderá efetuar-se nas condições mencionadas na decisão administrativa a que alude o n.º 1 do art. 3.º», o que implica que, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, seja «nula a deliberação da assembleia geral que decida a exclusão da parte pública numa cooperativa de interesse público, com prejuízo do disposto no número anterior».

Não obstante estes desvios, justificados pelo facto de a parte pública integrar este tipo de cooperativas na sua veste pública, pelo que terá de assumir dentro da cooperativa uma posição que lhe permita garantir e proteger o interesse público, não há razões conceptuais para não considerar as *régies* cooperativas como cooperativas. Por outras palavras, a desobediência a alguns dos princípios cooperativos não coloca as *régies* cooperativas fora do subsector cooperativo constitucionalmente consagrado, dado que as especificidades do seu regime jurídico resultam da «necessidade de tutelar proporcional e razoavelmente os interesses públicos nelas diretamente envolvidos»⁷. A Constituição da República Portuguesa (CRP) valoriza o código genético destas entidades que prestam empresarialmente serviços públicos numa lógica cooperativa, integrando-as no subsector cooperativo [art. 61.º, n.º 4 e alínea a) do n.º 4 do art. 82.º]. Este último preceito estabelece que o subsector cooperativo abrange «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».

Em suma, a CRP reconhece as especificidades das *régies* cooperativas face às cooperativas comuns, mas legitima constitucionalmente um desvio a alguns dos princípios cooperativos, imposto pela veste pública de alguns dos membros das *régies* cooperativas⁸.

Em matéria de responsabilidade do cooperador entidade pública perante a *régie* cooperativa (responsabilidade interna) não estão previstos quaisquer desvios. Em matéria de responsabilidade externa da entidade pública (perante terceiros), o art. 4.º do DL 31/84, de 21 de junho dispõe que esta será sempre limitada ao valor do capital subscrito.

4 O ESCOPO MUTUALÍSTICO DA RÉGIE COOPERATIVA

A título principal, as *régies* cooperativas, tal como as cooperativas comuns, visarão «sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades» (art. 2.º, n.º1, do CCoop)

⁷ R. NAMORADO, *Horizonte Cooperativo. Política e Projecto*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 149.

⁸ Neste sentido, ver R. NAMORADO, *Introdução ao Direito Cooperativo. Para uma expressão jurídica da cooperatividade*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 199-201.

dos seus membros, que são os destinatários principais das atividades económicas e sociais que esta leva a cabo. É o chamado escopo mutualístico das cooperativas, sendo este escopo que permite distinguir claramente as cooperativas das entidades lucrativas, designadamente das sociedades comerciais (que não cumprem as aspirações próprias das cooperativas).

As cooperativas (e, por isso, também as *régies* cooperativas) são formadas por pessoas que querem cooperar entre si ou, mais especificamente, querem vender conjuntamente, trabalhar conjuntamente, consumir conjuntamente, prestar serviços conjuntamente. Para cumprir este propósito, constituem uma pessoa coletiva (a cooperativa) no âmbito da qual trabalham, consomem, vendem e prestam serviços. Tal como escreveu CUNHA GONÇALVES, as cooperativas procuram «libertar os operários do regime do salariado, da exploração capitalista, eliminando o patrão, visto que os trabalhadores, associando-se e produzindo em comum, se apropriavam do lucro da produção, sendo patrões de si próprios; e, eliminando o comerciante, o banqueiro, o proprietário urbano, visto que a cooperação lhes permitia comprar a grosso aos produtores e consumir os objetos necessários à existência por um preço mais barato, minorados do lucro do intermediário — construir casas e habitá-las sem o encargo excessivo da renda — obter os capitais precisos para as necessidades quotidianas, sem os perigos da demasiada usura, etc.»⁹. Na mesma linha, SÉRVULO CORREIA afirma que «ao contrário da empresa capitalista, que tem como base um capital ou uma combinação de capitais que se trata de fazer reproduzir, procurando-lhes um máximo de remuneração, a empresa cooperativa tem como estrutura um conjunto de homens que, necessitando dos respetivos serviços para fortificar a sua posição económica de compradores, trabalhadores, devedores, etc., se associaram para a fundar»¹⁰.

Este escopo mutualístico reporta-se, então, ao facto de a atividade social da *régie* cooperativa se orientar necessariamente para os seus membros, que são os destinatários principais das atividades económicas e sociais que esta leva a cabo.

Saliente-se, contudo, que o princípio da mutualidade, que subjaz à cooperativa e que a distingue dos outros tipos sociais, não implica que esta desenvolva atividade exclusivamente com os seus membros, podendo atuar, igualmente, com terceiros não membros. Nesta decorrência, o CCoop, no seu art. 2.º, n.º 2, estabeleceu que «as cooperativas, na prossecução dos seus objetivos, poderão realizar operações com terceiros, sem prejuízo de eventuais limites fixados pelas leis próprias de cada ramo». Ainda que a lei não defina o que se deve entender por terceiro, parece ser doutrina assente que, na esteira dos ensinamentos de RUI NAMORADO:

⁹ C. GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial português*, volume I, Lisboa: Empreza Editora J. B., 1914, p. 541.

¹⁰ S. CORREIA, «Elementos de um regime jurídico da cooperação», *Estudos Sociais e Cooperativos*, n.º 17, Ano V, Março 1966, p. 162.

«Terceiros, de um ponto de vista cooperativo, são todos aqueles que mantenham com uma cooperativa relações que se enquadrem na prossecução do seu objeto principal, como se fossem seus membros embora de facto não o sejam»¹¹.

Tal significa que as atividades com terceiros, de que fala o legislador, se reportarão a atividades do mesmo tipo da atividade cooperativizada desenvolvida com os cooperadores. Tomando por referência, por exemplo, as cooperativas de produtores de serviços serão terceiros «os produtores não admitidos como membros» (art. 6.º do DL n.º 323/81, de 4 de dezembro)¹².

5 A PROBLEMÁTICA DA NATUREZA JURÍDICA DA PARTICIPAÇÃO DO COOPERADOR NA ATIVIDADE DA RÉGIE COOPERATIVA

Na decorrência do escopo mutualístico da *régie* cooperativa, o cooperador assume a obrigação de participar na atividade da cooperativa. Ou seja, as *régies* cooperativas, tal como as cooperativas comuns, operam com os seus membros, no âmbito de uma atividade que a eles se dirige e na qual participam cooperando (atividade cooperativizada)¹³.

Esta participação traduzir-se-á num intercâmbio recíproco de prestações entre a *régie* cooperativa e os cooperadores, prestações essas que são próprias do objeto social da cooperativa.

Na decorrência do escopo mutualístico da *régie* cooperativa, estabelece-se, então, uma relação jurídica complexa, na qual se destaca, por um lado, a obrigação assumida pelo cooperador de participar na atividade da cooperativa e, por outro lado, a contraprestação realizada por esta.

De facto, o cooperador, diversamente do sócio de uma sociedade comercial, não estará apenas sujeito à obrigação de entrada para o capital social da cooperativa, mas também à obrigação de participar na atividade da mesma. Neste sentido, o art. 22.º, n.º 2, al. c), do CCoop estabeleceu que os cooperadores deverão

¹¹ R. NAMORADO, *Cooperatividade e direito cooperativo – Estudos e pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 184-185.

¹² Sobre as operações com terceiros, ver D. APARÍCIO MEIRA, «As operações com terceiros no Direito Cooperativo Português», in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, (coordenação de Deolinda Aparício Meira), Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp 413-425.

¹³ Adotamos o conceito de atividade cooperativizada defendido por C. VARGAS VASSEROT [*La actividad cooperativizada y las relaciones de la Cooperativa con sus socios y con terceros*, Monografía asociada a *RdS*, n.º 27, 2006, Editorial Aranzadi, p. 67], segundo o qual esta atividade se concretiza num conjunto de operações em que se verificam três circunstâncias, a saber: que sejam operações internas, isto é, que ocorram no âmbito da cooperativa; que sejam realizadas pelo cooperador com a cooperativa ou vice-versa; que estejam intimamente ligadas à prossecução do objeto social da cooperativa.

«participar em geral nas atividades da cooperativa e prestar o trabalho ou serviço que lhes competir, nos termos estabelecidos nos estatutos».

Esta obrigação de participação na atividade da cooperativa surge como o mecanismo básico para desenvolver o objeto social da *régie* cooperativa e a obtenção da vantagem mutualista, como veremos.

Destas relações estabelecidas entre o cooperador e a *régie* cooperativa no desenvolvimento da atividade mutualística decorrem ulteriores negócios e obrigações sobre cuja natureza jurídica o CCoop e a legislação setorial (incluindo-se aqui o diploma que regula as *régies* cooperativas, o já mencionado DL n.º 31/84, de 21 de janeiro) não se pronunciam. Contudo, tal qualificação reveste enorme relevância prática, uma vez que tais negócios se configuram como negócios específicos, com funções específicas, que não se enquadram, adequadamente, nas categorias jurídicas tradicionais. Assim, quando o cooperador entrega a sua produção agrícola à cooperativa para comercialização, quando presta o seu trabalho numa cooperativa, quando a cooperativa de habitação entrega o imóvel ao cooperador, quando a cooperativa de consumo ou de serviços presta um serviço aos seus membros, estamos perante negócios jurídicos de natureza especial, com várias especificidades resultantes: dos sujeitos que intervêm no negócio (a cooperativa e o cooperador); do ramo da cooperativa em questão (comercialização, trabalho, habitação, serviços ou outro); do escopo mutualístico subjacente ao objeto social da cooperativa, traduzido na satisfação das necessidades dos cooperadores¹⁴.

Perante o silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência dividem-se entre duas teses. Encontramos, por um lado, os que partilham a «tese dualista» (ou «contratualista»)¹⁵, nos termos da qual tais negócios seriam externos ao vínculo cooperativo, merecendo a qualificação própria que lhes caiba no caso concreto — contrato de prestação de serviços, contrato de compra e venda, contratado de trabalho — sujeitando-se ao correspondente regime, surgindo o cooperador na dupla posição de cooperador e contraente (a chamada «dupla qualidade»). Por outro lado, os que partilham a «tese monista» (ou «societária»), segundo a qual tais

¹⁴ Ver DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Vida Económica, Porto, 2009, p. 240.

¹⁵ Estas teses contratualistas têm amplo apoio na doutrina italiana, a qual defende, quase unanimemente, que o fenómeno cooperativo se decompõe juridicamente numa duplicidade de relações jurídicas: por um lado, na relação societária; e, por outro lado, numa multiplicidade de relações de intercâmbio entre a cooperativa e os cooperadores individualmente considerados, com vista à prossecução do *escopo mutualístico*. Esta interpretação é reforçada pelo facto de a legislação cooperativa italiana conter um preceito — o art. 2 345, do *Codice Civile* — dedicado às prestações acessórias e aplicável às cooperativas, por remissão do art. 2 516, nos termos do qual, na determinação do regime jurídico da relação mutualista, será de aplicar o regime do contrato que tenha o mesmo objecto que a dita prestação. Ver, 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. 98-125.

obrigações e negócios subsumir-se-iam na relação cooperativa, sendo uma «dimensão» desta, pelo que corresponderiam a direitos e deveres estatutários, e estariam por isso submetidos em primeira via às regras cooperativas constantes da lei, dos estatutos, dos regulamentos internos, das deliberações dos órgãos sociais¹⁶. Esta tese monista anda próxima da categoria jurídica do «ato cooperativo»¹⁷, prevista nos ordenamentos latino-americanos, dado tratar-se de uma construção jurídica que enquadra as operações das cooperativas com os seus membros e com terceiros, na prossecução do seu objeto social.

Tendo em conta esta construção jurídica, quando, por exemplo, a *régie* cooperativa presta um serviço ao cooperador, este ato tem a estrutura formal de um contrato de prestação de serviços, mas apresenta especificidades que o diferenciam de um mero contrato de prestação de serviços. Tais especificidades decorrem do já referido escopo mutualístico da *régie* cooperativa, que assenta no pressuposto de que não há uma oposição de interesses entre os cooperadores e a *régie* cooperativa. De facto, diversamente da sociedade comercial que visa desenvolver uma atividade económica, operando com terceiros, com vista à obtenção de um lucro, a *régie* cooperativa, do mesmo modo que as cooperativas comuns, visa realizar uma atividade económica com vista à satisfação das necessidades dos seus cooperadores e na qual estes participam, como vimos.

Ora, não prevendo o CCoop a categoria jurídica do «ato cooperativo», consideramos que caberá à *régie* cooperativa — dentro da faculdade mais genérica de escolher os meios de prossecução do seu fim, ou seja os instrumentos para a sua atividade mutualística — a liberdade de conformar nos limites da lei e no respeito dos estatutos as suas relações com os cooperadores (nesses termos acordando com estes), isto é, de as submeter em último termo às regras do direito cooperativo ou do «direito comum»¹⁸.

¹⁶ Como defensora da tese societária, destaque-se, desde logo, a doutrina latino-americana, com o conceito de ato cooperativo; sobre esta questão, ver, em especial, C. TORRES Y TORRES LARA, *Derecho Cooperativo. La teoría del acto cooperativo*, Ed. INESLA, Lima, 1990, pp. 229, ss. Na doutrina europeia, ver M. L. LLOBREGAT HURTADO, *Mutualidad y empresas cooperativas*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 213; e I. J. TRUJILLO DÍEZ, *Cooperativas de consumo y cooperativas de producción*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 111-124.

¹⁷ Sobre a noção de «ato cooperativo», ver D. CRACOGNA, «O acto cooperativo: Pensamento Cooperativo», *Revista de Estudos Cooperativos*, n.º 3, pp. 175- 189.

¹⁸ Neste sentido, ver R. GUICHARD, «Capacidade das cooperativas. Relações entre cooperativas e cooperadores», in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, (coord. de DEOLINDA APARÍCIO MEIRA), Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp 521- 527; e E. Gadea, F. Sacristán e C. Vargas Vasserot, *Régimen Jurídico de la Sociedad Cooperativa del Siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 421, ss.

6 O CAPITAL MUTUALÍSTICO OU MASSA DE GESTÃO ECONÓMICA

A realização do objeto social da cooperativa implicará que os cooperadores forneçam bens ou prestem serviços à cooperativa, para além da necessária obrigação de entrada para o capital da cooperativa (art. 6.º do DL n.º 31/84 e art. 83.º do CCoop). Ao conjunto de fatores trazidos pelos cooperadores para a cooperativa, no âmbito da sua participação na atividade cooperativa, chama a doutrina *capital mutualístico ou massa de gestão económica*¹⁹.

Quando o cooperador exerce o seu direito de participação na atividade cooperativa, essa participação não só abrange o poder a seu favor para exigir a prestação mutualista da cooperativa, mas implicará também a assunção pelo cooperador da obrigação de realizar uma contraprestação em benefício da cooperativa²⁰.

A realização do objeto social da cooperativa implicará, por isso, que os cooperadores entreguem bens ou produtos à cooperativa (é o caso de uma cooperativa agrícola); produzam bens ou prestem serviços no seio da cooperativa (é o caso das cooperativas de trabalho e das cooperativas de prestadores de serviços); ou paguem à cooperativa pelos bens ou serviços que recebem da mesma (é o caso das cooperativas de consumo, das cooperativas de utentes de serviços ou das cooperativas de habitação).

Nas palavras de VICENT CHULIÁ, este capital mutualístico será «integrado por valores patrimoniais que a cooperativa emprega como capital circulante no exercício económico e que lhe permitem planificar uma atividade empresarial muito superior à que lhe permitiria o seu capital social e reservas»²¹.

A *massa de gestão económica* corresponderá, então, ao conjunto de entregas que os cooperadores fazem à cooperativa para por ela serem geridos, podendo consistir em dinheiro, bens ou prestação de serviços. Estas entregas, que serão geridas pela cooperativa, constituem meios com os quais a cooperativa conta para desenvolver a sua atividade.

¹⁹ A expressão «massa de gestão económica» obteve maior êxito na doutrina do que a expressão «capital mutualístico». Sobre este conceito, ver I.-G. FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 78, ss.; F. VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, Tomo XX, Vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, pp. 305, ss.; e M. PANIAGUA ZURERA, *Las Sociedades Cooperativas. Las Sociedades Mutuas de Seguros y las Mutualidades de Previsión Social, Tratado de Derecho Mercantil* (dir. de Manuel Olivencia / Carlos Fernández-Nóvoa / Rafael Jiménez de Purga; coord. de Guillermo Jiménez Sánchez), Tomo XII, Vol. 1.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 83, ss.

²⁰ Ver F. J. MARTÍNEZ SEGOVIA, «La relación cooperativizada entre la sociedad cooperativa y sus socios: naturaleza y régimen jurídicos», *RdS*, n.º 25, 2005, Editorial Aranzadi, p. 219.

²¹ F. VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, Tomo XX, Vol. 3.º, cit., p. 305.

7 A VANTAGEM MUTUALISTA DECORRENTE DA PARTICIPAÇÃO NA ATIVIDADE COOPERATIVA.

Na *régie* cooperativa, o cooperador auferirá, em contrapartida pela sua participação na atividade cooperativizada, de vantagens económicas, às quais a doutrina chama de vantagens mutualistas²². Estas traduzir-se-ão na obtenção de determinados bens ou serviços a preços inferiores aos do mercado, na venda dos seus produtos eliminando os intermediários do mercado ou numa maior retribuição do trabalho prestado.

O momento em que o cooperador irá receber a vantagem mutualista, assim como o seu montante, dependerão, normalmente, da situação financeira que a *régie* cooperativa atravessa, assim como da estratégia de gestão económica adotada pela mesma. Neste sentido, a doutrina distingue entre vantagens imediatas — mediante a prática de preços mais baixos ou retribuições mais elevadas do que as praticadas no mercado — e vantagens diferidas — atribuídas no final do exercício mediante o retorno dos excedentes²³.

Deste modo, a política de levantamentos por conta (adiantamentos) e a política de preços, praticadas pela *régie* cooperativa nas operações com os cooperadores, serão fatores determinantes dos resultados positivos ou negativos da *régie* cooperativa, podendo a avaliação prévia das prestações cooperativas constituir uma variável determinante dos resultados do exercício²⁴.

De facto, a avaliação prévia das prestações que o cooperador realizar a favor da *régie* cooperativa e, inversamente, das prestações que a *régie* cooperativa efetuar a favor daquele, no âmbito da atividade cooperativizada, constitui uma questão relevante na determinação dos resultados — positivos ou negativos — do exercício económico.

Quando a *régie* cooperativa avalia, previamente, os bens entregues ou os serviços prestados aos cooperadores ou pelos cooperadores, o resultado final de exercício servir-nos-á como referência da existência de vantagens ou desvantagens mutualistas. Se, pelo contrário, a *régie* cooperativa não efetuar esta avaliação no momento em que se produzir a transmissão dos bens ou a prestação dos serviços,

²² Sobre este conceito, ver A. BASSI, «Dividendi e ristorni nelle società cooperative», *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè Editore, Milano, 1979, pp. 1, ss.; F. COLOMBO / P. MORO, *I ristorni nelle cooperative*, Il Sole 24 ore, Milano, 2004, pp. 44, ss.

²³ Ver, neste sentido, A. BASSI, «Dividendi e ristorni nelle società cooperative», cit., p. 2.

²⁴ Neste sentido, ver I-G. FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, cit., pp. 125-140; M. PANIAGUA ZURERA, «Determinación y distribución de resultados en la sociedad cooperativa», *Derecho de los Negocios*, n.º 66, Año 7, marzo 1996, pp. 3-4.

será muito difícil, ou mesmo impossível, determinar se o cooperador teve alguma vantagem por atuar com a cooperativa e qual a sua medida²⁵.

Poderá sempre argumentar-se com a impossibilidade dessa avaliação prévia, uma vez que o valor desses bens e serviços só será conhecido no momento do encerramento do exercício económico, como acontece, por norma, nas cooperativas de serviços, sendo certo que a maior parte das *régies* cooperativas portuguesas integram este ramo cooperativo. No entanto, a ausência de qualquer avaliação prévia, ou porque não existiu ou porque é impossível, encerra em si mesmo o risco de poder conduzir a um excedente nulo ou mesmo à produção de perdas²⁶.

O legislador cooperativo português não estabeleceu nem no CCoop nem na legislação complementar qualquer exigência de avaliação prévia das prestações, pelo que a *régie* cooperativa será livre de determinar ou não a sua avaliação.

No caso da avaliação prévia das prestações (em bens ou serviços) que o cooperador realiza a favor da *régie* cooperativa e perante o silêncio do legislador cooperativo português, poderão propor-se como critérios objetivos de avaliação de tais prestações o *critério dos preços médios de mercado no momento da entrega*, no caso da prestação em bens, e o *critério das retribuições normalmente praticadas* para aquelas funções²⁷, no caso da prestação de trabalho. Tal avaliação prévia deverá ser feita de modo a evitar-se uma sobrevalorização da prestação cooperativa do cooperador, de forma a garantir uma determinação lógica e prudente dos resultados do exercício económico. Uma eventual sobrevalorização poderia implicar uma imputação direta aos cooperadores daquilo que são resultados positivos do exercício, ou mesmo que a *régie* cooperativa encerrasse o exercício económico com perdas sociais.

Quanto à avaliação das prestações que a *régie* cooperativa realiza a favor do cooperador, também não encontramos qualquer critério objetivo de avaliação na legislação cooperativa portuguesa. Ora, se é verdade que nas cooperativas de serviços, de consumo e de habitação, o valor dos bens e serviços que a coopera-

²⁵ A este propósito, I.-G. FAJARDO GARCÍA [*La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, cit., p. 183] destaca que esta reflexão é aplicável, sobretudo, nas cooperativas agrícolas que operam com excedente zero, liquidando os produtos em função dos preços obtidos por eles. Neste caso, o cooperador não conhece — pelo menos pela informação contabilística que a cooperativa lhe proporciona — aquilo de que beneficiou, ao entregar os seus produtos para que a cooperativa gerisse a sua venda, em vez de ser ele próprio a geri-la diretamente.

²⁶ Cite-se, a este propósito e na jurisprudência portuguesa, o Acórdão do STJ, de 17 de Outubro de 2002 [*Colectânea de Jurisprudência*, Ano X, Tomo III, pág. 98], no qual, a propósito da remuneração dos cooperadores numa cooperativa de ensino, se afirma que «os montantes creditados na conta corrente nominativa de um cooperante devem ser considerados como um adiantamento de uma quota-parte do resultado líquido anual que no fim do exercício poderá ser corrigido em função do resultado efetivo da produção do cooperante».

²⁷ Poderá ser o critério dos salários previstos no contrato coletivo de trabalho aplicável ao respetivo setor.

tiva fornece ao cooperador só poderá ser conhecido aquando do encerramento do exercício económico, não podemos esquecer que se se esperar pelo referido encerramento para reclamar a importância dos bens entregues ao cooperador, tal poderá dificultar o funcionamento da cooperativa. Por isso, será uma boa prática a *régie* cooperativa exigir, no momento do fornecimento do bem ou mesmo antes desse fornecimento, que o cooperador entregue um adiantamento por conta do preço final do bem²⁸.

Na determinação do montante desse adiantamento, poderemos distinguir dois sistemas: um sistema que avalia os bens fornecidos ao cooperador a preços de mercado e, por isso, este pagará pelo bem o mesmo que pagaria em qualquer outra entidade, até que, finalizado o exercício, o excesso lhe seja devolvido sob a forma de retorno cooperativo, depois de descontadas as reversões para as reservas — pelo que a vantagem mutualista auferida pelo cooperador será uma vantagem diferida; um outro sistema, segundo o qual a cooperativa calculará o preço a pagar pelo cooperador, partindo do valor de custo do bem, acrescido de uma percentagem previamente calculada para os gastos previsíveis, de modo que a vantagem mutualista seja recebida pelo cooperador no momento da aquisição, através de uma poupança na despesa, e não no final do exercício mediante retorno, sendo, por isso, uma vantagem mutualista imediata.²⁹

Este último sistema apresentará, segundo a doutrina, maiores riscos: por um lado, uma infravalorização da importância a pagar poderá gerar perdas no exercício, (que serão depois compensadas em parte pelas reservas), podendo contribuir para a subcapitalização da *régie* cooperativa; por outro lado, um cálculo demasiado preciso do montante da prestação a pagar poderá dar lugar a excedentes nulos e, desta forma, impossibilitar a necessária reversão para as reservas obrigatórias³⁰.

Em suma e perante o silêncio do legislador cooperativo português, diremos que a *régie* cooperativa dispõe de liberdade na fixação do valor das prestações cooperativas. Coincidimos com LLOBREGAT HURTADO³¹ quanto à necessidade de adoção de um sistema assente na flexibilidade dos critérios de avaliação das prestações cooperativas, observando sempre um limite: essa avaliação não poderá

²⁸ O art. 20.º, n.º 1, do DL n.º 502/99, de 19 de Novembro, dispõe que «a atribuição do direito de habitação será condicionada à subscrição pelo cooperador usuário, de títulos de participação no valor total do custo do fogo [...], a realizar à medida que se forem vencendo as prestações de capital devidas pela cooperativa, e no valor destas».

²⁹ Ver, neste sentido, I. VILLAFÁÑEZ PÉREZ, *Cooperativa y concurso. Estudio de las relaciones jurídicas com sus socios*, cit., pp. 71, ss.

³⁰ Ver, neste sentido, I.-G. FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, cit., p. 134.

³¹ Ver M. L. LLOBREGAT HURTADO, «Régimen económico de las sociedades cooperativas en el marco de la nueva Ley General de Cooperativas de 16 de julio de 1999 (BOE de 17 de julio)», *RdS*, n.º 13, 1999, Editorial Aranzadi, pp. 213-214.

implicar que os resultados contabilísticos reflitam um resultado negativo, uma vez que tal afetaria o sistema de dotação de reservas obrigatórias, as quais desempenham uma função garantística de grande relevo em toda e qualquer cooperativa³².

8 AS PERDAS NA RÉGIE COOPERATIVA

8.1. Preliminar

Olhemos, agora, em pormenor a questão central do regime económico das *régies* cooperativas que nos ocupa, a possibilidade de imputação de perdas ao cooperador (art. 96.º, n.º 5, do CCoop).

A adequada compreensão desta questão implica que previamente sejam indicados, ainda que de forma sucinta, os tipos de resultados económicos (positivos ou negativos) que é possível identificar nas cooperativas em geral, matéria tratada de forma muito incipiente quer no CCoop quer nos diplomas reguladores dos diferentes ramos.

Nas cooperativas são identificáveis *três tipos principais de resultados*:

- os *resultados cooperativos*, designados de excedentes (quando positivos) ou de perdas (quando negativos), correspondentes aos resultados provenientes da atividade económica desenvolvida entre a cooperativa e os seus membros (atividade cooperativizada);
- os *resultados extracooperativos* (positivos ou negativos) correspondentes aos resultados provenientes das operações com terceiros;
- e os *resultados extraordinários* (positivos ou negativos) provenientes de atividade alheia ao fim social da cooperativa³³.

³² Sobre esta questão, ver D. APARÍCIO MEIRA, «As insuficiências do regime legal do capital social e das reservas na cooperativa», in: *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 129-155.

³³ Esta distinção está expressamente prevista na legislação cooperativa espanhola (v.g. art. 57.º da Ley Estatal de Cooperativas – *Ley 27/1999, de 16 de julio*). Ver, sobre esta distinção, I.-G. FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, cit., pp. 120, ss.; e M. Paniagua Zurera, «Determinación y aplicación de resultados», in: *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I (Dir. Juan Ignacio Peinado Garcia; Coord. Trinidad Vázquez Ruano), Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, pp. 659-686. Esta distinção foi também adotada no primeiro projeto desenvolvido pelo SGECOL (Study Group on European Cooperative Law), designado «*Principles of European Cooperative Law* (PECOL). Sobre este projeto e sobre este grupo de investigação, ver I.-G. FAJARDO GARCIA, A. FICI, H. HENRÝ, D. HIEZ, H.-H. MÜNKNER, I. SNAITH, «El Nuevo grupo de estudio en derecho cooperative europeo y el Proyecto «Los principios del derecho cooperative europeo», *CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 24, 2013, pp. 331-347. Em 9 de junho de 2015, foi feita uma apresentação pública do projeto, em Bruxelas. Ver *Draft Principles of European Cooperative Law* (draft PECOL), SGECOL (Study Group on European Cooperative Law),

Esta distinção não está expressamente consagrada no CCoop³⁴.

Quanto à distribuição dos resultados positivos cumpre destacar que:

- i) os excedentes podem retornar aos cooperadores, podendo este direito ao retorno ser derogado por deliberação da assembleia geral, pelo que não existe um direito subjetivo ao retorno³⁵;
- ii) dada a participação económica dos membros na atividade da cooperativa, a distribuição do retorno entre os cooperadores será feita em função e proporcionalmente às atividades ou operações efetuadas com a cooperativa de que são membros (valor das compras ou serviços consumidos ou prestados, no caso das cooperativas de consumo ou de serviços; valor das transações efetuadas ou produtos entregues, no caso das cooperativas agrícolas ou de comercialização), ou em função e proporcionalmente ao trabalho de cada membro (como é o caso das cooperativas de trabalho, nas quais na distribuição do excedente gerado pelos membros deverão ser deduzidos os levantamentos já recebidos «por conta dos mesmos»³⁶);
- iii) os resultados provenientes de operações com terceiros (que o legislador inapropriadamente designa de excedentes) não poderão ser repartidos pelos cooperadores (art. 100.º, n.º 1, do CCoop), bem como quaisquer outros resultados extraordinários, sendo obrigatoriamente afetados a reservas irrepatriáveis (art. 99.º do CCoop), pois são juridicamente encarados como lucros;
- iv) uma percentagem do excedente de exercício, resultante das operações com os cooperadores, reverterá para a reserva legal [art. 96.º, n.º 2, do CCoop] e para a reserva para educação e formação cooperativa [art. 97.º, n.º 2, al. b), do CCoop], assim como para o eventual pagamento de juros pelos títulos de capital (art. 100.º, n.º 1, do CCoop);
- v) só depois de efetuadas estas reversões e pagamentos se estará em condições de apurar o retorno (art. 100.º, n.º 1, do CCoop);

May 2015, pp. 68, ss., <http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/04/PECOL-May-2015.pdf> (última consulta em 30 de junho de 2015).

³⁴ Reclamando a necessidade de esta distinção constar expressamente da legislação cooperativa, ver D. APARÍCIO MEIRA /M. E. RAMOS, M. E., *Governança e regime económico das cooperativas. Estado da arte e linhas de reforma*, Vida Económica, Porto, 2014, pp. 151, ss.

³⁵ Nas cooperativas de solidariedade social (art. 7.º do DL n.º 7/98, de 15 de janeiro) e de habitação (art. 15.º do DL n.º 502/99, de 19 de novembro) impede-se a distribuição de excedentes pelos membros, o que implica que todos os excedentes revertam, obrigatoriamente, para reservas.

³⁶ DL n.º 313/81, relativo às cooperativas culturais, e do DL n.º 309/81, relativo às cooperativas de produção operária.

vi) o legislador impede a distribuição de excedentes quando e na medida em que forem necessários para cobrir prejuízos transitados ou para reconstituir a reserva legal (art. 100.º, n.º 2, do CCoop)³⁷.

8.2. O tratamento jurídico dos resultados negativos nas régies cooperativas

A adequada compreensão desta problemática parte de uma distinção entre responsabilidade externa (ou responsabilidade perante terceiros pelas dívidas da cooperativa) e a responsabilidade interna (ou a responsabilidade por perdas do cooperador perante a cooperativa)³⁸.

8.2.1. Responsabilidade externa

As *régies* cooperativas, tal como as cooperativas comuns, são pessoas jurídicas, ou seja, têm uma personalidade jurídica própria e distinta da de cada um dos seus membros. Tal decorre do art. 2.º, n.º 1, do CCoop, quando reconhece as cooperativas como «pessoas coletivas autónomas», isto é, como pessoas jurídicas distintas da pessoa dos seus membros, e do art. 17.º do CCoop, ao estabelecer que a cooperativa adquire personalidade jurídica com o registo da sua constituição.

A personalidade jurídica das *régies* cooperativas implica, necessariamente, a autonomia patrimonial, ou seja, a circunstância de a *régie* cooperativa ter um património próprio, diferente e independente dos patrimónios dos respetivos cooperadores.

Ora, a autonomia patrimonial determinará que, desde logo, o património da *régie* cooperativa seja o único suporte de responsabilidade pelas dívidas decorrentes da sua atividade, não respondendo por tais dívidas outros bens senão os desse património. Nesta decorrência, quanto à responsabilidade dos cooperadores pelas dívidas da cooperativa, o art. 23.º do CCoop, integrado, na versão atual do Código, no Capítulo III «Membros», 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». Por sua vez, o n.º 1 do art. 80.º do CCoop dispõe que «Só o património da cooperativa responde para com os credores pelas dívidas desta».

³⁷ Para uma análise desenvolvida desta questão, ver D. APARÍCIO MEIRA, «Revisitando o problema da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário», in: *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012cit., pp. 353-374.

³⁸ Ver, sobre esta distinção, A. MARTÍNEZ BALMASEDA, «Algunos aspectos jurídico-mercantiles tras el concurso de Fagor», *CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 25, 2014, pp. 281-311.

Destas normas resulta que a responsabilidade dos cooperadores será limitada ao valor do capital subscrito, pelo que só o património da cooperativa responderá pelas dívidas da mesma³⁹. Estando o capital subscrito integralmente realizado, nenhuma outra responsabilidade poderá ser exigida aos cooperadores pelos credores da cooperativa⁴⁰.

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 cooperativa⁴¹. Esta responsabilidade ilimitada pelas dívidas da cooperativa só existirá, portanto, se estiver prevista estatutariamente. O atual CCoop trata da natureza desta responsabilidade, consagrando que, sendo estipulada estatutariamente a responsabilidade dos cooperadores por dívidas da cooperativa, ela é subsidiária em relação à cooperativa e solidária entre os cooperadores responsáveis (n.º 3 do art. 80.º)⁴².

Tal como já foi destacado, nos termos do art. 4.º do DL n.º 31/84, de 21 de janeiro, as *régies* cooperativas podem ser constituídas sob a forma de *responsabilidade limitada para todos os membros* e sob uma forma de *responsabilidade mista* (limitada para as entidades públicas e ilimitada e solidária para os outros cooperadores). Tal significa que a responsabilidade externa da entidade pública será sempre limitada ao valor do capital subscrito.

8.2.2. A responsabilidade interna

Questão diversa e complexa é a possibilidade — prevista no art. 96.º, n.º 5, do CCoop (aplicável supletivamente às *régies* cooperativas) — de imputação ao cooperador de perdas na proporção das operações, serviços ou atividades realizadas por cada um deles com a cooperativa. De que perdas estaremos a falar? De qual-

³⁹ Entendemos que, nas cooperativas de segundo grau, se exigirá sempre a responsabilidade limitada dos membros.

⁴⁰ P. VASCONCELOS [«O Regime Económico das Cooperativas», *RCEJ (Estudos sobre os Direitos Cooperativos Galego, Português e Comunitário)*, n.º 7, 2006, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, p. 32] destaca que uma questão diversa é a de saber se a responsabilidade pela integração do capital social será solidária entre todos os cooperadores ou conjunta. Este autor defende que a responsabilidade deverá entender-se como conjunta, uma vez que, no direito português (art. 513.º do CCiv), a solidariedade só existe quando resulta da lei ou da vontade das partes, pelo que, no silêncio de ambos, funciona a responsabilidade conjunta.

⁴¹ Esta possível responsabilidade do cooperador não se diferencia da responsabilidade que assume o sócio de uma sociedade em nome coletivo. O cooperador irá garantir o cumprimento, pela cooperativa, das suas obrigações com todos os seus bens presentes e futuros, isto é, de uma forma ilimitada.

⁴² Ver DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, cit., pp. 128-133.

quer tipo de perda ou apenas de perdas decorrentes da participação do cooperador na atividade cooperativa?

Atendendo, desde logo, ao critério de participação nas perdas indicado pelo legislador — proporção das operações, serviços ou atividades realizadas por cada um deles com a cooperativa — estaremos a falar de perdas decorrentes da participação do cooperador na atividade cooperativa.

Relembremos que nas cooperativas o cooperador não estará apenas sujeito à obrigação de entrada para o capital da cooperativa, mas também à obrigação de participar na atividade da cooperativa [art. 22.º, n.º 2, al. c), do CCoop].

O resultado económico desta participação do cooperador na atividade cooperativizada pode ser positivo (gerando um excedente que poderá retornar ao cooperador) ou negativo (significando uma perda).

Do ponto de vista jurídico ou patrimonial, estas perdas, que têm a sua origem no intercâmbio de prestações entre a *régie* cooperativa e os cooperadores, não são perdas sociais, mas sim perdas do cooperador. Enquanto a responsabilidade externa (aquilo a que alguma doutrina espanhola chama de responsabilidade por dívidas) se reporta a compromissos assumidos pela *régie* cooperativa perante terceiros, a responsabilidade por perdas do cooperador reporta-se a uma atividade interna que a *régie* cooperativa desenvolve com os seus cooperadores — a atividade cooperativizada — que é, como vimos, uma atividade económica que nasce de uma relação jurídica (a relação cooperativa ou mutualista)⁴³.

Daí que estas perdas, que tiveram a sua origem no exercício de uma atividade realizada por conta do cooperador, devam ser imputadas aos próprios cooperadores, proporcionalmente à sua participação nessa mesma atividade (art. 96.º, n.º 5, do CCoop)⁴⁴. Diversamente, as perdas produzidas na atividade com terceiros e todas as demais perdas serão perdas sociais, devendo ser suportadas exclusivamente pelo património social (arts. 23 e 80.º do CCoop e art. 4.º do DL n.º 31/84, de 21 de junho), tal como foi destacado⁴⁵.

⁴³ Ver, neste sentido, C. VARGAS VASSEROT, «Posición del socio», in: *Pérdidas, disolución y concurso en sociedades cooperativas*, Dir. Juan Bataller Grau, Marcial Pons, Madrid, 2012, 165, ss.

⁴⁴ Ver F. VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, Tomo XX, Vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, cit., p. 370; I.-G. FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, cit., p. 183, ss.; A. Tato Plaza, *A Lei de Cooperativas e a sua incidência nas Cooperativas de Ensino*, Unión de Cooperativas do Ensino de traballo asociado de Galicia, Pontevedra, 1999, pp. 72-74; e M. Paniagua Zurera, «Determinación y aplicación de resultados», cit., pp. 686-707.

⁴⁵ A jurisprudência portuguesa já se pronunciou sobre esta distinção no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de novembro de 2008 [Processo n.º 6462/2008-1 (Relator: Rijo Ferreira), ITIJ - Bases Jurídico-documentais — <http://www.dgsi.pt>]. Ver, sobre este Acórdão, D. APARÍCIO MEIRA, «O regime de imputação de perdas na cooperativa (anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Novembro de 2008)», CES 31 (2008/2009), Universidade de Vigo, pp. 279-284.

Convém advertir que uma interpretação deste regime de imputação de perdas, à luz dos esquemas lógico-jurídicos desenhados para as sociedades de capitais, poderá causar perplexidade. A regra, nas cooperativas tal como naquelas sociedades, em matéria de responsabilidade pelas dívidas sociais, é a da responsabilidade limitada dos cooperadores, tal como resulta do arts. 23.º e 80.º do CCoop e art. 4.º do DL n.º 31/84, de 21 de janeiro. Porém, as singularidades do intercâmbio de prestações entre a cooperativa e os cooperadores, decorrentes da participação destes na atividade cooperativizada, de que já falamos, tornam compreensível e, em certa medida, lógico este regime específico de imputação de perdas. Basta lembrar que a maior parte das perdas nas cooperativas tem a sua origem na atividade cooperativizada, ou seja, neste intercâmbio de prestações entre o cooperador e a cooperativa.

O *princípio da responsabilidade limitada* do cooperador pelas dívidas sociais não impedirá, por isso, que este suporte as perdas que tiveram a sua origem no exercício de uma atividade económica realizada por conta do cooperador, de modo pessoal, proporcionalmente à sua participação na atividade cooperativizada.

Este regime de imputação de perdas ao cooperador — que está integrado nas suas obrigações económicas⁴⁶ — apresentar-se-á, então, como uma nota característica e singular das cooperativas, não se verificando em nenhum outro tipo social.

8.3. A insuficiência do regime de imputação das perdas previsto no Código Cooperativo

Refira-se que a regulamentação constante do CCoop quanto ao regime de imputação destas perdas ao cooperador é muito incipiente. Não se estabelecem limites para esta imputação; nem se estabelece em que momento deverão ser imputadas estas perdas, designadamente se no exercício em que foram geradas ou se poderão transitar para os exercícios seguintes.

Entendemos que essas perdas deverão ser imputadas no mesmo exercício em que foram geradas ou poderão transitar para os exercícios seguintes, com limites temporais. Poderá, igualmente, proceder-se a uma compensação destas perdas com os retornos de excedentes a que o cooperador tenha direito, desde que autorizada por deliberação da assembleia geral. Poderão, ainda, tais perdas ser absorvidas pelas reservas, como parece apontar o n.º 5 do art. 96.º do CCoop⁴⁷.

⁴⁶ Sobre as obrigações económicas do cooperador, ver C. VARGAS VASSEROT, E. GADEA SOLER, F. SACRISTÁN BERGIA, *Derecho de las Sociedades Cooperativas. Introducción, constitución, estatuto del socio y órganos sociales*, LA LEY, 2015, pp. 227-223.

⁴⁷ Seguimos, nesta matéria, a solução prevista no ordenamento espanhol. Ver, neste sentido, M. PANIAGUA ZURERA, «Determinación y aplicación de resultados», cit., pp. 700-707.

Refira-se, finalmente, que o legislador cooperativo português não estabelece uma imputação em função da origem das perdas. Do n.º 5 do art. 96.º do CCoop resulta apenas que os prejuízos do exercício (sem que o legislador faça qualquer diferenciação) que forem superiores ao montante da reserva legal poderão, por deliberação da assembleia geral, ser imputados aos cooperadores na proporção das operações, serviços ou atividades realizadas por cada um deles com a cooperativa.

Assim, tendo por referência doutrina e legislação relevante da atualidade, consideramos que a cobertura destas perdas geradas na atividade cooperativizada deverá observar as seguintes regras:

- a. utilização das reservas, começando pelas reservas livres⁴⁸;
- b. se forem superiores ao montante das reservas, estas perdas poderão ser exigidas aos cooperadores, mediante deliberação da assembleia geral;
- c. a distribuição destas perdas entres os cooperadores será feita proporcionalmente à quantidade e qualidade da respetiva participação na atividade cooperativa;
- d. esta imputação de perdas está sujeita a limites, no sentido de que nenhum cooperador deverá suportar perdas que excedam o valor dos bens e serviços prestados ou recebidos nos intercâmbios mutualísticos^{49/50}.

As perdas serão, então, imputadas aos cooperadores na proporção das operações, serviços ou atividades realizadas por cada um deles com a *régie* cooperativa, seguindo-se, assim, a mesma fórmula adotada para a distribuição dos retornos cooperativos. Contudo, se estas operações ou serviços realizados forem inferiores aos que, como mínimo, está o cooperador obrigado a realizar nos termos estatutários, a imputação das ditas perdas efetuar-se-á na proporção da atividade cooperativizada mínima obrigatória e não da que efetivamente realizaram⁵¹.

Quanto ao conteúdo desta obrigação (o seu montante e a forma de realização), será definido pela deliberação da assembleia geral que determinou a imputação (art. 96.º, n.º 5, do CCoop). Tomando por referência o disposto no ordenamento espanhol⁵², cada cooperador poderá contribuir para a cobertura destas perdas,

⁴⁸ Solução prevista no direito italiano (art. 2545-ter do *Codice Civile* italiano) e espanhol (art. 59 da *Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*).

⁴⁹ Neste sentido, no ordenamento espanhol, aponte-se o art. 69.3 da *Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana*.

⁵⁰ Ver, neste sentido, SGECOL (Study Group on European Cooperative Law), *Draft Principles of European Cooperative Law* (draft PECOL), May 2015, p. 85, <http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/04/PECOL-May-2015.pdf> (última consulta em 30 de junho de 2015).

⁵¹ Ver, neste sentido, o art. 59.º, n.º 2, al. c), da *Ley estatal de cooperativas* espanhola (*Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*).

⁵² Ver art. 59.º, n.º 3, da *Ley Estatal de Cooperativas* espanhola (*Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*).

de acordo com alguma das seguintes modalidades: contributo de forma direta, através da entrega da correspondente quantia em dinheiro⁵³; contributo mediante deduções nas suas entradas para o capital social⁵⁴; contributo a cargo dos retornos cooperativos que possam corresponder-lhes nos exercícios seguintes, conforme a deliberação da Assembleia geral⁵⁵.

Caso a cobertura das perdas ocorra mediante deduções nas suas entradas para o capital social, e estas fiquem, em virtude dessa imputação, abaixo do mínimo obrigatório estabelecido estatutariamente, o cooperador em causa deverá efetuar uma nova entrada até realizar o montante mínimo exigido para ser membro⁵⁶.

O cooperador não poderá eximir-se ao cumprimento desta obrigação demitindo-se da *régie* cooperativa. Se, eventualmente, o fizer, continuará obrigado à reintegração das perdas que lhe correspondam, uma vez que o art. 89.º, n.º 2, do CCoop, estabelece que o valor nominal do reembolso será reduzido na proporção das perdas acusadas no balanço do exercício no decurso do qual surgiu o referido direito. Estas perdas abrangem, naturalmente, as perdas que são imputáveis ao cooperador por resultarem da sua participação na atividade cooperativa⁵⁷.

9 CONCLUSÕES

O teor do art. 2.º do DL n.º 31 /84, de 21 de janeiro corresponde a uma remissão para o CCoop, o qual se apresenta imediatamente aplicável em tudo o que não se encontra especialmente previsto naquele diploma.

Nas *régies* cooperativas, tal como nas cooperativas comuns, haverá que distinguir entre a responsabilidade externa (a responsabilidade do cooperador perante

⁵³ P. J. BORJABAD GONZALO [*Manual de Derecho Cooperativo general y catalán*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 134] considera que o contributo direto, através da entrega da correspondente quantia em dinheiro, é o mais aconselhável, pois permite recuperar liquidez e evita a utilização de outros sistemas que produzem, necessariamente, a diminuição do passivo não exigível da cooperativa.

⁵⁴ E. BALLESTERO [*Economía social y empresas cooperativas*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 116] alerta para a circunstância de os descontos sobre o capital diminuírem a solvência da cooperativa.

⁵⁵ Algumas leis cooperativas estabelecem limites temporais para os exercícios em que pode ocorrer esta compensação de perdas com retornos. Cite-se, por exemplo a *Ley 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria*, que estabelece como limite o prazo de sete anos (art. 72.º). Decorrido esse prazo, se ainda existirem perdas por compensar, deverão as mesmas ser satisfeitas pelo cooperador no prazo máximo de um mês a contar da interpelação formulada pelo órgão de administração nesse sentido. Ver, sobre esta questão, E. GADEA SOLER/ L. Á. DIEZ ÁCIMAS, *Régimen Jurídico de las Cooperativas de Cantabria (Análisis de La Ley 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria)*, DyKinson, S.L., Madrid, 2014, pp. 124-126.

⁵⁶ Neste sentido, o art. 59.º, n.º 4, da L. 5/1998, de 18 de Dezembro, das Cooperativas da Galiza; o art. 50.º, n.º 4, da L. 2/1998, de 26 de Março, de Sociedades Cooperativas da Estremadura espanhola; e o art. 62.º, n.º 4, da L. 4/2001, de 2 de Julho, de Cooperativas da Rioja.

⁵⁷ Ver, neste sentido, RODRIGO VIGUERA REVUELTA, *El derecho de reembolso en las sociedades cooperativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, pp. 361, ss.

terceiros pelas dívidas da cooperativa) e a responsabilidade interna (a responsabilidade do cooperador perante a cooperativa).

Quanto à primeira modalidade, nas *régies* cooperativas, a responsabilidade externa da entidade pública será sempre limitada ao valor do capital subscrito (art. 4.º do DL n.º 31/84, de 21 de janeiro), pelo que esta não responderá, em caso algum, por dívidas da cooperativa perante terceiros.

Quanto à responsabilidade interna, consideramos que o regime de imputação de perdas ao cooperador previsto no n.º 5 do art. 96.º do CCoop, que encontra o seu fundamento no escopo mutualístico das cooperativas, deve considerar-se permitido nas *régies* cooperativas, relativamente a todos os membros, sejam entidades públicas ou privadas. Lembremos que nas *régies* cooperativas, tal como nas cooperativas comuns, os cooperadores participam na atividade cooperativizada, gerando-se um intercâmbio de prestações patrimoniais entre a *régie* cooperativa e o cooperador que pode originar resultados positivos (excedentes) que poderão retornar aos cooperadores ou resultados negativos (perdas) que o cooperador poderá, mediante deliberação da assembleia geral, ser chamado a assumir proporcionalmente às operações por ele realizadas com a cooperativa.

Contudo, consideramos que a cobertura destas perdas geradas na atividade cooperativizada deverá efetuar-se, em primeiro lugar, utilizando as reservas (começando pelas reservas livres). Consideramos, ainda, que esta imputação de perdas está sujeita a limites, não podendo exceder o valor dos bens e serviços prestados ou recebidos pelo cooperador nos intercâmbios mutualísticos.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BALLESTERO, E., *Economía social y empresas cooperativas*, Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- BONFANTE, G., *Delle Imprese Cooperative. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (a cura di FRANCESCO GALGANO), Libro quinto del Lavoro, Zanichelli Editore, Bologna, 1999.
- BASSI, A., «Dividendi e ristorni nelle società cooperative», *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè Editore, Milano, 1979.
- BORJABAD GONZALO, P. J., *Manual de Derecho Cooperativo general y catalán*, Bosch, Barcelona, 1993.
- COLOMBO, F. / MORO, P., *I ristorni nelle cooperative*, Il Sole 24 ore, Milano, 2004.
- CORREIA, S., «Elementos de um regime jurídico da cooperação», *Estudos Sociais e Cooperativos*, n.º 17, Ano V, março 1966, pp. 110- 174.
- CRACOGNA, D., «O acto cooperativo: Pensamento Cooperativo», *Revista de Estudos Cooperativos*, n.º 3, pp. 175- 189.
- FAJARDO GARCÍA, I.-G., *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, Madrid, 1997.

- FAJARDO GARCIA, I.-G. / FICI, A. / HENRÏ, H. / HIEZ, D. / MÜNKNER, H.-H. / SNAITH, I., «El Nuevo grupo de studio en derecho cooperative europeo y el Proyecto «Los principios del derecho cooperative europeo», *CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 24, 2013, pp. 331-347.
- GADEA, E. / SACRISTÁN, F. / VARGAS VASSEROT, C., *Régimen Jurídico de la Sociedad Cooperativa del Siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2009.
- GADEA SOLER, E. / DIEZ ÁCIMAS, L. A., *Régimen Jurídico de las Cooperativas de Cantabria (Análisis de La Ley 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria)*, DyKinson, S.L., Madrid, 2014.
- GONÇALVES, C., *Comentário ao Código Comercial português*, volume I, Lisboa: Empreza Editora J. B., 1914.
- GUICHARD, R., «Capacidade das cooperativas. Relações entre cooperativas e cooperadores», in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola* (coord. de Deolinda Meira), Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2012, pp. 521-527.
- LEITE, J. SALAZAR, *Cooperativas de interesse de pública em Portugal*, texto disponível em http://www.cases.pt/0_content/actividades/doutrina/cooperativas_de_interesse_publico_em_portugal.pdf (última consulta em 30 de junho de 2015).
- LLOBREGAT HURTADO, M. L., *Mutualidad y empresas cooperativas*, Bosch, Barcelona, 1990.
- LLOBREGAT HURTADO, M. L., «Régimen económico de las sociedades cooperativas en el marco de la nueva Ley General de Cooperativas de 16 de julio de 1999 (BOE de 17 de julio)», *RdS*, n.º 13, 1999, Editorial Aranzadi, pp. 190- 228
- MARTÍNEZ BALMASEDA, A., «Algunos aspectos jurídico-mercantiles tras el concurso de Fagor», *CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 25, 2014, pp. 281-311.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J., «La relación cooperativizada entre la sociedad cooperativa y sus socios: naturaleza y régimen jurídicos», *RdS*, n.º 25, 2005, Editorial Aranzadi, pp. 203-234.
- MEIRA, D. APARÍCIO, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Editora Vida Económica, Porto, 2009.
- MEIRA, D. APARÍCIO, «O regime de imputação de perdas na cooperativa (anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Novembro de 2008)», CES 31 (2008/2009), Universidade de Vigo, pp. 279-284.
- MEIRA, D. APARÍCIO, «As insuficiências do regime legal do capital social e das reservas na cooperativa», in: *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 129-155.
- MEIRA, D. APARÍCIO, «As operações com terceiros no Direito Cooperativo Português», in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, (coordenação de Deolinda Aparício Meira), Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp 413-425.
- MEIRA, D. APARÍCIO, «Revisitando o problema da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário», in: *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2012, pp. 353-374.
- MEIRA, D. APARÍCIO / RAMOS, M. E., *Governação e regime económico das cooperativas. Estado da arte e linhas de reforma*, Vida Económica, Porto, 2014.

- NAMORADO, R., *Introdução ao Direito Cooperativo. Para uma expressão jurídica da cooperatividade*, Almedina, Coimbra, 2000.
- NAMORADO, R., *Horizonte Cooperativo. Política e Projecto*, Almedina, Coimbra, 2001.
- NAMORADO, R., *Cooperatividade e direito cooperativo – Estudos e pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005.
- NEVES, C. «Interpretação jurídica», *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- PANIAGUA ZURERA, M., «Determinación y distribución de resultados en la sociedad cooperativa», *Derecho de los Negocios*, n.º 66, Año 7, marzo 1996, pp. 1-12.
- PANIAGUA ZURERA, M., *Las Sociedades Cooperativas. Las Sociedades Mutuas de Seguros y las Mutualidades de Previsión Social, Tratado de Derecho Mercantil* (Dir. de Manuel Olivencia / Carlos Fernández-Nóvoa / Rafael Jiménez de Purga; Coord. de Guillermo Jiménez Sánchez), Tomo XII, Vol. 1.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- PANIAGUA ZURERA, M., «Determinación y aplicación de resultados», in: *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I (Dir. Juan Ignacio Peinado Garcia; Coord. Trinidad Vázquez Ruano), Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, pp. 659-707.
- SGECOL (Study Group on European Cooperative Law), *Draft Principles of European Cooperative Law* (draft PECOL), May 2015, <http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/04/PECOL-May-2015.pdf>.
- SOUSA, M. T., *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2012
- TATO PLAZA, A., *A Lei de Cooperativas e a sua incidência nas Cooperativas de Ensino*, Unión de Cooperativas do Ensino de traballo asociado de Galicia, Pontevedra, 1999.
- TORRES Y TORRES LARA, C., *Derecho Cooperativo. La teoría del acto cooperativo*, Ed. INESLA, Lima, 1990.
- TRUJILLO DÍEZ, I. J., *Cooperativas de consumo y cooperativas de producción*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000.
- VARGAS VASSEROT, C., *La actividad cooperativizada y las relaciones de la Cooperativa con sus socios y con terceros*, Monografía asociada a RdS, n.º 27, Editorial Aranzadi, 2006.
- VARGAS VASSEROT, C., «Posición del socio», in: *Pérdidas, disolución y concurso en sociedades cooperativas*, Dir. Juan Bataller Grau, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 165-191.
- VARGAS VASSEROT, C. / GADEA SOLER, E. / SACRISTÁN BERGIA, F., *Derecho de las Sociedades Cooperativas. Introducción, constitución, estatuto del socio y órganos sociales*, LA LEY, 2015.
- VASCONCELOS, P., «O Regime Económico das Cooperativas», *RCEJ (Estudos sobre os Direitos Cooperativos Galego, Português e Comunitário)*, n.º 7, 2006, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, pp. 25-41.
- VICENT CHULIÁ, F., *Ley General de Cooperativas*, Tomo XX, Vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.
- VIGUERA REVUELTA, R., *El derecho de reembolso en las sociedades cooperativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.
- VILLAFÁÑEZ PÉREZ, I., *Cooperativa y concurso. Estudio de las relaciones jurídicas con sus socios*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 89-114
ISSN: 1130-2682

LA DEMOCRACIA COMO VALOR
IDENTITARIO DE LA COOPERATIVA

*DEMOCRACY AS THE IDENTITY VALUE
OF THE CO-OPERATIVES*

ALBERTO ATXABAL RADA¹

Recepción: 27/07/2015 - Aceptación: 16/09/2015

¹ Doctor, Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Deusto. Dirección de correo electrónico: alberto.atxabal@deusto.es.

RESUMEN

El trabajo aborda la necesidad de delimitar algún elemento o valor que permita identificar a las cooperativas, y al mismo tiempo, diferenciarlas de otras formas de empresa que dan lugar a confusión. Ya sea desde sociedades de capitales que adoptan códigos de conducta cercanos a los principios cooperativos, ya sea desde las empresas sociales donde se mezclan distintas entidades por perseguir algunos fines similares, todas ellas se aproximan a los postulados de las cooperativas y se mezclan con las mismas. Por un lado, la especificidad de la cooperativa, tal vez, se pueda explicar por su carácter mutuo, aunque con matices. La democracia, en cambio, se configura como el valor identitario de las cooperativas. Así, la democracia brilla como un valor predicable no ya sólo en la gestión o participación en la empresa cooperativa, sino en su extensión a todos los aspectos de la vida del socio dentro de la sociedad y comunidad a la que pertenece.

PALABRAS CLAVE: democracia, participación social, gestión empresarial, cooperativas.

ABSTRACT

The paper addresses the need to define an element or value that identifies co-operatives, and at the same time make the difference from other types of enterprise that lead to confusion. Neither capital companies that statue codes of conduct near the co-operative principles, nor social enterprises which pursue purposes as co-operatives do, are co-operatives, but both of them get mixed with co-operatives. On the one hand, the mutual property of co-operatives, perhaps, can explain its different nature, but with nuances. Democracy, however, is configured as the identity value of co-operatives. Thus, democracy shines like a predicable value not only in managing or controlling the co-operative enterprise, but democracy also spreads to all aspects of members' life in society and the community to which members belong.

KEY WORDS: democracy, membership participation, business management, co-operatives.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA, UNA APROXIMACIÓN A LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS. 3. LA ECONOMÍA SOCIAL: UNOS PRINCIPIOS COMUNES PARA LAS EMPRESAS. 3.1. Las empresas de economía social en España. 3.2. La empresa social, el tipo abierto dentro de la economía social. 4. LOS VALORES Y PRINCIPIOS DE LAS COOPERATIVAS. 5. LA MUTUALIDAD COMO ELEMENTO IDENTITARIO DE LAS COOPERATIVAS. 6. LA DEMOCRACIA COMO VALOR IDENTITARIO DE LAS COOPERATIVAS. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY, AN APPROACH TO CO-OPERATIVE PRINCIPLES. 3. THE SOCIAL ECONOMY: COMMON PRINCIPLES FOR COMPANIES. 3.1. The social economy enterprises in Spain. 3.2. The social enterprise, open type within the social economy. 4. THE VALUES AND PRINCIPLES OF CO-OPERATIVES. 5. MUTUAL AS IDENTITY ELEMENT OF CO-OPERATIVES. 6. DEMOCRACY AS IDENTITY VALUE OF CO-OPERATIVES. 7. CONCLUSIONS. 8. BIBLIOGRAPHY.

La democracia es el corazón y el alma de la gestión de las cooperativas

ACI, Notas de orientación sobre los principios cooperativos (2015)

1 INTRODUCCIÓN

Las cooperativas tienen algo que decir ante la situación económica adversa que afrontamos hoy día. Los recortes de muchos gobiernos en los gastos sociales y públicos han provocado que las desigualdades sigan creciendo a medida que se producen cambios sustanciales en el poder económico. Nos preguntamos si existe alguna alternativa al modelo económico imperante, al modelo capitalista. Las cooperativas pueden aportar un rayo de esperanza y claridad a los ciudadanos de todo el mundo. Podemos seguir preguntándonos: ¿por qué la cooperativa? ¿qué tiene de especial? La respuesta nos obligará a fijar los elementos que definen a la cooperativa, y al mismo tiempo, sirven para distinguirla de otros tipos de empresa, ya sean capitalistas o sociales. Para responder a la cuestión, nos vamos a fijar en la democracia como el valor que identifica a la cooperativa. Entre los distintos modelos de empresa, sólo las cooperativas ponen los recursos económicos bajo el control democrático. La cooperativa es la fórmula más auténtica y directa de la aplicación de la democracia en el mundo de la empresa².

Se presupone la presencia de la democracia en las cooperativas, pero es iluso pensar que como la democracia es un elemento consustancial a la naturaleza de las cooperativas siempre estará presente en las mismas. Existe hoy un notable

² J. DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, *Las cooperativas: una alternativa económica*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 78.

escepticismo en Europa sobre el concepto y esencia de las cooperativas³, sus posibilidades de supervivencia diferenciada en relación y en competencia con las formas societarias lucrativas, e incluso sobre su misión autónoma, al servicio de unos valores y la observancia de unos principios de actuación reformulados por la Alianza Cooperativa Internacional en el Congreso de Manchester de 1995.

Ahora bien, sin desmerecer estas críticas a la aplicación de la democracia en la gestión de las cooperativas, vivimos en un mundo que padece de actitudes cortoplacistas y de un déficit de representación democrática. En este mundo, las cooperativas demuestran que la actividad empresarial puede llevarse a cabo de manera no sólo distinta, sino también mejor –no sólo en aras de sus propios beneficios, sino también los del mundo. Para divulgar este valioso mensaje⁴, sin embargo, ha de haber claridad sobre cómo deben definirse y diferenciarse las cooperativas. Esto es importante para el sector cooperativo, al crear un sólido sentido de identidad compartida, pero también es importante que se proyecte un mensaje o “marca” claramente identificada que diferencie a esta modalidad de actividad empresarial⁵.

La Asamblea General de las Naciones Unidas proclamaba 2012 Año Internacional de las Cooperativas. A raíz de esta declaración, la Asamblea General de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) celebrada en Manchester en octubre de 2012 aprobó un Plan para una Década Cooperativa⁶ que afirma que ante esta situación de incertidumbre y sufrimiento, las cooperativas pueden aportar un rayo de esperanza y claridad a los ciudadanos de todo el mundo ya que entre los distintos modelos de empresa, sólo las cooperativas ponen los recursos económicos bajo el control democrático⁷. Esta propuesta nos da pie para indagar en la democracia, como valor diferencial de la cooperativa y como valor ideal de la sociedad.

El Plan para una Década Cooperativa mantiene, en el capítulo tercero, la proposición cooperativa ante el mundo de hoy: lo que significa una cooperativa y cuál-

³ La minusvaloración que el *Informe Winter* hace de las cooperativas y su fácil asimilación a las sociedades mercantiles de capital, en gran medida recogida por la Sociedad Cooperativa Europea, es un claro exponente de este escepticismo. F. VINCENT CHULIÁ y J. I. PEINADO GRACIA, “Introducción. Normas y ámbito de aplicación”, en *Tratado de Derecho de cooperativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, tomo I, p. 75.

⁴ C. MILLS y W. DAVIES, *Plan para una Década Cooperativa*, ACI, 2013, p. 20.

⁵ El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Distintos tipos de empresa” afirmó que cada forma jurídica de empresa debe poder desarrollar sus actividades conservando sus peculiaridades. Diario Oficial de la Unión Europea, de 23.12.2009, C 318/22.

⁶ C. MILLS y W. DAVIES, *Plan para una Década Cooperativa*, ACI, 2013. Puede consultarse en <http://ica.coop/sites/default/files/attachments/ICA%20Blueprint%20-%20Final%20-%20March%2013%20ES.pdf>.

⁷ Las cooperativas desarrollan la participación individual, pueden mejorar la autoconfianza y la resistencia, y pueden crear capital social. Las instituciones cooperativas generan la seguridad a largo plazo; son duraderas, sostenibles y exitosas. C. Mills y W. Davies, *Plan para una Década...*, *op. cit.*, p. 2.

les son sus características esenciales o su núcleo central irreducible. En definitiva, la ACI habla de la identidad⁸ de las cooperativas que se define por los valores y los principios de la cooperación. Por lo tanto, el objetivo es desarrollar el mensaje de la cooperativa y proteger su identidad.

Para deslindar las cooperativas de otras formas de empresa, tendremos que definir el núcleo irreducible —es decir, ¿cuál es el requisito mínimo que sustenta la identidad de las cooperativas frente a otros tipos de organización empresarial o de visualización de otras empresas como éticas o sociales?

La difusión de términos como “empresa social”, “responsabilidad social corporativa”, “propiedad de los empleados” o “innovación social” contribuye a la confusión sobre la verdadera diferencia que caracteriza a las cooperativas. Suele ocurrir que las cooperativas no se perciben con un grado suficiente de diferenciación para considerarlas en otra categoría con respecto a asuntos como la regulación.

El mercado de las empresas sociales o éticas está saturado. La responsabilidad social corporativa y las empresas sociales son dos ejemplos de cómo los modelos empresariales propiedad de sus inversores se han reinventado o han adoptado una nueva marca con fines que van más allá de maximizar los beneficios. Las llamadas “empresas éticas” y otros tipos de empresas más sinceras ya están usando el lenguaje y los mensajes de las cooperativas. ¿Cómo se distinguen las cooperativas en este contexto? Una gran ventaja que poseen las cooperativas es contar con los valores y principios cooperativos. Sus valores como la democracia determinan su forma de propiedad, gobierno, gestión y evaluación. Es decir, las cooperativas cuentan con un nivel de autenticidad que no pueden igualar los demás modelos de empresas éticas⁹.

Respecto a la estructura de este artículo, en primer lugar, analizaré las distintas formas de empresa que encontramos en el mercado, y sus similitudes y diferencias con las cooperativas. A continuación, estudiaré brevemente los valores y principios cooperativos para destacar la democracia como un valor fundamental en este ámbito. En tercer lugar, abordaré dos elementos diferenciales de la cooperativa para valorar su alcance actual, comenzando por la mutualidad. Para finalizar, desarrollaré la importancia de la democracia como el valor que identifica a las cooperativas y nos permite distinguir las de otras formas de empresa.

2 LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA, UNA APROXIMACIÓN A LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS

La crisis económica, la globalización de los mercados donde actúan las empresas, los escándalos empresariales, y las exigencias de los consumidores (no

⁸ C. MILLS y W. DAVIES, *Plan para una Década...*, *op. cit.*, p. 4.

⁹ C. MILLS y W. DAVIES, *Plan para una Década...*, *op. cit.*, p. 20.

sólo sobre la calidad del producto sino también sobre los estándares éticos de su producción), han generado una conciencia social, una reflexión del papel de la ética en la economía y en la actividad empresarial, muy relacionada con la imagen y la reputación de las empresas. Esta nueva sensibilidad social exige reformas visibles en la actuación de los poderes públicos, pero también en la gestión de las empresas¹⁰. Se demanda una participación más activa de los trabajadores en la empresa. Se habla del capital social de la empresa, basado en la participación de los trabajadores y en la puesta en práctica de ciertos valores que no eran los tradicionales de la empresa capitalista.

La responsabilidad social corporativa, impulsada por los poderes públicos, persigue el mantenimiento de un desarrollo económico que, a su vez, cumpla con un mínimo de responsabilidad de la empresa con el empleo, el medio ambiente o las políticas sociales¹¹. Otra característica de esta responsabilidad es su naturaleza voluntaria para las empresas, que asumen unos compromisos en el ámbito social, medioambiental y económico.

Así la responsabilidad social corporativa busca la creación de un nuevo modelo de empresa, que compatibilice los beneficios económicos, finalidad propia de las empresas capitalistas, con actuaciones responsables en el ámbito social y medioambiental, dando cabida a una mayor transparencia y a la participación de los trabajadores. Estamos hablando de una nueva forma de gestión empresarial que tiene en cuenta intereses aparentemente ajenos a la maximización del beneficio pero que indirectamente inciden en la actividad económica, como los intereses de colectivos relacionados con la empresa, por ejemplo, los trabajadores, los clientes, los proveedores, la comunidad local y mundial donde actúa la empresa...

La responsabilidad social corporativa se basa en la adopción de códigos de conducta, de asunción de principios que en muchos casos se asemejan a los postulados de la filosofía cooperativa. La conexión de la responsabilidad social corporativa con los principios cooperativos es clara¹²; es más, las cooperativas, por la

¹⁰ Se constata un déficit que hay que cubrir, rechazando la precariedad laboral que ha generado una gran pérdida de puestos de trabajo en época de crisis. S. ARANA LANDÍN, *Régimen fiscal de las cooperativas*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2012, pp. 41-42.

¹¹ Se intenta que la empresa no se guíe solo por criterios de beneficio sino que aporte a sus trabajadores y a la sociedad tomando en cuenta el interés general y su sostenibilidad. S. ARANA LANDÍN, *Régimen fiscal...*, *op. cit.*, p. 34.

¹² La existencia de paralelismos entre la filosofía que promueve la responsabilidad social corporativa y la identidad cooperativa es algo evidente. C. VARGAS VASSEROT, E. GADEA SOLER y F. SACRISTÁN BERGIA, *Derecho de las sociedades cooperativas*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2015, tomo I, p. 42.

vía de la promoción de los principios cooperativos, ponen en práctica la responsabilidad social corporativa¹³.

La aproximación del régimen de la cooperativa al de las sociedades mercantiles es un fenómeno que opera en ambas direcciones, como si de una ósmosis se tratara¹⁴. La responsabilidad social corporativa encuentra claros antecedentes en el ámbito cooperativo y entronca con los valores y principios cooperativos como el interés por la comunidad, la transparencia, la honestidad, la solidaridad, etc.

No faltan críticas a este planteamiento, llegando a afirmar que la responsabilidad social corporativa es “sólo una atenuación del ánimo de lucro, como esfuerzo de legitimación del sistema y de sus grandes beneficiarios”¹⁵, o “se basa en una finalidad eminentemente crematística de incrementar el valor de las acciones”¹⁶.

La adopción de estas pautas por la empresa capitalista le aproximan a la cooperativa, creando un panorama confuso, donde no queda clara la frontera entre las sociedades capitalistas que adoptan un código de conducta conforme a la responsabilidad social corporativa y las cooperativas. Es más, esta confusión o aproximación aparente entre ambas formas de empresa da pie a que la sociedad capitalista reclame para sí un trato de favor por parte del legislador, a semejanza de la promoción y fomento de las cooperativas.

Sin embargo, la empresa capitalista y la cooperativa siguen siendo distintas, a pesar de que la primera asuma postulados propios de la responsabilidad social corporativa. Una gran ventaja que poseen las cooperativas es contar con los principios cooperativos. No es que las cooperativas simplemente parezcan distintas gracias a una manipulación de la imagen, es que son distintas en lo fundamental. Ahora que los consumidores se muestran cada vez más cínicos sobre el ‘maquillaje verde’ de las marcas corporativas, las cooperativas cuentan con un nivel de autenticidad que no pueden igualar los demás modelos de empresas éticas.

¹³ En un contexto como el actual de creciente preocupación ética en torno a la organización empresarial, canalizada a través de la llamada responsabilidad social corporativa, el paralelismo entre la filosofía que promueve la responsabilidad social corporativa y la identidad cooperativa es evidente. Las cooperativas integran estructuralmente los intereses de otros interlocutores y asumen espontáneamente responsabilidades sociales y civiles. E. Gadea Soler, “Delimitación del concepto de cooperativa: de los principios cooperativos a la responsabilidad social corporativa”, *CIRIEC Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* 23 (2012), pp. 1-5 (<http://www.ciriec-revistajuridica.es>).

¹⁴ M. J. MORILLAS JARILLO, “Concepto y clases de cooperativas”, en *Tratado de Derecho de cooperativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, tomo I, p. 121.

¹⁵ F. VINCENT CHULIÁ y J. I. PEINADO GRACIA, “Introducción. Normas...”, *op. cit.*, p. 76.

¹⁶ C. VARGAS VASSEROT, E. GADEA SOLER y F. SACRISTÁN BERGIA, *Derecho de las sociedades...*, *op. cit.*, p. 41.

3 LA ECONOMÍA SOCIAL: UNOS PRINCIPIOS COMUNES PARA LAS EMPRESAS

En la actualidad, asistimos a un proceso de creciente conocimiento y reconocimiento de los modelos cooperativos y del denominado tercer sector de la economía, entendido como el espacio intermedio entre el sector público y el sector privado capitalista, compuesto por una diversidad de entidades y organizaciones que trabajan y desarrollan su actividad en un contexto especialmente cambiante, haciéndose cargo de los servicios tradicionalmente prestados en exclusiva por las Administraciones Públicas. En definitiva, un ámbito de convivencia aglutinador de las instituciones privadas no lucrativas como alternativa tanto al mundo empresarial como del Estado proveedor de bienes y servicios públicos y de interés general. Hablamos así de economía social.

Como decíamos, la economía social, en la que se incardinan las cooperativas, acoge numerosas formas jurídicas que contribuyen tanto al beneficio de sus componentes como al interés general. Las entidades de la economía social persiguen fines de cohesión social, empleo, generación y mantenimiento del tejido social y económico, desarrollo de la democracia, innovación social, desarrollo local, redistribución de la riqueza, bienestar social, solidaridad, interés común y desarrollo sostenible¹⁷.

La Comisión Europea¹⁸ definió las empresas de la economía social en base a sus técnicas de organización específicas, a saber, solidaridad, participación y autonomía. Son empresas donde prima la persona sobre el capital. Bajo estos parámetros, nos encontramos empresas que persiguen la autoayuda entre sus miembros para la satisfacción de necesidades de la vida diaria, que aportan al interés general de la sociedad, que promueven la participación democrática de sus miembros, y que son autónomas al establecer sus reglas de funcionamiento y adhesión de socios.

Por consiguiente, la economía social no engloba unas formas jurídicas típicas de empresa, sino que se vertebra en torno a unos valores y principios¹⁹ que son comunes a todos los tipos de empresa que forman parte de la economía social.

¹⁷ L. A. SÁNCHEZ PACHÓN, “La delimitación de las entidades y organización de la Economía Social en la próxima ley reguladora del sector”, *CIRIEC-España Revista de Economía Social* 66 (2009), p. 80.

¹⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo de 18 de diciembre de 1989 titulada “Las empresas de Economía Social y la realización del mercado europeo sin fronteras”. SEC (89) 2187.

¹⁹ La Ley española de Economía Social, en su artículo 4, concreta los siguientes principios que las entidades deben respetar y cumplir: la primacía de las personas y del fin social sobre el capital, la aplicación de los excedentes a fines sociales, la promoción de la solidaridad interna, y la autonomía respecto a los poderes públicos.

La Ley española de Economía Social²⁰ incorpora a cualquier entidad que ejerza su actividad conforme a los principios de la economía social²¹, por lo que no se descarta que una empresa capitalista pueda cumplir los principios, tal vez con una responsabilidad social corporativa acorde a los mismos. Ahora bien, esta última opción se antoja bastante complicada.

La economía social, así entendida, engloba a las cooperativas junto a otras formas de empresa muy heterogéneas, cuyo hilo conductor común lo constituye su presencia en un listado de la Ley española de Economía Social. Sin embargo, todas estas formas de empresa social no responden a una tipología única, a pesar de que la Ley aboga por el cumplimiento de unos principios comunes por todas ellas. Esta realidad compleja y plural, donde se suman empresas de muy distinta naturaleza y dimensión, desdibuja el carácter singular de la cooperativa. Debemos delimitar el elemento diferencial de la cooperativa, respecto a estas otras formas de empresa que también se incardinan en la economía social.

3.1. Las empresas de economía social en España

En el caso español, según el artículo 5 de la Ley, forman parte de la Economía Social: las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo una actividad económica. Al mismo nivel se enumeran una serie de entidades que cuentan con una regulación específica en España, como son las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores y las sociedades agrarias de transformación. Por último, el legislador ha optado por una lista abierta, consciente de que la misma puede ir ampliándose con el paso del tiempo, al incluir a las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios de la economía social.

Quedan fuera de este ámbito las entidades que no realizan actividades empresariales aunque defiendan o persigan unos principios similares a los de la economía social. La exigencia de realizar una actividad económica descarta como futuras entidades de economía social a aquellas organizaciones que no son empresas, dejando fuera a entidades de evidente función social como la Cruz Roja, Cáritas y un sinnúmero de ONGs pero que no llevan a cabo una actividad económica propiamente dicha²².

²⁰ Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social (BOE, núm. 76, de 30 de marzo de 2011).

²¹ En los distintos borradores de la Ley, previos a su aprobación, se incluía en este elenco a las sociedades agrarias de transformación y a las cofradías de pescadores, que podrían entrar en la Economía Social si cumplían los principios del artículo 4 de la Ley.

²² N. PAZ CANALEJO, *Comentario sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 153.

Vayamos por partes, y analicemos cada una de las figuras que expresamente incluye la Ley en el ámbito de la economía social, para descubrir sus diferencias con la sociedad cooperativa.

La inclusión de las cooperativas dentro de la Economía Social no plantea dudas en la doctrina española o italiana, pues son el paradigma de la empresa y del empresario de Economía Social. Es más, los principios de la Economía Social persiguen generalizar, hasta donde sea posible, los principios cooperativos. Sin embargo, esta postura no es pacífica en otros países²³. En este sentido, se afirma que el enfoque social de las cooperativas anima a identificarlas con empresas sociales, partiendo de un punto de vista equivocado de que las cooperativas son empresas (o deberían ser empresas) sin ánimo de lucro. Sin embargo, la mayoría de las cooperativas obtienen beneficios, y la diferencia entre ellas y las empresas capitalistas se explica por su forma de distribución del beneficio obtenido; en la empresa capitalista, el beneficio se reparte en función de la inversión realizada, mientras que la cooperativa lo reparte en proporción a las operaciones realizadas con la cooperativa.

En segundo lugar, nos encontramos a las mutualidades. A pesar de que el legislador no aclara a qué tipo de mutualidades²⁴ se refiere deben incluirse en dicho concepto tanto las Mutualidades de Previsión Social como las Mutuas de Seguros. No obstante, su calificación como entidades aseguradoras altera sustancialmente su naturaleza jurídica, al hacer prevalecer los aspectos económicos frente a los sociales. Hay importantes diferencias entre las cooperativas y las mutualidades²⁵. El término mutualidad se suele utilizar para referirse a empresas de ayuda mutua en el ámbito financiero, cuyo propósito consiste en acumular fondos con aportaciones de sus clientes para proveerles servicios financieros como fórmulas de ahorro y préstamos, seguros, pensiones o hipotecas. Las mutualidades son empresas cerradas donde el cliente se convierte en miembro mutualista, mientras que las cooperativas también comercian con terceros no socios.

En tercer lugar, en el caso de las fundaciones, no existen socios como tales que se beneficien de la actividad que lleva a cabo la fundación; se trata de una masa de bienes afecta al fin perseguido por la fundación, lo que impide su confusión con una cooperativa.

En cuarto lugar están las asociaciones que lleven a cabo una actividad económica. A diferencia de las cooperativas, los beneficios que pudieran obtener, derivados del ejercicio de actividades económicas, deben destinarse, exclusivamente,

²³ J. BIRCHALL, "A Member-Owned Business approach to the classification of Co-operatives and Mutuals", *Journal of Co-operative Studies* 44-2 (2011), p. 14.

²⁴ Quedan fuera del concepto de mutualidad las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, al encontrarse fuertemente intervenidas por la Administración pública.

²⁵ J. BIRCHALL, "A Member-Owned Business...", *op. cit.*, pp. 11-12.

al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo.

En quinto lugar, se incluyen otras figuras jurídicas producto del Derecho español que no tienen reflejo en otras formas jurídicas reguladas fuera de España. Así, se encuentran las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros de empleo, las cofradías de pescadores²⁶ y las sociedades agrarias de transformación. Dejando a un lado las cofradías de pescadores debido a su naturaleza pública, el resto de formas de empresa tampoco se corresponden por distintos motivos con las cooperativas. Veamos brevemente las principales diferencias entre estas formas de empresa social y las cooperativas.

Empezando por las sociedades laborales, en virtud del artículo 5 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales²⁷, la mayoría de su capital social ha de ser propiedad de trabajadores que presten servicios en la sociedad²⁸, a semejanza de una cooperativas de trabajo asociado, teniendo en cuenta que pueden ser socios tanto las personas físicas como las personas jurídicas. La democracia se erige como la principal diferencia de las sociedades laborales con las cooperativas. Debe advertirse que las sociedades laborales son unos empresarios especiales dentro del sector de la economía social, pues el tipo social legal no garantiza *per se* una gestión democrática, ni un reparto de los resultados del ejercicio económico en atención a los servicios prestados por los socios a la sociedad laboral, convirtiéndose el reparto de los beneficios en proporción al capital aportado en una práctica usual en este tipo de empresas.

A continuación nos encontramos con las empresas de inserción, reguladas por la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción²⁹. Las empresas de inserción son aquéllas creadas para la inserción sociolaboral de personas con grandes dificultades de empleabilidad³⁰. El objetivo es que estas personas se puedan formar y adaptar a un trabajo normalizado, después de un periodo transitorio de aprendizaje. No hablamos de simulación de empresas, sino de un entorno real para el aprendizaje. Posteriormente, en la mayor parte de los casos, los trabajadores en inserción se contratarán en

²⁶ Las Cofradías de Pescadores son corporaciones de Derecho público, sin ánimo de lucro, representativas de intereses económicos, que actúan como órganos de consulta y colaboración de las administraciones competentes en materia de pesca marítima y de ordenación del sector pesquero.

²⁷ BOE, núm. 72, de 25 de marzo de 1997.

²⁸ Ahora bien, un solo socio no puede ostentar más de la tercera parte del capital social. Y adoptan la forma jurídica de una sociedad de capitales, a saber, sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada.

²⁹ BOE, núm. 299, de 14 de diciembre de 2007.

³⁰ Son empresas que contratan legalmente a todos sus trabajadores según convenio y que dedican una parte importante de sus puestos de trabajo a personas que no suelen ser empleadas por otras empresas.

empresas normales³¹ y sus puestos de trabajo serán ocupados por nuevos trabajadores en inserción. La cooperativa no es la fórmula más adecuada para cumplir esta finalidad puesto que, en muchas ocasiones, estos trabajadores no tienen solvencia suficiente para realizar aportaciones sociales. Además, la vocación de rotación permanente de los trabajadores obligaría a alteraciones del capital social de manera continuada en la cooperativa, con los problemas financieros que ello conlleva.

Otra figura especial son los centros de empleo³², que pretenden asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad³³, a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Los centros de empleo intervienen regularmente en las operaciones del mercado, como un operador más del mercado. En este ámbito, la intervención de los poderes públicos es generalmente necesaria y relevante, pudiendo utilizarse la forma cooperativa, entre otras, pero con fines de utilidad pública o iniciativa social³⁴ y no con los fines tradicionales de las cooperativas (consumo, trabajo, servicios...).

Para terminar, otra forma societaria peculiar española son las Sociedades agrarias de transformación³⁵. Se trata de una figura híbrida entre las sociedades civiles, cooperativas agrarias y sociedades mercantiles. A diferencia de las cooperativas, el derecho de voto o los derechos económicos del socio se puedan ejercer en proporción directa al capital aportado (voto plural), con lo que no se produce la primacía de la persona sobre el capital social ni se respeta el principio democrático.

³¹ Son empresas donde la rotación de trabajadores es incesante porque suponen un paso intermedio en el camino de la inserción laboral de los trabajadores, son la transición entre la situación de desempleo y el puesto de trabajo final del trabajador.

³² Son regulados por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (BOE, núm. 289, de 3 de diciembre de 2013).

³³ En virtud del artículo 43.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, la plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70% de la plantilla.

³⁴ Cfr. el artículo 127 de la Ley vasca 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas (BOPV, núm. 135, de 19 de julio de 1993) o el artículo 106 de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE, núm. 170, de 17 de julio de 1999).

³⁵ Estas sociedades se definen como sociedades civiles de finalidad económico-social en orden a la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrarios y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad. Cfr. el artículo 1 del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el estatuto que regula las sociedades agrarias de transformación (BOE, núm. 194, de 14 de agosto de 1981).

En definitiva, bajo el paraguas de la economía social se reúnen múltiples y variadas formas de empresa, entre las que la Ley española ubica a las cooperativas. Estas distintas formas de empresa conforman un grupo heterogéneo que difuminan la identidad de las cooperativas en el conjunto de todas ellas, si bien las cooperativas mantienen rasgos que las diferencian de las demás formas empresariales con fines sociales.

3.2. La empresa social, el tipo abierto dentro de la economía social

Junto a la enumeración de los tipos de empresa que configuran la economía social, la Ley española incluye un supuesto abierto de empresa que también se ubicaría en este ámbito, independientemente de la forma societaria que adopte³⁶. Se habla, así, de las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios de la economía social. Podemos acoger a todas ellas, las enumeradas y las del tipo abierto, bajo la denominación de empresa social.

La empresa social es una figura de la cual todavía no existe una noción uniforme y compartida a nivel europeo³⁷. Por empresa social, la Comisión Europea³⁸ entiende las empresas cuyo objetivo social de interés común sea la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social; cuyos beneficios se reinviertan principalmente en la realización de este objetivo social; y cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, sean reflejo de su misión.

Siguiendo a Fici³⁹, en Europa, el ejemplo más evidente sería la sociedad de interés comunitario (*community interest company*), contemplada en la Ley inglesa de sociedades de 2004 y regulada por un específico reglamento de 2005. El modelo societario es también lo que está siguiéndose en muchos Estados de los Estados Unidos de América. En otros ordenamientos, en cambio, la ley considera la empresa social como una especial categoría jurídica de organizaciones en la que pueden ser incluidas, independientemente de su forma jurídica, todas las entidades que desarrollen sin ánimo de lucro una actividad de utilidad social. Esto permite constituir una empresa social no sólo en la forma de cooperativa, de asociación o de fundación, sino también en la forma de sociedad mercantil, siempre que esta sociedad posea los requisitos para adquirir la calificación de empresa social. El

³⁶ Cfr. el artículo 5.2. de la Ley española de Economía Social.

³⁷ Mediante ella una entidad privada que desarrolla, sin ánimo de lucro y para finalidades de interés común o general, una actividad económica de utilidad social o de interés comunitario. A. FICI, A., “La función social de las cooperativas: notas de derecho comparado”, *REVESCO* 117 (2015), pp. 92-93.

³⁸ Véase *Iniciativa en favor del emprendimiento social*, pp. 2 y ss. [COM (2011) 682 final, de 25.10.2011].

³⁹ A. FICI, “La función social...”, *op. cit.*, pp. 93-95.

ejemplo más relevante de este tipo de legislación sobre la empresa social lo ofrece una ley italiana de 2006. Este modelo también caracteriza la Ley finlandesa de 2003 sobre la empresa social, entre otras.

Surge, así, la necesidad de no confundir o de diferenciar las sociedades capitalistas de las cooperativas. La posibilidad de constituir una empresa social en forma de sociedad de capitales (aunque sin ánimo de lucro, como en Italia, o con lucro limitado, como en el Reino Unido) supone una legitimación legal de empresas sociales no democráticas, dirigidas por el capital en lugar de las personas de los socios. Como critica Fici con acierto⁴⁰, estas sociedades pueden ser controladas por una sola persona (o grupos de personas), finalidad perseguida en muchas ocasiones mediante estas sociedades de capitales con fines sociales, como marco jurídico para la empresa social.

Nuevamente, la democracia en la gestión empresarial será el parámetro para diferenciar a la cooperativa de las sociedades de capital, y evitar su equiparación legal como empresas acreedoras de un mismo tratamiento favorable por el legislador. Desde esta perspectiva, la empresa social en forma de sociedad de capitales se configura como una organización cuya identidad como empresa social o como entidad de la economía social es más débil, si se considera la posible falta de democracia interna. En definitiva, el riesgo de que la empresa social en forma de sociedad de capital sea empleada para estrategias de puro marketing parece alto⁴¹.

4 LOS VALORES Y PRINCIPIOS DE LAS COOPERATIVAS

Una vez delimitada la cooperativa entre las empresas sociales así como sus diferencias con otras empresas de la economía social, y salvadas las aproximaciones de las sociedades de capitales al mundo de los principios y valores cooperativos que generan cierta confusión, debemos concretar cuál es el elemento (o los elementos) que sustenta la identidad de la cooperativa frente a las demás formas de empresa, de capitales o sociales, y que nos ha permitido avanzar hasta este momento. En mi opinión, el elemento distintivo debemos buscarlo entre los principios y valores de las cooperativas.

En el Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional celebrado en la ciudad de Manchester (Reino Unido) en septiembre de 1995⁴² se aprobó la Declaración

⁴⁰ A. FICI, “La función social...”, *loc. cit.*

⁴¹ Alto parece también el riesgo de ofuscación de la diferencia entre el concepto de empresa social y el de responsabilidad social empresarial, así como de una dañina invasión del sector de la economía social por parte de los actores de la economía capitalista y de sus lógicas específicas. A. Fici, “La función social...”, *op. cit.*, p. 95.

⁴² Para los participantes el propósito del Congreso fue claro: extraer de una prolongada tradición la idea de qué es una cooperativa, para actualizarla y revitalizar el movimiento cooperativo dándole alguna

sobre la Identidad Cooperativa⁴³ donde se define por primera vez en la historia de la ACI lo que es una cooperativa⁴⁴, y al mismo tiempo enumera los principios y valores cooperativos que quiere promover y salvaguardar la ACI desde sus orígenes, allá por su fundación en 1895, como una guía para las organizaciones cooperativas del siglo XXI. La enumeración de los valores y principios cooperativos pretende ser universal, de tal forma que sirvan para toda cooperativa sin importar lo que hacen ni dónde existen. Se presume que la existencia de estos valores cooperativos contribuye a diferenciar las cooperativas de otras formas de sociedades o de empresas⁴⁵.

De la definición de cooperativa, quisiera destacar la referencia a las cooperativas como empresas de propiedad conjunta y de gestión democrática. Esta organización empresarial está basada en unos valores, entre los que brilla la democracia⁴⁶ como valor cooperativo. Estos valores cooperativos⁴⁷, y la democracia entre ellos, son permanentes, están presentes en el movimiento cooperativo desde sus inicios hasta la actualidad.

Sin embargo, en el Informe que acompaña a la Declaración sobre la Identidad Cooperativa no se hace referencia a la democracia como valor, y sí lo hace respecto a los demás valores. Como afirma Martínez Charterina⁴⁸, el valor de la democracia queda reflejado perfectamente en el principio de la gestión democrática por parte de los socios, y es en el comentario a dicho principio donde se realizan las consideraciones de derechos y responsabilidades que implica la democracia en las

dirección para el futuro. J. BIRCHALL, “Los principios cooperativos, diez años después”, en *Revista de la Cooperación Internacional*, 2 (2005), p. 1.

⁴³ La propia Alianza decide sustituir los principios cooperativos, enunciados por los pioneros de Rochdale, reformulados en el XXIII Congreso de la ACI celebrado en Viena (Austria) en 1966. Alianza Cooperativa Internacional, *Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad cooperativa. Los principios cooperativos*, Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, Vitoria-Gasteiz, 1996, p. 11.

⁴⁴ Una cooperativa es una asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática. Alianza Cooperativa Internacional, *Declaración...*, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁵ Hay voces críticas que quieren ver la presencia de estos valores en otro tipo de organizaciones o empresas. P. SOMERVILLE, “Co-operative Identity”, en *Journal of Co-operative Studies*, 40-1 (2007), p. 7.

⁴⁶ Alianza Cooperativa Internacional, *Declaración...*, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁷ Las cooperativas están basadas en los valores de la autoayuda, la autorresponsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad. Siguiendo la tradición de sus fundadores, los socios cooperativos hacen suyos los valores éticos de la honestidad, la transparencia, la responsabilidad y la vocación sociales. Alianza Cooperativa Internacional, *Declaración...*, *loc. cit.*

⁴⁸ A. MARTÍNEZ CHARTERINA, “Los valores y los principios cooperativos”, en *REVESCO* 41 (1995), p. 44.

cooperativas, y también el sentido más amplio que supone el fomento del espíritu de la democracia en las cooperativas como algo esencial.

Como nos dice la propia ACI en su Declaración sobre la Identidad Cooperativa, estos valores se ponen en práctica a través de siete principios cooperativos, que son pautas o reglas de funcionamiento de las cooperativas⁴⁹. En particular, la democracia como valor se concreta en el segundo principio que se refiere a la gestión democrática por parte de los socios y en el tercer principio relativo a la participación económica de los socios. Si bien el cuarto principio⁵⁰ también aplica indirectamente la democracia como valor, cuando exige que los socios deben mantener el control democrático de la cooperativa cualesquiera que sean los acuerdos que se firmen con otras organizaciones o gobiernos, e independientemente de las fuentes de financiación externa de la cooperativa.

Entre los valores que promueve la Alianza Cooperativa Internacional como propios de las cooperativas, aquéllos que podemos calificar como identitarios y que nos permiten diferenciar al empresario cooperativo del resto de empresarios serían los valores de autoayuda y de democracia, que se corresponden con los rasgos tipológicos de las cooperativas⁵¹. Los demás valores están presentes en las cooperativas pero no son exclusivos y se pueden predicar de otras formas de empresa. Esta generalización de los destinatarios de los demás valores provoca su degeneración⁵², ocasionando una pérdida de significación cooperativa: si son criterios de la actuación moral de cualquier ser humano, dejan de ser criterios específicos del comportamiento de los socios cooperativistas. El mismo fenómeno de generalización afecta a los principios cooperativos, salvo el democrático y con matices el de autoayuda, puesto que son universales, esto es, son reglas asumidas implícitamente y explícitamente por las empresas capitalistas convencionales, además de las sociedades cooperativas.

⁴⁹ No basta con conocer si la cooperativa sigue la letra de los principios, sino que también ha de saberse si sigue el espíritu de los mismos. Los principios, además, no son independientes, sino que están unidos, de forma que cuando no se atiende a uno de ellos todos se resienten. A. MARTÍNEZ CHARTERINA, "Los valores y los principios cooperativos...", *op. cit.*, p. 38.

⁵⁰ El cuarto principio cooperativo proclama al autonomía y la independencia de la cooperativa en los siguientes términos: "Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda, gestionadas por sus socios. Si firman acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa". Alianza Cooperativa Internacional, *Declaración...*, *op. cit.*, p. 19.

⁵¹ El resto de valores ni son esenciales para que exista una cooperativa, pues la transparencia o la responsabilidad social pueden faltar en una cooperativa sin que pierda esta condición, ni son exclusivos de las mismas, pues concurren o pueden concurrir en empresas sociales, en sociedades mercantiles o en fundaciones y asociaciones que desarrollan actividades económicas. M. A. SANTOS DOMÍNGUEZ, *El poder de decisión del socio en las sociedades cooperativas: la asamblea general*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 264-265.

⁵² M. A. SANTOS DOMÍNGUEZ, *El poder de decisión...*, *op. cit.*, pp. 265-266.

Vamos a centrarnos, pues, en la mutualidad como sinónimo del valor autoayuda y en la democracia, para confrontar hasta qué punto pueden cumplir una función delimitadora de la cooperativa frente a otras formas de empresa, ya sea de capitales ya sea una empresa social.

5 LA MUTUALIDAD COMO ELEMENTO IDENTITARIO DE LAS COOPERATIVAS

La mutualidad o la autoayuda es un elemento presente y constante en las cooperativas, aunque no exclusivo de éstas, que puede servir para fijar la frontera con otras formas de empresa. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo que afrontar la cuestión del elemento diferencial de las cooperativas frente a otro tipo de empresas, en un asunto que aparentemente se alejaba de esta disyuntiva⁵³. Se cuestionaba la fiscalidad de las cooperativas italianas donde se les concedía un trato menos gravoso que a las demás empresas. A la luz de la regulación comunitaria de ayudas de Estado, el Tribunal debió dirimir si este trato fiscal más favorable contravenía o no la normativa europea que prohíbe las ayudas de Estado. El Tribunal, en su Sentencia de 8 de septiembre de 2011⁵⁴ afirma que las sociedades cooperativas se rigen por principios de funcionamiento particulares que las diferencian claramente del resto de los operadores económicos. Dichas características consisten esencialmente, tal como se señala en el considerando octavo del mencionado Reglamento, en el principio de primacía de la persona, que se refleja en disposiciones específicas relativas a las condiciones de adhesión, renuncia y exclusión de los socios. Además, el considerando décimo de ese mismo Reglamento precisa que el activo neto y las reservas se adjudicarán, en caso de disolución, a otra entidad cooperativa que persiga objetivos similares de interés general.

Por lo que respecta a la gestión de las sociedades cooperativas, continúa el Tribunal, debe señalarse que éstas no se gestionan en interés de inversores externos. Según los considerandos octavo y décimo del Reglamento no 1435/2003 y el apartado 1.1 de la Comunicación sobre fomento de las cooperativas en Europa, el control de la sociedad es asumido por sus socios a partes iguales, reflejando así la regla «un hombre, un voto». Las reservas y los activos son, por tanto, comunes e indivisibles y deben dedicarse al interés común de sus socios.

En definitiva, concluye el Tribunal, que por lo que atañe al funcionamiento de las sociedades cooperativas, es preciso subrayar que, habida cuenta de la primacía de la persona, estas tienen como finalidad, tal como, en particular, se indica en el considerando décimo del Reglamento no 1435/2003 y en el apartado 1.1 de la

⁵³ A. FICI, “La función social...”, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁴ STJUE de 8 de septiembre de 2011, en los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, considerandos 55 a 61.

Comunicación sobre fomento de las cooperativas en Europa, el beneficio mutuo de sus socios, que son al mismo tiempo, usuarios, clientes o proveedores, de modo que cada uno de ellos se beneficia de las actividades de la cooperativa en función de su participación en ella y de sus transacciones con esta sociedad.

De esta reflexión previa, el Tribunal establece dos elementos esenciales de las sociedades cooperativas⁵⁵, cuya existencia permite un tratamiento fiscal diferenciado para las mismas: la mutualidad y la participación democrática. Y concluye el Tribunal que no puede considerarse que las sociedades cooperativas de producción y de trabajo (objeto del pleito) se encuentren en una situación de hecho y de Derecho comparable a la de las sociedades comerciales, dado que las sociedades cooperativas actúan persiguiendo el interés económico de sus socios y mantienen con éstos una relación no meramente comercial, sino personal particular, en la que los socios están activamente implicados y tienen derecho a un reparto equitativo de los resultados económicos. Centrémonos en el aspecto mutuo de la cooperativa.

La actividad cooperativa se concreta en muchas ocasiones en la satisfacción de las necesidades de los socios, esto es, una organización de ayuda mutua, una mutualidad. Como afirma la ACI en el borrador de Notas de Orientación sobre los Principios Cooperativos (pág. 2), la innovación dirigida a satisfacer las necesidades de los miembros de la cooperativa siempre ha sido el fin primordial de la cooperativa. Más concretamente, el fin de mutualidad consta de dos elementos: el objetivo final de beneficiar a los socios y el desarrollo de una concreta actividad para lograr este objetivo⁵⁶; es decir, una actividad de empresa con los socios en calidad de consumidores de los bienes o servicios proporcionados por la empresa (cooperativa de consumo), de proveedores de los bienes o servicios empleados por la cooperativa para desarrollar la empresa (cooperativa de producción), o de trabajadores de dicha empresa (cooperativa de trabajo).

La cooperativa tiene una base mutualista puesto que ejerce una actividad económica con el fin de satisfacer unas necesidades comunes de los socios⁵⁷. Pero es evidente que las sociedades anónimas o capitalistas también pueden servir de instrumento para lograr fines mutualistas. Esta actividad particular con los socios es una peculiaridad de la forma jurídica cooperativa que, correctamente entendi-

⁵⁵ M. A. SANTOS DOMÍNGUEZ, *El poder de decisión del socio en las sociedades cooperativas: la asamblea general*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 227; A. Fici, “La función social...”, *op. cit.*, p. 83.

⁵⁶ A. FICI, “La función social...”, *op. cit.*, p. 84.

⁵⁷ Una parte de la doctrina aboga por una mutualidad neutral consistente en la organización de una empresa para la satisfacción de las necesidades económicas de los socios, con independencia de cuál sea la actividad de la empresa y de cuáles sean las finalidades perseguidas por los socios con la misma. M. A. SANTOS DOMÍNGUEZ, *El poder de decisión...*, *op. cit.*, p. 272.

da, contribuye significativamente a su distinción de las sociedades de capitales⁵⁸. En las sociedades capitalistas, como en cualquier otra entidad con ánimo de lucro, la actividad económica es simplemente un medio para conseguir los objetivos finales del ente, y es irrelevante si esta actividad se desarrolla con los socios, ni si los socios tienen derecho a un tratamiento mejor que los terceros no socios. Por el contrario, las cooperativas son establecidas y existen para conducir una empresa que pueda satisfacer directamente los intereses de sus socios-consumidores/proveedores/trabajadores.

Las cooperativas permanecen orientadas hacia sus socios, cuyos intereses aspiran (principalmente) a satisfacer. En consecuencia, las cooperativas no pueden ser consideradas entidades sin ánimo de lucro, dado que sus beneficiarios son las propias personas que las controlan. Tienen una función social, pero no son entidades (principalmente) altruistas o solidarias.

Sin embargo, el concepto de mutualidad o ayuda mutua que manejamos no se circunscribe a una sociedad cerrada que sólo se relaciona con sus miembros o socios, como se ha predicado por razones históricas de las cooperativas durante mucho tiempo. La mutualidad hace referencia a la finalidad perseguida mediante la constitución de la cooperativa en beneficio de los socios cooperativistas, sin perjudicar que la cooperativa pueda realizar operaciones con terceros no socios.

A diferencia de otros principios propios de las cooperativas, la mutualidad no aparece tampoco recogida en la Ley de Economía Social española, en consonancia con la legislación española de cooperativas que ha ido “desnaturalizando” esta característica mutual⁵⁹, de ayuda recíproca, de satisfacción de necesidades individuales mediante la actividad social. Y hoy día se permite la realización de operaciones con terceros no socios, en ocasiones sin restricciones (cooperativas de crédito) y en otras con límites que pueden sobrepasarse bajo ciertas circunstancias. Respecto a las actividades económicas que la cooperativa realiza con terceros no socios, la cooperativa funciona como una sociedad no mutualista.

La cooperativa es una empresa abierta, que puede operar con socios y con terceros no socios, y su rasgo distintivo sobre las sociedades capitalistas parte de la noción de participación democrática. Insistimos en que la doctrina italiana y española, hasta fechas relativamente recientes, han defendido que el principio mutualista⁶⁰ impedía a la cooperativa prestar servicios a terceros no socios⁶¹. En

⁵⁸ A. FICI, “La función social...”, *loc. cit.*

⁵⁹ Se trata, en definitiva, de abrir las cooperativas al mercado, y no de colocarlas de espaldas a éste. M. J. MORILLAS JARILLO, “Concepto y clases...”, *op. cit.*, p. 126.

⁶⁰ M. PANIAGUA ZURERA, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 334 y ss.

⁶¹ En España, debido a la tradicional confusión entre cooperativismo y mutualidad está muy extendida la idea (hasta el punto de que se recoge a nivel legal) de que las cooperativas sólo pueden realizar el

mi opinión, esta concepción de la mutualidad que pudo tener su justificación en los orígenes del cooperativismo moderno no es acorde con la cooperativa en la actualidad. Incluso, me atrevo a decir que esta postura contrasta con los orígenes mismos del cooperativismo, puesto que la cooperativa de consumo de Rochdale ya preveía, de forma realista, la existencia de intercambios con terceros no socios.

Asimismo, el carácter mutual de las cooperativas debe matizarse en otro sentido⁶². La mutualidad puede tener sentido respecto al tipo tradicional de cooperativa (consumo, producción, trabajo...). En cambio, la antedicha conclusión no sería válida con referencia a otro adicional (y más reciente) modelo de cooperativas sociales o de iniciativa social⁶³, que los legisladores en el mundo están introduciendo cada vez más en sus ordenamientos jurídicos. No son cooperativas mutualistas, sino cooperativas de interés general que persiguen un fin altruista.

Estas reflexiones anteriores nos obligan a matizar el carácter mutual de las cooperativas en la actualidad. Es evidente la evolución de la función social de las cooperativas, que hoy se convierten en un instrumento técnico al servicio de cualquier emprendedor, dejando a los sujetos la opción de utilizarla para el desarrollo de actividades económicas lícitas sobre la base de una democracia rigurosamente personal, sin tomar en consideración la participación en el capital de cada socio. Es decir, lo que caracteriza a las cooperativas es el objetivo de satisfacer necesidades a través de una empresa de propiedad conjunta y gestión democrática⁶⁴.

En definitiva, el hecho específico de la cooperativa no es la gestión mutual de la empresa, sino la participación democrática de los socios, tanto en las reglas internas de funcionamiento como en la distribución del excedente, mediante la recuperación de la empresa personalista⁶⁵.

6 LA DEMOCRACIA COMO VALOR IDENTITARIO DE LAS COOPERATIVAS

La participación democrática de los socios es la característica más conocida del modelo cooperativo de actividad empresarial, y es un aspecto fundamental que

volumen mínimo de operaciones con terceros para asegurar su viabilidad económica. Este error de planteamiento ha supuesto un obstáculo para que las cooperativas cumplan su verdadera función. C. VARGAS VASSEROT, E. GADEA SOLER y F. SACRISTÁN BERGIA, *Derecho de las sociedades...*, *op. cit.*, p. 25.

⁶² A. FICI, "La función social...", *op. cit.*, pp. 91-92.

⁶³ Las cooperativas sociales italianas —como las cooperativas francesas de interés colectivo, las cooperativas españolas de iniciativa social y las cooperativas portuguesas de solidaridad social, para mencionar sólo algunas— "persiguen el interés general de la comunidad" y no el interés de sus socios.

⁶⁴ C. VARGAS VASSEROT, E. GADEA SOLER y F. SACRISTÁN BERGIA, *Derecho de las sociedades...*, *op. cit.*, pp. 21-23.

⁶⁵ C. VARGAS VASSEROT, E. GADEA SOLER y F. SACRISTÁN BERGIA, *Derecho de las sociedades...*, *op. cit.*, p. 27.

caracteriza a las cooperativas en contraste con las empresas que son propiedad de los inversores. Las cooperativas son la única forma de empresa que ostenta un código ético de valores acordado internacionalmente en base a unos principios democráticos⁶⁶.

En este contexto, es necesario preservar la democracia como valor cooperativo que permite diferenciar a las cooperativas del resto de organizaciones económicas, puesto que, como hemos señalado, los demás valores, de forma explícita o implícita, podrían ser asumidos por las empresas capitalistas convencionales⁶⁷. La estructura de las cooperativas plasma la democracia como norma de comportamiento y característica diferencial del resto de empresas. No bastan las formas, debe haber voluntad para que todos los socios participen⁶⁸.

La democracia es uno de los valores consustanciales a la naturaleza de las cooperativas, desde una doble dimensión: hacia dentro de la cooperativa, donde la propiedad, el control y la gestión de las cooperativas se lleva a cabo por los socios de manera democrática; y hacia afuera de la cooperativa, donde el socio cooperativista participa en la economía y organiza los factores de producción a través de una empresa basada en la persona y no en el capital. La cooperativa aporta al socio un elemento adicional que excede el ámbito empresarial. La cooperativa permite al socio una fórmula democrática para participar en la economía y en la sociedad. Ahí es donde brilla un valor como la democracia, predicable no ya sólo en la gestión o participación en la empresa cooperativa, sino en su extensión a todos los aspectos de la vida del socio a nivel social y como miembro de una comunidad más amplia⁶⁹.

Además, la democracia es el incentivo para participar en la cooperativa⁷⁰: una cooperativa no puede ser gobernada por unos pocos, no sólo por hombres dejando

⁶⁶ Esta idea se expresa en el borrador de las Notas de Orientación sobre los Principios Cooperativos (página 2) que se presentarán en la Conferencia Global de la ACI a celebrar en Turquía en noviembre de 2015. Se puede consultar en: <http://ica.coop/en/blueprint-themes/identity/guidancenotes>.

⁶⁷ I. BUENDÍA MARTÍNEZ, “La participación democrática: ¿un valor en extinción en las sociedades cooperativas?”, *CIRIEC-España. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* 34 (2000), p. 9.

⁶⁸ En efecto, las cooperativas no son iglesias, sino empresas, pero empresas de propiedad colectiva de todos los socios y empresas donde las relaciones humanas están inspiradas en unos valores éticos como la democracia. J. CASTAÑO COLOMER, “Conflictos respecto a la práctica de los principios y valores cooperativos: el caso de España”, en *Anuario de Estudios Cooperativos* 1 (1995), p. 35.

⁶⁹ La participación democrática de los ciudadanos no se circunscribe solamente al ámbito político, sino que se amplía a la vida económica. Como afirma Divar, no cabe sostener la democracia política y evitar la económica. Por ello, para coadyuvar con la participación democrática, y al efecto de ir paulatinamente hacia una economía democrática y social, se arguye la necesidad de retomar formas empresariales basadas en la solidaridad económica. J. DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, *Economía y democracia*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 71 y 107; A. FICÍ, “La función social...”, *op. cit.*, p. 90.

⁷⁰ L. MARCUS, “Cooperatives and Basic Values”, en *ICA, XXIX Congress, Stockholm, July 1988, Agenda & Reports*, ICA, Geneva, 1988, pp. 95-108.

sin decisión a las mujeres, si bien la falta de democracia plena sigue siendo uno de los defectos más importantes que se producen en las cooperativas. Las cooperativas no pueden ser controladas por un solo socio o una minoría de socios. Todos los socios tienen derecho a controlar la cooperativa y la democracia como valor encarna este derecho para hacerlo efectivo.

Para Birchall⁷¹, la democracia es un valor clave del que derivan directamente otros principios cooperativos. La democracia implica el control democrático por parte de los asociados, y junto a la equidad, permite diferenciar a la cooperativa de otras formas de empresa. Si podemos encontrar una forma de hacer negocios que recompense equitativamente a la gente, podremos distribuir los frutos de la actividad económica de forma tal que no genere desigualdades. Los negocios equitativos son democráticos y reducen la necesidad de que los gobiernos intervengan para corregir las desigualdades.

Ahora bien, se nos advierte⁷² con acierto que no hay que evaluar a las cooperativas exclusivamente sobre la base de un principio dado, por muy notable que éste sea, más bien, deben ser evaluadas sobre la base de cómo se adhieren a los principios en su totalidad. Desde luego, no significa que la cooperativa esté inspirada en unos especiales principios morales que la revistan de un halo de ética⁷³, del que carezcan el resto de tipos de empresa.

La democracia se incardina principalmente en dos principios, a saber, el principio de gestión democrática y el principio de participación económica de los socios.

El principio de gestión democrática es, por tanto, un principio que goza de notable importancia, sobre todo, para las cooperativas de primer grado. Se diferencia así de manera sustancial de la sociedad capitalista. La afiliación de trabajadores permite un mayor nivel de compromiso de éstos y un proceso de toma de decisiones más eficiente porque las estructuras democráticas específicas que fomentan las cooperativas permiten que la participación individual suponga una influencia real dentro de la empresa a través de una autoridad legitimada democráticamente⁷⁴. La distribución y el control del poder societario mediante procedimientos

⁷¹ J. BIRCHALL, “Los principios cooperativos...”, *op. cit.*, p. 3; P. Somerville, “Co-operative Identity”, *op. cit.*, p. 8.

⁷² C. VARGAS VASSEROT, E. GADEA SOLER y F. SACRISTÁN BERGIA, *Derecho de las sociedades...*, *op. cit.*, p. 36.

⁷³ No se puede afirmar que la cooperativa pura sea aquella en la que primando la persona sobre el capital, los aspectos financieros pasen a un segundo plano, ocupando un lugar preferente la atención a la educación de los socios, el interés por la comunidad, la colaboración intercooperativa o la puerta abierta. M. A. SANTOS DOMÍNGUEZ, *El poder de decisión...*, *op. cit.*, p. 126.

⁷⁴ C. MILLS y W. DAVIES, *Plan para una Década...*, *op. cit.*, p. 8.

democráticos es el auténtico rostro de la cooperativa, el elemento que identifica a la cooperativa⁷⁵.

Por otro lado, no es difícil ver⁷⁶ cómo el valor de la democracia entre los socios exige cierto tipo de estrategia en las relaciones entre ellos, una política sobre la distribución de la información, y así sucesivamente. Los socios tienen el derecho de participación, el derecho de ser informados, el derecho de ser escuchados, y el derecho de estar involucrados en la toma de decisiones. Esa democracia en la gestión se manifiesta en el reparto de los votos: un socio, un voto, en las cooperativas de primer grado.

Esta regla de un voto para cada socio está siendo socavada por el marco legislativo de las cooperativas cuando se introduce un voto ponderado en las cooperativas de primer grado⁷⁷. Igualmente, la aplicación práctica de estos derechos de una manera equitativa se torna, a veces, una tarea difícil en las grandes cooperativas o en las cooperativas de segundo o ulterior grado. Además, la necesidad de las sociedades cooperativas de acceder al crédito ha llevado al legislador a regular la posibilidad de que la toma de decisiones sea proporcional al capital suscrito por socios capitalistas de la cooperativa como en el caso de las sociedades cooperativas mixtas⁷⁸, que supone otra distorsión del principio democrático de participación⁷⁹.

Por otro lado, la prevalencia de la persona sobre el capital, latente en la democracia como valor, se ha plasmado en la igualdad de los derechos de voto de todos los socios. Un socio, un voto⁸⁰. El baremo para medir la participación en la cooperativa no viene determinado por la cantidad de capital aportada, sino que se concede el mismo valor a la opinión de todas las personas, independientemente del volumen de su participación en el capital. Es otro tradicional elemento diferenciador respecto a la empresa capitalista.

⁷⁵ M. A. SANTOS DOMÍNGUEZ, *El poder de decisión...*, op. cit., pp. 29 y 36.

⁷⁶ J. BIRCHALL, "Los principios cooperativos...", op. cit., p. 3.

⁷⁷ La implantación del voto plural ponderado, en función de la actividad cooperativizada y para las cooperativas de primer grado es una opción reconocida por todas las legislaciones autonómicas de cooperativas, si bien se limita en función del tipo de socio y la clase de sociedad cooperativa. I. Buendía Martínez, "La participación democrática...", op. cit., p. 10.

⁷⁸ Véanse el artículo 107 de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas y el artículo 136 de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi. En estas sociedades cooperativas mixtas, el socio capitalista puede tener hasta el 49% del voto en la Asamblea.

⁷⁹ I. BUENDÍA MARTÍNEZ, "La participación democrática...", op. cit., pp. 11-12.

⁸⁰ Esta máxima se ha querido trasladar a la participación económica de los socios en el capital aunque no resulta de fácil aplicación en aquellas cooperativas que adquieren una cierta dimensión porque las leyes del mercado presionan para que los puestos más cualificados sean retribuidos por encima de los demás. Por ejemplo, en las cooperativas de trabajo asociado las diferencias salariales no son tan abismales como en las empresas capitalistas. Es la llamada solidaridad retributiva. Pero ello no impide a que haya una relación que se ha ido incrementando de 1 a 3, de 1 a 4 o de 1 a 5 entre los socios que más reciben por sus operaciones en la cooperativa frente a los que menos reciben.

En definitiva, los socios contribuyen equitativamente al capital de sus cooperativas y lo gestionan de forma democrática.

7 CONCLUSIONES

La aproximación de las empresas de capitales hacia los postulados cooperativos, bien sea mediante la adopción de códigos de conducta insertos en la responsabilidad social corporativa bien sea mediante la asunción voluntaria de principios de la economía social ha provocado una cierta confusión con la empresa cooperativa buscada deliberadamente para aprovechar y reivindicar un tratamiento por el legislador similar al de las cooperativas. Si a esto le unimos, por otro lado, la amalgama de entidades que confluyen dentro de la economía social junto a las cooperativas, la perplejidad acerca de la identidad de la cooperativa se acrecienta. Es preciso, en consecuencia, delimitar algún elemento que nos permita distinguir a una cooperativa frente a cualquier otra entidad, sea una empresa de capitales o una empresa social.

Un elemento distintivo pudiera ser el carácter mutual propio de las cooperativas. Esta característica se ha predicado desde sus orígenes, y se ha explicado por la satisfacción de las necesidades de los socios a través de la cooperativa. En su concepción primera, la mutualidad provocaba que las cooperativas fueran sociedades cerradas que sólo se relacionaban con sus socios. Sin embargo, esta concepción debe ser matizada hoy día, limitando el alcance de la mutualidad a las relaciones entre la sociedad y sus socios u obviando esta característica en las cooperativas de iniciativa social, y de esta forma permitamos que la cooperativa pueda operar con terceros no socios. Esta matización desnaturaliza de alguna forma el carácter mutual y nos obliga a perseguir otro elemento distintivo de las cooperativas.

La democracia como valor cooperativo permite diferenciar a las cooperativas del resto de organizaciones económicas, puesto que los demás valores cooperativos, de forma explícita o implícita, podrían ser asumidos por las empresas capitalistas convencionales o por otras empresas sociales. La estructura de las cooperativas plasma la democracia como norma de comportamiento y característica diferencial del resto de empresas. La democracia se incardina principalmente en dos principios, a saber, el principio de gestión democrática y el principio de participación económica de los socios.

Este valor, consustancial a la naturaleza de las cooperativas, se despliega desde una doble dimensión: hacia dentro de la cooperativa, donde la propiedad, el control y la gestión de las cooperativas se lleva a cabo por los socios de manera democrática; pero también hacia afuera de la cooperativa, donde el socio cooperativista participa en la economía y organiza los factores de producción a través de una empresa basada en la persona y no en el capital. En este sentido, la participación

económica de los socios cooperativistas produce una auténtica sociedad democrática. La democracia económica se traslada a la democracia política.

8. BIBLIOGRAFÍA

- R. ALFONSO SÁNCHEZ, “Algunas consideraciones en torno a la Propuesta de Ley “Marco” de Economía Social”, *REVESCO* 102 (2010), pp. 7-23.
- Alianza Cooperativa Internacional, *Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad cooperativa. Los principios cooperativos*, Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, Vitoria-Gasteiz, 1996.
- S. ARANA LANDÍN, Régimen fiscal de las cooperativas, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2012.
- V. M. ARNÁEZ ARCE, “La participación del cooperativismo en las políticas públicas”, en *Aprendizaje cooperativo sin fronteras*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 102-119.
- J. BIRCHALL, “A Member-Owned Business approach to the classification of Co-operatives and Mutuals”, *Journal of Co-operative Studies* 44-2 (2011), pp. 4-15.
- J. BIRCHALL, “Los principios cooperativos, diez años después”, en *Revista de la Cooperación Internacional* 2 (2005), pp. 1-16.
- I. BUENDÍA MARTÍNEZ, “La participación democrática: ¿un valor en extinción en las sociedades cooperativas?”, *CIRIEC-España. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* 34 (2000), pp. 7-21.
- M. CARRASCO CARRASCO, *La empresa cooperativa actual: ni mutualidad ni ausencia de lucro: la justificación de una protección fiscal*, CIRIEC, Valencia, 1991.
- J. CASTAÑO COLOMER, “Conflictos respecto a la práctica de los principios y valores cooperativos: el caso de España”, en *Anuario de Estudios Cooperativos* 1 (1995), pp. 33-43.
- J. DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, *Economía y democracia*, Dykinson, Madrid, 2013.
- J. DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, *Las cooperativas: una alternativa económica*, Dykinson, Madrid, 2011.
- A. FICI, “La función social de las cooperativas: notas de derecho comparado”, *REVESCO* 117 (2015), pp. 77-98.
- E. GADEA SOLER, “Delimitación del concepto de cooperativa: de los principios cooperativos a la responsabilidad social corporativa”, *CIRIEC Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* 23 (2012), pp. 1-21 (<http://www.ciriec-revistajuridica.es>).
- L. MARCUS, “Cooperatives and Basic Values”, en *ICA, XXIX Congress, Stockholm, July 1988, Agenda & Reports*, ICA, Geneva, 1988, pp. 95-108.
- A. MARTÍNEZ CHARTERINA, “Los valores y los principios cooperativos”, en *REVESCO* 41 (1995), pp. 35-45.
- C. MILLS y W. DAVIES, *Plan para una Década Cooperativa*, ACI, 2013. Puede consultarse en <http://ica.coop/sites/default/files/attachments/ICA%20Blueprint%20-%20Final%20-%20March%2013%20ES.pdf>.
- M. J. MORILLAS JARILLO, “Concepto y clases de cooperativas”, en *Tratado de Derecho de cooperativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, tomo I, pp. 111-142.

- M. PANIAGUA ZURERA, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- M. C. PASTOR SEMPERE, “Efectos jurídico-societarios tras la entrada en vigor de la Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas (BOE de 29 de diciembre de 2010) ¿Podemos seguir considerando el capital social como elemento integrante del patrimonio neto contable?”, *Revista de Derecho de Sociedades* 36 (2011), pp. 387-399.
- N. PAZ CANALEJO, *Comentario sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- L. A. SÁNCHEZ PACHÓN, “La delimitación de las entidades y organización de la Economía Social en la próxima ley reguladora del sector”, *CIRIEC-España Revista de Economía Social* 66 (2009), pp. 61-84.
- M. A. SANTOS DOMÍNGUEZ, *El poder de decisión del socio en las sociedades cooperativas: la asamblea general*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2014.
- P. SOMERVILLE, “Co-operative Identity”, en *Journal of Co-operative Studies* 40-1 (2007), pp. 5-17.
- C. VARGAS VASSEROT, E. GADEA SOLER y F. SACRISTÁN BERGIA, *Derecho de las sociedades cooperativas*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2015, tomo I.
- F. VINCENT CHULIÁ, y J. I. PEINADO GRACIA, “Introducción. Normas y ámbito de aplicación”, en *Tratado de Derecho de cooperativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, tomo I, pp. 57-109.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 115-137
ISSN: 1130-2682

**O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DAS SOCIEDADES
COOPERATIVAS PELO DIREITO BRASILEIRO**

*CONSTITUCIONAL TREATMENT OF COOPERATIVE
SOCIETIES IN THE BRAZILIAN LAW*

MARIO DE CONTO¹

Recepción: 10/07/2015 - Aceptación: 24/09/2015

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Gerente Jurídico da Organização das Cooperativas Brasileiras no Rio Grande do Sul – OCERGS. Coordenador de Ensino e Pesquisa e Extensão e Professor de Direito Cooperativo na Faculdade de Tecnologia do Cooperativismo – ESCOOP.

RESUMO

As Sociedades Cooperativas tal qual as grandes corporações transnacionais, encontram-se globalizadas. A Globalização Cooperativa, todavia, se traduz em movimento diametralmente oposto à Globalização Hegemônica, Capitalista. Pode-se dizer que, ao passo que a Globalização Capitalista se expande, o mesmo ocorre com as desigualdades gerados pelo sistema. Os Estados, nesse sentido, buscam estimular mecanismos de correção de tais desigualdades, como as Sociedades Cooperativas, através de políticas de incentivo. Os Organismos Internacionais (ONU, OIT) preconizam o estímulo ao Cooperativismo como uma forma de desenvolvimento econômico e social, todavia evitando-se a interferência estatal em Cooperativas. O desafio das legislações nacionais, nesse sentido, perpassa pelo estímulo ao Cooperativismo, mantendo-o na sua essência de liberdade e não intervenção. No Direito Brasileiro, há o reconhecimento constitucional do Cooperativismo e, a partir da Constituição de 1988, o fim da intervenção estatal em cooperativas.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperativas, Globalização, Intervenção Estatal.

ABSTRACT

The Cooperative Societies as is the large transnational corporations are globalized. Globalization Cooperative, however, drives into diametrically opposite movement to the Hegemonic Globalization, Capitalist. It can be said that, while the Capitalist Globalization expands, so does the inequalities generated by the system. States, accordingly, seek to encourage correction mechanisms such inequalities, such as the Cooperative Societies, through incentive policies. International organizations (UN, ILO) advocate the encouragement of Cooperatives as a way of economic and social development, however avoiding state interference in cooperatives. The challenge of national legislation in this sense moves through the encouragement of Cooperatives, keeping it in its essence of freedom and non-intervention. The Brazilian law, there is the constitutional recognition of Cooperatives and, from the 1988 Constitution, the end of state intervention in cooperatives.

KEYWORDS: Cooperatives, Globalization, State intervention.

SUMÁRIO: 1. AS SOCIEDADES COOPERATIVAS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO. 2. AS SOCIEDADES COOPERATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO. 2.1 Histórico. 2.2. Do Decreto 22.239/32 ao Decreto-lei no 581/38: da liberdade de criação intervenção estatal. 2.3 O Estatuto da terra e a Lei 5764/71: novos regramentos, mesma intervenção. 2.4 A Constituição Federal de 1988 e o fim da intervenção estatal em cooperativas. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1. *COOPERATIVE SOCIETIES IN CONTEMPORARY LAW*. 2. *COOPERATIVE SOCIETIES IN THE BRAZILIAN LAW*. 2.1 *Historic*. 2.2. *From Decree 22239/32 to Decree-Law No. 581/38: from creative freedom to state intervention*. 2.3 *The Land Statute and the Law 5764/71: new specific regulations, same intervention*. 2.4 *The Federal Constitution of 1988 and the End of State Intervention in Cooperatives*. 3. *FINAL CONSIDERATIONS*. 4. *BIBLIOGRAPHIC REFERENCES*

I. AS SOCIEDADES COOPERATIVAS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

As Sociedades Cooperativas, como ocorre com as grandes corporações transnacionais, apresentam-se ‘globalizadas’ na contemporaneidade. A participação das Cooperativas nesse movimento de Globalização, todavia, se dá em sentido diametralmente oposto da globalização capitalista. Em verdade, falar-se em uma “Globalização Cooperativa” é referir-se a um modelo de globalização que busca corrigir as desigualdades da Globalização Capitalista hegemônica. Dito de outro modo: se a Globalização Capitalista gera, em todos os continentes, exclusão econômica e social, resta por criar possibilidades, aos grupos subalternizados pela economia hegemônica, de buscar alternativas através de vínculos comunitários de solidariedade.

No plano do Direito Internacional, verifica-se que, na atualidade, as Cooperativas se apresentam como um modelo econômico adequado a combater os efeitos da crise do capitalismo, notadamente decorrentes da migração de uma Economia Civil para uma Economia Comercial de larga escala, voltada à eficiência econômica em detrimento da democracia. O reconhecimento do Cooperativismo pelos Organismos Internacionais – notadamente pela Organização das Nações Unidas e pela Organização Internacional do Trabalho – é vinculado, nesses termos, ao papel que as Sociedades Cooperativas podem exercer, junto aos Estados, em correção aos efeitos nocivos do processo de globalização hegemônica.

Nesses termos, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU através da Resolução 64/136, intitulada “As Cooperativas no Desenvolvimento Social”, de 18 de Dezembro de 2010, proclamou o Ano de 2012, como o Ano Internacional de Cooperativas, reconhecendo o papel das Cooperativas no de-

envolvimento econômico e social, bem como instrumento de inclusão social e erradicação da pobreza. Dessa forma a ONU apresenta recomendações aos Governos, no sentido de aumentar a conscientização das pessoas acerca da contribuição das Cooperativas para o desenvolvimento social e econômico; promover o crescimento das Cooperativas como empresas sociais; rever suas medidas legais para estimular o crescimento e a sustentabilidade das Cooperativas; desenvolver programas objetivando aumentar a capacitação das Cooperativas; promover seu crescimento através do fácil acesso a financiamentos; promover o crescimento das Cooperativas de crédito para alcançar as metas de inclusão financeira.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT, em sua Conferência Geral realizada 03 de Junho de 2002, aprovou a Recomendação n. 193, intitulada “Sobre a Promoção de Cooperativas”, que reconhece o papel das Cooperativas no desenvolvimento econômico e social de todos os povos. A referida Recomendação reconhece o conceito de Cooperativa preconizado pela Aliança Cooperativa Internacional, bem como os Princípios Cooperativistas, também sistematizados pela Aliança Cooperativa Internacional e recomenda aos Estados-membros a promoção de Cooperativas, notadamente através de uma estrutura institucional que facilite o registro de Cooperativas, bem como da promoção de políticas apropriadas da criação de reservas e de fundos de solidariedade e da adoção de medidas de supervisão, preservando a autonomia das Cooperativas, entre outros. Reconhece, outrossim que “as cooperativas servem aos seus membros e, como tal, o equilíbrio entre a necessidade de rentabilidade e as necessidades de seus membros que possuem e controlam a sua própria empresa, que são diferentes das sociedades por ações e, portanto, necessitam de leis que reconhecer as suas especificidades”.

Nesses termos, o que se verifica é que o Cooperativismo é reconhecido, no âmbito do Direito Internacional, como modelo de desenvolvimento baseado na ética da solidariedade, através da gestão de um empreendimento democrático que mede sua eficiência por outros meios que não os tradicionais e, portanto, deve ser estimulado pelos Estados como ferramenta de fomento ao desenvolvimento econômico e social.

Evidentemente, a relação que cada Estado estabelece com o Cooperativismo está intimamente ligado a eventual complementariedade do fenômeno com os objetivos estatais e, em síntese, ao próprio perfil do Estado. Nesse sentido, Rui Namorado, citando Dante Cracogna, refere que:

As leis traduzem, na sua própria estrutura, os tipos de posição do Estado em face das Cooperativas. Deste modo, nos países da Europa Ocidental e da América do Norte, a atitude do Estado é predominantemente liberal, não promovendo as cooperativas nem interferindo na sua vida, mas reconhecendo apenas a sua existência. Assim, nestes países, a legislação limita-se a estabelecer um quadro jurídico ge-

ral adequado às características das cooperativas, determinando as condições do seu reconhecimento como pessoas jurídicas [...] Nos países em desenvolvimento, o Estado, mais intervencionista, assume-se como propulsor da dinâmica cooperativa. Surgem leis com uma malha mais apertada [...] Nos países de economia centralizada planificada (nas palavras de Cracogna), o Estado atribui às cooperativas um papel no sistema económico e controla a sua atividade.²

Ao considerarem-se as primeiras cooperativas, surgidas no Século XIX nos países que se encontravam sob os reflexos da Revolução Industrial, o cooperativismo antecedeu à legislação que surgiu, como refere Hagen, como reação à inadequação percebida do direito das sociedades de ações para a regulamentação das cooperativas³.

Todavia, é necessário referir que, não obstante à consideração do surgimento do Cooperativismo como alternativa à lógica capitalista, as Cooperativas – desenvolveram um papel importante também nos países considerados “de economia centralizada”. A partir da Revolução Russa⁴, o modelo de Cooperativismo Soviético exerceu grande influência que culminou na valorização constitucional das Cooperativas, nas Constituições da Hungria, Polónia, Checoslováquia, Bulgária, Romênia, Iugoslávia, Albânia, China e Cuba.

² R. NAMORADO. *Introdução ao direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 28.

³ The first cooperative laws were passed in the second half of the 19th century in the then industrializing countries. They came in reaction to the perceived inadequacy of stock company law for the regulation of cooperatives and therefore distinguished cooperatives from stock companies. In these countries, modern cooperatives had emerged prior to this legislation. In other countries, especially in the former colonies, things happened in the reverse order and roughly half a century later. Still other countries saw the emergence of cooperatives and their regulation happen concomitantly, mainly through immigrants from Europe or through eclectic borrowing. H. HENRÝ. *Guidelines for cooperative legislation*. Geneva: ILO, 2012. p. 10.

⁴ “É do mesmo ano (1917) a revolução soviética, origem de um modelo constitucional que compreendia, entre outros aspectos, a expressa menção ao fenómeno cooperativo. Um conjunto de países viria a adoptar uma filosofia comum, em que é visível a influência da Constituição Soviética de 1936. Na Constituição Soviética de 1977, o papel das Cooperativas foi claramente reforçado, merecendo destaque o relevo assumido pelo ramo agrário. Este modelo, embora com especificidades mais ou menos significativas, que não põem em causa a valorização constitucional das Cooperativas, foi seguido: pela Constituição da Hungria de 1949, pela Polónia de 1952, pela da Checoslováquia de 1960, pela da Bulgária de 1971, pela Constituição romena de 1974, pela Constituição da Iugoslávia de 1974, pela da Albânia de 1976, pela Constituição de 1982 da República Popular da China e pela Constituição de Cuba de 1976. No entanto, o facto de, em última instância, serem idênticos os modelos de sociedade expressos neste conjunto de constituições não impediu uma apreciável multiplicidade de formas de integração das práticas cooperativas, e mesmo do seu âmbito e do tipo de inserção social que se lhes apontava”. NAMORADO, op. cit., p. 132.

Cabe ressaltar ainda que, particularmente em Cuba, onde vige o Regime Socialista, o Cooperativismo vive um momento de efervescência. Efetivamente, se desde 1940⁵, sob influência do Cooperativismo Soviético, houve um forte incentivo ao Cooperativismo Agrário, notadamente através de três modelos conhecidos como “Cooperativas de Crédito e Serviços (CCS); “Cooperativa de Produção Agropecuária (CPA) e “Unidade Básica de Produção Cooperativa (UBPC)”⁶.

Na atualidade, o momento de “Atualização do modelo econômico cubano” levou à valorização do Cooperativismo⁷ como possibilidade de enfrentamento da crise econômica que atravessa o país⁸. Como refere Musa:

⁵ En Cuba, como en otros países que han intentado construir el socialismo bajo la influencia del “modelo soviético”, el Estado ha promovido la creación de cooperativas, pero solo en el sector agropecuario, donde ellas se evidencian como formas más socializadas que los productores privados y más eficientes que las grandes empresas estatales. Antes del triunfo revolucionario, se tienen solo algunas referencias sobre la existencia de cooperativas de transporte, de profesionales y asociaciones de campesinos privados, pero que no parecieron destacarse como tales. Aunque la Constitución del 1940 hace referencia a que el Estado cubano brindaría apoyo a la formación de cooperativas, no se tuvo una ley de cooperativas hasta que en 1982 se aprobó la Ley de Cooperativas Agropecuarias. HARNECKER, Camila Piñeiro. Las cooperativas em el nuevo modelo económico cubano. In: P. VIDAL; O. PÉREZ. *Miradas a la economía cubana*. El proceso de actualización. La Habana: Caminos, 2012. P. 80.

⁶ “En la actualidad existen tres tipos de cooperativas en Cuba, todas en el sector agropecuario: Cooperativa de Crédito y Servicios (CCS) desde 1960 – cooperativa de consumo de empresarios: asociación de agricultores privados que se unen para utilizar equipos, recibir créditos y comercializar – los asociados mantienen la propiedad de sus tierras y las trabajan separados, generalmente contratando fuerza de trabajo; Cooperativa de Producción Agropecuaria (CPA) desde 1975 – cooperativa de producción: asociados trabajan en conjunto en tierras de propiedad colectiva – los asociados venden sus tierras a la cooperativa, si las tuvieran • Unidad Básica de Producción Cooperativa (UBPC) desde 1993 – combinación o híbrido entre empresa estatal y cooperativa: los asociados trabajan en conjunto en tierras usufructuadas colectivamente y con medios de producción colectivos comprados al Estado”. *Ibid.*, p. 80.

⁷ Não obstante à valorização do Cooperativismo no contexto de atualização do modelo econômico cubano, Harnecker aponta como uma barreira ao desenvolvimento do Cooperativismo uma visão estatista de socialismo que entende o Cooperativismo como um retrocesso na construção socialista: “Barreras conceptuales: 1) Visión estatista del socialismo que entiende que solo la empresa administrada por representantes del Estado es compatible con la construcción socialista. Se asume la crítica del Ché a las cooperativas y empresas autogestionadas en general por responder a intereses grupales en lugar de sociales (Yaffe, 2011), pero sin tener em cuenta que se pueden establecer mecanismos de regulación más o menos indirecta para guiar a las cooperativas hacia la internalización de intereses sociales. Bajo esta visión no parece posible que los intereses grupales de las cooperativas se puedan articular com intereses sociales más amplios sin la intervención directa del Estado”. *Ibid.*, p. 85.

⁸ “Los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados por el VI Congreso del PCC en abril de 2012, mencionan a las cooperativas como una de las formas empresariales no estatales que tendrán cabida en el nuevo modelo económico a instaurar en los próximos años en nuestro país. Ellas son mencionadas 15 veces y se le dedican 5 lineamientos (25-29)”. *Ibid.*, p. 82.

En Cuba se impone hoy la actualización del modelo económico, y las líneas políticas fundamentales que para ello se trazan, anuncian que el empleo de la cooperativa trascenderá la esfera agropecuária de la economía, para lo cual se requiere una concreción jurídica que garantisse su eficacia y que deberá tener un adecuado sustento em el actual texto constitucional.⁹

Uma questão latente, no que se refere ao Cooperativismo em países de economia centralizada, reside na mitigação da Autonomia e Independência, notadamente em face da forte intervenção estatal, que se revela desde a criação das sociedades cooperativas, perpassando todo o seu funcionamento. Rui Namorado, ao referir o Princípio da Autonomia e Independência, refere claramente que a experiência do cooperativismo em países de economia centralizada é que evidenciou a necessidade de tal independência em relação ao Estado¹⁰.

Ressalvando-se a experiência singular dos países de economia centralizada, no que concerne aos Estados inseridos na lógica capitalista, verifica-se uma grande variedade de tratamentos jurídicos ao fenômeno cooperativo. Com efeito, o pesquisador de Direito Cooperativo Antonio Fici¹¹ observa que, somente na Europa há pelo menos seis diferentes modelos de legislação cooperativa, que vão desde países que possuem um Código Cooperativo (como é o caso de Portugal) até inexistência de uma Lei Cooperativista (como é o caso da Irlanda). Evidentemente, a relação que o Estado mantém com o Cooperativismo está intrinsecamente ligada ao papel constitucional que é lhe atribuído e da coincidência entre os objetivos estatais e os preconizados pelo Cooperativismo.¹²

⁹ O. MUSA. *La cooperativa como figura jurídica*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 83.

¹⁰ “O desmoroamento do modelo soviético e as mutações no tipo de intervenção do Estado nos países em desenvolvimento, veio colocar no cerne da identidade cooperativa a necessidade de as cooperativas serem realmente independentes do Estado”. R. NAMORADO. *Estudos de direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 33.

¹¹ “In Europe alone there are at least six formally different models of cooperative legislation (ranging from a cooperative code, as in Portugal, to the absence of a cooperative law, as in Ireland)¹⁵, and this scheme would appear yet more complex if one also considers the duality general laws/special laws on particular types of cooperatives (France is an example evident in this respect), the residual (i.e., gap-filling) application of company law rules to cooperatives, the alternative default/mandatory rules in the regulation of cooperatives and the degree of regulatory power awarded to cooperative statutes, etc”. A. FICI. Cooperative identity and the law. *Euricse Working Paper*, [S.l.], n. 023, 2012. Disponível em: <www.euricse.eu>. Acesso em: 14 ago. 2013.

¹² “[...] depende também, naturalmente, da atitude assumida pelo Estado em face das cooperativas. De facto, pode imaginar-se uma escala de possibilidades que vá da hostilidade até a implicação solidária, percorrendo zonas intermédias, que se traduziriam em vários graus de indiferença ou de envolvimento. Mas a orientação política de um governo tende, também, naturalmente, a influenciar a sua atitude para com as cooperativas. Se estivermos perante um governo liberal-conservador (ou neoliberal), as cooperativas tenderão a ser encaradas como uma perturbante excrecência de não-capitalismo (uma

No Brasil, na atualidade, há disposições constitucionais no sentido do apoio e estímulo ao Cooperativismo¹³ e da não interferência estatal no funcionamento das Cooperativas¹⁴. Nesse sentido, apresenta-se como objeto do presente estudo o histórico do tratamento constitucional das Cooperativas, pelo Direito Brasileiro e as relações estabelecidas com o Estado, variando entre períodos de liberdade e de intervenção.

2 AS SOCIEDADES COOPERATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

No Direito Brasileiro, as Cooperativas são, tradicionalmente, consideradas como forma societária *sui generis*, com personalidade jurídica de direito privado, recebendo tratamento jurídico próprio e distinguindo-se das demais sociedades pela ausência de finalidade lucrativa, não obstante ao exercício de uma atividade econômica.

Pode-se dizer, igualmente — não obstante à inexistência de disposição constitucional anteriormente à Constituição de 1988 — que a postura Estatal em relação às Sociedades Cooperativas é tradicionalmente de estímulo a tais sociedades. Essa relação, todavia, entre Estado e Sociedades Cooperativas, não se estabeleceu de forma linear, estando sujeita, no decorrer do último século, a avanços e retrocessos, notadamente marcada pela intervenção estatal em Cooperativas, que se pretende abordar.

espécie de arcaísmo pré-capitalista), pelo que correm um risco acrescido de ser proscritas ou banalizadas, ficando ainda desamparadas perante todas as possíveis pulsões de auto-flagelação. Se o governo estiver próximo de uma posição socialista, marcada por uma efectiva vontade de transformação, que não se subordine à lógica capitalista, as cooperativas podem ser valorizadas como autênticas ilhas de futuro, antecipações de uma lógica alternativa ao lucrativismo dominante, sem deixarem de ser apoiadas pelo facto serem socialmente úteis no imediato. Se o governo seguir por uma via social-democrática moderada, com subalternização das pulsões de alternatividade, é natural que adopte uma posição estritamente imediatista, valorizando apenas a utilidade directa das cooperativas na qual tenderiam a ficar encerradas. Nesta perspectiva, podem ser destacadas, quer a capacidade de proteger e apoiar os mais fracos, quer o potencial de atenuação das seqüelas mais duras do capitalismo. Nesta última hipótese, tal como na anterior, é de esperar que se instituem políticas sustentadas de apoio às cooperativas, ainda que de natureza e de intensidades diferentes, em cada um dos casos". R. NAMORADO. *Cooperativismo: um horizonte possível*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/229.pdf>> Acesso em 10 ago. 2013.

¹³ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013

¹⁴ "Art. 5o [...] XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento". BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013

2.1. Histórico

Vergílio Perius,¹⁵ ao abordar as Sociedades Cooperativas no Direito Brasileiro, propõe três fases, assim denominadas: Inicialmente, uma fase de Constituição do ordenamento, que se estende de 1932 a 1938; uma fase de Intervenção do Estado nas Sociedades Cooperativas, que se estende entre 1938 e 1988 e, por fim, com o advento da Constituição Federal de 1988, uma fase de Autogestão, momento em que resta vedada a intervenção estatal em Cooperativas.

A partir da análise da relação estabelecida entre Estado e Cooperativas no decorrer de tais fases é possível verificar a evolução das formas de controle exercidas pelo Estado em relação a tais sociedades, condizentes com a evolução do próprio paradigma estatal, migrando de um sistema de intervenção estatal direta em Sociedades Cooperativas para um modelo contemporâneo em que o Estado atua como um fomentador do Cooperativismo, todavia, garantindo-lhe a liberdade de organização, abstendo-se de intervir em seu funcionamento.

2.2. Do Decreto 22.239/32 ao Decreto-Lei No 581/38: da liberdade de criação intervenção estatal

No ordenamento jurídico brasileiro, a primeira legislação específica a disciplinar sociedades cooperativas foi o Decreto n. 22.239, de 19 de dezembro de 1932, que dispunha que as sociedades cooperativas poderiam ter natureza civil ou mercantil, tratando-se de sociedades de pessoas e não de capital, *sui generis*, sendo que o art. 2º da referido Decreto¹⁶ determinava às Cooperativas a observância

¹⁵ V. PERIUS. *Cooperativismo e lei*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001. p. 28.

¹⁶ Analisando-se as peculiaridades do Decreto 22.239/32 em relação a Lei 5764/71 que atualmente disciplina as sociedades cooperativas, verifica-se que, segundo o referido Decreto, as sociedades cooperativas possuíam natureza civil ou mercantil; que era possível a constituição de cooperativas com o número mínimo de sete associados; que era possível a distribuição de lucro aos associados (proporcionalmente a suas operações), enquanto segundo dispõe a Lei 5764/71, as sociedades cooperativas possuem natureza civil, podem ser constituídas com o número mínimo de vinte sócios (ressalvadas as Cooperativas de Trabalho, disciplinadas pela Lei 12.690/2012, que podem ser constituídas com sete associados) e que os lucros (aqui compreendidos como resultado de operações com terceiros e contabilizados como atos não cooperativos) são destinado ao Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social (FATES), fundo este, indivisível. Dispõe o art. 2º do Decreto 22.329/38: “Art. 2º As sociedades cooperativas, qualquer que seja a sua natureza, civil ou mercantil, são sociedades de pessoas e não de capitais, de fôrma jurídica *sui-generis*, que se distinguem das demais sociedades pelos pontos característicos que se seguem, não podendo os estatutos consignar disposições que os infrinjam: a) variabilidade do capital social, para aquelas que se constituem com capital social declarado; b) não limitação do número de associados, sendo, entretanto, este número no mínimo de sete; c) limitação do valor da soma de quotas-partes do capital social que cada associado poderá possuir; d) inaccessibilidade das quotas-partes do capital social, a terceiros estranhos á sociedade, ainda mesmo em causa-mortis; e) quorum para funcionar e deliberar a assembléa geral fundado no número de associados presentes á reunião e não no capital social representado; f) distribuição de lucros ou sóbras proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo associado com a sociedade, podendo ser atribuído ao capital-

de características muito semelhantes às dispostas pela Lei 5764/71, que rege as cooperativas atualmente.

Aspecto extremamente relevante para a análise que se pretende realizar é que, segundo o referido normativo, havia a possibilidade de constituição de sociedades cooperativas sem necessidade de autorização governamental, ressalvado o caso específico das Cooperativas de Crédito e de Seguros¹⁷.

A postura do Estado, nesse momento, não obstante a inexistência de regra explícita de fomento, era de estimulador das Sociedades Cooperativas, na medida em que garantia tratamento tributário privilegiado¹⁸ às Cooperativas de natureza civil e às de caráter mercantil, desde que não houvesse distribuição de resultados aos associados proporcionalmente ao capital.

Com o advento da Constituição de 1937 – o primeiro texto constitucional a fazer referência expressa a sociedades cooperativas – passava a competir privativamente à União legislar sobre “as cooperativas e instituições destinadas a recolher e a empregar a economia popular”¹⁹.

-social um juro fixo, não maior de 9% ao ano, previamente estabelecido nos estatutos, ou ausência completa de distribuição de lucros ou, no caso de fixação de um dividendo a distribuir aos associados, ser o mesmo determinado também nos estatutos até o máximo de 12 % ao ano, proporcional ao valor realizado das quotas-partes do capital; g) indivisibilidade do fundo de reserva entre os associados, mesmo em caso de dissolução da sociedade; h) singularidade de voto nas deliberações, isto é, cada associado tem um só voto, quer a sociedade tenha, ou não, capital-social, e esse direito é pessoal e não admite representação, *sinão (sic)* em casos especiais, taxativamente expressos nos estatutos, não sendo, nesses casos, permitido a um associado representar mais que um outro; i) área de ação determinada”. BRASIL. *Decreto n 22.239 de 19 de dezembro de 1932*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22239.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

¹⁷ Art. 12. Em regra, as sociedades cooperativas podem se constituir sem autorização do governo; dependendo dela, entretanto, as que se proponham efetuar: a) operações de crédito real, emitindo letras hipotecárias; b) operações de crédito de caráter mercantil, salvo as que forem objeto dos bancos de crédito agrícola, caixas rurais e sociedades de crédito mútuo; c) seguros de vida, em que os benefícios ou vantagens dependam de sorteio ou cálculo de mortalidade. BRASIL. *Decreto n 22.239 de 19 de dezembro de 1932*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22239.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

¹⁸ “Art. 39. As cooperativas de natureza civil, conforme a enumeração do artigo anterior, e as de caráter mercantil que não distribuam dividendos aos associados proporcionalmente ao capital, gozam (*sic*) de isenção do imposto sobre a renda, não se considerando dividendo o juro fixo a que se refere a alínea f do art. 2º”. *Ibid.*

¹⁹ Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: [...] XIX - as cooperativas e instituições destinadas a recolher e a empregar a economia popular. BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 14 Set. 2013.

Cabe ressaltar que a Constituição de 1937 foi produto de um momento histórico conturbado no país²⁰ – que, conforme refere o preâmbulo do texto constitucional – foi marcado pela existência de um “estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista” a exigir remédios, “de caráter radical e permanente”.

Dessa forma, a primeira menção constitucional às Sociedades Cooperativas não se tratou de uma norma de fomento ou mesmo do reconhecimento de suas características próprias: pelo referido texto as Cooperativas foram incluídas no rol de temas que, devido a sua relevância (ou, em outras palavras, sua possível tendência comunista), teriam sua legislação pertinente como competência privativa da União. Com efeito, tal dispositivo firmou as bases para a institucionalização da intervenção do Estado nas sociedades cooperativas, que foi instaurada, na sequência, em 1938.

Em verdade, essa postura de intervenção em Cooperativas, por regimes totalitários, é recorrente. Na Itália, sob o regime fascista, todo o sistema cooperativo foi posto sob vigilância²¹, com a revogação da legislação especial que tratava de sociedades cooperativas e a equiparação das Cooperativas às demais sociedades, com a abolição de tratamentos jurídicos privilegiados:

Uno dei principali obiettivi della politica governativa in matéria di cooperazione fu, come si è visto, lo smantellamento della legislazione speciale, mediante l’abolizione di esenzioni fiscal o di norme particolari riguardanti le cooperative, nel tentativo di equipararle,

²⁰ “Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravamento dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; atendendo ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País. Ibid.

²¹ “I primi provvedimenti adottati dal governo in matéria cooperativa, concernenti il riordinamento della commissione centrale di controllo, la soppressione della commissione centrale delle cooperative ed enti di consumo e la riforma dell’Istituto nazionale di credito per la cooperazione furono il segnale più evidente della determinazione di sottoporre ad una più stretta vigilanza degli organi ministeriali l’intero movimento cooperativo”. A. CAROLEO. *Il movimento cooperative in Italia nel primo dopoguerra*. Milano: Franco Angeli, 1986. p. 276.

sendo presuposti teorici ispiranti al più puro liberismo, alle società di fatto.²²

Na Alemanha nazista o fenômeno foi semelhante, com a nomeação de interventores em Cooperativas, a eliminação de Cooperativas e de isenções fiscais, como refere Schneider:

Hitler, ao assumir o poder ditatorial na Alemanha em 1933, além de destituir e perseguir as principais lideranças do cooperativismo de consumo, organizou também todos os setores produtivos sob formas semelhantes às das corporações italianas [...]. O Governo nazista passou a nomear interventores em todas as cooperativas, especialmente nas cooperativas de consumo. Forçou-se a fusão das três federações de consumo numa só e, através de lei de 1935, se passou a exigir que os fundos de reserva das cooperativas tinham que ser eliminados até 1940. Posteriormente, as 80 maiores cooperativas de consumo foram eliminadas, perdendo-se com isso mais da metade das operações das cooperativas de consumo, bem como 60% dos seus fundos. Por fim, suprimiram-se também todas as isenções fiscais.²³

Nesse espírito, no Brasil, com o advento do Decreto-Lei No 581, de 1º de agosto de 1938, que dispunha sobre “registro, fiscalização e assistência de sociedades cooperativas [...]” criou-se um Registro obrigatório²⁴, para as sociedades cooperativas, sendo que as mesmas ficavam sujeitas à fiscalização do Estado²⁵, distribuída a Órgãos da Administração Direta.

²² Ibid., p. 284.

²³ J. SCHNEIDER. *Democracia, participação e autonomia cooperativa*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 125.

²⁴ Art. 2º Fica criado um registro administrativo obrigatório, na Diretoria de Organização e Defesa da Produção do Ministério da Agricultura, para efeito de assistência técnica e fiscalização às cooperativas, bem como estatística e informações. BRASIL. *Decreto-lei n. 581, de 1º de agosto de 1938*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1581.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

²⁵ Art. 15. Ficam sujeitas à fiscalização do Ministério da Agricultura, por intermédio da Diretoria de Organização e Defesa da Produção: a) as cooperativas agrícolas de qualquer espécie, inclusive as de indústrias rurais, de crédito e de seguro; b) as federações dessas cooperativas. Art. 16. Ficam sujeitas à fiscalização do Ministério da Fazenda, pelos órgãos especializados: a) as cooperativas de crédito urbano; b) as federações dessas cooperativas. Art. 17. Serão fiscalizadas pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio: a) as cooperativas de seguro; b) as cooperativas de trabalho, ou produção industrial; c) as cooperativas de construção de casas; d) as cooperativas de consumo; e) as federações dessas cooperativas. Art. 18. As cooperativas não enumeradas nos artigos anteriores, ficam sujeitas à fiscalização dos Ministérios da Agricultura, da Fazenda e do Trabalho, Indústria e Comércio, res-

Entre as competências que o referido Decreto atribuía aos órgãos fiscalizadores estavam a possibilidade de convocar assembleias e presidi-las, “nos casos comprovados de violação de lei e de disposições regulamentares”²⁶, bem como a de aplicar multas e cassar o registro de Cooperativas²⁷, até a substituição da administração.

Os textos constitucionais posteriores (de 1946 e de 1967) não fizeram menção expressa às Sociedades Cooperativas permanecendo, as mesmas, sob o controle e a intervenção do Estado.

2.3 O Estatuto da Terra e a Lei 5764/71: novos regramentos, mesma intervenção

Em 1964, com o advento do Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), houve o reconhecimento do direito de propriedade de terra em condomínio, sob a forma de sociedades cooperativas.

Os Estatutos Sociais dessas Cooperativas, segundo o art. 3º da Lei 4.504/64²⁸, deveriam passar por aprovação do Estado (na oportunidade, o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária – IBRA), que, segundo o normativo, estabeleceria as “condições mínimas de democratização” de tais sociedades.

O Estado, nesse período, estabelece um aparato de controle, avocando a competência de ser o garantidor do processo democrático em sociedades cooperativas, mediante controle prévio. Dito de outro modo, a autonomia privada dos associa-

pectivamente, de conformidade com a sua natureza. BRASIL. *Decreto-lei n. 581, de 1o de agosto de 1938*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1581.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

²⁶ Art. 21. A Diretoria de Organização e Defesa da Produção, bem como os demais órgãos fiscalizadores, poderão determinar ou fazer a convocação das assembleias gerais e presidí-las nos casos comprovados de violação de lei e de disposições regulamentares. *Ibid*.

²⁷ Art. 24. As cooperativas que não observarem as prescrições do presente decreto-lei serão aplicadas multas de 100\$ até 5:000\$000. § 1o A Diretoria de Organização e Defesa da Produção, nos casos de infrações reiteradas de lei e de disposições regulamentares, cassará o registro das cooperativas, por iniciativa própria, se se tratar de cooperativas sob a fiscalização do Ministério da Agricultura, ou por solicitação dos demais órgãos fiscalizadores, se se tratar de cooperativas fiscalizadas pelo Ministério da Fazenda e pelo do Trabalho, Indústria e Comércio, ficando impedidas as mesmas de funcionar até que seja substituída a sua administração. *Ibid*.

²⁸ Art. 3o O Poder Público reconhece às entidades privadas, nacionais ou estrangeiras, o direito à propriedade da terra em condomínio, quer sob a forma de cooperativas quer como sociedades abertas constituídas na forma da legislação em vigor. Parágrafo único. Os estatutos das cooperativas e demais sociedades, que se organizarem na forma prevista neste artigo, deverão ser aprovados pelo Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (I.B.R.A.) que estabelecerá condições mínimas para a democratização dessas sociedades. BRASIL. *Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964*. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

dos, no estabelecimento de regras estatutárias, sofria intervenção direta do Estado, através de seus órgãos de fiscalização.

Em 1971, as Sociedades Cooperativas passaram a ser reguladas pela Lei 5764/71, revogando-se todos os demais normativos atinentes a tais sociedades.

Com efeito, a Lei 5764/71 dá início a nova fase das Sociedades Cooperativas no ordenamento jurídico brasileiro, dispondo, de início, sobre a “Política Nacional de Cooperativismo”²⁹, reconhecendo oficialmente, pela primeira vez, o interesse público sobre a matéria e conferindo ao Estado a atribuição de estimular as atividades do Cooperativismo, principalmente através da prestação de assistência técnica e de incentivos financeiros e creditórios especiais.

Segundo a Lei 5764/71, as Sociedades Cooperativas são constituídas por pessoas físicas³⁰ que se unem para o exercício de uma atividade econômica, sem objetivo de lucro³¹. Ainda segundo o normativo as Cooperativas possuem natureza civil e própria e são constituídas para prestar serviços aos próprios associados³².

²⁹ Art. 1º Compreende-se como Política Nacional de Cooperativismo a atividade decorrente das iniciativas ligadas ao sistema cooperativo, originárias de setor público ou privado, isoladas ou coordenadas entre si, desde que reconhecido seu interesse público. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

Art. 2º As atribuições do Governo Federal na coordenação e no estímulo às atividades de cooperativismo no território nacional serão exercidas na forma desta Lei e das normas que surgirem em sua decorrência. Parágrafo único. A ação do Poder Público se exercerá, principalmente, mediante prestação de assistência técnica e de incentivos financeiros e creditórios especiais, necessários à criação, desenvolvimento e integração das entidades cooperativas. *Ibid.*

³⁰ Cabe explicitar que a Lei 5764/71 apresenta três categorias de Cooperativas, a saber: (1) Singulares; (2) Centrais e Federações; (3) Confederações, às quais a doutrina se refere, didaticamente, como de 1º, 2º e 3º graus, respectivamente. Art. 6º As sociedades cooperativas são consideradas: I - singulares, as constituídas pelo número mínimo de 20 (vinte) pessoas físicas, sendo excepcionalmente permitida a admissão de pessoas jurídicas que tenham por objeto as mesmas ou correlatas atividades econômicas das pessoas físicas ou, ainda, aquelas sem fins lucrativos; II - cooperativas centrais ou federações de cooperativas, as constituídas de, no mínimo, 3 (três) singulares, podendo, excepcionalmente, admitir associados individuais; III - confederações de cooperativas, as constituídas, pelo menos, de 3 (três) federações de cooperativas ou cooperativas centrais, da mesma ou de diferentes modalidades”. *Ibid.*

³¹ Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro. *Ibid.*

³² Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes; III - limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais; IV - inessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade; V - singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, fede-

As características de uma sociedade cooperativa, elencadas em Lei, a apresentam como:

- I sociedade de pessoa físicas (excepcionalmente admitidas pessoas jurídicas), na qual as características pessoais dos sócios são relevantes por ocasião de sua associação e da manutenção de sua característica de sócio, portanto inviável a cessão de capital a terceiros, estranhos à sociedade;
- II sociedades democráticas, nas quais os sócios possuem liberdade de ingresso e de recesso, expressa na adesão voluntária e livre; nas quais a singularidade de voto (nas cooperativas singulares) estabelece que todos os associados tem direito a um voto, independentemente do capital que tiverem integralizado na sociedade;
- III sociedades que buscam a consecução da igualdade, que distribuem seus resultados proporcionalmente às operações realizadas pelos associados (e não proporcionalmente ao capital) e constituem fundos para assistência técnica, educacional e social, objetivando a melhora da condição dos associados.

Relevante referir que, a Lei 5764/71 delegava ao denominado “Órgão Executivo Federal de Controle” a competência para controlar as sociedades cooperativas, desde a sua criação (onde fazia-se necessário que o referido órgão concedesse a “autorização de funcionamento”³³), passando pelas suas operações e, finalizando, com o controle de seu processo de dissolução e liquidação.

rações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade; VI - quorum para o funcionamento e deliberação da Assembleia Geral baseado no número de associados e não no capital; VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia Geral; VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social; IX - neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social; X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa; XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³³ SEÇÃO I. Da Autorização de Funcionamento. Art. 17. A cooperativa constituída na forma da legislação vigente apresentará ao respectivo órgão executivo federal de controle, no Distrito Federal, Estados ou Territórios, ou ao órgão local para isso credenciado, dentro de 30 (trinta) dias da data da constituição, para fins de autorização, requerimento acompanhado de 4 (quatro) vias do ato constitutivo, estatuto e lista nominativa, além de outros documentos considerados necessários. Art. 18. Verificada, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a contar da data de entrada em seu protocolo, pelo respectivo órgão executivo federal de controle ou órgão local para isso credenciado, a existência de condições de funcionamento da cooperativa em constituição, bem como a regularidade da documentação apresentada, o órgão controlador devolverá, devidamente autenticadas, 2 (duas) vias à cooperativa, acompanhadas de documento dirigido à Junta Comercial do Estado, onde a entidade estiver sediada, comunicando a aprovação do ato constitutivo da requerente. § 1º Dentro desse prazo, o órgão controlador, quando julgar conveniente, no interesse do fortalecimento do sistema, poderá ouvir o Conselho Nacional de Cooperativismo, caso em que não se verificará a aprovação automática prevista no parágrafo seguinte.

De acordo com a Lei 5764/71, o Órgão poderia estabelecer as normas de formação do capital social³⁴, opinar em processos de fusão e de incorporação de Cooperativas³⁵, deveria ser ouvido por ocasião da dissolução voluntária de sociedades cooperativas³⁶, promover a dissolução de Cooperativas³⁷ sob a forma de

§ 2º A falta de manifestação do órgão controlador no prazo a que se refere este artigo implicará a aprovação do ato constitutivo e o seu subsequente arquivamento na Junta Comercial respectiva. § 3º Se qualquer das condições citadas neste artigo não for atendida satisfatoriamente, o órgão ao qual compete conceder a autorização dará ciência ao requerente, indicando as exigências a serem cumpridas no prazo de 60 (sessenta) dias, findos os quais, se não atendidas, o pedido será automaticamente arquivado. § 4º À parte é facultado interpor da decisão proferida pelo órgão controlador, nos Estados, Distrito Federal ou Territórios, recurso para a respectiva administração central, dentro do prazo de 30 (trinta) dias contado da data do recebimento da comunicação e, em segunda e última instância, ao Conselho Nacional de Cooperativismo, também no prazo de 30 (trinta) dias, exceção feita às cooperativas de crédito, às seções de crédito das cooperativas agrícolas mistas, e às cooperativas habitacionais, hipótese em que o recurso será apreciado pelo Conselho Monetário Nacional, no tocante às duas primeiras, e pelo Banco Nacional de Habitação em relação às últimas. § 5º Cumpridas as exigências, deverá o despacho do deferimento ou indeferimento da autorização ser exarado dentro de 60 (sessenta) dias, findos os quais, na ausência de decisão, o requerimento será considerado deferido. Quando a autorização depender de dois ou mais órgãos do Poder Público, cada um deles terá o prazo de 60 (sessenta) dias para se manifestar. § 6º Arquivados os documentos na Junta Comercial e feita a respectiva publicação, a cooperativa adquire personalidade jurídica, tornando-se apta a funcionar. § 7º A autorização caducará, independentemente de qualquer despacho, se a cooperativa não entrar em atividade dentro do prazo de 90 (noventa) dias contados da data em que forem arquivados os documentos na Junta Comercial. § 8º Cancelada a autorização, o órgão de controle expedirá comunicação à respectiva Junta Comercial, que dará baixa nos documentos arquivados. § 9º A autorização para funcionamento das cooperativas de habitação, das de crédito e das seções de crédito das cooperativas agrícolas mistas subordina-se ainda, à política dos respectivos órgãos normativos. § 10. A criação de seções de crédito nas cooperativas agrícolas mistas será submetida à prévia autorização do Banco Central do Brasil. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³⁴ Art. 25. Para a formação do capital social poder-se-á estipular que o pagamento das quotas-partes seja realizado mediante prestações periódicas, independentemente de chamada, por meio de contribuições ou outra forma estabelecida a critério dos respectivos órgãos executivos federais. *Ibid.*

³⁵ Art. 57. Pela fusão, duas ou mais cooperativas formam nova sociedade. [...] § 2º Aprovado o relatório da comissão mista e constituída a nova sociedade em Assembleia Geral conjunta os respectivos documentos serão arquivados, para aquisição de personalidade jurídica, na Junta Comercial competente, e duas vias dos mesmos, com a publicação do arquivamento, serão encaminhadas ao órgão executivo de controle ou ao órgão local credenciado. *Ibid.*

³⁶ Art. 65. Quando a dissolução for deliberada pela Assembléia Geral, esta nomeará um liquidante ou mais, e um Conselho Fiscal de 3 (três) membros para proceder à sua liquidação. § 1º O processo de liquidação só poderá ser iniciado após a audiência do respectivo órgão executivo federal. [...]. *Ibid.*

³⁷ Art. 64. Quando a dissolução da sociedade não for promovida voluntariamente, nas hipóteses previstas no artigo anterior, a medida poderá ser tomada judicialmente a pedido de qualquer associado ou por iniciativa do órgão executivo federal. *Ibid.*

liquidação extrajudicial³⁸, autorizar a participação de Cooperativas em sociedades não cooperativas³⁹ e, finalmente, intervir nas Cooperativas⁴⁰.

Walmor Franke, em relação à legislação vigente à época, refere a legalidade da intervenção estatal em Cooperativas e que o referido controle não estaria adstrito apenas a questões estatutárias mas, inclusive, à análise da viabilidade da Cooperativa:

O órgão federal de controle – Banco Central do Brasil, Banco Nacional da Habitação ou Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – deverá examinar não só o preenchimento dos requisitos exigidos para a validade dos Estatutos, bem como verificar, por igual, se a cooperativa em constituição tem condições de funcionamento [...]. Neste caso, é evidente que o exame atinente às possibilidades de funcionamento da cooperativa em formação deverá ser mais acurado, sendo lícito ao órgão controlador, no interesse do próprio sistema, exigir da requerente elementos que permitam concluir pela sua viabilidade⁴¹.

³⁸ Art. 75. A liquidação extrajudicial das cooperativas poderá ser promovida por iniciativa do respectivo órgão executivo federal, que designará o liquidante, e será processada de acordo com a legislação específica e demais disposições regulamentares, desde que a sociedade deixe de oferecer condições operacionais, principalmente por constatada insolvência. § 1º A liquidação extrajudicial, tanto quanto possível, deverá ser precedida de intervenção na sociedade. § 2º Ao interventor, além dos poderes expressamente concedidos no ato de intervenção, são atribuídas funções, prerrogativas e obrigações dos órgãos de administração. Ibid.

³⁹ Art. 88. Mediante prévia e expressa autorização concedida pelo respectivo órgão executivo federal, consoante as normas e limites instituídos pelo Conselho Nacional de Cooperativismo, poderão as cooperativas participar de sociedades não cooperativas públicas ou privadas, em caráter excepcional, para atendimento de objetivos acessórios ou complementares. Parágrafo único. As inversões decorrentes dessa participação serão contabilizadas em títulos específicos e seus eventuais resultados positivos levados ao “Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social”. Ibid.

⁴⁰ Art. 93. O Poder Público, por intermédio da administração central dos órgãos executivos federais competentes, por iniciativa própria ou solicitação da Assembléia Geral ou do Conselho Fiscal, intervirá nas cooperativas quando ocorrer um dos seguintes casos: I - violação contumaz das disposições legais; II - ameaça de insolvência em virtude de má administração da sociedade; III - paralisação das atividades sociais por mais de 120 (cento e vinte) dias consecutivos; IV - inobservância do artigo 56, § 2º. Parágrafo único. Aplica-se, no que couber, às cooperativas habitacionais, o disposto neste artigo. Art. 94. Observar-se-á, no processo de intervenção, a disposição constante do § 2º do artigo 75. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁴¹ W. FRANKE. Influência Rochdaleana na legislação cooperativista brasileira e problemas atuais. In: FRANKE, Walmor. *A interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio, 1988. p. 18.

Nesse mesmo sentido, Vergilio Perius, ao analisar a Lei 5764/71 sob a égide do ordenamento constitucional vigente à época, refere os três tipos de controles então existentes: o Controle Democrático; o Controle Oficial e o Controle Operacional.⁴² Dessa forma, o Controle Democrático se estabelece através das Assembleias Gerais de Sócios e da estruturação de um Conselho Fiscal formado por Sócios; o Controle Oficial, exercido pelo Estado desde a autorização para funcionamento da Cooperativa pelo Estado até sua dissolução e o Controle Operacional, cujas atividades são exercidas pelos sócios, sob a fiscalização estatal, no que concerne às operações econômicas, na consecução dos objetivos sociais – os denominados “Atos Cooperativos”.

No que tange ao Controle Oficial, refere Perius a sua inadequação à própria definição de sociedade cooperativa, no sentido de que, tratando-se de um empreendimento democrático, o controle também deve ser dotado de tal característica:

a autonomia começou a ser ferida com a questão da autorização prévia para o funcionamento, o que causa grave dano às cooperativas constituídas [...] a autonomia é inerente à própria definição de sociedade cooperativa e não admite, teoricamente, subordinação [...]. Achamos que a autonomia de controle é essencial à preservação e à pureza do próprio sistema cooperativo [...].⁴³

Nesses termos, há a defesa pelo autor do Controle Democrático em detrimento do Controle Oficial, na medida em que este fere a autonomia dos sócios e aquele é a própria expressão da autonomia dos associados, o que é preconizado, inclusive, pelo Princípios Cooperativistas.

Em relação ao Controle Operacional, pode-se dizer que o mesmo se assemelha ao controle exercido, no ordenamento jurídico italiano, ao conceder benefícios fiscais apenas a Cooperativas consideradas “de mutualidade prevalente”, que se caracterizam por operarem, precipuamente, com seus associados (em detrimento de operações com terceiros). No caso do ordenamento jurídico brasileiro, todavia, tal diferenciação (para efeitos societários e tributários), se dá a partir do conceito de Ato Cooperativo, estabelecido pela Lei 5764/71, em seu art. 79 da Lei 5764/71.⁴⁴

⁴² V. PERIUS. Atenuação ou eliminação estatal tendo em vista o projeto de autocontrole. In: M. ROSE (Org.). *A interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 39.

⁴³ V. PERIUS. Atenuação ou eliminação estatal tendo em vista o projeto de autocontrole. In: M. ROSE (Org.). *A interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 48.

⁴⁴ Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais. Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define

Nesse sentido, as Cooperativas, no Brasil, podem praticar Atos Cooperativos e Atos não Cooperativos, sendo que somente na prática dos primeiros é que há tratamento tributário diferenciado:

O controle operacional se deriva das operações da empresa cooperativa com os seus sócios (atos cooperativos) [...]. Portanto, toda a operação feita entre sócios e cooperativas enquadra-se no conceito de ato cooperativo. O que garante juridicamente ao ato cooperativo é o critério de identidade entre sócio e Cooperativa. Esse critério possibilita ao detentor ou dono do capital ser, ao mesmo tempo, beneficiário dos serviços de sua empresa, o que quer dizer, ser fiscal de seus serviços [...]. O critério de identidade nos facilita também o conceito da própria cooperativa, como sendo uma associação voluntária de pessoas que procuram melhorar sua situação sócio-econômica, utilizando o serviço de uma empresa comum, com a qual se identificam plenamente e passam a dirigi-la e a controla-la democraticamente.⁴⁵

Em suma, verifica-se que no período, apresentam-se três espécies de Controles: o Controle Democrático, exercido pelos sócios; o Controle Oficial, exercido pelo Estado desde a autorização para funcionamento até a dissolução da Cooperativa; o Controle Operacional, exercido pelos sócios sob fiscalização do Estado, nas operações econômicas que a Cooperativa realiza com o associado, para a consecução dos objetivos sociais. Verifica-se que o Estado, através do Controle Oficial, intervinha nas regras estabelecidas pelos sócios, a regular suas relações com a Cooperativa e através do Controle Operacional, exercia a fiscalização das operações econômicas realizadas entre a Cooperativa e o Sócio.

2.4 A Constituição Federal de 1988 e o Fim da Intervenção Estatal em Cooperativas

A Constituição Federal de 1988 encerrou, efetivamente, o período de intervenção do Estado em Sociedades Cooperativas, que perdurou entre 1938 e 1988.⁴⁶

a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁴⁵ V. PERIUS, op. cit., p. 52.

⁴⁶ Como afirma Vergílio Perius, a Constituição de 1988 encerrou o período de intervenção estatal em Cooperativas, iniciando o Cooperativismo, nesses termos, sua Fase Autogestionária: “Em 1988, avançou o cooperativismo, pois os constituintes consagraram proteção ao sistema. Trata-se de um grande avanço e, comparando as Constituições de outros países que também o protegem, pode-se afirmar,

Com efeito, dispõe o art. 5º, inciso XVIII, da Constituição Federal: “Art. 5o [...] XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”.

Analisando-se o texto constitucional verifica-se que a Lei 5.764/71 foi recepcionada pelo ordenamento constitucional vigente, excetuando-se as disposições da referida lei atinentes à autorização para funcionamento de Cooperativas, bem como àquelas que se referem à intervenção estatal em Cooperativas, considerando-se que o texto constitucional é expresso ao determinar que a criação de Cooperativas independe de autorização, sendo vedada “a interferência estatal em seu funcionamento”.

Além disso, a Constituição Federal, em seu art. 174, § 2º, dispôs expressamente acerca da postura do Estado em relação ao Cooperativismo, determinando ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, a tarefa de apoiar e estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo⁴⁷.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 alinhou-se às Constituições dos países do chamado “Marco Latino” do Cooperativismo. Tais dispositivos demonstram, claramente, a opção do legislador constitucional pela inclusão do cooperativismo como uma das formas de consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito que, por tal motivo, mantém sua autonomia em relação ao Estado e deve ser fomentado por este.

Com efeito, verifica-se que o legislador constitucional reconheceu as especificidades das Cooperativas, ao recepcionar o conceito de “Ato Cooperativo” a caracterizar as operações econômicas realizadas entre associados e Cooperativas ao dispor, inclusive, sobre a necessidade de legislação complementar a estabelecer o adequado tratamento tributário ao Ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas⁴⁸.

Nesse sentido, encerra-se a fase do “Controle Oficial” de Sociedades Cooperativas pelo Estado, mantendo-se, contudo, o “Controle Operacional”, no que

sem sobra de dúvida, que se trata de um dos melhores textos constitucionais sobre cooperativismo”. V. PERIUS. *Cooperativismo e lei*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001. p. 28.

⁴⁷ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013

⁴⁸ Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

concerne às operações econômicas realizadas entre associado e Cooperativa, no sentido da segregação entre os chamados Atos Cooperativos e Atos não Cooperativos, (notadamente para efeitos tributários) e o “Controle Democrático”, realizado, como referido, pelos próprios sócios, que concerne então às relações associativas estabelecidas entre sócios e Cooperativas, apresentadas aqui como Relações Cooperativo-Comunitárias.

Dessa forma, pode-se dizer que as matérias que, no paradigma constitucional anterior eram objeto do “Controle Oficial” passam a ser de competência dos sócios. Superando, portanto, o modelo anterior de intervenção estatal em Cooperativas, a Constituição Federal rompe, em verdade, com a concepção de um Estado Interventor, confiando então, ao Controle Democrático a tarefa de desenvolver o Cooperativismo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na contemporaneidade, as Cooperativas compreendidas no contexto de um Estado Democrático de Direito que as considera como vetores de desenvolvimento social e econômico se apresentam como alternativa a muitos grupos que o capitalismo tornou subalternos. Todavia, se por um lado pode-se perceber a relevância das Sociedades Cooperativas no contexto da atual ordem constitucional, por outro, no que concerne ao modelo econômico dominante, verifica-se que as Sociedades Cooperativas ocupam papel secundário, configurando-as, como sociedades com ideologia própria⁴⁹, caracterizada pela resistência⁵⁰ ao capitalismo tradicional.⁵¹

⁴⁹ “Por isso, as cooperativas não podem absorver acriticamente a imagem da sociedade construída pela ideologia dominante. O movimento tem de gerar uma capacidade de compreensão própria, que lhe permita escapar à visão da sociedade e do tempo em que vivemos reflectida pela ideologia apologética do capitalismo, para o efeito envolvida pelo manto enganador da objectividade e da cientificidade”. R. NAMORADO. *Estrutura e organização das cooperativas*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/138.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

⁵⁰ “Percebe-se assim a razão por que se reconhece no cooperativismo uma lógica de resistência ao capitalismo e até uma certa energia alternativa, ao mesmo tempo que se verifica a relativa facilidade com que se insere num contexto capitalista. Do mesmo modo se compreende que alguns autores tenham visto no cooperativismo uma terceira via, distinta quer do capitalismo, quer do socialismo, enquanto outros o conceberam como componente incontornável deste último.” Ibid.

⁵¹ [...] *La cooperativa si presenta come l'espressione organizzata di classi economicamente subalterne, mosso dall'intento di sottrarsi all'egemonia delle classi economicamente dominanti. La sua natura di organizzazione di classe si manifesta con tutta evidenza alle origini del fenomeno, che risalgono alla metà dell'Ottocento: Il movimento cooperativo sorge, in Inghilterra, come espressione del proletariato industriale; e sorge, a fianco del sindacato, com movimento della più generale organizzazione della classe operaia. Gli obiettivi anticapitalistici del movimento cooperativo sono chiaramente visibili nelle cooperative di lavoro.* F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*. Padova: CEDAM, 2003. p. 488.

Se, no seu surgimento, as Cooperativas foram integradas por operários, pode-se dizer que, na atualidade, as Cooperativas migraram para todos os ramos da economia onde o crescimento do modelo econômico hegemônico deixou seus excluídos⁵².

Contemporaneamente, as Sociedades Cooperativas inserem-se num contexto de descoincidência, entre os textos constitucionais (que preconizam sociedades justas, fraternas e igualitárias) e um modelo econômico que prioriza a acumulação de capital e a exclusão social. Dessa forma, pode-se dizer que as Cooperativas apresentam-se adequadas ao “vir-a-ser” que as Constituições contemporâneas apontam, todavia, apresentam-se totalmente inadequadas à noção tradicional de economia de mercado. É justamente em virtude dessa identificação com o “vir-a-ser” constitucional que a atribuição de sentido às Sociedades Cooperativas deve superar a dicotomia público X privado, considerando seu caráter de complementariedade⁵³. Pode-se dizer que o Direito contemporâneo é, igualmente, vitimado pela referida “descoincidência” constitucional, motivo pelo qual também considera o Cooperativismo como subalterno⁵⁴.

O desafio do Estado, nesses termos, se consubstancia na consecução de políticas de estímulo ao Cooperativismo que não configurem, todavia, a intervenção do Estado na atuação das Sociedades Cooperativas. A questão se reveste de importância notadamente em um momento histórico que denuncia as insuficiências do Estado para corrigir desigualdades.

⁵² *Na sua gênese, o movimento cooperativo foi um dos aspectos da emergência do movimento operário, sendo por isso naturalmente impregnado pelos valores que levaram ao inconformismo perante as desigualdades sociais, perante a injustiça e a opressão [...]. A questão que se pode aqui levantar é, talvez, a de saber se a forma cooperativa emigrou verdadeiramente para a esfera de grupos sociais distintos dos que estiveram na sua Gênese, ou se, correspondendo ela não a uma específica classe social mas à subalternidade dela, o que aconteceu foi ter-se estendido com naturalidade a todos os grupos sociais ou formas econômicas que a dinâmica histórica foi tornando subalternas. R. NAMORADO. Introdução ao direito cooperativo: por uma expressão jurídica da cooperatividade. Coimbra: Almedina, 2000. p. 20.*

⁵³ “É nítida a sua vocação de complementariedade, em face dos setores público e privado. E as suas virtualidades têm aumentado, por causa, quer do bloqueamento dos modelos cegamente crescimentistas, quer da impotência do sistema capitalista perante persistentes mazelas sociais, quer mesmo por causa do esboroar do coletivismo de Estado”. *Ibid.*, p. 13.

⁵⁴ “O fenômeno cooperativo é um fenômeno social com escassa profundidade histórica, o que não pode deixar de o tornar especialmente sensível às pressões distorcedoras que o atinjam. Tem sido sempre subalterno, nos diversos contextos sócio-econômicos, o que o coloca longe das camadas estruturantes do sistema jurídico, deixando, por isso, de beneficiar da inércia daí resultante, que sempre atenua o impacto das intervenções legislativas mais abruptas e inusitadas”. Tanto mais que essa subalternidade é agravada pelo facto de envolver um desafio às lógicas econômicas dominantes, o que impõe uma maior necessidade de as normas jurídicas serem especialmente eficazes na produção e proteção de um espaço cooperativo autônomo, permanentemente submetido à pressão descaracterizadora da ideologia hegemônica”. *Ibid.*, p. 24.

Verificou-se, no caso brasileiro, que a evolução da forma de tratamento constitucional do Cooperativismo evidencia a o afastamento de um “Controle Oficial” por parte do Estado, delegando-o aos sócios. Superou-se, nesse sentido, o modelo anterior de intervenção estatal em Cooperativas, confiando então, ao Controle Democrático (pelos sócios) a tarefa de desenvolver o Cooperativismo.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A. CAROLEO. *Il movimento cooperative in Italia nel primo dopoguerra*. Milano: Franco Angeli, 1986.
- A. FICI. Cooperative identity and the law. *Euricse Working Paper*, [S.l.], n. 023, 2012. Disponível em: <www.euricse.eu>. Acesso em: 14 ago. 2013.
- F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*. Padova: CEDAM, 2003.
- H. HENRÿ. *Guidelines for cooperative legislation*. Geneva: ILO, 2012.
- J. SCHNEIDER. *Democracia, participação e autonomia cooperativa*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.
- O. MUSA. *La cooperativa como figura jurídica*. Madrid: Dykinson, 2011.
- P. VIDAL; O. PÉREZ. *Miradas a la economía cubana*. El proceso de actualización. La Habana: Caminos, 2012.
- R. NAMORADO. *Cooperativismo: um horizonte possível*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/229.pdf>> Acesso em 10 ago. 2013.
- R. NAMORADO. *Estudos de direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005.
- R. NAMORADO. *Estrutura e organização das cooperativas*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/138.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2013.
- R. NAMORADO. *Introdução ao direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2000.
- V. PERIUS. Atenuação ou eliminação estatal tendo em vista o projeto de autocontrole. In: M. ROSE (Org.). *A interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- V. PERIUS. *Cooperativismo e lei*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001.
- W. FRANKE. Influência Rochdaleana na legislação cooperativista brasileira e problemas atuais. In: FRANKE, Walmor. *A interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio, 1988.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 139-164
ISSN: 1130-2682

BREVES NÓTULAS SOBRE O “NOVO ESTATUTO” DAS
INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL
NO DIREITO NACIONAL E NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

*NOTES ON THE “NEW LEGAL STATUS” OF
PRIVATE SOCIAL SOLIDARITY INSTITUTIONS IN
PORTUGUESE AND EUROPEAN UNION LAW*

LICÍNIO LOPES MARTINS¹

Recepción: 10/07/2015 - Aceptación: 23/08/2015

¹ Doutor em Direito Administrativo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Correio eletrónico: licinio@fd.uc.pt.

RESUMO

Partindo da análise da intensa intervenção legislativa de que tem sido objeto o setor da economia social, quer no Direito português quer no Direito da União Europeia, o texto centra-se nas alterações ao estatuto jurídico das Instituições Particulares de Solidariedade Social, com particular destaque para o alargamento da capacidade jurídica destas entidades, para as alterações na tipicidade legal dos formatos institucionais, para o regime das incompatibilidades, impedimentos, inabilitações, vícios de forma e outras causas de nulidade, regime que, pela sua radicalidade, evidencia uma acrescida rigidez administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: economia social, instituições particulares de solidariedade social, estatuto jurídico, Código de Procedimento Administrativo.

ABSTRACT

Based on the analysis of the intense legislative action to which the sector of social economy has been subject, both in Portuguese law and European Union law, the text focuses on changes to the legal status of private social solidarity institutions, with particular emphasis on the extension of the legal capacity of these entities, in the changes in the legal typicality of institutional formats, in the regime of incompatibilities, impediments, disqualifications, procedural defects and other grounds of invalidity, showing such regime, by its radicality, an increased administrative stiffness.

KEY WORDS: social economy, private social solidarity institutions, legal status, Administrative Procedure Code.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO: A DIMENSÃO ESTRATÉGICA DAS INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL NO DIREITO NACIONAL E NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA. 2. AS INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE E NA DIRECTIVA 2014/24/UE. 2.1. A Jurisprudência do TJUE. 2.2. O regime da Directiva 2014/24/UE. 2.2.1. Exclusão específica de serviços prestados por organizações sem fins lucrativos. 2.2.2. A previsão de um regime especial de contratação pública. 3. A DIMENSÃO ESTRATÉGICA NO PLANO DO DIREITO INTERNO E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO SECTOR COOPERATIVO E SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3.1. Referência, em especial, a alguns segmentos do estatuto revisto das IPSS. 4. BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION: STRATEGIC DIMENSION OF THE PRIVATE SOCIAL SOLIDARITY INSTITUTIONS: THE NATIONAL LAW AND THE LAW OF THE EUROPEAN UNION. 2. THE PRIVATE SOCIAL SOLIDARITY INSTITUTIONS IN THE DIRECTIVE 2014/24/EU AND IN THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. 2.1. The case law of the Court of Justice of the European Union. 2.2. The regime of Directive 2014/24/EU. 2.2.1. Specific exclusion of services provided by non-profit organizations. 2.2.2. The prediction of a special system of public contracting. 3. THE STRATEGIC DIMENSION IN THE NATIONAL LAW PLAN AND THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF THE COOPERATIVE AND SOCIAL SECTOR IN THE CASE LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT. 3.1. A reference, in particular, to some segments of the revised legal statute of the IPSS. 4. BIBLIOGRAPHY.

I INTRODUÇÃO: A DIMENSÃO ESTRATÉGICA DAS INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL NO DIREITO NACIONAL E NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

O sector cooperativo e social goza de um “estatuto” constitucional específico e autónomo, a par com o sector público e o sector privado (lucrativo). Um dos seus âmbitos mais marcantes é constituído pelos meios de produção possuídos e geridos por pessoas colectivas, sem carácter lucrativo, que tenham como principal objectivo a solidariedade social (alínea d) do n.º 4 do artigo 82.º da Constituição da República Portuguesa – CRP)².

² O artigo 82.º da CRP, com a epígrafe “(Sectores de propriedade dos meios de produção)”, garante a coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção, nos seguintes termos: “2. O sector público é constituído pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas. 3. O sector privado é constituído pelos meios de produção cuja propriedade ou gestão pertence a pessoas singulares ou colectivas privadas, sem prejuízo do disposto no número seguinte. 4. 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

Para a doutrina *jus* constitucional mais autorizada, o artigo 82.º da CRP constitui “uma típica garantia institucional”, uma vez que garante a existência de todos e de cada um dos sectores (e subsectores) de propriedade dos meios de produção, adiantando-se que, “tal como sucede em relação aos demais sectores, também no caso do sector social e cooperativo a garantia institucional do n.º 1 (do artigo 82.º da CRP) significa que lhe está assegurado o peso e a dimensão necessários para ter o seu lugar numa economia mista, para além da dicotomia sector privado – sector público”³. Em consonância com esta perspectiva, outra doutrina afirma que o “sector cooperativo e social constitui um domínio privilegiado para, cumprindo o objectivo plasmado no artigo 2.º (da CRP), assegurar, na organização e na gestão dos meios de produção, a realização da democracia económica e social” e, nesta sequência, conclui que a “Constituição, ao garantir a existência do sector cooperativo e ao autonomizar, dentro deste sector, especificamente quatro subsectores, não permite que o legislador suprima qualquer um dos subsectores”⁴. Por isso, advoga-se que a salvaguarda de cada um dos subsectores que integram o sector cooperativo e social se impõe inclusivamente ao legislador de revisão constitucional⁵.

Como veremos num dos pontos seguintes, esta “típica garantia institucional” tem vindo igualmente a ser densificada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional.

No *plano legislativo*, o “sector privado sem fins lucrativos”, nos dois últimos anos, tem sido objecto de uma particular e intensa intervenção e também de uma semelhante actividade administrativa regulamentadora, em desenvolvimento e concretização dos regimes legais adoptados.

Referimo-nos, designadamente: à Lei n.º 30/2013, de 8 de Maio, Lei de Bases da Economia Social; ao Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro, que alterou e republicou o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS), aprovado pelo Decreto-Lei, n.º 119/83, de 25 de Fevereiro; ao Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho, que estabelece os princípios orientadores e o

sua especial natureza; b) Os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais; c) Os meios de produção objecto de exploração colectiva por trabalhadores; d) *Os meios de produção possuídos e geridos por pessoas colectivas, sem carácter lucrativo, que tenham como principal objectivo a solidariedade social*, designadamente entidades de natureza mutualista”.

³ Cfr. J.J. JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anotação ao artigo 82.º, pp. 974 – 990. Mas a posição destes Autores, quando se referem à “típica garantia institucional”, é partilhada pela generalidade da doutrina *jus* constitucional.

⁴ Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, anotação ao artigo 82.º, pp. 22 – 54.

⁵ Cfr. J. CASALTA NABAIS, *Alguns perfis da propriedade colectiva nos países da civil law*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, STVDIA IVRIDICA, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 223 e ss.

enquadramento a que deve obedecer a cooperação entre o Estado e as entidades do sector social e solidário; e ao Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de Outubro, que define as formas de articulação do Ministério da Saúde e dos estabelecimentos e serviços do Serviço Nacional de Saúde com as IPSS, enquadradas no regime da Lei de Bases da Economia Social.

No *plano administrativo*, o destaque vai para a Portaria n.º 196-A/2015, de 1 de Julho, que, em desenvolvimento do regime do Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho, define os critérios, regras e formas em que assenta o modelo específico da cooperação estabelecida entre o Instituto da Segurança Social, I. P., e as IPSS (e instituições legalmente equiparadas), revogando as normas reguladoras da cooperação contidas no Despacho Normativo n.º 75/92, de 20 de Maio.

Mas não só.

Também no contexto da União Europeia, o sector das instituições particulares sem fins lucrativos tem merecido especial atenção, quer na perspectiva legislativa, quer, antes disso, na actividade jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)⁶.

À semelhança do que sucede no plano interno dos Estados-Membros, o panorama reflecte uma visível preocupação em salvaguardar a importância, as características peculiares e a autonomia daquele sector. Em especial, a nova Directiva 2014/24/UE, sobre o novo regime geral da contratação pública, projecta estas dimensões, designadamente numa das suas vertentes fundamentais: o quadro relacional entre as organizações daquele sector e o Estado (ou a Administração Pública em geral)⁷.

Na medida em que um dos “eixos” nucleares e transversais do regime legal referido, de direito interno português, se centra, precisamente, nesse quadro, afigura-se pertinente fazer aqui uma leitura, ainda que sintética, da dimensão estratégica que está subjacente ao regime daquela Directiva e igualmente subjacente à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em virtude da sua natureza, importância social e económica e *finalidades estratégicas* na perspectiva da *execução das políticas públicas* dos Estados-Membros e da própria União Europeia, as instituições particulares sem fins lucrativos são merecedoras de um regime autónomo e que, sem dúvida, surge como uma

⁶ Note-se que, também no Direito Europeu e na jurisprudência do TJUE, a designação de instituições particulares sem fins lucrativos é mais abrangente do que a de instituições particulares de solidariedade social. Estas são uma espécie do género, tal como sucede na já referida Lei de Bases da Economia Social. O que se diz no texto, a propósito do Direito Europeu, abrange todas as instituições particulares sem fins lucrativos que tenham fins (predominantemente) sociais, o que, no essencial, acaba por coincidir com o âmbito (intensivo e extensivo) desta Lei de direito interno português.

⁷ Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, e que entrará em vigor em 18 de Abril de 2016, revogando a (ainda vigente e congénere) Directiva 2004/18/CE.

das novidades mais relevantes da Directiva 2014/24/UE: referimo-nos ao *regime especial de adjudicação de contratos para serviços sociais e de saúde e outros serviços específicos (equivalentes ou conexos)*.

Aliás, o número e a extensão dos Considerandos da Directiva 2014/24/UE sobre esta temática é, só por si, revelador da referida importância estratégica que a União Europeia lhes concede. Está em causa a especial particularidade que um conjunto de organizações assume – ou passa a assumir – no regime europeu da contratação pública: as *organizações sem fins lucrativos* (associações, fundações, cooperativas e, eventualmente num futuro próximo, as designadas “empresas sociais”), *que, em virtude da sua natureza, finalidades e diferenciada tradição consoante os países, são merecedoras de um “estatuto jurídico autónomo”*.

A especial relação destas organizações com a Administração Pública determina a sua inclusão numa espécie de “cláusula de salvaguarda” que é reconhecida a cada um dos Estados-Membros, a significar a disponibilidade para, livremente, (auto)definirem os modos organizativos e funcionais de prestação de determinados serviços, em especial, no caso, os que (ainda) reflectem características típicas do modelo de Estado Social (serviços de saúde, de carácter social e outros serviços de natureza similar).

2 AS INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE E NA DIRECTIVA 2014/24/UE

2.1. A Jurisprudência do TJUE

É visível o reconhecimento da importância estratégica das instituições particulares sem fins lucrativos na jurisprudência do TJUE. Assim sucedeu no Acórdão de 11 de Dezembro de 2014 (Proc. C-113/13). E, como veremos, também entre nós, o mesmo problema de fundo acabou por estar subjacente ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 612/2011, de 13 de Dezembro de 2011.

Daquele Acórdão do TJUE podem extrair-se as linhas jurisprudenciais justificativas da legitimidade da concessão de um estatuto especial às instituições particulares sem fins lucrativos, que, embora pensadas para o quadro global do direito europeu, podem, igualmente, legitimar à adopção de medidas no plano do direito interno (isto é, no âmbito de cada um dos Estados-Membros).

Em primeiro lugar, o *modo de organização dos serviços*: se este se basear nos princípios da universalidade, da solidariedade, da eficácia económica e da adequação, no sentido de que o recurso prioritário, pela Administração Pública, a organizações sociais sem fins lucrativos para prestar os serviços visa garantir que esses serviços sejam assegurados em condições de equilíbrio económico no plano

orçamental. Se assim suceder, estes objectivos são tidos em consideração pelo direito da União Europeia.

Nesta decorrência, em segundo lugar, o direito da União Europeia não prejudica a *competência dos Estados-Membros para organizarem os seus sistemas de saúde pública e de segurança social*, como, aliás, já foi reafirmado em diversa jurisprudência do TJUE⁸. Nesta matéria, o princípio é o de que a saúde e a vida das pessoas ocupam o lugar pioneiro entre os bens e interesses protegidos pelos Tratados constitutivos da União Europeia, cabendo a cada um dos Estados-Membros decidir o nível a que pretendem assegurar a protecção social e a prestação de cuidados de saúde, bem como o modo – ou os modos - como esse nível deve ser alcançado. Para este efeito, impõe-se que disponham de uma irredutível margem de apreciação e de decisão.

O objectivo geral de, por um lado, garantir, no território de cada Estado-Membro, uma *acessibilidade* suficiente e permanente a uma gama equilibrada de *serviços sociais e de saúde* e, por outro, a necessidade de assegurar o *equilíbrio e a sustentabilidade financeira dos serviços sociais e de saúde*, através de um controlo de custos e da adopção de medidas evitem qualquer desperdício de recursos financeiros, técnicos e humanos justificam a derrogação às regras europeias da contratação pública (e da concorrência, em geral).

Em terceiro lugar, nas *políticas públicas* especificamente dirigidas aos *idosos*, o TJUE firmou a jurisprudência de que um Estado-Membro, no âmbito da sua competência para organizar o seu sistema de segurança social, pode considerar que um sistema de assistência social e de saúde aos idosos implica necessariamente, para serem alcançados os seus objectivos, o respeito pela finalidade exclusivamente social desse sistema. Pelo que *é legítimo que a admissão de operadores privados, na qualidade de prestadores de serviços de assistência social, dependa da condição de não terem fim lucrativo*. Por definição, as organizações sociais sem fins lucrativos preenchem este último requisito.

Com fundamentos próximos dos que vimos expondo, o TJUE fixou a seguinte jurisprudência e que é generalizável a todos os serviços sociais e de saúde (e serviços equivalentes ou conexos): os artigos 49.º e 56.º do Tratado sobre o Funcio-

⁸ Assim sucede pelo menos desde o **Acórdão do Tribunal de 17 de Junho de 1997, Proc. C-70/95, Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rezzato Srl versus Regione Lombardia, sobre residências para pessoas idosas com a ausência de fim lucrativo a liberdade de estabelecimento/livre prestação de serviços**. Entre outros, também o **Acórdão de 1 de Junho de 2010, Procs. C-570/07, José Manuel Blanco Pérez e María del Pilar Chao Gómez versus Consejería de Salud y Servicios Sanitarios**, e **Proc. C-571/07, Principado de Asturias, sobre farmácias, liberdade de estabelecimento, saúde pública e proximidade no fornecimento de medicamentos à população**. Sobre o tema, em geral, LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Almedina, Coimbra, 2015, reedição da ed. de 2014, pp. 314 e ss. e jurisprudência aí citada.

namento da União Europeia (TFUE) devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação nacional na qual se preveja que a prestação daqueles serviços possa ser *confiada prioritariamente e por ajuste directo*, sem qualquer forma de publicidade, *a organizações sociais sem fins não lucrativos*, desde que o quadro legal e convencional ao abrigo do qual se desenvolve a actividade dessas organizações contribua efectivamente para a finalidade social e para a prossecução dos objectivos de solidariedade e de eficácia orçamental em que essa regulamentação se baseie.

2.2. O regime da Directiva 2014/24/UE

A jurisprudência do TJUE viria a obter pleno acolhimento no regime da Directiva 2014/24/UE. E numa dupla perspectiva: por um lado, através da *previsão de exclusões específicas do seu regime* (de todo o seu regime), sendo este inaplicável aos contratos celebrados entre as organizações sem fins lucrativos e a Administração Pública e independentemente do seu valor, desde que esses contratos tenham por objecto a prestação dos serviços nela expressamente identificados; por outro, estabelece um *regime procedimental específico* para a adjudicação de outros contratos a essas mesmas organizações, mas que só terá de ser observado quando o seu valor seja igual ou superior a determinado limiar financeiro.

Vejamos abreviadamente cada uma das hipóteses previstas na Directiva 2014/24/UE.

2.2.1. Exclusão específica de serviços prestados por organizações sem fins lucrativos

Sob a epígrafe “Exclusões específicas para os contratos de serviços”, o artigo 10.º da Directiva 2014/24/UE excluiu do seu âmbito de aplicação um alargado conjunto de contratos públicos, mas só os que tenham por objecto os serviços expressamente enumerados nas suas diversas alíneas (alíneas a) a j)).

A alínea h) tem por objecto a “exclusão específica” de serviços prestados por organizações ou associações sem fins lucrativos. O regime da Directiva 2014/24/UE – quer o regime de adjudicação de contratos públicos, quer o regime substantivo (isto é, o relativo à execução desses contratos) – não é aplicável aos contratos (públicos) celebrados entre aquelas organizações e a Administração Pública que tenham por objecto a prestação de serviços de defesa civil, protecção civil e prevenção de riscos⁹. Neste âmbito inclui-se a prestação de serviços de transporte sanitário de urgência e de emergência (serviços de socorro), desde que não consistam em serviços de ambulância de transporte de doentes.

⁹ Desde que aqueles serviços sejam abrangidos pelos dígitos do Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV) adoptado pelo Regulamento (CE) n.º 2195/2002, de 5 de Novembro de 2002.

A racionalidade desta “exclusão específica” do regime da Directiva 2014/24/UE resulta do seu Considerando 28. O legislador da União Europeia quis ter em conta a *natureza especial das organizações ou associações sem fins lucrativos*. Aquele Considerando não permite dúvidas a este propósito: a Directiva (todo o regime da Directiva) não deverá aplicar-se a determinados serviços de emergência se forem prestados por *organizações ou associações sem fins lucrativos*, já que a *natureza particular destas organizações seria difícil de preservar caso os prestadores de serviços tivessem que ser escolhidos segundo os procedimentos nela previstos*.

2.2.2. A previsão de um regime especial de contratação pública

a) Os “serviços à pessoa”

Sem prejuízo da legalmente designada “exclusão específica” de determinados serviços do regime da Directiva 2014/24/UE, a que nos referimos no ponto anterior, o legislador europeu viu-se, no entanto, confrontado com a necessidade de alargar as regras da contratação pública a “novos mercados”, que se encontravam excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 2004/18/CE¹⁰. A razão deste alargamento reside no *interesse transfronteiriço dos contratos*, pelo menos a partir de certo limiar financeiro.

Não obstante a expressa afirmação daquele objectivo – a necessidade de alargar as regras da contratação pública a “novos mercados” –, o legislador da União Europeia não deixou, no entanto, de considerar a natureza especial de um conjunto de serviços e das organizações ou associações sem fins lucrativos que a eles se dedicam, bem como a necessidade de os Estados-Membros disporem de liberdade de (auto)organização desses serviços¹¹.

¹⁰ Como já salientámos, a Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, e que entrará em vigor em 18 de Abril de 2016, revoga a (ainda vigente e congénere) Directiva 2004/18/CE.

¹¹ O tema do texto relaciona-se ou tem por subjacente um outro, mas que, por razões de economia, não será analisado. Tem ele a ver com o conceito de actividade económica. Fazemos-lhe aqui uma abreviadíssima referência. Na concepção mais clássica, é a *oferta de bens e serviços num determinado mercado que caracteriza o conceito de actividade económica* (Acórdão do TJUE, de 18-6-1998, *Comissão/Itália*, Proc. C-35/96). O TJUE tem vindo a desenvolver algumas premissas a este propósito, desde logo quanto aos *critérios negativos que implicam o afastamento do conceito de actividade económica*: i) *O princípio da solidariedade ou de interesse geral* (Acórdão *Cassa di Risparmio*, Proc. C-222/04, de 10-1-2006); ii) *O exercício de autoridade pública* (Acórdão *Wouters*, Proc. C-309/99, de 19-2-2002); iii) *A finalidade da aquisição* (o TJUE considera que uma entidade que adquire bens em vista de uma finalidade social, sem intuito de os revender, não realiza uma actividade económica, não podendo consequentemente ser considerada como empresa - Acórdão *Fenin*, Proc. C-205/03, de 11-7-2006, Acórdão *Selex*, Proc. C-113/07, de 26-3-2009). O TJUE concluiu que que “não é a actividade de compra que caracteriza o conceito de actividade económica” e que “não se deve dissociar a actividade de compra do produto da utilização posterior do produto adquirido”. No Acórdão *Cassa di Risparmio di Firenze*, concluiu que uma pessoa colectiva, como uma fundação bancária, cuja actividade

Efectivamente, a Directiva 2014/24/UE reconhece que determinadas categorias de *serviços continuam, pela sua própria natureza, a ter uma dimensão transfronteiriça limitada*, nomeadamente os que designada por “*serviços à pessoa*”, incluindo aqui certos serviços sociais, de saúde e de educação, que sejam prestados num contexto particular, o qual varia em grau apreciável entre os Estados-Membros, devido, precisamente, a específicas razões históricas (ou, como prefere dizer o legislador da União Europeia no Considerando 114 da Directiva, devido às “diferenças de tradições culturais” dos Estados).

Nesta sequência, conclui que as actividades cuja finalidade consista na prestação de “*serviços à pessoa*” e em que os contratos celebrados sejam de valor inferior a certo limiar financeiro (750 mil euros), não terão, em condições normais,

se limita ao pagamento de contribuições a organismos sem fins lucrativos, não pode ser qualificada como “empresa” na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE. Pois, essa *actividade tem um carácter exclusivamente social* e não é exercida num mercado em concorrência com outros operadores. No âmbito da referida actividade, uma fundação bancária *age como uma instituição de beneficência ou uma organização caritativa e não como uma empresa*. Em contrapartida, quando uma fundação bancária, agindo ela própria nos domínios de interesse público e de utilidade social, utiliza a habilitação que lhe é conferida pelo legislador nacional para efectuar operações financeiras, comerciais, imobiliárias e mobiliárias, necessárias ou oportunas para a realização dos objectivos que lhe são fixados, pode fornecer bens ou prestar serviços. Nesta hipótese, esta fundação bancária deve ser considerada uma empresa, na medida em que exerce uma actividade económica, não obstante a circunstância de a oferta de bens ou de serviços ser feita sem fins lucrativos, uma vez que esta oferta está em concorrência com a de operadores que prosseguem tais fins, e devem por isso ser-lhe aplicadas as normas comunitárias relativas aos *auxílios de Estado*. O conceito de *auxílio é mais lato do que o de subvenção*, pois abrange não apenas prestações positivas, como as próprias subvenções, mas também as intervenções que, de formas diversas, aliviam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa, pelo que, não sendo subvenções na acepção estrita da palavra, têm a mesma natureza e efeitos idênticos. Num outro acórdão - Acórdão de 11-7-2006, *FENIN/Comissão Europeia*, Proc. C-205/03, *sobre organismos gestores do sistema nacional de saúde (SNS)*, a Comissão tinha rejeitado uma denúncia, por considerar que as entidades gestoras do SNS não actuam enquanto empresas quando participam na gestão do serviço de saúde pública, ao *funcionarem em conformidade com o princípio da solidariedade quanto ao seu modo de financiamento e quanto à prestação gratuita de serviços aos seus beneficiários*, e por não ser possível separar as operações de compra das operações de prestação de serviços de saúde efectuadas. Esta posição viria a ser confirmada pelo Tribunal de Primeira Instância (2003) e depois pelo TJUE, que considerou não se dever “*dissociar a actividade de compra do produto da posterior utilização que lhe é dada, para efeitos de se apreciar a natureza desta actividade de compra, e que o carácter económico ou não da posterior utilização do produto comprado determina necessariamente o carácter da actividade de compra*”, atendendo a que “*é a oferta de bens ou serviços num determinado mercado que caracteriza o conceito de actividade económica*.” Os argumentos da FENIN, no sentido de que os hospitais espanhóis oferecem, pelo menos pontualmente, serviços remunerados a pessoas que não são beneficiários, nomeadamente turistas estrangeiros, e de que a actividade económica de compra tinha natureza económica pelo facto da própria actividade posterior, designadamente a prestação de cuidados médicos, ter essa natureza, não foram acolhido pelo Tribunal. No *direito europeu da concorrência*, o conceito de “*empresa*” abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do estatuto jurídico dessa entidade e do seu modo de financiamento (entre outros, o Acórdão de 23-4-1991, *Höfner e Eiser*, Proc. C-41/90, Acórdão de 16-3-2004, *AOK-Bundesverband*, Procs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01).

interesse para os prestadores de serviços de outros Estados-Membros (salvo em situações excepcionais e se existirem indicações concretas em contrário, nomeadamente um financiamento da União Europeia para projectos transfronteiriços).

Consequentemente, pelo critério do valor, nem todos os contratos que tenham por objecto a prestação de “*serviços à pessoa*” ficam sujeitos ao regime da Directiva 2014/24/UE (regime procedimental e substantivo): só os contratos que atinjam um montante igual ou superior àquele limiar (750 mil euros) deverão observar as regras de transparência do direito europeu dos contratos públicos¹².

Mas, mesmo em relação aos contratos de valor igual ou superior ao limiar de 750 mil euros, o legislador europeu não deixou, no regime da Directiva, de relevar a “importância do contexto cultural e a sensibilidade dos serviços em causa”. Por isso, reconheceu que os Estados-Membros devem dispor de um *amplo poder de apreciação para organizarem a escolha dos prestadores de serviços da forma que considerem mais adequada*.

Aquela primeira razão (limiar relevante do interesse transfronteiriço dos contratos) e esta segunda (disponibilidade conformadora dos Estados-Membros, a par com a especial natureza dos serviços e das organizações sem fins lucrativos) estão, pois, na base da criação de um regime específico para os contratos públicos referentes a serviços de saúde e de natureza social ou equivalente ou, segundo a redacção do artigo 74.º da Directiva 2014/24/UE, de um regime especial de adjudicação de contratos para a prestação de serviços sociais e outros serviços específicos, que passam a ser adjudicados em conformidade com as regras e os princípios procedimentais, expressa ou implicitamente, contidos nos artigos 75.º e 76.º daquela Directiva, quando o valor desses contratos seja igual ou superior ao limiar referido. Numa caracterização necessariamente genérica, diremos que se trata de um regime relativamente *desprocedimentalizado* ou apenas *semi-procedimentalizado*, o que justifica, na linguagem da própria Directiva 2014/24/UE, o epíteto de “*regime simplificado*” de adjudicação de contratos públicos, que, na sistemática da Directiva, se encontra inserido num título autónomo dedicado aos “regimes especiais de contratação pública (Título III, artigos 74.º a 82.º)”¹³.

Mas convirá notar que, independentemente do valor financeiro, fica excluído do âmbito da Directiva 2014/24/UE todo aquele conjunto de relações entre

¹² Na alínea d) do artigo 4.º da Directiva 2014/24/UE, com a epígrafe “*Montantes limiares*”, determina-se que a “*presente diretiva aplica-se aos contratos cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares: d) 750 000 EUR para os contratos públicos de serviços relativos a serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no Anexo XIV*”.

¹³ Um regime procedimental de adjudicação de contratos públicos que se afasta da relativa “rigidez formal” dos demais procedimentos adjudicatórios estabelecidos na Directiva 2014/24/UE e na (ainda vigente) Directiva 2004/18/CE. Daí a sua referida inserção, na sistemática daquela Directiva, no Título dedicado aos “regimes especiais de contratação pública”.

a Administração Pública e as organizações sem fins lucrativos *que não tenham por título constitutivo um instrumento jurídico que possa ser qualificado como contrato*. Ou seja, a existência de um contrato constitui o pressuposto necessário e indispensável para a aplicação do regime procedimental (e substantivo) da Directiva 2014/24/UE.

Por isso, o seu regime (todo o seu regime) não será aplicável quando os Estados-Membros, ao abrigo da disponibilidade que preservam para (auto)organizarem os modos de prestação dos serviços, optem pela sua prestação directa (execução directa pela Administração) ou organizem a sua prestação através de outros meios ou modos que não impliquem a celebração de contratos públicos. Assim sucederá quando seja usada a técnica do simples financiamento desses serviços (mera concessão ou atribuição de subsídios) ou a concessão de licenças ou autorizações às organizações que cumpram as condições previamente fixadas pela Administração Pública, sem quaisquer limites ou quotas. Neste âmbito, apenas se impõe um limite de natureza geral: este sistema deve assegurar uma publicidade suficiente e cumprir os princípios da transparência e da não discriminação.

b) Os “contratos reservados” para determinados serviços

Ficam igualmente abrangidos pelo *regime procedimental simplificado* os designados *contratos reservados* (artigo 77.º da Directiva 2014/24/UE). Trata-se, nesta hipótese, de (mais) uma faculdade que a Directiva concede aos Estados-Membros, reconhecendo-lhes a disponibilidade de, por lei, estabelecer que o acesso à celebração de contratos em determinadas (e tipificadas) actividades seja reservado a organizações revestidas de um “especial perfil” ou “tipo normativo”.

Como “candidatos típicos” a este regime surgem, naturalmente, as instituições particulares sem fins lucrativos. Esta faculdade e os critérios de reserva estão (igualmente) na lógica da jurisprudência do TJUE emitida em alguns dos acórdãos que já mencionamos no texto e em notas de roda pé.

Mas a previsão legal deste “instituto” (contratos reservados), no direito interno, terá de obedecer a alguns requisitos:

- i) A prestação de serviços públicos ou prossecução de “missões de serviço público” pelas organizações sem fins lucrativos;
- ii) A necessidade de garantir ou assegurar o princípio da continuidade da prestação desses serviços públicos;
- iii) Que o objecto de actividade das organizações consista, entre outros, na prestação de serviços de saúde, serviços sociais e serviços conexos, serviços ao domicílio e determinados serviços de educação e formação;
- iv) As instituições “candidatas” devem reunir requisitos cumulativos quanto ao objecto, estrutura organizativa e escopo (organizações baseadas na participação ou envolvimento activo dos trabalhadores na respectiva administração e

que as organizações participem na prestação dos serviços aos utilizadores finais).

No plano do direito interno, a transposição deste regime exige ainda que se faça a sua conjugação com o estatuto das cooperativas, o estatuto das associações mutualistas, o estatuto das instituições particulares de solidariedade social e, em geral, com regimes específicos ou avulsos relativos às comumente designadas por “organizações não-governamentais”. E, pelos requisitos estabelecidos na Directiva 2014/24/UE, é visível a proximidade do perfil das organizações aí subsumíveis com o âmbito das abrangidas pela “típica garantia institucional” do *sector cooperativo e social* do n.º 4 do artigo 82.º CRP. Proximidade esta que, naturalmente, não poderá deixar de ter reflexos no direito interno português (e no da generalidade dos Estados-Membros).

c) Outros “contratos reservados”

Mas a Directiva 2014/24/UE contém ainda uma outra disposição relativa aos *contratos reservados*. E, de igual modo, teleologicamente vocacionada para a *contratação pública estratégica*. Trata-se de mais uma medida especial que tem por finalidade “converter” a *contratação pública em instrumento de execução de políticas públicas* em domínios especialmente delicados da actividade social dos Estados-Membros, constituindo as instituições sem fins lucrativos os parceiros privilegiados para esta cooperação.

Efectivamente, ao abrigo do artigo 20.º da Directiva 2014/24/UE, os Estados-Membros podem *reservar o direito a participar em procedimentos de contratação pública* a entidades cujo objectivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, *ou reservar a execução desses contratos* para o âmbito de programas de emprego protegido, desde que pelo menos 30 % dos empregados dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos.

3 A DIMENSÃO ESTRATÉGICA NO PLANO DO DIREITO INTERNO E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO SECTOR COOPERATIVO E SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como se referiu no intróito do presente texto, o legalmente designado sector da economia social tem sido objecto de extensa intervenção legislativa. E até ao dia 18 de Abril de 2016, o legislador português (tal como o de cada um dos outros Estados-Membros) terá de transpor, para o direito interno, o regime da Directiva 2014/24/UE. O que significa ter, em breve, pelo menos uma outra intervenção legislativa “de fundo” no “estatuto” das instituições sem fins lucrativos, em especial nas que sejam qualificadas como IPSS.

Ora, como se salientou, para os serviços de saúde, de carácter social e outros conexos, a Directiva 2014/24/UE apenas determina a adopção de um procedimento simplificado de adjudicação a partir do limiar de 750 mil euros (valor estimado do contrato). Pelo que, até este valor, os Estados-Membros dispõem de plena disponibilidade legislativa para definirem os termos do seu relacionamento com as organizações do sector privado não lucrativo. Consequentemente, nesta “folga”, impõe-se questionar, para o caso português, qual a solução a adoptar pelo legislador e os termos em que essa solução pode ser adoptada.

E a pergunta que colocamos, como, aliás, o próprio título deste ponto o sugere, apenas é direccionada para as organizações sem fins lucrativos, em especial as IPSS, na medida em que, do ponto de vista do direito interno, a problemática jurídico-constitucional só se suscita em relação àquelas organizações (e não, obviamente, em relação a outros operadores – operadores privados com fins lucrativos - que actuem em actividades substancialmente semelhantes).

E a resposta àquela pergunta exigiria certamente a consideração de diversos tópicos argumentativos. Sinteticamente vamos limitar-nos apenas a alguns; talvez os suficientes para, pelo menos, fornecer as variáveis a ter em conta neste domínio.

Um primeiro tópico poderia ser favorável ao princípio da concorrência, acentuando a sua dimensão jurídico-constitucional¹⁴, sendo que, neste contexto, uma das “incumbências prioritárias do Estado” a que se refere o artigo 81.º da CRP, consiste em “garantir a equilibrada concorrência entre as empresas” (alínea f)), como modo de “assegurar o funcionamento eficiente do mercado”. Este entendimento favoreceria, pois, a previsão de um regime interno mais favorável ao mercado e, por conseguinte, menos “protector” das instituições do sector cooperativo e social.

Contudo, *contra esta perspectiva*, pode argumentar-se que *as organizações sem fins lucrativos são detentoras de um regime constitucional específico*, por serem abrangidas pelo âmbito (intensivo e extensivo) do *conceito constitucional de sector cooperativo e social* (artigo 82º, n.º 4, da CRP), a que acresceria o facto de uma apreciável fatia dessas organizações serem qualificadas como instituições de interesse público (artigo 63º, n.º 5, da CRP). Razões que, no plano jurídico-constitucional, apoiam a previsão de um regime diferenciado nesta matéria relativamente aos agentes económicos (aos agentes do sector privado lucrativo) e, consequentemente, a ser adoptado um regime que não tenha em conta aquelas razões, estaria legitimada uma (possível) argumentação defensora da sua inconstitucionalidade, designadamente por violação da garantia constitucional do sector cooperativo e social (artigo 82º, n.º 4, da CRP).

¹⁴ Em especial, sobre o tema, RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 69, 2008, pp. 3 e ss.

Ora, é precisamente neste contexto que deve ser localizada a questão a que preliminarmente nos referimos, sendo incontornável, para o efeito, a consideração da *jurisprudência do Tribunal Constitucional a propósito da protecção constitucional do sector cooperativo e social*, nomeadamente o acórdão que declarou a inconstitucionalidade do diploma que obrigava as associações mutualistas a constituir uma sociedade comercial para a prestação de serviços funerários (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 635/2006, emitido na sequência do Acórdão n.º 236/2005 e do Acórdão n.º 279/00). Mais recentemente, merece referência especial o Acórdão n.º 612/2011.

Neste último, (re)afirma-se a *garantia institucional* da coexistência dos sectores público, privado e cooperativo e social, estabelecida no artigo 82.º da Constituição, adiantando-se que as organizações deste sector, enquanto coadjuvantes da acção estadual na prestação de serviços e fornecimentos de bens que efectivam direitos sociais, *maxime* os referidos no n.º 5 do artigo 63.º, são credoras do apoio do Estado. E reiterou-se a doutrina de que a *protecção do sector cooperativo e social* de propriedade dos meios de produção *está entre os princípios fundamentais da organização económica do Estado* (alínea f) do artigo 80.º da Constituição).

E é ainda incontornável a conjugação sistemática das (eventuais) soluções a equacionar com a Lei n.º 30/2013, de 8 de Maio (a Lei de Bases da Economia Social), que aponta expressamente para um *princípio do apoio/protecção e da cooperação com o sector cooperativo e social*, realçando, especificamente, no artigo 12.º este mesmo princípio: as “entidades que integram a base de dados prevista no artigo 6.º da presente lei *estão sujeitas às normas nacionais e comunitárias dos serviços sociais de interesse geral no âmbito das suas actividades, sem prejuízo do princípio constitucional de protecção do sector cooperativo e social*”.

Aliás, foi já em concretização desta Lei que foi aprovado, para a área da saúde, o regime específico dos contratos celebrados entre o Estado e as organizações sem fins lucrativos enquadradas no regime da Lei de Bases da Economia Social (Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de Outubro).

No artigo 6.º daquele diploma, sob a epígrafe “Procedimento prévio de contratualização”, dispõe-se que os acordos devem ser precedidos de um estudo que avalie a economia, eficácia e eficiência do acordo, bem como a sua sustentabilidade financeira, adiantando-se que a “Parte II do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, não é aplicável à formação dos acordos a que se refere o presente decreto-lei”.

Os acordos (ou melhor, os contratos) que constituem objecto do Decreto-Lei n.º 138/2013 assumem a forma de “acordo de gestão” e de “acordos de cooperação”: o *acordo de gestão* tem por objecto a gestão de um estabelecimento do Serviço Nacional de Saúde; o *acordo de cooperação* visa a integração de estabelecimentos de saúde das organizações no Serviço Nacional de Saúde, o qual passa

a assegurar as prestações de saúde nos termos dos demais estabelecimentos deste Serviço. Em qualquer dos casos, as organizações são, pois, inseridas na rede de prestação de cuidados de saúde do Serviço Nacional de Saúde (cfr. o artigo 2.º do mesmo diploma legal)¹⁵.

Em síntese: *a garantia institucional/constitucional do sector cooperativo e social, os precedentes da jurisprudência do Tribunal Constitucional e o regime da Lei de Bases da Economia Social apontam, para que, também no plano do direito interno português, as organizações sem fins lucrativo mereçam, no contexto da sua importância estratégica na execução de políticas públicas, uma consideração específica nos domínios das actividades típicas do Estado Social, desde que, naturalmente, ao respectivo exercício presidam finalidades de solidariedade social*; requisito este que, como vimos, está reiteradamente presente na jurisprudência do TJUE.

Por conseguinte, no processo de transposição da Directiva 2014/24/UE não vemos razões para o legislador nacional inverter os meritórios princípios de cooperação que adoptou na Lei de Bases da Economia Social e no Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho, que estabelece os princípios orientadores e o enquadramento a que deve obedecer a cooperação entre o Estado e as entidades do sector social e solidário, o qual foi objecto de desenvolvimento e concretização através da Portaria n.º 196-A/2015, de 1 de Julho, que define os critérios, regras e formas em que assenta o modelo específico da cooperação estabelecida entre o Instituto da Segurança Social, I. P., e as IPSS (e instituições legalmente equiparadas)¹⁶.

Naqueles diplomas, a relação institucional e jurídica entre a Administração Pública e as IPSS baseia-se estruturalmente em princípios de cooperação estratégica e funcional; concepção que, em alguns aspectos, não seria “replicada” no Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro, que alterou e republicou o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro. É o que, sinteticamente, veremos de seguida.

¹⁵ Quanto às designadas “*convenções do Serviço Nacional de Saúde*”, o problema encontra-se já resolvido pelo Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, que determina a adopção de procedimentos concursais abertos, independentemente do tipo de operadores (potencialmente) interessados (com ou sem fins lucrativos), inclusive com a remissão para o regime dos tipos procedimentais previstos no CCP.

¹⁶ A Lei de Bases da Economia Social estabelece, no seu artigo 5.º, como “Princípios orientadores”, entre outros, da cooperação entre o Estado e as organizações a “*gestão autónoma e independente das autoridades públicas e de quaisquer outras entidades exteriores à economia social*” e que a “*cooperação consiste na relação de parceria estabelecida entre o Estado e as instituições com o objetivo de desenvolver um modelo de contratualização assente na partilha de objetivos e interesses comuns, bem como de repartição de obrigações e responsabilidades*” (artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho).

3.1. Referência, em especial, a alguns segmentos do estatuto revisto das IPSS

Numa linha nem sempre coincidente com a perspectiva subjacente à Lei de Bases da Economia Social e ao Decreto-Lei n.º 120/2015, nem mesmo com a “autonomia estratégica” que, em geral, a Directiva 2014/24/UE reconhece às instituições particulares sem fins lucrativos, a revisão dos estatutos das IPSS, porventura ainda influenciada pela “inércia” da tradição ou, então, pela (re)assumida imprescindibilidade destas Instituições para o Estado Social, adoptou, para elas, uma “linha de regime” que, em alguns casos, se afigura particularmente rígido e até radical nas suas consequências (sanções), fazendo lembrar alguns momentos do seu já longínquo percurso histórico.

Registemos, neste âmbito, algumas das novidades mais relevantes das alterações ao estatuto das IPSS, republicado pelo Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro (doravante, estatuto revisto).

a) Noção e fins das IPSS: o alargamento da capacidade jurídica das IPSS

O estatuto revisto mantém, no essencial, a noção de IPSS já adquirida, havendo, no entanto, que salientar a precisão terminológica introduzida na parte final do n.º 1 do artigo 1.º, substituindo-se a fórmula “não sejam administradas pelo Estado ou por um corpo autárquico”, por “não sejam administradas pelo Estado ou por outro organismo público”) e “reforçando-se” a observância, pelas IPSS, dos princípios estabelecidos na Lei de Bases da Economia Social¹⁷.

¹⁷ Na definição que é dada no n.º 1 do artigo 1.º, na versão do Decreto-Lei n.º 172-A/2014, as instituições particulares de solidariedade social são “...pessoas coletivas, sem finalidade lucrativa, constituídas exclusivamente por iniciativa de particulares, com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de justiça e de solidariedade, contribuindo para a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos, desde que não sejam administradas pelo Estado ou por outro organismo público. 2 - A atuação das instituições pauta-se pelos princípios orientadores da economia social, definidos na Lei n.º 30/2013, de 8 de maio, bem como pelo regime previsto no presente Estatuto”. Com a epígrafe “Fins e atividades principais” e, portanto, nuclearmente qualificadores de uma organização como IPSS, determina o artigo 1.º-A dos estatutos revistos: “Os objetivos referidos no artigo anterior (artigo 1.º) concretizam-se mediante a concessão de bens, prestação de serviços e de outras iniciativas de promoção do bem-estar e qualidade de vida das pessoas, famílias e comunidades, nomeadamente nos seguintes domínios: a) Apoio à infância e juventude, incluindo as crianças e jovens em perigo; b) Apoio à família; c) Apoio às pessoas idosas; d) Apoio às pessoas com deficiência e incapacidade; e) Apoio à integração social e comunitária; f) Proteção social dos cidadãos nas eventualidades da doença, velhice, invalidez e morte, bem como em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho; g) Prevenção, promoção e proteção da saúde, nomeadamente através da prestação de cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação e assistência medicamentosa; h) Educação e formação profissional dos cidadãos; i) Resolução dos problemas habitacionais das populações; j) Outras respostas sociais não incluídas nas alíneas anteriores, desde que contribuam para a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos”.

Pela importância prática que poderá assumir na extensão do âmbito de aplicação do estatuto das IPSS a outras organizações, merece ainda relevo o n.º 3 do artigo 1.º, ao determinar que o “regime estabelecido no presente Estatuto aplica-se subsidiariamente às instituições que se encontrem sujeitas a regulamentação especial”. Assim poderá suceder, por exemplo, com as cooperativas que prossigam fins de solidariedade social, com as associações mutualistas e outras instituições particulares de interesse público.

De salientar ainda o aditamento do artigo 1.º-B. Uma disposição que alarga a capacidade jurídica das IPSS relativamente aos fins secundários e actividades instrumentais¹⁸. Capacidade que já resultaria da teoria geral das pessoas colectivas, mas, ainda assim, justifica-se aquele “aditamento” legislativo pela segurança e certeza jurídicas que confere, merecendo, neste âmbito, especial menção o n.º 2 deste novo artigo, ao estabelecer que as instituições podem ainda desenvolver actividades de natureza instrumental relativamente aos fins não lucrativos, ainda que desenvolvidos por outras entidades por elas criadas, mesmo que em parceria e cujos resultados económicos contribuam exclusivamente para o financiamento da concretização daqueles fins.

Em termos prático-jurídicos, pode dizer-se que as IPSS gozam, hoje, de uma *habilitação genérica* para, de forma instrumental, explorar serviços e desenvolver actividades de escopo económico (ou com escopo económico). Já assim sucedia, embora de forma limitada, com a faculdade que lhes era especialmente concedida para a exploração de farmácias abertas ao público. Regime que, porventura, se pode considerar o precedente mais imediato do artigo 1.º-B do estatuto revisto das IPSS.

Efectivamente, nos termos do n.º 3 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de Agosto, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 109/2014, de 10 de Julho, as entidades do sector social da economia podem ser proprietárias de “farmácias abertas ao público, nos termos previstos no artigo 59.º-A do mesmo diploma, desde que cumpram o regime nele estabelecido e demais normas regulamentares que o concretizam”.

¹⁸ No (novo) artigo 1.º-B, com a epígrafe “Fins secundários e actividades instrumentais”, dispõe-se que: “1 - As instituições podem também prosseguir de modo secundário outros fins não lucrativos, desde que esses fins sejam compatíveis com os fins definidos no artigo anterior. 2 - As instituições podem ainda desenvolver actividades de natureza instrumental relativamente aos fins não lucrativos, ainda que desenvolvidos por outras entidades por elas criadas, mesmo que em parceria e cujos resultados económicos contribuam exclusivamente para o financiamento da concretização daqueles fins. 3 - O regime estabelecido no presente Estatuto não se aplica às instituições em tudo o que diga respeito exclusivamente aos fins secundários e às actividades instrumentais desenvolvidas por aquelas. 4 - O disposto no número anterior não prejudica a competência dos serviços com funções de fiscalização ou de inspecção para a verificação da natureza secundária ou instrumental das actividades desenvolvidas para a aplicação do regime contraordenacional adequado ao efeito”.

A nova redacção do n.º 3 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de Agosto, foi introduzida na sequência da jurisprudência do Tribunal Constitucional (provocada por iniciativa da Provedoria de Justiça). Referimo-nos ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 612/2011, de 12 de Dezembro de 2011, que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da redacção originária dos artigos 14.º, n.º 1, 47.º, n.º 2, alínea a), e do artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de Agosto, *na medida em que aí se impunha às entidades do sector social que, no desempenho de funções próprias do seu escopo, constituíssem sociedades comerciais para manter ou ter acesso à propriedade das farmácias, por violação do princípio da proibição do excesso insito no princípio do Estado de Direito, consagrado no artigo 2.º da CRP, conjugado com o artigo 63.º, n.º 5*¹⁹.

Entretanto seria também publicada a Lei de Bases da Economia Social e, nesta sequência, a previsão de um regime especial e diferenciado para as farmácias do sector social da economia, previsto no novo artigo 59.º-A do Decreto-Lei n.º 307/2007, precisamente com a epígrafe “Farmácias do sector social da economia”. O regime estabelecido neste artigo, para além de preservar as designadas “farmácias privativas/internas” das IPSS²⁰, reprecinhou o regime das “farmácias abertas ao público”, nos seguintes termos: “As entidades do sector social que detenham *farmácias abertas ao público, concorrendo com os operadores no mercado* e em actividade ao abrigo do preceituado na 2.ª parte do n.º 4 da base II da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965, mantêm-se abrangidas pelo regime legal e fiscal das pessoas colectivas de utilidade pública e de solidariedade social” (n.º 2 do artigo 59.º-A do Decreto-Lei n.º 307/2007)²¹.

¹⁹ No entanto, não declarou a inconstitucionalidade, que também era requerida, do n.º 3 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de Agosto, nos termos do qual as “entidades do sector social da economia podem ser proprietárias de farmácias desde que cumpram o disposto no presente decreto-lei e demais normas regulamentares que o concretizam, bem como o regime fiscal aplicável às pessoas colectivas referidas no n.º 1” (isto é, às sociedades comerciais). Sobre o tema, LICÍNIO LOPES MARTINS, *O regime da farmácia de oficina*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira*, Coimbra, 2015 (em publicação).

²⁰ No novo artigo 59.º-A do Decreto-Lei n.º 307/2007 estabelece-se o seguinte: “1 - O disposto no presente decreto-lei é aplicável às *farmácias privativas* que tenham sido abertas ao abrigo da 1.ª parte do n.º 4 da base II da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965, com as adaptações decorrentes do facto de as mesmas apenas poderem fornecer medicamentos em condições especiais às pessoas que, nos termos dos estatutos ou regulamentos das entidades a que pertençam, tenham essa prerrogativa e nas condições ali expressamente estabelecidas”. E na 1.ª parte do n.º 4 da Base II, da Lei n.º 2125, dispõe-se: “Para cumprimento dos seus fins estatutários, as Misericórdias e outras instituições de assistência e previdência social *poderão ser proprietárias de farmácias desde que estas destinem aos seus serviços privativos*”.

²¹ Na 2.ª parte do n.º 4 da Base II, da Lei n.º 2125, determina-se que “As *farmácias* que estas instituições actualmente possuam *abertas ao público* podem continuar no mesmo regime”.

Ou seja, a exploração, pelas IPSS, de “farmácias comerciais” constitui um dos exemplos mais típicos das actividades instrumentais a que se refere o âmbito normativo do n.º 2 do artigo 1.º-B do estatuto revisto.

b) A tipicidade legal dos formatos institucionais e as IPSS especialmente reguladas: as cooperativas de solidariedade social

À semelhança do que sucedia anteriormente, o estatuto revisto continua a adoptar o *princípio da tipicidade* quanto às figuras jurídicas que podem ser qualificadas como IPSS: legalmente apenas podem ser qualificadas como IPSS as organizações que se constituam segundo um dos tipos de pessoas colectivas taxativamente elencado no artigo 2.º do estatuto revisto²² 23.

Apenas duas notas sobre o regime deste artigo 2.º.

A primeira é para registar a eliminação de um dos tipos (clássicos) de IPSS: as associações de voluntários de acção social, que são “convertidas” em associações de solidariedade social, ficando, conseqüentemente, sujeitas ao mesmo regime²⁴.

²² Determina o artigo 2.º do estatuto revisto: “1 - *As instituições revestem uma das formas a seguir indicadas: a) Associações de solidariedade social; b) [Revogada]; c) Associações mutualistas ou de socorros mútuos; d) Fundações de solidariedade social; e) Irmandades da misericórdia.* 2 - Para além das formas referidas no número anterior, podem as instituições, nos termos da Concordata celebrada entre a Santa Sé e a República Portuguesa em 18 de maio de 2004, assumir a forma de Institutos de Organizações ou Instituições da Igreja Católica, designadamente Centros Sociais Paroquiais e Caritas Diocesanas e Paroquiais. 3 - A especificidade de cada uma das formas de organização é objeto de regulamentação em secção própria do presente Estatuto. 4 - As instituições referidas no n.º 1 podem agrupar-se em: a) Uniões; b) Federações; c) Confederações”.

²³ No título (e no texto) apenas nos referimos às cooperativas de solidariedade social e não às associações mutualistas ou de socorros mútuos, na medida em que, não obstante disporem de um regime próprio (o Código das Associações Mutualistas), o estatuto revisto das IPSS é subsidiariamente aplicável a estas associações por expressa remissão do mesmo, tal como o determina o seu artigo 76.º: as associações mutualistas regem-se pelas disposições constantes de legislação especial e, subsidiariamente, pelas disposições do presente Estatuto. E relativamente às fundações de solidariedade social, dispõe o artigo 77.º do estatuto revisto que, para poderem ser registadas como instituições particulares de solidariedade social, as fundações devem ser instituídas com o propósito definido no artigo 1.º e com os fins principais enquadráveis no elenco do artigo 1.º-A. Adiantando-se no artigo 77.º-A, quanto ao regime aplicável, que as fundações de solidariedade social regem-se pelo disposto na Lei-quadro das Fundações, aprovada pela Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, e, subsidiariamente, pelas disposições do estatuto revisto das IPSS, sendo que o disposto no capítulo I do estatuto revisto é directamente aplicável a estas fundações, com excepção dos artigos 10.º, 12.º, 13.º, 20.º, 21.º e 21.º-C.

²⁴ Cfr. o n.º 7 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro, que revê os estatutos das IPSS. Dispõe-se aí: “7 - As associações de voluntários de acção social actualmente existentes, nos termos dos artigos 72.º a 75.º do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de fevereiro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 9/85 de 9 de janeiro, 89/85 de 1 de abril, 402/85 de 11 de outubro, e 29/86 de 19 de fevereiro, e como tal registadas deixam de ter essa qualificação, passando a ser qualificadas como associações de solidariedade social, de acordo com o artigo 52.º do mesmo Estatuto”.

A segunda nota é para registar o facto de, no elenco legal dos tipos de IPSS, não constarem as cooperativas. Mas isso não significa que este tipo de pessoas colectivas não possa ser constituído e/ou reconhecido como IPSS²⁵.

Isto, porque, em primeiro lugar, a habilitação legal para este efeito resulta do artigo 4.º da Lei de Bases da Economia Social, nos termos do qual integram a economia social as seguintes entidades, desde que abrangidas pelo ordenamento jurídico português: *a) As cooperativas; b) As associações mutualistas; c) As misericórdias; d) As fundações; e) As instituições particulares de solidariedade social não abrangidas pelas alíneas anteriores*”.

Desta alínea e) resulta, pois, e expressamente, a admissibilidade de IPSS sob o formato jurídico de cooperativas de solidariedade social.

Em segundo lugar, porque o artigo 2.º do estatuto revisto das IPSS não constitui nenhuma novidade. Na verdade, como já salientámos em nota, o formato “cooperativas de solidariedade social” constava dos estatutos originários das IPSS, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 519-G2/79, de 29 de Dezembro de 1979, então designadas como instituições privadas de solidariedade social²⁶.

O Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, que aprovou o estatuto das IPSS, revogando aquele originário estatuto, viria a eliminar do léxico IPSS as cooperativas de solidariedade social. A razão é explicada pelo próprio legislador, que, aliás, a salienta como uma das alterações mais relevantes do (então) novo estatuto das IPSS, o que fez nos modos que passamos a citar: “De entre as alterações introduzidas no Estatuto em vigor, cumpre ainda destacar [...] a eliminação da forma «cooperativas de solidariedade social», atendendo a que a sua regulamentação no Estatuto se deveu à falta de um regime comum actualizado para todas as cooperativas, situação entretanto resolvida com a publicação do Código Cooperativo, e considerando ainda que não está prejudicada a aplicação às cooperativas

²⁵ Entretanto, no momento em que o presente artigo nos foi submetido para revisão de provas, viria a ser (novamente) alterado o estatuto revisto das IPSS, através do Decreto-Lei n.º 76/2015, de 28 de Julho, que, na alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º, “represtinou” a alínea c) do n.º 1 do artigo 3º dos estatutos originários das IPSS, aprovados pelo 519-G2/79, de 29 de Dezembro de 1979, na qual se dispunha que as cooperativas de solidariedade social constituíam uma das formas de IPSS. Com a alteração introduzida por aquele Decreto-Lei ao estatuto revisto passa a ser a seguinte a redacção do n.º 1 do seu artigo 2.º: “1 - As instituições revestem uma das formas a seguir indicadas: *a) Associações de solidariedade social; b) Cooperativas de solidariedade social, credenciadas nos termos do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro; c) Associações mutualistas ou de socorros mútuos; d) Fundações de solidariedade social; e) Irmandades da misericórdia*”. No entanto, decidimos manter a versão original do artigo, para, não obstante a alteração referida, (re)afirmar que a “lacuna” do estatuto revisto não impedia a qualificação das cooperativas como instituições particulares de solidariedade social.

²⁶ Dispunha do seguinte modo o artigo 3º dos estatutos originários das IPSS, aprovados pelo 519-G2/79, de 29 de Dezembro de 1979: “1 - As instituições revestem uma das formas indicadas a seguir: *a) Associações de solidariedade social; b) Irmandades da Misericórdia; c) Cooperativas de solidariedade social; d) Associações de voluntários de acção social; e) Associações de socorros mútuos; f) Fundações de solidariedade social. 2 - Estas instituições podem agrupar-se em: a) Uniões; b) Federações*”.

dos diplomas sectoriais respeitantes ao apoio do Estado e à tutela das actividades abrangidas por aqueles diplomas”. A justificação do legislador é suficientemente elucidativa, dispensado, por isso, qualquer nota adicional²⁷.

Em terceiro lugar, diplomas legais posteriores ao Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, qualificam expressamente como IPSS as cooperativas que prosigam os fins de solidariedade social previstos nos estatutos aprovados por aquele Decreto-Lei. Assim sucede com a Lei n.º 101/97, de 13 de Setembro, que estende às cooperativas de solidariedade social os direitos, deveres e benefícios das instituições particulares de solidariedade social. E, antes desta Lei, o Código Cooperativo, aprovado pela Lei n.º 51/96, de 7 de Setembro, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, estabeleceu no artigo 4.º, como um dos “ramos do sector cooperativo”, a solidariedade social. E, entretanto, seria publicado o Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de Janeiro, que aprovou o regime das cooperativas de solidariedade social, que passaram a reger-se pelo regime previsto neste diploma e, nas suas omissões, pelas do Código Cooperativo (artigo 1.º)²⁸. Em todo caso, o artigo 9.º do mesmo diploma legal sujeita este tipo de instituições à credenciação prevista no artigo 87.º, n.º 2, do Código Cooperativo, que, além de confirmar a natureza cooperativa da entidade constituída e o seu legal funcionamento, confirmará também os seus fins de solidariedade social, sendo que o apoio técnico e financeiro por parte das entidades públicas, nomeadamente nas áreas da inserção e segurança social, fica dependente daquela credencial.

Sem prejuízo do desenvolvimento legislativo que, nesta parte, venha a ter a Lei de Bases da Economia Social, tal como o determina o seu artigo 13.^{º29}, é incon-

²⁷ Relembre-se que, das cerca de três milhares de IPSS existentes em Portugal, mais de meia centena desenvolvem, como cooperativas de solidariedade social, uma das actividades sociais mais significativas. Referimo-nos às CERCIS – cooperativas de educação e reabilitação das crianças inadaptadas.

²⁸ O artigo 2.º daquele Decreto-Lei fornece a noção de cooperativas de solidariedade social: “1 - São cooperativas de solidariedade social as que através da cooperação e entreajuda dos seus membros, em obediência aos princípios cooperativos, visem, sem fins lucrativos, a satisfação das respectivas necessidades sociais e a sua promoção e integração, nomeadamente nos seguintes domínios: a) Apoio a grupos vulneráveis, em especial a crianças e jovens, pessoas com deficiência e idosos; b) Apoio a famílias e comunidades socialmente desfavorecidas com vista à melhoria da sua qualidade de vida e inserção sócio-económica; c) Apoio a cidadãos portugueses residentes no estrangeiro, durante a sua permanência fora do território nacional e após o seu regresso, em situação de carência económica; d) Desenvolvimento de programas de apoio direccionados para grupos alvo, designadamente em situações de doença, velhice, deficiência e carências económicas graves; e) Promoção do acesso à educação, formação e integração profissional de grupos socialmente desfavorecidos. 2 - Além dos enumerados no número anterior, as cooperativas de solidariedade social podem desenvolver outras acções que apresentem uma identidade de objecto com as previstas no número anterior e, nos limites do Código Cooperativo, prestar serviços a terceiros”.

²⁹ O artigo 13.º da Lei de Bases da Economia Social determina: “1 - No prazo de 180 dias a contar da entrada em vigor da presente lei são aprovados os diplomas legislativos que concretizam a reforma do sector da economia social, à luz do disposto na presente lei e, em especial, dos princípios estabelecidos no artigo 5.º 2 - A reforma legislativa a que se refere o número anterior envolve, nomeadamente: a) A

testável, à luz do regime ainda vigente, que se mantém intacta a faculdade legal de as IPSS também assumirem o formato de cooperativa, não obstante a referida tipicidade do estatuto revisto.

Quanto ao *regime destas cooperativas* vale o disposto no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de Janeiro: as cooperativas de solidariedade social regem-se pelo regime previsto neste diploma e, nas suas omissões, pelas do Código Cooperativo, sem prejuízo, naturalmente, da extensão às cooperativas de solidariedade social dos direitos, deveres e benefícios das instituições particulares de solidariedade social (Lei n.º 101/97, de 13 de Setembro).

Regime aquele que, enquanto não for objecto de revisão, tem, desde logo, diversas consequências práticas. Uma das mais imediatas diz respeito à organização interna destas cooperativas e aos respectivos órgãos de governo (composição, mandato, modo de designação, etc.), cujo regime aplicável é o estabelecido no Código Cooperativo. O que, desde logo, determina, por exemplo, a inaplicabilidade às cooperativas de solidariedade social de normas do estatuto revisto das IPSS, por serem estruturalmente incompatíveis com o “sistema de governo cooperativo”³⁰. Exemplo disso é o artigo 15.º do estatuto revisto das IPSS, relativo à composição dos órgãos, no qual se estabelece que os órgãos de administração e de fiscalização não podem ser constituídos maioritariamente por trabalhadores da instituição, encontrando-se estes igualmente impedidos de exercer o cargo de presidente do órgão de fiscalização.

c) Incompatibilidades, impedimentos, inabilitações, vícios de forma e outras causas de nulidade em “contraciclo”: a “rigidez administrativa” do estatuto revisto das IPSS

O presente título tem como pretexto a seguinte justificação: é visível, em diversos aspectos, a proximidade do regime estabelecido no estatuto revisto das IPSS com algumas das disposições do novo Código do Procedimento Administrativo (CPA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de Janeiro, designadamente em matéria de impedimentos e suspeições (artigos 69.º e segs. do CPA). Contudo, ao contrário da perspectiva sancionatória adoptada por este Código (aliás, na linha do CPA revogado), em que se determina a mera anulabilidade dos actos praticados (ou dos contratos celebrados) em violação do regime estabelecido naqueles artigos, o estatuto revisto das IPSS determina, em geral, a sanção radical da nulidade.

revisão dos regimes jurídicos aplicáveis às entidades referidas no artigo 4.º^{or}. Um dos tipos de entidades a que se refere este artigo 4.º tem, precisamente, por objecto as cooperativas de solidariedade social. No entanto, ainda se aguarda esse desenvolvimento legislativo.

³⁰ Em geral, sobre o “sistema de governo das cooperativas” e com propostas para uma revisão do respectivo Código, DEOLINDA APARÍCIO MEIRA e MARIA ELISABETE RAMOS, *Governança e Regime Económico das Cooperativas. Estada da arte e linhas de reforma*, VidaEconómica, Porto, 2014.

Um regime que, pela sua radicalidade, comparativamente ao similar regime que se prevê para os órgãos públicos, não deixa, no mínimo, de se apresentar “em contraciclo”, tendo ainda em conta o facto de, no novo CPA, a nulidade dos actos dos órgãos públicos assumir um carácter marcadamente mais excepcional, por virtude da eliminação da “cláusula geral de nulidade” prevista no n.º 1 do artigo 133.º do CPA revogado.

Regime que, por isso, não poderá encontrar justificação no facto de as disposições do novo CPA, respeitantes aos princípios gerais, ao procedimento e à actividade administrativa serem aplicáveis à conduta de quaisquer entidades, independentemente da sua natureza, adoptada no exercício de poderes públicos ou regulada de modo específico por disposições de direito administrativo. E não encontrará ainda tal justificação no facto de as IPSS adquirirem automaticamente a natureza de pessoas colectivas de utilidade pública, o que lhes permite, desde logo, ter acesso imediato a regalias e isenções fiscais (artigo 8.º do estatuto revisto)³¹, conferindo-lhes simultaneamente credenciação para celebrar “contratos de cooperação” com as entidades públicas³².

Vejam os seguintes exemplos:

- i) O n.º 5 do artigo 17.º, sobre o funcionamento dos órgãos de administração e fiscalização, determina que é nulo o voto de um membro sobre assunto que directamente lhe diga respeito e no qual seja interessado, bem como seu cônjuge, pessoa com quem viva em condições análogas às dos cônjuges e respectivos ascendentes e descendentes, bem como qualquer parente ou afim em linha recta ou no 2.º grau da linha colateral;
- ii) As causas de inelegibilidade para os órgãos sociais das instituições (só podem ser eleitos os associados que, entre outros requisitos cumulativos, tenham, pelo menos, um ano de vida associativa, salvo se os estatutos exigirem maior prazo), determinando a inobservância destes requisitos a nulidade da eleição (artigo 21.º^a);
- iii) A nulidade das deliberações cujo conteúdo contrarie normas legais imperativas (artigo 21.º-D), quando, no regime do novo CPA, a regra geral para vícios semelhantes é a mera anulabilidade (artigo 163.º, n.º 1);
- iv) A nulidade das deliberações que não estejam integradas e totalmente reproduzidas na respectiva acta (artigo 21.º-D), quando no novo CPA se determina apenas a ineficácia das deliberações (artigo 34.º, n.º 6);

³¹ Sobre o tema, SUZANA TAVARES DA SILVA e CLÁUDIA DIAS SOARES, *Regime Fiscal das Entidades da Economia Social e Civil*, VidaEconómica, Porto, 2015.

³² O registo das IPSS é obrigatório (artigo 7.º do estatuto revisto).

v) Sendo certo que, por força do artigo 22.º, são sempre anuláveis as deliberações de qualquer órgão contrárias à lei ou aos estatutos, seja pelo seu objecto, seja em virtude de meras irregularidades havidas na convocação ou no funcionamento do órgão (isto, se não forem nulas, nos termos ante referidos).

A isto acresce:

- i) Uma limitação à liberdade de auto(organização) que não encontra paralelo em nenhuma entidade da Administração Pública e que emerge igualmente em “contraciclo” com a salientada “autonomia estratégica” que a Directiva 2014/24/EU reconhece às instituições particulares sem fins lucrativos em geral: a inibição de executar obras por administração directa de valor superior a 25 mil euros, quando sejam financiadas por entidades públicas (artigo 23.º, n.º 1);
- ii) Não obstante a revogação do clássico regime de tutela administrativa (artigo 32.º), o certo é que, por via indirecta, o novo regime de fiscalização, auditoria, inspecção (artigo 34.º) e de aprovação administrativa de programas não deixa de ser tão (ou mais) intenso do que aquele e com consequências inclusivamente mais gravosas (por exemplo, no n.º 5 do artigo 14.º-A determina-se que, na falta de cumprimento do disposto no n.º 3³³, o órgão competente pode determinar ao órgão de administração que apresente um programa adequado ao restabelecimento da legalidade e do equilíbrio financeiro, a *submeter à sua aprovação*, e, pelo n.º 6 do mesmo artigo, caso este programa não seja apresentado *ou não seja aprovado*, o órgão competente pode requerer judicialmente a destituição do órgão de administração, nos termos previstos nos artigos 35.º e 35.º-A)³⁴.

Em síntese, são apenas alguns segmentos exemplificativos de um regime que, pela intensa abertura que fornece à intervenção administrativa no domínio da li-

³³ O n.º 3 impõe que as contas devem ser apresentadas, dentro dos prazos estabelecidos, ao órgão (administrativo) competente para a verificação da sua legalidade.

³⁴ O artigo 35.º, com a epígrafe “Destituição dos órgãos de administração”, estabelece: “1 - Quando se verifique a prática reiterada de atos ou a omissão sistemática do cumprimento de deveres legais ou estatutários pelo órgão de administração que sejam prejudiciais aos interesses da instituição ou dos seus beneficiários, podem ser judicialmente destituídos os titulares dos órgãos de administração. 2 - O membro do Governo responsável pela área da segurança social pode pedir judicialmente a destituição do órgão de administração nas seguintes situações: a) Por inadequação ao restabelecimento da legalidade ou do equilíbrio financeiro da instituição; b) Por incumprimento dos objetivos programados, por motivos imputáveis ao órgão de administração; c) Por se verificarem graves irregularidades no funcionamento da instituição ou dificuldades financeiras que obstem à efetivação dos direitos dos associados e utentes; d) Pela não apresentação das contas do exercício, durante dois anos consecutivos e segundo os procedimentos definidos pelo artigo 14.º-A; e) Pela não apresentação e ou não aprovação do programa adequado ao restabelecimento da legalidade e do equilíbrio financeiro, nos termos previstos nos n.ºs 4 e 5 do artigo 14.º-A; f) Por se verificar a prática de atos gravemente lesivos dos direitos dos associados e utentes e da imagem da instituição”...4 - São aplicáveis a este procedimento as normas que regulam os processos de jurisdição voluntária”.

berdade (auto)organizativa das instituições e pela radicalidade das sanções que estabelece, não deixa, na perspectiva da sua proporcionalidade, de suscitar dúvidas sobre a sua bondade jurídico-constitucional, não obstante a inegável liberdade constitutiva do legislador para conformar o regime substantivo do sector cooperativo e social.

4 BIBLIOGRAFIA

- APARÍCIO MEIRA, DEOLINDA e ELISABETE RAMOS, MARIA, *Governança e Regime Económico das Cooperativas. Estado da arte e linhas de reforma*, VidaEconómica, Porto, 2014.
- CANOTILHO, J.J. JOAQUIM GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 974 – 990 (anotação ao artigo 82.º).
- CASALTA NABAIS, J., *Alguns perfis da propriedade colectiva nos países da civil law*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, STVDIA IVRIDICA*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 223 e ss.
- LOPES MARTINS, LICÍNIO, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009.
- LOPES MARTINS, LICÍNIO, *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Almedina, Coimbra, 2015, reedição da ed. de 2014, pp. 314 e ss.
- LOPES MARTINS, LICÍNIO, *O regime da farmácia de oficina*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira*, Coimbra, 2015 (em publicação).
- MEDEIROS, RUI, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*”, *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 69, 2008, pp 3 e ss.
- MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 22 – 54 (anotação ao artigo 82.º).
- TAVARES DA SILVA, SUZANA e DIAS SOARES, CLÁUDIA, *Regime Fiscal das Entidades da Economia Social e Civil*, VidaEconómica, Porto, 2015.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 165-181
ISSN: 1130-2682

**COOPERATIVISMO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:
PARTICIPACIÓN Y FOMENTO EN EL ÁMBITO DE LA
COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

*COOPERATIVE AND PUBLIC ADMINISTRATION:
PARTICIPATION AND DEVELOPMENT IN THE FIELD OF THE
AUTONOMOUS COMMUNITY OF THE BASQUE COUNTRY*

VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE¹

Recepción: 17/07/2015 - Aceptación: 21/09/2015

¹ Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho, Universidad de Deusto. Dirección de correo electrónico: vegamaria.arnaez@deusto.es

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la relevancia del Movimiento Cooperativo como ejemplo de participación y gestión democrática, a través de sus organizaciones, reconocidas como empresas de participación cuya fórmula de organización tiene como principal rasgo diferencial la participación económica y democrática de sus miembros.

Para ello, se plantea una reflexión acerca de la relación o el binomio compuesto por la Administración Pública y el Cooperativismo, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco y desde el punto de vista de la transformación de la relación jurídico administrativa tradicional, que evoluciona hacia una posición más activa de los ciudadanos, cada vez más exigentes a la hora de conocer, influir y controlar las decisiones de los poderes públicos que afecten al funcionamiento, la gestión y la prestación de unos servicios públicos a cuyo sostenimiento contribuyen previo pago de los correspondientes impuesto, tasas y licencias.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas; Administración Pública; Sector Público; Participación; Fomento.

ABSTRACT

In this paper the importance of the cooperative movement is analyzed as an example of democratic participation and management, through their organizations, recognized as share companies whose organizational formula whose main distinguishing feature of economic and democratic participation of its members.

To do this, a reflection on the relationship or the binomial composed of the Public Administration and Cooperatives, in the area of the Basque Country and arises from the traditional view of the transformation of administrative legal relationship, It evolves into a more active position of citizens increasingly demanding when it comes to know, influence and control the decisions of government that affect the operation, management and delivery of public services for which payment of maintenance contribute the corresponding taxes, fees and licenses.

KEY WORDS: Cooperatives; Public Administration; Public Sector; Participation; Promotion.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PARTICIPACIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA. 2.1. Significado y alcance. 2.2. Participación y planificación administrativa. 3. COOPERATIVISMO Y GESTIÓN PÚBLICA. 3.1. Cooperación y participación. 3.2. El Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi como cauce de participación del cooperativismo en las políticas públicas. 3.3. Fomento del cooperativismo y la economía social. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN. 5. APUNTE BIBLIOGRÁFICO.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. PARTICIPATION AND GOVERNANCE. 2.1. Meaning and scope. 2.2. Participation and business planning. 3. COOPERATIVE AND GOVERNANCE. 3.1. Cooperation and participation. 3.2. The Superior Council of Cooperatives of Euskadi as a channel of participation of cooperatives in public policy. 3.3. Promotion of cooperatives and social economy. 4. IN CONCLUSION. 5. BIBLIOGRAPHY.

1 INTRODUCCIÓN

La difusión de los valores y principios cooperativos junto con el apoyo institucional al Movimiento Cooperativo exigen la apuesta firme y decidida de los poderes públicos por el fomento de las capacidades emprendedoras, por la creación y consolidación de empleo estable y de calidad, así como por la vinculación del crecimiento económico a la cohesión social y a una forma de trabajar que contribuye a la configuración y consolidación de modelos más participativos y más democráticos.

La participación económica, básicamente a través de empresas como las cooperativas en las que se trabaja, contribuye a la consolidación y asentamiento de una sociedad democrática. Y ello, por cuanto se trata de organizaciones que sitúan la participación del trabajador en el ámbito de la Justicia Social, más allá de las meras reivindicaciones laborales.

Se puede afirmar, por lo tanto, que los valores y principios cooperativos, entre los que destaca la democracia participativa, contribuyen a la realización no sólo de objetivos económicos, sino a la satisfacción de otros fines de personales o existenciales, como la autoestima o la autonomía. En definitiva, la cooperación potencia un estilo de vida más pleno y satisfactorio.

Aún más, democracia y participación son valores que diferencian a las sociedades cooperativas del resto de las organizaciones económicas, por cuanto se erigen como pautas de comportamiento inherentes y características propias y singulares del cooperativismo desde su origen².

² A. ATXABAL RADA: "Democracia y jóvenes, una aproximación desde las cooperativas", *REVESCO-Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 116 (2014), pág. 64.

En este sentido, el presente trabajo pretende poner de manifiesto la relevancia del Movimiento Cooperativo como ejemplo de participación y gestión democrática, a través de sus organizaciones, reconocidas como empresas de participación cuya fórmula de organización tiene como principal rasgo diferencial la participación económica y democrática de sus miembros³.

Para ello, se plantea una reflexión acerca de la relación o el binomio compuesto por la Administración Pública y el Cooperativismo, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco y desde el punto de vista de la transformación de la relación jurídico administrativa tradicional, que evoluciona hacia una posición más activa de los ciudadanos, cada vez más exigentes a la hora de conocer, influir y controlar las decisiones de los poderes públicos que afecten al funcionamiento, la gestión y la prestación de unos servicios públicos a cuyo sostenimiento contribuyen previo pago de los correspondientes impuesto, tasas y licencias⁴.

2 PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y GESTIÓN PÚBLICA

2.1. Significado y alcance

El concepto de participación ciudadana adopta diferentes significados según cuál sea la realidad social, económica, política y cultural en la que se pretenda implantar. En algunos casos, es precisamente el hecho de que se fomente institucionalmente la adopción y el impulso de instrumentos y cauces de participación de los ciudadanos en la gestión de los intereses públicos pone de manifiesto la inexistencia o, cuando menos la inoperancia a tales efectos, de las instituciones públicas.

En otros supuestos, sin embargo, los poderes públicos ponen en funcionamiento diferentes procedimientos e instrumentos de participación orientados, de facto, a ser utilizados únicamente por determinados grupos de poder, trasladando a la generalidad de los ciudadanos la falta de eficacia y la debilidad democrática de las políticas públicas, aduciendo ser ésta consecuencia de su falta de responsabilidad y compromiso por no participar *suficientemente* en la vida política o social⁵.

En cualquier caso, la necesidad y la importancia de la participación en el Derecho administrativo no es algo nuevo, sino que ya fue puesta de manifiesto por FORSHOFF en su formulación de la Administración Prestacional, hacia la que

³ A. ATXABAL RADA: "Democracia y jóvenes...", *op. cit.*, págs. 67 y 68.

⁴ M. V. ARNÁEZ ARCE: "La participación ciudadana en la prestación de servicios públicos. El supuesto de las cooperativas de utilidad pública en la Comunidad Autónoma del País Vasco", *REVESCO- Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 116 (2014), págs. 18 y 19.

⁵ M. ARENILLA SÁEZ: *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Netbiblo, La Coruña, 2011, pág. 123.

las Administraciones Públicas han ido evolucionando a lo largo de los siglos XIX y XX. Así, en palabras de este autor « (...) la Administración aportadora de prestaciones se basa en la participación. El sentido del concepto de la procura existencial estriba en otorgar la protección del Derecho público a esa participación (...). El concepto de procura existencial sirve en primera línea para asegurar la *participación* [la cursiva no está en el original] del individuo en las prestaciones de la Administración...»⁶.

La hipótesis que a continuación cabe plantear es la siguiente: ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de tal afirmación de la importancia de la participación de los ciudadanos en las políticas públicas?⁷

Básicamente las tres siguientes:

En primer lugar, garantizar la intervención de los particulares, así como de profesionales y peritos especializados en los diferentes ámbitos de actuación pública, para dar cumplimiento efectivo a la previsión del artículo 9.2 de la Constitución en el que en el que «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» se define como una función de los poderes públicos⁸.

En segundo lugar, afianzar y consolidar la realización del principio democrático mediante la previsión de cauces de participación necesarios en los procesos de redacción, aprobación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, al menos en cuanto se refiere al control de la discrecionalidad administrativa⁹.

⁶ E. FORSHOFF: *Sociedad industrial y Administración Pública*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, págs. 21 a 23.

⁷ M. V. ARNÁEZ ARCE: *La potestad planificadora de las Administraciones Públicas*, Gomylex, Bilbao, 2013.

⁸ En este sentido, nos adherimos a las reflexiones de DELGADO BARRIO en las que afirma que «... el artículo 9.2 es el fundamento genérico sobre el que la Jurisprudencia viene construyendo el principio de participación (...). Ciertamente, no existe hoy en nuestra sociedad un espíritu participativo, pero corresponde a los poderes públicos (...), a la Administración, utilizar al máximo las posibilidades que el ordenamiento jurídico ofrece a los ciudadanos para participar [a nuestro juicio, el ejercicio de la potestad planificadora es una de estas posibilidades] (...). Sobre la base de la importancia del planeamiento para asegurar un cierto nivel de calidad de vida, la doctrina y también la Jurisprudencia vienen destacando la necesidad de su legitimación democrática, *lo que exige una participación ciudadana en el procedimiento a seguir para su elaboración* [la cursiva no está en el original]», en «Reflexiones sobre el artículo 106.1. CE...», *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 2318 a 2321.

⁹ Véanse, entre otras, las consideraciones al respecto de DE LA CRUZ FERRER cuando afirma que «la participación (...) [en nuestra opinión, basta con la previsión de cauces de participación en la elaboración de los planes, proyectos y programas en los que se concreta el ejercicio de la potestad administrativa de planificación] contribuye directamente a fomentar un mejor ejercicio de la discrecionalidad administrativa, cuyo fin es encontrar la opción que mejor realice el interés general (...), la participación contribuye en un primer momento a la legalidad, acierto y oportunidad de las disposiciones...», en «Sobre el control...», *op. cit.*, págs. 94 y 95. Para ALBERTI ROVIRA la participación implica la posibilidad de

En tercer y último lugar, poder condicionar a los poderes públicos pudiendo llegar, incluso, a hacerles cambiar o, al menos reconsiderar, sus criterios de actuación¹⁰.

Y así, desde la perspectiva del Derecho administrativo, se puede calificar la participación como la garantía última de la representación de los diferentes intereses, públicos o privados, involucrados en la gestión pública y, por ende, en la prestación de los servicios públicos¹¹.

que tanto los particulares como los poderes públicos tengan una «oportunidad de pronunciarse y de intervenir con carácter sustantivo (...); debe establecerse un canal fluido y constante de información entre todas las partes implicadas, que permita la evaluación de los resultados y la regular revisión de los planes establecidos», en «La planificación en el federalismo cooperativo», *Congreso de Derecho Público de la Economía*, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, pág. 293. Igualmente, GARCÉS SANAGUSTÍN ha señalado que «... cada forma de Estado exige la participación de determinados agentes y la instauración de unos cauces de participación específicos (...). La forma democrática del Estado y el reconocimiento del pluralismo político que conlleva, acarrea la participación de agentes cualificados (...) que asumen el protagonismo y canalizan los anhelos de participación de los individuos y de los colectivos sociales (...). El Estado social también acarrea la existencia de unos entes específicos que articulan la participación social en la materia que representan, en muchos casos, un interlocutor válido ante la Administración y los colectivos sociales beneficiarios de los correspondientes sistemas prestacionales...», en *Prestaciones sociales, financiación administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw Hill, Madrid, 1996, págs. 53 y 54; Del mismo modo, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER ha destacado «... en esta línea amplia de participación (...) la insistencia que se pone en las técnicas planificadoras (...). La planificación no es una técnica obsoleta, no es un instrumento autoritario, o disfuncional, del mismo modo que no está reñida la racionalidad con la libertad», en el «Prólogo» del libro de A. SÁNCHEZ BLANCO: *El sistema económico de la Constitución (participación institucional de las Autonomías territoriales y dinámica social en la economía)*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 26 y 27.

¹⁰ En este sentido, DROMI ha dicho que «la primera base o condición de un plan es la participación universal, la cual debe organizarse de modo que el pueblo, sujeto y objeto de la administración democrática del desarrollo, sea parte de la dinámica del cambio y comparta su proceso a través de la consulta, la toma de decisión y la ejecución (...). La participación es un requisito fundamental para que los planes no se limiten a enumerar deseos de contenido y nivel puramente técnicos, sino que se nutran y apoyen en la opinión pública y resulten en consecuencia expresión de la voluntad de hacer del pueblo mismo como parte de la dinámica transformadora de un país o de una región...», *Derecho administrativo económico*, Astresa, Buenos Aires, 1983, pág. 155.

¹¹ Véanse, entre otros, GARCÉS SANAGUSTÍN se ha referido a la validez de la planificación como cauce de participación, al poner de manifiesto la importancia que, en este sentido, tiene la «la proliferación de técnicas de planificación y de concertación, con la consiguiente gestión indirecta o concertada de los servicios y de las organizaciones prestacionales que se constituyan y la inclusión, obviamente, de los mecanismos que permitan la representación de los diferentes intereses...», *Prestaciones sociales, financiación administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw Hill, Madrid, 1986, págs. 64 y 65; ANDER-EGG ha indicado que la participación y el diálogo son «dos características fundamentales de una programación [a nuestro juicio, el término adecuado sería el de planificación] democrática y participativa (...). Participar es tomar parte en todo aquello en donde uno está implicado; dialogar es contar con la opinión de los otros y saber enriquecerse con las diferencias...», *Introducción a la planificación*, Humanitas, Buenos Aires, 1978, pág. 141.

Y ello, en cualquier caso, con el propósito de construir una Administración Pública más próxima a los administrados y a sus necesidades, de tal forma que se asegure la salvaguarda y mejor y más efectiva realización de sus derechos e intereses legítimos¹².

2.2. Participación y planificación administrativa

En la actualidad, en el seno de un entorno cada vez más globalizado, la crisis económica, financiera e institucional en la que estamos inmersos demanda que los poderes públicos y los agentes económicos privados aúnen esfuerzos y trabajen en torno a la recuperación económica y a la consolidación de los aspectos estables de nuestro modelo productivo¹³.

Y así, ante la sucesión de importantes transformaciones institucionales, políticas, económicas y sociales, los ciudadanos demandan una necesaria reconfigura-

¹² En este sentido, MARTÍN REBOLLO ha afirmado que «... la idea de participación conecta con el acercamiento entre el Estado y la Sociedad (...) y supone una modesta vía de superación del individualismo que ha impregnado el Derecho administrativo desde sus mismos orígenes históricos (...). La introducción de técnicas de participación ciudadana en los asuntos públicos allí donde esta participación sea posible y deseable. No para legitimar a la Administración sino como vía de integración social y de acercamiento a los ciudadanos. Las fórmulas participativas, que suelen ser más viables en las Administraciones menores, encuentran su justificación en la adopción de opciones discutibles de trascendencia, en la valoración de la oportunidad de algunas decisiones generales, en el diseño de los modelos urbanos, por poner algunos ejemplos (...). La participación funcional (...) supone una colaboración externa, desde fuera, a través de informaciones públicas, oficinas de iniciativas, acciones populares y otras formulas semejantes (...). Potenciando las correspondientes oficinas de iniciativas y reclamaciones y, sobre todo, asegurando la respuesta a cada ciudadano que las utilice (...). Este tipo de participación halla, quizá, su piedra de toque en la elaboración de disposiciones generales, *planes* y *proyectos* [la cursiva no está en el original], sobre todo en el ámbito municipal, donde es decisiva la generalización de encuestas previas (...) puesto que, una vez puesto en funcionamiento todo el complejo mecanismo de elaboración de un plan y lo que ello conlleva, difícilmente se rectifica sustancialmente en cuanto a sus opciones básicas, que son las que interesa cuestionar en este tipo de encuestas...», en *El Derecho administrativo y las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos. Lección de apertura del Curso académico 1984-1985*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 1984, págs. 33 a 36. En el mismo sentido, PAREJO ALFONSO ha señalado que la planificación es «...una técnica deseable [para garantizar la participación] dados el crecimiento y la complejidad de las tareas administrativas...», en *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 110.

¹³ Así lo puso expresamente de manifiesto el Preámbulo de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (B. O. E. núm. 55, de 5 de marzo), en el que se afirma la necesidad de impulsar la eficiencia especialmente en el ámbito de la contratación pública y la colaboración entre el sector público y los agentes privados como “[...] elementos fundamentales de relación entre la Administración Pública y el tejido empresarial y, a la vez, como ámbitos en los que debe reforzarse la vinculación a parámetros de sostenibilidad económica [...]”.

ción de las Administraciones Públicas, de su funcionamiento y organización, así como de la articulación de una nueva forma de relación jurídico-administrativa¹⁴.

En este contexto, y tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, destaca la apuesta del Derecho administrativo actual por la configuración de un nuevo modelo de gestión democrática de la Administración Pública, en pro de su transformación en una institución más abierta y accesible a los ciudadanos.

Se trata, en definitiva, de la introducción de un nuevo modelo de gestión pública que busca una creciente implicación de los ciudadanos en la acción de gobierno mediante el refuerzo y la educación de una ciudadanía activa, informada, participativa y corresponsable.

De este modo, la planificación participativa surge como un enunciado normativo en virtud del cual se determinan las pautas y las directrices básicas que inspiran y condicionan la actuación, tanto de los poderes públicos como de los ciudadanos, incluyendo las relaciones que se establezcan entre ellos; pautas y directrices que se materializan e instrumentan jurídicamente a través de los diferentes planes, proyectos y programas administrativos.

Además de las características propias de cualquiera de sus manifestaciones o expresiones, desde el punto de vista del Derecho administrativo la planificación participativa tiene unas características propias y esenciales que la definen como una potestad pública. En este sentido, la planificación se puede definir como una de las facultades de actuación o prerrogativas que el ordenamiento jurídico atribuye a las Administraciones Públicas, revistiéndolas de un estatus especial de *imperium* derivado de su misión de servicio a la protección, garantía y realización del interés general¹⁵.

¹⁴ O. MIR PUIG: *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 19.

¹⁵ En este sentido y de acuerdo con el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA cuando afirma que el Derecho “*parte de una determinada realidad social a la que, en alguna forma, pretende reconfigurar o, en último extremo, fijar y sostener*” en *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 4ª ed. 1998, pág. 112. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que las características propias de la potestad administrativa de planificación son las siguientes: su *normativismo*, en tanto que en cada una de las manifestaciones instrumentales de la planificación se establecen pautas de comportamiento y directrices de actuación orientadas a la consecución de fines u objetivos concretos y que son susceptibles de vincular tanto a los poderes públicos como a los administrados; su *virtualidad como cauce de participación* tanto de los poderes públicos (trámite de audiencia) como de los particulares (información pública) y de determinados colectivos técnicos o peritos en el ámbito de la gestión administrativa y, finalmente, su *instrumentalización para la ejecución de los principios constitucionales* de objetividad, eficacia y coordinación de la actuación de las Administraciones Públicas. Véase lo señalado al respecto por el profesor BERMEJO VERA en cuanto afirma que “[...] el reconocimiento de la planificación en sentido constitucional —refiriéndose a la planificación económica— como potestad pública está orientada al logro de objetivos de interés general [...]”, en *Constitución y planificación hidrológica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 55.

Se concluye, por tanto, la validez de la planificación como instrumento o técnica de participación de los ciudadanos en las diferentes políticas públicas, en garantía de la representación de diferentes sensibilidades e intereses en la ejecución y evaluación de las precitadas políticas públicas.

Pues bien, el modelo de planificación participativa al que nos referimos tiene como punto de partida una intervención ciudadana que comienza en la fase de redacción y elaboración de las normas mediante jornadas de trabajo, foros y debates abiertos a la ciudadanía, que continúa en el momento del diseño de los concretos planes y estrategias singularizadas de la actuación pública y que, finalmente, culmina con el seguimiento y la evaluación del impacto producido por la implementación de las diferentes políticas públicas.

En este contexto, el mundo cooperativo siempre ha destacado por su capacidad para impulsar y liderar procesos de planificación participativa dirigidos a la optimización y la prestación eficaz y eficiente de los servicios públicos, especialmente en relación con el desarrollo local y con el impulso del denominado *tercer sector económico* o economía social.

Merece significarse, por ello, el protagonismo o, cuando menos, la creciente relevancia de las sociedades cooperativas en el ámbito de la actividad administrativa prestacional derivada de su vocación social y comunitaria. En palabras de ARGUDO PÉRIZ, en relación con la participación en la prestación de los servicios de interés general “[...] la vocación social comunitaria de la economía social y el desarrollo del cooperativismo en el sector servicios, determina necesariamente una confluencia en el campo de los servicios a las personas y a la comunidad [...]”¹⁶.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la representación de cooperativismo en las políticas públicas se ha institucionalizado a través del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, organismo público dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar que ha destacado desde su constitución en el año 1983 como órgano de encuentro y diálogo entre la sociedad civil y las Administraciones Públicas, garantizando, o cuando menos potenciando, la participación del cooperativismo en las políticas públicas¹⁷.

¹⁶ J. L. ARGUDO PÉRIZ: “Las cooperativas sin ánimo de lucro: ¿vuelta a los orígenes o respuesta a nuevas necesidades sociales?”, *GEZKI*, núm. 3, 2007, pág. 182.

¹⁷ El Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi tiene sus orígenes en el artículo 70 de la Ley 1/1982, de 11 de marzo, de Cooperativas de Euskadi y se constituyó formalmente el día 28 de enero de 1983.

3 COOPERATIVISMO Y GESTIÓN PÚBLICA

3.1. Cooperación y Participación

De acuerdo con la declaración formulada en el año 1995 por la Alianza Cooperativa Internacional, el fenómeno cooperativista está basado en los valores de la autoayuda, autorresponsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad.

En la actualidad, se acepta mayoritariamente la definición del artículo 1 de la Ley 4/1993, de 24 de julio, de Cooperativas de Euskadi¹⁸, según la cual la cooperativa es una empresa que tiene por objeto prioritario la promoción de actividades económicas y sociales de sus miembros y la satisfacción de sus necesidades con la participación activa de los mismos, observando los principios cooperativos y atendiendo a la comunidad de su entorno¹⁹.

En definitiva, lo que distingue o singulariza a la entidad cooperativa de otras personas jurídicas con carácter empresarial no es el tipo o clase de actividad a desarrollar, sino los principios inspiradores y rectores de su estructura y funcionamiento: los principios cooperativos revisados periódicamente por la ACI que diferencian a las cooperativas de cualquier otro tipo de empresas y que se concretan en los siguientes: la adhesión voluntaria y abierta de sus miembros, la gestión democrática por los socios, participación económica de los socios, autonomía e independencia, educación, formación e información, cooperación entre cooperativas e interés por la comunidad²⁰.

Tanto la Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas²¹ como la Ley 4/1993, de 24 de julio, de Cooperativas de Euskadi²², definen las Sociedades Cooperativas como sociedades integradas por personas que se asocian de forma voluntaria con el fin de desarrollar en común una o varias actividades de carácter empresarial, acogiéndose a un modelo organizativo al servicio de sus miembros, cuyo principal objetivo es la promoción de las actividades económicas y sociales de aquellos, para el desarrollo de una empresa de propiedad conjunta y gestión democrática, con plena observancia y respeto de los principios cooperativos en su estructuración y funcionamiento.

Sea cual fuere la actividad cooperativizada debe servir a una función social, entendida como satisfacción de alguna de las necesidades de promoción de un

¹⁸ B. O. P. V. núm. 135, de 19 de julio de 1993.

¹⁹ E. GADEA SOLER: "Estudio sobre el concepto de cooperativa: referencia a los Principios cooperativos y a su discutida vigencia", *JADO. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, año VII, núm. 17, Bilbao, 2009, pág. 170.

²⁰ E. GADEA SOLER: *Op. Cit.* Págs. 177 a 183.

²¹ B. O. E. núm. 170, de 17 de julio de 1999.

²² B. O. P. V. núm. 135, de 19 de julio de 1993.

interés de carácter socioeconómico de sus miembros que se anteponga al interés de un concreto y determinado beneficio económico.

La Ley Vasca regula las diferentes clases de cooperativas en el capítulo I de su Título II, especificando que éstas además de someterse a los principios configuradores establecidos en la ley, están sujetas a la legislación específica que resulte en cada caso aplicable, en función de cuál sea la concreta actividad que a la que se dediquen.

En el supuesto que nos ocupa, en relación con la participación del cooperativismo en las políticas públicas, destaca, por una parte, el papel que juegan las cooperativas en tanto experiencias organizativas que se distinguen por su esencia participativa, así como por su potencialidad como impulsoras del desarrollo local, su intenso arraigo al terreno, su tendencia a la creación de empleo estable, su flexibilidad para adaptarse a los cambios y su capacidad para integrarse en redes superiores²³.

Por otra parte, merece asimismo significarse el impulso de las cooperativas, junto con las mutuas y otras asociaciones, a la institucionalización de la denominada *economía social o tercer sector*, para cuya consecución y efectiva realización resulta imprescindible la articulación de técnicas de participación y colaboración con el sector público²⁴.

3.2. El Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi como cauce de participación del cooperativismo en las políticas públicas

El Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi tiene sus orígenes en la Ley 1/1982, de 11 de febrero, sobre Cooperativas, en cuyo artículo 70 se le constituye calificándole como el “máximo órgano de representación y promoción de las cooperativas”. Con el paso del tiempo, este organismo público ha ido cediendo su misión o función representativa a las diferentes Federaciones de Cooperativas de Euskadi que se han ido constituyendo paulatinamente.

A partir del año 1996, y como consecuencia de la creación de la Confederación de Cooperativas de Euskadi, el Consejo ha centrado su esfuerzo y actuación como órgano consultivo y de asesoramiento a las Administraciones Públicas Vascas en materia cooperativa.

La definición de su naturaleza jurídica, su organización, competencias y funcionamiento están regulados en la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, desarrollada a estos efectos por el Decreto 213/1999, de 11 de mayo,

²³ J. COQUE MARTÍNEZ: *Compartir soluciones: las cooperativas como factor de desarrollo en zonas desfavorecidas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, págs. 13 y 14.

²⁴ M. ZURBANO; G. HENRY; A. URZELAI: *El cuarto sector en Euskadi*, Innobasque, Zamudio, 2012, págs. 51 a 57.

por el que se regula el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi y por su Reglamento de Organización y Funcionamiento interno aprobado por Acuerdo adoptado en la sesión plenaria de 26 de julio de 1999²⁵.

La primera Ley Vasca de Cooperativas, Ley 1/1982, de 11 de marzo, en su Capítulo II, artículo 66 establecía como una de las funciones de la Administración Pública en relación con el cooperativismo la de la “promoción, el estímulo y el desarrollo de las cooperativa y de sus organismos de apoyo”.

Para tal fin, y tal y como se ha puesto anteriormente de manifiesto, la precitada Ley, en su artículo 70 creó el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi como órgano de naturaleza administrativa y de composición mixta, integrado por representantes del Gobierno y del Cooperativismo Vasco.

En este contexto, el 28 de enero de 1983, tuvo lugar la constitución formal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, como un “inestable” espacio de convergencia entre lo público y lo privado y como resultado, en definitiva, del trabajo desarrollado por una incipiente Administración Pública autonómica interesada en promover la mayor riqueza y justicia social posible. De este modo, la creación del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi hizo posible que el cooperativismo vasco tuviera presencia institucional y empezase a participar en las políticas públicas²⁶.

Desde el momento de su constitución, y tras más de 25 años de historia, el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, en su naturaleza de organismo público dependiente de la Administración autonómica ha asumido una función de representación, servicio y atención al cooperativismo como intermediario entre los intereses que tanto las cooperativas como la propia Administración autonómica han concertado en torno al proyecto cooperativo vasco²⁷.

²⁵ B. O. P. V. núm. 55, de 20 de marzo de 2000.

²⁶ F. MOLINA APARICIO: *Historia del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi*, Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, Vitoria-Gasteiz, 2009, págs. 9 a 11.

²⁷ En palabras de MOLINA APARICIO “[...] el Consejo ha actuado siempre como un organismo vivo, en permanente transformación y adaptación, siempre atento a las necesidades del movimiento cooperativo. Ha dotado de vida a objetivos que sirven al cooperativismo sabiendo resituarse como institución, creando estructuras participativas hacía dentro y hacía fuera del movimiento cooperativo, caso de foros e instituciones de debate y reflexión [...]. De hecho, se ha convertido, en su faceta consultiva y de relación con la Administración en un órgano destinado no sólo a la respuesta y la solución de consultas y cuestiones, sino también en un órgano de propuesta, de proposición de reformas y nuevas iniciativas en beneficio del cooperativismo. Cuenta, para ello, con una ventaja sustancial: su condición de espacio de intercambio y conexión entre el sector cooperativo, la universidad y la Administración Pública. Esa confluencia entre lo público y lo privado, lo económico, académico y administrativo, supone un valor añadido esencial para esta institución de cara a su futuro. Un valor que puede aportar como mesa y foro principal de reflexión sobre el cooperativismo y las instituciones vascas, así como instrumento adecuado para impulsar acuerdos entre los representantes de aquél y de la Administración.”, en *Op. cit.* Págs. 128 y 129.

A lo largo de toda su andadura, si algo hay que destacar de la actividad, y de la propia esencia, del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi es su virtualidad como órgano de participación, de encuentro y de diálogo entre la sociedad civil y las Administraciones y entidades del sector público, potenciando la presencia institucional del cooperativismo en las políticas públicas e impulsando la creación de foros de debate, participación y divulgación de los valores y principios cooperativistas²⁸.

A tal efecto, el Reglamento de Organización y Funcionamiento interno del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, en su artículo 1, reafirma su naturaleza jurídica como Entidad Pública de carácter consultivo y asesor, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar.

En cuanto a sus competencias concretas competencias generales, el artículo 4 del referido Reglamento de Organización y Funcionamiento interno, atribuye expresamente al Consejo las siguientes cinco funciones básicas: promoción, difusión, arbitraje, consulta y asesoramiento a las Administraciones Públicas Vascas en materia de cooperativismo y colaboración con el sector público. A continuación, y a fin de lograr una adecuada y efectiva realización de tales funciones básicas, el apartado 3 del precitado artículo 4 establece que el Consejo utilizará, como elemento instrumental esencial el de la potestad administrativa de planificación²⁹.

De este modo, se dota al Consejo de ese *imperium* especial del que está investida la Administración Pública cuando actúa al servicio de la efectiva realización del interés general, mediante el reconocimiento de una potestad administrativa que destaca especialmente por su validez como cauce o mecanismo para la integración y participación del mundo cooperativo y sus intereses, en la gestión pública, especialmente en cuanto se refiere al desarrollo local y al impulso de la denominada economía social, o tercer sector económico.

3.3. Fomento del cooperativismo y de la economía social

Desde la aprobación de la primera Ley de Cooperativas de Euskadi, incluidas sus posteriores reformas, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco se ha producido la consolidación de un concepto integrador de todas las entidades, empresariales o no, que compartiendo determinados valores y principios forman parte de la denominada economía social. En definitiva, un reconocimiento ex-

²⁸ F. MOLINA APARICIO: *Op. cit.*, pág. 130.

²⁹ En desarrollo de esta previsión, el artículo 4 del Reglamento de Organización y Funcionamiento interno establece que “la planificación se materializará en las modalidades de largo y corto plazo mediante, respectivamente, un Plan Estratégico trienal y un Plan de Gestión anual, que serán aprobados por el Pleno del Consejo a propuesta de su presidente y que contendrán necesariamente, además de las previsiones presupuestarias correspondientes, el programa de acciones a desarrollar en cada uno de los capítulos referentes a las funciones que le son propias.

preso de la importancia social y económica de este sector dotado de una singular identidad en todos los aspectos, incluido el jurídico³⁰.

En este sentido, y tal y como se establece en el artículo 7 de la Ley 5/2011, de Economía Social, los poderes públicos vascos han asumido, en el ejercicio de sus competencias, un compromiso y una obligación de fomento de la Economía Social Vasca que, entre otros aspectos, refleja la necesidad de incorporar de forma integral a todas las entidades que la constituyen y a sus organizaciones en los diferentes procesos de participación institucional dirigidos a la planificación y ejecución de cuantas políticas públicas les conciernen³¹.

Debe significarse, en este sentido, que las cooperativas, designadas por la Ley 5/2011 en primer lugar entre las entidades reconocidas como pertenecientes a la Economía Social, se constituyen como sujetos activos del desarrollo social y económico de Euskadi y, por lo tanto, como objeto preferente de atención de las políticas públicas con alcance de *interés general*.

En este sentido, y para la verdadera efectividad del fomento de la economía social en general y del cooperativismo en particular, el artículo 137 de la vigente Ley de Cooperativas de Euskadi atribuye a los poderes públicos vascos la obligación de revisar toda la legislación sectorial vigente que contenga alguna limitación injustificada a la participación de las cooperativas, y demás entidades de la economía social en cualquier tipo de actividad económica. Y ello, con el fin de situar al cooperativismo vasco en un plano de igualdad de oportunidades con respecto de otras entidades y organizaciones empresariales.

4 A MODO DE CONCLUSIÓN

En el contexto de un Estado social y democrático de derecho, la participación ciudadana y la transparencia de las políticas públicas se configuran como principios inherentes a la actuación de los poderes públicos, necesarios para garantizar una gestión administrativa eficiente, eficaz y capaz de responder a las expectativas y demandas de la sociedad³².

³⁰ Véase a tales efectos el Informe “Propuestas para una reforma de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi”, elaborado de manera conjunta por la Universidad del País Vasco, la Universidad de Deusto y la Universidad de Mondragón en octubre de 2014.

³¹ Este pronunciamiento que la Ley 5/2011 expresamente atribuye a las Administraciones autonómicas en su artículo 7 ya ha sido objeto de atención activa por parte del Parlamento Vasco, mediante la emisión de resoluciones que han contado con el apoyo de la totalidad de los grupos parlamentarios.

³² En este sentido se ha pronunciado el profesor GARCÍA MACHO cuando afirma expresamente que “[...] el principio de transparencia se ha convertido en el contexto de un Estado democrático y de derecho en un requisito necesario en los procedimientos de decisión administrativos y en los de elaboración de las leyes, si se pretende crear una estructura de inclusión del ciudadano en la toma de decisiones políticas y administrativas[...]”, en R. GARCÍA MACHO: “La transparencia en el sector público”, en

En este sentido, se puede afirmar que el Derecho administrativo de nuestros días está inmerso en un proceso de transformación de las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos que tiene como punto de partida y de llegada la consolidación de una Administración Pública transparente en su actuación y en la gestión de los intereses públicos, desde la planificación de las políticas públicas hasta su ejecución material en los diferentes ámbitos y sectores de actuación administrativa³³.

El camino hacia la simplificación y la progresiva desburocratización de la organización y de la actuación de las Administraciones Públicas se configura en la actualidad como el reto más importante y significativo del Derecho administrativo de nuestro tiempo, en un entorno cada vez más participativo en el que los ciudadanos han dejado de ser meros receptores de los servicios públicos para pasar a asumir un rol cada vez más exigente con el modo, las circunstancias y los principios gestores que utilizan las Administraciones Públicas para prestarlos.

Para ello, y frente a los instrumentos y cauces tradicionales de participación ciudadana, tales como la consulta popular, la información y la audiencia pública o las iniciativas y propuestas ciudadanas, en los últimos tiempos se ha generalizado el desarrollo de procesos innovadores de planificación participativa, en coherencia con un modelo de gestión pública participativo y de proximidad a los destinatarios y usuarios de los servicios públicos. Destacan como características más significativas de las referidas iniciativas de planificación participativa, aplicadas básicamente en el ámbito de las administraciones autonómicas y locales, las cuatro siguientes consideraciones:

En primer lugar, la profundización participativa, indicativa del pluralismo y del número de participantes.

En segundo lugar, la transversalidad de las experiencias planificadoras, en las que conviven diversos contenidos sustantivos, o sectores de actuación pública, con una pluralidad de redes de participantes o actores implicados.

En tercer lugar, la innovación conceptual derivada de la novedad del mecanismo participativo.

En cuarto, el impulso a redes de capital social, como capacidad de las iniciativas participativas para generar acuerdos, intercambios, cooperación y confianza entre los ciudadanos participantes.

El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011, pág. 247.

³³ Debe significarse en este sentido, que la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su artículo 3.5 incluye el principio de transparencia entre los principios generales de funcionamiento de las Administraciones Públicas en su relación con los ciudadanos, de tal forma y manera que dicha determinación obliga a los poderes públicos a promover los cauces y procedimientos necesarios para su efectiva implementación y cumplimiento.

En quinto y último lugar, destacan los rendimientos sustantivos del proceso de planificación participativa, en la medida en que tienen como objetivo o finalidad la consecución de resultados en términos de transformación y optimización de la vida de los ciudadanos como destinatarios de los servicios públicos, cuya gestión se les participa.

En este contexto, el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, fiel a su misión esencial de servicio y atención a las cooperativas, ha asumido un papel protagonista como intermediario e interlocutor entre éstas y las Administraciones Públicas Vascas, en representación y defensa de los intereses del cooperativismo y del proyecto cooperativo vasco en relación con todas las políticas públicas que les afectan. Para ello, el Consejo, en tanto que entidad pública dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, ha actuado, desde el mismo momento de su constitución, como un organismo siempre atento a las necesidades del cooperativismo, creando estructuras participativas, tales como foros de debate y otras instituciones de estudio y reflexión³⁴.

Por todo ello, se puede concluir, de manera incuestionable, que la esencia histórica de este organismo público ha sido su condición de órgano de participación del cooperativismo en las políticas públicas en tanto que espacio de encuentro entre el ámbito público y el privado; un foro de intercambio de ideas, de promoción de iniciativas, de difusión, de educación y de información jurídica y técnica³⁵.

5 APUNTE BIBLIOGRÁFICO

- ARENILLA SÁEZ, M.: *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Netbiblo, La Coruña, 2011.
- ARNÁEZ ARCE, V. M.: *La potestad planificadora de las Administraciones Públicas*, Gomylex, Bilbao, 2013.
- ARNÁEZ ARCE, V. M.: “La participación ciudadana en la prestación de servicios públicos. El supuesto de las cooperativas de utilidad pública en la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *REVESCO- Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 116 (2014), págs.7-32.
- ATXABAL RADA, A.: “Democracia y jóvenes, una aproximación desde las cooperativas”, *REVESCO- Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 116 (2014), págs. 57-76.
- BERMEJO VERA, J.: *Constitución y planificación hidrológica*, Civitas, Madrid, 1995.
- BERMEJO VERA, J.; FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “Actuaciones Administrativas aisladas versus planificación: modelo urbanístico y protección del patrimonio histórico- artístico”, *Cuadernos Aragoneses de Economía*, 1981/1982.
- COQUE MARTÍNEZ, J.: *Compartir soluciones: las cooperativas como factor de desarrollo en zonas desfavorecidas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.
- EMBED IRUJO, A.: *La planificación hidrológica: régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 1991.

³⁴ F. MOLINA APARICIO: *Op. cit.*, págs. 128 y 129.

³⁵ F. MOLINA APARICIO: *Op. cit.*, pág. 127.

- FORSHOFF; E.: *Sociedad industrial y Administración Pública*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967.
- GADEA SOLER, E.: “Estudio sobre el concepto de cooperativas: referencia a los principios cooperativos y su discutida vigencia”, JADO, Boletín de la Academia Vasca de Derecho, núm. 17, Bilbao, 2009.
- GARCÉS SANAGUSTÍN: *Prestaciones sociales, financiación administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 4ª ed. 1998.
- GARCÍA MACHO, R.: “La transparencia en el sector público”, en *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.
- MARTÍN REBOLLO, L.: *El Derecho administrativo y las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos. Lección de apertura del Curso académico 1984-1985*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 1984.
- MARTÍN REBOLLO, L.: *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.
- MARTÍN- RETORTILLO BAQUER, S., en el «Prólogo» del libro de SÁNCHEZ BLANCO, A.: *El sistema económico de la Constitución (participación institucional de las Autonomías territoriales y dinámica social en la economía)*, Civitas, Madrid, 1992.
- MIR PUIG, O.: *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- MOLINA APARICIO, F.: *Historia del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi*, Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, Vitoria-Gasteiz, 2009.
- ZURBANO, M.; HENRY, G; URZELAI, A.: *El cuarto sector en Euskadi*, Innobasque, Zamudio, 2012.

II

XURISPRUDENCIA

II.1. COMENTARIOS XURISPRUDENCIA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 185-204
ISSN: 1130-2682

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE O DIREITO FUNDACIONAL
PORTUGUÊS E A “ALTERAÇÃO ANORMAL DAS
CIRCUNSTÂNCIAS”: COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES DE 30-01-2014

*SOME ISSUES REGARDING THE PORTUGUESE
FOUNDATIONS LAW AND THE “ABNORMAL CIRCUMSTANCES
CHANGES”: COMMENT TO THE GUIMARÃES COURT
OF APPEAL JUDGEMENT OF 30-01-2014*

ANA TEIXEIRA GONÇALVES¹

Recepción: 15/07/2015 - Aceptación: 9/09/2015

¹ Advogada, Professora Convidada do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Católica do Porto. Correio eletrónico: ateixeira@ipca.pt.

RESUMO

Estando em causa uma fundação e a revogação *ad nutum* do mandato de uma administradora executiva, neste comentário iremos debruçar-nos sobre a constituição e estrutura organizativa das fundações, sobre a natureza do contrato de administração celebrado entre fundação e administrador, sobre as consequências da revogação *ad nutum* do mandato de um administrador de uma fundação, e por fim, sobre a possibilidade de redução da remuneração desse administrador por razões de alteração anormal e superveniente das circunstâncias.

PALAVRAS-CHAVE: Fundação; mandato da administração, revogação do mandato; alteração anormal das circunstâncias.

ABSTRACT

In the case of a foundation and the mandate's revocation *ad nutum* of an Executive Administrator, in this comment we will look at the constitution and the organizational structure of the foundations, about the nature of the administration's contract celebrated between the administration and the Foundation's administrator, about the consequences of the mandate's revocation *ad nutum* of a Foundation's administrator, and finally, about the possibility of reducing the remuneration of that administrator for reasons of abnormal change and incidental circumstances.

KEY WORDS: Foundation; administration mandate, revocation of mandate; abnormal changes of circumstances.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A QUESTÃO EM JUÍZO. 3. O ACÓRDÃO EM COMENTÁRIO. 4. COMENTÁRIO. 4.1. A Fundação: constituição e estrutura organizativa. 4.2. A Revogação unilateral do mandato de um Administrador pela Fundação. 4.3. A obrigação de indemnização e a determinação do seu montante. 4.4. O problema da diminuição da retribuição salarial da autora em virtude da alteração das circunstâncias. 5. BIBLIOGRAFIA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. 2. THE ISSUE IN COURT. 3. THE JUDGMENT IN COMMENT. 4. COMMENT. 4.1. *The Foundation: establishment and organizational structure.* 4.2. *The unilateral mandate's revocation of an Administrator by the Foundation.* 4.3. *The obligation of compensation and the determination of its amount.* 4.4. *The problem of decreased salary remuneration of the author by virtue of the change of circumstances.* 5. *BIBLIOGRAPHY.*

I INTRODUÇÃO

O Acórdão em apreço que nos propomos comentar tem por objeto o recurso de uma sentença proferida pelo tribunal de primeira instância, numa ação declarativa de condenação intentada por uma antiga administradora executiva contra a Fundação Cidade de Guimarães, em virtude da revogação unilateral do seu mandato efetuada pelo Presidente do Conselho de Administração daquela fundação.

Os pedidos vertidos nessa ação foram os seguintes: a condenação da Fundação numa indemnização por danos decorrentes de benefícios (ou lucros cessantes) que a autora deixou de obter em consequência daquela revogação; o pedido de indemnização pelo incumprimento parcial do contrato pela Fundação relativo ao período que mediou entre 1 de Janeiro de 2011 e 31 de Agosto de 2011, consubstanciado na redução da remuneração da autora em tal período; e, por fim, o pedido de indemnização por danos morais.

Neste comentário, iremos debruçar-nos sobre a questão da constituição e estrutura organizativa das fundações, a questão da revogação *ad nutum* do mandato de um administrador de uma fundação e, por último, a possibilidade de redução da remuneração desse administrador por razões de alteração anormal e superveniente das circunstâncias.

2 A QUESTÃO EM JUÍZO

O Tribunal de Primeira Instância julgou parcialmente procedente a ação e condenou a ré Fundação a pagar à autora uma indemnização pelo dano sofrido com a revogação unilateral do mandato da autora ao serviço da ré, correspondente ao valor do vencimento que a autora teria recebido no âmbito desse mandato, desde

a produção de efeitos da sua destituição (1 de setembro de 2011) até março de 2013, data em que foi anunciada a extinção da ré, inclusive, descontado do valor da efetiva retribuição auferida pela autora ao serviço do IGFCSS – Instituto de Gestão de Fundos de Capitalização da Segurança Social; condenou, também, a ré a pagar a quantia pecuniária que viesse a ser liquidada ulteriormente, também a título de indemnização do mesmo dano, referente ao valor do vencimento que a autora receberia da ré, descontado do valor da efetiva retribuição por si auferida ao serviço do IGFCSS, no período compreendido entre abril de 2013 e a data efetiva da extinção da ré, no caso de tal extinção se concretizar em momento anterior a 31 de dezembro de 2015; e ainda, quantia pecuniária correspondente ao valor global da redução ilícita do vencimento da autora ao serviço da Fundação Cidade de Guimarães, entre 1 de janeiro de 2011 e 31 de agosto de 2011; numa quantia pecuniária a título de ressarcimento dos danos não patrimoniais sofridos pela autora, em consequência da revogação do seu mandato ao serviço da ré; e, por último, nos juros de mora, desde a data da citação da ré até efetivo pagamento.

Para a decisão sobre a questão da revogação *ad nutum* do contrato de administração entre a autora e a fundação influenciou fundamentalmente a seguinte matéria de facto: 1) A autora encontrava-se, em agosto de 2009, a exercer funções profissionais na Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte, em regime de comissão de serviço, por requisição ao Instituto de Gestão de Fundos de Capitalização da Segurança Social, onde auferia a remuneração mensal de 7.101,24 €, acrescida de subsídios de férias e de Natal; 2) A autora foi designada pela Fundação vogal executiva do conselho de Administração desta, auferindo uma remuneração mensal fixa de €12.500,00, paga em catorze vezes durante cada ano; 3) O mandato da autora iniciou em 01-09-2009 e terminaria no dia 31-01-2015; 4) Por esse motivo, fez cessar a relação de comissão de serviço a que se alude em cima; 5) Em agosto de 2011, o novo Presidente do Conselho de Administração da Fundação, informou a autora de que decidira designar novos vogais para o conselho de administração, designadamente, para o exercício das funções que a autora vinha exercendo. E que, por tal razão, as suas funções e o seu mandato cessariam com a tomada de posse do novo administrador por si escolhido; 6) O que veio a acontecer no dia 1 de setembro de 2011, com a designação e tomada de posse do novo vogal executivo do conselho de administração da fundação, a qual foi, de imediato, do conhecimento da autora.; 7) Após a sua cessação de funções, a autora regressou ao seu lugar no IGFCSS, auferindo a remuneração mensal de €2.289,92, acrescida de diuturnidades de €74,94 e de subsídio de alimentação de €7,60 por 22 dias; 8) A autora, com a cessação das suas funções no conselho de administração da Fundação, ficou profundamente perturbada e viu afetada a sua realização profissional.

No que respeita ao problema da diminuição da retribuição salarial da autora em virtude da alteração das circunstâncias, de entre a vasta matéria factual, para a decisão do Tribunal importou essencialmente a seguinte: 1) Em março de 2011

o Ministério da Cultura comunicou à Fundação um corte no seu orçamento de € 750.000,00; 2) A retribuição mensal da autora de 12.500,00 euros foi reduzida para € 8.750,00, a partir de 1 de Janeiro de 2011, pela Comissão de Vencimentos da ré, por deliberação tomada por unanimidade, comunicada à autora por carta enviada; 3) A autora, enquanto responsável pela movimentação das contas bancárias da Fundação e respectivos pagamentos, efetuou, de forma mensal e reiterada, em conjunto com a Presidente da Fundação, as transferências correspondentes ao seu salário líquido, não manifestando, em nenhum momento, oposição expressa à redução remuneratória.

3 O ACÓRDÃO EM COMENTÁRIO

Da decisão de Primeira Instância, a ré Fundação propôs recurso independente tendo invocado essencialmente que a caducidade do mandato conferido à autora foi legítima, não consubstanciando a respetiva cessação um qualquer dano suscetível de desencadear uma obrigação de indemnização. E a autora propôs recurso subordinado. Alegou, em resumo, que o que ocorreu foi uma revogação do mandato desta, com a consequente indemnização, não havendo que condicionar a indemnização ou parte dela à ocorrência de uma anunciada mas ainda não verificada extinção da fundação. O Tribunal da Relação de Guimarães confirmou parcialmente a decisão do Tribunal *a quo*.

Passamos a transcrever parcialmente o sumário daquele acórdão para a seguir comentar: *I - A revogação de mandato de membro de órgão de Fundação de direito privado e de utilidade pública, não se mostrando estar alicerçada em Justa Causa, sendo embora e em rigor um ato lícito, obriga porém o mandante/Fundação a pagar ao referido membro do órgão e/ou mandatário uma indemnização; II - A indemnização referida em I será então equivalente ao quantum que o membro do órgão deixou de auferir até o termo normal do mandato, deduzido do que vier ele a auferir até a mesma data e pelo facto de ter deixado de o ter de cumprir até o seu final. III - Visando a responsabilidade com base em factos lícitos restabelecer o equilíbrio patrimonial no âmbito do mandato, e ainda que o exercício legítimo do direito à sua revogação cause danos não patrimoniais ao mandatário, não são porém tais danos indemnizáveis. IV - Provado que a grave crise económico-financeira e orçamental do País obrigou à redução significativa do financiamento da Fundação por parte do Orçamento de Estado, existindo efetiva e provada correlação direta entre ambas, e verificados os demais requisitos do art. 437º, do CC [alteração relevante das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, afectando gravemente os princípios da boa fé contratual a exigência da obrigação à parte lesada, e não estar a referida alteração coberta pelos riscos do negócio], a redução salarial imposta - e efectuada com equidade - pela Fundação a membros dos respectivos órgãos não configura a prática de ato ilícito.*

4 COMENTÁRIO

4.1. A Fundação: constituição e estrutura organizativa

Preliminarmente, incumbe efetuar um enquadramento jurídico-legal da pessoa coletiva em causa – a Fundação Cidade de Guimarães. Segundo o artigo 1.º dos Estatutos daquela fundação anexos ao Decreto-Lei n.º 202/2009, de 28 de agosto: “a Fundação Cidade de Guimarães, adiante designada abreviadamente por Fundação, é uma pessoa coletiva de direito privado de utilidade pública, de natureza fundacional, que se rege pelos Estatutos e, em tudo o que nestes for omissos, pela legislação aplicável das fundações”. Trata-se, portanto, de uma fundação privada de interesse social, prevista no Código Civil de 1966 nos artigos 157.º a 166.º relativos às pessoas coletivas em geral e nos artigos 185.º a 194.º bem como na Lei n.º 24/2012, de 9 de julho que procedeu à reforma aprofundada do regime das fundações em Portugal, tendo aprovado a lei-quadro das fundações e alterado disposições do Código Civil. Segundo o artigo 3.º n.º 1 daquela Lei-quadro:² “A fundação é uma pessoa coletiva, sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afetado à prossecução de um fim de interesse social”. A interpretação deste normativo legal já foi objeto de fortes críticas pela nossa doutrina, pois, apesar de serem diferentes as noções de “interesse social” e “interesse público” (artigo 24º n.º 1 a) da Lei-quadro), a verdade é que convergem quantos aos fins prosseguidos.³ Pedro Pais Vasconcelos considera que a “nova lei manteve, e agravou mesmo, o carácter estatizante que o regime legal das fundações já tinha”.⁴ Alega que os fins que são permitidos às fundações são praticamente decalcados dos fins do Estado. Afirma este Autor, que o Legislador impôs às fundações civis um regime jurídico que deveria limitar-se às fundações públicas. Ou seja, segundo este Autor a reforma inculcada no regime das fundações contribuiu para a sua regressão, na medida em que o Legislador tendo mais em vista às fundações públicas, acabou por “publicisar e estatizar injustificadamente as fundações propriamente de Direito Civil”⁵.

Numa palavra, não é pacífica a noção consagrada pela Lei-quadro, muito menos a opção legislativa de ter elaborado num só diploma o regime das fundações

² Esta disposição legal é semelhante à norma proposta por Rui Machete e Henrique Antunes para o artigo 185.º n.º 1 do Cciv. Cfr. R. MACHETE e H. SOUSA ANTUNES, *Direito Das Fundações - Propostas De Reforma*, Lisboa, Fundação Luso-Americana, 2004, p. 150.

³ Neste sentido se manifestou Henrique Sousa Antunes. – Cfr. H. ANTUNES, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2014), p. 408. O Centro Português de Fundações no seu parecer relativo à aprovação do ante-projeto da Lei-quadro das fundações foi também da mesma opinião. - cfr. Parecer do Centro Português de Fundações sobre a Proposta de Lei n.º 42/XII que aprova a lei-quadro das fundações e altera o Código Civil.

⁴ P. VASCONCELOS, *Teoria Geral De Direito Civil*, 7.ª ed. Almedina, 2012, p. 172.

⁵ *Ibidem*.

privadas e das fundações públicas. Sendo, pois, muito questionável a opção restritiva do legislador na definição de fundação privada e dos interesses que esta pode prosseguir, chegando mesmo a proibir expressamente as fundações familiares no n.º 2 do artigo 3.º. Somos da opinião de Blanco de Moraes, “a expressão “interesse social” não implica que o fim do ente, cujo reconhecimento se requer, seja de “interesse geral” ou de relevância pública, mas tão-só que seja desinteressado e que dele emane a título principal uma certa utilidade para a coletividade, estabelecendo-se necessariamente um nexo causal entre esta e os objetivos permanentes da fundação”.⁶

No que diz respeito à sua constituição, a fundação é o resultado da conjugação, em sequência cronológica de dois atos – o ato de instituição e o ato de reconhecimento⁷ – sendo que “o segundo mais não representa do que a positiva apreciação da presença dos elementos essenciais da figura, no conteúdo perceptivo do primeiro”.⁸ Distinguem-se três fases na formação da fundação: a *instituição*, a *elaboração dos estatutos* e o *reconhecimento*. A instituição é um negócio jurídico unilateral, entre vivos ou *mortis causa*, através do qual o instituidor (pessoa singular ou coletiva) afeta um património a uma pessoa coletiva a criar, com determinados objetivos do tipo social.⁹ Por sua vez, os estatutos da fundação devem conter todos os demais elementos relativos à pessoa coletiva, podendo ser elaborados pelo próprio instituidor (artigos 186.º n.º 2 Cciv e 18.º Lei-quadro), pelos executores do testamento ou pela autoridade competente para o reconhecimento (artigos 187.º Cciv e 19.º n.º 1 Lei-quadro). Por último, o reconhecimento¹⁰ pela autoridade competente deve ser requerido pelo instituidor, seus herdeiros ou executores testamentários, no prazo máximo de 180 dias a contar da data da instituição da fundação (artigos 188.º Cciv e 18.º Lei-quadro). *In casu*, o ato de instituição e o ato de reconhecimento mostram-se concentrados num ato legislativo – o DL n.º 202/2009, o qual contém em anexo os estatutos da fundação Cidade de Guimarães. Assim, andou bem o Tribunal da Relação de Guimarães ao não dar

⁶ C. BLANCO MORAIS, «Da Relevância do Direito Público no Regime Jurídico das Fundações Privadas», in AA.VV., Estudos Em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lex, (1997), 553-598 (573). Em sentido semelhante, *vide* N. SERENS, «Em tema de fundações», REVISTA DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA, (2014) 143.º, 3985, p. 222-252, e 3986, p. 306-347 (317).

⁷ O legislador optou por um sistema de reconhecimento individual, por concessão, preferindo-o ao sistema de reconhecimento normativo das associações e sociedades.

⁸ J. SOUSA RIBEIRO, «As Fundações no Código Civil: Regime Actual e Projecto de Reforma», LUSÍADA - REVISTA DE CIÊNCIA E CULTURA, n.º 1 e 2, (2001), 59-85, (59).

⁹ A. CORDEIRO, «O regime das fundações», REVISTA DE DIREITO DAS SOCIEDADES, n.º 4, ano V (2013), 715-740 (729).

¹⁰ Sousa Ribeiro defende que o reconhecimento, numa concepção atual, não traduz uma apreciação positiva de mérito ou de conveniência, sob critérios político-administrativos de estrita discricionariedade, mas antes um juízo do preenchimento dos pressupostos legais de participação da fundação. Cfr. SOUSA RIBEIRO, «As Fundações no Código Civil...», p. 73.

provimento à alegação daquela fundação de que o ato de constituição a que alude o 170.º/2 Cciv é o acordo de cedência de interesse público celebrado em 31 de agosto de 2009, através do qual o Instituto de Gestão de Fundos de Capitalização da Segurança Social, a Fundação Cidade de Guimarães e a própria autora, convencionaram que esta última iria integrar o conselho de administração da Fundação Cidade de Guimarães. O ato de constituição não pode ser outro que não o da constituição da própria fundação.

No que respeita aos elementos essenciais que compõem a fundação, a doutrina portuguesa¹¹ tem convergido quanto a três elementos¹²: *fim de interesse social, património e personalidade coletiva ou organização*. No entanto, parte da doutrina¹³ tem defendido como elemento autónomo a exigência do *animus personificandi*.¹⁴⁻¹⁵

¹¹ Cfr. P. VASCONCELOS, *Teoria Geral De Direito Civil*...p. 128; L. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil – Introdução Pressupostos Da Relação Jurídica*, 7ª Edição ed. Almedina, 2012; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria Geral*, 2.ª ed., Vol. I, Coimbra Editora, 2000; C. BATISTA, *As Fundações no Direito Português*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 30; M. CAETANO, *Das Fundações - Subsídios Para a Interpretação E Reforma Da Legislação Portuguesa*, Lisboa, Ed. Atica, 1962, p. 9-27; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado De Direito Civil*, 3.ª ed., Vol. IV Almedina, 2011, p. 803; A. D'OLIVEIRA MARTINS, «As Fundações Privadas: Aspectos do Seu Regime Jurídico», LUSÍADA - REVISTA DE CIÊNCIA E CULTURA, n.º 2 (1998), 269-281 (270); C. BLANCO MORAIS, «Da Relevância do Direito Público no Regime Jurídico Das Fundações Privadas»...p. 567; P. OTERO, *Institutos Públicos, Dicionário Jurídico Da Administração Pública V* (1993), 250-274 (256); F. QUADROS, «Fundação De Direito Público» in *Pólis - Enciclopédia Verbo Da Sociedade E do Estado*, Vol. 2, Verbo, Lisboa, 1624-1625, (1624); E. RUI VILAR, «Fundações - Legitimidade, Responsabilidade E (Auto-)Regulação», in *Nos 20 Anos do Código Das Sociedades Comerciais*, Vol. II Coimbra Editora, (2007), 535-550 (536).

¹² Cunha Gonçalves refere apenas dois: fim e património. Cfr. L. CUNHA GONÇALVES, *Tratado De Direito Civil Em Comentário Ao Código Civil Português*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1929, 765.

¹³ Cfr. M. ANDRADE, *Teoria Geral Da Relação Jurídica - Sujeitos E Objectos*, Vol. I, Almedina, Coimbra 1966, p. 61; C. AMADO GOMES, «Nótula Sobre O Regime De Constituição Das Fundações Particulares De Solidariedade Social Em Portugal», REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA, Volume XL- N.º 1 E 2, (1999), 157-179 (170); C. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição ed., Coimbra Editora, Coimbra 2005, p. 274; J. RIBEIRO, «As Fundações no Código Civil: Regime Actual E Projecto De Reforma...», 67.

¹⁴ A. FERREER CORREIA, «Le Régime Juridique Des Fondations Privées, Culturelles Et Scientifiques Droit Portugais», *Separata do Vol. XLVI 1970 do Boletim Da FDUC*, 1971, p. 15.

¹⁵ Por outro lado, há quem defenda a existência de um quarto elemento essencial — a autonomia fundacional em relação ao fundador-fundação, que segundo as palavras do seu defensor, significa e justifica-se como “um modo próprio de compor a vontade do fundador, a vontade dos administradores e as pretensões dos beneficiários (potencialmente representados por entidades públicas) em torno de um fim autónomo”. — cfr. D. FARINHO, «Fundações E Interesse Público — Direito Administrativo Fundacional — Enquadramento Dogmático», Almedina, 2014, p. 271.

Quanto à estrutura organizativa¹⁶ das fundações, a lei-quadro estabelece a existência de três órgãos obrigatórios e um facultativo: órgão de administração (art. 26.º 1 a)), órgão diretivo ou executivo (com funções de gestão corrente, art. 26.º 1 b)), órgão de fiscalização (art. 26.º 1 c)) e o conselho de fundadores ou curadores. Este último é facultativo e tem como missão velar pelo cumprimento dos estatutos da fundação e pelo respeito da vontade do fundador ou fundadores (art. 26.º 2).

A relação existente entre os titulares dos órgãos da fundação e esta traduz-se numa relação orgânica, tradicionalmente designada como “mandato”.¹⁷ Rege o artigo n.º 1 do 164.º do Cciv, que as obrigações e responsabilidades dos titulares dos órgãos de administração e fiscalização são definidas nos respetivos estatutos, aplicando-se, na falta de disposições estatutárias, “as regras do mandato com as necessárias adaptações”. Nesse sentido, Katrin Deckert afirma que “*board members of declared and published associations and foundations are generally their agents (mandataires). According to civil law, agents have to care for the interests of their principal (mandant) and to manage the entity on behalf of its interests. They also have an obligation of loyalty towards their principals because the contract between them (mandate) is based on confidence*”.¹⁸

O regime legal das fundações (Código Civil e Lei-quadro das fundações) reconduz a temática da governação da fundação para a liberdade de estipulação estatutária do fundador, limitando-se a prever, subsidiariamente, o regime do mandato. Há, assim, uma omissão legislativa quanto ao problema da governação das fundações¹⁹. No entanto, o legislador teria sido mais feliz se procedesse à regulação do governo das fundações, nomeadamente, através da regulação do processo de designação e nomeação de administradores, do estabelecimento de critérios qualitativos a respeito do seu perfil²⁰, por exemplo, exigindo que os administradores sejam independentes, quer do fundador, quer dos beneficiários da fundação. A lei-quadro também se absteve de regular os deveres dos administradores de uma fundação e as principais regras de responsabilidade. Todavia, quer a

¹⁶ M. CAETANO, *Das Fundações - Subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa*, Lisboa, Ed. Atica, 1962, p. 9-27.

¹⁷ P. VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil...* p. 143.

¹⁸ K. DECKART, «Non profit organizations in France», in *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge, (2010), 265-324 (287).

¹⁹ No entanto, sempre se dirá que a lei-quadro ao distinguir o exercício das competências de definição estratégica da ação (órgão de administração, artigo 26º n.º 1 a)) da sua execução (órgão diretivo ou executivo, artigo 26º n.º 1 b)), prestou de algum modo um contributo, ainda que bastante diminuto, ao governo fundacional. – Cfr, H. ANTUNES, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral...*, p. 414.

²⁰ A. FIGUEIREDO, «A designação de administradores nas fundações de empresa», in *A Designação de Administradores*, Coimbra, Almedina, (2015), 329-344 (335).

doutrina internacional²¹, quer a nossa doutrina²² e jurisprudência²³ têm defendido a existência de deveres dos administradores das fundações em tudo muito semelhantes aos estabelecidos para os administradores das sociedades comerciais (referidos genericamente no artigo 64.º do CSC). Deste modo, entendemos que o legislador deveria ter sido mais ambicioso e ter regulado esta questão, porque “é precisamente a constatação da existência de uma vontade transcendente que exige uma caracterização especial das fundações ao nível do seu modelo de governo”.²⁴ A recondução para o regime do mandato previsto no artigo 1161.º do Cciv e seguintes é francamente insuficiente. Em virtude disso, Emílio Rui Vilar²⁵ entendeu que a solução poderá estar na estatuição pelas fundações de códigos de conduta.²⁶

4.2. A Revogação unilateral do mandato de um Administrador pela Fundação

Como vimos, ao contrato de administração existente entre um administrador e a fundação aplicam-se as regras do mandato civil. E é precisamente a revogação unilateral do mandato concedido a um titular de um órgão de administração pela fundação que constitui a *vexata quaestio* do acórdão ora em comentário.

O Tribunal da Relação de Guimarães decidiu que embora sendo lícita a revogação do mandato da autora, a Fundação não ficou desobrigada de compensar/indemnizar aquela em razão da cessação de funções “imposta”. Para tanto, invocou como fundamentos o disposto nos artigos 257.º/1 e 403.º/1 ambos do CSC, o preceituado nos artigos 170.º/2, 1/70/1 e 1172.º c) Cciv, e ainda no fixado em concretas disposições gerais atinentes à organização e funcionamento da ré, *maxime*, os artigos 26.º, n.º 2, 30.º e 34.º dos estatutos da ré. Aquele acórdão considerou que, apesar de nada obstar a que a Fundação fizesse cessar as funções da autora,

²¹ Klaus Hopt identifica como principais deveres dos administradores de uma *nonprofit organization* os seguintes: dever de obediência, dever de lealdade, dever de cuidado, dever de boa utilização e administração dos bens e o dever da correta contabilidade e reporte. Cfr. K. HOPT, «The board of nonprofit organizations: some corporate governance thoughts from Europe», in *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge, (2010), 532-559 (554).

²² D. SOARES FARINHO, «Alguns Problemas De Governo Fundacional De Uma Perspectiva Normativa-Orgânica» in *O Governo Das Organizações. A Vocaçã Universal Da Corporate Governance*, Almedina, (2011).

²³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de maio de 2012, processo n.º 617/08.5TBENT. E1.S1, relator Fernando Bento, disponível em www.dgsi.pt.

²⁴ E. RUI VILAR, «Fundações - Legitimidade, Responsabilidade E (Auto-)Regulaçã»...p. 547.

²⁵ *Ibidem*, p. 549.

²⁶ Já Domingos Farinho entende que a solução poderá estar na criação de um conselho de curadores que “defina as grandes linhas estratégicas da fundação que depois serão executadas pelo órgão de administração” ou na “criação de uma entidade reguladora forte, que possa auxiliar na interpretação da vontade do fundador” – Cfr. D. SOARES FARINHO, «Alguns Problemas De Governo Fundacional De Uma Perspectiva...», p. 633.

valendo, portanto, o princípio da livre revogabilidade ou cessação do vínculo por iniciativa unilateral e discricionária de uma das partes, a Fundação deveria proceder ao pagamento à autora de quantia pecuniária a título de indemnização pelo dano sofrido com a revogação unilateral do mandato ao serviço da ré, incorrendo, assim, em responsabilidade por factos lícitos.

A livre revogabilidade é uma característica *conatural*²⁷ e essencial do regime jurídico do contrato de mandato, e segundo Januário Gomes, “assenta no facto de o mandato ser um contrato de gestão, programado pelo mandante, com a consequente alienidade da actividade do mandatário, da operação económica no seu conjunto e, logo, dos seus resultados; o mandante, como *dominus acti*, deve ter o poder de controlar – inclusive no sentido de poder fazer cessar – a produção dos efeitos jurídicos que, directa ou indirectamente, se lhe destinam”²⁸. Neste sentido, podemos afirmar que a norma do artigo 1170.º n.º 1 do Cciv apresenta duas vertentes: uma permissiva, atribui o direito de revogar, outra proibitiva, proíbe a conduta de dispor do direito de revogar²⁹. O direito de revogação no contrato de mandato é, pois, um princípio injuntivo, um direito indisponível³⁰. Mas como explicar que as partes podem desvincular-se do contrato *ad nutum*? Seguindo a tese da doutrina escrita por Januário Gomes³¹, no que respeita ao mandante, a livre revogabilidade tem por fundamento o seu *interesse*, o facto de o mandante ser o *dominus* do ato ou da atividade a desenvolver pelo mandatário. Já a livre revogabilidade pelo mandatário justifica-se por razões de *reciprocidade* ou *equivalência* com a posição do mandante.³²

²⁷ A. MENEZES LEITÃO, «Revogação Unilateral do Mandato, Pós-Eficácia E Responsabilidade Pela Confiança» in *Estudos Em Homenagem Ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles*, Vol. I Almedina, (2002) 305-346 (310).

²⁸ M. COSTA GOMES, *Em Tema De Revogação do Mandato Civil*, Coimbra, Almedina, (1989), p. 97-98.

²⁹ A. MENEZES LEITÃO, «Revogação Unilateral do Mandato...», p. 310.

³⁰ Em sentido contrário, Paulo Henriques escreve que “o mandato só deve ser revogável *ad nutum*, quando o objecto dos actos jurídicos a praticar contenda com os bens da personalidade do mandante, como sucede, por exemplo, com o mandato judicial.” - Cfr. P. HENRIQUES, *A Desvinculação Unilateral Ad Nutum Nos Contratos Civis De Sociedade E Mandato*, Coimbra, Coimbra Editora, (2001), p. 147.

³¹ M. COSTA GOMES, *O contrato de mandato*, in A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 3ª volume, 2ª edição, AAFDL, (1991), 265-408 (380-381).

³² Esta regra da livre revogabilidade é afastada quando o mandato seja *in rem propriam*, ou seja, quando for no interesse comum do mandante e do mandatário, ou no interesse de terceiro (artigo 1170.º n.º 2 do Cciv). Por outro lado, Januário Gomes afirma que outro caso de afastamento da regra da livre revogabilidade existe quando o ato gestório não tenha sido ainda realizado, ainda que a execução já tenha sido iniciada. – cfr. M. COSTA GOMES, *O contrato de mandato...*, p. 383.

4.3. A obrigação de indemnização e a determinação do seu montante

A existência do princípio da livre revogabilidade não afasta a existência de consequências indemnizatórias. Isto mesmo decorre da conjugação do n.º 1 do artigo 1170.º e do artigo 1172.º ambos do Cciv. O caso do acórdão traduz-se inequivocamente numa das previsões do artigo 1172.º do Cciv, mais concretamente a alínea c). E, portanto, haverá obrigação de indemnizar se existir prejuízo sofrido pela outra parte e “se a revogação proceder do mandante e versar sobre mandato oneroso, sempre que o mandato tenha sido conferido por certo tempo ou para determinado assunto, ou que o mandante o revogue sem a antecedência conveniente”. É justo que o mandante que põe termo ao contrato indemnize os prejuízos causados ao mandatário com a frustração das legítimas expectativas criadas por este. Como escreve Adelaide Leitão³³ aquela norma tutela o direito à retribuição do mandatário, uma vez que é pressuposto da responsabilidade do revogante que o mandato seja retribuído. O mandatário, ao ser mandatado para certo tempo, confiou na duração do mandato, e o seu prejuízo traduz-se na perda da retribuição a que tinha direito, deduzindo-se, todavia, o que obteve em resultado da revogação através do exercício do seu trabalho. Esta obrigação de indemnização resulta, portanto, da responsabilidade contratual por factos lícitos^{34 35}, ou seja, surge de uma conduta lícita do agente.^{36 37} No entanto, entendemos que o cálculo indemnizatório limita-se ao lucro cessante³⁸, pois como escreve Januário Gomes, “se não fora esse o propósito da lei, também o mandatário que atuasse gratuitamente em execução do mandato para determinado assunto, teria direito a uma indemnização

³³ A. MENEZES LEITÃO, «Revogação Unilateral do Mandato...», p. 341.

³⁴ Sobre o tema *vide* A. VAZ SERRA, «Fundamento da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)», BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, n.º 90, (1959), 5-322.

³⁵ Sob este enfoque atente-se às palavras sábias de Antunes Varela: “não há contradição lógica entre as duas ideias. O (ato lesivo) pode ser *lícito*, porque visa satisfazer um interesse *coletivo* ou o interesse *qualificado* de uma pessoa de direito privado. Mas pode, ao mesmo tempo, não ser justo (no plano da justiça *comutativa* ou no da justiça *distributiva*) que ao interesse coletivo, ou ao interesse qualificado da pessoa coletiva ou singular, se sacrifique, *sem nenhuma compensação*, os direitos de um ou mais particulares, ou os bens de uma outra pessoa, que sejam atingidos pela prática do ato”. – Cfr. A. VARELA, *Direito das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª edição, Coimbra, Almedina, (2000), p. 715.

³⁶ Ainda há quem reconduza tais casos à responsabilidade pela confiança, referindo que o artigo 1172º se traduz num verdadeiro *Vertrauensbestand* objetivo e tipicizado, cuja *ratio* é a tutela da confiança do lesado. – cfr. A. MENEZES LEITÃO, «Revogação Unilateral do Mandato...», p. 344.

³⁷ M. COSTA GOMES, *O contrato de mandato...*, p. 385 e *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, (1997), p. 813 e M. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 12ª edição, (2014), p. 658.

³⁸ Em sentido contrário, decidiu o recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-02-2015, processo n.º 4747/07.2TVLSB.L1.S1, relator Juiz Conselheiro Abrantes Galdes, disponível em www.dgsi.pt.

pela ruptura do vínculo desencadeada pelo mandante”³⁹. Neste sentido, cremos que a decisão do Tribunal da Relação foi feliz ao considerar que os danos não patrimoniais do mandatário não são indemnizáveis, pois, como afirma Pires de Lima e Antunes Varela, “destinando-se a indemnização a ressarcir os danos causados e, portanto, a restabelecer o equilíbrio patrimonial no âmbito do mandato, não devem ser considerados os prejuízos estranhos ao contrato, como são aqueles que resultam do descrédito do mandatário”.⁴⁰ No que respeita ao montante da indemnização a primeira questão que se levanta consiste em determinar até quando se tem de considerar a existência de lucros cessantes, isto é, até quando a autora auferiria aqueles proventos pagos pela Fundação. A sentença recorrida proferida pelo Tribunal de 1ª Instância entendeu que a medida da indemnização deve coincidir com o período de vida efetiva da ré, na medida em que só durante ele é que a autora, se mantida em funções, receberia a remuneração que deixou de receber em virtude da sua destituição. No entanto, o acórdão em comentário entendeu que a indemnização devia coincidir com o período do mandato da autora, isto é, 31 de dezembro de 2015, alegando que a extinção da fundação constituía uma causa virtual do dano⁴¹ e, portanto, irrelevante. Não cremos que tenha razão o referido acórdão. A extinção da fundação não é uma causa virtual do dano. Assim decidiu o Supremo Tribunal de Justiça no seu Acórdão de 20-11-2014, com o n.º de processo 67/12.9TCGMR.G1.S1, relator Oliveira Vasconcelos, que decidiu precisamente o recurso do Acórdão ora em comentário. Este aresto do STJ considerou que a perda de remunerações, se a fundação fosse extinta antes de 31 de dezembro de 2015, não era virtual, na medida em que a possibilidade da extinção antes dessa data estava prevista nos estatutos da fundação, uma vez que sendo constituída por duração indeterminada podia ser extinta a todo o tempo (cfr. artigo 1º n.º 2 *in fine* e artigo 43º dos estatutos). Pelo que o prazo de 31 de dezembro de 2015 referia-se somente ao termo do primeiro mandato dos órgãos da fundação, que obviamente só existiriam enquanto a esta existisse (cfr. artigo 15.º, n.º 2, dos estatutos).

4.4. O problema da diminuição da retribuição salarial da autora em virtude da alteração das circunstâncias

A última questão levantada pela autora no seu recurso subordinado diz respeito à licitude da redução da remuneração mensal da autora de 12.500,00 euros

³⁹ M. COSTA GOMES, *O contrato de mandato...*, p. 386.

⁴⁰ PIRES LIMA e A. VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 814.

⁴¹ Segundo Galvão Telles diz-se “causa virtual de um dano certo factio que produziria se ele não fosse produzido por outro. Ocorre um dano que foi gerado por determinado factio. Este constitui a sua causa: é a causa real, a verdadeiramente operante ou efetiva. Mas, se o prejuízo não tivesse sido provocado por tal factio, tê-lo-ia sido por outro, que se apresenta portanto como uma causa puramente conjectural ou hipotética”. Cfr. I. GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 6ª edição, (1989), p. 411.

para 8.750,00 euros, por deliberação da Comissão de Vencimentos da Fundação e com eficácia a partir de 1 de janeiro de 2011. A decisão do Tribunal de Primeira Instância considerou ilícita tal redução e invocou para tanto três fundamentos: não existiam factos que levassem à conclusão que a autora aceitou aquela redução salarial, não existiam elementos concretos, à data da deliberação da Comissão, que indicassem a existência de uma alteração anormal das circunstâncias e, por último, tal redução violava o princípio da boa fé “por atentar contra todas as expectativas que nortearam a decisão da autora de integrar o CA da ré e abdicar do seu trabalho anterior”. Ao invés, o Acórdão em comentário decidiu que a redução de vencimentos da autora efetuada pela fundação se mostrava “legítima”, “dotada de justiça material”, “não arbitrária” e, como sendo um caso típico de aplicação do artigo 437.º do Cciv.⁴² Para aplicação do mecanismo da alteração anormal das circunstâncias consagrado no artigo 437.º Cciv é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: a) que as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tenham sofrido uma alteração anormal; b) que a manutenção do vínculo contratual, ou algum dos seus termos, afete gravemente os princípios da boa fé; c) que a situação não se encontre coberta pelos riscos próprios do contrato; d) que a parte lesada não esteja em mora no momento em que se verifica a alteração das circunstâncias; e) e, por fim, é também necessário que a execução ou o cumprimento do contrato não sejam imediatos⁴³.

Nos últimos anos, a “alteração anormal das circunstâncias”⁴⁴ gizada no artigo 437.º do Cciv tem vindo a acolher o interesse da nossa doutrina⁴⁵ e jurisprudên-

⁴² Segundo este douto aresto, “a redução do financiamento da fundação por parte do Orçamento do Estado não pode deixar de configurar uma alteração anormal, porque de todo não expectável, e, ademais, em face do corte imposto, também grave em termos percentuais, e isto considerando depender a Fundação apelante em mais de 50% de verbas transferidas do Orçamento do Estado”.

⁴³ PIRES LIMA e A. VARELA, *Código Civil Anotado...*, p. 413.

⁴⁴ A alteração das circunstâncias remonta à cláusula *rebus sic stantibus*, com antecedentes na doutrina jurídica romana, foi retomada e aprofundada pelos pós-glosadores, principalmente, por Bártolo que a formula como um princípio de que nos contratos duradouros, que não fossem de carácter aleatório, estaria implicitamente formulada uma cláusula *rebus sic stantibus* – segundo a qual a vigência contratual dependia da manutenção do *statu quo* próprio do momento da conclusão, sem o que a eficácia dos contratos ficava comprometida. (Cfr. A. CORDEIRO, «Direito Bancário e alteração das circunstâncias» REVISTA DE DIREITO DAS SOCIEDADES, n.º 2, ano IV (2014), 343-389 (354)). Para mais desenvolvimentos sobre a evolução ao longo dos séculos e das várias doutrinas formuladas para resolver a questão da alteração das circunstâncias, nomeadamente, a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*, a doutrina da pressuposição formulada por Windsheid, a doutrina da imprevisão, a doutrina da base do negócio criada por Oertmann e aprofundada por Larenz, a doutrina do risco de Flume e a doutrina da *frustration* nascida em Inglaterra, vide P. VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil...*, p. 307 e seguintes.

⁴⁵ P. VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil...*, p. 307 e seguintes; D. FERREIRA, *Erro Negocial (Objeto-Motivos-Base Negocial) e Alterações de Circunstâncias*, Coimbra, Almedina, 2ª edição, (1998), p. 89 e seguintes; J. LEBRE FREITAS, «Contrato de swap meramente especulativo. Regimes de validade e de alteração das circunstâncias», REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS, ano 72

cia⁴⁶. A crise financeira mundial que irrompeu em 2008 despoletou grandes desafios ao Direito, colocou à prova a estabilidade de alguns contratos duradouros e o próprio princípio da autonomia privada. Levando a que se discuta se a crise financeira pode consubstanciar uma alteração anormal das circunstâncias, suscetível de interferir na estabilidade dos contratos que não sejam de execução imediata. Carneiro da Frada pronunciou-se sobre a questão a propósito do caso do Banco BPP e dos contratos de depósito e de gestão de carteiras celebrado entre aquele e os seus clientes. E defendeu que a “forma, inopinada e profunda, como a atual crise eclodiu, com a surpresa de muitos e de quase todos, mesmo especialistas”, parece apontar no sentido de considerar a atual crise “num acidente *anormal, estrutural e grave* na evolução que a economia mundial vinha experimentando”.^{47 48} Foi precisamente neste contexto que em 2011 Portugal foi obrigado a pedir ajuda externa e obrigado a assinar um memorando de entendimento com a TROIKA, no qual se comprometeu a reduzir drasticamente a sua despesa pública. Decisão que *naturaliter* se repercutiu no corte dos financiamentos estatais concedidos às fundações (cfr. artigos 13.º e 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro). O orçamento da Fundação Cidade de Guimarães não foi exceção. No ano de 2011, o Estado Português reduziu-o em 750.000,00 euros. Foi com base neste novo *statu quo* que a fundação, através de deliberação da sua Comissão de Vencimentos, tomou a decisão de reduzir o vencimento fixo mensal da Autora de 12.500,00 euros para 8.750,00 euros. Houve, portanto, uma modificação da base negocial objetiva, “as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar” alteraram-se, sendo que tais circunstâncias nem sequer carecem de ser subjetivamente representadas pelas partes⁴⁹. E alteraram-se de forma anormal. No mo-

(2012) 943-970; A. CORDEIRO, «Direito Bancário e alteração das circunstâncias»...; M. FRADA, «Crise Mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito e contratos de gestão de carteiras», REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS, (2009), 633-695. H. SANTOS, «O contrato de swap de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros», REVISTA DE DIREITO DAS SOCIEDADES, n.º 2, ano IV (2014), 411-443. M. CALHEIROS, «O Contrato de Swap», BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO, Studia Juridica, n. 51, Coimbra Editora, p. 81 e seguintes. Menos recentemente, Vaz Serra prestou um forte contributo sobre o tema. A. VAZ SERRA «Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias», BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA 68 (1957), 293-384.

⁴⁶ Acórdão do STJ de 23-01-2014, n.º processo 1117/10.9TVLSB.P1.S1, relator Senhor Juiz Conselheiro Granja da Fonseca, Acórdão do STJ DE 24-05-2012, n.º processo 617/08.5TBENTE.I.S1, relator Senhor Juiz Conselheiro Fernando Bento, Acórdão do STJ de 10-10-2013, n.º processo 1387/11.5TBB-CL.G1.S1, relator Exmo. Juiz Conselheiro Granja da Fonseca, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁴⁷ M. FRADA, «Crise Mundial e alteração das circunstâncias...», p. 683.

⁴⁸ Em sentido contrário, *vide* P. PINTO, «Contrato de swap de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar», REVISTA DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA, (2014) 143.º, 3988, 14-56 (56).

⁴⁹ Neste sentido, Durval Ferreira afirma que doutro modo, se às circunstâncias objetivas, para efeitos da categoria jurídica do art.º 437.º, se fosse relevante considerar a sua representação subjetiva pelas

mento da fixação do vencimento da Autora, em 2009, nada fazia prever (apesar da crise mundial já instalada) que Portugal iria ser obrigado a pedir ajuda externa em 2011, e que, em consequência, existiria um corte no orçamento da Fundação pelo Estado Português. Desta forma, o Tribunal da Relação de Guimarães concluiu que caso a Fundação mantivesse os níveis remuneratórios do pessoal dirigente, como se permanecesse completamente imune à crise Financeira do País, e como se continuasse a dispor dos mesmos níveis de financiamento do Orçamento do Estado, tal afetaria gravemente os princípios da boa fé, “porque permitiria a manutenção de um grave desequilíbrio das prestações acordadas”. Trata-se, pois, de uma “turbação de equivalência das prestações⁵⁰” (*Äquivalenstorung*), através da qual, em consequência de uma imprevista alteração das circunstâncias, as obrigações da autora e da Fundação, tornaram-se numa “grosseira não-relação”⁵¹, tão grave, que se os termos do contrato não fossem adaptados à nova realidade, uma das partes suportaria em exclusivo e injustamente as consequências da alteração anormal das circunstâncias, o que não se compagina com a bilateralidade do contrato. Ou seja, nas palavras de Pais Vasconcelos, além da anormalidade, “é ainda necessário que da alteração anormal das circunstâncias resulte uma perturbação do equilíbrio contratual de tal modo grave que a exigência do cumprimento do contrato, no seu novo ambiente circunstancial, “afete gravemente os princípios da boa fé”,⁵²vale dizer, tem de existir uma perturbação da justiça⁵³ interna do contrato. E que tipo de perturbação é suficiente? Pais Vasconcelos responde a esta pergunta referindo que o mecanismo do artigo 437.º do Cciv deve funcionar nos casos em que a “pertur-

partes (e, não se prescindisse de tal representação) – então, teriam razão aqueles que consideraram artificiosa a distinção entre base negocial objetiva e base negocial subjetiva. Pois, então, quer se tratasse da base subjetiva quer da objetiva, estávamos sempre em presença de motivos que influenciaram as partes influndo no mecanismo psicológico da sua vontade-, determinando a formação e o desenvolvimento do querer negocial”. - Cfr. D. FERREIRA, *Erro Negocial (Objeto-Motivos-Base Negocial) e Alterações de Circunstâncias...*, p. 95. Em sentido contrário, Almeida Costa defende que o trecho do artigo 437º n.º 1 do Cciv abrange elementos enquadráveis tanto na chamada base negocial subjetiva como na base negocial objetiva. – Cfr. M. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*p. 337, nota de rodapé n.º 1.

⁵⁰ C. Mota Pinto recorrendo à expressão adotada por Larenz refere que existe “turbação da equivalência das prestações” quando em consequência de eventos imprevistos (ruína da moeda, alteração da legislação, acontecimentos políticos, etc.), as relações de ambas as partes se tornaram uma «grosseira não relação», de modo que o contrato não satisfaz já o sentido como contrato de troca”. – Cfr. C. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil...*p. 611.

⁵¹ Segundo Durval Ferreira “a não-relação é grosseira quando é tão considerável que um entendido julgador não pode valorar a prestação de um como contravalor da do outro”. – Cfr. D. FERREIRA, *Erro Negocial (Objeto-Motivos-Base Negocial) e Alterações de Circunstâncias...*, p. 96.

⁵² P. VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil...*, p. 320.

⁵³ Carneiro da Frada fala de uma *justiça objetiva* na relação entre os agentes jurídicos, referindo que há-de ser “à conceção material de justiça – *ao suum cuique tribuere* – que o intérprete-aplicador deve recorrer para concretizar o critério apontado pelo legislador quando manda atender aos princípios da boa fé”. – cfr. M. FRADA, «Crise Mundial e alteração das circunstâncias...», p. 680.

bação da justiça contratual for tal que uma pessoa de bem, séria e honesta se absteria de exigir o cumprimento rigidamente e sem atender à alteração ocorrida”.⁵⁴ Quanto ao requisito da necessidade de a situação não se encontrar coberta pelos riscos próprios do contrato, entendemos que o corte orçamental efetuado pelo Estado Português à Fundação Cidade de Guimarães, não constitui álea normal do contrato. Trata-se de um risco extrínseco⁵⁵ e alheio ao contrato de administração existente entre aquela Fundação e a autora.⁵⁶

Em suma, só nos resta concluir que o Tribunal da Relação de Guimarães andou bem ao decidir que a redução remuneratória da Autora foi legítima. Pois apesar de as tarefas incumbidas à Autora não se terem modificado e de não ter sido alegado pela fundação que o valor das mesmas diminuiu, a verdade é que a fixação do vencimento da Autora pela Comissão de Vencimentos da Fundação, teve por base o orçamento inicial concedido pelo Estado Português. E, como consta dos seus estatutos (art. 6º, n.º 1 b), Estatutos), tais fundos estatais constituíam quase na íntegra a dotação patrimonial daquela Fundação. Portanto, caso a fundação não tivesse em devida conta o novo orçamento do Estado na gestão da sua despesa, poderia pôr em risco a sua própria solvência. Por outro lado, a relação existente entre Autora e Fundação enquadra-se numa relação típica de contrato de administração, logo, não poderão ser tidas em conta as regras restritivas de um contrato laboral, que como se sabe, impediriam a redução salarial nestes termos. Com isto, entendemos que a decisão dos Senhores Desembargadores foi sensata ao repartir o risco contratual por ambas as partes, pois perante este quadro de crise económica e financeira, seria contrário aos ditames da boa fé pretender que apenas a Fundação fosse onerada pelos seus efeitos nefastos.⁵⁷

⁵⁴ P. VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil...*, p. 321.

⁵⁵ Hörster considera que são sempre alheios ao risco inerente a qualquer contrato os factos abrangidos pela denominada grande base negocial. – Cfr. H. HÖRSTER, *Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, (1992), p. 580. Durval Ferreira, citando Kegel, dá como exemplos de alteração da grande base negocial, os casos em que a alteração afeta a existência social das partes, tais como, a depreciação essencial ou desmoronamento do valor da moeda, alterações imprevisíveis legislativas, guerra, revoluções ou catástrofes naturais. – cfr. D. FERREIRA, *Erro Negocial (Objeto-Motivos-Base Negocial) e Alterações de Circunstâncias...*, p. 99.

⁵⁶ Quanto aos efeitos da aplicação do mecanismo da alteração anormal das circunstâncias, a doutrina dominante tem entendido que a modificação do contrato com base em juízos de equidade deve preceder à resolução do contrato, que foi o que aconteceu no caso do acórdão. - Cfr. M. FRADA, «Crise Mundial e alteração das circunstâncias...», p. 691, . FERREIRA, *Erro Negocial (Objeto-Motivos-Base Negocial) e Alterações de Circunstâncias...*, p. 104, . VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil...*, p. 323, M. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*, p. 348.

⁵⁷ Neste sentido, vide C. SILVA, «Swap de taxa de juro; inaplicabilidade do regime da alteração das circunstâncias», *REVISTA DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA*, (2014) 143.º, n.º 3986, p. 348-373 (361).

5 BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA COSTA, M., *Direito das Obrigações*, Almedina, 12ª edição, (2014).
- AMADO GOMES, C., «Nótula Sobre O Regime De Constituição Das Fundações Particulares De Solidariedade Social Em Portugal», *REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA*, Volume XL- N.º 1 E 2, (1999), 157-179;
- ANDRADE, M., *Teoria Geral Da Relação Jurídica - Sujeitos E Objectos*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1966.
- ANTUNES, H., *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2014).
- BATISTA, C., *As Fundações no Direito Português*, Coimbra, Almedina, (2006).
- C. BLANCO MORAIS, «Da Relevância do Direito Público no Regime Jurídico Das Fundações Privadas», in A.A.V.V., *Estudos Em Memória do Professor Doutor João De Castro Mendes*, Lex, (1997), 553-598.
- CAETANO, M., *Das Fundações - Subsídios Para a Interpretação E Reforma Da Legislação Portuguesa*, Lisboa, Ed. Atica, 1962, p. 9-27;
- CALHEIROS, M., «O Contrato de Swap», *BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO, Studia Juridica*, n. 51, Coimbra Editora, p. 81 e seguintes.
- CARVALHO FERNANDES, L., *Teoria Geral do Direito Civil – Introdução Pressupostos Da Relação Jurídica*, 7ª Edição ed. Almedina, 2012.
- CORDEIRO, A., «O regime das fundações», *REVISTA DE DIREITO DAS SOCIEDADES*, n.º 4, ano V (2013), 715-740.
- CORDEIRO, A., «Direito Bancário e alteração das circunstâncias» *REVISTA DE DIREITO DAS SOCIEDADES*, n.º 2, ano IV (2014), 343-389.
- CORDEIRO, A., *Tratado De Direito Civil*, 3.ª ed., Vol. IV Almedina, 2011.
- COSTA GOMES, M., *Em Tema De Revogação do Mandato Civil*, Coimbra, Almedina, (1989).
- COSTA GOMES, M., *O contrato de mandato*, in A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 3ª volume, 2ª edição, AAFDL, (1991), 265-408.
- CUNHA GONÇALVES, L., *Tratado De Direito Civil Em Comentário Ao Código Civil Português*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, (1929).
- D'OLIVEIRA MARTINS, A., «As Fundações Privadas: Aspectos do Seu Regime Jurídico», *LUSÍADA - REVISTA DE CIÊNCIA E CULTURA*, n.º 2 (1998), 269-281.
- DECKART, K., «Non profit organizations in France», in *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge, (2010), 265-324.
- FARINHO, D., «Alguns Problemas De Governo Fundacional De Uma Perspectiva Normativa Orgânica» in *O Governo Das Organizações. A Vocação Universal Da Corporate Governance*, Almedina, (2011).
- FARINHO, D., *Fundações E Interesse Público - Direito Administrativo Fundacional - Enquadramento Dogmático*, Lisboa, (2014).
- FERREIRA, D., *Erro Negocial (Objeto-Motivos-Base Negocial) e Alterações de Circunstâncias*, Coimbra, Almedina, 2ª edição, (1998).

- FERRER CORREIA, A., «Le Régime Juridique Des Fondations Privées, Culturelles Et Scientifiques Droit Portugais», *Separata do Vol. XLVI 1970 do BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA*, (1971).
- FIGUEIREDO, A., «A designação de administradores nas fundações de empresa», in *A Designação de Administradores*, Coimbra, Almedina, (2015), 329-344.
- FRADA, M., «Crise Mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito e contratos de gestão de carteiras», *REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS*, (2009), 633-695.
- GALVÃO TELLES, I., *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 6ª edição, (1989).
- HENRIQUES, P., *A Desvinculação Unilateral Ad Nutum Nos Contratos Civis De Sociedade E Mandato*, Coimbra, Coimbra Editora, (2001).
- HOPT, K., «The board of nonprofit organizations: some corporate governance thoughts from Europe», in *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge, (2010), 532-559.
- HÖRSTER, H., *Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, (1992).
- LEBRE FREITAS, J., «Contrato de swap meramente especulativo. Regimes de validade e de alteração das circunstâncias», *REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS*, ano 72 (2012) 943-970.
- MACHETE R, e SOUSA ANTUNES, H., *Direito Das Fundações - Propostas De Reforma*, Lisboa, Fundação Luso-Americana, 2004.
- MENDES, J., *Direito Civil - Teoria Geral*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, (1978).
- MENEZES LEITÃO, A., «Revogação Unilateral do Mandato, Pós-Eficácia E Responsabilidade Pela Confiança» in *Estudos Em Homenagem Ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles*, Vol. I Almedina, (2002), 305-346.
- MOTA PINTO, C., *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, (2005).
- OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *Direito Civil - Teoria Geral*, 2.ª ed., Vol. I, Coimbra Editora, 2000.
- OTERO, P., *Institutos Públicos, Dicionário Jurídico Da Administração Pública V* (1993), 250-274.
- PINTO, P., «Contrato de swap de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar», *REVISTA DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA*, (2014) 143.º, 3987 e 3988, 14-56.
- PIRES LIMA e VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, (1987).
- QUADROS, F., «Fundação De Direito Público» in *Pólis - Enciclopédia Verbo Da Sociedade E do Estado*, Vol. 2, Verbo, Lisboa, 1624-1625;
- RUI VILAR, E., «Fundações - Legitimidade, Responsabilidade E (Auto-)Regulação», in *Nos 20 Anos do Código Das Sociedades Comerciais*, Vol. II Coimbra Editora, (2007), 535-550.
- SANTOS, H., «O contrato de swap de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros», *REVISTA DE DIREITO DAS SOCIEDADES*, n.º 2, ano IV (2014), 411-443.
- SERENS, N., «Em tema de fundações», *REVISTA DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA*, (2014) 143.º, 3985, p. 222-252, e 3986, p. 306-347.
- SILVA, C. «Swap de taxa de juro; inaplicabilidade do regime da alteração das circunstâncias», *REVISTA DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA*, (2014) 143.º, n.º 3986, p. 348-373.

- SOUSA RIBEIRO, J., «As Fundações no Código Civil: Regime Actual E Projecto De Reforma», LUSÍADA - REVISTA DE CIÊNCIA E CULTURA, n.º 1 e 2, (2001), 59-85.
- VARELA, A., *Direito das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª edição, Coimbra, Almedina, (2000).
- VASCONCELOS, P., *Teoria Geral De Direito Civil*, 7.ª ed. Almedina, 2012.
- VAZ SERRA, A., «Fundamento da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)», BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, n.º 90, (1959), 5-322.
- VAZ SERRA, A., «Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias», BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA 68 (1957), 293-384.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 205-211
ISSN: 1130-2682

INSOLVÊNCIA E COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA
MATÉRIA: OS VELHOS PROBLEMAS DERAM LUGAR
A NOVOS PROBLEMAS. COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO
DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO DE 03 DE
FEVEREIRO DE 2014 PROC. N.º 365/13.4 TBMTS.P1
(RELATOR: MANUEL DOMINGOS FERNANDES)

*INSOLVENCY PROCEDURE AND THE COMPETENT COURT:
OLD PROBLEMS GAVE PLACE TO NEW PROBLEMS. ABOUT
THE DECISION OF THE «RELAÇÃO» OF OPORTO OF
THE 3TH FEBRUARY 2014 - PROCEDURE N. 365/13.4TBMT.
P1 (REPORTER: MANUEL DOMINGOS FERNANDES)*

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS¹

Recepción: 15/07/2015 - Aceptación: 29/07/2015

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. Advogado. Endereço eletrónico: soveralm@fd.uc.pt.

RESUMO

O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03 de fevereiro de 2014 pronunciou-se sobre a competência em razão da matéria dos tribunais judiciais para prepararem e julgarem processos de insolvência relativos a associações sem empresas. Considerou que para o efeito não seriam competentes os tribunais de comércio mas sim os tribunais comuns. A questão foi analisada à luz da LOFTJ, mas entretanto foi publicada a LOSJ, justificando assim, a uma releitura atualizadora do decidido. No Acórdão discute-se também se só há empresa quando o objetivo é o lucro e o que deve entender-se por atividade económica.

PALAVRAS-CHAVE: associações desportivas/empresa/insolvência/competência dos tribunais.

ABSTRACT

In its decision dated of the 3th February 2014, the Oporto Court of Appeal had to decide in which court should be requested the insolvency of a sports association. The Court of Appeal analysed the problem according to a law that was already substituted by a new one, but this one brings with it new problems that justify this text. In its decision, the Oporto Court of Appeal also discusses if all enterprises must have profit as a goal and what is economic activity.

KEY WORDS: sports associations/enterprise/insolvency/competent court.

SUMARIO: 1. INTRODUÇÃO. BREVE DESCRIÇÃO DO LITÍGIO. 2. A ASSOCIAÇÃO NÃO É SOCIEDADE COMERCIAL. 3. A MASSA INSOLVENTE DA ASSOCIAÇÃO NÃO INTEGRAVA UMA EMPRESA. 4. O TRIBUNAL COMPETENTE EM RAZÃO DA MATÉRIA À LUZ DA LOSJ

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. BRIEF DESCRIPTION OF THE CASE. 2. THE SPORTS ASSOCIATION IS NOT A COMPANY. 3. IN THE ASSETS THERE WAS NO ENTERPRISE. 4. THE COURT WITH POWERS TO DECIDE ABOUT THE INSOLVENCY PROCEDURE ACCORDING TO THE NEW PORTUGUESE LAW

I INTRODUÇÃO. BREVE DESCRIÇÃO DO LITÍGIO

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto acima identificado entendeu-se que o *tribunal competente* para apreciar um pedido de insolvência de uma associação desportiva era o tribunal comum e não o tribunal de comércio². Para assim decidir, aquele Tribunal considerou que o processo em causa não era abrangido pelo art. 89.º, 1, *a*), da LOFTJ (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais de 1999). Esta norma tinha o seguinte teor³: «Compete aos tribunais de comércio preparar e julgar: *a*) O processo de insolvência, se o devedor for uma sociedade comercial ou a massa insolvente integrar uma empresa». Assim, para o Tribunal da Relação, a associação desportiva não era sociedade comercial e a sua massa insolvente não integrava uma empresa, logo o art. 89.º, 1, *a*), da LOFTJ não era aplicável.

O tribunal recorrido (tribunal comum) adotara entendimento diferente, pois considerou que *a associação era empresa*. Por isso, julgara-se incompetente para apreciar o pedido de declaração de insolvência da associação em causa.

O problema acima sumariamente descrito foi analisado pelo Tribunal da Relação do Porto à luz da LOFTJ. Atualmente, está em vigor a LOSF (Lei da Organização do Sistema Judiciário), que aborda o tema de forma diferente⁴. Mas, como

² Sobre a evolução da jurisdição mercantil em Portugal pode ler-se, de forma sintética, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, I, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 65. Para referências anteriores ao Código Comercial de 1833 v. JOSÉ FERREIRA BORGES, *Diccionario jurídico-commercial*, Typ. Da Sociedade Porpagadora dos Conhecimentos Úteis, Lisboa, 1839, entrada «Tribunal de Comercio», p. 499 e s.

³ A crer no sumário do Acórdão, a redação apreciada, e que se reproduz, foi a resultante das alterações introduzidas pelo DL 8/2007, de 17 de janeiro (mas também se lê uma referência ao DL 53/2004 no texto do Acórdão).

⁴ A LOFTJ de 1999 previa a possibilidade de criação de tribunais de 1.ª instância com competência especializada. No art. 89.º, 1, *a*), ficou estabelecido inicialmente que os tribunais de comércio tinham

veremos, não deixam de continuar a surgir dúvidas acerca do tribunal competente quando não exista *secção de comércio na instância central*.

Não surgiram dúvidas aos julgadores quanto à *sujeição das associações à insolvência*. Nem poderiam surgir, pois tanto as associações com personalidade jurídica como as que não têm personalidade jurídica estão previstas no art. 2.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) como «sujeitos passivos da declaração de insolvência» (n.º 1, als. a) e c)).

2 A ASSOCIAÇÃO NÃO É SOCIEDADE COMERCIAL

A associação não é sociedade e muito menos sociedade comercial. As associações estão previstas nos arts. 157.º e ss. e, em especial, nos arts. 167.º e ss., todos do CCiv. (Código Civil), e o contrato de sociedade nos arts. 980.º e ss. do mesmo Código. As sociedades têm *fim lucrativo*, o que não sucede com as associações.

Uma «associação desportiva cuja atividade social consiste na promoção cultural, desportiva e recreativa dos seus associados e população local» também não é sociedade comercial: estas últimas têm necessariamente objeto comercial (art. 1.º, 2, CSC – Código das Sociedades Comerciais)⁵. E a «promoção cultural, desportiva e recreativa» dos associados não constitui atividade comercial: não constitui

competência para preparar e julgar os «processos especiais de recuperação da empresa e de falência», mas entretanto surgiu o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), que substituiu o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF). Sobre a evolução do preceito referido, VIEIRA CURA, *Curso de organização judiciária*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 211, nt. 647.

Por sua vez, a LOFTJ de 2008 determinava, no seu art. 121.º, 1, a), que, havendo na comarca juízos de comércio, era a estes que competia preparar e julgar os «processos de insolvência». Sobre a aplicação a título experimental da LOFTJ de 2008 a comarcas piloto (Alentejo Litoral, Baixo-Vouga e Grande Lisboa Noroeste), cfr. especialmente os arts. 171.º e 187.º, 1 e 3.

A L 62/2013, de 26 de agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário ou LOSJ), revoga os arts. 1.º a 159.º da LOFTJ de 2008 a partir da produção de efeitos do DL que aprova o Regime de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (cfr. os respetivos arts. 187.º, a), e 188.º, 1). O Regime de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais consta do DL 49/2014, de 27 de março (cfr. o art. 1.º; sobre a sua entrada em vigor, v. o art. 118.º).

⁵ Como se lê no art. 1.º, 2, do CSC, são «sociedades comerciais aquelas que tenham por objeto a prática de atos de comércio e adotem o tipo de sociedade em nome coletivo, de sociedade por quotas, de sociedade anónima, de sociedade em comandita simples ou de sociedade em comandita por ações». Não obstante, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, II, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 53, entende que só o requisito do objeto é essencial. Pela nossa parte, consideramos que o objeto e o tipo comerciais são necessários para que, à luz do CSC, se possa falar de sociedade comercial. O ato constitutivo de uma sociedade com objeto comercial sem tipo comercial viola o art. 1.º, 3, do CSC: «As sociedades que tenham por objeto a prática de atos de comércio devem adotar um dos tipos referidos no número anterior». E o que existe não será nem sociedade comercial, nem sociedade civil.

atividade que se traduza, só por si, na prática de *atos objetivamente comerciais*. O mesmo se diga da simples «administração do clube de futebol»⁶.

3 A MASSA INSOLVENTE DA ASSOCIAÇÃO NÃO INTEGRAVA UMA EMPRESA

O Tribunal da Relação do Porto considerou que o tribunal de comércio também não seria competente porque a massa insolvente da associação não integrava uma empresa. E parece que decidiu bem *se tivermos em conta os dados de facto considerados provados*. Na verdade, para haver empresa não basta que se esteja perante uma «associação desportiva cuja atividade social consiste na promoção cultural, desportiva e recreativa dos seus associados e população local». Como também não basta, para haver empresa, que a associação tenha por atividade principal a «administração do clube de futebol».

Com efeito, no Acórdão comentado entendeu-se que, para o preenchimento da noção de empresa utilizada no art. 89.º, 1, a), LOFTJ, deveria lançar-se mão do disposto no art. 5.º do CIRE. Segundo este último, empresa é «toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade económica». É certo que o referido art. 5.º esclarece que a noção que apresenta vale *para efeitos do CIRE*. Mas também é certo que no art. 89.º, 1, a), LOFTJ, se tinham em vista os processos de insolvência. Seria muito estranho que se adotasse uma noção diferente de empresa quando em ambas as normas se tem em vista o processo de insolvência.

O que se disse não significa que uma associação nunca possa ser titular de uma empresa e que a sua massa insolvente não possa integrar uma empresa. Para isso, seria necessário, antes de mais, que se considerasse provada a existência de algo que fosse identificado como uma *organização de capital e de trabalho*. E, além disso, essa organização deveria ser *destinada ao exercício de uma atividade económica*⁷. A *promoção cultural, desportiva e recreativa dos associados e da população local* não é, só por si, uma atividade económica. Como não o será, parece-nos, a *simples administração do clube de futebol*.

Atividade económica, no entender da Relação do Porto, pressupõe produção de bens ou prestação de serviços e que uns e outros sejam oferecidos contra retribuição. Pela nossa parte, parecem-nos mais ricas as palavras de Coutinho de Abreu, para quem «o domínio ou campo da economia é preenchido pela *produção*

⁶ Porém, a atividade de exploração de espetáculos públicos pode ser comercial: cfr. o art. 230.º, 4.º, CCom. (Código Comercial).

⁷ COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, I, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 31, aceita que as associações explorem empresas (cfr. tb. a p. 127 e 327, nt. 810).

(nos setores primário, secundário e terciário) *de bens materiais e imateriais ou serviços que exige ou implica o uso e a troca de bens*»⁸.

Mas só há/haverá empresa se o *fim* único ou principal for a obtenção de *lucro*, como se defende no Acórdão da Relação do Porto? Pensamos que não. Aliás, é o próprio Acórdão que transcreve palavras da Professora Catarina Serra a mostrarem não ser necessário aquele fim: «não se exige fim lucrativo [...]». E o Tribunal não contesta a afirmação que reproduz...

4 O TRIBUNAL COMPETENTE EM RAZÃO DA MATÉRIA À LUZ DA LOSJ

Como vimos, o Tribunal da Relação do Porto preocupou-se sobretudo com o problema de saber qual era o tribunal competente *em razão da matéria* para o processo de insolvência visando a associação em causa. Atualmente, e de acordo com a LOSJ de 2013⁹, havendo *secção de comércio na instância central* competirá àquela preparar e julgar os «processos de insolvência e os processos especiais de revitalização» (arts. 81.º, 2, *f*), e 128.º, 1, *a*), da LOSJ). E isso é assim, mesmo que o devedor não seja sociedade comercial ou na massa insolvente não exista empresa.

Se não existir secção de comércio, ou, se ela não abranger toda a comarca¹⁰, quanto à área por ela não abrangida, a competência parece caber às *secções de competência genérica das instâncias locais*. Com efeito, lê-se no art. 130.º, 1, *a*), da LOSJ que é às secções de competência genérica que compete «Preparar e julgar os processos relativos a causas não atribuídas a outra secção da instância central ou tribunal de competência territorial alargada». E não será de recorrer aqui ao disposto no art. 117.º, 2, LOSJ, que, nas comarcas onde não haja secção de comércio, considera o seu n.º 1 «extensivo» às ações que caibam a essas secções. Julgamos que essa aplicação do art. 117.º, 1, da LOSJ, só faz sentido quanto (i) à «preparação e julgamento das ações declarativas cíveis de processo comum de valor superior a (euro) 50 000», (ii) ao exercício, no âmbito das ações executivas de natureza cível de valor superior a (euro) 50 000, das «competências previstas no Código de Processo Civil, em circunscrições não abrangidas pela competência de outra secção ou tribunal», (iii) à preparação e julgamento dos «procedimentos cautelares a que correspondam ações da sua competência» e (iv) ao exercício das «demais competências conferidas por lei». Mas, ao considerar que o regime do

⁸ Sobre o que deve entender-se por atividade económica v., p. ex. a propósito do art. 980.º CCiv., COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, II, cit., p. 23 e ss. (a p. 24, onde o autor mostra não excluir a possibilidade de existirem atividades não lucrativas económicas).

⁹ Sobre a sua entrada em vigor, cfr. o respetivo art. 188.º.

¹⁰ Lembrando isso mesmo, VIEIRA CURA, *Curso de organização judiciária*, cit., p. 213.

n.º 1 do art. 117.º é «extensivo» às ações que caibam às secções de comércio, a LOSJ não está a mandar aplicar o n.º 1 a todos os processos e ações previstos no art. 128.^{o11}.

¹¹ É o que diz VIEIRA CURA, *Curso de organização judiciária*, cit., p. 213, pois aquele Professor faz referência à necessidade de ter em conta o valor da ação e a forma de processo para determinar se a competência cabe às secções cíveis da instância central do tribunal de comarca, às secções de competência genérica das instâncias locais ou «ao seu desdobramento em matéria cível, quando exista». Aparentemente com outra leitura, SALVADOR DA COSTA/RITA COSTA, *Lei da Organização do Sistema Judiciário anotada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 209. A propósito do regime constante da LOSJ, seguimos de perto o que escrevemos no nosso *Um curso de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 71 e ss., para onde remetemos para mais desenvolvimentos (nomeadamente, quanto à competência internacional dos tribunais portugueses no caso de insolvências transfronteiriças).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 37 (2014-2015), páxs. 213-225
ISSN: 1130-2682

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA
RELAÇÃO DO PORTO DE 16/06/2014, PROCESSO
378/12.3TTLMG.P1. CONVENÇÃO COLETIVA DE
TRABALHO/SANTA CASA DA MISERICÓRDIA

*COMMENTARY ABOUT THE OPORTO COURT
OF APPEAL JUDGEMENT OF 16/06/2014, CASE
378/12.3TTLMG.P1. COLLECTIVE CONVENTIONS
OF WORK/ SANTA CASA DA MISERICÓRDIA*

DAVID FALCÃO - SÉRGIO TENREIRO TOMÁS¹

Recepción: 15/07/2015 - Aceptación: 11/09/2015

¹ David Falcão - Doutor em Direito, Professor Adjunto da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Castelo Branco e Professor Auxiliar Convidado da Universidade de Lisboa - ISEG. Endereço Postal: Rua Profª Maria Amália Fevereiro, L-A141, 3.º dt., 6000-472, Castelo Branco, Portugal. Email: david@ipcb.pt; davidgf@iseg.ulisboa.pt;

Sérgio Tenreiro Tomás - Doutor em Direito, Professor Adjunto do Instituto Superior de Entre o Douro e Vouga (ISVOUGA). Endereço Postal: Rua de 9 de abril, n.º 1190, 2.º dt.º, 4250-346, Porto, Portugal. Email: smt@estgf.ipp. pt.

RESUMO

O objetivo desta anotação passa por aferir do mérito da decisão tomada pelo Tribunal da Relação do Porto no Processo 378/12.3TTLMG.P1 e a sua adequação à legislação em vigor ao tempo em que foi proferida, no que concerne à inaplicabilidade de alguns Instrumentos de Regulamentação Coletiva de Trabalho à relação jus-laboral estabelecida entre o trabalhador e a entidade empregadora. O tribunal pronuncia-se, em sede de recurso, sobre a regularidade e licitude do despedimento daquele, apreciando a aplicabilidade de duas Convenções Coletivas de Trabalho. A primeira com o intuito de sustentar a requalificação profissional do trabalhador como Professor do Ensino Básico variante de Educação Física; a segunda, no sentido de aferir o direito àquele ao pagamento do subsídio de refeição.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção coletiva de trabalho, Instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, Portaria de extensão.

ABSTRACT

The purpose of this note involves assessing the merits of the decision taken by Oporto Court of Appeal in Case 378/12.3TTLMG.P1 and its adaptation to the legislation in force at the time that was given, regarding the inapplicability of some Instruments of Collective Work Regulation in what concerns to the relation established between the employee and the employer. The court pronounced, on appeal, on the regularity and legality of dismissal, enjoying the applicability of two Collective Conventions of Work. The first in order to support the retraining of workers as Professor of Basic Education variant of Physical Education; the second, in order to assess the right to that payment of the meal subsidy.

KEY WORDS: Collective Labor Agreement, Collective regulation labor instrument, Extension Ordinance.

SUMÁRIO: 1. ENQUADRAMENTO CONCEPTUAL. 2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL. 3. CONCLUSÃO. 4. BIBLIOGRAFIA

SUMMARY: 1. CONCEPTUAL FRAMEWORK. 2. JURISPRUDENCE ANALYSIS. 3. CONCLUSION. 4. BIBLIOGRAPHY.

I ENQUADRAMENTO CONCEPTUAL

Cumpre, em primeiro lugar, proceder ao esclarecimento de determinados conceitos, tarefa fundamental para entender, na sua plenitude, a questão controvertida e todo o seu enquadramento jus-laboral.

Desta forma é fundamental a compreensão do que se entende por: 1) Convenção Coletiva de Trabalho (CCT)², enquanto fonte específica de Direito do Trabalho atento o exposto no artigo 1.º do CT³, bem como identificar as suas respetivas modalidades; 2) Princípio da dupla filiação e âmbito pessoal de aplicação da CCT; 3) Portaria de Extensão enquanto instrumento não negocial de regulamentação coletiva (IRCT).

Entende-se por CCT o acordo celebrado entre uma ou mais associações sindicais e uma ou mais associação de empregadores (ou uma pluralidade de empregadores não associados, ou um empregador individualmente considerado), o qual regula as relações individuais de trabalho de determinado universo e as relações que se estabelecem diretamente entre as entidades signatárias e constitui a manifestação, por excelência, da autonomia coletiva. Em conformidade com o artigo

² Ver, sobre esta matéria, J. BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre as Fontes de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1984; A. MONTEIRO FERNANDES, «A convenção colectiva segundo o Código do Trabalho», ESTUDOS DE DIREITO DO TRABALHO EM HOMENAGEM AO PROFESSOR MANUEL ALONSO OLEA (2005), pág. 77-103; J. LEITE, «Subsídios para uma leitura constitucional da convenção colectiva», ESTUDOS DE DIREITO DO TRABALHO EM HOMENAGEM AO PROFESSOR MANUEL ALONSO OLEA (2005), pág. 397-408; L. GONÇALVES DA SILVA, «Da eficácia normativa das convenções coletivas», ESTUDOS DO INSTITUTO DE DIREITO DO TRABALHO, VOL. I (2004), pág. 597-668; L. GONÇALVES DA SILVA, «Do âmbito temporal da convenção colectiva», ESTUDOS DE DIREITO DO TRABALHO EM HOMENAGEM AO PROFESSOR MANUEL ALONSO OLEA (2005), pág. 457-505. Ver, sobre esta matéria, na doutrina espanhola, A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 22.ª Ed., Madrid, Tecnos, 2001, pág. 111 -115. e 155 -157.; M. ALONSO OLEA E M. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 19.ª Ed., Madrid, S.L. Civitas Ediciones, 2001, pág. 809-811.

³ Sobre as fontes específicas do direito do trabalho ver, D. FALCÃO e S. TENREIRO TOMÁS, *Lições de Direito do Trabalho – A Relação Individual de Trabalho*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 19-21.

2.º, n.º 3 do Código do Trabalho (CT)⁴, e tendo em consideração os outorgantes da CCT, podem identificar-se três modalidades distintas:

- Contrato coletivo - A convenção celebrada entre associação sindical e associação de empregadores;
- Acordo coletivo - A convenção celebrada entre associação sindical e uma pluralidade de empregadores para diferentes empresas;
- Acordo de empresa - A convenção celebrada entre associação sindical e um empregador para uma empresa ou estabelecimento.

Em qualquer uma das modalidades é visível o carácter representativo atribuído às associações sindicais e, na primeira delas, às associações de empregadores. Este fenómeno representativo não é alheio ao facto de o próprio Estado haver reconhecido a autonomia coletiva a determinados grupos organizados que, em determinadas condições e através de processos próprios, têm capacidade de emitir normas com vista a regular os interesses dos seus membros nas suas relações individuais.

Neste sentido importa recordar a Constituição da República Portuguesa (CRP), onde se reconhece o Direito à Contratação Coletiva por parte das associações sindicais (artigo 56.º, n.ºs 3 e 4), prerrogativa confirmada posteriormente pelo artigo 443.º, n.º 1 a) do CT⁵ que outorga essa competência e a estende igualmente às associações de empregadores⁶.

As disposições da CCT aplicam-se imediatamente às entidades signatárias⁷, influenciando o conteúdo dos contratos de trabalho por elas abrangidos na medida

⁴ O regime jurídico dos IRCT estava anteriormente consagrado no Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de dezembro.

⁵ O presente artigo corresponde aos artigos 477.º e 510.º, do anterior CT, os quais, por sua vez, correspondiam aos artigos 4.º do Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de abril e 5.º do Decreto-Lei n.º 215-C/75, de 30 de abril.

⁶ Tendo em conta que o(s) outorgante(s) da CCT ser(em) pessoa(s) coletiva(s), o artigo 491.º, n.º s 1 a 3 do CT, vem consagrar que:

«1 - A convenção colectiva é assinada pelos representantes das entidades celebrantes.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se representantes:

- a) Os membros de direcção de associação sindical ou associação de empregadores, com poderes para contratar;
- b) Os gerentes, administradores ou directores com poderes para contratar;
- c) No caso de empresa do sector empresarial do Estado, os membros do conselho de gerência ou órgão equiparado, com poderes para contratar;
- d) As pessoas titulares de mandato escrito com poderes para contratar, conferido por associação sindical ou associação de empregadores, nos termos dos respectivos estatutos, ou por empregador.

3 - Sem prejuízo da possibilidade de delegação noutras associações sindicais, a associação sindical pode conferir à estrutura de representação coletiva dos trabalhadores na empresa poderes para, relativamente aos seus associados, contratar com empresa com, pelo menos, 150 trabalhadores».

⁷ Sobre o princípio da filiação Cfr. Ac. da RP de 17 de novembro de 2014, Processo 1770/12.9TTPRT.P1.

em que preenchem o que não foi alvo de acordo expresso entre empregador e trabalhador. Por outro lado, as disposições da CCT, bem como de qualquer IRCT aplicável, «só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador (artigo 476.º do CT)⁸.

No que diz respeito ao âmbito pessoal de aplicação da CCT, a regra básica é que as convenções coletivas apenas obrigam aqueles que, durante a respetiva vigência, estiverem filiados ou se venham a filiar nas entidades outorgantes (associações de empregadores e associações sindicais)⁹ e ainda, nos casos dos acordos coletivos de trabalho e dos acordos de empresa, os empregadores individualmente considerados. Este princípio, denominado por princípio da dupla filiação, encontra-se consagrado no artigo 496.º do CT¹⁰, nos termos do qual uma CCT “obriga o empregador que a subscreve ou filiado em associações de empregadores celebrantes, bem como os trabalhadores ao seu serviço que sejam membros de associação sindical celebrante”.

As disposições consagradas numa CCT podem, contudo, alargar-se total ou parcialmente, nos termos do artigo 514.º do CT¹¹, a entidades não signatárias na CCT, ultrapassando a problemática relacionada com o princípio da dupla filiação¹². De acordo com o n.º 1 do referido artigo a «convenção coletiva ou decisão arbitral em vigor pode ser aplicada, no todo ou em parte, por portaria de extensão a empregadores e a trabalhadores integrados no âmbito do sector de atividade e profissional definido naquele instrumento» desde que seja antecedida de «ponderação de circunstâncias sociais e económicas que a justifiquem, nomea-

⁸ O presente artigo corresponde ao artigo 553.º, do anterior CT, o qual, por sua vez, correspondia ao artigo 14.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de dezembro. Com o atual regime do CT em vigor, foi eliminada a possibilidade do IRCT poder impedir a prevalência de contrato de trabalho mais favorável. Sobre a relação entre IRCT e contrato de trabalho Cfr. Ac. da RL, de 20 de junho de 2012, Processo n.º 627/10.2TTBRR.L1-4.

⁹ De acordo com o artigo 496.º, n.º 3 do CT: «A convenção abrange trabalhadores e empregadores filiados em associações celebrantes no início do processo negocial, bem como os que nelas se filiem durante a vigência da mesma». Nos termos do n.º 4 do mesmo preceito: «Caso o trabalhador, o empregador ou a associação em que algum deles esteja inscrito se desfilie de entidade celebrante, a convenção continua a aplicar-se até ao final do prazo de vigência que dela constar ou, não prevendo prazo de vigência, durante um ano ou, em qualquer caso, até à entrada em vigor de convenção que a reveja».

¹⁰ O presente artigo corresponde aos artigos 552.º, 553.º e 554.º, n.º 1, do anterior CT. Os dois primeiros artigos correspondiam, por sua vez, aos artigos 7.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de dezembro.

¹¹ A matéria tratada no presente artigo estava consagrada nos artigos 573.º e 575.º, do anterior CT, os quais, por sua vez, correspondiam aos artigos 27.º e 29.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de dezembro.

¹² Sobre os efeitos da portaria de extensão Cfr. Ac. do STJ, de 10 de setembro de 2014, Processo n.º 203/12.5TTGRD.C1.S1.

damente a identidade ou semelhança económica e social das situações no âmbito da extensão e no do instrumento a que se refere» (n.º 2).

As Portarias de Extensão¹³ são Instrumentos não Negociais de Regulamentação Coletiva¹⁴, é dizer, regulamentos normativos emanados do poder executivo, via administrativa, por portaria ministerial que alargam o âmbito de aplicação das CCT a não filiados nas entidades outorgantes da mesma (artigo 516.º do CT).

Importa também referir que o ónus da prova da situação jurídica de filiado ou da verificação do condicionalismo que permite a afirmação da aplicabilidade de determinado instrumento de regulamentação coletiva está a cargo de quem invoca o direito, nos termos do n.º 1 do artigo 342.º do Código Civil (CCiv)¹⁵. Esta solução legislativa pode revelar-se pouco salomónica sempre que o trabalhador tenha interesse em provar, em juízo, determinada filiação da sua entidade empregadora a determinada associação de empregadores e seja, factualmente, árduo a sua assunção, porquanto a entidade empregadora não dá o desejável e expectável contributo. Conforme será analisado no próximo capítulo, esta matéria pode ser um real obstáculo à plena aplicação das CCT outorgadas às respetivas relações jus-laborais, realidade que enfraquece esta importante fonte de regulação e propicia o enfraquecimento das prerrogativas do trabalhador.

2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No acórdão em análise, o trabalhador alega ser-lhe aplicável a CCT para o Ensino Particular e Cooperativo, argumentando que o tribunal *a quo* o deveria ter requalificado como Professor do Ensino Básico variante de Educação Física, porquanto desempenhava todas as funções atributivas a esta categoria profissional junto da Santa Casa da Misericórdia, solicitando a condenação desta à sua reintegração na referida categoria e ao pagamento da correspondente remuneração prevista na CCT, bem como ao pagamento do subsídio de almoço.

Na sentença recorrida, o Tribunal de Trabalho de Lamego havia alegado que “sem prejuízo de as suas habilitações literárias lhe permitirem tal desempenho,

¹³ Ver, sobre esta matéria, L. GONÇALVES DA SILVA, *A Portaria de Extensão: Contributo para o seu Estudo*, Lisboa, 1999; L. GONÇALVES DA SILVA, «Pressupostos, requisitos e eficácia da portaria de extensão», ESTUDOS DO INSTITUTO DE DIREITO DO TRABALHO, Vol. I (2001), pág. 669-776; A. NUNES DE CARVALHO, «Regulamentação do trabalho por portarias de extensão», REVISTA DE DIREITO E DE ESTUDOS SOCIAIS 4 (1988), pág. 437-467.

¹⁴ A terminologia «instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho negociais» e «instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho não negociais» é criticada veementemente por Maria Palma Ramalho «por revelar uma posição apriorística da lei sobre a natureza jurídica destes instrumentos, que não é aceitável». Cfr. M. PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho - Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Coimbra, Almedina, 2012, pág. 183-184.

¹⁵ Sobre o ónus da prova da situação jurídica de filiado Cfr. Ac. do STJ, de 06 de dezembro de 2006, Processo n.º 06S1825; Ac. do STJ, de 05 de dezembro de 2001, Processo n.º 01S2388.

não resultou provado que, no âmbito de atividade promovida pela R., o A. desenvolvesse funções pedagógicas correspondentes à categoria de Professor do Ensino Básico, pelo que improcede o pedido de reconhecimento da categoria profissional de Professor do Ensino Básico, variante Educação Física e respetivas diferenças salariais»; «no que concerne ao subsídio de refeição, resultou do acervo factual assente que a Ré fornece almoço a todos os seus funcionários, facto que foi comunicado ao A. pelos serviços administrativos da Ré, nunca o A. o tendo solicitado», pelo que o pedido foi igualmente considerado improcedente.

O TRP, na análise à primeira questão, e no que respeita mais concretamente às Convenções Coletivas de Trabalho celebradas entre a AEEP— Associação dos Estabelecimentos de Ensino Particular e Cooperativo e as associações sindicais que as subscreveram ou em associações por elas representadas (FENPROF — Federação Nacional dos Professores; FNE — Federação Nacional dos Sindicatos da Educação; SINAPE — Sindicato Nacional dos Profissionais da Educação; SPLIU — Sindicato Nacional dos Professores Licenciados pelos Politécnicos e Universidades), veio defender que nada foi provado a respeito da filiação da Santa Casa da Misericórdia na associação de empresas que as outorgou, nem a respeito da filiação do trabalhador nas associações sindicais que as subscreveram ou em associações por elas representadas.

O TRP considerou ainda que “não estando demonstrada a filiação do trabalhador e da entidade empregadora em nenhuma das entidades outorgantes de uma determinada convenção colectiva, a aplicabilidade deste instrumento apenas se pode buscar na existência de portaria de extensão que estenda o seu âmbito de aplicação à relação laboral firmada entre ambos”¹⁶, as quais o recorrente não identificou, mas que oficiosamente o Tribunal averiguou, no sentido de aferir se estas seriam aptas a estabelecer a qualificação profissional pretendida pelo trabalhador. Importa, deste modo, analisar as Portarias trazidas à colação pelo TRP.

Neste sentido, o tribunal apreciou o artigo 1.º da Portaria n.º 1483/2007, de 19 de novembro, que estendeu no território continental as condições de trabalho constantes de diversos contratos coletivos de trabalho, celebrados entre a AEEP e diferentes federações sindicais no que respeita às seguintes relações de trabalho:

“a) Às relações de trabalho entre estabelecimentos de ensino particular e cooperativo não superior, não filiados na associação de empregadores outorgante, que beneficiem de apoio financeiro do Estado para despesas de pessoal e de funcionamento, mediante a celebração de correspondentes contratos, e trabalhadores ao seu serviço, das profissões e categorias profissionais neles previstas;

b) Às relações de trabalho entre estabelecimentos de ensino particular e cooperativo não superior filiados na associação de empregadores outorgante e trabal-

¹⁶ Idêntico raciocínio foi adotado no Ac. do STJ, de 16 de março de 2005, Processo n.º 04S4125.

hadores ao seu serviço, das profissões e categorias profissionais previstas nas convenções, não filiados ou representados pelas associações sindicais outorgantes.”

O artigo 1.º da Portaria n.º 25/2010, de 11 de janeiro, por sua vez, estendeu no território continental as condições de trabalho constantes de diversos contratos coletivos de trabalho, celebrados entre a AEEP e diferentes federações sindicais nas mesmas relações de trabalho identificadas pela anterior Portaria.

Verificada alguma das relações de trabalho supra referidas, as Portarias estenderiam a aplicação de diversas convenções coletivas de trabalho aos empregadores filiados na AEEP e aos seus trabalhadores que desempenhassem profissões e categorias profissionais previstas nas convenções sempre que não fossem representados por associações sindicais outorgantes; a estabelecimentos de ensino particular e cooperativo não superior não filiados na associação de empregadores outorgante que tivesse a participação financeira do Estado em despesas de pessoal e de funcionamento e aos seus trabalhadores sempre que desempenhassem profissões e categorias profissionais previstas nas convenções¹⁷.

De acordo com a argumentação do TRP, a entidade empregadora (Santa Casa da Misericórdia) é uma IPSS (Instituições Particulares de Solidariedade Social) que se dedica à assistência social, desenvolvendo a sua atividade no lar de idosos, centro de dia, unidade de cuidados continuados, centro de atividades ocupacionais (CAO), serviço de apoio domiciliário, creche, jardim-de-infância e centro de atividades de tempos livres (CATL), pelo que, sustenta, não se poderá concluir que seja proprietária ou explore qualquer estabelecimento de ensino, ou desempenhe a atividade do ensino, integrada na rede escolar e prosseguindo o plano nacional de desenvolvimento da educação. Nesse sentido, invoca o Estatuto das IPSS (anexo ao Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de fevereiro) que não abarca o ensino entre os objetivos legalmente definidos no seu artigo 1.º para as IPSS.

O facto da Santa Casa da Misericórdia incluir nas suas valências o jardim-de-infância, pode, de acordo com o mesmo tribunal, considerar-se integrada na educação pré-escolar (artigo 5.º da Lei n.º 46/86 de 14 de Outubro - Lei de Bases do Sistema Educativo), o que a acrescer às atividades de tempos livres, poderia inclusive qualificá-la como um estabelecimento de ensino, em consonância com o artigo 3.º do Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro, que dispõe que “são estabelecimentos de ensino particular as instituições criadas por pessoas singulares ou colectivas privadas em que se ministre ensino colectivo a mais de cinco alunos ou em que se desenvol-

¹⁷ Acolhendo as oposições deduzidas pela ANEEP — Associação Nacional de Estabelecimentos de Educação Privados e por 13 estabelecimentos de ensino que alegavam razões de desigualdade concorrencial relativamente aos estabelecimentos de ensino que não beneficiavam daquelas participações através, nomeadamente, de contratos de associação, contratos simples, contratos de patrocínio e contratos de cooperação.

vam actividades regulares de carácter educativo” e do artigo 1.º, n.º 2 do Contrato Colectivo de Trabalho para o Ensino Particular, que entende por estabelecimento de ensino particular e cooperativo “a instituição criada por pessoas, singulares ou colectivas, privadas ou cooperativas, em que se ministre ensino colectivo a mais de cinco crianças com três ou mais anos”.

Sem prejuízo deste raciocínio, o tribunal, argumentou que tal não seria suficiente para qualificar a Santa Casa da Misericórdia como um estabelecimento de ensino particular, porquanto estas valências se inscrevem, ainda, nas actividades de “assistência social” por ela desenvolvidas e que esta notoriamente prevalece, tendo aquelas um peso com pouca expressão no contexto das múltiplas atividade exercidas e que não são elementos caracterizadoras daquela entidade.

Mesmo perante a eventualidade de se discordar da interpretação do tribunal, importa referir que independentemente da qualificação da Santa Casa da Misericórdia como um estabelecimento de ensino particular e cooperativo, não se verificava no caso, o condicionalismo prescrito nas Portarias de Extensão para operar a aplicabilidade do CCT invocado pelo trabalhador, uma vez que este não provou, como lhe competia nos termos do artigo 342.º, n.º 1 do CCiv, que a entidade empregadora beneficiasse de “apoio financeiro do Estado para despesas de pessoal e de funcionamento, mediante a celebração de correspondentes contratos” como é expressamente exigido na alínea a) do n.º1, das referidas Portarias, nem que a Santa Casa da Misericórdia era filiada na associação de empregadores outorgante (como referido na alínea b) do n.º 1, das referidas Portarias) pelo que nunca poderia considerar-se aplicável à relação laboral estabelecida entre as partes, via Portaria de Extensão, o CCT invocado pelo trabalhador.

O Tribunal considerou ainda que a entidade empregadora não opera no mesmo sector económico ou numa área com semelhança económica e social àquela em que operam aqueles estabelecimentos de ensino particular a que se reportam a CCT, conforme é exigido pelo artigo 514.º, n.º 1 do CT quando indica que «a convenção colectiva (...) pode ser aplicada, no todo ou em parte, por portaria de extensão a empregadores e a trabalhadores integrados no âmbito do sector de actividade e profissional definido naquele instrumento».

Não obstante a falta de prova por parte do trabalhador que a entidade empregadora beneficiasse de apoio financeiro do Estado ou que era filiada na associação empregadora outorgante da CCT, determinante para aferir da aplicabilidade das Portarias de Extensão em análise, não chocaria que a decisão considerasse que a Santa Casa da Misericórdia se integra no setor de atividade do Ensino. Uma interpretação literal dos Estatutos das IPSS poderiam conduzir a esta conclusão: Atendendo ao artigo 2.º n.º 1 al. e) do Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de fevereiro¹⁸,

¹⁸ Alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 174-A/2014 de 14 de novembro (após a decisão do TRP).

as Misericórdias são consideradas IPSS'S e um dos seus objetivos é, em conformidade com o artigo 1.º al. f), a educação e formação profissional. Acresce ainda que face ao artigo 3.º do Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de novembro, “são estabelecimentos de ensino particular as instituições criadas por pessoas singulares ou colectivas privadas em que se ministre ensino colectivo a mais de cinco alunos ou em que se desenvolvam actividades regulares de carácter educativo” em plena concordância com o artigo 1.º, n.º 2 da referida CCT, que, como se viu, também entende por estabelecimento de ensino particular e cooperativo “a instituição criada por pessoas, singulares ou colectivas, privadas ou cooperativas, em que se ministre ensino colectivo a mais de cinco crianças com três ou mais anos”. Seria oportuno, a fim de evitar futuras debilidades interpretativas por parte dos tribunais, um maior esclarecimento por parte da legislação pertinente sobre o conceito “Ensino” criando uma linha divisória mais inequívoca e categórica face à atual.

Relativamente à CCT celebrada entre a CNIS e a Federação Nacional dos Sindicatos da Função Pública (FNSFP), o tribunal declara que «não está demonstrado nos autos que a R. esteja filiada na CNIS – Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade –, nem que o A. esteja filiado em qualquer sindicato federado na FNSFP – Federação Nacional dos Sindicatos da Função Pública – ou noutra que esteja representado pelas subscritoras do mencionado instrumento de regulamentação colectiva, pelo que, por força do já referenciado princípio da dupla filiação, tal instrumento de regulamentação colectiva não se lhes aplica directamente», prova esta que incumbia ao trabalhador conforme anteriormente referido.

Deste modo, o tribunal decidiu constatar a aplicabilidade da referida CCT via Portaria de Extensão. Nesse sentido iniciou por analisar a Portaria n.º 900/2006, de 01 de setembro, que por força do seu artigo 1.º estendeu no território continental as condições de trabalho constantes de diversos contratos coletivos de trabalho, celebrados entre a Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade (CNIS) e diferentes federações sindicais às seguintes relações de trabalho:

«a) às relações de trabalho entre instituições particulares de solidariedade social que prossigam as actividades reguladas pelas convenções não filiadas na Confederação outorgante, excepto as santa casas da misericórdia, e trabalhadores ao seu serviço das profissões e categorias profissionais neles previstas;

b) às relações de trabalho entre instituições particulares de solidariedade social filiadas na Confederação outorgante e trabalhadores ao seu serviço das profissões e categorias profissionais previstas nas convenções não representados pelas associações sindicais outorgantes».

Relativamente à al. a) da referida Portaria, as Santas Casas da Misericórdia estão expressamente excetuadas da extensão operada por aquela. No que respeita à al. b) nada foi alegado a respeito da filiação da Santa Casa da Misericórdia à CNIS, prova que incumbia ao trabalhador conforme anteriormente manifestado.

No que respeita à Portaria de Extensão n.º 280/2010, de 24 de maio, que estendeu no território continental as condições de trabalho constantes de diversos contratos coletivos de trabalho, celebrados entre a CNIS e diferentes federações sindicais às mesmas relações de trabalho identificadas pela anterior Portaria, não há dúvidas quanto à não aplicação deste IRCT à relação juslaboral entre as partes, porquanto são igualmente aplicáveis os dois argumentos referidos no parágrafo anterior.

3 CONCLUSÃO

Resulta clara da argumentação do TRP a não aplicação à relação laboral, entre o trabalhador e a Santa Casa da Misericórdia, da CCT celebrada entre a AEEP e diferentes federações sindicais e a CCT celebrada entre CNIS e diferentes federações sindicais em virtude da falta de prova da filiação da entidade empregadora à associação outorgante, ónus que incumbia ao trabalhador por força do artigo 342.º, n.º 1 do CCiv.

No que diz respeito à inaplicabilidade das Portarias n.º 1483/2007, de 19 de novembro e n.º 25/2010, de 11 de janeiro, esta solução justifica-se porquanto o trabalhador, a quem competia o ónus da prova por força do n.º 1 do artigo 342.º do CCiv, não provou que a entidade empregadora beneficiava de “apoio financeiro do Estado para despesas de pessoal e de funcionamento” ou que a Santa Casa da Misericórdia era filiada na associação de empregadores outorgante.

Relativamente à inoponibilidade das Portarias n.º 900/2006, de 01 de setembro e n.º 280/2010, de 24 de maio à relação jus-laboral em análise explica-se pelo facto das Santas Casas da Misericórdia estarem expressamente excetuadas da sua extensão e do trabalhador não ter provado a filiação da Santa Casa da Misericórdia à CNIS, ónus que lhe incumbia por força do referido preceito do CCiv.

Poderá, no entanto, questionar-se, em defesa dos interesses do trabalhador, se não seria justificável, em casos análogos, a inversão do ónus da prova no que ao artigo 342.º, n.º 1 do CCiv diz respeito, tendo em consideração que nem sempre é viável proceder à verificação objetiva da representatividade das associações empregadoras outorgantes, passando, deste modo, a competir à entidade empregadora, em juízo, demonstrar a sua filiação, ou não, a determinada associação celebrante de uma CCT que venha a ser considerada decisiva para a resolução do litígio. Será igualmente uma forma de impedir que a sonegação de uma informação, vital para a decisão judicial, por parte da entidade empregadora impeça a aplicação de uma Portaria de Extensão ou de uma CCT à relação jus-laboral con-

trovertida, como se veio a verificar no caso em análise. Parece-nos uma questão crucial porquanto a referida inversão poderia levar, na sentença em apreço, a uma decisão diametralmente oposta à acolhida, protegendo-se o trabalhador, o elemento mais débil da relação jus-laboral.

Outra das soluções, quanto a nós, passará por permitir a verificação oficiosa do tribunal, na busca da verdade material, sobre a existência de filiação de determinada entidade empregadora a determinada associação de empregadores celebrante de uma CCT, quando esta factualidade seja crucial para a decisão judicial. Se a lei é compatível com a verificação oficiosa por parte do tribunal relativamente à eventual aplicação de uma Portaria de Extensão, cumpre ao legislador prever o mesmo expediente perante a necessidade de provar se existe filiação entre uma entidade empregadora e uma associação de empregadores, não se entendendo a solução do legislador em remeter matéria tão crucial para a norma subsidiária prevista no CCiv. Em nossa opinião, deveria estar consagrado no CT uma norma específica tendo em conta as particularidades da aplicação de um IRCT, conforme o caso em concreto o vem demonstrar.

Urge sensibilizar o legislador para assumir alterações legislativas que visem proteger o trabalhador face a omissões levadas a cabo por parte das entidades empregadoras que tenham o intuito do prejudicar. O trabalhador, confrontado com sérias dificuldades em provar judicialmente determinada filiação da sua entidade empregadora a determinada associação empregadora, arrisca-se, injustificavelmente, ver cair por terra as prerrogativas garantidas por uma eventual CCT aplicável à relação laboral em disputa.

4 BIBLIOGRAFIA

- A. MONTEIRO FERNANDES, «A convenção colectiva segundo o Código do Trabalho», ESTUDOS DE DIREITO DO TRABALHO EM HOMENAGEM AO PROFESSOR MANUEL ALONSO OLEA (2005), pág. 77-103.
- A. MONTOYA MELGAR, Derecho del Trabajo, 22.ª Ed., Madrid, Tecnos, 2001.
- A. NUNES DE CARVALHO, «Regulamentação do trabalho por portarias de extensão», REVISTA DE DIREITO E DE ESTUDOS SOCIAIS 4 (1988), pág. 437-467.
- D. FALCÃO e S. TENREIRO TOMÁS, Lições de Direito do Trabalho – A Relação Individual de Trabalho, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2015.
- J. BARROS MOURA, A Convenção Colectiva entre as Fontes de Direito do Trabalho, Coimbra, 1984.
- J. LEITE, «Subsídios para uma leitura constitucional da convenção colectiva», ESTUDOS DE DIREITO DO TRABALHO EM HOMENAGEM AO PROFESSOR MANUEL ALONSO OLEA (2005), pág. 397-408.
- L. GONÇALVES DA SILVA, A Portaria de Extensão: Contributo para o seu Estudo, Lisboa, 1999.

- L. GONÇALVES DA SILVA, «Da eficácia normativa das convenções coletivas», ESTUDOS DO INSTITUTO DE DIREITO DO TRABALHO, VOL. I (2004), 597-668.
- L. GONÇALVES DA SILVA. «Do âmbito temporal da convenção colectiva», ESTUDOS DE DIREITO DO TRABALHO EM HOMENAGEM AO PROFESSOR MANUEL ALONSO OLEA (2005), pág. 457-505.
- L. GONÇALVES DA SILVA, «Pressupostos, requisitos e eficácia da portaria de extensão», ESTUDOS DO INSTITUTO DE DIREITO DO TRABALHO, Vol. I (2001), pág, 669-776.
- M. ALONSO OLEA E M. CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo, 19.ª Ed., Madrid, S.L. Civitas Ediciones, 2001.
- M. PALMA RAMALHO, Tratado de Direito do Trabalho - Parte III – Situações Laborais Colectivas, Coimbra, Almedina, 2012.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 227-242
ISSN: 1130-2682

**PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA CAPACIDAD
PARA SUCEDER DE UNA ASOCIACIÓN EN TRÁMITE
DE FORMACIÓN. COMENTARIO A LA SENTENCIA
DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE
PORTUGAL DE 21 DE OCTUBRE DE 2014**

*PROBLEMATICS ABOUT THE INHERITOR CONDITION
OF AN ASSOCIATION IN PROCESS OF CONSTITUTION.
A COMMENTARY ON THE PORTUGUESE SUPREME
COURT DECISION OF 21 OCTOBER 2014*

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA¹ - JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH²

Recepción: 15/07/2015 - Aceptación: 4/09/2015

¹ Doctor en Derecho. Profesor Auxiliar de Derecho Civil de la Universidad de Coimbra. Director del Centro de Derecho Biomédico de la Universidad de Coimbra. Consejero de la Comisión Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida. Correo electrónico: andreper@fd.uc.pt.

² Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Alicante. Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Alicante. *Visitor Researcher* en la Universidad de Coimbra (2014-2015). Correo electrónico: j.barcelo@ua.es.

RESUMEN

¿Puede una asociación en trámite de formación heredar? Esta es la cuestión central que se aborda en la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Portugal de 21 de octubre de 2014. El testador había instituido como heredera a una asociación cuya finalidad era la protección de las personas mayores, pero el fallecimiento se produjo a los seis meses de otorgar testamento, no estando en ese momento todavía formalmente constituida la asociación. El STJ niega la condición de heredera a la asociación en trámite de constitución, solución que contrasta con la del Derecho sucesorio español, que es precisamente la contraria.

PALABRAS CLAVE: Asociación, Heredero, Testamento

ABSTRACT

Can an association in process of formation inherit? This one is the central question that is studied in the judgment of Portuguese Supreme Court of Justice of October 21, 2014. The testator had instituted as inheritor an association which purpose was the protection of the elders, but the death took place six months after writing the testament, not being in this moment still formally constituted the association. The STJ denies the condition of inheritor to the association in process of constitution, solution that contrasts with that of the Spanish Succession Law, which is precisely the opposite one.

KEY WORDS: Association, Inheritor, Will.

SUMARIO: 1. RESUMEN DE LA SENTENCIA DEL STJ. LA CONFIGURACIÓN DEL CASO CONCRETO. 2. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO A FAVOR DE ASOCIACIÓN A CONSTITUIR EN EL FUTURO, BAJO LA CONDICIÓN DE QUE ESA ASOCIACIÓN LE PRESTE TODA LA ASISTENCIA QUE PUEDA NECESITAR MIENTRAS ESTÉ VIVO. 3. NOTA DE DERECHO COMPARADO: DERECHO ESPAÑOL. 4. CONCLUSIONES.

CONTENTS: 1. SUMMARY OF THE STJ DECISION. THE CONFIGURATION OF THE CONCRETE CASE. 2. ANALYSIS OF THE QUESTION OF THE INHERITOR'S INSTITUTION IN FAVOUR OF ASSOCIATION TO BE CONSTITUTED IN THE FUTURE, ON THE CONDITION THAT THIS ASSOCIATION WILL GIVE HIM THE WHOLE ASSISTANCE THAT HE COULD NEED AS LONG AS HE IS ALIVE. 3. NOTE OF COMPARATIVE LAW: SPANISH LAW. 4. CONCLUSIONS.

I RESUMEN DE LA STJ. LA CONFIGURACIÓN DEL CASO CONCRETO

La sentencia de 21 de octubre de 2014 (Magistrado Ponente: Hélder Roque) versa sobre el Derecho sucesorio, más concretamente sobre el instituto del testamento y de la vocación sucesoria.

La complejidad del caso obligó a tratar temas de la dogmática tradicional del Derecho civil, tales como la interpretación del negocio jurídico (el testamento), la distinción entre modo y condición, la vocación sucesoria, la constitución de las personas jurídicas (en particular, las asociaciones) y, finalmente, la sucesión legal, siendo el Estado, situado en quinta y última posición de heredero legal, agraciado en esta decisión con una valiosa herencia.

No vamos a abordar en el comentario todos estos temas. Seleccionamos un único aspecto: ¿puede una asociación todavía no constituida ser heredera testamentaria? Dicho con otras palabras: ¿tendrá vocación sucesoria una persona jurídica – una asociación – todavía no constituida?

La historia de base puede resumirse en pocas palabras:

Un señor, con un razonable patrimonio, viudo, sin ascendientes, descendientes, hermanos o sobrinos, nacido en 1928, de edad avanzada y con algunos problemas de salud, otorga testamento con varios legados e instituye heredera a una asociación que va a crearse en el futuro y que llevaría su nombre. Esa asociación tendría como fines el cuidado de los ancianos (apoyo domiciliario, hogar de ancianos y actividades ocupacionales).

El edificio en el que esa asociación establecería su sede fue construido todavía en vida del *de cuius* y con su apoyo financiero, pero el testador falleció el 17 de

agosto de 2010, sólo seis meses después de la redacción del testamento (cuya fecha es la de 15 de diciembre de 2009), por lo que no pudo beneficiarse del funcionamiento de la institución, a la que ni siquiera, en términos jurídicos, vio nacer.

Una de las razones del retraso en la constitución de la persona jurídica fue el rechazo – por parte del *Registo Nacional de Pessoas Colectivas* – del nombre que originariamente los asociados querían darle. Sin embargo, después de su muerte, las personas que colaboraban con el testador en el proyecto social constituyeron la asociación, con los requisitos legales (escritura pública y registro) y con un nombre algo diferente del que constaba en el testamento, que sí fue aceptado por el Registro Nacional de Personas Jurídicas.

Mientras tanto, la demandada – prima del fallecido – había sido declarada como única heredera del *de cuius* e inscribió en el Registro las fincas de la herencia. Con base en esa declaración, procedió a registrar, a su nombre, la adquisición, por vía hereditaria, de los bienes del fallecido.

En el caso *sub judice*, la asociación reivindicó la herencia, solicitando del tribunal que reconociese la validez y eficacia del testamento otorgado el 15 de diciembre de 2009 en el *Cartório Nacional* de Castelo Branco y que fuesen declarados nulas y sin ningún efecto las inscripciones de las fincas efectuadas a favor de la demandada.

El Tribunal de Apelación de Coimbra dio la razón a la asociación demandante, pero el Supremo Tribunal de Justicia revoca tal decisión, argumentando que para tener vocación sucesoria es necesario que la asociación tenga ya existencia en el momento de la muerte del *de cuius*.

2 ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO A FAVOR DE ASOCIACIÓN A CONSTITUIR EN EL FUTURO, BAJO LA CONDICIÓN DE QUE ESA ASOCIACIÓN LE PRESTE TODA LA ASISTENCIA QUE PUEDA NECESITAR MIENTRAS ESTÉ VIVO

En primer lugar, merece un comentario negativo la extrema dificultad que plantea la compresión del fallo. El modo en que las sentencias son elaboradas, siempre en un diálogo intraprocedimental, con referencias a la sentencia de apelación recurrida, hace difícil comprender cuál es el sentido de la decisión práctica a la que se llegó.

Entrando en el fondo de la cuestión, el tema más sensible que está en cuestión en esta sentencia es el de saber si una asociación futura (todavía no constituida) puede tener vocación sucesoria testamentaria.

Antes de abordarlo, haremos una pequeña introducción al Derecho sucesorio portugués, que conjuga un equilibrio entre los diversos sistemas existentes en Eu-

ropa: por un lado, el respeto a la voluntad del individuo; por otro, la protección de la familia y, en menor medida, la atención a los intereses del Estado.

Respetar la voluntad del individuo, pues le confiere capacidad de testar, mayor o menor, en función de la existencia de herederos legitimarios. La idea de conservación en la familia de un patrimonio al que todos, en mayor o menor medida, contribuyeron y el respeto por la permanencia y cohesión de la unidad familiar, como cumplimiento de un deber moral de asistencia recíproca entre familiares, incluso más allá de la muerte, son asegurados por dos vías: en primer lugar, por la consagración de herederos legitimarios (cónyuge, ascendientes y descendientes); en segundo lugar, porque en los diferentes tipos de sucesores legales encontramos, sobre todo, a la familia cercana, con el siguiente orden: (1) cónyuge y descendientes; (2) cónyuge y ascendientes; (3) los hermanos y sus descendientes; (4) otros colaterales hasta el cuarto grado; apareciendo en última posición (5) el Estado. La protección de los herederos legales es más débil, dado que la sucesión testamentaria tiene preferencia frente a la sucesión legal.

La función de protección de la propiedad del Derecho sucesorio portugués está ya presente en la Constitución de la República, que declara en su art. 62 (Derecho de propiedad privada): «1. Se garantiza a todos el derecho a la propiedad privada y a su transmisión en vida o por muerte, en los términos de la Constitución».

Por otro lado, desde una simple constatación sociológica, podemos afirmar que la sociedad portuguesa concede gran valor a la propiedad, en particular a la propiedad inmobiliaria y, más concretamente, al hogar familiar, ya que es uno de los países europeos con mayor índice de propiedad de vivienda familiar.

De ahí que la conexión con el Estado se revela muy débil: el Derecho fiscal se retrae, pues el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones fue abolido en Portugal, siendo sustituido por el Impuesto de Timbre sobre las transmisiones gratuitas de bienes como resultado de la reforma tributaria del patrimonio introducida por el Decreto-Ley núm. 287/2003, de 12 de noviembre. Añádase que no habrá incidencia en el Impuesto de Timbre en la transmisión de bienes por vía de sucesión hereditaria entre cónyuges, ascendientes y descendientes.

Todo ello sin olvidar, como hemos visto, que el Estado es únicamente heredero legal en último lugar, después de los colaterales hasta el cuarto grado.

En cambio, la conexión con la familia es fortísima. La libre disposición está limitada a la cuota disponible, que es relativamente pequeña (1/3, 1/2 o 2/3, dependiendo de los herederos legitimarios supervivientes) y es posible la reducción de las liberalidades en vida por razón de inoficiosidad, como medio de protección de la legítima (arts. 2168 CC y ss.).

Finalmente, hay una razonable conexión con la propiedad, pues existe libertad de testar, incluso a favor de personas extrañas a la familia; es posible la institución

de fundaciones *post mortem* y son lícitas las atribuciones testamentarias a favor de instituciones de solidaridad o iglesias.

Volviendo a la cuestión concreta de la vocación sucesoria, interesa recordar el art. 2031 CC (Momento y lugar), conforme al cual «la sucesión se abre en el momento de la muerte de su autor y en el lugar de su último domicilio».

La fecha de la muerte del *de cuius* es de extrema importancia en todo el fenómeno sucesorio, particularmente para la vocación sucesoria o llamamiento de los herederos³.

La vocación sucesoria es el llamamiento o llamada a la sucesión hecha por la ley o por el *de cuius* en el momento de la muerte. La vocación confiere el derecho a aceptar o rechazar la herencia. La aceptación de la herencia es un derecho potestativo.

La vocación configura una posición jurídica originaria, provisional, instrumental y actual⁴.

Destinatario de la vocación es el titular de la designación sucesoria prevalente en el momento de la muerte del *de cuius*, partiendo de la base de que, en ese momento, exista y tenga capacidad sucesoria.

De este modo, es necesario reunir los siguientes requisitos:

1. Prevalencia de la designación sucesoria (respetando el siguiente orden: legítima, contractual, testamentaria, legal);
2. Existencia del llamado.

En cuanto a la sucesión de las personas jurídicas todavía no reconocidas, la cuestión de la existencia es compleja. Veamos:

El artículo 2033.2 CC determina que «en la sucesión testamentaria o contractual tienen todavía capacidad:

³ Artículo 2032 CC (Llamamiento de herederos o legatarios): «Abierta la sucesión, serán llamados a la titularidad de las relaciones jurídicas del difunto aquellos de gozan de prioridad en la jerarquía de los sucesores, siempre que tengan la necesaria capacidad».

⁴ Como explica PEREIRA COELHO, F.: *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, p. 110: «Originaria, porque el derecho que la vocación le atribuye – fundamentalmente, el derecho de aceptar o repudiar – todavía no existía como tal en la esfera jurídica del fallecido. / Provisional, porque aquella posición jurídica solamente dura mientras no sea ejercido – en un sentido o en otro – el derecho de aceptar o repudiar; no es, pues, una posición que le sea atribuida para permanecer, sino para extinguirse con el ejercicio de aquel derecho. / Instrumental, porque se trata de un puro medio al servicio de la adquisición de la posición definitiva, que es justamente la de titular de los derechos del fallecido. / Actual, porque no se trata de una simple expectativa o derecho eventual, sino de un derecho que realmente existe en la esfera jurídica del llamado. Este ya tiene en su patrimonio el derecho de aceptar o repudiar la herencia, derecho que transmite a sus herederos en el caso de fallecer sin ejercerlo (art. 2058)».

- «a) Los nascituros no concebidos, que sean hijos de persona determinada, viva al tiempo de la apertura de la sucesión;
- b) Las personas jurídicas y las sociedades».

Es en la interpretación de este precepto en la que reside el problema que tratamos.

Según el Supremo Tribunal de Justicia y así se dice en la sentencia que comentamos, para poderse beneficiar de la vocación sucesoria las personas jurídicas tendrían que estar ya válidamente constituidas, tendrían que tener ya personalidad jurídica en el momento de la muerte del testador. La única excepción es la institución de una fundación, cuya constitución por acto *post mortem* se encuentra expresamente prevista en el art. 185 CC.

Ahora bien, si el legislador admite, en lo que respecta a las personas físicas, que los nascituros y los nascituros no concebidos puedan convertirse en herederos, también podría admitirse, en el ámbito de las personas jurídicas, que un proyecto de persona jurídica – a constituir en el futuro – pueda llegar a ser heredero, con la condición de que llegue a nacer, de que llegue a conocer la luz del día conforme al ordenamiento jurídico.

En el caso de las fundaciones – tratándose de una persona jurídica que tiene por sustrato el patrimonio y no un conjunto de personas – la ley quiso dejar claro que es posible su institución *post mortem*. En efecto, teniendo como elemento intencional la voluntad del fundador (o fundadores) y como sustrato el patrimonio dejado, naturalmente la ley tiene necesidad de regular expresamente la constitución de la fundación, sea por acto entre vivos, sea *post mortem*.

En el caso de las asociaciones, el sustrato consiste en una agrupación de personas y el elemento intencional resulta de la voluntad de los asociados de otorgar personalidad jurídica. Hay otras personas, otros asociados que, compartiendo el elemento intencional, pueden proceder a cumplir las vías formales y burocráticas de constitución de esta nueva persona jurídica.

De ahí que sea poco comprensible no ver la analogía entre instituir una fundación *post mortem* y hacer una atribución testamentaria a una asociación todavía no constituida.

Por tanto, el argumento *a contrario* (usado por el Supremo Tribunal de Justicia) no tiene sentido para resolver esta cuestión, pues estamos ante problemas distintos: de un lado, la constitución de una persona jurídica nueva cuyo elemento intencional radica solamente en una persona (o en un grupo limitado de personas) y que tiene por sustrato el patrimonio dejado; de otro, tenemos una atribución testamentaria a favor de una persona jurídica en proceso de constitución, que tiene por sustrato un conjunto de personas.

Ciertamente, nada dijo la ley de las atribuciones testamentarias a asociaciones o sociedades futuras, pero es que la posibilidad de las mismas resultaría de las reglas generales de libertad negocial (art. 405 CC) y de libertad de testar. La asociación futura tendrá sus órganos que podrán aceptar o repudiar la herencia, mientras que la fundación no contaría con ningún otro sustrato para insuflarle vida si la ley no previese expresamente la constitución *post mortem*.

En el caso de las asociaciones o sociedades futuras (las corporaciones, en el lenguaje dogmático), la voluntad del *de cuius* no es determinante para su constitución. Sí lo es la voluntad colectiva, de varias personas. Ahora bien, la voluntad del testador, que quiso beneficiar a una entidad futura, debería ser respetada, con la condición de que esa heredera llegara a existir y tener capacidad para heredar.

En última instancia, siempre podríamos invocar un argumento de naturaleza formal: donde la ley no distingue, no debe distinguir el intérprete. El art. 2033.2 b) CC admite la capacidad sucesoria de las «personas jurídicas y las sociedades», no distinguiendo si están constituidas en el momento de la muerte o si están en vías de ser constituidas.

Sería, además, de una enorme crueldad técnico-jurídica impedir que se realice la última voluntad de quien tanto empeño puso en constituir una asociación y tuvo el infortunio de fallecer demasiado pronto, antes de la constitución formal de la persona jurídica. Constitución ésta que no depende de una simple formalidad (escritura pública ante Notario), y puede que deba superar dificultades administrativas, como la autorización para el uso de una determinada denominación, tal y como sucedió en el caso de autos.

En la dirección en que nos movemos, afirma Cristina DIAS⁵: «La ley admite también, en ciertas condiciones, la vocación de personas jurídicas no dotadas de personalidad jurídica, todavía no reconocidas (...). Se trata aquí de una hipótesis semejante al llamamiento de nascituros todavía no concebidos. De este modo, tenemos una vocación sucesoria sujeta a una condición suspensiva, como es la adquisición de personalidad jurídica (...)».

Por otro lado, el art. 197 CC prevé la hipótesis de liberalidades a favor de asociaciones sin personalidad jurídica. Allí se anticipa que el autor de la liberalidad (por donación o testamento) pueda condicionar la atribución a la adquisición de la personalidad jurídica⁶.

⁵ DIAS, C.: *Lições de Direito das Sucessões*, Coimbra, 2014, p. 99.

⁶ Art. 197 CC:

«1. Las liberalidades a favor de asociaciones sin personalidad jurídica se consideran hechas a los respectivos asociados, en esta calidad, salvo que el autor hubiera condicionado la atribución o donación a la adquisición de personalidad jurídica; en este caso, si tal adquisición no se verificase en el plazo de un año, queda la disposición sin efecto.

2. Los bienes dejados o donados a la asociación sin personalidad jurídica acrecen al fondo común, independientemente de otro acto de transmisión».

Este parece ser un argumento más en el sentido de que el ordenamiento jurídico admite una atribución testamentaria a una asociación que todavía no tiene personalidad jurídica, pero de la que se desea (o desean los asociados o por lo menos el autor de la liberalidad) que llegue a tener personalidad jurídica en el futuro.

Sucede también que el núm. 2 del § 1º del art. 9 del Anteproyecto de GALVÃO TELLES preveía la posibilidad de conferir vocación sucesoria a las personas jurídicas todavía no constituidas, pero «cuya fundación el testador hubiese ordenado». Sin embargo, esa parte del texto fue eliminada en revisiones ministeriales. La eliminación se debe a que la Comisión Revisora entendió que tal locución sería innecesaria y redundante, pues esa posibilidad sería la única compatible con la voluntad del testador y ningún grave inconveniente traería al tráfico jurídico.

A su vez, el testamento a favor del nascituro y de nascituro no concebido fue regulado por la ley, puesto que sería una situación en la que el silencio legislativo podría causar mayores dificultades.

Por otro lado, podemos todavía argumentar – como de algún modo hace Cristina DIAS⁷ – que si la ley admite atribuciones testamentarias a favor de nascituros e incluso nascituros no concebidos, con mayor razón permite atribuciones testamentarias a favor de personas jurídicas en vías de constitución.

De ahí que la negativa a cumplir la voluntad del testador se revela como una interpretación que no toma en consideración correctamente todos los datos normativos existentes en el Código civil.

El testamento es un negocio unilateral y revocable por el cual un individuo dispone de sus bienes o parte de sus bienes para después de la muerte. Sabido es que – siguiendo el art. 2187 CC – la interpretación del testamento sufre una desviación subjetivista conforme a la doctrina general del art. 236 CC. Lo que se busca es satisfacer la voluntad real o psicológica del testador, siempre que tenga «un mínimo de correspondencia» en el texto y «aunque esté expresada de manera imperfecta»⁸.

⁷ Ver nota núm. 5.

⁸ Afirma CAPELO DE SOUSA: *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, Coimbra, 2012, p. 197: «Por otro lado, el art. 2187.1, segundo inciso, ordena que la búsqueda de la voluntad del testador sea “conforme al contexto del testamento”. O sea, el intérprete no puede tener en cuenta solo el texto de la disposición testamentaria a interpretar, sino también las restantes disposiciones testamentarias, cuya letra, espíritu o correlación pueden esclarecer aquel texto, toda vez que el conjunto de las disposiciones testamentarias constituyen una unidad y tienen un sentido propio y el testamento es tendencialmente un acto de disposición global de la herencia». Y añade el autor: «Además de que, en la búsqueda de la voluntad del testador se puede utilizar prueba complementaria o extrínseca de las disposiciones testamentarias con relación a todos los tipos de problemas interpretativos (2187.2, primer inciso) (...). Los tipos de pruebas complementarias son también los previstos en los arts. 349 a 396 y pueden alcanzar a las presunciones, la confesión, los documentos, la prueba pericial y la inspección y los testimonios. Han de recaer sobre elementos o circunstancias de hecho directamente ajenos a los términos del testamento, pero susceptibles de reconstruir el sentido de la voluntad real del testador».

Para el *de cuius* lo importante era hacer una atribución testamentaria a una asociación que él ayudó a constituir y que llevaría su nombre. Esa era su voluntad y es perfectamente asimilable en el texto del testamento. Le era indiferente que la asociación se constituyese antes de su muerte o después de esa incierta fecha.

Lo que ciertamente no es coherente con la redacción del testamento es impedir que se cumpla la última voluntad del fallecido por una interpretación tecnicista de la ley (y que, además, nos parece incorrecta).

Sin embargo, se lee en la sentencia que comentamos:

«Debiendo existir la capacidad para suceder, por regla, en el momento de la apertura de la sucesión, existían tres excepciones a esa regla, una de las cuales afectaba a las personas jurídicas, “cuando se trate de persona jurídica todavía no constituida, pero cuya fundación el testador tenga ordenada”, se decía en el núm. 2 del § 1º, del artículo 9, del Anteproyecto Galvão Telles.

No obstante, la eliminación de la distinción, en cuanto a la capacidad sucesoria, entre personas jurídicas ya constituidas y personas jurídicas por constituir por fuerza de testamento, retirada del texto del aludido Anteproyecto, para consagrar que “en la sucesión testamentaria ... tienen todavía capacidad (sucesoria) las personas jurídicas”, obviamente, ya constituidas, con fundamento en el argumento “a contrario”, que deriva del artículo 2033, en apreciación, en su núm. 1 “todas las personas nacidas o concebidas al tiempo de la apertura de la sucesión”, y, en su núm. 2 a) “los nascituros no concebidos, que sean hijos de persona determinada, viva al tiempo de la apertura de la sucesión”, constituye señal inequívoca de que el legislador del Código civil vigente solamente confiere, en la hipótesis en análisis, capacidad sucesoria, en la sucesión testamentaria, a las personas jurídicas ya constituidas».

Y concluye el Supremo Tribunal de Justicia:

«De este modo, la demandante “BB” no es la destinataria de la vocación, por cuanto, aunque es titular de la designación sucesoria prevalente, en el momento de la muerte del “de cuius” no reunía, en esa fecha, los dos restantes presupuestos de la vocación sucesoria, esto es, la existencia y su capacidad sucesoria».

Reiteramos lo que ya dijimos anteriormente: esta interpretación del régimen jurídico de la vocación sucesoria de las personas jurídicas no tiene fundamento ni

en la letra de la ley (cfr. arts. 197 y 2033.2 CC), ni en el elemento sistemático (se admite la vocación sucesoria testamentaria para nascituros no concebidos; o en el caso de institución de fundaciones está expresamente previsto) y mucho menos en la teleología del régimen de la sucesión testamentaria (permitir que el *de cuius* vea respetadas sus últimas voluntades y que pueda dejar la propiedad de los bienes a quien quiera y que pueda dar una dimensión trascendental a esa misma herencia – en el caso que nos ocupa quiso, en unión con otras personas, que se constituyese una asociación que llevase su nombre –).

La decisión del Supremo Tribunal de Justicia, que niega capacidad sucesoria a la asociación que se estaba ya constituyendo, es profundamente injusta y desconcertante.

3 NOTA DE DERECHO COMPARADO: DERECHO ESPAÑOL.

La utilidad de la comparación jurídica es particularmente relevante al comentar la sentencia del Alto Tribunal portugués, que niega la condición de heredera a la asociación en trámite de constitución.

En efecto, la solución habría sido precisamente la contraria si los hechos se hubiesen producido en España. La asociación en trámite de constitución, nombrada heredera en el testamento, hubiese llegado a heredar una vez constituida. La doctrina y jurisprudencia españolas, como vamos a ver, vienen admitiendo la validez del llamamiento, con la consiguiente apertura de un periodo de pendencia y provisionalidad hasta que el llamado (en este caso, la asociación) adquiriera la personalidad. Según esta construcción dogmática, la sucesión que aquí nos ocupa queda sometida al evento de que el ente alcance efectivamente personalidad.

ALBALADEJO⁹ fijó los términos del debate con claridad: «Como el Derecho no puede ni cerrar los ojos ni oponerse a la innegable realidad de herencias y legados dejados a personas jurídicas en trámite de creación, bueno será desde ahora dejarse de inútiles conceptualismos que pretendieran basar su ineptitud para suceder en su inexistencia actual...».

Veamos, pues, el desarrollo de la cuestión.

En el estudio del Derecho sucesorio español, ocupan un lugar destacado los temas dedicados al ciclo sucesorio. Desde el punto de vista técnico, conviene deslindar las distintas fases en que puede encontrarse la herencia. Son los diversos momentos del fenómeno sucesorio que arrancando de la muerte del causante concluyen al adquirir la herencia los sucesores. Se trata concretamente de las siguientes fases: apertura de la sucesión, vocación, delación y adquisición de la herencia.

⁹ ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil V*, Barcelona, 2003, pág. 79.

La fase de vocación (*vocatio* = invitación o llamada) equivale a determinar quiénes son las personas que, en principio, han sido llamadas a la herencia en condición de herederos. La determinación de los llamamientos dependerá, según los casos, de las correspondientes disposiciones testamentarias o de la aplicación de las reglas sobre sucesión intestada o, en su caso, de ambas conjuntamente.

Los llamamientos pueden ser mucho más amplios que el número definitivo de los herederos, bien porque el testador ha establecido sustituciones entre ellos o ha sometido la institución a condición, bien porque el Código llama como sucesores abintestato a diversas clases de parientes que, sucesivamente, pueden manifestar si aceptan o no la herencia¹⁰.

Ahora bien, para que un eventual heredero acepte o repudie la herencia, primero le ha de ser ofrecida o deferida de forma concreta. A la fase en que el heredero puede manifestar si acepta o no la herencia deferida se le conoce técnicamente con el nombre de delación.

La necesidad de distinguir entre vocación y delación viene determinada por el hecho de que en la mecánica sucesoria la vocación no coincide en todos los casos con la delación propiamente dicha. Así, por ejemplo, si resulta posible llamar a la herencia a un concebido y no nacido, es claro que hay vocación desde el momento de la apertura de la sucesión, pero la delación no se produce hasta el momento en que siendo ya persona (arts. 29 y 30 CC) quienes hayan de representarlo puedan manifestar acerca de la aceptación de la herencia; lo mismo sucede cuando el propio testador instituye una fundación en el testamento o cuando la institución en favor de un heredero cualquiera queda sometida a condición suspensiva, cuyo acaecimiento habrá que esperar.

El ofrecimiento o delación de la herencia es algo más sobre la vocación. Consiste no sólo, como en la vocación, en ser convocado a suceder posiblemente, sino en la atribución actual, del derecho a convertirse ya en heredero mediante la aceptación de la herencia, excluyendo así de serlo a los demás convocados. Cuando la herencia se defiere, se atribuye un poder al llamado para que la acepte o repudie. En Derecho español no existe adquisición *ipso iure* de la herencia con poder de repudiación, sino poder de aceptarla o repudiarla. Vocación es el simple llamamiento a ser posible sucesor, formándose así un grupo de personas del que, con exclusión de quienes no estén en él, saldrá el sucesor; delación es el ofrecimiento

¹⁰ Vocación es el llamamiento de todos los posibles herederos en el momento de la muerte del causante por voluntad de éste o, en todo caso, de la ley.

Todos aquellos cuya relación con el causante supone una expectativa más o menos lejana de llegar a ser herederos testamentarios o abintestato son llamados en el momento mismo de la muerte, como lo prueba el que, desde ese momento, pueden transmitir su vocación hereditaria eventual (cfr. arts. 657 y 1.006 CC), así como su legitimación para pedir la fijación de un término al heredero para que acepte o repudie.

a una o a varias de las personas de aquel grupo del poder de adquirir la herencia aceptándola, con facultad actual de hacerlo.

La delación concede al llamado el derecho a aceptar o repudiar la herencia, derecho denominado *ius delationis*, por proceder de la delación. Conviene señalar que cuando su titular acepta en uso del mismo se convierte en heredero¹¹.

Una vez distinguidas y conocidas conceptualmente las fases de vocación y delación, es ahora momento de referirse a la capacidad e incapacidad para suceder, que constituye presupuesto de la vocación hereditaria.

El art. 744 CC dice que «podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la Ley». Con esta fórmula permite el Código ser heredero o legatario a todo sujeto de derecho, pues la legislación española no incapacita en absoluto a ninguno. La regla de capacidad abarca tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

A continuación, el art. 745 CC especifica quiénes son los que no pueden suceder y enumera taxativamente a: 1º) Las criaturas abortivas, entendiendo por tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el art. 30; 2º) Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la Ley. Este art. 745 CC regula las llamadas incapacidades absolutas para suceder.

Tanto en las criaturas abortivas como en las asociaciones no permitidas por la ley (art. 22.2 y 5 Constitución), se observa más que un defecto de capacidad, defecto de existencia. No es que sean incapaces; es que no son personas.

Tratándose de personas físicas, el requisito necesario para suceder es pura y simplemente la personalidad; su capacidad deriva del hecho de nacer en las condiciones del art. 30 CC

En el caso de personas jurídicas, la capacidad sucesoria es indiscutible siempre que adquieran personalidad jurídica por constituirse con arreglo a la Ley (art. 746 CC, que viene a confirmar la capacidad para suceder que se deduce del art. 38 CC).

Para ser sujeto de un *ius delationis* no sólo es necesario tener capacidad para heredar sino también sobrevivir al causante de la herencia deferida. Este último presupuesto, la supervivencia del sucesor al causante, no aparece enunciado con carácter general en el Código civil español, pero sí está latente en preceptos importantes (arts. 33, 758 y 766). Si el sucesor ha muerto cuando fallece el causante, no existe persona que pueda recibir la herencia.

¹¹ Cabe hacer una puntualización en relación con la delación del legado. Hasta aquí hemos tratado de la delación de la herencia. Pero si en vez de herencia es legado, la delación le hace directa e inmediatamente adquirir el derecho que se le lega, aunque con la facultad de renunciarlo, si no lo desea. Para hacer suyo el legado, no es preciso que lo acepte, ni, por lo tanto, se puede decir que el llamado al legado tenga un *ius delationis* a éste.

El principio de la supervivencia del sucesor al causante plantea, sin embargo, algunas cuestiones problemáticas en ciertos casos (llamamientos a no concebidos, concebidos y no nacidos, y personas jurídicas en trance de constitución), que pasamos a examinar de forma separada:

1º) Llamamiento a los no concebidos (*nondum concepti*).

Se cuestiona si es posible efectuar un llamamiento a personas que ni siquiera están concebidas a la muerte del testador. No hay en el Código norma alguna que expresamente lo admita de manera general. Sí se admite implícitamente al regular la sustitución fideicomisaria, que permite que los testadores llamen en orden sucesivo a los herederos, incluso a los que no conocen al morir por no existir. Así, por ejemplo, el testador llama a su hijo, que ha de conservar la herencia para transmitirla a su vez a su hijo. Esta es la esencia de la sustitución fideicomisaria, que tiene un límite en los llamamientos: han de hacerse en favor de personas vivas al fallecimiento del testador, en cuyo caso no hay limitación en el número de llamamientos que se puedan hacer, o que no pasen del segundo grado (art. 781 CC). Si se reconoce la aptitud de la sustitución fideicomisaria como cauce para una llamada hereditaria a los no concebidos, no debe existir dificultad que impida su llamada directa sujeta a condición: si nacen. Así, por ejemplo, el testador instituye en su testamento como herederos a los hijos que pueda tener una hermana suya recién casada.

2º) Llamamiento al concebido y no nacido.

Si el llamado a la herencia está concebido al abrirse la sucesión, tiene capacidad de heredar si nace en las condiciones del art. 30 (art. 745.1º CC). Hay un llamamiento en su favor, pero bajo una *conditio iuris* de efectivo nacimiento¹². Mientras tanto, se arbitran una serie de medidas por el Código tanto en defensa de los derechos que le corresponderán efectivamente al nacer, como de los otros interesados en la herencia. Tales medidas están reguladas en los arts. 959 a 967 bajo la rúbrica «De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta», pero son medidas generales, no sólo para el caso en que sea la viuda del testador la que haya concebido. Estas precauciones consisten en: a) suspender la partición de la herencia, poniéndola en administración, hasta que nazca o se frustre el nacimiento o se compruebe que no existió concepción del sucesor: arts. 965, 966 y 967; b) adopción de medidas tendentes a evitar fraudes en el nacimiento en perjuicio de los que heredarían en defecto del concebido o presunto concebido, siendo medidas básicamente de información y fiscalización: arts. 959, 960, 961,

¹² Al respecto, LACRUZ BERDEJO, J.L. / SANCHO REBULLIDA, F. / LUNA SERRANO, A. / DELGADO ECHEVERRÍA, J. / RIVERO HERNÁNDEZ, F. / RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil*, V, Madrid, 2007, pág. 57, que hablan de un llamamiento equiparable a una vocación condicional.

962, 963; c) dar alimentos a la embarazada, a costa de la parte de la herencia correspondiente al concebido: art. 964

3º) Llamamiento a las personas jurídicas en trance de constitución.

Se plantea si es posible dejarles herencias y legados cuando únicamente están en trámites de ser constituidas. La doctrina, ante la ausencia de normativa, se inclina por la aplicación analógica de las normas de protección de los derechos del concebido¹³. Se entiende que el caso es parecido y la sucesión queda sometida a la circunstancia de que el ente llegue finalmente a adquirir personalidad jurídica. Ciertamente, en el caso del *nasciturus* hay un precepto específico, el art. 29 CC, que aquí falta, pero con sentido común y atendiendo a la realidad a que se debe proveer¹⁴, no se puede por menos que afirmar el mismo criterio para las personas jurídicas en formación.

Cuestión distinta es si cabe el llamamiento a una sociedad o asociación que ni siquiera están en trámite de constitución. Si admitimos la respuesta afirmativa por paralelismo con la llamada al no concebido, lógicamente aquel llamamiento sería, como el de este último, condicional¹⁵. Se trataría de una condición suspensiva, consistente en la efectiva existencia de la persona jurídica.

En consecuencia, en el Derecho español es clara la posibilidad de llamar a la herencia a una asociación, tanto si está en trámite de constitución como si todavía no se ha iniciado dicho trámite.

En el primer caso, cuando está ya en trámite la constitución, el paralelismo se establece con el caso del concebido y no nacido; en el segundo, cuando la institución se realiza en favor de una futura asociación que ni siquiera está en trámite de formación, la semejanza se establece con el caso del no concebido.

Lógicamente, en ambos casos la asociación deberá llegar a constituirse y adquirir personalidad jurídica. A este respecto, debe indicarse que La Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, establece en el art. 6.2 que con el otorgamiento del acta «adquirirá la asociación su personalidad jurídica y su plena capacidad de obrar». Ello significa que, desde el momento en que se documenta el acta fundacional de la asociación, la asociación está constituida y adquiere personalidad jurídica. Esta idea se confirma, posteriormente, por

¹³ Así, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid, 2004, pág. 322.

¹⁴ Al respecto, ALBALADEJO, M.: *op. cit.*, pág. 79.

¹⁵ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A.: *op. cit.*, pág. 322. Señalan estos autores que «si el testador no ha dispuesto cuándo debe cumplirse la condición, en otras palabras, cuándo debe existir la persona jurídica, no cabrá más regla que la del párrafo 2º del artículo 1.118, que remite al tiempo que verosíblemente hubiera querido señalarse (por el testador) “atendida la naturaleza de la obligación”», si bien advierten que este último precepto es de dudosa aplicación si no hay obligación para alguien de constituir la persona jurídica.

el art. 10 de esta misma Ley que regula los efectos de la inscripción de la asociación «a los solos efectos de publicidad». Queda, pues, claro que la persona jurídica asociación existe desde el acta fundacional y no desde la inscripción registral.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, desde hace décadas, ha mostrado este mismo criterio favorable. Así, la STS (Sala 1^a) de 28 de noviembre de 1986¹⁶: «Pero es que a mayor abundamiento aunque se sostuviese el comienzo de su personalidad por el cumplimiento de ese requisito administrativo, no podría negarse que con anterioridad se hallaba en fase de constitución, lo que posibilita su aptitud para suceder por testamento siempre que lleguen válidamente a constituirse, al modo como por analogía ocurre con las personas físicas concebidas y no nacidas (artículo 29, 959, 964, 644, párrafo 1 y 966 del Código Civil) y también para los no concebidos en algunos casos, como en las instituciones fideicomisarios (artículo 781). E incluso es frecuente que los nudos propietarios designados en esas sustituciones sean personas no concebidas. La doctrina científica no ve obstáculo alguno en que los “concepturus” sean declarados herederos, no ya sólo por vía indirecta de la sustitución, sino también por la vía directa de la institución».

4 CONCLUSIONES

La sentencia comentada, dictada por el Supremo Tribunal de Justicia de Portugal, niega capacidad sucesoria a la asociación que el testador había nombrado como heredera de sus bienes y que se encontraba en trámite de constitución en el momento de su muerte. Esta decisión, a nuestro juicio injusta y desconcertante, no tiene fundamento ni en la letra de la ley (arts. 197 y 2033.2 CC portugués), ni en el criterio sistemático de interpretación (el Derecho portugués admite la vocación sucesoria testamentaria de *nasciturus* y de fundaciones *post mortem*), ni mucho menos en la teleología del régimen de la sucesión testamentaria (respeto a la última voluntad del testador).

Contrasta, además, con el tratamiento que la cuestión habría recibido en el Derecho español, favorable a admitir la llamada a la herencia de asociaciones, tanto si se han iniciado los trámites de constitución como si todavía se encuentran por iniciar.

¹⁶ Id Cendoj: 28079110011986100704.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 243-257
ISSN: 1130-2682

A DESTITUIÇÃO DOS ADMINISTRADORES DAS FUNDAÇÕES.
COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO STJ DE 20.11.2014

*THE REMOVAL OF DIRECTORS OF THE FOUNDATIONS.
A COMMENTARY ON THE SUPREME COURT
DECISION OF 20 NOVEMBER 2014*

RUI PINTO DUARTE¹

Recepción: 15/07/2015 - Aceptación: 4/09/2015

¹ Advogado. Doutor em Direito Civil. Correio eletrónico: rpduarte@rpdadvogados.pt.

RESUMO

O presente texto comenta uma decisão do STJ sobre um caso em que uma ex-administradora de uma fundação, destituída antes de terminar o seu mandato e cuja remuneração, antes disso, tinha sido reduzida, pediu a condenação da fundação a pagar-lhe as diferenças entre o que teria recebido se tivesse cumprido o seu mandato até final e o que recebeu pela atividade que desenvolveu a partir da cessação de funções, bem como as diferenças de valores inerentes à anterior redução da remuneração. Os problemas discutidos são os seguintes: revogabilidade do mandato dos administradores; direito a indemnização dos administradores cujo mandato seja revogado discricionariamente; medida dessa indemnização; licitude da redução unilateral da remuneração dos administradores.

PALAVRAS-CHAVE: fundações; administradores; destituição.

ABSTRACT

This text comments on a decision of the Portuguese Supreme Court in a case in which a former director of a foundation, removed from her office before the expiration of the mandate and whose retribution, previously, had been reduced, asked the condemnation of the foundation to pay her the differences between what she would have received should she had fulfilled her mandate until the term and what she received for the activity she exercised after being removed, as well as the money differences inherent to the previous reduction of the retribution. The problems discussed are the following: revocability of the mandate of the directors; right to damages of the directors whose mandate is discretionarily revoked; measure of such damages; legality of the unilateral reduction of the retribution of the directors.

KEYWORDS: foundations; directors; removal.

SUMÁRIO: 1. RECONTANDO A HISTÓRIA 2. QUESTÕES APRECIADAS PELO STJ 3. O QUADRO JURÍDICO RELEVANTE, EM ESPECIAL, A APLICABILIDADE DO REGIME DO MANDATO 4. REVOGABILIDADE DO MANDATO 5. DIREITO A INDEMNIZAÇÃO 6. MEDIDA DA INDEMNIZAÇÃO PELA REVOGAÇÃO DO MANDATO 7. LICITUDE DA DIMINUIÇÃO DA RETRIBUIÇÃO DA AUTORA DURANTE O EXERCÍCIO DAS SUAS FUNÇÕES.

CONTENTS: 1. RETELLING THE STORY 2. ISSUES CONSIDERED BY THE SUPREME COURT 3. THE RELEVANT LEGAL FRAMEWORK, IN PARTICULAR, THE APPLICABILITY OF THE MANDATE REGIME 4. REVOCABILITY OF THE MANDATE 5. THE RIGHT TO COMPENSATION 6. MEASURE OF COMPENSATION BY THE MANDATE REVOCATION 7. THE LEGALITY OF DECREASED OF THE CLAIMANT'S RETRIBUTION DURING THE TERM OF THE MANDATE.

1 RECONTANDO A HISTÓRIA

A ação foi movida por uma ex-administradora da Fundação Cidade de Guimarães² contra a mesma com fundamento em, por um lado, durante o exercício de funções, a sua retribuição ter sido diminuída e, por outro lado, em ter sido destituída sem justa causa. O pedido tinha por objeto as diferenças de remuneração resultantes da diminuição da retribuição, as diferenças entre o que teria recebido se tivesse cumprido o seu mandato até final e o salário do seu lugar de origem e um valor destinado a compensar danos morais.

Vale a pena começar por um exercício de reconto dos factos espelhados no acórdão, à luz dos quais foi proferida a decisão sob comentário.

O DL 202/2009, de 28 de agosto, instituiu a Fundação Cidade de Guimarães, atribuindo-lhe natureza de pessoa coletiva de direito privado, com duração indeterminada, reconhecendo-lhe utilidade pública, aprovando os respetivos estatutos (que foram publicados em anexo ao mesmo) e estabelecendo que seria subsidiariamente regida pela «legislação aplicável às fundações» (art. 1.º e 2.º).

Nos termos de tais estatutos:

- A Fundação tinha como fins principais «a conceção, planeamento, promoção, execução e desenvolvimento do programa cultural do evento Guimarães Capital Europeia da Cultura 2012», podendo, após esse evento, «vir a assumir a gestão do património cultural e dos respetivos equipamentos, propriedade

² A versão do acórdão que está disponível na base dgsi omite os nomes das partes, mas das referências do texto do acórdão ao DL 202/2009, de 28 de agosto, e ao DL 56/2014, de 10 de abril, retira-se que a ré foi a Fundação Cidade de Guimarães.

do município de Guimarães e de outros que lhe sejam afetos, com vista à promoção da cultura, desenvolvendo a criação e a difusão, em todas as suas modalidades, bem como o apoio a ações de formação com relevância na área da cultura, promovendo a formação técnica especializada dos agentes e profissionais deste domínio ou domínios afins» (art. 3.º);

- A Fundação tinha duração indeterminada (art. 1.º, n.º 2)³;
- O património da Fundação seria o resultante de um «fundo inicial» «assegurado pela Câmara Municipal de Guimarães» no valor de € 2.000.000,00, de um «reforço do fundo inicial» «assegurado pelo Ministério da Cultura» no valor de € 3.7000.000,00 e dos valores que viesse a adquirir a outros títulos, nomeadamente por força do exercício de atividades remuneradas (art. 6.º);
- A Fundação tinha uma vastíssima capacidade jurídica, podendo, nomeadamente, adquirir e alienar imóveis, constituir e participar em sociedades, contrair empréstimos e conceder garantias (art. 7.º);
- O conselho de administração era composto por um presidente e quatro vogais (art. 26, n.º 1);
- A Fundação tinha um presidente que era por inerência o presidente do conselho de administração (art. 34, n.º 1);
- O presidente da fundação era nomeado pela Câmara Municipal de Guimarães (art. 33, n.º 1);
- Os vogais do conselho de administração eram designados pelo presidente da Fundação (art. 26, n.º 2);
- O primeiro mandato dos membros do conselho de administração terminava em 31 de dezembro de 2015 (art. 27, n.º 1), sendo a duração dos mandatos subsequentes de três anos (art. 27, n.º 2);
- Os membros do conselho de administração podiam ser destituídos por deliberação do conselho geral no caso de violação grave ou reiterada, por ação ou omissão, da lei ou dos estatutos da Fundação, «não havendo nesse caso lugar a qualquer subvenção ou compensação pela cessação de funções» (art. 30, n.ºs 1 e 3);
- A remuneração dos membros do conselho de administração era fixada por uma comissão de vencimentos, designada pelo conselho geral da Fundação (arts. 29, n.º 1, e 23, alínea f).

O DL 56/2014, de 10 de abril, extinguiu a Fundação Cidade de Guimarães, determinando que a extinção tinha produzido efeitos em 31.12.2013.

Em 2009, a autora foi designada administradora da ré, para exercer funções durante o primeiro mandato do seu conselho de administração, que terminava,

³ O preceito estatutário em causa repetia, pois, o disposto no art. 1.º, n.º 2, do DL 202/2009.

segundo os seus estatutos, em 31.12.2015. À data em que foi convidada para o cargo, exercia funções num organismo público, às quais regressou após a cessação do seu mandato na ré.

A remuneração que foi receber como administradora da ré era mais elevada do que a que recebia no seu lugar de origem.

Em janeiro de 2011, a sua retribuição como administradora da ré foi reduzida em 30%. Tal redução foi decidida pela comissão de vencimentos da ré, com fundamento em a contribuição do Ministério da Cultura para o património da Fundação, que, como deixei referido, estava inicialmente prevista ser de € 3.700.000,00, ter sido reduzida em € 750.000,00.

Até cessar funções, a autora não manifestou oposição à diminuição da sua retribuição.

Em setembro de 2011, a autora cessou funções como administradora da ré, em virtude de o respetivo presidente ter designado novos vogais para o conselho de administração.

Após a sua cessação de funções, a autora regressou ao seu lugar de origem.

A cessação do mandato da autora foi noticiada na comunicação social.

Os factos relativos à cessação de funções causaram profunda perturbação à autora, que, além do mais sentiu, afetada a sua realização profissional.

2 QUESTÕES APRECIADAS PELO STJ

O STJ apreciou as seguintes questões:

- Se o mandato⁴ da autora era livremente revogável;
- Se a revogação do mandato da autora lhe atribuiu o direito a ser indemnizada;
- A medida dessa indemnização;
- Se a diminuição da retribuição da autora durante o exercício das suas funções foi lícita, considerando nomeadamente a redução da contribuição do Ministério da Cultura para o património da Fundação que estava inicialmente prevista.

Vou comentar o conteúdo do acórdão, mas antes direi algo sobre o quadro jurídico relevante, nomeadamente sobre a aplicabilidade do regime do mandato.

⁴ Salvo quando o contrário resulta do texto, uso, por facilidade de expressão e como é comum, a palavra «mandato» para designar a relação entre a administradora (autora) e a pessoa coletiva (ré) sem que isso signifique qualificar essa relação como tal.

3 O QUADRO JURÍDICO RELEVANTE, EM ESPECIAL, A APLICABILIDADE DO REGIME DO MANDATO

Há que começar por notar que os factos em causa são anteriores à L. 24/2012, de 9 de julho, que aprovou a Lei-Quadro das Fundações e alterou vários dos preceitos do CCiv sobre a figura⁵. Julgo, no entanto, que nenhuma das alterações resultantes de tal lei, se a mesma fosse aplicável, relevaria para a decisão das questões apreciadas pelo STJ – sem prejuízo de me parecer claro que, caso a Fundação Cidade de Guimarães não tivesse sido extinta, os seus estatutos teriam tido de ser substancialmente alterados para se adequarem à Lei-Quadro das Fundações.

O STJ decidiu o caso com mero recurso aos estatutos da Fundação, nada dizendo sobre a aplicabilidade de (outras⁶) regras legais, nomeadamente das relativas ao contrato de mandato – que, a julgar pelo texto do acórdão, tinha sido discutida pelas partes e, pelo menos nalguma medida, perfilhada nas decisões das instâncias anteriores.

A questão, porém, relevava para vários, ou todos, os aspetos da decisão.

O enquadramento teórico da tríade composta pela pessoa coletiva (neste caso, de direito privado), pelos seus órgãos e pelos titulares dos mesmos é discutido. Creio que, atualmente, perante os dados do direito português, o bom caminho passa pela separação do problema *da natureza (ou fonte) dos poderes de representação dos titulares dos órgãos do problema da natureza (ou fonte) da relação dos titulares dos órgãos com a pessoa coletiva*⁷. Quanto ao primeiro, prevalece a visão «organicista», que vê na base desses poderes a lei, não atos dos intervenientes. Quanto ao segundo, a necessidade de atos unilaterais dos intervenientes é inegável, sendo discutido se os mesmos dão lugar a contratos, bem como se com eles podem concorrer (outros) contratos, bem como a localização dos eventuais contratos no «macrotipo» da prestação de serviços⁸.

⁵ Sobre a L. 24/2012, de 9 de julho, a Lei-Quadro das Fundações por ela aprovada e as alterações ao CCiv por ela introduzidas, v. H. SOUSA ANTUNES, *Comentário aos Artigos 185.º a 194.º do Código Civil – Fundações*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014 (correspondendo o texto das anotações aos preceitos do CCiv ao constante da obra coletiva *Comentário ao Código Civil Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014), e D. SOARES FARINHO, *Fundações e Interesse Público*, Coimbra, Almedina, *maxime* pp. 227 e ss., 551 e ss. e 855 e ss. Em especial sobre a designação de administradores à face da Lei-Quadro das Fundações, v. os textos de A. FIGUEIREDO e de D. FARINHO incluídos na obra coletiva *A Designação de Administradores*, Coimbra, Almedina, 2015.

⁶ Lembre-se que os estatutos da Fundação foram aprovados por decreto-lei.

⁷ Sublinhando a distinção, v. L. BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, pp. 296 e 297.

⁸ Sobre os problemas em causa, com referência primordial às sociedades comerciais, v., por exemplo, A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, *Sociedades Comerciais, Doutrina Geral*, Universidade de Coimbra, 1968 (policopiado), pp. 323 e ss., I. DUARTE RODRIGUES, *A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas. Organização e Estatuto dos Administradores*, Lisboa, Petrony,

O n.º 1 do art 164 do CCiv (inserido na secção I do capítulo que o CCiv dedica às pessoas coletivas, estabelecendo disposições «aplicáveis às associações que não tenham por fim o lucro económico dos associados, e às fundações de interesse social, e ainda às sociedades, quando a analogia das situações o justifique» - art. 157) determina que «As obrigações e a responsabilidade dos titulares dos órgãos das pessoas coletivas para com estas são definidas nos respetivos estatutos, aplicando-se, na falta de disposições estatutárias, as regras do mandato com as necessárias adaptações.»⁹.

Parece-me claro que o preceito em causa versa a relação dos titulares dos órgãos com a pessoa coletiva, e não os poderes de representação dos titulares desses órgãos – matéria esta que é objeto do art. 163¹⁰. Embora o art. 164 não refira expressamente os direitos dos titulares dos órgãos, não pode deixar de considerar-se que também os abarca, pois tais direitos não são mais do que o outro lado das obrigações nele referidas¹¹. Nesse sentido joga o paralelismo com o art 987, n.º 1, do CCiv, que, regulando a mesma questão no tocante às sociedades (civis), menciona «direitos e obrigações».

Assim, a meu ver, o regime do mandato era mesmo aplicável, sem prejuízo da aplicação primacial do estabelecido nos estatutos da Fundação.

1990, pp. 263 e ss., L. BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, cit., pp. 173 e ss. e 293 e ss., A. MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1997, pp. 335 e ss., e *Tratado de Direito Civil, IV Parte Geral Pessoas*, Coimbra, Almedina, 3.ª ed., 2011, pp. 664 e ss., A. SOVERAL MARTINS, *Os Poderes de Representação dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998 (n.º 34 da coleção *Studia Iuridica* do BFDUC), pp. 55 e ss., A. SARMENTO DE OLIVEIRA, «*O Contrato de Administração. Sua Natureza e Possibilidade de Cumulação com um Contrato de Trabalho*», in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 5, 2005, 183-205, J. COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 72 e ss., e P. CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 11 e ss.

⁹ Vale a pena notar que o n.º 1 do art. 29 da Lei-Quadro das Fundações reproduz, quase *ipsis verbis*, o preceito em causa.

¹⁰ Reproduzido, quase *ipsis verbis*, no art. 28 da Lei-Quadro das Fundações.

¹¹ No entanto, a doutrina, ao comentar o art. 164 só se refere mesmo a «obrigações e responsabilidades» dos titulares dos órgãos das pessoas coletiva, não abordando os seus direitos. V., por exemplo, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, anotação ao art. 164, p. 167, C. CASAL BAPTISTA, *As Fundações no Direito Português*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 54, J. GONZÁLEZ, *Código Civil Anotado*, vol. I, *Parte Geral*, Lisboa, Quid Juris, 2011, anotação ao art. 164, pp. 194 e 195, e P. OLAVO CUNHA, na anotação que faz ao mesmo artigo na citada obra coletiva *Comentário ao Código Civil Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, pp. 359 e 360.

4 REVOGABILIDADE DO MANDATO

Quanto à livre revogabilidade do mandato, considerou o STJ que ela se verificava e que o seu exercício tinha configurado um ato lícito, com fundamento em que se o presidente da Fundação tinha poderes para designar os vogais do conselho de administração também tinha poderes para os destituir.

Como deixei registado acima, o n.º 2 do art. 26 dos estatutos da Fundação determinava que «Os vogais do conselho de administração são designados pelo presidente da Fundação». Foi aí que o STJ baseou a sua referida posição.

Tal tese, nos exatos termos em que o STJ a enunciou, levanta-me dúvidas. O poder de designar não acarreta necessariamente o poder de destituir, muito menos licitamente.

O quadro do mandato, porém, fundamenta a posição do STJ.

O n.º 1 do art. 1170 do CCiv determina que «O mandato é livremente revogável por qualquer das partes, não obstante convenção em contrário ou renúncia ao direito de revogação», estabelecendo o n.º 2 do mesmo artigo que «Se, porém, o mandato tiver sido conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro, não pode ser revogado pelo mandante sem acordo do interessado, salvo ocorrendo justa causa.».

É dominante a opinião de que a simples onerosidade do mandato não determina que ele deva ser entendido como conferido «também no interesse do mandatário». No entanto, é também dominante a opinião de que a expressão «não pode ser revogado» não tem o sentido de obstar à revogação, mas apenas o de determinar que a revogação sem acordo do interessado ou sem justa causa confere ao mandatário direito a ser indemnizado nos termos da alínea c) do art. 1172 do CCiv [«A parte que revogar o contrato deve indemnizar a outra do prejuízo que esta sofrer: (...) c) Se a revogação proceder do mandante e versar sobre mandato oneroso, sempre que o mandato tenha sido conferido por certo tempo (...)]. A revogação *ad nutum* do mandato seria um ato lícito, ainda que passível de obrigar o mandante a indemnizar o mandatário¹².

¹² Sobre estas questões, v., por exemplo, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1986, anotações aos arts. 1170 e 1172, respetivamente, pp. 729 e ss. e 734 e ss., M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Coimbra, Almedina, 1989, nomeadamente, pp. 81 e ss. 255 e ss. e 272 e ss., A. MENEZES LEITÃO, «"Revogação Unilateral" do Mandato, Pós-Eficácia e Responsabilidade pela Confiança», in *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 305 e ss., em especial pp. 318 e ss., P. ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 535 e ss., em especial p. 542, e L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, *Contratos em Especial*, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 424 a 426, 428 e 429. O STJ perfilhou a tese de que a simples onerosidade do mandato não determina que ele deva ser entendido como conferido «também no interesse do mandatário», por exemplo, no acórdão de 2.3.2011 proferido no processo 2464/03.1TBALM.L1.S1 (disponível da base da dgsi).

Assim, em situações como a que foi objeto do acórdão sob comentário, a destituição é eficaz, mas geradora de direito a indemnização.

Vale a pena «trazer à conversa» o que o CCiv estabelece sobre a destituição de administradores de sociedades que não sejam sócios a que o contrato atribua a administração, bem como o que o CSC estabelece sobre a destituição sem justa causa dos titulares do órgão de administração.

No primeiro de tal lugares afins, a lei determina que «A designação de administradores feita em ato posterior pode ser revogada por deliberação da maioria dos sócios, sendo em tudo o mais aplicáveis à revogação as regras do mandato» (art. 986, n.º 3).

No CSC são vários os preceitos a ter em conta, de que se destacam:

- Sobre as sociedades em nome coletivo, o n.º 6 do art. 191: «Os gerentes não sócios podem ser destituídos da gerência por deliberação dos sócios, independentemente de justa causa.»;
- Sobre as sociedades por quotas, o n.º 7 do art. 257: «Não havendo indemnização contratual estipulada, o gerente destituído sem justa causa tem direito a ser indemnizado dos prejuízos sofridos, entendendo-se, porém, que ele não se manteria no cargo ainda por mais de quatro anos ou do tempo que faltar para perfazer o prazo por que fora designado.»;
- Sobre as sociedades anónimas: o n.º 5 do art. 403: «Se a destituição não se fundar em justa causa, o administrador tem direito a indemnização pelos danos sofridos, pelo modo estipulado no contrato com ele celebrado ou nos termos gerais de direito, sem que a indemnização possa exceder o montante das remunerações que presumivelmente receberia até ao final do período para que foi eleito.»¹³.

Parece, pois, que o sistema é harmónico, pelo menos quanto ao seguinte: os membros dos órgãos de administração das pessoas coletivas de direito privado podem ser destituídos sem necessidade de justa causa, mas tal destituição dá lugar à obrigação de indemnizar os danos sofridos por quem seja destituído.

5 DIREITO A INDEMNIZAÇÃO

O STJ considerou que a ré tinha direito a ser indemnizada pela destituição, qualificando o caso como de responsabilidade por ato lícito. O mesmo é dizer que, embora não o tenha considerado expressamente aplicável, o STJ acabou por decidir como se o regime do mandato fosse aplicável – o que, como resulta do antes afirmado, merece acordo.

¹³ Preceito este aplicável aos membros do conselho de administração executivo por força do art. 430, n.º 2, do CSC.

6 MEDIDA DA INDEMNIZAÇÃO PELA REVOGAÇÃO DO MANDATO

Quanto à medida da indemnização, entendeu o STJ que havia a ter em conta as perdas de remuneração ocorridas até à data da produção de efeitos da extinção da Fundação – e só essas.

Também neste ponto o STJ omitiu a base da sua decisão, na parte positiva, mas também, mais uma vez, o regime do mandato - nomeadamente o citado art. 1172, alínea c) – a justifica.

O que oferece dúvida é a limitação das perdas de remuneração em função de a duração da Fundação ter sido encurtada, relativamente às expectativas decorrentes da cláusula dos estatutos que estabelecia que o primeiro mandato dos membros do conselho de administração terminava em 31 de dezembro de 2015 (art. 27, n.º 1).

Se a autora não tivesse sido destituída, o seu mandato teria terminado por força da extinção da ré. Creio que em tal caso a autora teria direito a ser indemnizada, em moldes análogos aos aplicáveis à revogação sem justa causa, pois trata-se de caso omissivo em que parecem proceder (nos termos do art. 10 do CCiv) as razões justificativas do regime da revogação *ad nutum* do mandato. Ora, como escrevem Pires de Lima e Antunes Varela, «Quando o mandato (oneroso) tiver sido conferido por certo tempo ou para determinado assunto, o prejuízo da revogação calcular-se-á em função da compensação que mandato devia proporcionar normalmente ao mandatário»¹⁴ - doutrina que, aliás, o STJ perfilhou em decisões anteriores¹⁵.

As atrás referidas regras sobre a destituição sem justa causa dos gerentes das sociedades por quotas e dos administradores das sociedades anónimas – que outrossim julgo extensíveis à cessação de mandatos por caducidade – são também argumentos no sentido de que a indemnização poderia ter em conta «todo o montante das remunerações que [a administradora] presumivelmente receberia até ao final do período para que foi eleito.».

Assim, perante o direito que vigora, discordo da limitação que o STJ estabeleceu.

Coisa diferente – que abordarei brevemente - é saber se o regime vigente para a destituição sem justa causa dos administradores das sociedades anónimas é de manter. Há quem entenda que o limite ao *quantum* indemnizatório que dele parece decorrer não se justifica, podendo até ser considerado inconstitucional¹⁶. Em

¹⁴ *Código Civil Anotado*, vol. II, 3.ª ed., cit., p. 735.

¹⁵ V. o acórdão de 16.9.2008 disponível na base dgsi sob o n.º SJ200809160019411.

¹⁶ V. A. Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, vol. I, *Parte Geral*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 956 e ss., e também na anotação ao art. 403 do CSC que consta do *Código das Sociedades Comerciais Anotado* sob sua coordenação - 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 1072.

sentido contrário, há lugares afins da ordem jurídica que apontam para o encurtamento desse valor, designadamente:

- O Estatuto do Gestor Público, que limita a 12 meses de vencimento o valor da indemnização devida em caso de cessação de funções sem justa causa, seja por demissão seja em virtude de «dissolução» do órgão relevante, e faz depender esse direito do exercício de funções durante o período mínimo de 12 meses (DL 71/2007 de 27 de março – art. 26, n.ºs 1 a 3, na redação do DL 8/2012, de 18 de janeiro);
- A Recomendação da Comissão 2009/385/CE de 30 de abril de 2009, sobre o regime de remuneração dos administradores de *sociedades cotadas*, segundo a qual «As indemnizações em caso de destituição não devem exceder um montante fixo ou um número fixo de anos de remuneração anual, que não deve, em geral, ser superior a dois anos da componente não variável da remuneração ou seu equivalente.» (n.º 3.5)¹⁷.

Apesar de ter referido entre a matéria provada que os factos relativos à cessação de funções causaram profunda perturbação à autora, que além do mais sentiu afetada a sua realização profissional, o STJ acabou por não se pronunciar sobre a ressarcibilidade dos danos morais.

Creio que os arts. 257, n.º 7, e 403, n.º 5, do CSC dificilmente podem ser interpretados como mandando computar nos danos sofridos outros que não a perda de retribuição. Tal, porém, não significa recusar a ressarcibilidade de danos morais. Os mesmos serão ressarcíveis nos termos gerais, *a latere* do ressarcimento dos danos patrimoniais resultantes da destituição, se se verificarem os pressupostos da responsabilidade civil extraobrigacional. Por outras palavras: se a sociedade (ou outra pessoa coletiva), a par da destituição sem justa causa, tiver praticado atos ilícitos culposos que tenham provocado à pessoa destituída danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito, tais danos serão indemnizáveis, ao abrigo das regras gerais, nomeadamente dos arts. 483 e 496 do CCiv¹⁸.

A matéria dada como provada não parece configurar uma atuação ilícita (autónoma do ato determinante da cessação de funções) da ré causadora de danos morais. Aparentemente, a perturbação sentida pela autora e sentimento de ter sido

¹⁷ Para desenvolvimentos, v. J. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, *Das Sociedades*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 582 e ss., e também na anotação ao art. 403 do CSC que consta do *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* sob sua coordenação – v. vol. VI, cit. pp. 389 e ss.

¹⁸ Neste sentido, ou em sentido muito próximo, v. J. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, *Das Sociedades*, 5.ª ed., cit., pp. 585 e 586., e também na referida anotação ao art. 403 do CSC que consta do vol. VI do *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* sob sua coordenação, pp. 390 e 391 e ss. Sobre o tema, v. também A. Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, vol. I, *Parte Geral*, 3.ª ed., cit. pp. 956 e ss., e também na anotação ao art. 403 do CSC que consta do *Código das Sociedades Comerciais Anotado* sob sua coordenação - 2.ª ed., cit., p. 1072.

afetada a sua realização profissional terão sido resultado (do ato determinante) da cessação de funções e não de outros factos imputáveis à ré.

7 LICITUDE DA DIMINUIÇÃO DA RETRIBUIÇÃO DA AUTORA DURANTE O EXERCÍCIO DAS SUAS FUNÇÕES

Quanto à diminuição da retribuição da autora durante o exercício das suas funções, considerou o STJ que a mesma foi lícita, com fundamento em a diminuição do valor previsto para a dotação do Ministério da Cultura configurar uma alteração anormal de circunstâncias, nos termos e para os efeitos do art. 437 do Código Civil.

Como ficou escrito, os estatutos da ré determinavam que a fixação da remuneração dos membros do seu conselho de administração cabia a uma comissão de vencimentos, designada pelo conselho geral da Fundação (arts. 29, n.º 1, e 23, alínea f).

Tal cláusula aproxima-se da regra legal que vigora para as sociedades anónimas de modelo tradicional (e de modelo anglo-americano), pois o art. 399, n.º 1, do CSC estabelece que «Compete à assembleia geral de acionistas ou a uma comissão por aquela nomeada fixar as remunerações de cada um dos administradores, tendo em conta as funções desempenhadas e a situação económica da sociedade»¹⁹.

A matéria da remuneração é talvez o ponto mais óbvio das dificuldades enfrentadas pela tese que nega que a relação entre os titulares dos órgãos de administração das sociedades comerciais (e das demais pessoas coletivas de direito privado) tem na sua base um contrato. A regra do art. 403 que ficou lembrada não adere à realidade social. Dificilmente acontecerá que alguém aceite ser administrador deixando nas mãos livres dos acionistas ou de uma comissão por eles nomeada a definição da sua remuneração. Há muito que é devida uma intervenção legislativa na área...

A outro tempo, a regra em causa levanta dúvidas, nomeadamente a de saber se a remuneração é fixada para o mandato ou para períodos mais curtos (nomeadamente os de cada exercício) e, sendo admissível a segunda hipótese, qual a margem de variação possível.

¹⁹ Para as sociedades anónimas de modelo germânico, a lei admite quer a solução aplicável às demais (última parte do art. 429) quer a solução de a competência caber ao conselho geral e de supervisão ou a uma sua comissão – solução esta que é mais realista, atendendo a que o conselho geral e de supervisão tem poderes para representar a sociedade nas relações com os administradores (art. 441, n.º 1, alínea c) do CSC). No tocante às sociedades em nome coletivo e por quotas, o CSC determina que a remuneração dos gerentes é fixada pelos sócios (arts. 192, n.º 5, e 255, n.º 1), solução essa que será extensível às sociedades em comandita simples, por força do art. 474 do CSC.

A meu ver, o segmento do art. 399 relevante permite a fixação de remunerações para o mandato ou para períodos mais curtos (nomeadamente os de cada exercício) e, ocorrendo a segunda hipótese, que a remuneração de um novo período seja inferior à de um anterior²⁰. Não permite, porém, a redução de um valor fixado para um certo período, durante o mesmo²¹.

²⁰ No respeitante a entidades de interesse público (categoria que inclui as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação num mercado regulamentado e várias outras categorias de sociedades, nos termos do art. 2.º do DL 225/2008, de 20 de novembro), o art. 2.º da L. 28/2009, de 19 de junho, determina que o órgão de administração ou a comissão de vencimentos, caso exista, «submetem, anualmente, a aprovação da assembleia geral uma declaração sobre política de remuneração dos membros dos respetivos órgãos de administração e de fiscalização», que contém, designadamente, informação relativa: «a) Aos mecanismos que permitam o alinhamento dos interesses dos membros do órgão de administração com os interesses da sociedade; b) Aos critérios de definição da componente variável da remuneração; c) À existência de planos de atribuição de ações ou de opções de aquisição de ações por parte de membros dos órgãos de administração e de fiscalização; d) À possibilidade de o pagamento da componente variável da remuneração, se existir, ter lugar, no todo ou em parte, após o apuramento das contas de exercício correspondentes a todo o mandato; e) Aos mecanismos de limitação da remuneração variável, no caso de os resultados evidenciarem uma deterioração relevante do desempenho da empresa no último exercício apurado ou quando esta seja expectável no exercício em curso» - o que parece apontar no sentido de, no tocante a essas entidades, pelo menos, o modo de definição da parte variável da remuneração ser alterável anualmente. Sobre a matéria em causa, v. J. Carita Simão, «A Remuneração dos Administradores das Sociedades e as suas Implicações no Contexto da Crise Financeira Mundial», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano II (2010), n.º 3-4, pp. 795-820 (811 e ss.), P. Câmara, «“Say on Pay”: O Dever de Apreciação da Política Remuneratória pela Assembleia Geral», in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano I, n.º 2, abril-junho 2010, pp. 321-344 (330 e ss.) e *Remuneração*, in *Código do Governo das Sociedades Anotado* (obra coletiva), Coimbra, Almedina, 2012, pp. 181 e ss., em especial p. 192 e 193, A. Frada, «A Remuneração dos Administradores das Sociedades Anónimas – Tutela Preventiva e Medidas Ex Post», in *Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais* (coord. Maria de Fátima Ribeiro), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 338 e ss., e M. de Fátima Ribeiro, «Os Modelos de Remuneração dos Membros dos Órgãos de Administração das Sociedades Comerciais e as Comissões de Remunerações», in *A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal*, volume comemorativo do X Aniversário do Instituto Português de Corporate Governance, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 85 e ss. [publicado também in *Para Jorge Leite*, vol. II *Escritos Jurídicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 713 e ss].

²¹ Sobre a possibilidade de redução da remuneração dos administradores das sociedades anónimas, sem consentimento dos mesmos, v. P. Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 747, F. Gomes, «Remuneração de Administradores de Sociedades Anónimas “Cotadas”, em Geral e no Sector Financeiro, em Particular», in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista* (coord. P. Pais de Vasconcelos, J. M. Coutinho de Abreu e R. Pinto Duarte), Coimbra, Almedina, 2011, pp. 332 e 333, J. Coutinho de Abreu, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., cit., pp. 92 e ss., e também na anotação ao art. 399 do CSC que consta do *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* sob sua coordenação – v. vol. VI (Coimbra, Almedina, 2013), pp. 358 e ss., e I. Ermida de Sousa Guedes, *A Remuneração dos Administradores Perspectiva a Partir da Crise de 2008*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 45 e 46, e P. de Tarso Domingues, «A Reforma dos Administradores», in *Para Jorge Leite*, vol. II *Escritos Jurídicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 150 e ss. [publicado também in *I Colóquio Internacional sobre o Regime Jurídico da Administração das Sociedades* (obra coletiva coordenada por P. de Tarso Domingues), Almedina, 2014 (e-book)].

Por outro lado, julgo que o administrador poderá sempre não aceitar a remuneração fixada, discutindo-a segundo os critérios que o art. 1158, n.º 2, do CCiv estabelece para a remuneração dos mandatários (usos e, não os havendo, equidade) – regra que considero aplicável, ou por força do art. 1156 do CCiv, ou por analogia. Claro que esta parte do regime que entendo vigorar terá escassa aplicação prática, mas, como avancei, facto é que todo o regime da remuneração de administradores das sociedades está desviado da realidade social.

O que acabo de escrever sobre o regime das sociedades anónimas aplicar-se-ia aos administradores da ré, atendendo à semelhança da cláusula estatutária relevante com ele.

A matéria de facto que o acórdão deu como provada não permite saber se a remuneração primitivamente fixada o foi para todo o mandato ou apenas para certo exercício. Caso tenha ocorrido a segunda hipótese, como resulta do que escrevi antes, julgo que a ré poderia diminuir o valor definido para a remuneração da autora, sem prejuízo da possibilidade que afirmei de discussão de valores por parte dos administradores. Caso a remuneração tivesse sido fixada para todo o mandato, julgo que a ré não teria o direito de a alterar.

Para basear o direito da ré a reduzir a remuneração da autora, recorreu o STJ ao art. 437 do CCiv²², considerando como circunstância que se tinha alterado anormalmente o valor do património da ré, consistindo a alteração no facto, acima referido, de a contribuição do Ministério da Cultura para o património da Fundação, que estava inicialmente prevista ser de € 3.700.000,00, ter sido reduzida em € 750.000,00. Para completar a justificação do recurso ao art. 437 do CCiv, sustentou ainda o STJ que «a manutenção dos montantes iniciais desta remunerações “afetaria gravemente os princípios da boa-fé”» por força da redução da prevista dotação do Ministério da Cultura «e até pelo “contexto económico–financeiro” que infelizmente se vivia em 2011, altura em que a redução se efetivou», bem como que essa redução não estava coberta pelos riscos próprios do contrato.

Em primeiro lugar, noto que, ao recorrer ao art. 437 do CCiv, o STJ considerou implicitamente que a relação entre a autora e a ré tinha fonte contratual – o que evitou nas restantes partes do acórdão. Só poderá considerar o art. 437 do CCiv potencialmente aplicável às relações entre a pessoa coletiva e os seus administradores quem entenda que na origem das mesmas está um contrato.

Em segundo lugar, impressiona-me a facilidade com o que o STJ considerou verificados os pressupostos da modificabilidade dos contratos por alteração das circunstâncias. Se essa facilidade fosse generalizada, o princípio *pacta sunt servanda* seria fortemente abalado. Não há muito tempo, escrevi em favor do re-

²² Possibilidade essa sustentada por I. Ermida de Sousa Guedes, no seu citado livro *A Remuneração dos Administradores Perspectiva a Partir da Crise de 2008*, no lugar citado.

conhecimento de um princípio do equilíbrio contratual²³, limitador do *pacta sunt servanda*, mas não ousaria sustentar o afastamento tão fácil do princípio segundo o qual as obrigações são para cumprir.

Deixando de lado a dúvida sobre a potencial aplicação do art. 437 do CCiv a relações como a que estava em causa, parece-me que a fundamentação da decisão não foi conceitualmente feliz. Em primeiro lugar, por entender que os meios de financiamento da ré eram uma circunstância do contrato: circunstância é algo de exterior às partes e o financiamento da ré não teria tal característica de «exterioridade». Em segundo lugar, admitindo que os meios de financiamento da ré eram uma circunstância do contrato, por não ter sido dado como provado que as partes (as duas) nela tinham fundado a decisão de contratar (ou, noutra formulação, algo diferente, que esses meios integravam a base do contrato).

Acresce que, salvo se a remuneração inicialmente fixada o tivesse sido para todo o mandato, teria sido possível afirmar a licitude da redução com recurso a elementos mais «próximos» e menos «extremos». O art. 399, n.º 1, do CSC manda atender à «situação económica da sociedade» e teria inteiro cabimento convocá-lo, considerando-o aplicável por analogia.

²³ V. «O Equilíbrio Contratual como Princípio Jurídico», in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 1331 e ss.

II

XURISPRUDENCIA

II.2.1. ANOTACIÓNS XURISPRUDENCIA (PORTUGAL)

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 37 (2014-2015), páxs. 261-266
ISSN: 1130-2682

A ISENÇÃO SUBJETIVA DE CUSTAS PROCESSUAIS
DAS PESSOAS COLETIVAS PRIVADAS SEM FINS
LUCRATIVOS. ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DO LISBOA DE 14 DE JANEIRO DE 2014

*THE COURT FEES EXEMPTION OF THE NON PROFIT PRIVATE
LEGAL PERSONS. COMMENTARY TO THE DECISION OF
THE COURT OF APPEAL OF LISBON, JANUARY 14, 2014*

LUÍS HELENO TERRINHA¹

¹ Docente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Correio eletrónico: terrinha@sapo.pt. Correio postal: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto), Rua Diogo de Botelho, 1327, 4169-005 Porto, PORTUGAL.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa sob anotação, o conflito que se apresentava a decisão jurisdicional deixa-se sintetizar na seguinte interrogação fundamental: constatando-se a existência de uma relação jurídica de âmbito cooperativo que tem por objecto a promoção e construção, pela cooperativa (de habitação), de fogos destinados a serem atribuídos ao cooperador, como e em que termos se deverá estabelecer a fronteira conceptual – com consequências no plano do regime jurídico aplicável – entre montantes entregues a título de *preço* do respectivo fogo e montantes entregues a título de *participação* na cooperativa, quando, agora independentemente da qualificação, uma tal entrega visou sempre a futura aquisição do fogo pelo cooperador.

Importa que se atente, desde logo, no regime jurídico específico que disciplina uma tal matéria, designadamente o Decreto-Lei 502/99. Só este regime jurídico torna compreensível os termos da constituição da relação a estabelecer entre cooperador e cooperativa e só ele esclarece que contornos é que essa relação assume. O Decreto-Lei citado ocupa-se, precisamente, da regulação das actividades das cooperativas de habitação e construção e, como se sustentará, mostra-se suficiente não só para enquadrar legalmente, nos pontos que interessam, a relação entre o cooperador e a cooperativa (entre o Autor e a Ré na acção), como também para dilucidar juridicamente aquela dúvida conceptual entre o *preço* e a *participação*.

A boa análise jurídica do caso requer, antes de mais, que se tenha presente a diferenciação possível de regimes de propriedade dos fogos: propriedade individual ou propriedade colectiva (art. 16.º, n.º 1 DL 502/99). Neste último caso, e só neste último caso, mantendo-se a propriedade dos fogos na cooperativa, os mesmos serão cedidos aos cooperadores ou por atribuição do direito de habitação ou por inquilinato cooperativo (art. 18.º), o que remete, respectivamente, para os arts. 19.º a 24.º (direito de habitação) e 25.º (inquilinato cooperativo). Já no caso do regime da propriedade individual, serão aplicáveis os arts. 26.º a 28.º do *supra* citado DL.

Foi dado como assente que, de acordo com o próprio estatuto da cooperativa, o regime de atribuição dos fogos seria o da propriedade individual. Assim, determina a lei que se celebre contrato de compra e venda para proceder à transmissão do direito de propriedade (art. 26.º, n.º 1), sendo que o *preço* a pagar não deverá exceder o custo do fogo calculado de acordo com o art. 17.º (leia-se o art. 27.º).

Este modo de obtenção da propriedade individual do fogo distingue-se, naturalmente, do caso em que o fogo se mantém na propriedade da cooperativa. Aí, e em especial quando se vá atribuir o direito de habitação, o cooperador, de forma a também contribuir para a promoção e construção do projecto habitacional a executar pela cooperativa, *deverá* subscrever títulos de participação no valor total

do custo do fogo, realizando-os à medida que se forem vencendo as prestações de capital devidas pela cooperativa (art. 20.º, n.º 1). Isso sem prejuízo de pagar um preço agora diferenciadamente apurado, nos termos do art. 19.º, variando consoante o financiamento do fogo esteja já ou não amortizado pela cooperativa (se não estiver vale a regra de que “o preço do direito de habitação não poderá exceder a quota-parte do valor dos juros e demais encargos financeiros relativos ao financiamento utilizado pela cooperativa para o programa em que o fogo se integra” — n.º 2; se estiver vale a regra de que “o preço do direito de habitação terá por base os juros e outros encargos financeiros que seriam devidos por financiamento obtido na data dessa atribuição” — n.º 4).

Em suma, se na primeira hipótese, de aquisição do direito de propriedade do fogo, o cooperador celebrará contrato de compra e venda com a cooperativa tendo por objecto aquele e pagará um preço fixado em função do respectivo custo (calculado nos termos do art. 17.º), já na mera obtenção do direito de habitação, em que a propriedade do fogo se mantém na cooperativa, lhe cumprirá subscrever títulos de participação que realizem o total do custo do fogo e pagar um preço fixado em função dos juros e encargos financeiros assumidos pela cooperativa para desenvolver e executar o projecto habitacional.

Começa já, portanto, a ficar indiciado que o raciocínio efectuado pelo Tribunal da Relação de Lisboa não deveria, à luz dos dados legais, ter sido tão linear como foi.

É verdade que na situação controvertida, e conforme se dá por assente, os Autores da acção pretenderam participar num Programa Habitacional levado a cabo por uma cooperativa de habitação, para o que se inscreveram como cooperadores e procederam à transferência de uma quantia cujo único propósito era o de permitir à cooperativa financiar os projectos de arquitectura, as licenças, a aquisição de terrenos, a empreitada de construção, os encargos decorrentes de empréstimos bancários e demais despesas administrativas que a promoção e execução do referido Programa Habitacional envolvia (o que se fez a título de “poupanças”, na cifra de 10.000,00 €). E é também verdade que, a par dessa verba, ainda entregaram mais 4.550,00€ a uma cooperativa de 1.º grau (face à cooperativa de habitação), com o que formalizaram a sua inscrição como cooperadores, tendo ademais liquidado as respectivas quotas e contribuições para o capital social. Em ambos os casos, como também se comprovou, qualquer dos montantes destinava-se sempre a ser deduzidos *a final* no preço do fogo.

Porém, nada elimina ou afasta a distinção legal entre o regime jurídico de uma relação jurídica cujo escopo é a aquisição do direito de propriedade individual sobre um fogo construído por uma cooperativa e o regime jurídico de uma relação jurídica cujo escopo é a mera atribuição de um direito de habitação concernente a um fogo que se mantém na propriedade da esfera jurídica da cooperativa. No primeiro caso, a disciplina legal pertinente nunca alude à subscrição de títulos de

participação, nem tão-pouco a um preço calculado somente por referência aos encargos cooperativos com juros e financiamentos. Isso pertence ao campo do direito de habitação, não do direito de propriedade. A respeito deste último, que consubstanciava a factualidade levada a juízo, o recorte legal obedece ao figurino típico de uma relação contratual de compra e venda, com a limitação de um preço estritamente calculado em razão do custo do fogo (afastando, como é timbre da actividade cooperativa, qualquer intuito comercial ou lucrativo).

O que se deixa escrito é desde já suficiente para colocar em causa a correcção legal do raciocínio empreendido pelo Tribunal da Relação de Lisboa. Por um lado, não se vislumbra como enquadrar totalmente a relação jurídica entre o Autor e a Ré (entre cooperador e cooperativa) na secção do DL 502/99 que se ocupa da atribuição do direito de habitação (pressupondo manutenção de propriedade colectiva), quando a finalidade professada por ambos, imposta inclusivamente estatutariamente, era a da transmissão do direito de propriedade sobre o fogo. Por outro lado, não tendo os Senhores Juízes identificado qualquer lacuna que urgisse suprir, o Acórdão também não fornece argumentos para uma qualquer aplicação integrativa analógica dos arts. 19.º e 20.º do referido DL ao caso *sub judice*. Bem ao invés, os Senhores Juízes, ao longo do texto, furtaram-se sempre a encarar de frente os arts. 26.º a 28.º do DL 502/99, nunca retirando daí as ilações que se impunham para a resolução jurídica do caso. Ao procederem assim, decidiu-se a controvérsia jurídica com base em regras legais cujo objecto e fim normativo são dissonantes dos caracteres que a situação de facto exibia: como aplicar normas que disciplinam a atribuição de um direito de habitação a uma factualidade que visaria a transmissão do direito de propriedade, sabendo-se que esta é merecedora de um regime jurídico próprio?

Extravasaria o âmbito da presente Anotação, mas é evidente que a análise judicial deveria ter seguido outros passos. Desde logo, cumpria ter sido analiticamente preciso na identificação, caracterização e separação dos regimes jurídicos hipoteticamente pertinentes. Depois, impunha-se o enquadramento jurídico rigoroso da relação jurídica que tinha sido estabelecida com a finalidade de realizar uma compra e venda para transmissão do direito de propriedade sobre um fogo construído pela cooperativa. Esse enquadramento jurídico implicava a colocação das seguintes questões: 1) que verbas liquidadas pelos cooperadores podem ser estritamente integradas nas rubricas de títulos de capital (designadamente para efeitos do art. 36.º, n.º 3 do Código Cooperativo)?; 2) que montantes entregues pelos cooperadores, em face do objectivo da aquisição futura do direito de propriedade sobre o fogo, podem ser considerados como antecipação de cumprimento (ver art. 440.º do Código Civil)?; 3) que viabilidade tem, neste domínio a aplicabilidade da figura do contrato-promessa e associadas regras do sinal?; 4) que consequências se hão-de retirar da aparente ausência de formalização contratual do contrato de compra e venda?; 5) se se assumisse a existência de um contrato entre cooperador

e cooperativa destinado à transferência futura da propriedade sobre o bem (fogo), que relevância se poderia conceder, como fundamento de resolução do mesmo, às normas relativas à alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar (art. 437.º do Código Civil)?

Como resulta da leitura do Acórdão, o Tribunal da Relação de Lisboa omitiu este género de problematização jurídica, escudando-se numa textualmente injustificada aplicação das regras relativas à atribuição do direito de habitação. Com isso, acabou por descaracterizar as especificidades normativas da situação de facto, fosse por desconsiderar as intenções normativamente relevantes do cooperador e da cooperativa (celebração de um contrato para transmissão de direito de propriedade individual), fosse por simplificar (simplisticamente), e sem argumentos que o fundamentassem, a resolução jurídica do caso.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 267-274
ISSN: 1130-2682

**A ISENÇÃO SUBJETIVA DE CUSTAS PROCESSUAIS
DAS PESSOAS COLETIVAS PRIVADAS SEM FINS
LUCRATIVOS. ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DE LISBOA DE 14 DE JANEIRO DE 2014**

*THE COURT FEES EXEMPTION OF THE NON PROFIT PRIVATE
LEGAL PERSONS. COMMENTARY TO THE DECISION OF
THE COURT OF APPEAL OF LISBON, JANUARY 14, 2014*

ANDRÉ ALMEIDA MARTINS¹

¹ Equiparado a Assistente da Área Científica de Direito do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. Docente na Escola de Direito do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. 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. Correios electrónicos: andre.almeidamartins@uria.com / a.almeidamartins@gmail.com.

I BREVE DESCRIÇÃO DO LITÍGIO

Duas associações privadas sem fins lucrativos e com utilidade pública propuseram contra uma outra associação, da qual eram filiadas, uma ação declarativa com vista à declaração de nulidade das deliberações tomadas na Assembleia Geral Eleitoral desta, e ainda, subsidiariamente, a anulação das mesmas deliberações e, por fim, mas também a título subsidiário, a declaração de impedimento de candidatos de uma das listas apresentadas a votação.

Na petição inicial com que interpuseram a ação, declararam as Autoras ser associações privadas sem fins lucrativos e com utilidade pública, pelo que entendiam estar isentas de custas processuais nos termos do disposto na alínea f) no número 1 do artigo 4.º do Regulamento das Custas Processuais («RCP») que atribui uma isenção «*as pessoas colectivas privadas sem fins lucrativos, quando actuem exclusivamente no âmbito das suas especiais atribuições ou para defender os interesses que lhe estão especialmente conferidos pelo respectivo estatuto ou nos termos de legislação que lhes seja aplicável*».

O Tribunal de 1.ª instância, seguindo o entendimento expresso pelo Ministério Público, decidiu que as Autoras não beneficiavam da isenção de custas estatuída na norma referida, pelo que deveriam proceder ao pagamento da taxa de justiça aplicável aos autos. Foi sobre esta decisão, objeto de recurso pelas Autoras, que versou o acórdão da Relação em apreço, que considerou procedente o recurso e revogou a decisão de 1.ª instância.

II ÂMBITO DA ISENÇÃO DE CUSTAS: INCLUSÃO DE ATOS INSTRUMENTAIS AOS FINS PROSEGUIDOS PELA PESSOA COLETIVA?

O acórdão em comentário insere-se num conjunto de decisões dos tribunais superiores relativo à interpretação e alcance da isenção de custas estabelecida na alínea f) no número 1 do artigo 4.º do RCP.

A doutrina tem delimitado o fundamento da isenção na «*ideia de estímulo ao exercício de funções públicas por particulares que, sem espírito de lucro, realizam tarefas em prol do bem comum, o que à comunidade aproveita e ao Estado incumbe facilitar*» [SALVADOR DA COSTA, *Regulamento das custas processuais. Anotado e comentado (custas judiciais em geral)*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 146].

Trata-se de uma isenção subjetiva que, tal como nos restantes casos do n.º 1 do artigo 4.º do RCP, não é porém uma isenção subjetiva pura. Com efeito, as entidades abrangidas estão isentas do pagamento de custas, mas essa isenção está condicionada pela «*natureza das questões, dos direitos e dos interesses ou da*

relação material que é objecto do processo» (acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10/09/2013, disponível em www.dgsi.pt).

Assim, o reconhecimento num caso concreto da aplicação da isenção a uma pessoa coletiva privada sem fins lucrativos não é automático, antes é condicional porque depende da verificação de um de dois pressupostos de legitimidade processual: por um lado, que a pessoa coletiva actue exclusivamente no âmbito das suas especiais atribuições ou, por outro lado, que actue para defender os interesses que lhe estão especialmente conferidos pelo respectivo estatuto ou nos termos da legislação que lhe seja aplicável.

Finalmente, a isenção em causa deve ainda considerar-se limitada, no sentido em que, ainda que se verifiquem os pressupostos do seu reconhecimento condicional, tal não impede que a pessoa coletiva não venha, a final, a suportar as custas da ação, uma vez que não estará isenta de custas em caso de manifesta improcedência do pedido, nem isenta do pagamento de encargos no caso de procedência parcial da sua pretensão, nos termos do disposto nos números 4 e 5 do artigo 4.º do RCP.

Ora, os termos em que o legislador recortou os pressupostos de legitimidade processual da isenção levam a doutrina a determinar o seu alcance em função do princípio da especialidade do fim que rege as pessoas coletivas (artigo 160.º, n.º 1 do CCiv) nos termos do qual: «*A capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins.*» (vide a anotação ao artigo 160.º CCiv de ANTÓNIO AGOSTINHO GUEDES, na obra coletiva, coordenada por LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (coord.) e outros, *Comentário ao Código Civil. Parte geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 351-354) Com efeito, sabendo-se que a isenção de custas é uma exceção ao princípio regra do pagamento das custas do funcionamento da justiça, surgem questões na sua interpretação como a que, no fundo, é espelhada no acórdão em apreço pelas posições contrastantes assumidas pelo Tribunal de 1.ª instância e pelo Tribunal da Relação, igualmente reproduzidas na doutrina e jurisprudência.

Com efeito, de um lado, temos aqueles que defendem uma interpretação literal da norma que confere a isenção, admitindo que a mesma apenas se poderá aplicar quando as ações tenham a ver direta e imediatamente com as especiais atribuições ou sejam para defender interesses conferidos à pessoa coletiva. Assim, para quem defenda esta posição é, no mínimo, «*altamente controvertido dizer que tanto merece tutela a ação social das pessoas colectivas (actos principais), quanto as actividades desenvolvidas por estas para lograr a realização da ação social (actos instrumentais ou acessórios)*» [J. P. REMÉDIO MARQUES, «O âmbito de isenção subjetiva das custas processuais de instituições particulares de solidariedade social. Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de outubro de 2012, CES 36 (2014), pp. 163-175 (170)].

A decisão do Tribunal de 1.^a instância que motivou o recurso no caso em concreto apreciado pelo acórdão em comentário fundou-se, em suma, na interpretação literal da norma que consagra a isenção. Assim, no raciocínio do Tribunal de 1.^a instância, tendo em conta o objeto da ação – a declaração de nulidade de deliberações da Assembleia Geral da associação na qual as Autoras eram filiadas – a atuação processual das Autoras não se situava «*directamente no âmbito das suas atribuições nem para defesa de interesses especialmente conferidos pelos respectivos estatutos*», uma vez que tinha a ver com «*a actividade como associados de uma outra associação*» e não «*com o exercício de funções públicas ou tarefas em prol do bem comum que fundamentam a isenção em análise*». Por isso, concluiu o Tribunal de 1.^a instância, as Autoras não deviam beneficiar da isenção.

Porém, são conhecidas na doutrina posições que sustentam que «*se o objecto de tais ações for instrumental em relação aos fins estatutários dessas entidades, propendemos a considerar serem abrangidas pela isenção de custas em análise*» (SALVADOR DA COSTA, op. cit, p. 146).

E foi nesta senda que, voltando ao caso em concreto, o Tribunal da Relação do Porto, interpretando a norma que confere a isenção à luz do princípio da especialidade do fim, preconizou o entendimento de que tal isenção se devia aplicar não só a atuações processuais relativas aos direitos e obrigações diretamente relacionados com a prossecução dos fins institucionais da pessoa coletiva, mas também àqueles «*outros direitos e obrigações que embora não correspondam imediatamente à prossecução dos fins institucionais se encontram com estes numa relação de íntima conexão, seja em razão da sua instrumentalidade, seja em razão da sua indispensabilidade, como poderá ser o caso v.g. dos contratos de trabalho celebrados entre a pessoa colectiva sem fins lucrativos e os seus colaboradores; nestas situações, porque instrumentais ou indispensáveis à prossecução do escopo social estarão ainda isentas de custas as acções que afluem a defesa destes interesses*».

Em consequência, o Tribunal da Relação do Porto revogou a decisão de 1.^a instância, considerando procedente o recurso, na medida em que «*a filiação das AA. na D..., embora não correspondam imediatamente à prossecução dos seus fins institucionais, encontra-se com estes numa relação de instrumentalidade (se não mesmo de indispensabilidade), pois não se negará que o desenvolvimento da prática de educação física e o desporto e a promoção da sua expansão que, por estatuto lhes incumbe (como fim necessário) ganhará projecção e dimensão, com a sua respectiva integração e participação em Associações que prossigam, numa dimensão mais alargada, idênticas finalidades*.

Por assim ser somos induzidos a considerar que a defesa, em juízo, dos interesses decorrentes destas filiações traduz uma actuação exclusivamente no âmbito das suas especiais atribuições e, como tal, mostra-se abrangida pela isenção».

Assim, como se vê, a questão da aplicação ou não da isenção num caso em concreto estará frequentemente dependente da posição assumida quanto à inclusão ou exclusão na norma em análise dos chamados atos instrumentais das pessoas coletivas.

III AS POSIÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA

A norma que delimita a isenção de custas em causa para as pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos - a alínea f) do número 1 do artigo 4.º do RCP - foi introduzida pelo Decreto-lei 34/2008, de 26/02, diploma que aprovou o RCP. Assim, para tentar perceber o sentido da jurisprudência em termos de interpretação da referida norma, nomeadamente quanto ao seu alcance poder abranger actos instrumentais, importa analisar as decisões que desde então os tribunais superiores têm proferido sobre o tema.

Começemos por registar o acórdão da Relação de Coimbra de 13/12/2011, nos termos do qual se decidiu que «*I – A isenção mencionada no artº 4º/1 – f) do RCP (...) não abrange as acções interpostas contra instituições particulares de solidariedade social em que estas defendam interesses conexos com a relação laboral estabelecida com uma trabalhadora. (...)*» (processo 68/08.1TTCBR-A. C2, disponível em www.dgsi.pt). Também no âmbito de relação laboral, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21 de Janeiro de 2013 decidiu que a isenção de custas em causa não abrangia 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 (processo n.º 1140/11.6TTMTS, disponível em www.dgsi.pt).

Por sua vez, o Tribunal Central Administrativo Sul, no acórdão de 11/12/2012, defendeu que a isenção não abrange, nomeadamente, as ações que tenham por objeto obrigações ou litígios derivados de contratos que estas entidades celebrem com vista a obter meios para o exercício das suas atribuições (processo n.º 05814/12, disponível em www.dgsi.pt).

Já o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 28-12-2012 decidiu que a isenção não se verificava quando, em concreto, a pessoa coletiva pretende impugnar as coimas que lhe foram aplicadas pela prática de contraordenações ambientais, se os interesses subjacentes à proteção dessas contraordenações não constam dos seus estatutos ou da lei (processo n.º 3892/11.4TBPTM, disponível em www.dgsi.pt).

Neste âmbito, merece igualmente destaque o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proferido em 14-03-2013, em que precisamente porque o objeto do litígio não estava relacionado com «*a defesa dos interesses que lhe são especialmente conferidos pelo respectivo estatuto ou nos termos de legislação que lhes seja aplicável*» se uniformizou a jurisprudência no sentido de que «*de acordo*

com as disposições articuladas das alíneas f) e h) do artigo 4º do Regulamento das Custas Processuais e do artigo 310º/3 do Regime do Contrato de Trabalho na Função Pública, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, os sindicatos, quando litigam em defesa colectiva dos direitos individuais dos seus associados, só estão isentos de custas se prestarem serviço jurídico gratuito ao trabalhador e se o rendimento ilíquido deste não for superior a 200 UC» (processo n.º 01166/12,, disponível em www.dgsi.pt).

Mais recentemente, e aliás em momento posterior ao acórdão aqui em comentário (que inclusivamente é citado no aresto), foi proferido o acórdão do Tribunal da Relação Guimarães de 30.04.2015 que, perspetivando o problema precisamente do ponto de vista da questão da instrumentalidade dos actos da pessoa coletiva, defendeu que *«uma interpretação estritamente literal, admitindo a inserção apenas quando as ações tenham a ver diretamente com as especiais atribuições ou sejam para defender os interesses especialmente conferidos à pessoa coletiva, não nos parece a mais conforme com os objetivos da concessão da isenção, com a ratio da norma»*. Não obstante, o Tribunal não adere a uma tese que admita todo e qualquer ato instrumental, sustentando que *«falar-se simplesmente de uma “instrumentalidade”, como bastante, implicará colocar na norma aquilo que o legislador não pretendeu aí colocar»* pelo que *«Importará caso a caso verificar se o assunto sub judice é “decorrência natural” do atuar da pessoa na prossecução daquelas atribuições e/ou interesses, quer porque, a jusante, decorrentes dessa prossecução; quer porque, a montante, necessário à mesma»*.

Assim, para o Tribunal da Relação de Guimarães, a aplicação da isenção fica dependente de uma análise casuística do acto instrumental em causa, pela qual se determinará se tal ato decorre da prossecução das atribuições/interesses da pessoa coletiva ou é necessário a esse objetivo. Se assim não for, não poderá beneficiar da isenção.

IV CONCLUSÃO

Em face do percurso acima efetuado, é possível concluir que a jurisprudência tem maioritariamente entendido que, em geral, a isenção de custas em análise não abrange as ações que tenham por objeto obrigações ou litígios derivados de contratos que as pessoas coletivas em causa celebrem com vista a obter meios para o exercício das suas atribuições (por exemplo, celebração ou cessação de contratos de trabalho; vide porém, o exemplo constante do acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães acima citado), impugnação de contraordenações em domínios estranhos às suas atribuições e, também, impugnações de dívidas fiscais ou à segurança social (J. P. REMÉDIO MARQUES, op. cit., p. 173).

Não obstante, regista-se — nomeadamente no acórdão em análise — que a interpretação da norma que tem sido efetuada não atende exclusivamente ao alcance

que parece decorrer do seu teor literal, verificando-se margem para incluir os atos instrumentais que, numa análise casuística, se possam dizer conexos ou relacionados, em termos de decorrência ou necessidade, com as especiais atribuições da pessoa coletiva. Nesta análise, será de ter em conta que para efeitos da aplicação da isenção em análise «*As especiais atribuições das pessoas colectivas são os fins ou as finalidades para a realização das quais foi formada a pessoa colectiva e que lhe conferem identidade e que as distinguem de outras pessoas no mundo das pessoas colectivas*» (acórdão da Relação de Coimbra, de 10-09-2013, proc. n.º 558/11.9, disponível em www.dgsi.pt).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 275-280
ISSN: 1130-2682

«EQUIPARADA, MAS POUCO»
ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO
DE COIMBRA DE 16.01.2014 RELATIVO AO PROCESSO
667/12.4 T2 AVR.C1 (RELATOR AZEVEDO MENDES)

EQUATED? NOT THAT MUCH.
COMMENTARY TO THE COURT OF APPEAL OF
COIMBRA. DECISION OF 16 JANUARY 2014

CATARINA FRADE¹

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Contactos institucionais: Endereço - Av. Dias da Silva, 165, 3004-512 Coimbra. Correio electrónico: cfrade@fe.uc.pt.

I SÍNTESE DO LITÍGIO

O *acórdão da Relação de Coimbra de 16.01.2014 lida com a questão de saber em que medida um trabalhador de uma Cooperativa de Solidariedade Social poderá beneficiar, por via de Portaria de Extensão, das condições remuneratórias (e outras) constantes dos Instrumentos de Regulamentação Coletiva de Trabalho (IRCT) aplicáveis às Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS), a que a referida cooperativa foi equiparada, ou ao Ensino Particular e Cooperativo.*

A Ré é uma cooperativa que presta apoio social especialmente a jovens adultos com deficiência. Nas valências da Ré inclui-se a formação profissional e uma escola de ensino especial. O Autor trabalhou para a Ré como monitor/formador na área da serralharia, entre Outubro de 1986 e Janeiro de 2012.

Na sequência da extinção do contrato de trabalho, o Autor veio reclamar, junto do Tribunal de Primeira Instância, o pagamento pela Ré de diversas diferenças remuneratórias e correspondentes juros de mora que resultariam da aplicação à sua relação laboral dos IRCT aplicáveis às IPSS, ou, subsidiariamente, dos IRCT aplicáveis ao Ensino Particular e Cooperativo.

Não tendo obtido provimento na sua pretensão, o Autor recorreu para o Tribunal da Relação.

2 DISCUSSÃO DE DIREITO

a) O Tribunal da Relação começou por concordar com a decisão do Tribunal *a quo* quando este considerou que as Convenções Coletivas de Trabalho (CCT) aplicáveis tanto às IPSS como ao Ensino Particular e Cooperativo não vinculavam os litigantes, porquanto não se provou que estes estivessem filiados nas instituições signatárias das referidas CCT.

As CCT são acordos celebrados entre associações sindicais e empregadores ou associações de empregadores que disciplinam as relações laborais que ocorrem na esfera dos signatários [cf. art. 2º/3 do Código do Trabalho (CT), aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro]. A este propósito, a lei portuguesa estabelece o princípio da *dupla filiação* para definir o âmbito de aplicação subjetiva das CCT. Tal significa que os termos negociados na contratação coletiva tornam-se efetivos apenas nas relações laborais concretas que ligam um trabalhador filiado numa associação sindical signatária da CCT ao seu empregador, quando este seja signatário direto ou membro de uma associação de empregadores signatária da referida convenção (art. 496º/1 CT e dispositivos legais equivalentes anteriores a 2009).

b) A discussão deslocou-se, então, para o problema da *extensão*. O âmbito de aplicação de uma CCT pode ser ampliado por diversas vias, entre as quais a da Portaria de Extensão (PE) (art. 514º CT). As PE são «instrumentos administrativos de alargamento do âmbito originário de convenções colectivas e decisões arbitrais (...)» (A. MONTEIRO FERNANDES, «Direito do Trabalho», Coimbra, Almedina, 17ª ed., 2014, p. 96). Enquanto IRCT não negociais (ao contrário das CCT), as PE constituem uma “perturbação” introduzida pelo Estado no espaço da contratação coletiva, na medida em que é o Ministério que tutela a área laboral que determina a extensão de uma CCT a trabalhadores e empregadores não celebrantes, a saber os que estão *integrados no setor de atividade e profissional definido naquele instrumento* (art. 514º/1 CT).

No caso em apreço discutiu-se, em primeira linha, a extensão das CCT aplicáveis às IPSS nos termos da Portaria n.º 900/2006, de 1 de Setembro. A título subsidiário, analisou-se a extensão das CCT aplicáveis aos estabelecimentos de Ensino Particular e Cooperativo, determinada pela Portaria n.º 872/2006, de 30 de Agosto. Ambas as possibilidades foram rejeitadas pelo Tribunal da Relação, confirmando, assim, o entendimento sufragado pelo juiz da Primeira Instância. As razões aduzidas foram, porém, distintas.

Vejamos:

i) No primeiro caso, provou-se que a Ré, não obstante ser uma cooperativa de solidariedade social, encontrava-se, desde Maio de 2000, equiparada a IPSS, gozando, por isso, *do mesmo estatuto de direitos, deveres e benefícios, designadamente fiscais*, atribuídos às IPSS, conforme resulta do artigo único da Lei n.º 101/97, de 13 de Setembro. O significado e o alcance desta *equiparação* (nos termos em que ela está prescrita na referida lei, ou seja, *gozar do mesmo estatuto de direitos, deveres e benefícios, designadamente fiscais das IPSS*) não terão suscitado dúvidas ao Autor: equiparação plena. Já para o Tribunal da Relação, o sentido da equiparação não pode ser outro que não o de uma equiparação limitada. Assim, a equiparação a IPSS significará que às cooperativas de solidariedade social se aplicam as disposições que integram tão só e apenas o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro), o qual *é omissivo em matéria laboral*, e o regime de benefícios, designadamente fiscais, previstos para estas entidades em outros diplomas. Por aqui, pois, não se justificava, no entendimento do tribunal, analisar a questão da extensão.

O foco da questão estava, ao invés, no alcance *subjetivo* do diploma de extensão, isto é, no conjunto de entidades (empregadores e trabalhadores) visados pela Portaria n.º 900/2006. A PE não elencou as entidades equiparadas a IPSS entre os seus destinatários, o que, na perspetiva do tribunal de recurso, não resultou de o autor da Portaria “ter dito menos do que queria dizer”, mas de uma decisão deliberada, tanto mais que as misericórdias, um dos tipos de IPSS, foram formalmente

excluídas da referida PE. Assim, concluiu o tribunal, não se justificava uma interpretação extensiva da própria norma de extensão. Isto apesar de reconhecer que «a actividade da Ré se situa (ou tem semelhança com ele) no mesmo sector económico e social» [das IPSS] e que, por isso, não haveria impedimento a que o autor da Portaria a estendesse às entidades equiparadas a IPSS. Neste caso, não se levantaria sequer a questão, já apreciada noutros acórdãos dos tribunais superiores, de que “as portarias de extensão não podem estender aquilo que não consta do CCT ao qual se referem, nomeadamente o universo das actividades ali previstas”(cf. Acórdão da Relação de Coimbra, de 30.1.2014 no Processo n.º 204/12.3TTGDR.C1, Relator Ramalho Pinto; cf. ainda Acórdão do STJ de 10.09.2014 no Processo n.º 203/12.5TTGRD.C1.S1). No processo recorrido, a atividade prosseguida pela Ré é considerada idêntica à das IPSS, o que preencherá o pressuposto legal do art. 514º/1 CT – *[sujeitos] integrados no setor de atividade e profissional definido naquele instrumento*. Contudo, a falta de referência expressa da PE às entidades equiparadas, a par da exclusão, esta sim expressa, de determinadas IPSS levaram o Tribunal da Relação a confirmar a não aplicação da PE aos sujeitos processuais em causa e, conseqüentemente, a não aplicação dos valores remuneratórios convencionadas nas CCT estendidas.

Note-se, contudo, que a exclusão das misericórdias do âmbito de extensão não decorreu de nenhuma particularidade institucional ou socioeconómica destas entidades face às demais IPSS. O que o Acórdão não refere (mas que o preâmbulo da PE claramente refere) é que o projeto inicial de regulamento (portaria) de extensão, cujo aviso foi publicado no Boletim de Trabalho e Emprego n.º 24 de 2006 (disponível em http://bte.gep.msess.gov.pt/completos/2006/bte24_2006.pdf) não excluía as misericórdias. Foram estas que expressamente solicitaram a sua não inclusão, dado pretenderem salvaguardar a sua autonomia gencial.

Dúbio é, no entanto, o sentido que se pode extrair das palavras dos juízes do Tribunal da Relação, quando afirmam terem «dúvidas de que o “legislador” da Portaria tenha equacionado a situação das entidades equiparadas a IPSS, tendo dito nela menos do que queria dizer.» A afirmação pode até ser lida em sentido inverso, pois, se as ditas entidades equiparadas não foram equacionadas, como saber que foram intencionalmente preteridas e que o autor da PE não disse menos do que queria dizer? Aliás, se ele teve o cuidado de excluir (sabe-se porquê) expressamente as misericórdias, porque não excluiu também, expressamente, as entidades equiparadas quando estas prosseguem uma finalidade que se situa no mesmo setor de atividade e profissional?

ii) O tribunal de recurso também rejeitou, à semelhança do tribunal *a quo*, a extensão das CCT aplicáveis aos Estabelecimentos de Ensino Particular e Cooperativo, consagrada na Portaria n.º 872/2006. Embora a Ré, como prescreve o Acórdão em análise, reúna as condições legais para ser considerada como um estabelecimento de ensino particular, «na medida em que ministra ensino coleti-

vo especial e formação profissional a mais de cinco utentes», não ficou provado o preenchimento de outros pressupostos exigidos pela PE para a sua inclusão (nomeadamente a existência de contratos de associação, de patrocínio ou de cooperação com o Estado).

Ademais, ao contrário do que sucedida no caso da PE relativa às IPSS, não parece que o setor de atividade e as profissões desenvolvidas na Ré sejam semelhantes aos dos estabelecimentos abrangidos pela Portaria n.º 872/2006. Os factos descritos indiciam que a *atividade principal* da Ré é o apoio social, enquanto o ensino e a formação profissional serão duas valências secundárias. Nesse sentido, vale a pena lembrar o que foi afirmado pelo Supremo Tribunal de Justiça no seu Acórdão de 30.3.2006 (Relatora Maria Laura Leonardo): «Tanto um sector económico, como um sector profissional definem-se pelo conjunto de actividades estruturais e típicas que permitem individualizá-lo e distingui-lo de outros sectores, sendo certo que o factor que permite o enquadramento em um sector é a realização a título principal e preponderante das actividades nucleares que compõem o escopo desse sector (...).»

3 COMENTÁRIO FINAL

A equiparação das cooperativas de solidariedade social às IPSS não parece ter suscitado, pelo que foi possível apurar, reflexão especial na doutrina e na jurisprudência. O entendimento prevalecente é a de uma equiparação limitada ao Estatuto das IPSS consagrado na Lei n.º 119/83 e não o de uma equiparação plena. O propósito da equiparação poderá estar numa facilitação do acesso destas cooperativas (e não de todas as cooperativas do universo cooperativo) aos contratos com o Estado previstos para a área do apoio social, dada a grande proximidade de objetivos e de destinatários que elas partilham com as IPSS. Isto, sem interferir na lógica interna de organização e funcionamento destas entidades própria da sua natureza cooperativa.

Quando, porém, se consideram casos como o que está na origem do Acórdão em análise, a oportunidade e utilidade de uma reflexão crítica sobre o sentido desta equiparação pode revelar-se pertinente.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 281-287
ISSN: 1130-2682

NULIDADE DE DELIBERAÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE
COOPERATIVA DE INTERESSE PÚBLICO, POR ABUSO DE
DIREITO. ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA
RELAÇÃO DE GUIMARÃES, DE 15 DE MAIO DE 2014

*NULLITY OF A DISSOLUTION DECISION OF A
PUBLIC INTEREST COOPERATIVE, BY AN ABUSE
OF RIGHT. NOTE ON THE COURT OF APPEAL OF
GUIMARÃES. DECISION OF THE 15TH MAY 2014*

PAULO VASCONCELOS¹

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

O litígio a que este acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães [disponível em <http://www.dgsi.pt>] pôs termo, e cujo relator foi o desembargador Fernando F. Freiras, pode ser sintetizado nestes termos.

Numa cooperativa de interesse público (régie cooperativa), integrada por uma entidade pública (Câmara Municipal), detentora de maioria absoluta de votos, em reunião da assembleia geral foi deliberada a dissolução, por proposta daquela entidade pública, uma vez que por motivos financeiros deixou de poder participar na atividade cooperativa até aí desenvolvida. Nesse sentido houve até uma prévia deliberação da assembleia municipal da autarquia em questão.

Perante esta proposta de dissolução, os restantes cooperantes apresentaram uma contraproposta no sentido de manutenção da cooperativa, sem a participação da Câmara, convertendo-a em cooperativa de serviços como, de resto, os estatutos da cooperativa previam pudessem suceder.

Todavia, posta à votação, foi a proposta de dissolução aprovada, por maioria, com os votos da Câmara Municipal.

Inconformados, os cooperantes vencidos recorreram às vias judiciais, peticionando que fosse declarada nula a deliberação de dissolução, tomada na assembleia geral extraordinária da Régie Cooperativa, ou quando assim se não entendesse, que fosse a mesma deliberação anulada judicialmente.

Em primeira instância, o Tribunal de Póvoa de Lanhoso, em saneador-sentença, conheceu de imediato o pedido e julgou a ação procedente, anulando a deliberação impugnada.

Inconformada, a Câmara Municipal recorreu para o Tribunal da Relação de Guimarães, pugnando pela revogação da sentença proferida e pela sua substituição por decisão que julgasse a ação de anulação da deliberação de dissolução improcedente, julgando, pois, válida a deliberação adaptada pela assembleia geral da cooperativa.

Todavia, a Relação de Guimarães, confirmou a decisão recorrida, considerando que «não se coaduna com a boa-fé a obstinação na extinção pura e simples da Ré [régie cooperativa] quando os cooperadores particulares se propuseram prosseguir os mesmos fins visados com a criação da cooperativa, continuando a prestar os serviços».

Este acórdão suscita várias questões interessantes.

I

Desde logo a questão da natureza jurídica das cooperativas de interesse público, ou régies cooperativas, figura pouco frequente entre nós e com escassa regulamentação legal.

Como sabemos, as cooperativas são empresas mutualistas, com o fim de desenvolver atividades económicas que permitam a satisfação das necessidades dos seus membros.

A identidade do fenómeno cooperativo pode deduzir-se dos princípios cooperativos da *International Co-operative Alliance* (ICA), associação fundada em 1895 e que coordena o movimento cooperativo internacional. Na sua versão atual, aprovada pelo Congresso de 1995, em Manchester, o *Statement on the Co-operative Identity*, enuncia os seguintes princípios caracterizadores: 1.º Adesão voluntária e livre; 2.º Gestão democrática pelos membros; 3.º Participação económica dos membros; 4.º Autonomia e independência; 5.º Educação, formação e informação; 6.º Intercooperação e 7.º Interesse pela comunidade.

Estes princípios foram também adotados em Portugal e decorrem do movimento cooperativo iniciado no século XIX, em Inglaterra, numa reação ao capitalismo industrial da época, gerador de profundas desigualdades.

Ora, de acordo com o Código Cooperativo português, as cooperativas não têm por fim obter lucros para distribuir, daí que se diga que não têm fim lucrativo, no sentido restrito de lucro.

Neste sentido se orienta o Código Cooperativo português que, no seu artigo 2.º, nos oferece a definição de cooperativa nestes termos: «As cooperativas são pessoas colectivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais e culturais daqueles».

Todavia, tal como sucede ainda hoje em vários ordenamentos jurídicos, em Portugal as cooperativas já foram consideradas sociedades, tendo começado por se encontrar reguladas no Código Comercial, que as denominava «sociedades cooperativas». Porém, desde 1980, possuem uma lei própria, estando agora previstas e reguladas no Código Cooperativo (aprovado pela Lei n.º 51/96, de 7 de setembro, que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 1997).

Apesar de se encontrarem, em Portugal, excluídas do âmbito societário, certo é que estão sujeitas ao registo comercial (cf. art. 4.º do CRC) e à insolvência (cf. art. 2.º, n.º 1, do CIRE e art. 78.º, n.º 4 do Código Cooperativo), tal como as sociedades comerciais.

Refira-se ainda que as cooperativas são uma das entidades que integram a economia social, como está consagrado no art. 4.º da Lei de Bases da Economia

Social, aprovada pela Lei n.º 30/2013, de 8 de maio. As atividades económico-sociais das entidades da economia social têm por finalidade «prosseguir o interesse geral da sociedade» (cf. art. 2.º da mesma Lei).

II

Ora, no art. 6.º do Código Cooperativo prevê-se a existência de régies cooperativas, figura de origem francesa, acolhida também em Portugal, estabelecendo aquele código que é «permitida a constituição, nos termos da respectiva legislação especial, de régies cooperativas, ou cooperativas de interesse público». Estas cooperativas são «caracterizadas pela participação do Estado ou de outras pessoas colectivas de direito público, bem como, conjunta ou separadamente, de cooperativas e de utentes dos bens e serviços produzidos». A sua criação depende de prévia decisão administrativa.

Desde 1984 estas cooperativas estão reguladas por lei própria, o DL n.º 31/84, de 21 de janeiro, que instituiu o regime das cooperativas de interesse público, vulgarmente designadas «régies cooperativas». De acordo com este diploma, as régies cooperativas «são pessoas colectivas em que, para a prossecução dos seus fins, se associam o Estado ou outras pessoas colectivas de direito público e cooperativas ou utentes dos bens e serviços produzidos».

Todavia, este tipo de cooperativas não deixa de introduzir importantes distorções ao regime geral das cooperativas, como o próprio preâmbulo do referido diploma refere, quando indica que «Embora se considere que a cooperativa de interesse público é uma figura jurídica que se deve aproximar, tanto quanto possível, da cooperativa pura e simples, não se pode olvidar que a sua especial índole, assim como a natureza dos membros que constituem a parte pública, determina, por vezes, a adopção de algumas soluções que nem sempre se coadunam com a pureza dos princípios cooperativos».

Assim, de facto, nestas cooperativas de interesse público o peso da entidade pública participante depende da sua parte no capital social subscrito, com atribuição de um número de votos proporcional. Como se prevê no art. 8.º do referido regime legal, «O Estado ou outras pessoas colectivas de direito público participam nos órgãos das cooperativas de interesse público na proporção do respectivo capital», sendo estipulado no art. 12.º que o «número de votos dos membros das cooperativas de interesse público nas assembleias gerais é proporcional ao capital que tiverem realizado».

Desta forma, as cooperativas de interesse público afastam-se de um dos elementos estruturantes da identidade cooperativa que consiste no princípio da gestão democrática, que preconiza que nas assembleias gerais das cooperativas de primeiro grau cada cooperador disponha de um voto, qualquer que seja a sua participação no respetivo capital social, como está consagrado no Código Coope-

rativo (art. 51.º, n.º 1) e na Constituição da República Portuguesa (art. 61.º e 82.º, n.º 4). Podem também estar em causa os princípios da autonomia e independência das cooperativas, bem como o princípio da participação económica dos seus membros em matéria de distribuição de excedente e de constituição de reservas.

De facto, estamos perante cooperativas que são pessoas coletivas de direito público, prosseguindo interesses públicos sendo, entre outras, indicativas de fins de interesse público as situações em que a prossecução do objeto da cooperativa dependa da utilização, nos termos permitidos pela lei, de bens do domínio público, ou do domínio privado indisponível do Estado, ou se traduza no exercício de uma atividade que a Constituição ou a lei vedem à iniciativa privada, como consta do art. 1.º, n.º 3, do DL 31/84.

Por outro lado, a parte pública pode designar os seus representantes e substituí-los, independentemente de qualquer deliberação da assembleia geral. Cabe ainda sublinhar que o mesmo diploma prevê o regime de exoneração da parte pública, estipulando no seu art. 13.º que «A exoneração da parte pública, caso não seja considerada pela lei ou pelos estatutos causa de dissolução da cooperativa de interesse público, poderá implicar a sua transformação em qualquer das espécies de cooperativas legalmente previstas».

Por este regime sucintamente descrito se pode compreender com facilidade que sem a entidade pública participante que lhe deu origem e que lhe imprime carácter distinto, qualquer régie cooperativa deixa de poder existir como tal.

III

No caso em apreço, tratou-se da aprovação de uma deliberação de dissolução da cooperativa, por proposta da entidade pública, que a fundamentou em razões de ordem financeira, uma vez que não podia continuar a suportar os custos dos diversos serviços da cooperativa. Nesse sentido tinha havido uma prévia deliberação da Câmara Municipal.

Sucedo que o Tribunal considerou que não era compreensível a «obstinação» em dissolver a cooperativa, sobretudo não tendo a entidade pública aceite ponderar, em alternativa, a sua própria exoneração, o que implicaria a retirada da proposta de dissolução que apresentara. Tal poderia permitir, no futuro, a transformação da régie cooperativa em cooperativa de serviços, prosseguindo com os cooperadores restantes, possibilidade que os estatutos admitiam expressamente.

Face a este circunstancialismo, considerou o tribunal que a deliberação continha o propósito de infligir o prejuízo maior (que era a dissolução), pelo que se tratava de uma deliberação emulativa, envolvendo a atuação da entidade pública «claro abuso de direito». Na verdade, para o Tribunal, existe grande desproporção entre o exercício do direito de voto que a entidade pública tem e o sacrifício imposto á cooperativa, isto é, a sua dissolução. Razão pela qual confirmou a decisão

recorrida — ainda que com diverso fundamento, pois aparentemente o tribunal de primeira instância tinha considerado a deliberação anulável, determinando a sua anulação, e não nula, como sucedeu neste acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães.

IV

A declaração de nulidade da deliberação maioritariamente aprovada, com fundamento em abuso de direito, suscita algumas dúvidas, que o acórdão não esclarece cabalmente.

Na verdade, não nos parece suficientemente ponderada a circunstância de se tratar de uma cooperativa de interesse público, em que a influência da entidade pública é determinante, quer para a sua constituição, quer no seu funcionamento.

De resto, a alternativa que se colocaria à exoneração da entidade pública, consubstanciaria seguramente uma alteração substancial da natureza da cooperativa, não podendo ser perspectivada como a simples exoneração de um sócio. Na verdade, desde logo, a cooperativa deixaria de ser uma pessoa coletiva de direito público, transformando-se numa cooperativa de serviços.

Acresce que, prosseguindo as régie cooperativas interesses públicos, utilizando, nos termos permitidos pela lei, bens do domínio público, ou do domínio privado indisponível do Estado, ou que se traduza no exercício de uma atividade que a Constituição ou a lei vedem à iniciativa privada, não será fácil que a cooperativa pudesse continuar a atividade que vinha sendo prosseguida, agora sem entidade pública e uma vez transformada em cooperativa de serviços.

Por outro lado, parece igualmente não terem sido devidamente ponderadas as consequências da aplicação da Lei 50/2012, de 31 de agosto, que, em determinadas circunstâncias, impunha a dissolução das empresas locais, aplicável ao caso em apreço, pois aplica-se também às cooperativas participadas por entidades públicas.

É certo que, em alternativa, poderia ser efetuada a alienação integral da participação da entidade pública, mas tal teria sempre a consequência, como vimos acima, de alterar a natureza da cooperativa em questão e suscitaria mesmo o problema das atividades a prosseguir, que deixariam de ser de natureza pública.

Daí que sancionar a deliberação de dissolução com a nulidade, por abuso de direito, salvo melhor opinião, se afigura demasiado ousado, ou pelo menos, a carcer de melhor fundamentação.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 289-295
ISSN: 1130-2682

CAIXAS DE CRÉDITO AGRÍCOLA MÚTUO: BENEFÍCIOS
FISCAIS SOBRE A PROPRIEDADE. ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO
DO STA DE 5 DE NOVEMBRO DE 2014, PROCESSO N.º 01159/13

*MUTUAL AGRICULTURAL CREDIT BANKS
TAX BENEFITS ON PROPERTY*

RITA CALÇADA PIRES¹

¹ Doutora em Direito. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Coordenadora e Investigadora do iLab do CEDIS. Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa. Correio eletrónico: rita.pires@fd.unl.pt.

O presente acórdão² do Supremo Tribunal Administrativo (STA) aborda a temática de certos benefícios fiscais das Caixas de Crédito Agrícola Mútuo (Caixas). Fá-lo no domínio do já revogado imposto municipal de Sisa sobre a transmissão onerosa dos bens imóveis (Sisa), não apresentando inovação em face de anterior jurisprudência sobre tema semelhante, antes acomodando a argumentação ao já anteriormente defendido pelo mesmo Tribunal em 2009 e em 2012³. Assim, estabelece que *as Caixas de Crédito Agrícola Mútuo e as operações por elas realizadas para qualquer dos fins abrangidos pelo Regulamento do Crédito e das Instituições Sociais Agrícolas são isentas do pagamento de toda e qualquer contribuição e imposto, sendo que tratando-se de Imposto Municipal de SISA, a mesma está dependente de a obrigação cujo incumprimento foi efectuado através de dação em função do cumprimento – transmissão de imóvel que originou a liquidação impugnada -, ter nascido, nomeadamente, para satisfazer fins exclusivamente agrícolas*. Reconhece ainda o carácter automático e officioso da citada isenção.

I OS FACTOS

O STA pronuncia-se sobre *uma impugnação judicial do indeferimento de uma reclamação deduzida contra liquidação de Sisa (e respectivos juros compensatórios) por via de outorga de escritura de dação de imóveis em função do pagamento, efectuada em Dezembro de 1997*.

Na sequência de uma acção de inspecção, uma Caixa vê ser-lhe liquidada, em 2003, Sisa pela operação de dação em pagamento ocorrida em 1997, em virtude da qual adquiriu quatro prédios, uns rústicos e outros mistos. O valor liquidado incluía quer o montante do imposto municipal quer juros compensatórios. As partes concordam nas questões factuais, discordando quanto às normas jurídicas aplicáveis. Precisamente por essa discordância da matéria de direito e não da matéria de facto, o Tribunal Central Administrativo Sul declarou-se incompetente, em razão da hierarquia, para resolver o recurso, considerando o STA como o tribunal competente.

² Acórdão disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/25b218b88127563280257d8d00529f8d?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1 (consultado em 23 de Junho de 2015).

³ Cfr. Acórdãos de 8 de Julho de 2009 (Proc. n.º 0152/09) e de 26 de Setembro de 2012 (Rec. n.º 0523/12).

2 A QUESTÃO A DIRIMIR

A justificação da Administração Fiscal para o acto de liquidação assentou no facto de a Caixa não ter cumprido com o formalismo requerido pelo Código do Imposto Municipal da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações. Nos termos desse Código, entretanto revogado, o artigo 11.º, n.º 20, previa a isenção das *aquisições de bens por instituições de crédito ou por sociedades comerciais cujo capital seja directa ou indirectamente por aquelas dominado, em processo de execução movido por essas instituições ou por outro credor, bem como as efectuadas em processo de falência ou de insolvência e, ainda, as que derivem de actos de dação em cumprimento, desde que, em qualquer caso, se destinem à realização de créditos resultantes de empréstimos feitos ou de fianças prestadas*. E de acordo com o então artigo 15.º §1 do mesmo diploma, exigia-se, para os casos anteriores, um pedido de reconhecimento da isenção ao Ministro das Finanças, dado estar-se perante uma isenção condicionada e não automática. *Quid juris?*

3 A RESOLUÇÃO DO CASO

A dificuldade do caso não se prende, como já escrito, com o seu conteúdo fáctico, com o que, como o tribunal refere, as partes concordam, mas antes com o desafio de compreender qual a Lei em vigor à data dos factos — 1997. A complexidade nasce da evolução legislativa presente no regime fiscal das Caixas e da técnica legislativa utilizada para consagrar o respectivo regime fiscal.

Procurando apresentar uma linha temporal que conceda a imagética adequada, baseando-me nos diplomas analisados pelo Tribunal, atenda-se à seguinte sucessão de actos normativos:

1914: Lei n.º 215, de 30 de Junho, estabelecendo a reorganização do crédito agrícola, é o diploma criador dos benefícios fiscais atribuídos às Caixas e que se mantiveram aplicáveis ao longo dos anos. O artigo 38.º estabelecia que *as Caixas de Crédito Agrícola Mútuo, as operações por ela realizadas e os títulos que as representem, bem como registos de hipoteca, averbamentos, cancelamentos, certificados, notas e requerimentos respeitantes a empréstimos por ela mutuados a seus sócios, são isentos do pagamento de toda e qualquer contribuição ou imposto e a sua correspondência será expedida e entregue, pelo correio, nas suas sedes, isenta de porte;*

1919: Decreto n.º 5.219, de 8 de Janeiro, aprova o Regulamento do Crédito das Instituições Sociais Agrícolas, mas reitera, no seu artigo 238.º, a isenção de qualquer contribuição ou imposto para as Caixas

e suas operações para os seus fins, de acordo com o estabelecido em 1914;

1960: Decreto-Lei n.º 45.195, de 24 de Setembro, que mantém a aplicação do citado artigo 238.º do Decreto de 1919, até se proceder à reorganização do regime das Caixas;

1982: Decreto-Lei n.º 231/82, de 17 de Junho, que aprova um novo regime jurídico do crédito agrícola mútuo e das cooperativas de crédito agrícola, adoptando, de entre outros objectivos, a plena integração das Caixas no regime geral das instituições de crédito e das cooperativas. Contudo, o diploma, no seu artigo 4.º, refere expressamente que se mantêm *em vigor todas as isenções fiscais previstas nas leis relativas às caixas de crédito agrícola mútuo e às suas operações*;

1991: Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de Janeiro, que reflecte as transformações do crédito agrícola mútuo nesses últimos anos e adapta o regime jurídico às orientações do direito comunitário, no rescaldo da adesão portuguesa ao processo de integração europeu. Este diploma revoga o diploma de 1982. Porém, nada refere quanto ao regime de 1914-1919;

1995: Decreto-Lei n.º 230/95, de 12 de Setembro⁴, que, sem proceder a alterações no quadro fiscal, reforçou a proximidade das Caixas às demais instituições de crédito;

1998: Lei n.º 85/98, de 16 de Dezembro, aprova o Estatuto Fiscal Cooperativo, estabelecendo o diploma que *o Estatuto prevalece sobre quaisquer benefícios fiscais incidentes sobre factos e situações tributárias nele previstas e concedidas por legislação anterior*.

Tendo os factos ocorridos em 1997, compreende-se que o relevante é saber qual o regime legal em vigor nessa ocasião, sendo essa a tarefa que o Tribunal enceta, analisando a sequência agora referida. Porém, o STA fá-lo com base, como já referido, em dois casos anteriormente analisados em 2009 e em 2012⁵, apoiando-se totalmente na análise e na fundamentação tecida pelos juízes nesses casos, reforçando a interpretação uniforme da jurisprudência neste caso.

⁴ Indicação do diploma no Acórdão em desconformidade: é invocado o Decreto-Lei n.º 250/95, de 12 de Dezembro, quando na realidade se trata do Decreto-Lei n.º 230/95, de 12 de Setembro.

⁵ Cfr. Acórdãos de 8 de Julho de 2009 (Proc. n.º 0152/09) e de 26 de Setembro de 2012 (Rec. n.º 0523/12).

A questão não está em analisar o regime do Estatuto Fiscal Cooperativo, dado ter sido aprovado após os factos — 1997 vs. 1998. Sendo certo que, em 1998, o regime de 1914-1919 fica revogado, passando a vigorar o regime do Estatuto⁶. A questão está em tentar compreender se o diploma de 1991 — o Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de Janeiro —, aquele que nomeadamente adapta o regime jurídico das Caixas ao regime da então CEE e que afasta o diploma de 1982, diploma que mantinha expressamente em vigor todas as isenções fiscais previstas anteriormente para as Caixas e suas operações, revoga implicitamente o regime fiscal de 1914-1919 ou o mantém em vigor.

O STA defende que, em 1997, data dos factos, o regime de 1914-1919 estava em vigor, não tendo a revogação do Decreto-Lei n.º 231/82, de 17 de Junho, pelo Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de Janeiro, afectado a isenção das Caixas. Afirma inclusivamente que tal concorre para não se poder aplicar o disposto nos já citados artigos 11.º, n.º 20 e 15.º do Código da Sisa, suportando o regime de 1914-1919 uma isenção automática e oficiosa. Para além de referir os dois anteriores acórdãos na sua fundamentação, o STA socorre-se do referido por Sérgio Vasques, em tema paralelo⁷, para invocar o *vertido na Circular n.º 15/93, de 17 de Junho, onde se afirma que a revogação do Decreto-Lei n.º 231/82 não acarretava revogação da isenção de imposto do selo dirigida às operações de crédito realizadas entre as caixas e os seus associados, pois que o artigo 4.º daquele diploma possuía natureza meramente interpretativa, estando o fundamento da isenção na legislação de 1914 e 1919 — esta, intocada pelo Decreto-Lei n.º 24/91*. Ou seja, até ao momento da aprovação do Estatuto Fiscal Cooperativo, o regime fiscal de 1914-1919 sobreviveu, sobrevivendo às sucessões legislativas.

4 BREVES NOTAS PESSOAIS

Da leitura do acórdão e do artigo doutrinário que foi utilizado pelo STA para fundamentar a sua posição são três as anotações pessoais que julgo ser fundamental deixar expressas para reflexão.

A primeira prende-se com a técnica legislativa fiscal. Casos como este poderiam ser evitados caso o legislador fiscal efectivamente seguisse os valores da clareza, simplicidade e sistematização na construção dos regimes jurídicos. A complexidade do sistema tributário contemporâneo é um dado assumido e mostra-se dificilmente evitável. Não é essa a realidade que se critica. Compreende-se que a construção de regras que sejam capazes de albergar o confronto de factores muitas

⁶ Sobre o assunto, ainda que numa perspectiva do imposto do selo, no mesmo sentido, cfr. S. Vasques, *O imposto do selo no crédito agrícola mútuo*, Ciência e Técnica Fiscal, 415 (Janeiro-Junho 2005), sobretudo págs. 220 a 228.

⁷ Sérgio Vasques, *O imposto do selo no crédito agrícola mútuo*, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 415, Janeiro-Junho 2005.

vezes conflituantes (e.g. equidade, segurança jurídica, necessidades financeiras públicas) conduz a uma densidade e complexidade inevitáveis. Porém, a complexidade não deve ter como decorrências obrigatórias a opacidade e a dificuldade no apuramento do regime tributário aplicável. Pelo contrário, deveria ser praticada e difundida a construção de regimes claros e transparentes que colocassem o mínimo de dúvidas possível no referente, pelo menos, aos elementos essenciais do imposto. A sucessão de leis no tempo e a abertura de momentos fracturantes em nada auxilia a conquistar os espaços em que se antecipem os litígios e os evitem, promovendo maior justiça, eficiência e eficácia do sistema fiscal. No caso concreto, bastava o diploma de 1991 ter reafirmado a continuidade do regime fiscal ou ter incluído no seu normativo uma norma de conteúdo equivalente.

A segunda nota a deixar prende-se com o prolongamento da duração de uma relação jurídica fiscal. Estando-se perante um imposto de obrigação única, o facto é que os tempos do procedimento e do processo tributários podem conduzir a uma extensão desmesurada dessa mesma relação jurídica fiscal. No caso concreto, o momento em que ocorre o facto gerador é 1997, o momento em que se inicia o litígio 2003, o ano em que termina o périplo judicial e o caso fica resolvido 2014. Dezassete anos medeiam o facto gerador da suposta conclusão da relação jurídica. Que implicações para o princípio da certeza jurídica?

Finalmente, a terceira nota pessoal. Atender que, na Lei de Bases da Economia Social — Lei n.º 30/2013, de 8 de Maio — está prevista a revisão do regime fiscal das entidades da economia social, sector onde se incluem as Caixas, por serem cooperativas. Os tribunais, conquanto relativamente a casos há muito ocorridos, estão ainda a trabalhar com regimes de 1914-1919, tendo já existido, como referido, um Estatuto Fiscal das Cooperativas, aprovado em 1998, e revogado em 2012 para passar a constar de um artigo específico do Código dos Benefícios Fiscais — artigo 66.º-A. Em paralelo, como decorrência da citada Lei de Bases, os regimes jurídicos dos vários tipos de entidades da Economia Social serão alterados e ajustados à realidade contemporânea. Será fulcral conceber que regimes fiscais se quer e se pode ter para a Economia Social e, neste caso, atender às especificidades das Caixas, sendo certo que as várias alterações legislativas têm demonstrado haver uma opção por uma restrição daquilo que é o regime fiscal do sector. Será que quanto mais o seu regime se aproximar das instituições financeiras mais se deixa de ter o argumento da especificidade?

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 297-304
ISSN: 1130-2682

VIOLAÇÃO DE NORMA LEGAL IMPERATIVA E
DELIBERAÇÕES DE ASSEMBLEIA GERAL DE
ASSOCIAÇÕES. ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DO PORTO DE 17 DE DEZEMBRO DE 2014

*BREACH OF MANDATORY RULE AND RESOLUTIONS OF THE
ASSOCIATIONS' GENERAL MEETING. NOTE ON THE COURT OF
APPEAL OF OPORTO. DECISION OF THE 17TH DECEMBER 2014*

MARIA ELISABETE RAMOS¹

¹ Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra. Professora Auxiliar da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Endereço eletrónico: mgramos@fe.uc.pt. Endereço postal: Faculdade de Economia de Coimbra, Av. Dias da Silva, 164, 3004-512 Coimbra.

I O LITÍGIO

O litígio decidido pelo Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17.12.2014 (processo 4878/12.7TBVNG.P1, Relator: Vieira e Cunha), gira em torno da questão de saber se é válida ou não deliberação de eleição dos membros dos corpos gerentes, tomada em 2.12.2011 pela assembleia geral ordinária da Associação X (que tem o estatuto de Instituição Particular de Solidariedade Social). Foi proclamada a eleição dos membros da lista «A», na qual a maioria dos candidatos tinha, à data, exercido mais de dois mandatos consecutivos. O art. 57.º, 4, do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, aprovado pelo DL 119/83, de 25.2 (daqui em diante, Estatuto IPSS (1983)), determina que «não é permitida a eleição de quaisquer membros por mais de 2 mandatos consecutivos para qualquer órgão da associação, salvo se a assembleia geral reconhecer expressamente que é impossível ou inconveniente proceder à sua substituição». O art. 20.º dos Estatutos da Associação X apresenta igual impedimento.

No decurso da assembleia geral do dia 2 de dezembro, o mandatário da lista «B» dirigiu ao presidente da mesa da assembleia geral uma reclamação em que requeria que: *a*) fosse declarada a inelegibilidade dos associados que integravam a lista «A» que tivessem cumprido mais de dois mandatos consecutivos em órgãos da associação; *b*) fosse permitido o pagamento das quotas a todos os associados que o pretendessem fazer, admitindo-se a sua participação no ato eleitoral; *c*) alternativamente, fosse anulado o processo eleitoral (ponto 10. dos factos provados). A mesa da assembleia geral não submeteu esta reclamação à apreciação da assembleia.

A mesa da assembleia geral reuniu em 5 de Dezembro de 2011 e deliberou indeferir a reclamação apresentada pelo mandatário da lista «B». Deliberou declarar a elegibilidade dos membros da lista «A» e não anular o processo eleitoral.

No dia 8 de março de 2013 realizou-se uma assembleia geral da associação X que se pronunciou sobre a inconveniência e a prejudicialidade para a Associação da substituição dos membros dos corpos gerentes que tivessem cumprido mais de dois mandatos consecutivos.

A sentença da primeira instância, considerando a violação do art. 57.º, 4, do Estatuto de IPSS (1983) e dos estatutos da Associação X, julgou procedente o pedido de anulação da deliberação de eleição dos candidatos da lista «A». O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17.12.2014 confirma a decisão de primeira instância.

2 DESATUALIZAÇÃO DO REGIME JURÍDICO-CIVIL DAS DELIBERAÇÕES DE ASSOCIAÇÕES

O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto aplica as normas dos arts. 177.º e 178.º do CCiv, relativas às deliberações contrárias à lei e aos estatutos e ao regime da anulabilidade. Fá-lo sem se debruçar sobre as já denunciadas fragilidades de que padece este regime.

Há muito tempo que a doutrina portuguesa alerta para as fragilidades do regime jurídico-civil das deliberações da assembleia geral de associação. Em 1976, Vasco Lobo Xavier criticou o teor literal do art. 177.º do CCiv e salientou que ele «pode dar alento à tese errónea (...) de que o sistema não conhece deliberações nulas no domínio das associações» (V. LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Atlântida Editora, Coimbra, 1976, pág. 194, nota 93).

Partindo da distinção entre *vícios de procedimento* e *vícios de conteúdo* (*ou de objeto*) – também aplicável às deliberações de associações (V. LOBO XAVIER, *Anulação*, cit., pág. 180) – Vasco Lobo Xavier defende que «a expressa inclusão da ilegalidade do objeto entre os vícios que determinam a anulabilidade das deliberações da assembleia geral das associações parece particularmente desaconselhável. É que a anulabilidade destes atos quando o seu objeto for ilegal não poder afirmada como princípio inevitável, nem sequer como regra geral. Dados os interesses por eles protegidos, a infração de um sem número de preceitos legais (v.g. direito público) através do conteúdo das deliberações das associações é indubitavelmente suscetível de determinar a respetiva nulidade» (V. LOBO XAVIER, *Anulação*..., cit., págs. 194, 195).

Esta opinião no sentido de nas associações serem nulas as deliberações cujo conteúdo viole normas legais imperativas tem sido defendida por outros autores portugueses. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pág. 191, considera «anacrónica» a limitação à anulabilidade referida no art. 178.º do CCiv. M. VILAR MACEDO, *Regime civil das pessoas coletivas – anotação aos arts. 157º a 201º-A do Código Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 109 e ss., defende a nulidade nos casos em que o conteúdo da deliberação viola norma legal imperativa. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português. Parte geral*, III, Coimbra, Almedina, 2004, pág. 566, defende que as associações podem beneficiar da aplicação analógica do regime jurídico das deliberações sociais constante do Código das Sociedades Comerciais.

Na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de dezembro de 2009 (Processo1541/08-2; Relatora: Teresa Albuquerque), admite deliberações nulas nas associações e sustenta a aplicação analógica do regime jurídico previsto no CSC.

Outros aspetos do regime jurídico-civil das deliberações de associações são criticados pela doutrina portuguesa. Questiona-se que a legitimidade ativa do associado para requerer a anulabilidade esteja dependente de ele não ter votado a deliberação (art. 178.º CCiv). Este requisito legal, entendido literalmente, conduz ao resultado indesejável de obrigar o associado presente na assembleia a abster-se (neste sentido, v. CAROLINA CUNHA/MATILDE LAVOURAS, «Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 7 de maio de 2013», CES 36 (2014), págs. 149-162 (161)). Estas Autoras defendem a interpretação corretiva do art. 178.º do CCiv de modo a reconhecer a legitimidade ativa 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 faz o vencimento (v. CAROLINA CUNHA/MATILDE LAVOURAS, «Comentário...», pág. 161. V. tb. VILAR DE MACEDO, *Regime civil...*, cit., págs. 113-114).

O DL 172-A/2014, de 14 de novembro, que altera o Estatuto de IPSS, mantém o regime da anulabilidade das deliberações como regime-regra (art. 22º), mas admite expressamente deliberações nulas (art. 21º-D). Esta disposição é notoriamente inspirada no art. 56º do CSC (Sobre esta disciplina, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Artigo 56º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Coimbra, Almedina, 2010, págs. 653, ss.).

3 A MESA DA ASSEMBLEIA GERAL

O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17.12.2014 refere que a *mesa da assembleia geral* «não constitui um órgão da instituição», embora, no caso concreto, «estatutariamente dirija os trabalhos e decida sobre protestos e reclamações relativas aos atos eleitorais».

Nem o regime jurídico-civil nem o Estatuto de IPSS (1983) fazem menção à mesa da assembleia geral/presidente da assembleia geral. Com as alterações introduzidas pelo DL 172-A/2014, de 14 de novembro, o regime das associações de solidariedade social (arts. 52.º e ss.), passa a contemplar a figura do *presidente da mesa da assembleia geral* com competências próprias. Por sua vez, a *mesa da assembleia geral* de carácter permanente e com competência para dirigir os trabalhos da assembleia é prevista no art. 61.º-A.

Estas alterações introduzidas pelo DL 172-A/2014, de 14 de novembro, são inaplicáveis à deliberação de eleição dos membros da lista «A», tomada em 2 de dezembro de 2011. A esta aplicam-se o disposto no art. 57.º, 4, do Estatuto de IPSS (1983), o art. 20.º dos Estatutos da Associação e as disposições dos arts. 177.º e 178.º do CCiv.

Parece que as normas legais indicadas não impedem que os estatutos da associação prevejam a mesa de assembleia geral, liderada por um presidente, e que seja dotado de competências que não exautorem os órgãos legais.

As matérias relativas à natureza e aos poderes do presidente da mesa geral têm sido discutidas com profundidade no contexto das sociedades comerciais e, em particular, nas sociedades anónimas – órgão da sociedade, órgão da assembleia ou, apenas, o exercício de um cargo (Sobre este debate, v. V. LOBO XAVIER, *Anulação...*, cit., págs. 314, ss. nota 70). Para as sociedades anónimas, o art. 374.º do CSC prevê a obrigatoriedade da mesa da assembleia geral (sobre esta, v. P. DE TARSO DOMINGUES, «Artigo 374º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. VI, Almedina, 2013, Coimbra, págs. 30, ss.).

Não tivemos acesso à cláusula estatutária relativa aos poderes da mesa da assembleia geral/presidente da mesa da assembleia geral. Revela o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto que estatutariamente foi atribuído à mesa da assembleia geral o poder de dirigir os trabalhos e decidir os protestos e reclamações relativos aos atos eleitorais. E, portanto, esta competência parecia estar reservada à mesa da assembleia geral. O que parece indicar que estamos perante um *órgão estatutário* com competências definidas estatutariamente. O que não legitima que a mesa da assembleia geral assumira competências legalmente reservadas à assembleia geral.

4 DELIBERAÇÃO DE ELEIÇÃO DA LISTA «A»

No dia do ato eleitoral o mandatário da lista «B» invocou a inelegibilidade de membros da «lista A» que, ao momento, tivessem cumprido mais de dois mandatos consecutivos em órgãos da associação. Esta reclamação funda-se no disposto no art. 57.º, 4, do Estatuto de IPSS (1983) e no art. 20.º dos Estatutos da Associação. Em reunião de 5 de dezembro de 2011, reuniu-se a mesa da assembleia geral e deliberou sobre a elegibilidade dos membros da lista «A» e da lista «B». Tendo a lista «A» obtido 77, 5% dos votos, foi declarada eleita.

Nos termos do art. 57.º, 4, do Estatuto de IPSS (1983) compete *exclusivamente* à assembleia geral (e não à mesa/presidente da assembleia geral) deliberar sobre autorização de recandidatura de membros de corpos gerentes que tenham cumprido mais de dois mandatos consecutivos. Tal deliberação de autorização deve reconhecer expressamente que «é impossível ou inconveniente» proceder à substituição» de membros de órgãos gerentes (sobre esta autorização, v. CAROLINA CUNHA / MATILDE LAVOURAS, «Comentário...», pág. 155). Tomada esta deliberação pela assembleia geral, e sendo cumpridos os requisitos estabelecidos, é removida a proibição legal constante da primeira parte do art. 57.º, 4, do Estatuto IPSS (1983) e, por conseguinte, autorizada a recandidatura dos associados.

Acontece que em momento algum a assembleia geral da Associação X foi chamada a autorizar a recandidatura de associados que, à data, tivessem cumprido mais de dois mandatos consecutivos em órgãos da associação.

Não restam dúvidas que a deliberação de eleição dos membros da «Lista A» violou *norma legal imperativa* consagrada no art. 57.º, 4, do Estatuto de IPSS (1983) e norma estatutária. No entanto, deve aqui aplicar-se a doutrina consagrada no art. 58.º, 2, do CSC: «Quanto das estipulações contratuais se limitarem a reproduzir preceitos legais, são estes considerados directamente violados, para os efeitos deste artigo e do artigo 56.º».

Inexistindo deliberação da assembleia que autorize a recandidatura de associados que já cumpriram dois mandatos consecutivos em órgãos sociais da associação, o art. 57.º, 4, do Estatuto IPSS 1983 consagra um «impedimento absoluto» (CAROLINA CUNHA / MATILDE LAVOURAS, *ob. cit.*, pág. 155) que obsta a que a recandidatura possa ser admitida.

E, como é claro, ainda que se defenda que a mesa da assembleia geral/presidente é um órgão estatutário, em momento algum este pode conferir-se competências que, por lei, estão atribuídas exclusivamente à assembleia geral.

Questão que se deve discutir – e que o Acórdão não discutiu – é a natureza do vício (ilegalidade) em que incorre a eleição que viole o disposto no art. 57.º, 4, do Estatuto IPSS (1983) – trata-se de um *vício de procedimento* ou de um *vício de conteúdo*? Carolina Cunha/Matilde Lavouras parecem sustentar que se trata de um *vício de conteúdo* (CAROLINA CUNHA/MATILDE LAVOURAS, «Comentário... cit.», pág. 157). Se assim se considerar, haverá fundamento para se defender que a deliberação de eleição dos membros da lista «A» é *nula*.

Recentemente, a legislação portuguesa evoluiu no sentido de consagrar a *nulidade* de deliberação que viole as regras legais sobre a elegibilidade de associados para órgãos sociais. O art. 21.º, 2, do DL 172-A/2014, de 14 de novembro, determina que a inobservância dos requisitos previstos na lei determina a «nulidade da eleição do candidato em causa». Por outro lado, o art. 21.º-C, n.º 6, do DL 172-A/2014, de 14 de novembro, determina que o «presidente da instituição ou cargo equiparado» só possa ser eleito para três mandatos consecutivos, sob pena de nulidade da eleição (art. 21.º-C, n.º 7, do DL 172-A/2014, de 14 de novembro) (sobre este regime, v. A. J. B. CONCEIÇÃO, *Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Coimbra, Almedina, 2015).

Nas IPSS de forma associativa encontramos três presidentes: o presidente do órgão de administração, o presidente do órgão de fiscalização e o presidente da mesa da assembleia geral. Suscitar-se-ão as questões e saber quem é o «presidente da instituição» e quais são os cargos equiparados.

CONCLUSÃO

As instâncias pronunciaram-se no sentido da anulabilidade da eleição dos candidatos da «lista A», por violação do disposto no art. 57.º, 4, do Estatuto IPSS (1983) e dos Estatutos da Associação X. No entanto, em momento algum foi dis-

cutida a natureza do vício de que enferma esta deliberação — vício de procedimento ou vício de conteúdo. A reflexão em torno deste aspeto não teria alterado a conclusão de que a deliberação de eleição de membros da Lista «A» é ilegal, mas teria enriquecido a fundamentação. Porque, na verdade, como é reconhecido pela doutrina e jurisprudência portuguesas, o regime jurídico-civil das deliberações da assembleia geral está datado e, por conseguinte, necessita de especiais esforços interpretativos. E vai fazendo caminho o entendimento de que as normas jurídico-societárias podem ser aplicadas, certamente com adaptações, às deliberações das assembleias gerais das associações.

II

XURISPRUDENCIA

II.2.2. ANOTACIÓNS XURISPRUDENCIA (ESPAÑA)

CES
Cooperativismo e Economía Social
Núm. 37 (2014-2015), págs. 307-316
ISSN: 1130-2682

ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS
SOCIOS DE UNA COOPERATIVA DE VIVIENDA.
ANOTACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2011

*EXTENT OF RESPONSABILITY OF THE MEMBERS OF
A HOUSING COOPERATIVE. NOTE ON THE SUPREME
COURT DECISION OF 12TH DECEMBER, 2011*

ENRIQUE GADEA¹

¹ Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Deusto. Dirección de correo electrónico: egadea@deusto.es.

I INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2011 (La Ley 247073/2011), se refiere, en su Fundamento Jurídico 4º, a la responsabilidad de los socios de la cooperativa por los gastos efectuados en la construcción de las viviendas, en los siguientes términos:

“La deuda contraída por la Cooperativa, a través de su consejo rector, con la empresa demandante ahora recurrida SEGIPSA, incluía los gastos relativos a la construcción de las viviendas adjudicadas a los cooperativistas demandados, los honorarios de gestión devengados por la actora y los intereses de ambos conceptos. Debe recordarse la STS 219/2008, de 30 enero, que recoge la doctrina de otras sentencias de la Sala, en la que se establece que “tratándose, como ocurre en el presente caso, de una obra de viviendas y locales siendo promotora la cooperativa, y cumpliéndose el objetivo social de la misma en la adjudicación y entrega de tales unidades de obra, a los cooperativistas, la jurisprudencia de esta Sala considera que éstos son co-promotores, y que adeudan, para evitar un enriquecimiento injusto a su favor, a la constructora, las cantidades no pagadas, por los trabajos y materiales que se invirtieron en la misma, es decir, en cada una de las unidades (viviendas o locales) de los que los mismos, como adjudicatarios, obtienen provecho, al llegar a ser propietarios y poseedores de ellos”.

Por tanto, la regla general se enuncia diciendo que los cooperativistas deben las cantidades que la cooperativa está obligada a pagar a la constructora por las obras.

Como efecto de la anterior, surge una segunda cuestión relativa al tipo de responsabilidad con que los socios cooperativistas resultan obligados frente a la constructora y es aquí donde se plantea el recurso de casación, porque al haber sido condenados en forma solidaria, los recurrentes se oponen a ello, alegando las reglas de la mancomunidad, que consideran deben regir esta relación de acuerdo con las normas que citan como infringidas.

Tal como se ha reproducido en el Fundamento Jurídico 1º de esta sentencia, en el contrato celebrado entre el consejo rector de la cooperativa y la constructora, se estableció que la responsabilidad correspondía al propio consejo rector, “solidario con todos los socios”. Esta cláusula lleva a los cooperativistas a la necesidad

de impugnar la interpretación que de la misma ha llevado a cabo la sentencia recurrida, lo que no han efectuado y se han limitado a aludir la infracción de las normas de la Ley de 1987 y de sus propios estatutos que establecían la regla de la mancomunidad.

La regla que establece la mancomunidad no es imperativa y puede ser alterada por los acuerdos de las partes, pactos que deben ser objeto de interpretación en cada caso concreto (STS 553/2008, de 18 junio (LA LEY86343/2008)).

Los socios recurrentes pretenden que no se les puede obligar a responder de forma distinta a la que se establece en los estatutos de la cooperativa, pero esta conclusión sería solo aplicable si no existiese la cláusula de responsabilidad antes referida. De este modo, hay que poner de relieve que los socios pretenden que no se tenga en cuenta una cláusula contenida en el contrato de construcción que por otra parte, no han impugnado”.

2 COMENTARIO

Los autores que defienden la responsabilidad ilimitada del socio por la vía de la imputación de pérdidas, presentan como argumento de su tesis cierta jurisprudencia con origen en cooperativas de viviendas, que defiende que el socio de una cooperativa de viviendas, habiendo recibido el inmueble, responde frente a los acreedores de la cooperativa por deudas vinculadas con los gastos de construcción de la vivienda, o por sobrecostes de la promoción. Lo que sucede es que los supuestos a los que se refiere la citada jurisprudencia, lo son de responsabilidad de los socios frente a terceros, con fundamento en el enriquecimiento injusto que en otro caso podría producirse.

Para explicar la cuestión vamos a partir de las relaciones mutualista y societaria del socio con la cooperativa de vivienda de la que forma parte, para, posteriormente, justificar que la responsabilidad del socio está determinada por la naturaleza jurídica de su relación con la cooperativa.

2.1 Responsabilidad del socio en función de la naturaleza jurídica de su relación con la cooperativa

2.1.1 Relación mutualista

Es la conexión de que existe entre el socio y la cooperativa para la satisfacción de la necesidad propia del socio, que en este caso es la adquisición de una vivienda. Esta conexión conlleva el nacimiento de un derecho y de una obligación recíproca:

- a) El derecho del socio a una vivienda y la obligación de la cooperativa de procurársela. Esto es, el derecho a la obtención de los servicios cooperativizados.
- b) El derecho de la cooperativa a obtener del socio los recursos suficientes para financiar la vivienda. Es decir, el derecho a los pagos para obtener los servicios cooperativizados.

La ejecución de estos derechos y obligaciones es la actividad cooperativizada. La actividad cooperativizada exige a la cooperativa una labor de intermediación en el mercado con terceros, lo que se suelen denominar actividades instrumentales. Por las deudas que surgen por las contrataciones que efectúa la cooperativa por actividades instrumentales, en defecto de patrimonio social, responderá el socio. En realidad, en el ámbito de la relación mutualista, el socio responde del coste de la vivienda que le es adjudicada para evitar su enriquecimiento injusto. Si la cooperativa no puede pagar las deudas relativas al coste de la vivienda, los acreedores tendrán una acción directa contra la cooperativa y contra el patrimonio de cada uno de los socios integrantes. Así, la STS de 19 de mayo de 1993 (Fundamento Jurídico 1º, RAJ 1993/3803) dice al respecto, que, *“admitiendo que la Cooperativa, una vez construidos los pisos, los adjudicara, es evidente que antes debió afrontar todos los pagos, que al no hacerlo así, eludió sus obligaciones, y que los cooperativistas tuvieron que hacer nuevas aportaciones”*, añadiendo a continuación que, *“por todo ello, cuando (los cooperativistas) reciben los pisos sin haber pagado todo su costo, se produce un enriquecimiento sin causa o una falta de empobrecimiento no justificado, (lo que) es también evidente”*, y concluyendo que *“tal entrega de los pisos no legitima el impago de los materiales, con el que se han enriquecido los cooperativistas”*.

2.1.2 Relación societaria

La relación societaria exige el desembolso de aportaciones, directas (tanto en forma aportaciones al capital como de cuotas de ingreso) o indirectas (venta de activos), para crear un fondo común para un fin común. A diferencia de la relación mutualista en esta prevalece el interés común, dirigido al cumplimiento el objeto social, que no es otro que el de procurar viviendas a los socios. En esta relación societaria la conexión cooperativa-socios puede explicarse del mismo modo que si se tratase de una sociedad de capital.

Dentro de las operaciones de carácter societario, cabe mencionar la venta de locales o de viviendas no adjudicadas a los socios. De estas operaciones pueden derivarse excedentes o pérdidas sociales. Por estas deudas derivadas de la relación societaria, es decir, de partidas ajenas al coste de la vivienda, donde la cooperativa actúa en beneficio de todos sus socios, no responde el patrimonio de los socios, sino el patrimonio que adquiere y forma la cooperativa con los recursos obtenidos de aportaciones directas e indirectas. Para determinar la responsabilidad externa

del socio ante los acreedores de operaciones que no tienen carácter instrumental (al margen del coste de su vivienda) debe acudir a lo dispuesto en la Ley, que en lo relativo a este punto prevén de forma generalizada:

“La responsabilidad del socio por las deudas sociales estará limitada a las aportaciones al capital social que hubiera suscrito, estén o no desembolsadas en su totalidad”.

En resumen, la relación mutualista genera una responsabilidad que afecta al patrimonio personal de los socios, en tanto en cuanto éstos deben responder de las operaciones instrumentales relativas al coste de la vivienda adjudicada para evitar el enriquecimiento injusto. En cambio, la responsabilidad de la relación societaria está limitada a lo aportado y a lo comprometido a aportar a la sociedad.

2.2. Referencia a la jurisprudencia relativa a la responsabilidad de los socios de las cooperativas de vivienda

El planteamiento expuesto se recoge en numerosas sentencias relativas al tema, entre las que destacaremos las siguientes:

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2005** (La Ley 13978/2005) condena a los cooperativistas a pagar a la constructora de las viviendas las cantidades que correspondía abonar a la cooperativa, que era insolvente y de hecho había desaparecido desde la construcción y posterior entrega de las viviendas. Sin embargo, condena a los socios al pago de las cantidades individuales debidas, por considerar que no sería justo hacerlo igualitariamente porque se daría un enriquecimiento injusto de unos socios frente a otros.

Concretamente, en el Fundamento Jurídico 2º señala: *“En definitiva, la Sentencia es congruente con las peticiones de las partes (en este caso, de la actora), pues a través de la acumulación de acciones (expresamente aducida) hecha en demanda, y partiendo de que la condena de la Sociedad es inocua, por su insolvencia, de lo que se trata es de que se condene a los socios, que son los adjudicatarios de las viviendas, que las disfrutaban, y esto es lo que aquélla, en definitiva, determina, y el punto de partida es esa declaración de insolvencia, que dice la Sentencia que está patentizada. La condena a las cantidades individuales debidas, es la más justa, por estar perfectamente determinadas, no siendo factible, en justicia, hacerlo igualitariamente, porque se daría un enriquecimiento injusto de unos frente a otros”*.

Y, posteriormente, en el Fundamento Jurídico 4º añade: *“Tratándose, como ocurre en el presente caso, de una obra de viviendas y locales (construcción de*

un bloque, perteneciente a una Urbanización más amplia), siendo Promotora la Cooperativa, y cumpliéndose el objeto social de la misma en la adjudicación y entrega de tales unidades de obra, a los cooperativistas (o, en su caso, a los que les sucedieran, por subrogación autorizada por la Cooperativa, tras la previa adquisición, por traspaso, de esa condición de socios), la jurisprudencia de esta Sala considera que éstos son co-promotores, y que adeudan, para evitar un enriquecimiento injusto a su favor, a la Constructora, las cantidades no pagadas, por los trabajos y materiales que se invirtieron en la misma, es decir, en cada una de las unidades (viviendas o locales) de los que los mismos, como adjudicatarios, obtienen provecho, al llegar a ser propietarios y poseedores de ellos:

1.- Así, la S. de esta Sala, n.º 472/93, de 19 de mayo, dice al respecto, que, “admitiendo que la Cooperativa, una vez construidos los pisos, los adjudicara, es evidente que antes debió afrontar todos los pagos, que al no hacerlo así, eludió sus obligaciones, y que los cooperativistas tuvieron que hacer nuevas aportaciones”, añadiendo a continuación que, “por todo ello, cuando (los cooperativistas) reciben los pisos sin haber pagado todo su costo, se produce un enriquecimiento sin causa o una falta de empobrecimiento no justificado, (lo que) es también evidente”, y concluyendo que “tal entrega de los pisos no legitima el impago de los materiales, con el que se han enriquecido los cooperativistas”.

2.- Aún más claro, lo dice la S. n.º 477/1992, de 22 de mayo (citada en la Apelación por el hoy recurrido), para la que “cuando las viviendas de protección oficial son construidas en régimen de Cooperativa para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados, y no para destinarlas al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico (no consta, en el presente caso, que en él este supuesto se diera), los propios cooperativistas se convierten en socios co-promotores de la construcción de dichas viviendas, y, como tales, vienen obligados a sufragar el costo real de la construcción de las mismas, según se desprende de lo establecido en el art. 104 del Reglamento de Cooperativas, de 16 de noviembre de 1978” ..., como “tiene declarado esta Sala en S.S. de 20-II-1989 y 6-III-1990, en las que se afirma que la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción, son operaciones a todas luces diferenciables de la idea de venta a persona ajena a la constructora”. Termina dicha Sentencia diciendo que “el art. 112 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, carece de aplicación al presente supuesto litigioso, ya que los gastos de construcción de las viviendas por la Cooperativa, que lógicamente han de ser pagados por los cooperativistas adjudicatarios de las viviendas, no pueden ser incluidos dentro del concepto de “sobreprecio o prima en el arrendamiento, venta o acceso diferido”, a que se refieren, tanto dicho precepto, como las sentencias que cita el recurrente, las cuales contemplan y resuelven supuestos de verdaderas ventas hechas por el

promotor a terceros adquirentes de las viviendas por aquél construidas, que no es el caso que aquí nos ocupa”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2006 (La Ley 150005/2006) rechaza que la sentencia recurrida haya infringido la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto. En su Fundamento Jurídico 3^a señala lo siguiente: *“Es cierto que esta Sala en supuestos de Sociedades Cooperativas para la construcción de viviendas para los propios cooperativistas tiene establecido que se consideran que éstos son co-promotores y que adeudan, vía enriquecimiento injusto, las cantidades no pagadas por los materiales y trabajos que se invirtieron en la construcción de las viviendas y locales (por todas la Sentencia de 19 de octubre de 2.005 (rec. 474/1.999), que menciona la Sentencia de 19 de mayo de 1.993, también citada tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial); pero en el caso objeto del presente recurso la situación no es la misma, puesto que las cantidades pagadas por los fiadores-demandantes, y ahora recurrentes, tiene su origen, como declara probado la Sentencia de la Audiencia Provincial, no en “gastos necesarios para la adjudicación a quienes hoy son demandados de sus respectivas viviendas y plazas de garaje, sino de deudas bien de terceros cooperativistas, morosos en sus obligaciones con la cooperativa, bien de una anormal gestión, no explicada convenientemente que llevó a la adjudicación de determinadas viviendas por precio inferior al real...”.* Esta sustancial diferencia determina que no quepa hacer responsable a los socios cooperativistas, ni levantar el velo social para el pago de las deudas que dieron origen al préstamo de la cooperativa y la fianza de los demandantes -asumida voluntariamente-, puesto que en nada incrementaron el valor de los pisos o locales adjudicados, por lo que no se puede decir que hubiera enriquecimiento de los demandados, quedando limitada la responsabilidad de los socios cooperativistas, en los términos expuestos por el artículo 14 de los Estatutos. Es más, partiendo de la base de que para exista un enriquecimiento injusto hace falta un desplazamiento patrimonial que conexas inequívocamente los patrimonios, sin que intervengan terceros extraños al citado desequilibrio, en este caso interfiere en dicha relación la existencia de morosidad en algunos de los cooperativistas y la anormal gestión de los socios gestores de la entidad”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Enero de 2008 (La Ley 875/2008) en su Fundamento Jurídico 1^o señala que: *“Prosperó la demanda, no sólo frente a la Cooperativa, sino además, con carácter subsidiario, frente a los socios cooperativistas, por entender el Juzgado que el principio de responsabilidad limitada de éstos, consagrado en el artículo 71 de la Ley especial, no pugnaba con la obligación de los socios de abonar, además de las cuotas correspondientes, las obras hechas en sus respectivas viviendas”.*

Seguidamente en su Fundamento Jurídico 4º, en términos similares a la de 19 de octubre de 2005, dice: *“La pretensión impugnatoria de las recurrentes choca con la ya consolidada doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala en supuestos similares, compendiada, entre otras, en Sentencia de 19 de octubre de 2005, que cita, a su vez, las de 19 de mayo de 1993 y 22 de mayo de 1992. Así, se señala en estos casos que “tratándose, como ocurre en el presente caso, de una obra de viviendas y locales siendo Promotora la Cooperativa, y cumpliéndose el objeto social de la misma en la adjudicación y entrega de tales unidades de obra, a los cooperativistas, la jurisprudencia de esta Sala considera que éstos son copromotores, y que adeudan, para evitar un enriquecimiento injusto a su favor, a la Constructora, las cantidades no pagadas, por los trabajos y materiales que se invirtieron en la misma, es decir, en cada una de las unidades (viviendas o locales) de los que los mismos, como adjudicatarios, obtienen provecho, al llegar a ser propietarios y poseedores de ellos”.*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2011 (n.º 555/2011), confirma también la tesis de que los cooperativistas deben pagar las cantidades que la cooperativa está obligada a pagar a la constructora por las obras imputables a su vivienda. Demostrado que el dinero que aportaron unos - los de la fase de protección oficial - estaba exclusivamente destinado a la construcción de las que habrían de ser sus viviendas, la aplicación de parte de ese capital a otro fin, en provecho de los socios de lo que era una fase distinta, habría justificado el éxito de una acción de regreso, si es que hubieran pagado voluntariamente, y explica el de una “condictio por intromisión”, que, es la consecuencia de la utilización de valores patrimoniales destinados, únicamente, al provecho de los aportantes.

Así, en el Fundamento Jurídico 3º se concreta lo ha apuntado en los siguientes términos: *“El aplicable artículo 71 de la Ley 3/1987 , a cuyo tenor los socios no responden personalmente de las deudas sociales, salvo disposición en contrario de los estatutos, fue interpretado por la jurisprudencia, en relación con las cooperativas de viviendas y en supuestos en los que éstas habían sido adjudicadas a los socios, en el sentido de que, para que los adjudicatarios no se enriquecieran injustamente a costa de los acreedores de la sociedad -normalmente ejecutores de la obra de construcción o proveedores de materiales-, debían satisfacer los créditos, aunque fuera más allá de las aportaciones que les eran exigibles.*

Son de mencionar en tal sentido las sentencias 472/1993, de 19 de mayo, 772/2005, de 19 de octubre, 1256/2007, de 22 de noviembre, y 73/2008, de 30 de enero.

Esa doctrina es aplicable al caso enjuiciado, pese a que los titulares de los créditos y los obligados fueran socios de la misma cooperativa de viviendas, integrados en dos fases distintas de la promoción.

En efecto, demostrado que el dinero que aportaron unos - los de la fase de protección oficial - estaba exclusivamente destinado a la construcción de las que habrían de ser sus viviendas, la aplicación de parte de ese capital a otro fin, en provecho de los socios de lo que era una fase distinta - en el caso, la primera -, habría justificado el éxito de una acción de regreso, si es que hubieran pagado voluntariamente - artículo 1158 del Código Civil -, y explica el de una “condictio por intromisión”, que, como se señala en la sentencia recurrida, es la consecuencia de la utilización de valores patrimoniales destinados, únicamente, al provecho de los aportantes”.

3. CONCLUSIÓN

En conclusión después de analizar las sentencias reseñadas cabe afirmar que de su contenido se deduce que *los cooperativistas no pueden recibir los pisos sin haber pagado todo su costo para evitar su enriquecimiento injusto*. Por tanto, se desprende que a los cooperativistas se les pueden reclamar *las cantidades que la cooperativa está obligada a pagar a la constructora por las obras (las deudas derivadas de la relación mutualista)*, pero no se les puede hacer responsables de las deudas derivadas de defectos de construcción de los pisos vendidos a terceros no socios, ni de ningún gasto ajeno a la adjudicación de su vivienda o local **(deudas derivadas de operaciones de carácter societario)**, en cuanto que éstos no enriquecen en nada a los socios de la cooperativa. Siendo ello así, la responsabilidad de los socios por estas deudas queda limitada a las aportaciones al capital social que hubieran suscrito.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 317-322
ISSN: 1130-2682

ACORDO DE BAIXA VOLUNTARIA NON XUSTIFICADA
NUNHA COOPERATIVA DE VIVENDA. CAUSAS
E FUNDAMENTOS. COMENTARIO Á SENTENZA
133/2014 DA SECC. N.º 28 DA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE MADRID DE 28 DE ABRIL DO 2014

*VOLUNTARY LOW NO JUSTIFIED IN A HOUSING
COOPERATIVE. CAUSES AND FOUNDATIONS. COMMENTARY
TO THE JUDGMENT 133/2014, SEC. N.º 28, OF THE
PROVINCIAL COURT OF MADRID OF APRIL 28, 2014*

ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS¹

¹ Avogada do Ilustre Colexio de Avogados de Santiago de Compostela. Correo electrónico: isabel.cabanelas@gmail.com.

O obxecto deste comentario é a sentenza da Sección 28 da Audiencia Provincial de Madrid 133/2014, do 28 de abril, no recurso de apelación número 725/2012, interposto como demandada-apelante por PUERTA DE VICÁLVARO SOC. COOP. MADRILEÑA DE VIVIENDAS e como parte demandante-apelada Don Luís Enrique e Dona Sara, contra a sentenza ditada polo Xulgado do Mercantil número 8 de Madrid, de data 17 de abril do 2012, nos autos número 676/2010, sobre declaración de nulidade dos acordos adoptados polo Consello Reitor e o Comité de Recursos da cooperativa nos que calificaban a baixa de Don Luís Enrique e Dona Sara como non xustificada e asemade sobre a declaración do dereito de reembolso dos socios que causan baixa á devolución da cantidade total reclamada.

I ANTECEDENTES

O 3 de outubro do 2000 Dna. Sara e D. Luís Enrique incorporáronse como socios de PUERTA DE VICÁLVARO SOC. COOP. MADRILEÑA DE VIVIENDAS aportando un total de 42.639,96 euros para financiar a construción da vivenda. A cooperativa establece como prazo de entrega da vivenda o ano 2004, prazo que non foi cumprido. O 9 de xullo do 2009, celébrase unha Asemblea Xeral na que se acorda que a partir de setembro, os socios desembolsen mediante derramas mensuais novas cantidades destinadas á construción das vivendas. O 5 de outubro Dona Sara e Don Luís Enrique comunican ao Consello Reitor a decisión de causar baixa por non poder facer fronte as novos pagos.

O 10 de decembro o Consello Reitor acorda a baixa e califícaa como: “baixa voluntaria non xustificada, fundamentando esta calificación do seguinte xeito: “a túa baixa perxudica gravemente os intereses da cooperativa (Artigo 13, Apartado A, Punto 2, Letra B dos Estatutos)”.

O 10 de xaneiro do 2010 Dona Sara e Don Luís Enrique recorren o acordo de baixa ante o Comité de Recursos. O 25 de maio o Comité de Recursos rexeita o recurso e ratifica o acordo do Consello Reitor, e engade catro novos motivos á calificación da baixa como voluntaria non xustificada adoptada polo Consello Reitor. Estes motivos son os seguintes: “1.- Incumprimento do período de preaviso. 2.- Os motivos alegados non son suficientes para a xustificación da baixa. 3. O socio non estaba ao corrente de pago das aportacións establecidas no momento de comunicar a baixa. 4.- A baixa perxudica gravemente os intereses da Cooperativa por ter imputado o socio un resultado moi superior ao das aportacións realizadas”.

As partes non chegan a un acordo e os socios presentan demanda contra a cooperativa ante o Xulgado do Mercantil número 8 de Madrid.

O 17 de abril do 2012, o Xulgado do Mercantil número 8 de Madrid, dita resolución na que estima a demanda, declara a baixa como xustificada e asemade declara o dereito de reembolso da suma total de 42.639,96 euros no prazo de 18 meses dende a presentación da solicitude de baixa polos socios.

Esta resolución foi recorrida en apelación por PUERTA DE VICÁLVARO SOC. COOP. MADRILEÑA DE VIVIENDAS ante a Sección 28 da Audiencia Provincial de Madrid que resolve o 28 de abril do 2014 desestimar o recurso e confirmar a sentenza apelada.

2 COMENTARIO

O conflito de intereses que da pé a esta resolución trae a súa causa en dous acordos sucesivos. O primeiro acordo é o do Consello Reitor de 10 de decembro do 2009 que califica como “non xustificada” a baixa de Don Luís Enrique e Dona Sara fundamentando tal calificación en que: “a túa baixa perxudica gravemente os intereses da cooperativa (Artigo 13. Apartado A. Punto 2. Letra B de los Estatutos)”. O segundo acordo é o acordo do Comité de Recursos de 25 de maio do 2010 que ratifica o anterior do Consello Reitor e engade catro motivos máis polos que este órgano entende que a baixa dos socios debe ser calificada como “baixa voluntaria non xustificada”.

Esta calificación de “non xustificada” da baixa supón para Dona Sara e para Don Luís Enrique un dobre prexuízo na medida en que permite á cooperativa aplicar deducións nas achegas que ten que devolver aos socios e asemade dota á cooperativa dun prazo máis longo para facer efetivo dito pago.

Para tratar de aclarar o problema exposto debemos partir dun principio básico que rixe no ámbito cooperativo, o principio de portas abertas. Este principio supón un réximen de libre adhesión e baixa voluntaria dos socios. É dicir, permite aos socios darse de baixa na cooperativa voluntariamente sen que exista unha causa que o motive.

O principio de portas abertas é recollido como un dos principios inspiradores do funcionamento das cooperativas na Declaración da Alianza Cooperativa Internacional, celebrada en Manchester no ano 1995. Asemade, a Lei e Cooperativas da Comunidade de Madrid remite como principios retores no funcionamento e regulación das cooperativas amparadas pola citada Lei aos principios establecidos na Declaración da Alianza Cooperativa Internacional nos que se atopa o citado principio de portas abertas, (artigo 1).

Recollendo este principio, o artigo 20 da Lei de Cooperativas da Comunidade de Madrid establece que:

“1.- O socio poderá darse de baixa voluntariamente na cooperativa en calquera momento, mediante preaviso por escrito aos Administradores no prazo que fixen os Estatutos, que non poderá ser superior a seis meses para as persoas físicas e a un ano para as persoas xurídicas.

4.- O incumprimento do prazo de preaviso, asemade como as baixa que se producieran dentro dos prazos de permanencia mínimos, terán a consideración de baixas non xustificadas, (...).

5.- Ademais do establecido no apartado anterior, considerarase que a baixa voluntaria é non xustificada: a) Cando o socio realice actividades competitivas coas da cooperativa nun prazo de tempo inferior a un ano, posterior á súa saída da cooperativa b) Nos demais supostos obxectivos previstos nos Estatutos.”

En definitiva, este principio de portas abertas que permite aos socios entrar e saír libremente das cooperativas supón que toda baixa debe calificarse como xustificada, salvo que a Lei ou os estatutos sociais determinen á súa calificación como non xustificada.

Centrándonos nas cooperativas de vivendas e no caso obxecto de estudo, o acordo do Consello Reitor contravén o principio de portas abertas ao calificar a baixa voluntaria como non xustificada sen alegar causa concreta pola que acorda tal calificación, (artigos 1, 20 e 114 da LCCMadrid). A afirmación “a túa baixa perxudica gravemente os intereses da cooperativa” non pode ser entendida como causa concreta que permita a calificación da baixa como non xustificada. Este defecto no procedemento que conleva a nulidade do acordo recorrido en modo algún pode ser subsanado polo posterior acordo do Comité de Recursos, tratando de fundamentar a calificación baseándose en catro novos motivos.

Sen entrar a valorar o contido material do acordo do Comité de Recursos, os defectos formais que imposibilitan a subsanciación do acordo do Consello Reitor que califica a baixa como voluntaria non xustificada son dous. O primeiro dos motivos é moi evidente, a competencia para acordar e calificar a baixa dos socios na cooperativa correspóndelle legal e estatutariamente con carácter indelegable ao Consello Reitor, artigo 39 da LCCMadrid. Polo tanto, é este órgano e non o Comité de Recursos o que debe acordar a baixa e calificala fundamentando a súa decisión no principio de portas abertas que inspira toda a lexislación cooperativa. O segundo motivo, non menos evidente que o primeiro, é o alcance da competencia do Comité de Recursos, unha vez presentado polo socio o recurso contra o acordo de baixa. A competencia do Comité de Recursos debe limitarse a ratificar ou non o acordo obxecto de recurso pero nunca pode suplir ao Consello Reitor completando ou modificando o acordo recorrido, artigo 47 da LCCMadrid. En consecuencia,

o acordo do Comité de Recursos de 25 de maio de 2010 debeuse limitar exclusivamente a estimar o recurso presentado polos socios contra o acordo do Consello Reitor de 10 de decembro do 2009 que calificaba a baixa como voluntaria non xustificada.

En atención ao sinalado, a conclusión non pode ser outra que a nulidade do acordo do Consello Reitor por terse ditado vulnerando o principio de portas abertas que rexe o funcionamento da cooperativa conforme a Lei de Cooperativas da Comunidade de Madrid e os Estatutos sociais e que establecen que salvo causas tasadas a baixa dun socio nunha cooperativa debe ser considerada como baixa voluntaria xustificada.

A suma da nulidade do acordo de baixa máis o principio de portas abertas que conleva a declaración da baixa como xustificada ten unha dobre consecuencia para a devolución das achegas feitas polos socios unha vez que estes causan baixa na cooperativa. A primeira, é que só no caso das baixas non xustificadas pódense aplicar deducións nas achegas dos socios. A segunda, o prazo de reembolso das achegas no caso de baixa non xustificada é de tres anos fronte aos dezoito meses no caso de baixa xustificada, artigo 114 da LCCMadrid e artigo 14 dos Estatutos. No procedemento orixe desta sentenza, Dona Sara e Don Luís Enrique reclaman á cooperativa o pago da cantidade íntegra que entregaron para financiar o pago da vivenda, no prazo máximo de 18 meses a contar dende que solicitaron a baixa pois entenden que a súa baixa merece a calificación de xustificada. No momento de interposición da demanda, xa transcurrira o prazo máximo de 18 meses previsto estatutariamente para o reembolso do capital polo que a sentenza do Xulgado primeiro e a de apelación despois dalles a razón e recoñece o dereito dos socios á devolución íntegra da cantidade achegada no prazo máximo de 18 meses por tratarse dunha baixa voluntaria xustificada.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 323-328
ISSN: 1130-2682

**IMPUTACIÓN DE PERDAS NA LIQUIDACIÓN DAS
ACHEGAS AO CAPITAL SOCIAL. ANOTACIÓN
Á SENTENZA DA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE ALBACETE DE 9 DE MAIO DE 2014**

*ALLOCATION OF LOSSES IN LIQUIDATION OF CONTRIBUTIONS
TO SHARE CAPITAL. NOTES ON THE JUDGEMENT OF THE
PROVINCIAL COURT OF ALBACETE OF 9 MAY 2014*

ANXO TATO PLAZA¹

¹ Catedrático de Dereito Mercantil. Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: atato@uvigo.es.

Varios socios da sociedade cooperativa de Castela A Mancha Almendras Sierra de Segura causaron baixa na cooperativa. Ao liquidar as súas achegas ao capital social, o Consello Reitor deduciu das mesmas as perdas imputables aos socios nos exercicios precedentes. Os socios impugnaron os acordos de liquidación perante a Asemblea Xeral, que rexeitou estas impugnacións. O acordo da Asemblea Xeral foi entón impugnado ante a xurisdición ordinaria.

A demanda foi estimada só parcialmente en primeira instancia. Os socios recorreron entón perante a Audiencia Provincial de Albacete, solicitando a nulidade dos acordos de liquidación na medida en que se descontaban das achegas ao capital social as perdas imputables aos socios.

A Audiencia Provincial de Albacete rexeitou o recurso de apelación interposto polos socios. E para acadar esta conclusión, apoiouse, entre outros, nos seguintes fundamentos de Dereito: “A primeira cuestión do segundo motivo de oposición fai referencia á suposta falta de información á que foron sometidos os ex socios por parte da cooperativa nas súas liquidacións, facéndose referencia expresa aos exercicios que se tiveron en conta para aplicar deduccións por perdas, a que non se informou das perdas de exercicios anteriores e cal é a produción de cada socio, alegándose que é a cooperativa a que debe probar cada un dos extremos das liquidacións que realiza o Consello Rector, pois se ben esta afirmación pode chegar a ser certa de xeito indirecto, non é menos certo que a falta de información que constitúe a causa de pedir dunha suposta anulabilidade debe ser probada pola parte actora (...). É obvio que a cooperativa cumpriu co procedemento establecido e que as débedas, perdas e resultado aplicado nas liquidacións eran os efectivamente auditados e aprobados nas Asembleas Xerais e que a distribución entre seccións era axustada á norma mercantil e contable e se realizaba de xeito regular e correcto, e así mesmo que as distribucións de perdas a cada un dos socios se realizou correctamente en función da actividade cooperativa e que os saldos do cliente proveedor de cada un dos actores eran correctos e estaban ben contabilizados, (...) aportándose tamén, ademáis das liquidacións de cada un dos demandantes, os libros maiores, as facturas que sustentan os saldos, as contas anuais, a separación da contabilidade e contas de perdas e ganancias das seccións, actas da Asemblea Xeral, informes de auditoría, un informe pericial exhaustivo e detallado sobre a contabilidade, contas, distribución de perdas e débedas, resultado de cada exercicio e saldos de cliente proveedor, etc., datos que non foron desvirtuados por inexactos polos recorrentes. Respecto da pretendida falta de información, que os actores eran socios da cooperativa e tiñan acceso á totalidade da documentación xa que esta documentación era pública ao estar inscrita no Rexistro de Cooperati-

vas, e que a restante correspondíase coa actividade cooperativa da cal cada socio tiña toda a información das datas de alta e baixa, sendo coñecedores dos anos de permanencia, as hectáreas afectas, e os kilos que achegan, e non se advirte que existira problema en que eles mesmos poderan comprobar a liquidación e ademais coñecían como eran as hectáreas afectas, kilos achegados, facturas recibidas e emitidas, e dispoñían de todos os albaráns que eles mesmos asinaban, sendo cuestión distinta que os actores nunca solicitaran esa información nin á cooperativa nin ao Rexistro de Cooperativas, polo que tamén deben rexeitarse estes extremos do recurso e a alegación de que as perdas non foron correctamente imputadas, aprobadas e aplicadas pola cooperativa, tendo quedado en sentenza delimitados os feitos para establecer as perdas de cada un dos exercicios en base aos informes de auditoría, contas anuais, actas das Asembleas Xerais e Informe pericial que amosan que as perdas de cada un dos exercicios foron correctamente imputadas, correctamente aprobadas e en ningún caso a súa deducción vulnera o establecido nos Estatutos sociais e na Lei de Cooperativas, non sendo certa a alegación segundo a cal só os socios que abandonaron a cooperativa sufrirán a asunción de perdas e non os que permanecen, pois en cumprimento estricto da normativa contable, mercantil e específica cooperativa, se un socio actual decide irse da cooperativa, na súa correspondente liquidación repercutiráselle a parte de perdas que lle corresponda dacordo coa actividade cooperativa, mentres que se o socio permanece na cooperativa e se dan beneficios futuros, non cobrará os beneficios ata que se compensen as perdas con estes, co que paga directamente as perdas con cargo ao retorno cooperativo, e de igual forma se o socio continúa poderá ter que asumir en calquera momento a obriga de pagar proporcionalmente as perdas, pois ou ben se pode acordar a achega de capital para compensar perdas ou ben se cumprirá o prazo máximo de dez anos que as perdas poden permanecer na conta de resultados negativos de exercicios anteriores a compensar con beneficios futuros”.

2

A baixa dun socio na cooperativa fai nacer en favor deste o dereito ao reembolso das súas achegas ao capital social. Agora ben, antes de ser reembolsadas, estas achegas deben ser liquidadas. E, dentro das operacións de liquidación, ocupa un lugar destacado a imputación de perdas ao socio.

En efecto, a lexislación cooperativa permite que do importe das achegas ao capital social sexan deducidas aquelas perdas que deban ser imputadas ao socio no exercicio social no que causa baixa. Por esta razón, antes de proceder ao reembolso das achegas, debe agardarse ao peche do exercicio social correspondente. E, unha vez pechado o exercicio social, poderase proceder á liquidación das achegas, descontando do seu importe nominal –entre outros posibles importes- as perdas que deban ser imputadas ao socio que causa baixa.

3

Polo demais, e como ben destaca a sentenza que anotamos, esta imputación de perdas non xenera ningún tipo de desigualdade entre o socio que causa baixa na cooperativa e aqueles que permanecen nela. En efecto, existen diferentes criterios na lexislación cooperativa á hora de regular a imputación de perdas. Non obstante, a práctica totalidade da lexislación cooperativa contempla, ben a súa imputación a unha conta especial para a súa amortización con cargo a futuros resultados positivos, ben a súa imputación aos socios (xa sexa de xeito directo ou previa imputación aos fondos de reserva voluntarios ou obrigatorios).

Deste xeito, os socios que permanecen na cooperativa tamén deben ásumir a imputación de perdas, ben de xeito directo, ben con cargo a futuros resultados positivos. En consecuencia, a imputación de perdas ao socio que causa baixa non xenera ningún tipo de desigualdade en prexuízo deste.

4

A sentenza que anotamos, por último, adéntrase tamén na análise dunha cuestión ulterior: a inexistencia dun dereito de información específico do socio que causa baixa en relación cos criterios de imputación de perdas na liquidación das súas achegas ao capital social. Cómpre recordar, neste senso, que no suposto que deu orixe á sentenza que nos ocupa instábase a anulación do acordo de liquidación alegando –entre outros extremos– que os socios que causaran baixa non foran debidamente informados dos criterios utilizados para imputar perdas no proceso de liquidación das súas achegas ao capital social. Sen embargo, a Audiencia, cun bo criterio, rexeita a existencia dun dereito específico de información do socio que causa baixa en relación cos criterios empregados para a imputación de perdas.

En efecto, non cabe ignorar que o socio xa ostenta un dereito de información xeral que lle permite o acceso ás contas anuais e á documentación relacionada con elas. Na Lei de Cooperativas de Galicia, este dereito recoñécese no artigo 23. Establece este precepto o seguinte: “Como contido mínimo do dereito de información, toda persoa socia ten dereito a: a) Recibir unha copia dos estatutos e, se é o caso, do regulamento de réxime interno, así como das modificacións deles, sendo responsabilidade do órgano de administración facilitar a dita documentación. b) Ter libre acceso ao exame do libro rexistro de persoas socias, ao libro de actas da asemblea xeral e ao libro de achegas ao capital social no domicilio social da cooperativa, e, se o solicita, a que o órgano de administración lle expida copia certificada dos acordos adoptados nas asembleas xerais, nun prazo non superior a quince días desde a solicitude, e así mesmo, se é o caso, copia certificada daquelas actas que sexan do seu interese e non estean aínda incorporadas ao libro de actas. c) Recibir, se o solicita, do órgano de administración copia certificada dos acordos do dito órgano que a afecten persoalmente e, en todo caso, a que se

lle amose e aclare no domicilio social da cooperativa, nun prazo non superior a un mes, o estado da súa situación económica coa cooperativa. d) Ter á súa disposición durante todo o prazo da convocatoria, para a súa consulta no domicilio social da cooperativa, as contas anuais, a proposta de distribución de resultados, o informe, se é o caso, de auditoría externa e o informe do órgano de intervención cando a asemblea xeral, conforme a orde do día, teña que deliberar e adoptar acordos sobre as contas do exercicio económico. Durante o dito prazo, calquera persoa socia poderá solicitar por escrito do órgano de administración, con polo menos cinco días de antelación á realización da asemblea xeral, calquera aclaración referida á documentación mencionada neste punto, para ser contestada no acto da asemblea xeral. Cando na orde do día se inclúa calquera outro asunto de natureza económica, será aplicable o establecido no parágrafo anterior, ben que referido á documentación básica que reflecta a cuestión económica que vaia debater a asemblea, e sen que sexa preciso o informe do órgano de intervención. e) Solicitar por escrito do órgano de administración calquera aclaración e informe sobre a marcha da cooperativa, que lle será proporcionado na primeira asemblea xeral da cooperativa que teña lugar, pasados quince días desde a presentación do escrito. f) Recibir do órgano de administración por escrito, nun prazo non superior a un mes, a información que considere necesaria, cando o 10% das persoas socias da cooperativa ou 100 persoas socias lla soliciten tamén por escrito”.

Así pois, atopámonos ante un dereito de información de perfís sumamente amplos, que permiten o acceso do socio a practicamente calquera documentación relacionada coa cooperativa e, máis en particular, a calquera documentación relacionada coas contas anuais e co estado da súa situación económica coa cooperativa. Por esta razón, non parece necesario recoñecer ao socio que causa baixa na cooperativa un dereito de información específico sobre os criterios empregados para a liquidación das súas achegas ao capital social, pois o socio pode acceder a esta información polo mero exercicio do dereito xeral de información que lle recoñece a lexislación cooperativa.

CES

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 37 (2014-2015), páxs. 329-334

ISSN: 1130-2682

LA BAJA OBLIGATORIA EN RELACIÓN AL
INCUMPLIMIENTO VOLUNTARIO DE LOS REQUISITOS
PARA SER SOCIO DE LA COOPERATIVA: ANOTACIÓN
A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE ALBACETE DE 20 DE MAYO DE 2014.

*COMPULSORY WITHDRAWAL FROM THE COOPERATIVE
SOCIETY DUE TO THE VOLUNTARY UNFULFILMENT
OF REQUIREMENTS FOR COOPERATIVE MEMBERSHIP:
ANNOTATION TO THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL
COURT OF ALBACETE, 20TH MAY 2014*

SARA LOUREDO CASADO¹

¹ Doctoranda del Área de Derecho Mercantil, Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: saralouredo@uvigo.es.

Es objeto de esta anotación la sentencia de la AP de Albacete (Sección 1.^a) núm. 116/2014, de 20 de mayo, en la que se resuelve un recurso de apelación interpuesto por una sociedad cooperativa agraria en relación a la calificación de la baja de uno de sus socios.

I LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Albacete conoció de la demanda de D. Vicente frente a la Sociedad Cooperativa Agraria San Antonio Abad en relación a la impugnación de unos Acuerdos Sociales adoptados por el Consejo Rector en fecha de 7 de junio de 2011 y por la Asamblea General Ordinaria, el 29 de julio de 2012. El fallo de dicha sentencia estimaba la petición del actor de que su baja fuese considerada como obligatoria.

Los antecedentes a esta resolución se desarrollaron en lo que podríamos llamar “varias fases”:

1. Solicitud por el socio, en el año 2009, a las Autoridades cooperativas de arranque de sus viñedos;
2. Efectivo arranque de viñedos en 2010;
3. Solicitud en el año 2011, por D. Vicente, mediante escrito dirigido al Presidente de la Cooperativa en que comunicaba su voluntad de causar baja porque había cesado ya desde el 2010 en la explotación de viñedos.
4. Tanto el Consejo Rector como la Asamblea General concedieron la baja al actor considerándola voluntaria. Y a la misma, le aplicaron una serie de reglas contenidas en los Estatutos, por las cuales, al haber incumplido el compromiso de permanencia general (que se prolongaba hasta la finalización del ejercicio económico) y especial (hasta el 25 de junio de 2011), se le imponían unas obligaciones:
 - Pago de una indemnización de daños y perjuicios a la sociedad, consistente en la parte proporcional de gastos generales que hubiese debido pagar durante el tiempo que le faltaba hasta la fecha de finalización del compromiso de permanencia, incrementados en un 10%, calculados conforme a la participación del socio en la actividad cooperativizada en los últimos años.
 - No exención de su responsabilidad frente a terceros ni frente a la cooperativa por obligaciones asumidas e inversiones realizadas y no amortizadas.
 - Y, en relación al cálculo de la liquidación de su capital social se aplicarían una serie de deducciones y se le repercutirían ciertas pérdidas.

5. No estaba de acuerdo D. Vicente con estas consecuencias económicas ya que, a su modo de ver (o deberíamos decir, al modo de ver de su defensa letrada) las mismas no se podrían aplicar a una baja obligatoria. Esto motiva la interposición de la demanda, que es estimada por el Juzgado de instancia, quien decreta que no se pueden imponer las antedichas “penalizaciones económicas”.

2 LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

2.1. Normativa aplicada

La sentencia aplica la LCCLM, y en concreto, el art. 27 referido a la baja obligatoria. También los arts. 15 y 16 de los Estatutos de la Cooperativa, que se transcriben en la propia sentencia.

2.2. Razonamientos jurídicos

La Sociedad Cooperativa Agraria San Antonio Abad interpuso contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º3 de Albacete el recurso de apelación que, a continuación analizamos.

Basó su recurso en dos motivos: el primero era una supuesta “incongruencia extrapetita” de la sentencia, que no fue estimado y en el que no nos detendremos. Es el segundo el que comentamos porque entra a valorar, en definitiva, cuál debe ser la calificación de la baja del actor. Y esto nos lleva, irremediamente, a delimitar el concepto de la baja obligatoria.

La de “baja obligatoria” es una categoría propia de las cooperativas sin que haya una figura paralela en otros tipos societarios capitalistas ni personalistas. Se aleja de la institución de “separación del socio”, sin que de otro lado se corresponda con la categoría societaria de la “exclusión o expulsión” pues aun cuando comparte con éstas su funcionamiento al margen o en contra de la voluntad del socio, su regulación en el ámbito cooperativo presenta particularidades en el procedimiento disciplinario en el que se inserta (PULGAR EZQUERRA, J., “La pérdida de la condición de socio en el marco cooperativo: baja y expulsión” en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., OLEO BANET, F., y MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (Coords.), *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Civitas, Pamplona, 2010, pág. 1051).

La sentencia transcribe los arts. 15 y 16 de los Estatutos de la Cooperativa. El primero regula la baja voluntaria, y el segundo la baja obligatoria. No se dan definiciones de ninguna de ellas, y en relación a la baja voluntaria, lo que se dispone es, más bien, el procedimiento que ha de seguir el socio: preaviso por escrito al Consejo Rector, con una antelación mínima de 6 meses antes del fin del ejercicio económico. En esos seis meses, el socio se encuentra en la misma situación que

tenía antes de solicitar la baja voluntaria, con los derechos y obligaciones correspondientes; y solo será reembolsado de sus aportaciones al fin de ese plazo, también cuando incumpla su obligación de preavisar.

El artículo siguiente de los Estatutos es relativo a la baja obligatoria; y ésta se vincula a la pérdida de los requisitos establecidos en la Ley o en los propios Estatutos para tener la condición de socio. Además, en concreto, para la rama agraria, que es a la que pertenece el demandante, la baja obligatoria se produce cuando los socios dejen de ser titulares de las explotaciones agrarias del ámbito material y territorial de la cooperativa. En cuanto al procedimiento, esta baja la acuerda el Consejo Rector, de oficio, a petición de cualquier socio o del socio afectado; y requiere previa audiencia del interesado. Lo relevante de este precepto es que el propio socio puede pedir su baja obligatoria, luego la “voluntariedad” no es la nota que la distingue de la baja voluntaria, a pesar de lo que pudiera parecer por sus nombres.

A continuación, analiza la sentencia el art. 27 de la LCCLM, que merece la pena ser estudiado en detalle porque establece una regulación completa; así, el apartado 1 establece que:

- *Causarán baja obligatoria los socios que pierdan los requisitos exigidos para mantener su condición según esta Ley o los estatutos de la cooperativa.* Hasta aquí, hay coincidencia con lo establecido en los Estatutos y también con la LC, que tiene una redacción casi idéntica a la autonómica, en su art. 17. Pero continúa con la siguiente previsión:
- *No obstante, los socios ordinarios que perdieran los requisitos obligatorios para ostentar esa condición podrán instar su conversión en colaboradores, siempre que los estatutos sociales previeran esta categoría.* Luego, la pérdida de requisitos no tiene por qué implicar de forma automática la salida de la cooperativa, sino que puede significar también un cambio de categoría en aquellas cooperativas que prevean la figura de los colaboradores. Sigue:
- *La baja obligatoria siempre tendrá la consideración de justificada.* De la redacción legal se desprende que ésta será la regla general. Pero, como casi siempre, a continuación viene la excepción:
- *Sin embargo, cuando la pérdida de los requisitos para ser socio sea consecuencia de la voluntad de incumplir las obligaciones con la cooperativa o de beneficiarse indebidamente con la baja obligatoria, no sólo no procederá la baja obligatoria sino que **podrá** ser acordada la expulsión del socio de la cooperativa, quien además deberá indemnizar a la sociedad de los daños y perjuicios derivados de su actuación antijurídica y fraudulenta. Siendo de aplicación, en todo caso, a los casos de baja obligatoria no justificada lo establecido en el artículo 28.4 de esta Ley.* Parece que debemos concluir de este artículo que ante una voluntad por parte del socio de no cumplir los requisitos,

no estaremos ante una baja obligatoria sino que podríamos estar incluso ante una expulsión (pero esto es facultativo porque se emplea la expresión “podrá”).

Luego, ¿ante qué “figura” estamos? Aquí puede haber dos interpretaciones: considerar que, a pesar de la enrevesada y confusa redacción del artículo, la Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha sí prevé la posibilidad de que se produzcan bajas obligatorias que tienen la consideración de “no justificadas”, y a ellas se aplicarán las consecuencias del art. 28.4 (que son las de las bajas voluntarias no justificadas). O cabría una segunda interpretación, que sería la más literal y es pensar que cuando se produzca una baja que, aunque pudiera parecer obligatoria, trae su causa en una voluntad del socio de incumplir los requisitos, estaremos ante una posible expulsión o ante un incumplimiento de la relación con la cooperativa, que tendrán que evaluar los órganos de ésta, y a la que se aplicarán las consecuencias previstas en el régimen sancionador de los Estatutos, además de las del art. 28.4.

La Audiencia Provincial se decanta por la primera de las teorías. Además, si acudimos a la anterior Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha, 20/2002, el art. 31.2 establecía “*La baja obligatoria no tendrá la consideración de justificada cuando la pérdida de los requisitos para ser socio sea consecuencia de la voluntad del socio de incumplir sus obligaciones con la Cooperativa o de beneficiarse indebidamente con su baja obligatoria*”. A mi juicio, el precepto dejaba la puerta abierta a la existencia de bajas obligatorias no justificadas, y éste sería otro argumento más a favor de la primera interpretación. Podríamos también aventurar que el origen de la incongruencia serían los “añadidos” efectuados sobre la redacción anterior, o los cambios de redacción que se fueron produciendo durante la tramitación legislativa.

3 FALLO

La sentencia de la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso interpuesto por la Sociedad de Cooperativas (ya que el primer motivo, como dijimos, en relación a una incongruencia extrapetita no fue estimado) y revoca la resolución de instancia.

Y esto es lo interesante, no se cambia la calificación de la baja como obligatoria, pero se añade que es una baja injustificada, y se mantienen los pronunciamientos del Consejo Rector en cuanto a las obligaciones económicas impuestas.

Hemos de puntualizar aquí que la teoría que mejor explica esta posibilidad de considerar, a la vez, una baja como obligatoria y como no justificada es que la baja justificada y no justificada constituirían categorías autónomas predicables como cualificación no sólo de la baja voluntaria, sino también de la obligatoria (PULGAR EZQUERRA, J., “La pérdida de la condición de socio en el marco cooperativo: baja y expulsión” en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., OLEO BANET, F., y MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (Coords.), *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Civitas, Pamplona, 2010, págs. 1044-1045).

CES

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 37 (2014-2015), páxs. 335-341

ISSN: 1130-2682

**BAIXA VOLUNTARIA DUNHA COOPERATIVA: O DEREITO
AO REEMBOLSO SOBRE AS ACHEGAS AO CAPITAL
SOCIAL E A OBRIGA DO SOCIO DE RESPONDER POLAS
AMORTIZACIÓNS POR INVERSIÓNS. ANOTACION Á
SENTENZA DA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA
(SECC. 2ª) NÚM. 264/2014 DE 2 DE XUÑO, 2014**

*VOLUNTARY LOW IN A COOPERATIVE: RETURN OF
CONTRIBUTIONS RIGHT AND MEMBER OBLIGATION TO
RESPOND BY AMORTIZATION FOR INVESTMENT. ANNOTATION
TO THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL COURT OF
LLEIDA (SECC. 2º), NÚM. 264/2014 OF JUNE 2, 2014*

XACOBO IZQUIERDO ALONSO¹

I RESUMO

A Audiencia Provincial resolve o recurso de apelación contra a sentenza do Xulgado do Mercantil núm. 1 de Lleida, que estimaba parcialmente a demanda presentada por M. SCCL contra A. SCCL, así coma tamén estimaba parcialmente a demanda reconvenicional interposta por esta última contra a primeira, en ambos os dous casos sen facer especial condena en costas.

No relativo á demanda, o Xulgado resolvera:

Por unha parte:

1. Declara o dereito ao reembolso da actora sobre as súas achegas ao capital social de A. SCCL, na suma que indica e cos acrecentamentos sinalados.
2. Declara a non obriga da parte demandada a realizar decontado o pagamento das achegas ao capital social por seren obxeto de compensación.

Pola outra parte:

1. Declara que M. SCCL debe satisfacer á actora reconvenicional a cantidade que indica, en concepto de pagamento de amortizacións dos cinco anos posteriores á data da efectividade da baixa do socio da demandada reconvenicional na sección de froita de A. SCCL, coma consecuencia da aplicación do art. 16.3 dos Estatutos.
2. Declara que se debe compensar a dita cantidade coa antes aludida, reclamada na demanda principal, mais o intereses calculados coma se sinala.
3. Condena a M. SCCL a satisfacer a A. SCCL a diferenza que resulte a prol del, mais os intereses legais correspondentes.

M. SCCL interpon recurso de apelación contra a sentenza do Xulgado. No fundamento do recurso, a precitada demandante, en relación ao fondo do asunto, alega:

1. Infracción da normativa cooperativa en relación aos efectos económicos da baixa do socio na lei catalana 18/2002, e na supletoria lei estatal, en especial no que atinxe á liquidación das achegas, concepto das deducións e reembolso do saldo;
2. Erro na avaliación da proba practicada, en especial das probas periciais, incidindo no vencello entre as subvencións e as amortizacións que se reclaman e insistindo na prescripción da acción exercitada na demanda reconvenicional.

Todo é negado pola contraparte.

O cerne da argumentación sobre o fondo do recurso, segundo recolle a sentenza anotada, consiste en afirmar que “la deducción limitada al 20% de las aportaciones obligatorias es una deducción por daños y perjuicios y no una sanción o multa y consecuentemente es incompatible con la deducción quinquenal. Indica que en cualquier caso se podría haber elegido aplicar la quinquenal al momento de hacer la liquidación y presentarla al socio al causar baja, pero no se hizo, aplicándose la norma porcentual con su grado máximo del 20%, por lo que no puede admitirse ahora que por vía reconvenicional se pretenda aplicar cinco años más tarde una deducción que ni se hizo y ni siquiera se anunció en su momento”.

A Audiencia Provincial resolve desestimando o recurso de apelación interposto por M. SCCL contra a sentenza dictada polo Xulgado Mercantil 1 de Lleida, confirmando a dita resolución con imposición de costas da alzada á apelante.

2 ANOTACIÓN

No Fundamento Cuarto a Sala analiza a cuestión de fondo relativa a alegada infracción da normativa cooperativa respecto aos efectos económicos da baixa do socio na precitada lei catalana 18/2002, e na supletoria lei estatal, segundo o que se acaba de indicar e que é o aspecto a anotar que aquí interesa. Desbotando as transcritas alegacións da recurrente, entende o Tribunal que, para analizar a natureza da responsabilidade que se exige a M. SCCL, débese aplicar o art. 19.6 da lei 18/2002 (e non o invocado art. 20.5 do mesmo corpo legal).

O art. 19.6 da lei catalana 18/2002 establece que “los estatutos pueden establecer que, en caso de baja, los socios respondan durante un plazodeterminado que éstos establezcan, que nunca puede ser superior a cinco años, de las inversiones realizadas y no amortizadas, en proporción a su actividad cooperativizada. Esta medida no es de aplicación si el consejo rector ha considerado que la baja del socio o socia es justificada por causa de fuerza mayor. Tampoco se aplica al socio o socia en los supuestos y con los requisitos establecidos en el artículo 56.4”.

A Sala considera que a propia lei compatibiliza a dita obriga no caso de baixa do socio, sexa cal fora a causa, coa responsabilidade do art. 20, sen que a aplicación da unha desbote a da outra, poidendo se aplicar amba-las dúas.

O dito artigo 20.5 – reformado por Decreto-lei 1/2011, de 15 de febrero (BOE de 30 de marzo) –, establece que “los socios que causen baja de la cooperativa, una vez fijado el importe de las aportaciones que debenreembolsarse, siguen siendo responsables ante la cooperativa, durante cinco años, de las obligaciones queésta haya contraído antes de la fecha de la pérdida de su condición de socio o socia. Los estatutos socialespueden establecer el método para la cuantificación y determinación de dicha responsabilidad”.

Esta responsabilidade establecida no repetido art. 20.5 (á que a recurrente alude co término “quinquenal”), considera a Sala que éo ante a Cooperativa polas

obrigas que esta tivera contraído fronte a terceiros antes da data da perda da condición de socio. Responsabilidade que nada ten que ver –continúa a Sentencia anotada- coa prevista no art. 19.6, que non trata que o socio responda das anteditas obrigas, senon das amortizacións polas inversións realizadas, sexa debido ou non o seu importe a terceiros: non se non responde neste caso por obrigas da propia Cooperativa, senon por amortizacións dos bens de inversión.

Continua decindo o meritado Fundamento Cuarto da resolución comentada, que o art. 20.2.b) (da lei catalana 18/2002) regula a penalización prevista para os casos de baixa inustificada ou expulsión; e que a penalización prevista nos Estatutos Sociais de A. SCCL, a detraer do reembolso, nos casos de baixa non xustificada, é do 20% das achegas obrigatorias ao capital social.

En efecto, o dito artigo 20.2.b) establece que “del importe definitivo del reembolso que resulte pueden deducirse las cantidades que el socio o sociadeba a la cooperativa por cualquier concepto; las que sean procedentes por baja no justificada o expulsión; las responsabilidades que le puedan ser imputadas y cuantificadas, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que regula el Artículo 26.2LCAT; las pérdidas no compensadas de ejercicios anteriores, y las previsiones de pérdidas del ejercicio en curso que será preciso regularizar una vez cerrado”. Segundo a Sala xulgadora, este precepto autoriza que, ademais da dedución por baixa non xustificada que se acaba de indicar, poidan se aplicar ou restar outras responsabilidades susceptibles de seren imputadas ou cuantificadas, como por exemplo, a do art. 19.6 (mais arriba transcrito).

Así pois, é rexeitada pola Sala a alegación da apelante de que a responsabilidade porcentual e a quinquenal son excluíntes, e a de que ao se ter reducido a porcentaxe máxima do 20% das súas achegas obrigatorias por baixa non xustificada, xa non se pode deducir a quinquenal do art. 20.5. A Audiencia considera que non é esa a responsabilidade que se reclama na *litis*, senon a do art. 19.6 por amortizacións, non vencellada ésta incumprimento ningún nin tampouco a un dano ou prexuízo e que nin siquer está limitada ao importe da achega ao capital social. Para o xulgador da apelación estamos ante unha responsabilidade obxetiva prevista pola lei, recollida temén nos Estatutos da Cooperativa, poidendo, xa que logo, suceder que, un socio que teña cumpridas todas as súas obrigas sociais e que, ademais, sexa baixa xustificada, teña que responder das amortizacións se así se recolle nos Estatutos Sociais.

Contemplanse nesta resolución tres posibles supostos de deducións nas devolucións das achegas ao socio que causa baixa: un primeiro concepto o relativo á responsabilidade por cinco anos das obrigas da cooperativa antes da perda da condición de socio (art. 22.4 da LCCAT); no segundo lugar teríamos a dedución baseada na penalización por baixa inustificada do socio (art. 20.2.b) da LCCAT); finalmente e en terceiro termo, está o caso das deducións para pago de amortizacións dos cinco anos posteriores á data da efectividade da baixa (art. 19.6 da

LCCAT), o que constitúe precisamente o obxecto de reclamación por vía reconvenicional na *litis* en cuestión.

Distinción importante entre os precitados supostos de deducións é a de que que o primeiro, o da deducción por perdas, é de obrigado cumprimento. Na LCCAT o márxese de discrecionalidade que poden enche-los estatutos límitase aquí ao establecemento do método para a cuantificación e determinación da dita responsabilidade (en sentido semellante, a título de exemplo, os artigos 51.2 da LC e 64.3, LCG). Responsabilidade ésta que será de carácter limitado, tanto en relación ao *quantum* (ata o importe das achegas aínda que non estiveran totalmente desembolsadas), como no tempo (nun duplo sentido: obrigas contraídas antes da perda da condición de socio e responsabilidade polas mesmas durante cinco anos dende que esta situación de baixa ten lugar).

En relación ás posibles penalizacións por baixa inxustificada do socio, atopámonos aquí cunhas deducións causais, por mor do motivo que orixina a baixa do socio. No caso da Cooperativa reconvínte, no suposto de baixa xustificada pódese deducir ata o 20% das achegas obrigatorias.

No derradeiro lugar está a deducción cuxa compensación é reclamada reconvenicionalmente pola Cooperativa recurrida: a que corresponde á responsabilidade por cinco anos de inversións realizadas e non amortizadas. Esta deducción prodúcese en proporción á participación do socio na actividade cooperativizada, non en función das achegas, co que se poderían imputar ao patrimonio do cooperativista: se a responsabilidade é limitada polas débedas sociais, a tal limitación non impediría a responsabilidade persoal e ilimitada fronte a sociedade das perdas orixinadas na explotación (F. TORRES PEREZ: *Régimen Jurídico de las Aportaciones Sociales en la Sociedad Cooperativa*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 432 y 433).

Ten interese, a este respecto e para concluir, a Sentenza da A.P. de Tarragona n.º 309/2013, de 2 de setembro (<http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/220014/sentencia-ap-tarragona-309-2013-de-2-de-septiembre-cooperativas-agropecuarias-asambleas-general>, consulta: 16 junio 2015) que, en aplicación do mesmo precepto —art. 19.6 da LCCAT—, de xeito acertado considera que, no ámbito relacional da entidade cooperativa cos seus propios socios, como é o caso dunha obriga que teña socio coa cooperativa, a responsabilidade individual aquí se só para coa sociedade. E explica afinadamente a *ratio* do art. 19.6 da LCCAT no que respecta á repercusión das inversións non amortizadas. Lembra a dita resolución da Audiencia de Tarragona que “la amortización constituye el importe de la inversión que ha de distribuirse y opera de correctivo a situaciones de enriquecimiento injusto o de descapitalización social como consecuencia del abandono del socio, aun por causa legítima. Por lo que el socio cooperativista que se ha beneficiado de la renovación de los medios productivos con su adquisición por la cooperativa y que causa baja, compromete, de no mediar medidas correc-

toras, la viabilidad económica de la sociedad; por lo que es adecuado que el socio que causa baja haya de soportar la repercusión del coste de las inversiones hechas para mejora de la producción de la entidad, de la que se ha beneficiado y tendría un enriquecimiento injusto”. E continúa: “su finalidad es evitar el perjuicio que pueda sufrir la Cooperativa si realiza unas inversiones en consideración al número de socios y a las aportaciones de éstos, si se dan de baja; por lo que el artículo 19.6 de la Llei regula una responsabilidad por los perjuicios económicos derivados de la baja de socios ante la ruptura unilateral del contrato societario que hace que el resto de los socios hayan de asumir las cuotas por amortizaciones pendientes”.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 343-348
ISSN: 1130-2682

EL PRINCIPIO DE “PUERTAS ABIERTAS” EN RELACIÓN
AL DERECHO DEL SOCIO DE UNA COOPERATIVA
DE CAUSAR BAJA EN LA MISMA. ANOTACIÓN A LA
SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE
MADRID (SECCIÓN 28^a) DE 7 DE JULIO DE 2014.

*THE PRINCIPLE OF “ OPEN DOORS” REGARDING THE
RIGHT OF AN ASSOCIATE TO DROP HIS MEMBERSHIP
FROM THE COOPERATIVE SOCIETY. ANNOTATION
TO THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL COURT
OF MADRID (SECTION 28) 7TH JULY 2014 .*

SARA LOUREDO CASADO¹

¹ Doctoranda del Área de Derecho Mercantil, Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: saralouredo@uvigo.es.

Es objeto de esta anotación la sentencia número 211/2014 de la AP de Madrid, Sección 28ª, de 7 de julio de 2014, en la que se suscita una interesante cuestión, que es la aplicación práctica del principio de “puertas abiertas” que reconoció a los socios de cooperativas la Declaración de la ACI sobre la Identidad Cooperativa, en su Congreso celebrado en Manchester en 1995.

I LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

D. Apolonio demandó ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid a MI-LENIUM SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA DE VIVIENDAS para solicitar el reintegro de 53.282,40 € que el Consejo Rector de la entidad le había reconocido considerando justificada su baja de la sociedad cooperativa, ya que D. Apolonio se encontraba en paro y no podía aportar fondos a la misma.

A pesar de ese primer reconocimiento de la cooperativa, en un momento posterior ésta impuso un aplazamiento a D. Apolonio para que pudiese cobrar esas cantidades, lo que motivó la presentación de la demanda por parte del socio.

En sede judicial, la sociedad alegó que el demandante no había cumplido las premisas para que su baja debiera ser calificada de justificada, y que esta calificación solo se produjo debido a un error del Consejo Rector, propiciado por el mal asesoramiento. Además, añadió que la devolución pretendida por el actor produciría un enriquecimiento injusto a su favor.

El Juzgado de lo Mercantil de Madrid, resolviendo la cuestión en primera instancia, estimó la demanda de D. Apolonio aplicando la doctrina que impide ir contra los propios actos y condenó a la cooperativa a *“abonar al demandante la cantidad de 53.282,40 € como consecuencia de su derecho de reembolso, en concepto de restitución de las cantidades aportadas por Don Apolonio”*.

II LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

1. Normativa aplicada

Se aplica al caso la LC, en concreto, los arts. 17 y 51; y la LCCMadrid, que recoge en el art. 1.2 el principio de “puertas abiertas” de la Declaración de Identidad Cooperativa que se firmó en Manchester en 1995. Dicho principio es el primero de los que recoge la Declaración y conlleva que la entrada en la cooperativa sea voluntaria y abierta, deduciéndose del mismo que la salida de los socios debe ser igualmente libre.

2. Razonamientos jurídicos

El principio de “puertas abiertas” configura el siguiente sistema en relación a la baja del socio:

- 1) Regla general: toda baja cooperativa debe calificarse como justificada;
- 2) Excepción: salvo que incurra en las concretas previsiones legales o estatutarias que son causa de no justificación. Éstas deben tener un carácter objetivo y no puede quedar su calificación al arbitrio del Consejo Rector.
- 3) Presunción a favor del socio: en todo caso, prevalece cualquier supuesto por el que legal o estatutariamente se considere la baja voluntaria como justificada.

En aplicación de este principio, la baja del socio de la cooperativa se configura como un derecho “*ad nutum*” (cuya traducción literal del latín es “a voluntad”) porque el socio puede irse libremente de la cooperativa en cualquier momento, dirigiendo un escrito al Consejo Rector comunicando su deseo de abandonarla y cumpliendo un determinado preaviso. Así lo establecen los arts. 17 LC y 20 LCCMadrid. En relación a esta cuestión ya se había pronunciado el TS, Sala 1ª, en su sentencia de 16 de marzo de 1998: “*la cooperativa, una vez manifestada por el socio su voluntad de causar baja voluntaria, no puede obligar a éste a permanecer como miembro activo de la misma, aunque no haya efectuado preaviso, sin perjuicio de solicitar indemnización de daños y perjuicios. La baja se produce automáticamente en el mismo momento y desde la fecha en que el socio comunica a la cooperativa su voluntad en tal sentido [...]*”.

A mayor abundamiento, el derecho del socio a darse de baja se recoge en el art. 16.2.f) de la Ley Estatal de Cooperativas y es un derecho que, como hemos dicho, debe entenderse referido a abandonar la sociedad de manera libre. De forma doble: en primer lugar, sin limitación de causas; aunque habría un supuesto en el que el socio no podría ejercitarlo, y es que se encuentre incurso en un expediente disciplinario. En segundo lugar, sin limitación temporal. Es cierto, sin embargo, que algunas normativas autonómicas requieren un periodo de permanencia mínimo en la cooperativa antes de que se pueda ejercitar este derecho de baja, lo cual recibe amparo del art. 17.3 LC, y ello porque se busca mitigar la descapitalización que para la cooperativa podría conllevar la baja voluntaria. Ello no implica que el socio no se pueda dar de baja antes de que se cumpla ese periodo de permanencia, sino que puede generarse una “*penalización económica coherentemente con la fundamentación también económica de la admisibilidad de las cláusulas estatutarias de permanencia mínima en la cooperativa*”. Esta penalización económica se recoge en el art. 51.3 de la LC, cuando dispone que se podrá establecer una deducción sobre el importe de las aportaciones obligatorias, lo que recibe el nombre de “deducción causal” (PULGAR EZQUERRA, J. “La pérdida de la condición de socio en el marco cooperativo: baja y expulsión”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., OLEO BANET, F., MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.), *Estudios*

de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés, Civitas, Pamplona, 2010, págs. 1.045-1.046).

Volviendo al caso de la sentencia, se observa que, según la legislación aplicable, el papel del Consejo Rector es el de calificar la baja y determinar sus efectos, para lo cual debe efectuar un expreso pronunciamiento. Ello tiene su razón de ser en que el socio llegue a conocer la calificación y oponerse a ella si no está de acuerdo, mediante el sistema de recursos (art. 17.6 LC). Cuando dicho pronunciamiento no se emita en el plazo contemplado en los estatutos, el socio podrá considerar su baja como justificada.

Es, por tanto, voluntad del legislador dar al Consejo Rector unas funciones limitadas. Así, en su actuación no debe obstaculizar el derecho de baja del socio, salvo que aprecie la concurrencia de una causa que no justifica dicha baja, caso en el que deberá hacérselo saber al socio.

En el caso de D. Apolonio, el Consejo Rector de MILENIUM SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA DE VIVIENDAS declara justificada su baja y reconoce la cuantía a devolver. La sentencia entiende que cuando la cooperativa “cambia de parecer” está vulnerando la seguridad jurídica del demandante. En palabras de la sentencia: “*no resulta admisible...que el Consejo Rector...pudiera volverse atrás en aquellos supuestos en que ya se hubiese pronunciado en tal sentido* (calificando la baja como justificada), *ni tan siquiera aduciendo la existencia de un error...Son razones de seguridad jurídica las que impiden que pueda la contraparte tratar de reabrir el debate sobre lo que ya estaba resuelto. Es por ello que necesariamente ha de tratarse la del demandante como una baja justificada, ...*”.

El art. 51.1 de la LC dice que “*los estatutos regularán el reembolso de las aportaciones al capital social en caso de baja de la cooperativa*”. Y el apartado 5 del mismo artículo establece un plazo máximo para hacer efectivo el reembolso. Vemos, por tanto, que la Ley establece un procedimiento de actuación que es reglado y que impone una serie de obligaciones jurídicas para la sociedad. No cabe que ésta ignore ese procedimiento, más cuando ya ha reconocido y liquidado las cantidades al socio.

Nos parece conveniente traer aquí a colación la sentencia del Tribunal Supremo núm. 48/2014 de 6 febrero (RJ\2014\1313), fundamento jurídico séptimo, que pone de manifiesto que el capital social no juega el mismo papel en una sociedad cooperativa que en una sociedad de capital. En éstas, el capital social es el criterio básico para conferir derechos políticos y económicos, mientras que en las primeras ese papel del capital social es desarrollado por la actividad cooperativizada. El principio de “puerta abierta” que implica 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 de-*

recho al reembolso” y que conlleva que se puedan producir variaciones en la cifra del capital es visto como una manifestación más del papel secundario que ocupa dicho capital social.

La sentencia de la AP de Madrid hace referencia también a la doctrina de los actos propios, ya que la cooperativa mostró un reconocimiento al derecho del demandante *“que tenía una significación concluyente, indubitada e inequívoca, ... que vinculaba a aquélla (la cooperativa), resultando incompatible con su compromiso precedente la conducta ulterior de la entidad demandada”*.

En cuanto a la cantidad a la que el socio tiene derecho en concepto de devolución, según lo expuesto en el ya mencionado art. 51, ésta vendrá constituida por la cifra del capital aportado, que será tomada como valor liquidativo inicial, y será actualizada, y sobre la que se practicarán las deducciones por pérdidas y causales, en caso de que se hayan establecido éstas en los estatutos. De nuevo, acudiendo a la ya citada sentencia núm. 48/2014 del TS, que pone en relación las sociedades cooperativas con las sociedades de capital, puntualiza que *“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 (RCL 2010, 1792)). 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”*.

Por último, en respuesta al presunto enriquecimiento injusto de D. Apolonio alegado por la sociedad, cita la Audiencia las sentencias de la Sala Primera del TS de 8 de mayo de 2006 y 27 de diciembre de 2012, según las cuales no se produce un enriquecimiento injusto si hay una causa, es decir, si ese ingreso patrimonial tiene una *“razón de ser jurídica”* o *“está amparado en un acto jurídico que le proporciona cobertura”* como un contrato. En el caso de D. Apolonio, ese acto de cobertura es el acuerdo del Consejo Rector, que no fue impugnado ni atacado por ningún medio en cuanto a su validez y eficacia. Así, en lo relativo a la prueba, basta con que el demandante consiga acreditar la adopción de este acuerdo, pero no podemos olvidar que esta cuestión nunca fue negada por la otra parte, con lo que no es un hecho controvertido.

3 FALLO

La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por la cooperativa y confirma la sentencia de instancia.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 349-353
ISSN: 1130-2682

**IMPUGNACIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL Y DE LOS
ACUERDOS SOCIALES EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO**

*CHALLENGE OF THE GENERAL ASSEMBLY AND SOCIAL
AGREEMENTS IN THE ASSOCIATED WORK COOPERATIVES*

ELENA SALGADO ANDRÉ¹

¹ Profesora Doctora Contratada Interina del Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo.
Dirección de correo electrónico: elenasalgadoandre@hotmail.com

El 7 de agosto del año 2010, Doña Dulce recibió una comunicación de despido de la cooperativa de trabajo asociado “Sociedad Cooperativa Andaluza de Enseñanza Al-Bayyana” (en adelante SCAEA), a la que pertenecía desde finales de 1999. Sin embargo, el despido fue declarado nulo en virtud de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Almería el 10 de enero de 2010, al considerar que había existido *moobing*. Pese a todo, el Presidente del Consejo Rector de la citada cooperativa convocó —el día 27 de junio de 2012— una Asamblea General ordinaria a la que Doña Dulce no fue emplazada. Por este motivo, decidió interponer una demanda contra dicha cooperativa en la que solicita la nulidad de los acuerdos adoptados en la Asamblea, en la medida en que la convocatoria no se publicó en el tablón de anuncios y no habían transcurrido 20 días entre la comunicación de la reunión y su celebración. Además, en su opinión, se había vulnerado su derecho de información ya que no se le comunicó la existencia de aquella y se le negó la petición de información cursada ante el Presidente del Consejo Rector.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Almería, en su sentencia de 15 de octubre de 2013, estimó íntegramente la demanda declarando la nulidad de la Asamblea, así como de los acuerdos adoptados en ella y ordenando, a su vez, la cancelación de las anotaciones e inscripciones de tales acuerdos en el Registro de Cooperativas de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, con expresa imposición de costas.

A la vista de estas conclusiones, SCAEA recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de Almería alegando, por una parte, la incorrecta aplicación del artículo 2.º del *Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral* -que atribuye a los Juzgados de lo Social la competencia para resolver las cuestiones que puedan surgir entre las sociedades cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores-; y, por otra parte, la falta de legitimación activa de Doña Dulce pues, al impugnar sólo el despido pero no su exclusión de la sociedad, carece de la condición de socia de la misma.

El recurso, sin embargo, fue desestimado por la Audiencia Provincial mediante sentencia de 29 de julio de 2014. Así, y en lo que respecta a la cuestión de competencia, afirmó que en las cooperativas de trabajo (antes denominadas cooperativas de trabajo asociado) concurre en “el socio una doble condición o cualidad, con

sus propios derechos y obligaciones, aspecto dual que incluso lo tiene en cuenta la Ley para, en caso de contenciosidad, atribuir el conocimiento de la problemática a la competencia de los distintos órganos jurisdiccionales (social o civil). Las Cooperativas de Trabajo Asociado tienen su origen en un contrato de tipo societario, pero implican, como especialidad propia, la obligación del socio de desarrollar la actividad cooperativizada de prestación de su trabajo, de claro contenido laboral. Por tanto, el régimen jurídico de estas Cooperativas está integrado por normas de carácter societario que regulan todo lo relativo a la condición de socio de la Cooperativa; por normas de carácter mixto que si bien proceden de la legislación cooperativa, incorporan normas del derecho de trabajo o de instituciones laborales, y por normas laborales que regulan las condiciones en que se desenvuelve la prestación de trabajo del socio trabajador”. A continuación señaló que “cuando se habla de suspensión de empleo o despido se hace referencia a la faceta laboral en exclusiva (...). Como ha entendido la Sala de Conflictos de Competencia y así lo ratifican las normas sobre atribución de competencia más arriba transcritas, cualquier litigio por expulsión basado en criterios laborales es despido y, por tanto, se atribuyen a la legislación laboral incluso, como dice el auto de esta Audiencia de 3 de febrero de 1994, en el supuesto de que al despido se le añadan otros motivos de expulsión adyacentes o circundantes a la relación laboral”.

En relación con la falta de impugnación de los motivos societarios del despido, la Audiencia Provincial considera que “con la anulación del despido, confirmado con la Sentencia del TSJA de Granada, se resolvieron todas las cuestiones relativas a la exclusión de la socia trabajadora, y volvió a tener, con la readmisión, (ambas partes aceptan que hubo readmisión de la socia trabajadora), la condición de socia. No negado que no se le ha convocado para la celebración de la Junta controvertida, ni siendo discutido que se le negó información social, la Junta es nula de pleno derecho”.

3

En la actualidad, la normativa autonómica aplicable a las cooperativas que desarrollan con carácter principal su actividad societaria en Andalucía se contiene en la *Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas*, que deroga la *Ley 2/1999, de 31 de marzo*. Pues bien, el apartado 1 del artículo 92 de esta norma -en consonancia con lo estipulado en el artículo 87 de la *Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*- dispone que “las cuestiones contenciosas que se susciten entre la sociedad cooperativa y sus personas socias trabajadoras por su condición de tales se someterán a la jurisdicción del orden social, de conformidad con la legislación estatal aplicable”. De donde se desprende que los asuntos relativos a los miembros de la cooperativa en su cualidad de socios se resolverán en vía civil. En efecto, tal y como afirma el Tribunal Superior de Justicia

de Galicia en su sentencia de 21 de febrero de 2006 [AS 2007/1842], “la peculiar condición jurídica del socio-trabajador justifica la estimación del carácter mixto de su status jurídico en cuanto se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo, con tratamiento jurídico-laboral en no pocos aspectos (...); lo que posibilita que para solucionar los conflictos producidos en esta área de trabajo de la relación en los casos no previstos en la legislación específica haya de acudir a la Legislación Laboral, por no encontrar tampoco solución en la civil. Ello es lo que fundamenta la atribución de competencia al orden jurisdiccional social en los temas contenciosos surgidos entre la Cooperativa y los socios trabajadores en el ámbito de la actividad cooperativizada de la prestación de trabajo, por referirse en definitiva a pretensiones promovidas dentro de la rama social del Derecho”.

Por lo expuesto, resulta necesario determinar previamente los hechos que motivaron el despido y la expulsión de Doña Dulce de la sociedad. En este sentido, la demandante fue sancionada por faltar al respeto a los miembros de la comunidad educativa, proferir ofensas verbales al empresario y a sus compañeros y por su falta de desconsideración hacia los rectores y representantes de la Cooperativa. Pues bien, todas estas circunstancias se contemplan en el artículo 54.2.c) del *Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, como una causa de extinción de contrato de trabajo por despido disciplinario. Partiendo de estas consideraciones, podemos afirmar -tal y como hizo la Audiencia Provincial de Almería- que en este caso los Juzgados de lo Social son competentes para conocer de la extinción del contrato de trabajo de Doña Dulce y, en consecuencia, de anular tanto el despido como su expulsión.

Dejando al margen esta cuestión, y sin entrar a valorar la forma en la que se convocó la Asamblea General Ordinaria y la antelación con la que se comunicó la celebración de la misma, el artículo 19.1 de la Ley 14/2011 reconoce el derecho de los socios a ser informados sobre la marcha de la cooperativa, de forma que “la negativa del órgano de administración a facilitar la información interesada o su silencio al respecto podrán ser impugnados por los solicitantes mediante el cauce procesal previsto en el artículo 35, agotando o no, previamente, los recursos internos que procedan (cfr. artículo 19.2 *in fine*). Además, el apartado 3 del artículo 29 de la última norma citada señala que la convocatoria de la Asamblea General “se notificará a cada persona socia”. Al haber anulado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el despido y readmitido a Doña Dulce como socia de la cooperativa, no sólo tenía derecho a ser informada sino también a conocer la existencia de la reunión. Por consiguiente, en virtud de lo estipulado en el artículo 35. 2 de la Ley 14/2011 —que proclama la nulidad de los acuerdos adoptados en contra de la citada norma—, cabe declarar la nulidad de la Asamblea celebrada el día 27 de junio de 2012, así como de los acuerdos adoptados en ella.

III CRÓNICAS

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 357-367
ISSN: 1130-2682

AS ALTERAÇÕES AO REGIME JURÍDICO DAS
FARMÁCIAS DE OFICINA. ANOTAÇÃO AO
DECRETO-LEI N.º 109/2014, DE 10 DE JULHO

*CHANGES TO THE LEGAL REGIME OF COMMUNITY
PHARMACIES. NOTES ON DECREE-LAW 109/2014 OF JULY 10*

DEOLINDA APARÍCIO MEIRA¹

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 de Amorim, 4465-004 S. Mamede de Infesta, PORTUGAL.

RESUMO

Com as alterações constantes do DL n.º 109/2014, de 10 de julho, as entidades da economia social proprietárias de farmácias deixam de ser obrigadas a constituir sociedades comerciais e a adotarem o regime fiscal destas se pretenderem vender medicamentos ao público em geral, além do universo dos seus associados. Deste modo, o legislador dá cumprimento ao disposto na Lei de Bases da Economia Social, criando mecanismos que permitam reforçar a autossustentabilidade económico-financeira das entidades da Economia Social, em conformidade com o disposto no art. 85.º da Constituição da República Portuguesa.

PALAVRAS-CHAVE: entidades da economia social, farmácias, interesse geral, concorrência.

ABSTRACT

With the amendments contained in the Decree-Law No. 109/2014 of 10 July, the social economy entities owners of pharmacies are no longer required to establish commercial companies and to adopt the tax treatment of these if they want to sell medicinal products to the general public, beyond the universe of its members. Thus, the legislator complies with the provisions of the Social Economy Basic Law, creating the mechanisms to reinforce the economic and financial self-sustainability of the social economy entities, in accordance with the provisions of art. 85 of the Portuguese Constitution.

KEY WORDS: social economy entities, pharmacies, general interest, competition.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CRÍTICA. 3. A NECESSIDADE DE REFORÇAR A CAPACIDADE DE AUTOFINANCIAMENTO DA ECONOMIA SOCIAL *VERSUS* O RESPEITO PELAS REGRAS DA CONCORRÊNCIA. 4. REFLEXÕES FINAIS.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE POSITION OF THE CONSTITUTIONAL COURT: A CRITICAL ANALYSIS. 3. THE NEED TO STRENGTHEN THE SELF-FINANCING CAPACITY OF THE SOCIAL ECONOMY *VERSUS* THE RESPECT FOR COMPETITION RULES. 4. FINAL REFLECTIONS.

I INTRODUÇÃO

O DL n.º 109/2014, de 10 de julho, procede à quinta alteração ao regime jurídico das farmácias de oficina, constante do DL n.º 307/2007, de 31 de agosto². Este diploma estabelecia como regra geral que a propriedade das farmácias estava reservada a pessoas singulares e a sociedades comerciais. Com esta alteração de 2014, esta regra geral é afastada relativamente às entidades da economia social que tenham serviços de saúde em funcionamento (como é o caso das associações mutualistas e das misericórdias), as quais deixam de ser obrigadas a constituir sociedades comerciais e a alterar o respetivo regime de isenção fiscal se pretenderem através das suas farmácias vender medicamentos ao público em geral, além do universo dos seus associados.

Especificamente, altera-se a redação do n.º 3 do art. 14.º do DL n.º 307/2007, suprimindo-se o segmento da norma em que se submetia as entidades da economia social proprietárias de farmácias ao mesmo regime fiscal aplicável às sociedades comerciais e pessoas singulares proprietárias de farmácias. Por sua vez, o n.º 2 do art. 59.º-A passa a dispor que «As entidades do sector social que detenham farmácias abertas ao público, concorrendo com os operadores no mercado e em atividade, mantêm -se abrangidas pelo regime legal e fiscal das pessoas coletivas de utilidade pública e de solidariedade social».

Vem deste modo o legislador resolver um problema criado pelo já referido DL n.º 307/2007, o qual ignorando a natureza e as finalidades próprias das entidades do setor da economia social, obrigava estas entidades a constituírem sociedades comerciais para exercerem a atividade de farmácia (arts. 14.º, n.ºs 1 e 3, 47.º, n.º 2, e 58.º). No preâmbulo do diploma, o legislador fundamentava este regime na

² Este diploma tinha sido já objeto de alterações pela L. n.º 26/2011, de 16 de junho, pelo DL n.º 171/2012, de 1 de agosto, pela L. n.º 16/2013, de 8 de fevereiro, e pelo DL n.º 128/2013, de 5 de setembro.

necessidade de salvaguardar a igualdade fiscal entre as entidades detentoras de farmácias.

2 A POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CRÍTICA

A imposição do estatuto jurídico de sociedade comercial às entidades do setor da economia social que pretendessem exercer a atividade de farmácia foi objeto de contestação por parte daquele setor, tendo o Provedor de Justiça apresentado ao Tribunal Constitucional um pedido de apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade das normas constantes dos arts. 14.º, n.ºs 1 e 3, 47.º, n.º 2, alínea a), e 58.º do DL n.º 307/2007, de 31 de agosto³, considerando que tais normas se mostravam contrárias:

(i) ao princípio da igualdade (ao excluírem as entidades do setor social de uma atividade, obrigando-as a assumir a forma societária);

(ii) ao princípio da proporcionalidade (a opção de impedir que as entidades do setor social pudessem, enquanto entidades com esta natureza, exercer a atividade farmacêutica, revelava-se desproporcionada ao fim que se visava atingir que seria o de colocar em igualdade fiscal todas as entidades proprietárias de farmácias);

(iii) ao princípio da garantia constitucional da coexistência dos três setores de propriedade dos meios de produção, prevista no art. 82.º da Constituição da República portuguesa (CRP) (dada a inexistência de um interesse público, com relevância constitucional, que pudesse ter justificado a exclusão, a mesma constituía uma violação do princípio constitucional que garante a coexistência de três setores de propriedade dos meios de produção — público, privado e cooperativo e social —, incluindo os meios de produção possuídos e geridos por cooperativas e os meios de produção possuídos e geridos por pessoas coletivas, sem caráter lucrativo, que tenham como principal objetivo a solidariedade social).

Perante este pedido de apreciação da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional⁴ declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos arts. 14.º, n.º 1 (que limitava a propriedade das farmácias às pessoas singulares ou sociedades comerciais), 47.º, n.º 2, al. a) (nos termos da qual constitui contraordenação punível com coima, o facto de a propriedade da farmácia pertencer a pessoa coletiva que não assumisse a forma de sociedade comercial), e 58.º (que obrigava as entidades do setor social da economia a proceder, no prazo de cinco dias a

³ O texto integral do requerimento ao Tribunal Constitucional pode ser consultado em http://www.provedor-jus.pt/restrito/pedidos_ficheiros/R_6536-7_DI_RegimeJuridicoFarmaciasOficina.pdf (última consulta em 30 de junho de 2015).

⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 612/2012, de 13 de dezembro de 2011, publicado no Diário da República, 1.ª série, de 24 de janeiro de 2012.

contar da entrada em vigor do diploma às adaptações necessárias ao cumprimento dos requisitos previstos no art. 14.º do referido DL).

O Tribunal Constitucional fundamentou a sua decisão no facto de tais normas, na medida em que impunham às entidades do setor da economia social que, no desempenho de funções próprias do seu escopo, em benefício exclusivo dos seus utentes com puros objetivos de solidariedade social, constituíssem sociedades comerciais para acesso à propriedade de farmácias, violavam o princípio da proibição do excesso ínsito no princípio do Estado de Direito consagrado no art. 2.º da CRP, conjugado com o art. 63.º, n.º 5, da CRP.

Não existindo razões de equilíbrio da concorrência que justifiquem a intermediação do formato societário, não deveria ser retirado a estas entidades do setor da economia social o tratamento de favor que decorre da obrigação de o Estado apoiar tais entidades (art. 63.º, n.º 5, da CRP).

No entanto, o Tribunal Constitucional decidiu não declarar inconstitucional o n.º 3 do art. 14.º do DL n.º 307/2007. Assim, quando as entidades da economia social pretendessem atuar no mercado farmacêutico, fora do universo dos seus beneficiários, teriam de adotar o formato jurídico da sociedade comercial, exigência que visaria, segundo o Tribunal Constitucional, neutralizar vantagens ou benefícios das entidades da economia social relativamente aos restantes operadores do mercado. Invocava-se no referido Acórdão que como as formas de apoio do Estado ao setor social se alicerçam em razões de interesse público, as mesmas deixariam de encontrar justificação quando as entidades da economia social atuassem no mercado livremente concorrencial, fora do espaço próprio do seu setor.

Consideramos que o argumento invocado da violação das regras da concorrência não procede⁵. Atendendo ao interesse geral prosseguido pelas entidades do setor da economia social e ao regime jurídico que as enquadra, não se pode defender a salvaguarda de uma concorrência perfeita entre o setor da economia social e o setor privado, como veremos.

Tal como resulta do n.º 1 do art. 2.º da Lei n.º 30/2013, de 8 de maio, *Lei de Bases da Economia Social (LBES)*⁶, a noção de economia social está associada a um específico objeto social, traduzido no exercício de uma atividade económico-social, a qual terá por finalidade «prosseguir o interesse geral da sociedade, quer diretamente quer através da prossecução dos interesses dos seus membros, utilizadores e beneficiários, quando socialmente relevantes». Desta norma resulta que

⁵ Ver, neste sentido, D. APARÍCIO MEIRA, «A economia social e o mercado: o caso das «farmácias sociais». Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 612/2012, de 13 de dezembro de 2011» *CES* 34 (2011/2012), pp. 243- 254.

⁶ Sobre a Lei de bases da Economia Social portuguesa, ver D. APARÍCIO MEIRA, «A Lei de Bases da Economia Social Portuguesa: do projeto ao texto final», *CIRIEC - España, revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º24, 2013, pp. 21-52.

o legislador associa a noção de economia social a um específico objeto social, traduzido no exercício de uma atividade económico-social, a qual terá por finalidade a prossecução de um interesse geral por parte das entidades da economia social⁷. Este «interesse geral» prende-se não apenas com o facto de estas entidades prosseguirem fins sociais, surgindo como parceiros do Estado Social e cooperando com este na garantia de um mínimo vital de direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos⁸, mas também com o seu peculiar modo de organização e funcionamento, distinto do setor público e do setor privado⁹.

Um tratamento diferenciado não configura uma vantagem competitiva das entidades da economia social relativamente aos restantes operadores no mercado¹⁰. De facto, esta diferenciação visará, antes de mais, compensar as entidades da economia social pelos fins sociais que as mesmas são chamadas a desempenhar, dado que nos termos da al. d) do art. 5.º da LBES, um dos princípios orientadores do setor da economia social é o da «conciliação do interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral».

Não tem suporte constitucional o tratamento perfeitamente igualitário e indiferenciado das organizações empresariais que visam o lucro para apropriação privada (como é o caso das sociedades comerciais) e das entidades da economia social. Bem pelo contrário, a CRP discrimina positivamente o setor da economia social, consagrando o Princípio da «proteção do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção», enquanto princípio fundamental da organização económica do Estado [al. f) do art. 80.º da CRP]. Este princípio fundamenta quer as discriminações positivas deste setor relativamente aos restantes quer a pre-

⁷ Nos termos do art. 4.º da LBES, «integram a Economia Social, nomeadamente, as seguintes entidades, desde que constituídas em território nacional: a) cooperativas; b) associações mutualistas; c) Misericórdias; d) fundações; e) instituições particulares de solidariedade social não abrangidas pelas alíneas anteriores; f) associações com fins altruísticos que atuem no âmbito cultural, recreativo, do desporto e do desenvolvimento local; g) entidades abrangidas pelos subsectores comunitário e autogestionário, integrados nos termos da CRP no setor cooperativo e social; h) outras entidades dotadas de personalidade jurídica, que respeitem os princípios orientadores da economia social, previstos no art. 5.º da LBES, e que constem da base de dados da economia social».

⁸ Ver, sobre esta questão, J. C. VEIRA DE ANDRADE, «O papel do Estado na sociedade e na socialidade», in: *A Economia Social e Civil. Estudos*, Vol. 1, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 23, ss.

⁹ Ver, neste sentido, D. Aparício Meira, «A governação da economia social. Uma reflexão a partir da Lei de Bases da Economia Social portuguesa», in: *A Economia Social e Civil. Estudos*, Vol. 1, cit., pp. 195, ss.

¹⁰ Neste sentido, ver M. B. BAHÍA ALMANSA, «El régimen fiscal especial de las cooperativas y su compatibilidad con la normativa sobre ayudas del Estado», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 22, dezembro 2011, pp. 151-180; e I.-G. FAJARO GARCÍA, «La especificidad de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles y la legitimidad de su particular régimen jurídico y fiscal según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *RDM*, 288, Abril-Junio 2013, pp. 189-222.

visão de medidas materiais que permitam o seu desenvolvimento. Na decorrência deste princípio, o art. 85.º consagra, no seu n.º 1, o estímulo e o apoio à criação e à atividade das cooperativas, afirmando que «o Estado estimula e apoia a criação e a atividade de cooperativas» e, no seu n.º 2, concretiza-se a discriminação positiva das cooperativas (e das restantes entidades da economia social) relativamente ao setor privado, definindo as formas de fomento à criação e atividade das cooperativas, impondo à lei a definição de benefícios fiscais e financeiros, bem como o estabelecimento de condições privilegiadas em matéria de acesso ao crédito e ao auxílio técnico¹¹. Na mesma linha, o n.º 1 do art. 10.º da LBES prevê o «fomento da economia social» por parte dos poderes públicos, fundamentando-o no facto de se considerar de «interesse geral o estímulo, a valorização e o desenvolvimento da economia social, bem como das organizações que a representam». O «interesse geral» surge, deste modo, como a justificação para a adoção de medidas de fomento da economia social. Em consequência, os poderes públicos devem «fomentar a criação de mecanismos que permitam reforçar a autossustentabilidade económico-financeira das entidades da Economia Social em conformidade com o disposto no art. 85.º da Constituição da República Portuguesa» [al. b) do n.º 2 do art. 10.º da LBES].

Ora, o que está em causa nesta possibilidade de permitir a uma entidade do setor da economia social ser proprietária de uma farmácia que, para além do fornecimento dos medicamentos aos seus utentes, possa vender medicamentos fora do universo dos seus beneficiários, é exatamente o propósito de reforçar a sustentabilidade económico-financeira dessas mesmas entidades.

O facto de estas atividades terem carácter lucrativo não constitui um impedimento legal a que as mesmas sejam assumidas pelas entidades da economia social.

É claro que um dos critérios distintivos das entidades da economia social das demais entidades, privadas ou públicas, reside na sua natureza não lucrativa. Estas entidades visam, a título principal, satisfazer as necessidades dos seus membros, mediante a participação destes na referida atividade (mutualidade), ou a satisfação das necessidades da comunidade. Assim se compreende que um dos princípios orientadores da economia social seja o do «primado da pessoa e dos objetivos sociais», desde logo sobre o capital [al. a) do art. 5.º da LBES].

O exercício destas atividades de carácter lucrativo está funcionalmente subordinado ao fim principal (de carácter não lucrativo), sendo conveniente à prossecução deste, pelo que não há qualquer embate com a capacidade jurídica ou de gozo destas entidades, designadamente com o princípio da especialidade do fim (art.

¹¹ Para uma análise desenvolvida do enquadramento constitucional da economia social em Portugal, designadamente quanto às cooperativas, ver D. APARÍCIO MEIRA, «O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal», *CES* 33 (2010/2011), Universidade de Vigo, pp. 31-46.

160.º, n.º 1, do CCiv)¹². Neste sentido, permite-se às cooperativas o desenvolvimento regular e continuado de operações com terceiros (arts. 2.º, n.º 2 e art. 72.º do CCoop), sendo os resultados provenientes desta atividade obrigatoriamente afetados a reservas, que não são repartíveis pelos cooperadores, mas que podem ser utilizadas como meio de financiamento da atividade da cooperativa. Na mesma linha, permite-se às associações mutualistas que, como meio de rendibilização das poupanças capitalizadas, participem em sociedades cujo capital seja subscrito em ações (art. 55.º do Código das Associações Mutualistas - CAM¹³). Quanto às *Instituições Particulares de Solidariedade Social* (IPSS), o n.º 1 do art. 1.º-B do respetivo Estatuto (EIPSS)¹⁴ dispõe que estas entidades «podem ainda desenvolver atividades de natureza instrumental relativamente aos fins não lucrativos, ainda que desenvolvidos por outras entidades por elas criadas, mesmo que em parceria e cujos resultados económicos contribuam exclusivamente para o financiamento da concretização daqueles fins».

Neste contexto, e tendo por referência a problemática das farmácias de oficina detidas por entidades da economia social, a abertura ao mercado é um dos caminhos que permitirá a tais entidades o reforço dos seus meios de financiamento, sem impedir a dispensa aos beneficiários, nessas mesmas farmácias, de medicamentos em termos diferenciados e condições mais vantajosas, em realização direta com os fins de solidariedade social.

3. A NECESSIDADE DE REFORÇAR A CAPACIDADE DE AUTOFINANCIAMENTO DA ECONOMIA SOCIAL *VERSUS* O RESPEITO PELAS REGRAS DA CONCORRÊNCIA

Será inquestionável que, como regra, as atividades das entidades da economia social deverão ser exercidas no quadro de uma economia de mercado e de livre concorrência e, por isso, estas entidades estarão sujeitas, até por imperativo constitucional, às regras relativas à concorrência, não podendo transformar-se em instrumento de distorção do funcionamento eficiente do mercado.

Efetivamente, uma das «incumbências prioritárias do Estado», fixadas no art. 81.º, al. f), da CRP, é a de «garantir a equilibrada concorrência entre as empresas», pelo que como modo de «assegurar o funcionamento eficiente do mercado», se deverão «contrariar as formas de organização monopolistas» e «reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral».

¹² Ver, neste sentido, L. LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 114, ss.

¹³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/1990, de 3 de março.

¹⁴ O Estatuto das IPSS (EIPSS) consta do DL n.º 119/83, de 25 de fevereiro, com as alterações constantes do DL n.º 172-A/2014, de 14 de novembro.

Contudo, tal como já foi destacado, a garantia da concorrência não pode ser entendida em termos absolutos.

Em consonância com o nosso entendimento, o art. 12.º da LBES dispõe que as entidades da economia social estão sujeitas «às normas nacionais e comunitárias dos serviços sociais de interesse geral no âmbito das suas atividades, sem prejuízo do princípio constitucional de proteção do setor cooperativo e social».

A questão da sujeição do setor da economia social à disciplina da concorrência é uma questão complexa. Tendo em conta o disposto no art. 2.º da Lei de Defesa da Concorrência [L. n.º 18/2012, de 8 de maio (doravante LDC)], todas as atividades económicas exercidas com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo, estão sujeitas ao regime jurídico da concorrência. Note-se que o legislador fala no setor cooperativo e não do setor da economia social que é mais amplo.

Acresce que o n.º 2 do art. 2.º da LDC estabelece que a mesma é «aplicável à promoção e defesa da concorrência, nomeadamente às práticas restritivas e às operações de concentração de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos», considerando-se empresa, por força do disposto no n.º 1 do art. 3.º, «qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de funcionamento». A propósito desta norma, COUTINHO DE ABREU considera que «não exercem atividade económica as entidades (mormente públicas, mas não só) que exercem atividades exclusivamente ‘sociais’, baseadas no princípio da solidariedade, sem fins lucrativos, recebendo os beneficiários prestações gratuitas ou mediante contraprestações não proporcionais aos custos daquelas (v.g., nos domínios da segurança social, da saúde e ensino públicos) – estas entidades são inclusivas, o ‘mercado’ exclui [...]»¹⁵.

A LBES fala expressamente em normas nacionais e comunitárias dos serviços sociais de interesses geral. Não cabe na economia do presente estudo refletir sobre o conceito de serviço social de interesse geral. Destaque-se, apenas, que se trata de um conceito abrangente, que abarca serviços que traduzem o exercício de uma atividade económica e serviços de natureza não económica, assegurados pelo Estado no uso de prerrogativas de autoridade pública, serviços estes que têm esta designação porque visam a prossecução do interesse geral. É ao Estado que compete decidir da natureza e âmbito dos serviços de interesse geral, podendo optar por prestar ele próprio o serviço ou confiar a sua prestação a terceiros, entidades públicas ou privadas, com ou sem fins lucrativos. Ora, quer o n.º 2 do art. 4.º da LDC quer o n.º 2 do art. 106.º do TFUE consagram que as empresas encarregadas por

¹⁵ J. C ABREU, «Artigo 3.º», in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense* (dir. Miguel Gorjão-Henriques), Coimbra, Almedina, 2013, p. 35.

lei da gestão de serviços de interesse económico geral apenas ficarão submetidas à disciplina jurídica da defesa da concorrência se esta não constituir um obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada.

Saliente-se que esta missão, tal como a prosseguida pelas entidades da economia social, é uma missão de interesse geral. Mas estaremos a falar de todas as entidades da economia social? A resposta a esta questão é complexa. Quanto às cooperativas (com exceção das cooperativas de solidariedade social¹⁶), não existirão dúvidas de que estas estão sujeitas ao regime acima enunciado, tanto mais que o art. 2.º da LDC é claro ao submeter o setor cooperativo ao regime dela constante. Mas uma associação com o estatuto de IPSS que presta serviços na área da saúde e da segurança social, ou seja que desenvolve uma missão de natureza exclusivamente social governada pelo princípio da solidariedade, também estará sujeita às regras da concorrência? A doutrina tende a responder negativamente a esta questão, considerando que estaremos perante domínios onde impera a solidariedade e não razões de mera eficácia¹⁷.

Em suma, resulta do art. 12.º da LBES que:

(i) o facto de uma entidade integrar o setor da economia social não a exime da sujeição às normas da concorrência nacionais e comunitárias;

(ii) foi intenção do legislador estabelecer que a estas entidades da economia social, do mesmo modo que aos serviços sociais de interesse geral, poderão não ser aplicadas as regras, nacionais ou comunitárias, da defesa da concorrência, quando essa aplicação impossibilitar o cumprimento da respetiva missão assente na prossecução do interesse geral.

Consagrar-se-á, por esta via, um tratamento diferenciado quanto à disciplina jurídica da concorrência do setor da economia social.

4 REFLEXÕES FINAIS

Face ao exposto, consideramos que andou bem o legislador, no DL n.º 109/2014, ao determinar que as entidades do setor social que detenham farmácias abertas ao público se mantêm abrangidas pelo regime legal e fiscal das pessoas coletivas de utilidade pública e de solidariedade social (n.º 2 do art. 59.º-A)¹⁸, revogando a exigência legal de adoção da forma de sociedade comercial se pretenderem exercer

¹⁶ J. C. ABREU («Artigo 3.º», in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, cit., p. 36, nota 18) destaca que as cooperativas de solidariedade social (DL n.º 7/98, de 15 de janeiro) não são, em geral, empresas para efeitos do direito da concorrência.

¹⁷ Ver, neste sentido, M. PORTO / J. N. C. SILVA, «Artigo 4.º», in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, cit., p. 41.

¹⁸ Sobre este regime fiscal, ver F. M. RIBEIRO/ S. F. SANTOS, *A Fiscalidade e as Organizações de Economia Social*, Vida Económica, 2013, pp. 27, ss.

uma atividade farmacêutica dirigida ao mercado. Estas operações com o mercado têm caráter instrumental e visam reforçar os meios de financiamento daquelas entidades, pelo que estarão sujeitas ao tratamento diferenciado quanto à disciplina jurídica da concorrência que decorre do art. 12.º da LBES.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ABREU, J. C. «Artigo 3.º», in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense* (dir. Miguel Gorjão-Henriques), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 33-38.
- ANDRADE, J. C. VEIRA DE, «O papel do Estado na sociedade e na socialidade», in: *A Economia Social e Civil. Estudos*, Vol. 1, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 23-42.
- BAHÍA ALMANSA, M. B.: «El régimen fiscal especial de las cooperativas y su compatibilidad con la normativa sobre ayudas del Estado», *CIRIEC–España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 22, dezembro 2011, pp. 151-180
- FAJARO GARCÍA, I.-G., «La especificidade de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles y la legitimidad de su particular régimen jurídico y fiscal según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *RDM*, 288, Abril-Junio 2013, pp. 189-222.
- LOPES, L., *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009.
- MEIRA, D. APARÍCIO, «O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal», *CES 33 (2010/2011)*, Universidade de Vigo, pp. 31-46.
- MEIRA, D. APARÍCIO, «A economia social e o mercado: o caso das «farmácias sociais. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 612/2012, de 13 de dezembro de 2011», *CES 34 (2011/2012)*, pp. 243- 254.
- MEIRA, D. APARÍCIO, «A Lei de Bases da Economia Social Portuguesa: do projeto ao texto final», *CIRIEC - España, revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º24, 2013, pp. 21-52.
- MEIRA, D. APARÍCIO, «A governação da economia social. Uma reflexão a partir da Lei de Bases da Economia Social portuguesa», in: *A Economia Social e Civil. Estudos*, Vol. 1, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 195- 229.
- PORTO, M. / SILVA, J. N. C, «Artigo 4.º», in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Coimbra, Almedina, 2013, pp 39-45.
- RIBEIRO, F. M. / SANTOS, S. F., *A Fiscalidade e as Organizações de Economia Social*, Vida Económica, 2013.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 369-376
ISSN: 1130-2682

EMPRESAS SOCIAIS (NÓTULAS DE IDENTIFICAÇÃO)

SOCIAL ENTERPRISES – SOME IDENTIFYING NOTES

J. M. COUTINHO DE ABREU¹

¹ Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Correio eletrónico: jabreu@fd.uc.pt. Endereço postal: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pátio da Universidade, 3004-528 Coimbra.

RESUMO

A Comunicação da Comissão Europeia de 25/10/2011 “Iniciativa de empreendedorismo social. Construir um ecossistema para promover as empresas sociais no centro da economia e da inovação sociais” não define empresa social. Em Portugal, também a Lei de Bases da Economia Social se abstém de definir empresa social. O artigo apresenta algumas notas tendentes à identificação das empresas sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Empresa, Empresas sociais, Social, Sociedades.

ABSTRACT

The Communication from the Commission “Creating a favourable climate for social enterprises, key stakeholders in the social economy and innovation” does not define social enterprise. Neither this definition is reported in the Portuguese Law on Social Economy. This article highlights some notes for the identification of the social enterprises.

KEY WORDS: Enterprise, Social enterprises, Social, Companies.

SUMÁRIO: 1. CONJUGANDO EMPRESARIALIDADE E SOCIALIDADE. 1.1. (Im)precisões. 1.2. Precisões (não sem dúvidas). 2. FORMAS DE EMPRESAS SOCIAIS. 2.1. Cooperativas. 2.2. Associações mutualistas. 2.3. Outras associações. 2.4. Fundações. 2.5. Sociedades mercantis?

CONTENTS: 1. *CONNECTING ENTREPRENEURSHIP AND SOCIALITY*. 1.1. (Im)precisions. 1.2. *Precisions (not without doubts)*. 2. *FORMS OF SOCIAL ENTERPRISES*. 2.1. *Cooperatives*. 2.2. *Mutual associations*. 2.3. *Other associations*. 2.4. *Foundations*. 2.5. *Commercial companies?*

I CONJUGANDO EMPRESARIALIDADE E SOCIALIDADE

1.1. (Im)precisões

“Empresa social”: eis um par de palavras em que cada uma delas se apresenta geralmente polissémica e com significados algo indeterminados.

Mesmo em tempos de enaltecimento de individualismo e egoísmos, o discurso político, jurídico, etc. dominante continua prenhe de “social” pouco denotativo e difusamente conotativo: Estado social, democracia social, justiça social, solidariedade social, interesse social, fim social, direitos sociais, constituição social, economia social de mercado, responsabilidade social das empresas...

Ultrapassadas, parece, as tentativas de cariz ontológico para alcançar um conceito unitário ou geral de empresa no direito, mais ao menos na esteira de compreensões (plurais, na realidade) económicas, sociológicas ou semânticas, vai-se reconhecendo que também “empresa” designa fenómenos vários, de harmonia com os diversos contextos jurídico-problemáticos, sistemático-funcionais e local-temporais².

1.2. Precisões (não sem dúvidas)

Buscando arrimo na Constituição da República Portuguesa (CRP), quando distingue entre direitos e deveres “sociais” e “culturais” e direitos e deveres “económicos” (arts. 58.º, s.), podemos dizer que pertencem ao campo ou domínio social atividades, por exemplo, de segurança social (assistência na doença, vel-

² V. J. M. Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Almedina, Coimbra, 1996 (reimpr. 1999), *passim*, ou *Curso de direito comercial*, vol. I, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 199, s.

hice, invalidez, etc.), de promoção e proteção da saúde, de educação e formação profissional, de proteção do ambiente, de promoção cultural³.

Estas atividades (globalmente) não integradas no campo da economia – ocupado pela produção, nos setores primário, secundário e terciário, de bens materiais e imateriais ou serviços exigindo ou implicando o uso e a troca de bens – apresentam contudo dimensões ou aspetos económicos quando a prestação dos serviços respetivos reclama o uso e a troca de bens. Podem, por conseguinte, constituir objeto de empresas.

Porém, uma empresa não é “empresa social” só porque desenvolve “atividade social”. Há empresas “privadas” (do setor privado da economia) e empresas “públicas” (do setor público) que têm objeto “social” (v.g., escolas, hospitais). As empresas sociais pertencem ao “terceiro setor” (setor da economia social), com características finalísticas e de organização e funcionamento próprias.

Por outro lado, uma empresa com objeto não especificamente “social” (v.g., agrícola, industrial-transformador, bancário, segurador, de comercialização) merecerá a qualificação de “empresa social” se tiver certos escopos e obedecer a determinados modos de organização, que a distingam quer da empresa privada, quer da empresa pública.

As notas caracterizadoras de natureza finalística e organizativa parecem, pois, ser essenciais para a noção de empresa social.

Avançando para a noção⁴: é empresa social a entidade sem fins lucrativos que desenvolve de modo autónomo (sem dependência em relação a entidades privadas ou públicas) uma atividade assente normalmente em organização de meios com identidade própria (cindível da entidade).

Intento com esta noção abarcar os sujeitos e características objetivas comuns que se descobrem no art. 82.º, 4, da CRP (“setor cooperativo e social” dos meios de produção, que compreende os subsectores cooperativo, comunitário, autogestivo e social), bem como na Lei 30/2013, de 8 de maio (Lei de Bases da Economia Social: LES), especialmente no art. 4.º (são entidades da economia social as cooperativas, associações de vários tipos, as fundações, etc.)⁵.

“Empresa” aparece na noção em sentido primordialmente subjetivo (como sujeito jurídico que exerce uma atividade económica ou uma atividade social com

³ V. também os exemplos apresentados na Comunicação da Comissão Europeia de 25/10/2011 “Iniciativa de empreendedorismo social. Construir um ecossistema para promover as empresas sociais no centro da economia e da inovação sociais” [SEC (2011) 1278 final], p. 4.

⁴ A citada Comunicação, p. 4, abstém-se (compreensivelmente) de dar uma definição de empresa social.

⁵ V. também a caracterização das empresas sociais presente na Comunicação citada.

dimensão económica). É uma aceção corrente também no direito comunitário, em particular no direito da concorrência⁶.

Mas a empresa-entidade utilizará, em regra, como instrumento uma empresa em sentido objetivo, exercerá atividade suportada em “organização de meios” ou estrutura produtivo-económica objeto de direitos e de relações jurídicas. Não parece merecer a qualificação de “empresa” (ainda que “social”), por exemplo, uma associação de apoio a doentes hospitalizados que exerce a sua atividade (puramente altruística ou de solidariedade social) utilizando tão só os serviços gratuitos (o “dom”) dos associados.

As empresas sociais não têm fins lucrativos: ou porque não intentam obter lucros propriamente ditos, ou porque os excedentes das receitas sobre os custos de produção (chame-se-lhes ou não lucros) não são repartíveis pelos membros das empresas, ou são repartíveis mas não segundo critérios de participação capitalística.

A gestão das empresas sociais compete aos órgãos respetivos, não subordinável a instruções ou ordens de entidades dos setores privado ou público. Estas empresas podem em alguns casos ter participação de controlo em empresas privadas, mas não podem ser objeto de participação controladora de empresas privadas ou públicas.

2 FORMAS DE EMPRESAS SOCIAIS

Vejamos agora, sumariamente, as espécies principais das empresas sociais, realçando as características que as colocam na “economia social”⁷.

2.1. Cooperativas

As cooperativas, que podem exercer qualquer atividade económica (Código Cooperativo, ou CCoop., art. 7.º), devem organizar-se e funcionar respeitando os “princípios cooperativos” (art. 3.º do CCoop.): entre outros, adesão voluntária e livre dos cooperadores, gestão democrática pelos membros (ressaltando a regra “um membro, um voto” nas cooperativas de primeiro grau), participação económica dos membros (sendo de destacar a eventual e limitada remuneração dos títulos de capital e a distribuição dos excedentes pelos cooperadores na proporção das suas transações com a cooperativa), autonomia e independência.

A atividade cooperativa é prosseguida “sem fins lucrativos” (art. 2.º, 1, do CCoop.)⁸. Com efeito, os excedentes anuais resultantes de operações da coope-

⁶ V. p. ex. *Curso...*, p. 215, s.

⁷ Cfr. a CRP, art. 82.º, 4, a LES, art. 4.º, e a Comunicação citada, p. 3.

⁸ V., desenvolvidamente, *Da empresarialidade...*, p. 170, s., *Curso...*, p. 277, s.

rativa com os cooperadores não são verdadeiros lucros (objetivos), significando antes, no essencial, um valor “provisoriamente” pago a mais pelos cooperadores à cooperativa ou pago a menos pela cooperativa aos cooperadores. Os mesmos excedentes, quando distribuídos ou “retornados” aos cooperadores, não são verdadeiros lucros (subjativos), significando antes uma economia ou poupança (cooperativas de consumo), ou o equivalente do valor do trabalho prestado pelos cooperadores (cooperativas de produção), ou um complemento das vantagens económicas já obtidas aquando da realização das operações. Os excedentes gerados em operações da cooperativa com terceiros são lucros (objetivos); mas porque não são distribuíveis pelos cooperadores, ainda aqui se não deve falar de escopo lucrativo (não há lucro subjativo).

2.2. Associações mutualistas

Estas associações são instituições particulares de solidariedade social com capital e composição variáveis e duração indefinida que, essencialmente com base na quotização dos seus associados, prosseguem, no interesse destes e de seus familiares, fins de auxílio recíproco, principalmente de segurança social e de saúde (arts. 1.º - 4.º do Código das Associações Mutualistas, ou CAM, aprovado pelo Decreto-lei 72/90, de 3 de março).

A organização e funcionamento das associações mutualistas deve obedecer aos “princípios mutualistas”, próximos dos “princípios cooperativos” (arts. 8.º - 11.º do CAM): *v.g.*, adesão voluntária e livre dos associados, gestão democrática – (correspondendo um voto a cada associado), benefícios dos associados como contrapartida das quotizações pagas.

É, em regra, vedada a distribuição de excedentes (arts. 52.º - 54.º). E o art. 108.º do CAM consagra a regra da devolução desinteressada do ativo de liquidação das associações mutualistas (atribuído a um fundo de solidariedade mutualista).

2.3. Outras associações

Em geral, as associações de direito privado, de regime comum (previsto no Código Civil – CCiv.) ou especial, com fins egoísticos (ideais ou não) ou altruísticos, têm capacidade jurídica para desenvolver atividade empresarial que seja necessária ou conveniente à prossecução das respetivas finalidades. Em qualquer caso, as associações não podem ter por fim o lucro económico dos associados (*cfr.* o art. 157.º do CCiv.).

Por norma, a atividade empresarial desenvolvida por associações visará a obtenção de meios patrimoniais necessários à prossecução da atividade diretamente dirigida à realização dos fins próprios delas (*pense-se* em uma associação sindical explorando uma escola de formação profissional, ou numa associação religiosa

explorando uma empresa agropecuária); mas a atividade empresarial pode ser o meio direto para a consecução desses fins (pense-se em uma empresa de espetáculos públicos teatrais gerida por uma associação cultural). Por outro lado, é igualmente possível as associações exercerem atividades empresariais de forma indireta – por meio de participações (de controlo) em sociedades explorando empresas.

2.4. Fundações

“As fundações privadas são pessoas coletivas de direito privado, sem fim lucrativo, dotadas dos bens e do suporte económico necessários à prossecução de fins de interesse social” (art. 14.º, 1, da Lei Quadro das Fundações – LQF –, aprovada pela Lei 24/2012, de 9 de julho).

Tal como nas associações, nada impede que uma fundação possua uma empresa ou detenha participação de controlo em uma empresa, intentando com isso obter lucros que utilizará na prossecução dos seus fins de interesse social.

E será ainda admissível que uma fundação seja instituída como “forma jurídica” de empresa – empresa não “económica” mas “social” –, caso em que a atividade fundacional-empresarial, geradora de receitas bastantes para a reprodução do processo produtivo, sendo de “interesse social”, realiza de modo direto o fim altruístico da fundação.

2.5. Sociedades mercantis?

Lê-se na citada Comunicação da Comissão de 2011 (p. 3) que a economia social compreende, além das entidades com “estatuto jurídico específico (cooperativas, fundações, associações, mútuas, etc.)”, também “as empresas sociais sob a forma de sociedade privada ou sociedade anónima tradicional”.

Não me parece, porém, que estas sociedades possam ser consideradas empresas sociais em Portugal (e em outros países).

Podem as sociedades, é verdade, ter por objeto “atividades sociais” (prestação de cuidados de saúde, formação educativa e profissional, assistência a idosos, etc.) ou ter objetivos (também) de carácter “social” (v.g., dando emprego a pessoas com deficiências várias). Todavia, não deixam por isso de estar integradas no setor privado da economia⁹. Quer por continuarem a ter escopo lucrativo, quer por se regerem fundamentalmente por regras de organização e de funcionamento que não podem dizer-se “democráticas”.

Na verdade, as sociedades têm por fim-regra o lucro: visam incrementar o património social para, mais cedo ou mais tarde, os ganhos serem distribuídos pelos

⁹ E sem que se exclua a hipótese de sociedades com tais características se situarem no setor público da economia.

sócios¹⁰. Mesmo que se admita a validade de cláusulas estatutárias que limitem ou, até, excluam a distribuição de lucros de exercício e de balanço¹¹, parece certo que o lucro final ou de liquidação pertencerá aos sócios¹² — não vale aqui a regra da devolução desinteressada do ativo de liquidação^{13,14}.

Por outro lado, na generalidade das sociedades não é livre a entrada e a saída dos sócios, não vigora o princípio da “porta aberta”¹⁵. E, realce-se, com exclusão das sociedades em nome coletivo, a influência de cada sócio na formação da vontade social (o “poder de voto”) é determinada por critérios capitalísticos ou de proporcionalidade, não por critérios personalísticos ou democráticos¹⁶. Além disso, é também segundo critérios capitalísticos que se determina, em regra, a participação de cada sócio nos lucros da sociedade (art. 22.º, 1, do CSC).

Refira-se, por fim, que as sociedades não são mencionadas na CRP a propósito do “setor cooperativo e social” (art. 82.º, 4), nem no art. 4.º da LES, que elenca as “entidades da economia social”.

¹⁰ Cfr. J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, vol. II – *Das sociedades*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 29, s.

¹¹ Sobre a questão, v. *últ. ob. cit.*, p. 426, s.

¹² Cfr. o art. 156.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC).

¹³ Cfr. o art. 79.º do CCoop., o art. 108.º do CAM, o art. 12.º da LQF.

¹⁴ Sabemos que o escopo lucrativo não é, em alguns ordenamentos jurídicos, nota caracterizadora da noção geral de sociedade. Por outro lado, nos ordenamentos em que tal escopo é essencial, não está afastada a hipótese de derrogação da noção geral de sociedade a fim de possibilitar a constituição de “empresas sociais” sob a forma de sociedades sem fins lucrativos – mas isto exigirá legislação especial, como a existente em Itália desde 2006 (cfr. G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2 – *Diritto delle società*, 8ª ed. a cura di M. Campobasso, Utet, Torino, 2012, p. 30-31).

¹⁵ Mesmo nas sociedades anónimas com ações cotadas em mercado regulamentado as entradas e saídas estão condicionadas pelas oportunidades de compra e de venda de ações.

¹⁶ Pese embora a lei admita a possibilidade de os estatutos de sociedades anónimas fixarem tetos de voto (art. 386.º, 5, do CSC).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 377-388
ISSN: 1130-2682

CRÍTICA À REFORMA DE 2014 DA LEI DOS BALDIOS

*CRITIC REVIEW OF THE 2014 REFORM
OF THE COMMONAGE LAW*

NINA AGUIAR¹

¹ Doutora, Professora adjunta do Instituto Politécnico de Bragança; investigadora do CECEJ – Centro de Estudos em Ciências Empresariais e Jurídicas. Correio eletrónico: naguiar@ipb.pt.

RESUMO

A Lei dos Baldios portuguesa, em vigor desde 1993, sofreu uma drástica reforma em Setembro de 2014. O seu aspecto mais relevante é o determinar-se a transferência automática dos baldios inexplorados durante 15 anos para o domínio privado das freguesias. Face ao despovoamento em curso das regiões interiores de Portugal, o abandono da exploração tradicional de muitos baldios é ineludível a breve prazo, o que torna uma inevitabilidade a sua transferência para as freguesias. Estas são, contudo, unidades territoriais de reduzida dimensão, sem meios nem interesse numa gestão conservadora dos ex-baldios, pelo que o destino previsível dos baldios transferidos para as freguesias é a sua alienação a privados.

PALAVRAS-CHAVE: Baldios, gestão de baldios, extinção de baldios.

ABSTRACT

The Portuguese Law of Commonage, in force since 1993, has undergone a drastic reform in September 2014. Its most important aspect is that it determines the automatic transfer of commonages kept unexplored for 15 years or more to the private domain of “freguesias”. In view of the ongoing process of depopulation of inland areas of Portugal, the abandonment of a traditional model of exploitation of commonages is unavoidable in the short term, which makes its transmission to “freguesias” also inevitable. “Freguesias” are, however, territorial units of small size, without means or interest in a preserving a traditional model of management of commonages, which makes predictable that commonages end up being sold to private entities.

KEY WORDS: Commons, management of commons, extinction of commons.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A PROBLEMÁTICA DO MODELO DE EXPLORAÇÃO DOS BALDIOS. 3. PROPRIEDADE DOS BALDIOS. 4. ADMINISTRAÇÃO DOS BALDIOS. 5. ASPECTOS FISCAIS. 6. ALIENAÇÃO E EXTINÇÃO DOS BALDIOS.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. MODELS OF COMMONS' EXPLOITATION. 3. PROPRIETORSHIP OF COMMONS. 4. ADMINISTRATION OF COMMONS. 5. TAX ASPECTS. 6. SALE AND EXTINGUISHMENT OF COMMONS.

I INTRODUÇÃO

Estima-se que os baldios ocupem actualmente em Portugal uma área de cerca de 500 000 hectares, o que corresponde a um pouco mais de 5% da área do território português continental. Os baldios representam, portanto, uma fracção ainda significativa do território nacional.

Na maioria, os baldios correspondem a terrenos marginais em termos de aptidão agrícola. São essencialmente zonas silvícolas, matos e pastos. Tradicionalmente, os baldios desempenhavam uma função complementar em relação à economia agrícola de pequenas explorações, que caracterizam o Norte e o Centro interiores de Portugal. Essas áreas forneciam pastos, lenha, madeira, caça e também materiais inertes como areia e pedra para construção. A razão da origem dos baldios reside no facto de os recursos que aí existiam serem abundantes em relação às necessidades das populações locais e de não existir uma procura externa que justificasse a organização de um mercado, com a consequência de esses recursos não serem transaccionáveis. A fruição gratuita e comunitária era, portanto, uma consequência das características dos recursos do baldio e da sua função no sistema económico das localidades.

Na evolução do estatuto jurídico dos baldios identificam-se quatro momentos principais. Até meados do séc. XIX, os baldios não possuíam um estatuto jurídico no sentido próprio do termo. Tinham-se formado espontaneamente como produto da lenta desagregação da estrutura feudal. Desde tempos imemoriais, as comunidades fixadas em pequenos núcleos agrícolas (aldeias) tinham acesso comunitariamente regulado aos recursos dos baldios envolventes, como complemento da produção agrícola. O factor determinante da história dos baldios nos séculos XVIII e XIX foi o surgimento de uma burguesia agrária, que encetou uma disputa pela posse dos baldios com as populações locais (o que evidencia que em alguns casos começava a formar-se um procura externa pelos recursos dos baldios e estes começavam a ser disputados. A partir daí as tensões sobre a sua apropriação eram inevitáveis). Como primeira tentativa para disciplinar a posse dos baldios, reconhe-

ceu-se aos municípios o poder de regular o seu uso e de arrecadar as receitas por eles geradas, mas reservando aos moradores das localidades o direito de aproveitamento económico directo². Estas primeiras iniciativas concediam também aos municípios o poder de alienar os baldios.

Com a instauração da república (1910), os baldios foram entregues às comunidades locais para seu uso e fruição e retirados à alçada dos municípios. Mas o estatuto jurídico dos baldios neste novo contexto ficou por definir. Em todo o caso, a situação assim criada não durou muito tempo.

O Estado Novo (1926), que assentou, como se sabe, numa forte centralização do poder político do Estado, não tardou em chamar a si a administração dos baldios. Uma das prioridades do Estado Novo foi a florestação do país, posta em prática em 1938 através do Plano de Povoamento Florestal.³ Os baldios foram então colocados autoritariamente sob o regime florestal, o que significava, na prática, a sua subtracção à gestão pelas comunidades locais, o seu povoamento florestal e a sua gestão pelos serviços florestais do Estado.

Finalmente, a Constituição de 1976 não só devolveu o direito de uso dos baldios às comunidades locais como definiu pela primeira vez a base do seu estatuto jurídico. Este estatuto jurídico viria a ser definitivamente estabelecido em 1993, com a Lei n.º 68/93, de 04/09 (“Lei dos Baldios”, adiante abreviadamente designada por LBald.)

Esse momento coincidiu, porém, com uma conjuntura de profunda mudança do perfil demográfico do país e do modelo de organização do mundo rural. O fenómeno da desertificação humana do interior de Portugal - hoje, a densidade populacional em alguns casos é já inferior a 20 habitantes/Km² - atingiu intensamente quase todo o território rural interior português, o que fez com que os baldios vissem desaparecer a sua função económica centenar. De certa forma, seria correto dizer que, no momento em que por fim se concretizou a definição de um estatuto jurídico dos baldios, este já se encontrava desactualizado, ao ter como referencial a função económica que os baldios tinham tido no mundo rural durante séculos, mas que era um modelo já em pleno e acelerado processo de desmoronamento.

As alterações entretanto introduzidas ao longo dos últimos 20 anos no quadro legislativo não só não melhoraram a situação, como até a agravaram em vários aspectos, denotando uma grave falta de conhecimento por parte do legislador sobre a realidade socioeconómica dos baldios. Nos breves parágrafos que se seguem, veremos se a reforma da lei dos baldios, efectuada em Setembro de 2014, pela Lei n.º 72/2014, trouxe algum avanço na configuração jurídica deste importante instituto.

² A. BICA, “O regime jurídico dos baldios, Dossier Baldios”, Revista Voz da Terra, Jan. 2013, p. 10.

³ Lei do Povoamento Florestal, Lei n.º 1971, de 15 de Junho.

2 A PROBLEMÁTICA DO MODELO DE EXPLORAÇÃO DOS BALDIOS

Para levarmos a cabo essa análise crítica, é necessário assentarmos alguns pressupostos. Os baldios oferecem recursos económicos, alguns deles comercializáveis num mercado enquanto outros não o são. Três modelos de gestão dos baldios são possíveis: gestão colectiva (pelas comunidades locais), gestão pública (pelo Estado ou pelas autarquias), e gestão privada. Os modelos de gestão pública e de gestão privada, pela lógica própria de cada um, tenderão a maximizar o rendimento monetário extraído dos baldios. A gestão colectiva, por seu turno, pode conduzir exactamente ao mesmo resultado, se não for, por via legislativa, impedida uma gestão mercantilizada dos recursos com vista à repartição dos rendimentos pelos membros da colectividade. Por sua vez, os modelos de gestão privada e pública também podem ser objecto de uma regulamentação que impeça uma gestão mercantilizada dos recursos dos baldios.

Portanto, o que acabará por distinguir os modelos de gestão dos baldios não será tanto o aspecto formal da titularidade da sua exploração, mas a configuração legislativa dos limites dessa exploração. Fundamentalmente, o legislador pode optar por um modelo de exploração mercantilista, que use o mercado como meio de realizar rendimento monetário a partir de recursos transaccionáveis do baldio, e que tenderá a maximizar esse rendimento; ou por um modelo de exploração não mercantilista, que mantenha os baldios e os seus recursos maioritariamente fora do mercado.

A maximização de rendimento monetário dos baldios, que é naturalmente uma vantagem, na medida em que se traduz num aumento da riqueza disponível para a comunidade nacional, tem de ser contrabalançada com as vantagens que uma gestão não mercantilizada oferece. As vantagens de uma exploração não mercantilizada, por oposição a uma exploração mercantilizada, residem na preservação de recursos que não são susceptíveis de produzir rendimento monetário ou que proporcionam rendimentos monetários baixos mas que são bens económicos valiosos. Estes bens são, em primeiro lugar, os serviços ecossistémicos não transaccionáveis: refúgio de biodiversidade, áreas de captação e armazenamento natural de água, amenidades ambientais (paisagem); são, por outro lado, alguns recursos transaccionáveis mas de baixo rendimento, como as energias renováveis (vento), os pastos, a lenha e a madeira. Por fim, mas não menos importante, os baldios são espaços de liberdade, onde qualquer cidadão tem o direito de entrar, transitar, permanecer e praticar actividades de lazer. Numa análise do regime jurídico dos baldios, se não é possível tirar conclusões sobre o valor relativo destes dois tipos de vantagens, é importante pôr em relevo os traços que significam opções legislativas por um ou outro dos modelos indicados.

3 PROPRIEDADE DOS BALDIOS

Os baldios têm, actualmente, o estatuto de propriedade colectiva. A Constituição de 1976 estipula no seu artigo 82º, n.º 1 que existem três sectores de propriedade dos meios de produção: o sector público, o sector privado e o sector cooperativo e social. Este último compreende, especificamente, “os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais”.

Por sua vez, o artigo 1.º, n.º 1 da Lei dos Baldios⁴ diz que “são baldios os terrenos possuídos e geridos por comunidades locais”. Por “possuídos”, deve entender-se que são propriedade das comunidades locais, uma vez que é esse o sentido que resulta das referidas normas constitucionais.

A questão de quem é o titular desse direito de propriedade colectiva sobre os baldios é uma das questões-chave do seu regime jurídico. A “comunidade local” é o “universo dos compartes”.⁵ Até à reforma de 2014, eram compartes “os moradores de uma ou mais freguesias ou parte delas que, segundo os usos e costumes, têm direito ao uso e fruição do baldio.” A norma era composta por dois elementos: o direito de uma freguesia⁶ ao uso e fruição de um baldio, o qual devia ser determinado de acordo com os usos e costumes; e a qualidade de morador dessa freguesia. A lei não explicitava o que devia entender-se por morador. As pessoas que saíam das aldeias mas que mantinham aí a propriedade de casas ou terrenos consideravam-se moradores. A situação a que se chegou, pouco tempo após a entrada em vigor da lei, foi que as assembleias de compartes de muitos baldios eram formadas maioritariamente por pessoas que não eram, efectivamente, moradores na freguesia respectiva, mas proprietários ausentes. Obviamente, a situação descrita implicou uma alteração radical na exploração do baldio. Deixou de haver rebanhos para pastar os baldios, os matos deixaram de ser usados como lenha. A floresta deixou de ser cortada para abastecimento local e tornou-se um bem transaccionável, gerador de rendimentos monetários apetecíveis. O despovoamento das aldeias arrastou consigo, portanto, um fenómeno de monetarização dos rendimentos dos baldios. Em muitos casos, os “compartes” ausentes começaram a olhar para os baldios como uma fonte de rendimento monetário o que fez que a exploração dos baldios se tenha tornado uma actividade puramente mercantil.

Com a reforma de 2014, foi alterada a definição de comparte. Compartes são, agora, “todos os cidadãos eleitores, inscritos e residentes nas comunidades locais onde se situam os respectivos terrenos baldios ou que aí desenvolvam uma actividade agro-florestal ou silvo pastoril.” Existem portanto duas condições disjuntivas para ser comparte: ser eleitor inscrito na freguesia, o que significa uma exigência

⁴ Lei n.º 68/93, de 04 de Setembro.

⁵ Artigo 1º, n.º 2 da LBald.

⁶ Freguesia, no direito português, é uma categoria de autarquia local de nível inferior ao município.

de residência efectiva; ou desenvolver na freguesia uma actividade agro-florestal ou silvo pastoril.” A mera propriedade de terrenos ou casas não confere a qualidade de comparte. E são ainda compartes “os menores emancipados que sejam residentes nas comunidades locais onde se situam os respectivos terrenos baldios.” Exige-se portanto uma ligação económica efectiva à freguesia, que vá além da simples propriedade de bens imóveis.

A alteração é, em nosso entender, positiva, uma vez que uma exploração do baldio com vista à obtenção de rendimento monetário, por pessoas que não integram economicamente a comunidade local e em desconexão com a economia local não é compatível com o preceito constitucional segundo o qual os baldios são “meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais.”

Só por si, porém, esta alteração em nada resolve o problema de fundo que advém da desertificação populacional das zonas rurais às quais pertencem os baldios e da consequente perda da função económica comunitária dos baldios. A questão é abordada ao nível da gestão dos baldios e da sua possível extinção.

4 ADMINISTRAÇÃO DOS BALDIOS

No que diz respeito à gestão dos baldios, o primeiro problema que se coloca é o da titularidade da mesma. Em princípio, a gestão dos baldios pertence aos compartes.⁷ No entanto, podem ser delegados poderes de administração dos baldios “na junta de freguesia ou na câmara municipal da situação do baldio, bem como em serviço ou organismo da administração directa ou indirecta do Estado competente para a modalidade ou modalidades de aproveitamento a que a delegação se reporte.”⁸ Neste aspecto, a reforma de 2014 não introduziu qualquer alteração. Mas é previsível, em face do estreitamento do conceito de comparte, que se assista a um aumento da utilização do mecanismo da delegação de poderes de administração. A questão reveste-se de grande importância na medida em que uma transferência da administração dos baldios para a esfera da freguesia, do município ou do Estado, na prática, significará sempre um abandono do modelo de exploração “natural” do baldio e a sua substituição por outro modelo de exploração.

Ora, enquanto, no que diz respeito à gestão pelos compartes, a lei estabelece⁹ que “os compartes usufruem os baldios *conforme os usos e costumes locais* e gerem de forma sustentada, nos termos da lei, os aproveitamentos dos recursos dos respectivos espaços rurais, de acordo com as deliberações tomadas em assembleia de compartes”, no caso de gestão por delegação a lei não estabelece quaisquer

⁷ Artigo 11.º, n.º 1 da LBald.

⁸ Artigo 22.º da LBald.

⁹ Artigo 1.º, n.º 5 da LBald.

condicionamentos à administração.¹⁰ Acresce que, anteriormente a 2014, a lei estabelecia que os planos de utilização dos baldios, que eram obrigatórios, deviam ser elaborados “em estreita cooperação com as entidades administrativas que superintendem no ordenamento do território e na defesa do ambiente”. A reforma de 2014 eliminou esta norma, sendo agora os planos de utilização exclusivamente estabelecidos pelos compartes. Por outro lado, é preciso sublinhar que as juntas de freguesia são órgãos de reduzida dimensão, compostos, em parte, por pessoas que não são moradores, mas apenas proprietários ausentes das freguesias, pelo que o mecanismo da delegação de poderes de administração corre o risco de entregar a gestão dos baldios, mais uma vez, a pessoas que não fazem efectivamente parte da comunidade local.

Há, contudo, uma importante alteração a assinalar, que tem a ver com a afectação das receitas da exploração dos baldios. Trata-se de uma disposição nova introduzida pela reforma de 2014 (o artigo 11º-A), nos termos de cujo número 1 “as receitas obtidas com a exploração dos recursos dos baldios são aplicadas em proveito exclusivo do próprio baldio e das respectivas comunidades locais, nos termos a regulamentar por decreto-lei”. A obrigatoriedade de aplicar as receitas em proveito exclusivo do baldio e das comunidades locais deverá funcionar como um elemento mitigador da propensão para uma exploração mercantil dos baldios. No entanto, a lei remeteu a difícil regulação desse aspecto crucial para um diploma legal posterior, que até ao momento não foi aprovado. É uma questão de difícil resolução remetida para esta lei o concretizar do modo como as receitas podem ser afectadas em proveito do próprio baldio, uma vez que isso pressupõe definir primeiro como se beneficia o baldio; e é igualmente difícil definir como as receitas podem ser usadas em benefício das comunidades, tendo em conta que estamos a falar de comunidades muito pequenas e em processo acelerado de redução. Parece-nos que a obrigação de afectar as receitas do baldio ao próprio baldio e às comunidades locais deveria ser vista como uma solução legal transitória, que visa a curto prazo evitar a mercantilização da exploração dos baldios, mas não pode ser uma solução definitiva, pois as questões acima descritas são duma dificuldade praticamente insuperável.

Ainda no que respeita à gestão dos baldios, a qual está estreitamente ligada à questão central do seu modelo de exploração, a reforma de 2014 trouxe alterações importantes relacionadas com o arrendamento e a cessão de exploração. De acordo com o actual artigo 10º, n.º 1, “os baldios podem ser objecto, no todo ou em parte, de arrendamento ou de cessão de exploração, com vista ao aproveitamento dos recursos dos respectivos espaços rurais, no respeito pelo disposto na lei e nos programas e planos territoriais aplicáveis.” Na versão anterior da lei, apenas

¹⁰ Existem condicionamentos legais apenas no que diz respeito à exploração silvícola, a qual deve obedecer ao Regime Jurídico dos Planos de Ordenamento, de Gestão e de Intervenção de Âmbito Florestal (Decreto-Lei n.º 16/2009, de 14 de Janeiro), por força do artigo 6.º, n.º 2 da Lei dos Baldios.

se previa a cessão de exploração. A diferença reside em que a cessão de exploração – figura contratual criada para o estabelecimento comercial – pressupõe a manutenção da actividade anterior à cessão. Já o arrendamento não. Além disso, anteriormente a 2014, a cessão de exploração estava vedada em relação às partes com aptidão agrícola. Com a reforma de 2014, essa limitação desapareceu.

Cabe também neste ponto fazer uma referência a dois aspectos novos introduzidos pela lei de 2014 que têm aparentemente como finalidade aumentar a transparência e a disciplina na gestão dos baldios. O primeiro é que os baldios passam a estar obrigados a ter contabilidade e a prestar contas anuais. A contabilidade é efectuada de acordo com a regulação contabilística em vigor para o sector não lucrativo. O segundo é o que diz respeito à responsabilidade. O baldio é responsável pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções, quando estes ajam em nome ou em representação do respectivo baldio. Mas a responsabilidade do baldio não exclui a responsabilidade individual dos membros dos respectivos órgãos.¹¹ Por outro lado, os membros dos órgãos das comunidades locais respondem pelos danos causados aos respectivos baldios por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, segundo as regras do mandato.¹² Parece-nos de entender que a posição de mandante será, no caso, ocupada pelos compartes, pelo que serão estes quem terá legitimidade para accionar a responsabilidade.

5 ASPECTOS FISCAIS

Até à reforma de 2014, o legislador não teve qualquer preocupação com o tratamento fiscal dos baldios. Quando os baldios começaram a gerar rendimentos importantes, nomeadamente com o recebimento de rendas das empresas de energia eólica pelo direito concedido a estas de instalarem nos baldios equipamentos destinados à produção de energia eólica, ou provenientes da exploração de pedreiras, o fisco considerou que os baldios se enquadravam na noção de sujeito passivo do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas¹³. Os tribunais sancionaram este entendimento,¹⁴ passando desde então os baldios a serem considerados sujeitos passivos daquele imposto.

A reforma de 2014 tratou pela primeira vez a questão fiscal dos baldios. Assim, os baldios são agora tratados como patrimónios autónomos para efeitos de perso-

¹¹ Artigo 25.º-A, n.º 1 e n.º 2 da LBald.

¹² Artigo 25.º-B, n.º 1 da LBald.

¹³ Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, aprovado pelo Decreto Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro.

¹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 06-12-2006, processo n.º 868/06.

nalidade tributária e judiciária¹⁵. Os terrenos que integram os baldios estão sujeitos a inscrição na matriz predial respectiva, o que significa que devem ser registados no registo predial tributário¹⁶. Finalmente, os baldios gozam dos benefícios atribuídos às pessoas colectivas de utilidade pública. Em termos fiscais, portanto, os baldios recebem o mesmo tratamento das pessoas colectivas de utilidade pública. Em termos de imposto sobre o rendimento, isto significa que o órgão de gestão do baldio deve requerer a isenção ao ministério das finanças que fixará, por despacho, usando amplos poderes discricionários, o âmbito da isenção. Em nosso entender, apenas deverão ficar abrangidos pela isenção os rendimentos provenientes dos usos tradicionais do baldio, com exclusão, portanto, dos usos que visem obter rendimento monetário. Os baldios ficam isentos de imposto do selo, quando este constitua seu encargo¹⁷. Os terrenos e outros prédios sujeitos ao respectivo regime¹⁸ ficam isentos de Imposto Municipal sobre Imóveis¹⁹, apenas quando tais prédios ou partes de prédios estejam destinados directamente à realização dos fins dos baldios²⁰. Ora, de acordo com artigo 3.º da LBald., que já vimos, os baldios têm por finalidade constituir logradouro comum, designadamente para efeitos de apascentação de gados, de recolha de lenhas ou de matos, de culturas e de outros aproveitamentos dos recursos dos respectivos espaços rurais. A noção de logradouro comum apela a uma relação de complementaridade funcional entre a exploração do baldio e a economia da comunidade local, pelo que os baldios não devem ficar isentos de imposto municipal sobre imóveis quando sejam objecto de uma exploração mercantil, sem conexão funcional com a economia da comunidade rural respectiva. Finalmente, os baldios não estão, em geral, isentos de imposto sobre o valor acrescentado, podendo apenas estar isentas algumas das suas actividades que se enquadrem na extensa lista de isenções objectivas do artigo 9.º do respectivo código²¹.

6 ALIENAÇÃO E EXTINÇÃO DOS BALDIOS

A assembleia de partes pode deliberar a alienação a título oneroso, mediante concurso público, tendo por base o preço do mercado, de áreas limitadas de

¹⁵ Artigo 1.º, n.º 6 da LBald.

¹⁶ Artigo 2.º-B da LBald.

¹⁷ Artigo 6.º, n.º 1, al. c) do Código do Imposto do Selo, aprovado pela Lei n.º 150/99, de 11 de Setembro.

¹⁸ De acordo com o artigo 1.º, n.º 2 da Lei dos Baldios, o regime dos baldios aplica-se, “com as necessárias adaptações, e em termos a regulamentar, a equipamentos comunitários, designadamente eiras, fornos, moinhos e azenhas, usados, fruídos e geridos por comunidade local.”

¹⁹ Imposto Municipal sobre Imóveis, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro.

²⁰ É o que resulta da interpretação conjugada do artigo 44.º, n.º 1, al. e) do Estatuto dos Benefícios Fiscais (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/89 de 1 de Julho), com o artigo 2.º-A da LBald.

²¹ Código do IVA, aprovado pelo Decreto-lei n.º 394-B/84, de 26 de Dezembro.

terrenos baldios, em certas condições, nomeadamente para expandir a área urbana da povoação, e para instalar unidades industriais, infra-estruturas e outros empreendimentos de interesse colectivo, nomeadamente para a comunidade local²².

Fora destas situações, os actos ou negócios jurídicos de apropriação ou aposamento, tendo por objecto terrenos baldios, bem como da sua posterior transmissão, são nulos²³. Nesta matéria a lei não sofreu alteração.

A alteração mais significativa da reforma de 2014 diz respeito à extinção dos baldios. Na versão em vigor até 2014, o artigo 26.º estipulava o seguinte quanto à extinção dos baldios:

“Extinguem-se os baldios, no todo ou em parte, da respectiva área territorial:

a) Cujas extinção tiver sido declarada por unanimidade dos compartes em reunião da respectiva assembleia com a presença do mínimo de dois terços dos respectivos membros;

b) Que tenham sido, ou na parte em que o tenham sido, objecto de expropriação ou alienação voluntária, nos termos da presente lei.”

O regime contido nestas disposições era já bastante criticável, pois não se vê com que fundamento se podia reconhecer aos compartes o poder de extinguir os baldios. A consequência desta modalidade de extinção era a integração no domínio privado da freguesia ou freguesias em cuja área territorial se situasse o terreno baldio abrangido pela extinção.

Na versão actual, o artigo 26º acrescenta um caso de extinção dos baldios:

“c) Quando, por período igual ou superior a 15 anos, não forem usados, fruídos ou administrados, nomeadamente para fins agrícolas, florestais, silvopastoris ou para outros aproveitamentos dos recursos dos respectivos espaços rurais, de acordo com os usos e costumes locais e as deliberações dos órgãos representativos dos compartes, nos termos a regulamentar por decreto-lei.”

Também neste caso, o destino do baldio é a sua integração no domínio privado da freguesia ou freguesias em cuja área territorial se situe o terreno baldio abrangido pela extinção.

²² Artigo 31.º, n.º 1 da LBald.

²³ Artigo 4.º da Lei das LBald.

Ora, estando a assistir-se, como se disse no início, a uma desertificação acelerada das zonas rurais do interior do Norte e Centro de Portugal, onde os baldios se concentram, é previsível que a inclusão dos baldios no domínio privado das freguesias seja o destino da sua maioria a breve prazo. Importa realçar que o domínio privado das entidades públicas, ao contrário do domínio público, caracteriza-se por uma ampla liberdade de alienação dos bens em causa. Uma vez que as freguesias não têm nem os meios nem interesse em assegurar directamente a gestão dos baldios, é previsível que o destino dos baldios assim transferidos para o domínio das freguesias seja a sua alienação. Através desta alteração, pode com segurança dizer-se que a reforma de 2014 aprazou o fim e a privatização da grande maioria dos baldios para a próxima década.

A solução é, em nosso entendimento, altamente censurável e de consequências desastrosas. As freguesias são autarquias que, nas zonas rurais, têm uma dimensão populacional diminuta. Debatem-se, actualmente, com um problema de magreza financeira que é desconfortável sobretudo para os titulares dos seus órgãos e não para as populações, já que as freguesias enquanto circunscrições administrativas têm pouquíssimas competências. É claramente previsível, como já referimos, que as freguesias, uma vez na posse dos baldios, procedam rapidamente à sua alinação, com o intuito de realizar receitas que serão gastas em actividades de duvidoso interesse público. Enquanto isso, o legislador, ao colocar os baldios no património privado destas entidades de reduzida dimensão, condenando-os a uma privatização retalhada, obstrói, à partida e em definitivo, a possibilidade de se pôr em prática uma estratégia de gestão dos vastos terrenos ex-baldios no âmbito que seria, sem dúvida o mais apropriado, o da NUT 3²⁴.

A passarem para o sector público, os baldios deveriam ser integrados no domínio dos municípios e nunca das freguesias. Deveriam passar para o domínio dos municípios, desde logo, porque apenas os municípios dispõem de uma opção real entre a alienação dos baldios ou a sua manutenção no sector público, uma vez que esta última alternativa exige meios para a sua gestão que as freguesias não possuem. Optando-se pela sua alienação, apenas os municípios oferecem garantia de aplicação da receita resultante em prol do interesse público, dadas as reduzidas competências das freguesias. Optando-se pela sua não alienação, apenas os municípios têm a dimensão necessária para pôr em prática uma gestão regionalmente integrada dos ex-baldios, que maximize as suas potencialidades no âmbito de uma estratégia regional.

²⁴ Nomenclatura Comum das Unidades Territoriais Estatísticas ou NUTS (do francês *nomenclature commune des unités territoriales statistiques*) é uma nomenclatura que define sub-regiões estatísticas em que se divide o território dos Estados-Membros da União Europeia, segundo o Regulamento (CE) n.º 1059/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Maio de 2003, relativo à instituição de uma Nomenclatura Comum das Unidades Territoriais Estatísticas (NUTS) (JO L 154 de 21.6.2003, p. 1).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 389-395
ISSN: 1130-2682

O REGISTO DE ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS
DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. ANOTAÇÃO À
PORTARIA N.º 7/2014, DE 13 DE JANEIRO, QUE DEFINE
AS REGRAS A QUE OBEDECE O REGISTO RESPEITANTE
ÀS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS
DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (ONGPD)

*REGISTRATION OF NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS
OF PEOPLE WITH DISABILITIES. ANALYSING THE ORDINANCE
7/2014, OF JANUARY 13, WHICH DEFINES THE RULES THAT
REGULATE THE REGISTRATION OF NON-GOVERNMENTAL
ORGANIZATIONS OF PEOPLE WITH DISABILITIES (ONGPD)*

TIAGO PIMENTA FERNANDES¹

¹ Advogado; Mestre em Direito; Equiparado a Assistente do 1.º triénio no Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto (ISCAP), Rua Jaime Lopes Amorim, s/n, 4465-004 S. Mamede de Infesta. Endereço de correio eletrónico: t.martinsfernandes@gmail.com.

RESUMO

Através da recentemente publicada Portaria n.º 7/2014, de 13 de janeiro, o Estado Português veio definir as regras a que obedece o registo das Organizações Não Governamentais das Pessoas com Deficiência (ONGPD). As disposições da Portaria pretendem concretizar o conteúdo do Decreto-Lei n.º 106/2013, de 30 de julho, diploma que veio definir o estatuto destas organizações, bem como os apoios que o Estado lhes pretende conceder, o qual fica dependente do seu registo. O diploma em análise vem concretizar a parte regimental mais organizativa do Decreto-Lei, estabelecendo essencialmente a necessidade de um requerimento de registo devidamente instruído ao Presidente do INR, I. P., e regulando o procedimento de resposta, reclamação, cancelamento e atualização do mesmo.

PALAVRAS-CHAVE: ONGPD; registo; portaria.

ABSTRACT

Through the recently published Ordinance No. 7/2014 of 13th January, the Portuguese State has defined the rules that regulate the registration of Non-Governmental Organizations of People with Disabilities (ONGPD). The provisions of the Ordinance intend to specify the content of the Decree-Law No. 106/2013 of 30th July, which defines the status of these organizations, as well as the financial support that the Portuguese State intends to give them, which depends on its registration. The Ordinance in question regulates the most organizational part of the Decree-Law, essentially establishing the need for a registration application properly instructed the President of the INR, I. P., and regulating its response, claim, cancel and update procedures.

KEY WORDS: ONGPD; registration; ordinance.

SUMÁRIO: 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS – A IMPORTÂNCIA DA FIXAÇÃO DE REGRAS DE REGISTO DAS ONGPD. 2. O PROCEDIMENTO DE REGISTO DAS ONGPD.

CONTENTS: 1. GENERAL CONSIDERATIONS – THE IMPORTANCE OF SETTING THE ONGPD REGISTRATION RULES. 2. THE ONGPD REGISTRATION PROCEDURE.

I CONSIDERAÇÕES GERAIS – A IMPORTÂNCIA DA FIXAÇÃO DE REGRAS DE REGISTO DAS ONGPD

O XIX Governo Constitucional reconheceu no seu programa o contributo inegável das organizações não governamentais da área da deficiência no processo da inclusão ativa das pessoas com deficiência, na promoção da sua autonomia e qualidade de vida.

No seguimento da Lei n.º 127/99, de 20 de agosto, alterada pela Lei n.º 37/2004, de 13 de agosto, que define os direitos de participação e de intervenção das associações de pessoas com deficiência junto da Administração Central, Regional e Local, tendo por finalidade a eliminação de todas as formas de discriminação e a promoção da igualdade entre pessoas com deficiência e os restantes cidadãos, aquele órgão de soberania promulgou o Decreto-Lei n.º 106/2013, de 30 de julho (doravante designado abreviadamente por «Decreto-Lei» ou «DL»), que definia o estatuto destas organizações, bem como os apoios que lhes seriam concedidos pelo Estado português.

Esta preocupação surge aliás em linha como texto da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que prevê, entre outras medidas, que os Estados Contratantes, como é o caso de Portugal, encorajem a participação das pessoas com deficiência nos assuntos públicos, incluindo a participação em organizações e associações não governamentais ligadas à vida pública e política do país e na constituição e adesão a organizações de pessoas com deficiência para as representarem a nível internacional, regional e local [art. 29.º, al. b)]. Por seu turno, a Constituição da República Portuguesa estabelece não só que os cidadãos com deficiência gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres nela consignados, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados (art. 71.º, n.º 1), ao mesmo tempo que prevê que o Estado deve apoiar as organizações de cidadãos com deficiência (art. 71.º, n.º 3).

Nesta sequência, não pode ignorar-se que «as organizações da área da deficiência têm vindo a assumir um importante 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 destes cidadãos»². As ONGPD poderão ser de âmbito nacional, regional ou local, e terão direitos de participação na definição das políticas e das grandes linhas de orientação legislativa no domínio da reabilitação e integração das pessoas com deficiência, embora gozem de absoluta autonomia nessa matéria. O Estado português tem procurado apoiar e valorizar estas entidades através de apoios ao funcionamento (despesas gerais, como água, eletricidade e telecomunicações) ou a projetos específicos (apoio técnico e financeiro), ficando estas consequentemente sujeitas à realização de inquéritos, sindicâncias e inspeções legais.

Nesta medida, revelando-se urgente a regulamentação do papel cada mais relevante que as ONGPD vêm assumindo junto sociedade portuguesa e das pessoas com deficiência, na defesa dos seus direitos, e tendo em vista a plena inclusão económica, social e política destas últimas, tornou-se também imperioso proceder à definição das regras a que obedece o seu registo, o que é efetivado por via da Portaria 7/2014, de 13 de janeiro (diploma que, para facilitar a exposição, doravante designaremos abreviadamente por «Portaria»), ora em análise.

Na verdade, são vários os objetivos conseguidos através do registo das ONGPD. São eles:

- a) Comprovação da natureza e dos objetivos da organização (art. 14.º, n.º 1, al. a) DL). Independentemente da forma jurídica, as ONGPD são pessoas coletivas de direito privado sem fins lucrativos (art. 2.º, n.º 1 DL), e podem agrupar-se em uniões, federações e confederações (n.º 2 do mesmo preceito). Estas últimas, quando sejam de âmbito nacional, tal como as próprias ONGPD, podem ainda filiar-se em organizações internacionais com fins idênticos ou similares (n.º 3). Quanto aos objetivos das ONGPD, elas terão como missão 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 respetiva valorização e realização pessoal e profissional; a eliminação de todas as formas de discriminação das pessoas com deficiência; e a promoção da igualdade de tratamento das pessoas com deficiência (art. 3.º, n.º 1), sem prejuízo da possibilidade de prosseguirem outros fins que com aqueles sejam compatíveis (n.º 2 do mesmo preceito);
- b) Obtenção de apoio financeiro (art. 14.º, n.º 1, al. b) DL). Com efeito, o Estado português apoia e valoriza o contributo das ONGPD na definição e na execução da política nacional de prevenção, habilitação, reabilitação e participação das

² Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 106/2013, acima citado.

peças com deficiência (art. 8.º), concedendo apoio financeiro ao funcionamento das mesmas (art. 9.º) e a projetos (art. 10.º), desde que tais organizações se encontrem devidamente registadas. As ONGPD de representação genérica (entendendo-se estas como que tenham âmbito nacional, as uniões, federações e confederações, nos termos do art. 6.º DL) poderão beneficiar de apoio financeiro ao funcionamento, o qual será concedido de acordo com critérios de igualdade e equidade, desde que procedam ao seu registo junto do INR, I. P., o qual cessará quando as mesmas recebam qualquer outro tipo de apoio para o mesmo fim parte de outros serviços ou organismos da Administração Pública (art. 9.º, n.ºs 1 e 3 DL);

- c) Sistematização da informação sobre a ONGPD (art. 14.º, n.º 1, al. c) DL). Através do seu registo, procede-se à criação de uma base de dados, da qual consta a identificação de entidades existentes, que estas se comprometem a atualizar nos termos da lei, cabendo-lhes o dever de apresentar um relatório anual de atividades (art. 8.º da Portaria). Note-se que, tendo em conta o preceituado na alínea b) do art. 4.º dos Estatutos do Instituto Nacional para a Reabilitação, I. P. (INR, I. P.) aprovados pela Portaria n.º 220/2012, de 20 de julho, bem como o disposto no art. 14.º do Decreto-Lei, a organização de um registo das ONGPD é da competência/atribuição daquela entidade.
- d) Aquisição do estatuto de pessoa coletiva de utilidade pública (art. 15.º do Decreto-Lei). Para além dos objetivos acima identificados, e sem prejuízo do disposto no art. 10.º da já mencionada Lei 127/99, as ONGPD registadas nos termos da Portaria adquirem automaticamente a natureza de pessoa coletiva de utilidade pública.

Importa, assim, conhecer as regras que disciplinam o registo destas pessoas coletivas.

2 O PROCEDIMENTO DE REGISTO DAS ONGPD

Nos termos da Portaria, as ONGPD que prossigam os objetivos acima identificados deverão dirigir ao Presidente do INR, I. P., um requerimento, devidamente instruído e acompanhado da seguinte documentação: a) cópia dos estatutos e do respetivo extrato, publicado no Diário da República, ou, tratando-se de associação com sede em região autónoma, no jornal oficial competente; b) cópia do cartão de identificação de pessoa coletiva; c) fotocópia da ata de eleição dos corpos sociais eleitos através de sufrágio direto e universal e em efetividade de funções; d) declaração passada pelo órgão competente de onde conste o número total de associados e os distritos a que se circunscreve a sua ação, à data do requerimento; e) uma lista nominal das associações filiadas, delegações ou núcleos (art. 2.º da Portaria).

A decisão sobre o pedido de registo é proferida no prazo de 30 dias a contar da entrada do pedido, devendo ser devidamente fundamentada e comunicada à enti-

dade requisitante (art. 3.º, n.º 1 da Portaria), sendo que, em caso de indeferimento, nada obsta a que a ONGPD submeta novo requerimento de registo (n.º 2). Uma vez que o diploma não regula as hipóteses em que a entidade registante não se pronuncie quanto ao pedido de registo dentro do referido prazo legal, parece aplicar-se a regra geral segundo a qual o silêncio da Administração não terá valor de deferimento tácito nestes casos (art. 130.º do NCPA). Em todo o caso, o incumprimento do dever de decisão por parte do órgão administrativo competente confere ao requerente/interessado o direito de recorrer aos meios de tutela administrativa (reclamação e recurso hierárquico) e jurisdicional adequados (art. 129.º NCPA), dispondo para o efeito do prazo de um ano (188.º, n.º 3 NCPA), prazo esse que começa a contar-se a partir da data do incumprimento do dever de decisão (art. 188.º, n.º 3 NCPA), ou seja, uma vez decorrido o período de 30 dias sem que a entidade competente se pronuncie sobre o pedido de registo da ONGPD. Em caso de interposição de recurso hierárquico nestes casos, prevê-se a possibilidade de o órgão responsável pelo incumprimento do dever de decisão praticar o ato omitido na pendência do recurso (art. 195.º, n.º 5 NCPA). Uma vez que a competência para a emissão da decisão é exclusiva do Presidente do INR, I. P., admite-se ainda que órgão competente para decidir do recurso possa ordenar a sua prática, ao abrigo do art. 197.º, n.º 4 NCPA.

Em caso de deferimento, o registo da organização será efetuado mediante despacho do Presidente do Conselho Diretivo do INR, I. P., conforme mencionado, que defira o requerimento do registo, nos termos do art. 4.º da Portaria.

Da decisão de indeferimento do pedido de registo pode a entidade reclamar para o órgão que praticou o ato, ou seja, o Presidente do Conselho Diretivo do INR, I. P., com a devida fundamentação, e interpor recurso hierárquico para o membro do Governo com competência na área da Solidariedade e Segurança Social, o que aliás se encontra em consonância com o disposto no art. 184.º NCPA. Tanto a reclamação como o recurso hierárquico têm carácter facultativo neste caso, atento o disposto no art. 185.º, n.º 2 NCPA, pelo que a possibilidade de acesso aos meios jurisdicionais não fica dependente da sua interposição, e a sua utilização não suspenderá o prazo de interposição de recurso administrativo, nos termos do art. 190.º, n.º 2 NCPA. Ambas estas vias impugnatórias poderão ser instruídas com os elementos probatórios que o requerente entenda convenientes para fundamentar o seu pedido (art. 184.º, n.º 3 NCPA). Paralelamente, ao interessado será sempre lícito lançar mão dos meios judiciais que se encontram ao seu dispor para reagir contra uma atuação da Administração que julgue ilegal, nomeadamente, a ação de impugnação de ato administrativo e/ou a ação de condenação à prática do ato devido.

O prazo para apresentação da reclamação é de 15 dias (art. 191.º, n.º 3 NCPA), devendo o órgão reclamado pronunciar-se sobre o pedido no prazo de 30 dias (n.º 2 do mesmo preceito). Quanto ao prazo para a interposição de recurso hie-

rárquico, será igual ao que se encontre legalmente previsto para a impugnação contenciosa do ato, ou seja, de três meses (art. 58.º, n.º 2, al. b)³ e art. 69.º, n.º 2 CPTA), sendo que, em ambos os casos, tais prazos se iniciam a partir da data da notificação ao requerente da decisão de indeferimento (arts. 188.º, n.º 1 NCPA e 59.º, n.º 1 e 69, n.º 3 CPTA). Também no recurso hierárquico se prevê que a decisão seja tomada no prazo de 30 dias, contados da data da remessa do processo ao IRN, I. P., prazo esse que poderá ser elevado até ao limite de 90 dias, quando haja lugar à realização de nova instrução ou de diligências complementares (art. 198.º, n.ºs 1 e 2 NCPA).

A Portaria prevê que o registo da ONGPD possa vir a ser efetuado a título provisório, quando: a) não tenham sido apresentados todos os documentos que devem instruir os requerimentos de registo mas sejam mencionados nos documentos apresentados; b) os requerimentos careçam de aperfeiçoamento, por erro ou omissão. No primeiro caso, o registo provisório caducará se os documentos em falta não forem apresentados no prazo de 10 dias úteis a contar da data do respetivo pedido. Inversamente, o registo converter-se-á em definitivo se as irregularidades apontadas vierem a ser sanadas no prazo de 10 dias, produzindo efeitos à data da apresentação do requerimento inicial. Em homenagem a um princípio processual de aproveitamento dos atos já praticados, admite-se que a entrega dos documentos em falta possa ultrapassar o mencionado prazo, desde que tal circunstância seja devidamente fundamentada pelo requerente (art. 6.º da Portaria).

O registo da ONGPD poderá ser alvo de cancelamento a todo o tempo, oficiosamente, sempre que se verifique qualquer ilegalidade nos atos praticados pela entidade, quando esta receba outro tipo de apoio para o mesmo fim por parte de outros serviços ou organismos da Administração Pública, ou ainda por solicitação oficiosa da própria entidade (art. 7.º Portaria).

Por fim, a prestação de falsas declarações, para além de punível nos termos da lei, implicará a restituição integral do montante dos apoios já recebidos pela ONGPD (art. 9.º Portaria), o que parece decorrer de uma ideia de lealdade na constituição e condução destas organizações. Admite-se ainda a celebração de protocolos de cooperação entre as várias ONGPD que se encontrem registadas nos termos da Portaria sob anotação (art. 10.º).

³ Nos termos do n.º 1 do mencionado preceito, a impugnação de atos nulos ou inexistentes não se encontra sujeita a qualquer prazo.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 397-405
ISSN: 1130-2682

PORTUGAL INOVAÇÃO SOCIAL. ANOTAÇÃO
À RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MINISTROS
N.º 73-A/2014, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2014

*PORTUGAL SOCIAL INNOVATION. NOTES ON COUNCIL OF
MINISTERS RESOLUTION 73-A / 2014 OF DECEMBER 16*

CRISTINA PARENTE, VANESSA MARCOS E CARLOTA QUINTÃO

RESUMO

A crónica sobre a Resolução do Conselho de Ministros n.º 73-A/2014, de 16 de Dezembro de 2014 que institui a iniciativa Portugal Inovação Social, no âmbito do Portugal 2020, constitui uma reflexão sociológica em que se partilham algumas inquietações inerentes ao alcance e aos (potenciais) efeitos dos instrumentos financeiros que se destinam a animar o mercado de investimento social, à luz das configurações que a economia social tem assumido no nosso país, em particular nas relações estabelecidas com o Estado.

PALAVRAS-CHAVE: inovação social, economia social, mercado de investimento social, Estado.

ABSTRACT

The article on the Resolution of the Council of Ministers nr. 73-A/2014, of December 16th, 2014, which creates the initiative “Portugal Inovação Social” within the scope of Portugal 2020, consists of a sociological reflection on some concerns inherent to the extent and (potential) effects of the financial instruments aimed at promoting the social investment market. This reflection is made under the framework social economy has been assuming in our country, especially regarding the relationships established with the State.

KEY WORDS: social innovation, social economy, social investment market, State.

SUMÁRIO: 1. ÂMBITO DO DIPLOMA EM ANÁLISE. 2. OS INSTRUMENTOS DE FINANCIAMENTO DA INOVAÇÃO E DO EMPREENDEDORISMO SOCIAL EM PORTUGAL: REFLEXÕES E INQUIETAÇÕES. 3. EM SÍNTESE...

CONTENTS: 1. *SCOPE OF THE RESOLUTION UNDER ANALYSIS*. 2. *THE FUNDING INSTRUMENTS OF INNOVATION AND SOCIAL ENTREPRENEURSHIP IN PORTUGAL: REFLECTIONS AND CONCERNS*. 3. *IN SUM...*

I ÂMBITO DO DIPLOMA EM ANÁLISE

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 73-A/2014, de 16 de Dezembro de 2014 institui a iniciativa Portugal Inovação Social, no âmbito do Portugal 2020, identificando os seus objetivos, os destinatários, os instrumentos enformadores e os programas operacionais de enquadramento, bem como a estrutura de missão responsável pela sua execução e respetiva composição e funções. O Portugal Inovação Social (PIS) é a resposta nacional ao desígnio europeu que elegeu a inovação e o empreendedorismo social como uma área de aposta para os fundos europeus estruturais e de investimento. O PIS envolve uma verba de cerca de 150 milhões de euros, decorrentes do Programa Operacional Inclusão Social e Emprego, Programa Operacional Capital Humano e dos Programas Operacionais Regionais do continente. O propósito dos PIS é desenvolver e dinamizar o mercado de investimento social para apoio a iniciativas de empreendedorismo e inovação social no domínio nacional.

Para o efeito, o programa instituído direciona-se aos três setores de atividade, designadamente a entidades públicas, privadas lucrativas e integrantes da economia social, com iniciativas no âmbito da inovação e do empreendedorismo social, as quais podem recorrer a quatro instrumentos de financiamento, a saber:

a) Fundo para a Inovação Social: financiamento de natureza grossista com fundos participados, para apoio a iniciativas e investimentos em inovação e empreendedorismo social em fase de consolidação ou disseminação, através da concessão de empréstimos, bonificação de juros, prestação de garantias ou quase-capital;

b) Títulos de impacto social: apoios reembolsáveis contratualizados em parceria, para financiamento de soluções inovadoras na prestação de serviços públicos, orientadas para a obtenção de resultados e redução de custos;

c) Programa de Parcerias para o Impacto: apoios não reembolsáveis a entidades da economia social, nomeadamente fundações e misericórdias, para suporte a iniciativas de inovação e empreendedorismo social de elevado impacto que se encontrem em fase embrionária ou exploratória;

d) Programa de Capacitação para o Investimento Social: vales de capacitação atribuídos aos destinatários, para reforço das suas competências no desenho e implementação de projetos de inovação e empreendedorismo social” (Resolução do Conselho de Ministros n.º 73-A/2014, de 16 de Dezembro de 2014).

O Diploma, objeto de análise, institui também a criação de uma estrutura de missão – a Estrutura de Missão Portugal Inovação Social – com o papel de assegurar a gestão técnica e a coordenação da concretização da iniciativa PIS, a qual é constituída por uma comissão diretiva, um secretariado técnico e uma comissão de aconselhamento.

Em termos gerais, este novo programa procura “promover políticas públicas e respostas sociais inovadoras, [e] vai servir de modelo para os restantes Estados-membro, revelou o ministro Poiares Maduro”.¹

2 OS INSTRUMENTOS DE FINANCIAMENTO DA INOVAÇÃO E DO EMPREENDEDORISMO SOCIAL EM PORTUGAL: REFLEXÕES E INQUIETAÇÕES

Após a breve apresentação da Resolução objeto de análise, ela própria curta e concisa, propomos uma leitura de síntese e reflexiva sobre os instrumentos de financiamento criados no âmbito do PIS. Tendo em conta que a missão deste programa consiste em criar um mercado de investimento social, a mesma evidencia *a priori* uma perspetiva de financiamento alternativa às fontes mais tradicionais, quer o financiamento público, quer os donativos, a filantropia, ou o mecenato e suscita-nos uma questão sobre quem são os atores envolvidos neste novo mercado de investimento social. A partir da Resolução do Conselho de Ministros n.º 73-A/2014, de 16 de Dezembro de 2014, identificamos e problematizamos, de um ponto de vista sociológico, um conjunto de inquietações inerentes ao alcance e aos (potenciais) efeitos dos quatro instrumentos financeiros enunciados, à luz das

¹ http://economico.sapo.pt/noticias/portugal-vai-servir-de-modelo-para-outros-paises-europeus_220158.html (consultado a 24 de junho, 2015).

configurações que a economia social ou o terceiro setor tem assumido no nosso país, em particular nas relações estabelecidas com o Estado:

- i. Relativamente ao Fundo para a Inovação Social, questionamos quem são as entidades promotoras dos serviços financeiros específicos. Serão as instituições bancárias portuguesas comerciais? E, para o efeito, criarão uma nova área de negócio, juntamente com as suas áreas convencionais? Porque estão os bancos comerciais interessados em disponibilizar um produto financeiro, cujas taxas de retorno se esperam baixas relativamente aos seus produtos financeiros mais convencionais?
- ii. Os Títulos de Impacto Social sugerem uma complexificação do trajeto de oferta de serviços públicos, mediada por novos agentes cuja natureza e forma não é ainda clara mas que podemos designar por órgãos intermediários, por ventura fundações, agências de consultoria, plataformas institucionais. Neste contexto, presumimos que as organizações da economia social (OES) beneficiadas serão as que conseguem aceder a garantias e créditos bancários. Ora, atendendo ao contexto nacional de insustentabilidade financeira de uma parte significativa destas entidades, quais é que poderão dar garantias de investimento? Muito provavelmente apenas as entidades que desde a sua criação contam com capital patrimonial (e.g. Fundações, Misericórdias) e que o gerem como fonte de rendimento e sustentabilidade financeira. As soluções de serviços públicos aqui previstas para financiamento parecem ter como condições de seleção “a obtenção de resultados e a redução de custos”. Em que medida é que se está face a uma visão imediatista e quantitativa das soluções para resolver problemas sociais complexos que exigem uma abordagem integrada, ou seja, que inclua igualmente critérios qualitativos e de longo prazo?
- iii. No que respeita ao Programa de Parcerias para o Impacto destina-se a apoiar iniciativas de inovação e empreendedorismo social, que pressupõe a criação de impacto, e pode, parece-nos, estar associado ao anterior instrumento (ii), ao destinar-se à constituição instrumentalizada e funcionalista de parcerias para o impacto. Se assim for, levanta o mesmo nível de inquietações, a que se acresce a dúvida de saber qual é a política do Estado face às entidades que são os únicos agentes de resposta (eventualmente com foco nos resultados de curta duração) em zonas do interior do país ou em algumas comunidades específicas, com problemáticas setoriais e regionais singulares?
- iv. O Programa de Capacitação para o Investimento Social coloca-nos uma questão de âmbito alargado, designadamente: quem (que atores) capacita(m) os seus destinatários? Qual o sentido desta capacitação? A resposta a estas perguntas reveste, a nosso ver, uma significativa importância, dada a primazia do benefício social que tal capacitação deve focalizar em detrimento do benefício económico. Até que ponto os benefícios ditos indiretos dos novos atores, os tais órgãos intermediários) têm efetivamente retorno futuro sobre um setor de

serviços e respostas sociais? Qual a missão social destes novos atores que são chamados a formar os dirigentes e técnicos das OES? Em que medida partilham de uma visão do setor que respeita o ideário proposto na Lei de bases da Economia Social? Estarão este atores que atuam frequentemente no mercado empresarial, identificados com o funcionamento das OES e com o seu ideário? Que conceção de empreendedorismo e de inovação social veiculam? Acresce outra dúvida: o programa de capacitação tem subjacente o acesso futuro dos destinatários aos outros instrumentos anteriormente enunciados, enquanto fontes de financiamento complementares ou alternativas ao Estado?

Interessa referir que este Diploma surge num contexto marcado pela crise económico-financeira mundial com repercussões na (in)sustentabilidade financeira das OES e nas políticas sociais portuguesas. Um dos objetivos da Estrutura de Missão PIS, também constituída por via desta Resolução, é como referimos “Dinamizar o mercado de investimento social, criando instrumentos de financiamento mais adequados às necessidades específicas do setor da economia social e dos projetos de inovação e empreendedorismo social”. Cingindo-nos à realidade nacional, os mecanismos financeiros regulados por esta Resolução parecem responder à necessidade sentida pelo setor da economia social para poder aceder a fontes alternativas e complementares de financiamento face ao retrocesso do financiamento das políticas sociais estatais, ainda que a estes mecanismos de financiamento possam aceder igualmente “entidades de direito público e privado”. Portanto, trata-se de uma medida que abrange transversalmente entidades de todos os setores, mercado, Estado e economia social.

O setor da economia social tem no caso português a particularidade de ser um braço forte do Estado Providência e, por isso, assumir um papel supletivo do Estado, o que remete para o modelo de *relacionamento de complementaridade* de Kramer et al. (1993 *apud* Dorner, 2008), que no caso nacional parece resultar mais da incapacidade ou esvaziamento dos papéis tradicionais do Estado Providência e de uma transferência desordenada destes papéis para o setor da economia social. Esta deixa agora de ter um papel restrito à prestação de serviços segundo as regulações imposta por um Estado dominador e pouco dialogante, para assumir-se, também, enquanto promotor de soluções inovadoras, reconhecendo-se-lhe competências noutros âmbitos, onde concorre com entidades públicas e de mercado

Mais à frente na Resolução sublinha-se que entre os objetivos da Estrutura de Missão PIS está “Promover o empreendedorismo e a inovação social em Portugal, como forma de gerar novas soluções, numa lógica complementar às respostas tradicionais, para a resolução de importantes problemas societários”, o que nos leva a questionar sobre como estará o governo português a delinear o seu Programa de Luta contra a Pobreza, pois integra novos e velhos problemas que não dispensam a inovação na intervenção. Ou seja, Portugal apresenta uma política para um

mercado de investimento social respondendo aos desafios europeus, porém não apresentou uma política de luta contra a pobreza.

Neste sentido, questionámos em que medida a criação do mercado do investimento social no âmbito do Portugal 2020 pode associar-se à luta contra a pobreza e exclusão social?

Parece-nos claro que não se deve fazer depender políticas sociais básicas de combate à pobreza e exclusão social destes instrumentos financeiros para a inovação e empreendedorismo social, e tão pouco do Mercado na medida em que podem ser altamente penalizantes para uma cada vez maior franja de população desfavorecida e vulnerável. Estas situações exigem soluções urgentes e integradas, não sendo compatíveis com o risco de experimentação elevado por um lado, nem com mecanismos que promovam lógicas concorrenciais e competitivas por outro. Ambas podem ser desadequadas para a resolução de “problemas societais prementes na área social” como se afirma na Resolução. Considerando que ao Estado compete garantir uma política da ação social através do seu orçamento próprio, parece-nos que estes instrumentos de financiamento da economia social podem representar uma mercantilização dos serviços de ação social, que pode ser entendida como uma desresponsabilização do Estado e do seu papel de redistribuição da riqueza criada entre os cidadãos por efeitos dos impostos.

Um outro objetivo da Estrutura de missão PIS é “Capacitar os atores do sistema de inovação e empreendedorismo social em Portugal, melhorando os níveis de resposta das entidades da economia social e contribuindo para a sua sustentabilidade económica e financeira”. A necessidade de capacitação parte do pressuposto que as OES não estão preparadas para o efeito e por isso, existirão medidas nesse sentido, porém, “fundações e misericórdias” são os únicos ramos da economia social que já são apontadas como potenciais beneficiárias destes instrumentos, na medida em que exigirão algum grau de eficiência gestonária. Há aqui um assumir implícito que exclui organizações de carácter associativo, mutualista ou cooperativo, algumas das quais com estruturas gestonárias com um cariz democrático e participativo bem mais forte dos que as estruturas mencionadas, o que nos parece interessante do próprio ponto de vista da adequação e coerência entre os programas políticos nacionais e aquilo que é o ideário da economia social na luta pelo bem comum.

3 EM SÍNTESE...

O Diploma em análise, e em concreto os instrumentos instituídos pelo mesmo, parece assumir um foco preponderantemente orientado para o financiamento das OES, o que nos suscita algumas inquietações, que não questionam o reconhecido mérito de criação de alternativas para a sustentabilidade económica e financeira da economia social. Toda a Resolução deixa implícita uma perspectiva de em-

preendedorismo social muito inspirada no setor não lucrativo americano e nas duas principais escolas de pensamento anglófonas, a escola da geração de receitas e a escola da inovação social, estando ausentes quaisquer tendências de base coletiva, característica que encontramos na economia social europeia, onde a economia de proximidade, a articulação com o local, as redes territoriais locais, o empoderamento/autonomização e a participação são as palavras-chave da inovação social.

Neste sentido, e a título de sistematização, esta iniciativa afigura-se ilustrativa da afirmação do modelo de bem-estar social misto (“welfare mix”), cujas dinâmicas de funcionamento têm sido alvo de inúmeros debates teóricos, nomeadamente “a passagem da regulação do espaço da cidadania (o Estado enquanto garante de direitos) para a regulação do espaço da comunidade (em que o Estado se demite da garantia de direitos, deixando-os à sociedade civil e ao mercado)” (Lopes, Parente & Marcos, 2014, p. 84). No seguimento desta linha de raciocínio, o PIS pode ser perspetivado como uma tendência para a demissão da função assistencialista e reguladora do Estado? Que OES terão estrutura organizacional e gestionária para aceder ao financiamento da inovação e do empreendedorismo social? Ocupadas com a gestão de fundos, com a capacitação dos recursos humanos e com a conceção de novas ideias/projetos e atividades, num contexto de escassez de recursos, nomeadamente humanos, que lugar fica para os modelos de intervenção clássicos e para os destinatários dos mesmos?

O privilégio de explicitação na letra da Resolução de algumas formas jurídicas da economia social (nomeadamente as Fundações e as Misericórdias), em detrimento de outras, coloca outro conjunto de dúvidas: em que medida a valorização destes ramos da economia social promove a instrumentalização da agenda da inovação e empreendedorismo social por parte dos mesmos e conseqüente fragilidade identitária do setor? A este respeito, porque são omissas, deste quadro legal de promoção inovação e empreendedorismo social, as outras estruturas de base, bem como as cúpulas representativas das diferentes entidades que enformam o amplo setor da economia social (e.g. Cooperativa António Sérgio para Economia Social (CASES), Conselho Nacional para a Economia Social (CNES) ou Rede Europeia Anti-pobreza Portugal (EAPN)? Importa, por isso, questionar quem são os novos atores da política pública de economia social e porque estão neste mercado de investimento social? Desta forma, pergunta-se a quem se destina o programa PIS, quem o poderá integrar e a quem servirá a promoção da inovação e do empreendedorismo social em Portugal?

BIBLIOGRAFIA

- A. LOPES, C. PARENTE, & V. MARCOS, «Entre o Estado e o Terceiro Setor: modos de regulação. O Terceiro Setor português em foco». In C. PARENTE (Ed.). *Empreendedorismo social em Portugal*. Porto: Universidade do Porto - Faculdade de Letras, (2014), pág. 75-101 (84).

Resolução do Conselho de Ministros n.º 73-A/2014 relativa à iniciativa Portugal Inovação Social (2014). *Diário da República, 1.ª série — N.º 242 — 16 de dezembro de 2014.*

W. DÖRNER (2008). «A tool for charting out the relationships between government and third sector organizations in various national settings: applying social network analysis to national action plans to fight poverty». Paper presented in the 8th International Conference of the International Society for Third Sector Research (ISTR), 2nd EMES-ISTR European Conference, Barcelona.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 407-414
ISSN: 1130-2682

**LAS MICROCOOPERATIVAS NAVARRAS
DE TRABAJO ASOCIADO**

NAVARRA ASSOCIATED WORK MICRO COOPERATIVES

MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA¹

¹ Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña. Dirección de correo electrónico: manuel.jose.vazquez.pena@udc.es

RESUMEN

La Ley Foral 2/2015, de 22 de enero, “*de microcooperativas de trabajo asociado*”, trata de fomentar y favorecer la creación de micropymes bajo el modelo de sociedad cooperativa de trabajo asociado, como base para el crecimiento y desarrollo futuro del tejido empresarial cooperativo de Navarra, en su condición de modelo generador de empleo de calidad. Con esta Ley Foral se apuesta por la simplificación de los requerimientos de índole administrativa, buscando el establecimiento de fórmulas societarias sencillas y mejor adaptadas a la realidad de las empresas más pequeñas, de manera especial a las micropymes de hasta diez trabajadores.

PALABRAS CLAVE: Sociedades cooperativas, microcooperativas, constitución, socios trabajadores, aportaciones de los socios, estatutos sociales.

ABSTRACT

Regional Law 2/2015, of January 22, “*of micro cooperatives of associated work*”, aims to promote and encourage the creation of micropymes under the model of cooperatives of associated work, as a basis for future growth and development of the business cooperative of Navarre, as a generator of quality employment model. With this Regional Law is committed to simplifying the requirements of an administrative nature, seeking the establishment of simple and better corporate formulas adapted to the reality of smaller companies, especially the micropymes of up to ten workers.

KEY WORDS: Cooperative societies, micro cooperatives, constitution, working partners, members' shares, statutes.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA APROBACIÓN DE LA LEY FORAL 2/2015, DE MICROCOOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. 2. CONCEPTO Y CONSTITUCIÓN DE UNA MICROCOOPERATIVA. 3. LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES POR CUENTA AJENA Y DE SOCIOS TRABAJADORES DE DURACIÓN DETERMINADA, Y LA DELIMITACIÓN DE LAS APORTACIONES DE LOS SOCIOS. 4. ÓRGANOS SOCIALES. 5. ADAPTACIÓN DE ESTATUTOS SOCIALES. 6. RÉGIMEN FISCAL.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION: THE ADOPTION OF REGIONAL LAW 2/2015, OF MICRO COOPERATIVES OF ASSOCIATED WORK. 2. CONCEPT AND CONSTITUTION OF A MICRO COOPERATIVA. 3. HIRING OF EMPLOYED PERSONS AND MEMBERS FIXED-TERM WORKERS, AND THE DEFINITION OF CONTRIBUTIONS OF PARTNERS. 4. CORPORATE BODIES. 5. ADAPTATION OF STATUTES. 6. TAXATION.

I INTRODUCCIÓN: LA APROBACIÓN DE LA LEY FORAL 2/2015, DE MICROCOOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

Dentro del Plan Estratégico de la Economía Social de Navarra 2013-2015², denmarcado en el Plan Moderna³, y que tiene como objetivo contribuir al incremento del empleo a través de la creación de nuevas empresas de economía social, se puede situar la aprobación de la Ley Foral 2/2015, de 22 de enero, “*de microcooperativas de trabajo asociado*”⁴.

El objeto de esta Ley Foral, según se reconoce en su propia Exposición de Motivos, “*es fomentar y favorecer la creación de micropymes bajo el modelo de sociedad cooperativa de trabajo asociado, como base para el crecimiento y desarrollo futuro del tejido empresarial cooperativo de Navarra, en su condición de modelo generador de empleo de calidad*”.

Este planteamiento responde a las orientaciones y políticas que se vienen desarrollando desde la Unión Europea, tratando de responder a dos necesidades complementarias:

- a) En primer lugar, a la necesidad de impulsar la creación de pequeñas empresas y, en especial, de micropymes de hasta diez personas trabajadoras, con la consiguiente voluntad de establecer fórmulas societarias sencillas y mejor adaptadas a la realidad de las empresas más pequeñas.

² <http://www.modernanavarra.com/wp-content/uploads/planestrategicoeconomiasocialmoderna.pdf>.

³ <http://www.modernanavarra.com>.

⁴ Boletín Oficial de Navarra del 2 de febrero de 2015; Boletín Oficial del Estado del 13 de febrero de 2015.

- b) Por otro lado, en segundo lugar, a la necesidad, ya detectada en en los últimos años desde las instancias comunitarias y estatales, de adoptar modificaciones legislativas en el ámbito mercantil, para la simplificación de las condiciones necesarias para la puesta en marcha de nuevas iniciativas empresariales, buscando aquellas que tengan especial incidencia en la creación de pequeñas y medianas empresas, que son fundamentales para la creación de empleo.

No se debe ignorar que es una realidad incontestable que la normativa no da generalmente un tratamiento diferenciado a las empresas en función de sus dimensiones, de modo que el cumplimiento de sus exigencias por parte de las más pequeñas suele ser un obstáculo difícil de superar. En el caso de las micropymes, dada su naturaleza y circunstancias, los requerimientos de índole administrativa no solo no facilitan, sino que a menudo constituyen un obstáculo muy relevante para su propia creación.

En definitiva, con esta Ley, con la Ley Foral 2/2015, se apuesta por la simplificación de los requerimientos de índole administrativa, buscando el establecimiento de fórmulas societarias sencillas y mejor adaptadas a la realidad de las empresas más pequeñas, de manera especial a las micropymes de hasta diez trabajadores.

En esta línea, cuando el desarrollo de procedimientos y herramientas telemáticas lo permita, el Gobierno de Navarra adoptará las medidas necesarias para que un documento único electrónico posibilite la constitución de las microcooperativas, su puesta en marcha y su asesoramiento, y se establecerán convenios con las instituciones, administraciones y sociedades que puedan colaborar para su mejor funcionamiento (disposición adicional primera: “*Documento único electrónico*”).

Entre tanto, el departamento del Gobierno de Navarra competente en materia cooperativa otorgará la condición de puntos de atención a emprendedores para la creación de microcooperativas de Navarra a entidades sin ánimo de lucro, con ámbito de actuación en la Comunidad Foral de Navarra, fijando las características técnicas y perfil profesional de las personas que atenderán en estos puntos. Ha de subrayarse que todos los servicios de estos puntos de atención a emprendedores de microcooperativas de Navarra serán gratuitos (disposición adicional segunda: “*Puntos de atención a emprendedores*”).

2 CONCEPTO Y CONSTITUCIÓN DE UNA MICROCOOPERATIVA

De acuerdo con la Ley Foral 2/2015, que contempla el régimen jurídico aplicable a las mismas⁵, se define la microcooperativa como aquella sociedad coope-

⁵ Según el apartado cuarto de su artículo 1, las microcooperativas se regularán por lo dispuesto en la Ley Foral 2/2015 y, supletoriamente, por la Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, “*de Cooperativas de Navarra*” (Boletín Oficial de Navarra del 13 de diciembre de 2006; Boletín Oficial del Estado del 4 de enero de 2007).

rativa de primer grado, perteneciente a la clase de las de trabajo asociado, especial respecto de la sociedad cooperativa de carácter general.

La constitución de una microcooperativa, la adaptación de los estatutos sociales de una sociedad cooperativa constituida conforme a la Ley Foral 14/2006, “*de Cooperativas de Navarra*”, a lo dispuesto en la Ley Foral 2/2015, o la transformación de una sociedad no cooperativa en una microcooperativa, requerirá la expresa atribución por parte de los promotores o del órgano social correspondiente de la cualidad de microcooperativa.

A estos efectos es importante tener en cuenta que la microcooperativa estará integrada por un mínimo de dos y un máximo de diez socios trabajadores de duración indefinida, a jornada completa o a tiempo parcial (apartado tercero del artículo 1 de la Ley Foral 2/2015).

Pues bien, la constitución, adaptación o transformación de otra entidad en microcooperativa requerirá escritura pública e inscripción en el Registro de Cooperativas de Navarra. En virtud de su inscripción, la microcooperativa de nueva constitución adquirirá personalidad jurídica. La denominación de estas entidades incluirá necesariamente la expresión “*Sociedad Microcooperativa*”, o su abreviatura “*S. Microcoop.*”.

En este punto, ha de subrayarse que el Departamento del Gobierno de Navarra competente en materia de cooperativas, aprobará un modelo orientativo de estatutos sociales de microcooperativa, que se pondrá a disposición de las personas interesadas en la constitución de este tipo de entidades. Dicho modelo incorporará las distintas variantes por las que, en función de lo previsto en la Ley Foral 2/2015, pueda optarse para la configuración del órgano de gobierno, gestión y representación. La utilización del modelo orientativo de estatutos sociales sin introducir modificaciones en el mismo conllevará la exención del trámite de calificación previa de dichos estatutos. En tal supuesto, el plazo de calificación e inscripción de la escritura de constitución no deberá ser superior a las cuarenta y ocho horas (apartados segundo y tercero del artículo 2).

3 LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES POR CUENTA AJENA Y DE SOCIOS TRABAJADORES DE DURACIÓN DETERMINADA, Y LA DELIMITACIÓN DE LAS APORTACIONES DE LOS SOCIOS

Las microcooperativas, durante un plazo máximo de siete años desde la fecha de adquisición de su personalidad jurídica, podrán contar con un número de socios trabajadores de duración determinada que no sea superior al número de socios trabajadores de duración indefinida, sean a jornada completa o a tiempo parcial.

Durante el mismo plazo de siete años, el número de trabajadores por cuenta ajena con contrato indefinido de la microcooperativa no podrá exceder de cinco, salvo que por necesidades objetivas de la empresa se vean obligados a superar esa cifra por un periodo que no exceda de tres meses. Para superar dicho plazo, deberá solicitarse autorización motivada y por un plazo temporal limitado al departamento del Gobierno de Navarra competente en materia cooperativa, que habrá de resolver en un plazo de treinta días, y en caso de silencio administrativo se entenderá concedida la autorización.

Transcurridos estos siete años, los límites a la contratación de trabajadores por cuenta ajena con contrato indefinido y de socios trabajadores de duración determinada de la microcooperativa serán los que se determinan en la Ley Foral 14/2006, “*de Cooperativas de Navarra*”.

Finalmente, una vez cumplido el séptimo año desde la fecha de adquisición de su personalidad jurídica, las microcooperativas deberán certificar ante el departamento del Gobierno de Navarra competente en materia cooperativa su adecuación conforme a las exigencias de la citada Ley Foral 14/2006, sobre esta materia.

Por lo que hace a la delimitación de las aportaciones de los socios, ha de puntualizarse que, en el caso de la microcooperativa integrada por dos socios, las aportaciones de cada socio serán del cincuenta por ciento.

Las aportaciones obligatorias iniciales que las microcooperativas pueden exigir a los trabajadores por cuenta ajena para incorporarse como socios trabajadores de duración indefinida o socios de duración determinada serán como máximo equivalentes, para cada una de estas clases de socios, al total de las aportaciones obligatorias efectuadas por el último socio trabajador incorporado a la entidad con las oportunas actualizaciones. En todo caso, estas actualizaciones no podrán ser superiores a las que resulten de la aplicación de los índices de precios al consumo de Navarra publicados por el Instituto Nacional de Estadística desde que dichas aportaciones fueran realizadas.

4 ÓRGANOS SOCIALES

Los órganos sociales de la microcooperativa son la asamblea general de la cooperativa y el órgano de gobierno, gestión y representación, ya sea unipersonal, mediante administrador único, ya pluripersonal, mediante administradores solidarios o mancomunados, o colegiado, mediante consejo rector.

La regulación de la asamblea general, en lo no previsto por la Ley Foral 2/2015, es la establecida en la Ley Foral 14/2006, “*de Cooperativas de Navarra*”. Respecto del órgano de gobierno, gestión y representación, hay que señalar que estará siempre formado por socios trabajadores de la microcooperativa, y que igualmente se regulará por las disposiciones establecidas en la Ley Foral 2/2015 y en la Ley Foral 14/2006.

El órgano de gobierno, gestión y representación de las microcooperativas, cuando se opte por la modalidad de consejo rector, estará integrado como mínimo por dos personas, en cuyo caso tendrán los cargos de presidente y secretario, respectivamente. Sea como fuere, el plazo de duración de los cargos será de cinco años y, transcurrido dicho periodo, deberá procederse a la reelección o a un nuevo nombramiento.

Los acuerdos del consejo rector se adoptarán por mayoría simple de los votos válidamente emitidos, no computándose como tales las abstenciones de los consejeros asistentes a la sesión. El voto de quien ocupe la presidencia dirimirá los empates.

Existiendo consejo rector, el secretario del mismo podrá convocar la asamblea general si el presidente no la hubiese convocado en el plazo de veinte días desde la recepción de la solicitud presentada por personas socias que representen al menos el veinte por ciento del total de votos, todo ello sin perjuicio de la acción de responsabilidad que se podrá ejercitar contra la presidencia.

Resulta importante indicar que *“cuando todos los socios de la microcooperativa formen parte del órgano de gobierno, gestión y representación, no se precisará el nombramiento de interventor”* (apartado octavo del artículo 5 de la Ley Foral 2/2015).

5 ADAPTACIÓN DE ESTATUTOS SOCIALES

Dos son las previsiones que, respecto de la adaptación de estatutos sociales, contempla el artículo 6 de la Ley Foral 2/2015:

- a) Si la microcooperativa superase el número máximo de socios trabajadores de duración indefinida, sin que se restablezca en un plazo de seis meses, deberá adaptar los estatutos sociales a lo establecido en la Ley Foral 14/2006, *“Cooperativas de Navarra”*; y
- b) las sociedades cooperativas de trabajo asociado constituidas al amparo de la Ley Foral 14/2006, que reuniendo los requisitos establecidos en la Ley Foral 2/2015 deseen adoptar la forma de microcooperativa, deberán adaptar sus estatutos a las prescripciones previstas en esta última norma.

6 RÉGIMEN FISCAL

A las microcooperativas les será de aplicación el régimen establecido en la Ley Foral 9/1994, de 21 de junio, *“reguladora del régimen fiscal de las cooperativas”*⁶, para las cooperativas de trabajo asociado, aplicándose durante el plazo de siete

⁶ Boletín Oficial de Navarra del 4 de julio de 1994; Boletín Oficial del Estado del 1 de septiembre de 1994.

años, antes citado a propósito de la contratación de trabajadores por cuenta ajena y de socios trabajadores de duración determinada, los límites previstos en su apartado 2, en lugar de los señalados en el apartado 3 de su artículo 7⁷.

⁷ Artículo 7. “Cooperativas de trabajo asociado”: “Se considerarán especialmente protegidas las cooperativas de trabajo asociado que cumplan los siguientes requisitos: (...) 2. Que el importe medio de sus retribuciones totales efectivamente devengadas, incluidos los anticipos, no excedan del 200 por 100 de la media de las retribuciones normales en el mismo sector de actividad que hubieran debido percibir si su situación respecto a la cooperativa hubiera sido la de trabajadores por cuenta ajena. 3. Que el número de jornadas legales realizadas por los trabajadores por cuenta ajena con contrato por tiempo indefinido en una sociedad cooperativa de trabajo asociado no sea en ningún caso superior al 30 por 100 del total de jornadas legales de trabajo realizadas por los socios trabajadores de la entidad. (...)”.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 415-421
ISSN: 1130-2682

LA REFORMA DEL CRÉDITO COOPERATIVO
EN EXTREMADURA

*THE REFORM OF CREDIT UNIONS
REGULATION IN EXTREMADURA*

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ¹

¹ Miembro del IDIUS y el CERGI, de la USC. Dirección de correo electrónico: jarmiguez@gmail.com

RESUMEN

La crisis económica ha impactado profundamente en el sector financiero español y, de manera muy especialmente en el ámbito del “crédito social”, cuya importancia es ahora mayor que antes.

La Comunidad Autónoma de Extremadura ha modificado su legislación autonómica de Cooperativas de Crédito Cooperativo, para actualizar la regulación de las modificaciones estructurales y estimular la participación de sus socios en la toma de decisiones tan importantes para su futuro.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas de crédito, modificaciones estructurales, derechos de voto.

ABSTRACT

The economic crisis has impacted heavily on the Spanish financial sector and very particularly in the field of “social credit”, whose importance is now greater than before.

The autonomous region of Extremadura has modified its regional legislation on Credit Unions, to update the regulation of structural changes and encourage the participation of its partners in main decisions in credit unions.

KEY WORDS: Credit unions, structural changes, voting rules.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN DE LA REFORMA Y MARCO DE REFERENCIA. 2. PROBLEMAS COMPETENCIALES. 3. CONTENIDO DE LA REFORMA. 3.1. Las modificaciones estructurales de las cooperativas de crédito. 3.2. Fomento de la participación de los socios en las sociedades cooperativas. 4. REFLEXIONES FINALES.

SUMMARY: 1. PRESENTATION AND FRAMEWORK OF THE REFORM. 2. CONFLICTS OF POWERS. 3. CONTENT OF THE REFORM. 3.1 Structural changes in Credit Unions. 3.2. Encourage the participation of the partners in the future of the credits unions. 4. FINAL REFLECTIONS.

I PRESENTACIÓN DE LA REFORMA Y MARCO DE REFERENCIA

No cabe duda de que la actual crisis económica ha impactado de modo especial en el sector financiero español, del que forman parte las cooperativas de crédito (incluidas entre las entidades de crédito, conforme al artículo 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito), cuya importancia en el ámbito del “crédito social” ha devenido mayor ante la práctica desaparición de las cajas de ahorro de nuestro panorama financiero

La reforma que vamos a comentar se circunscribe a las “cooperativas de crédito de Extremadura; es decir, a aquellas “con domicilio social en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura y cuya actividad cooperativizada se desarrolle con carácter efectivo o principal en el citado territorio, sin perjuicio de la actividad accesoría que puedan realizar fuera de este territorio” (Artículo 1 de la Ley 5/2001, de 10 mayo, de Cooperativas de Crédito Cooperativo de Extremadura).

La nueva regulación tiene por objeto modificar su regulación autonómica específica, contenida la Ley 5/2001, de 10 mayo, de Cooperativas de Crédito Cooperativo de Extremadura y su carácter de urgencia se debe a la voluntad de que se aplique a las modificaciones estructurales que acometan las cooperativas de crédito sobre las que la Comunidad Autónoma tenga competencias.

Por su carácter urgente, la reforma se llevó a cabo inicialmente a través de un Decreto-Ley (Decreto-ley núm. 2/2014, de 20 de mayo, de medidas urgentes en materia de crédito cooperativo), en ejercicio de la facultad que a tal efecto permite al Gobierno de Extremadura su actual marco estatutario (Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, concretamente, su Artículo 33). Dicho Decreto-ley fue posteriormente tramitado como ley (Ley 5/2014, de 7 de julio, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de crédito cooperativo).

A pesar de su título, la norma es una reforma de la Ley 5/2001, de 10 mayo, de Cooperativas de Crédito Cooperativo de Extremadura, como nos aclara la rúbrica del artículo único que contienen tanto el decreto-ley como la ley posterior.

2 PROBLEMAS COMPETENCIALES

La reforma ha suscitado problemas competenciales entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Extremadura, para cuya resolución se constituyó la oportuna Comisión Bilateral de Cooperación, conforme al artículo 33 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

La Comisión resolvió el conflicto, alcanzándose un acuerdo, hecho público mediante Resolución de 12 de noviembre de 2014, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, haciendo innecesario acudir al Tribunal Constitucional. Obviamente, los términos acordados son una referencia necesaria para interpretar esta norma.

3 CONTENIDO DE LA REFORMA

Las reformas introducidas se centran en dos aspectos: las “modificaciones estructurales” y el fomento de la participación de los socios en las cooperativas de crédito.

3.1. Las modificaciones estructurales de las cooperativas de crédito

El término “modificaciones estructurales”, acuñado en nuestro Ordenamiento a partir de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se emplea para designar los cambios en la sociedades mercantiles que alteran radicalmente su configuración y que, por lo tanto, no pueden considerarse simples modificaciones de sus estatutos.

El primero de los cambios introducidos afecta a la rúbrica del Capítulo II del Título I de la Ley 5/2001, que se amplía dando entrada a nuevas modalidades de modificación, pasando a ser: “Creación, integración, transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación”.

La reforma da nueva redacción a diversos preceptos, dentro y fuera de este mismo capítulo.

La nueva redacción del artículo 11, que cambia su rúbrica originaria (“Autorización de fusión y escisión”), por la más amplia de “Autorización para la integración, transformación, fusión, escisión y otras operaciones”, mantiene la competencia del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, a propuesta del Consejero competente en materia de política financiera (antes la mención se refería expresamente al “Consejero de Economía, Industria y Comercio”), y

previo informe del Banco de España, para autorizar “cualquier operación de integración en un grupo cooperativo o bajo cualquier otra forma jurídica, de fusión, por creación de nueva entidad o absorción, de escisión o de transformación que afecte a Cooperativas de Crédito, cuando sobre todas las entidades afectadas tenga atribuidas y asumidas competencias y el ámbito operativo actual de las mismas y el de la resultante de la fusión o escisión no sea superior al de la Comunidad Autónoma de Extremadura.”

En este mismo apartado se enumeran las modificaciones estructurales que se someten a partir de ahora al nuevo régimen de autorización.

Esta idea se traduce también en que el nuevo apartado 2, aun manteniendo su esencia, matiza que las eventuales resoluciones denegatorias “de cualquiera de las operaciones anteriores serán, en todo caso, debidamente motivadas y fundadas.”

Por su parte, en un nuevo apartado 3º se especifican las modificaciones estructurales que se someten a este régimen jurídico: cualquier forma de cesión global del activo y del pasivo o de cesión del negocio financiero o parte de éste susceptible de funcionamiento autónomo de la Cooperativa de Crédito y al cambio del domicilio social fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, quedando exceptuado el caso en que la Cooperativa de Crédito sea cesionaria.

La reforma da también nueva redacción al artículo 12 que ya no se limita a regular el “Informe sobre fusión y escisión”, sino el “Informe para la integración, transformación, fusión, escisión y otras operaciones”, prescribiendo que para dichas operaciones “será necesario un informe previo y favorable de la Consejería competente en materia de política financiera sobre la procedencia o no de integrarse, fusionarse, escindirse o transformarse de aquellas cooperativas de crédito sobre las que la Comunidad Autónoma de Extremadura tenga competencias.”

Este ha sido el punto sobre el que se suscitó la controversia competencial, solventada con el compromiso de modificar la redacción controvertida de modo que se excluya el término “favorable”, como requisito necesario del informe a emitir.

Conforme al nuevo apartado 2 de dicho artículo 12, dicho régimen jurídico será el aplicable a cualquier forma de cesión global del activo y del pasivo o de cesión del negocio financiero o parte de éste susceptible de funcionamiento autónomo de la Cooperativa de Crédito y al cambio del domicilio social fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, respecto de la Cooperativa de Crédito sobre la que la Comunidad Autónoma de Extremadura sea competente, excluyéndose también, como en ya referido artículo 11.3, el caso en que la Cooperativa de Crédito sea la cesionaria.

La reforma da también nueva redacción al artículo 15, relativo a la “Publicación”, que se extiende a todos los supuestos ahora contemplados.

Para completar las reformas introducidas en relación con las modificaciones estructurales, se da también nueva redacción a la letra f) del apartado 2 del artí-

culo 36 (competencias de la Asamblea General), extendiéndose los casos en que será preceptivo el acuerdo de la Asamblea General al conjunto de modificaciones estructurales a las que se refiere la reforma.

3.2. Fomento de la participación de los socios en las sociedades cooperativas

La reforma incorpora también diversas medidas para fomentar la participación de los socios en la toma de decisiones atribuidas a las asambleas generales, pues, como se indica en el Preámbulo, se considera demostrado que “cuanto mayor es el número de socios proclives a una determinada decisión más estable es ésta en el seno de la propia sociedad.”

Por esta razón, además de la aludida reforma de la competencia de la asamblea general en relación con las modificaciones estructurales, (modificación artículo 36, ya aludida), se potencia la capacidad de representatividad de las sociedades cooperativas.

La reforma se concreta en el régimen jurídico de la representación para asistir y votar en las asambleas generales, dando un tratamiento singular al caso de representación s de los socios que a su vez sean cooperativas de crédito, con el fin de “evitar una excesiva concentración del voto en el propio sector financiero.”

Con esta finalidad, se da nueva redacción a los apartados 3 y 4 del artículo 39 (Convocatoria, quórum y votación), al que se añade un nuevo apartado 5. Así, aunque se mantiene el principio universal de que cada socio tendrá un voto, se añade que, “si los Estatutos lo prevén”, el voto de los socios podrá ser proporcional a sus aportaciones al capital social, a la actividad desarrollada o al número de socios de las cooperativas asociadas”, exigiéndose que los estatutos fijen “con claridad los criterios de proporcionalidad del voto.”

En esta línea se mantiene la limitación del apoderamiento de votos que no podrá exceder, con el propio, el 20 % del capital social cuando se trate de una persona jurídica o el 2,5 % en el caso de personas físicas, conforme a la regla establecida en el artículo 17.2. Si bien esta regla general se matiza:

1º.- cada socio solo podrá representar a otro socio, y el número de votos que, por derecho propio o por representación, corresponda a un socio no puede exceder del límite previsto en los estatutos sociales.

2º.- los socios que sean sociedades cooperativas podrán representar a cinco socios como máximo. El número de votos que, por derecho propio o por representación, corresponda a una sociedad cooperativa no puede exceder de cincuenta, límite que no podrá ser rebajado por los estatutos sociales.

3º.- los socios que sean a su vez sociedades cooperativas de crédito, se les aplicarán los límites previstos en el párrafo segundo de ese apartado, es decir, un 10 % total de votos.

5º.- Finalmente, los socios que tengan la condición de trabajadores de la Cooperativa de Crédito, sólo podrán ostentar representación conferida por otros socios que sean trabajadores de la Entidad.

El nuevo apartado 5 del artículo 39 dispone que para que la Asamblea General pueda adoptar cualquiera de las modificaciones estructurales a las que se refiere la reforma, “será necesaria la mayoría de los cuatro quintos de los votos presentes y representados” siempre que las entidades con las que se realizan no están domiciliadas en territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, mientras que si estuvieran domiciliadas en Extremadura se aplica la regla que con carácter general para toda clase de cooperativas se establece en el artículo 34.2 de la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura (mayoría de 2/3 de los votos presentes y representados).

4 REFLEXIONES FINALES

Se trata de una reforma que trata de hacer frente a las transformaciones que el sector financiero atraviesa a raíz de la crisis, y persigue, fundamentalmente, regular las modificaciones que experimenten las cooperativas de crédito en extremeñas, donde tienen un peso muy especial las cajas rurales, incentivando el compromiso de sus socios en la toma de decisiones tan trascendentales como las que afecta a su estructura societaria.

CES

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 37 (2014-2015), páxs. 423-430

ISSN: 1130-2682

**REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO PARA EL
RECONOCIMIENTO, LA INSCRIPCIÓN Y LA BAJA EN
SU REGISTRO, DE LAS ENTIDADES ASOCIATIVAS
PRIORITARIAS, PREVISTAS EN LA LEY DE FOMENTO DE LA
INTEGRACIÓN DE COOPERATIVAS Y DE OTRAS ENTIDADES
ASOCIATIVAS DE CARÁCTER AGROALIMENTARIO**

*REQUIREMENTS AND PROCEDURE FOR RECOGNITION,
REGISTRATION AND LOW IN REGISTRY, OF PRIORITY
ASSOCIATIVE ENTITIES, PRESCRIBED BY LAW OF PROMOTION
OF INTEGRATION OF COOPERATIVE AND OTHER
ASSOCIATIVE ENTITIES WITH AGRIBUSINESS CHARACTER*

MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ¹

¹ Abogada del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Lugo. Dirección de correo electrónico: cabelloabogados@hotmail.com

RESUMEN

El Real Decreto 550/2014, de 27 de junio, “*por el que se desarrollan los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias y para su inscripción y baja en el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias, previsto en la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario*”, tiene por objeto: a) Determinar el montante económico de facturación por sectores productivos, de acuerdo con el código de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, que se requerirá para acceder a la condición de prioritaria; b) regular el procedimiento para el reconocimiento de Entidades Asociativas Prioritarias de carácter supra-autonómico; y c) regular el procedimiento para su inscripción en el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias.

PALABRAS CLAVE: Sociedades cooperativas, Entidad Asociativa Prioritaria, procedimiento de reconocimiento, Registro Nacional.

ABSTRACT

Royal Decree 550/2014, of June 27, “*with the requirements and procedures for the recognition of Priority Associated Entities for enrollment and low on the National Register of Priority Associated Entities develop, under the Act 13/2013, of 2 August, to promote the integration of cooperatives and other associative entities of agribusiness character*” is to: a) Determine the economic pillar billing productive sectors, according to the code of the Classification National Economic Activities, which is required to access to the priority status; b) regulate the procedure for recognition of Priority Associated Entities supra-regional character; and c) regulate the procedure for inclusion on the National Register of Priority Associated Entities.

KEY WORDS: Cooperative societies, Priority Associative Entity, recognition procedure, National Register.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL REAL DECRETO 550/2014, DE 27 DE JUNIO. 2. LAS DISPOSICIONES GENERALES. 3. EL RECONOCIMIENTO DE LAS ENTIDADES ASOCIATIVAS PRIORITARIAS (CAPÍTULO II DEL REAL DECRETO 550/2014). 4. EL REGISTRO NACIONAL DE ENTIDADES ASOCIATIVAS PRIORITARIAS (CAPÍTULO III DEL REAL DECRETO 550/2014).

CONTENTS: 1. INTRODUCTION: THE ROYAL DECREE 550/2014, OF 27 JUNE. 2. GENERAL RULES. 3. RECOGNITION OF PRIORITY ASSOCIATED ENTITIES (CHAPTER II OF ROYAL DECREE 550/2014). 4. NATIONAL REGISTER OF PRIORITY ASSOCIATED ENTITIES (CHAPTER III OF ROYAL DECREE 550/2014).

I INTRODUCCIÓN: EL REAL DECRETO 550/2014, DE 27 DE JUNIO

El asociacionismo agrario, como fenómeno general, y las cooperativas, en particular, son protagonistas del gran cambio experimentado en el sector agroalimentario español, contribuyendo a la vertebración del territorio al dar continuidad a la actividad agraria, fomentando el empleo rural, y presentando una especial capacidad para ser motor de desarrollo económico y social, favoreciendo, en definitiva, la viabilidad y sostenibilidad de nuestras zonas rurales.

Se trata, sin embargo, de un sector que se caracteriza por una fuerte atomización, que está provocando que las entidades que forman parte del mismo, incluso las mejor estructuradas, no vean rentabilizados sus esfuerzos e inversiones. Parece necesario, en este sentido, poner en marcha medidas que fomenten la integración y la potenciación de grupos comercializadores de base cooperativa y asociativa, con implantación y ámbito de actuación superior al de una comunidad autónoma, que resulten capaces de operar en toda la cadena agroalimentaria, y que contribuyan a mejorar la renta de los agricultores, consolidando así un tejido industrial agroalimentario en nuestras zonas rurales.

No cabe duda de que el impulso y fomento de la integración de entidades asociativas agroalimentarias, constituyen unas herramientas de gran importancia para favorecer su competitividad, redimensionamiento, modernización e internacionalización. Es lógico concluir que el fortalecimiento de las estructuras asociativas y el incremento de su dimensión facilitarán el desarrollo de la innovación y la incorporación de nuevas tecnologías, aumentará su productividad y eficiencia y mejorará su capacidad de competir, más eficazmente, tanto en el mercado nacional como en los mercados internacionales.

Pues bien, con este planteamiento, en parte expresamente recogido en su Preámbulo, se aprobó la Ley 13/2013, de 2 de agosto, “*de fomento de la integración de*

*cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario*²; Ley que contempla un instrumento básico para contribuir a mejorar la estructuración de la oferta y la integración, mediante el redimensionamiento de las entidades asociativas: la nueva figura de la Entidad Asociativa Prioritaria.

De acuerdo con lo dispuesto en sus artículos 1, 3 y 5 y en su disposición adicional única, en esta Ley se define la nueva figura de la Entidad Asociativa Prioritaria, se establecen las condiciones para su reconocimiento, mediante el correspondiente procedimiento reglamentario, y se crea, en el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias, adscrito a la Dirección General de la Industria Alimentaria.

Así las cosas, resulta necesario, obviamente para cumplir el mandato previsto en esta Ley, proceder a su desarrollo reglamentario, desarrollo que tiene lugar mediante el Real Decreto 550/2014, de 27 de junio, “*por el que se desarrollan los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias y para su inscripción y baja en el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias, previsto en la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario*”³. Este Real Decreto tiene por objeto, según su artículo 1: a) Determinar el montante económico de facturación por sectores productivos, de acuerdo con el código de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que se requerirá para acceder a la condición de prioritaria; b) regular el procedimiento para el reconocimiento de Entidades Asociativas Prioritarias de carácter supra-autonómico; y c) regular el procedimiento para su inscripción en el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias.

2 LAS DISPOSICIONES GENERALES

El Capítulo I (“*Disposiciones generales*”) del Real Decreto 550/2014 comprende dos artículos. El primero, ya citado, relativo al objeto del propio Real Decreto, el segundo, alusivo al “*ámbito del reconocimiento*” como Entidad Asociativa Prioritaria”.

Prácticamente transcribiendo lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 3 de la Ley 13/2003, se reitera en este precepto que las entidades asociativas agroalimentarias susceptibles de reconocimiento como Entidad Asociativa Prioritaria son las sociedades cooperativas agroalimentarias, las cooperativas de segundo grado, los grupos cooperativos, las sociedades agrarias de transformación, las

² Boletín Oficial del Estado del 3 de agosto de 2013; corrección de errores en el de 18 de septiembre. Sobre esta Ley, *vid.* M. L. CABELLO LÓPEZ, “A Lei de Fomento da Integración de Cooperativas e doutras Entidades Asociativas de carácter agroalimentario”, *CES 35* (2012-2013), págs. 97 y sigs.

³ Boletín Oficial del Estado del 17 de julio de 2014.

organizaciones de productores con personalidad jurídica propia, reconocidas de acuerdo con la normativa comunitaria en el ámbito de la Política Agraria Común, y las entidades civiles o mercantiles, siempre que más del cincuenta por ciento de su capital social pertenezca a sociedades cooperativas, a organizaciones de productores o a sociedades agrarias de transformación. En el caso de que estas entidades económicas tengan la forma de sociedad anónima, sus acciones deberán ser nominativas.

Es importante tener en cuenta que podrán solicitar y obtener el reconocimiento como Entidad Asociativa Prioritaria tanto entidades ya existentes, como aquellas que pretendan constituirse, siempre y cuando cumplan con el conjunto de requisitos establecidos para dicho reconocimiento.

En esta línea, interesa ahora destacar que el artículo 3 de la Ley 13/2013, en su apartado primero, enumera una serie de requisitos, en concreto cinco, para que una entidad asociativa pueda tener la consideración de prioritaria. En el previsto en la letra “d”, se exige que la facturación de la entidad asociativa solicitante, o la suma de las facturaciones de las entidades que se fusionan o integran, alcance, al menos, la cantidad que se determine reglamentariamente⁴.

Con este planteamiento, el apartado segundo del artículo 2 del Real Decreto 550/2014 establece que una entidad podrá ser reconocida como prioritaria a los efectos de dar cumplimiento a este requisito, si se da alguno de los siguientes supuestos:

a) Si se solicita el reconocimiento para un producto determinado (reconocimiento específico o sectorial), su facturación anual, correspondiente a la producción comercializada de dicho producto, deberá ser superior a la cuantía que se señala en el apartado a) del anexo I del Real Decreto, para la facturación total de la entidad. Nada impide solicitar el reconocimiento para uno o varios de los productos que se definen en el citado apartado⁵.

⁴ El propio precepto aclara que *“dicho montante económico se determinará según los sectores productivos, de acuerdo con la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, y será revisado periódicamente, en función de la evolución del proceso de integración sectorial y del valor de las producciones comercializadas”*.

⁵ El anexo I del Real Decreto 550/2014 (*“Volúmenes mínimos de facturación requeridos para el reconocimiento”*) consta de dos apartados, el “a” (*“Volúmenes mínimos para el reconocimiento por producto”*) y el “b” (*“Volúmenes mínimos para un reconocimiento genérico”*). El primero, el “a”, el que ahora nos interesa, recoge una serie de productos (aceite de oliva, arroz, leche y productos lácteos, tabaco, etc.), establecidos de conformidad con el Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009). Para cada producto en concreto se exige una determinada facturación total por parte de la entidad, expresada en millones de euros, que oscila entre los veinte y los seiscientos cincuenta millones.

b) Si se solicita un reconocimiento genérico (o multisectorial), su facturación total anual correspondiente al conjunto de productos comercializados por la entidad, deberá ser superior a la cuantía que se señala en el apartado b) del anexo I⁶.

Es preciso puntualizar que en los supuestos en los que la entidad solicitante sea una sociedad cooperativa agroalimentaria de primer grado, los valores de facturación referidos en este apartado segundo se reducirán un treinta por ciento. En todos los casos, estos valores estarán referidos a cualquiera de los tres últimos ejercicios económicos cerrados, previos a la solicitud.

3 EL RECONOCIMIENTO DE LAS ENTIDADES ASOCIATIVAS PRIORITARIAS (CAPÍTULO II DEL REAL DECRETO 550/2014)

La solicitud de reconocimiento como Entidad Asociativa Prioritaria deberá realizarse por el representante legal de la propia entidad o por los promotores de la misma, en caso de que esté en proceso de constitución, y se dirigirá al Director General de la Industria Alimentaria del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

Esta solicitud se podrá presentar ante las oficinas y registros a que se refiere el apartado cuarto del artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de “*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*”⁷, según el modelo del anexo II del Real Decreto que nos ocupa. También a través de la sede electrónica del Departamento se podrá realizar la solicitud por tales medios, sin perjuicio de la obligación de remisión documental de aquella documentación justificativa que deba aportarse mediante originales o copias compulsadas. En concreto, la solicitud deberá acompañarse de la siguiente documentación:

⁶ El apartado “b)” (“*Volúmenes mínimos para un reconocimiento genérico*”) del anexo I del Real Decreto 550/2014 no alude a productos concretos, alude al “*conjunto de productos comercializados por la entidad*”, y a una facturación total por parte de la entidad, de setecientos cincuenta millones de euros.

⁷ “*Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse: a) En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan. b) En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, a la de cualquier Administración de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, a los Ayuntamientos de los Municipios a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, o a la del resto de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio. c) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca. d) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero. e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes. Mediante convenios de colaboración suscritos entre las Administraciones públicas se establecerán sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de las solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros*”.

- a) Acuerdo de voluntades de la entidad o entidades que pretendan constituirse como Entidad Asociativa Prioritaria, o, en caso de entidad ya existente, el acuerdo del órgano de gobierno, de obtener el reconocimiento como Entidad Asociativa Prioritaria, con indicación de la denominación o razón social, domicilio y el número de identificación fiscal, lugar y fecha de otorgamiento.
- b) Relación actualizada de todas las entidades que la integran en su caso, con identificación de todos los productores que las componen con indicación del territorio de la comunidad autónoma donde desarrollan su actividad, así como la documentación acreditativa para la verificación del ámbito de actuación.
- c) Estatutos o disposiciones reguladoras de la entidad solicitante y de cada una de las que la componen, que deberán contener todos los extremos que se establecen en el ya mencionado artículo 3 de la Ley 13/2013, y que expresamente contemplen: 1) La obligación de la comercialización conjunta de la totalidad del producto para el que se solicita reconocimiento, sin perjuicio de las excepciones o limitaciones que por disposición legal o normativa comunitaria sean de aplicación; 2) previsiones para el control democrático en su funcionamiento, en la toma de sus decisiones por los asociados y garantías para evitar las posiciones de dominio, cuidando igualmente de respetar el principio de libre adhesión voluntaria y abierta cuando la entidad solicitante sea un cooperativa agroalimentaria; y 3) consentimiento de los socios a la cesión de datos referentes a la actividad económica realizada en el seno de la entidad, relevantes a efectos del control y cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 13/2013 y en el Real Decreto que nos ocupa, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, “*de protección de datos de carácter personal*”.
- d) Facturación de la entidad solicitante o la suma de las entidades que se integran y sus productores para los productos específicos o genéricos para los que se solicita el reconocimiento como Entidad Asociativa Prioritaria.
- e) Finalmente, en el supuesto de que la entidad solicitante se acoja al periodo previsto en la disposición transitoria única del Real Decreto 550/2014 (5 años para alcanzar la entrega total de los productos objeto de reconocimiento para su comercialización conjunta), se deberá aportar la correspondiente declaración o compromiso de la entidad solicitante y de las que la integran (anexo III, del Real Decreto).

A la vista de la documentación presentada, la Dirección General de la Industria Alimentaria, dictará resolución motivada y notificará en el plazo de seis meses, transcurrido el cual podrá entenderse estimada la solicitud. En el caso de entidades en proceso de constitución, la resolución estimatoria quedará condicionada a su efectiva constitución.

La resolución estimatoria determinará la inscripción de oficio, por la Dirección General de la Industria Alimentaria, en el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias, de la entidad reconocida. En el caso de entidades en proceso de constitución ésta se verificará una vez aportada la correspondiente documentación.

A efectos de actualización del Registro, las Entidades Asociativas Prioritarias deberán presentar anualmente al cierre de su ejercicio económico la siguiente documentación: a) Depósito anual de la relación de productores que formen parte de la Entidad y de las entidades que la integran; b) memoria económica y social anual e informe auditor correspondiente en caso de que dispongan del mismo; y c) comunicación de toda modificación que afecte al reconocimiento como Entidad Asociativa Prioritaria.

4 EL REGISTRO NACIONAL DE ENTIDADES ASOCIATIVAS PRIORITARIAS (CAPÍTULO III DEL REAL DECRETO 550/2014)

El Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias será único, adscrito a la Dirección General de la Industria Alimentaria del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 13/2013, el encargado de la gestión, mantenimiento y actualización de las Entidades Asociativas Prioritarias inscritas.

Cada una de estas Entidades tendrá asignado un número correlativo, independiente y único, que se corresponderá con el número del archivo documental que contendrá la documentación preceptiva presentada por la Entidad que deberá mantenerse debidamente actualizada.

Las modificaciones se realizarán a instancia del interesado, y la baja en el Registro podrá tener lugar de oficio o a instancia del interesado. Los interesados deberán instar la modificación de cualquier acto inscrito que no se adecue a la realidad, en el plazo de un mes desde que ésta se produjera indicando la nueva situación, debidamente acompañada de la documentación acreditativa para su incorporación al archivo.

Las Entidades Asociativas Prioritarias causarán baja en el registro por voluntad expresa, por disolución o liquidación de la Entidad, por modificación de su ámbito territorial, o por incumplimiento de cualquiera de los requisitos exigidos en la Ley 13/2013 y en el Real Decreto que nos ocupa.

La Dirección General de la Industria Alimentaria procederá de oficio, previo apercibimiento de la baja, contra aquellas entidades que no presenten la correspondiente memoria anual o que incumplan la obligaciones previstas en la Ley 13/2013 y en el Real Decreto 550/2014.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 431-437
ISSN: 1130-2682

ANOTACIÓN AL DECRETO 123/2014, DE 2 DE SEPTIEMBRE,
POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY
14/2011, DE SOCIEDADES COOPERATIVAS ANDALUZAS

*NOTES TO THE DECREE 123/2014, OF
SEPTEMBER 2, APPROVING THE ANDALUSIAN
COOPERATIVES SOCIETIES ACT 14/2011*

SINESIO NOVO FERNÁNDEZ¹

¹ Secretario Judicial del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción 1 de Redondela. Dirección de correo electrónico: sinenovo@yahoo.es

RESUMEN

La disposición final segunda de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas habilita al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para aprobar su desarrollo normativo. Como consecuencia de tal potestad, el 24 de septiembre de 2014 entró en vigor el Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 14/2011 de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas. De este modo, surge una novedosa forma de regular la materia cooperativa. Entre los principios que inspiran el texto normativo destacan la búsqueda de la simplificación y el impulso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en las sociedades cooperativas.

PALABRAS CLAVE: Reglamento, Cooperativas, Andaluzas.

ABSTRACT

The second final provision of Andalusian Cooperative Societies Act empowers the Governing Council of the Andalusian to approve their normative development. As a result of such power, the September 24, 2014 entered into force the Decree 123/2014 of 2 September, approving the Regulation of the Andalusian Cooperatives Societies Act 14/2011 of December 23. So, a new way to regulate the cooperative matter arises. Among the principles underlying the regulatory text distinguish the simplification and promotion of new technologies of information and communication on cooperative societies.

KEY WORDS: Regulation, Cooperatives, Andalusian.

La Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas estableció una novedosa forma de regular esta materia, tanto en la comunidad andaluza como en el resto del Estado, consistente en la existencia necesaria de un desarrollo reglamentario general de la Ley. En este sentido, su disposición final segunda habilita al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para aprobar dicho desarrollo normativo. Así las cosas, el 24 de septiembre de 2014 entró en vigor el Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 14/2011 de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas.

La estructura del Reglamento presenta una sistemática similar a la de la norma que desarrolla. Está conformado por 195 artículos organizados en un título preliminar y otros cuatro títulos más.

El título preliminar tiene por objeto el desarrollo de las disposiciones generales de la Ley.

En el título I, nos encontramos con la regulación de la estructura jurídica general de las sociedades cooperativas, que afecta, en concreto, a cuestiones como la constitución, modificación y disolución de la sociedad cooperativa, así como a su régimen social, orgánico y económico.

Por lo que respecta a la creación de las sociedades cooperativas, la Ley andaluza permite su constitución sin necesidad de escritura pública, bastando con el acta de la Asamblea Constituyente. Como excepción a esta regla, la Ley exige intervención notarial cuando las aportaciones al capital social consistan en bienes inmuebles. Siguiendo las palabras de la exposición de motivos, en aras a que “prime el principio de seguridad jurídica” sobre el tráfico de determinadas clases de bienes, el Reglamento añade dos supuestos más de necesidad de escritura pública: cuando se realicen aportaciones de bienes muebles afectos con cargas reales y cuando se trate de la constitución de una cooperativa de crédito o de seguros.

En el capítulo II del título I, aparece uno de los aspectos más relevantes de la normativa contenida en el Reglamento. En este lugar, se otorga reconocimiento legal a lo que ha venido siendo una práctica habitual, puesto que se regulan los aspectos económicos y de control de las secciones de crédito. Dispone el artículo 11 del Reglamento que “las sociedades cooperativas que no sean de crédito podrán regular estatutariamente la existencia de secciones de crédito, debiendo hacerlo, necesariamente, siempre que realicen regularmente operaciones de intermediación financiera con sus personas socias. Las secciones de crédito tendrán como objeto alguno o varios de los siguientes fines: contribuir a la financiación de las operaciones de la sociedad, contribuir a la financiación de las actividades de las personas socias vinculadas a la actividad de la sociedad y/o gestionar de

manera conjunta las disponibilidades líquidas de las personas socias y de la propia entidad”.

Por lo que respecta al régimen social de las cooperativas, resulta interesante la parte que afecta al derecho de información de los socios y, dentro de este, al uso de las nuevas tecnologías. En efecto, el acceso a la información de la sociedad cooperativa y sus socios podrá realizarse por cualquier medio técnico, informático o telemático, si así se establece en los estatutos sociales. Todo ello en consonancia con la tónica general del Reglamento, que incentiva un mayor uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en las sociedades cooperativas.

Dentro del capítulo IV del título I se incardina la regulación de la persona inversora. Entendemos por tales aquellas personas, susceptibles de ser socias, que realicen las aportaciones al capital que determinen los estatutos o, en su defecto, la Asamblea General, y que no desarrollen la actividad cooperativizada. Estas podrán formar parte de las sociedades cooperativas si los estatutos lo prevén. En la regulación reglamentaria de las personas inversoras surge como novedad la posibilidad de una remuneración mixta, integrada por los intereses que devenguen sus aportaciones y por un importe relativo a la participación en los resultados positivos anuales de la sociedad cooperativa.

El capítulo V del título I se ocupa del régimen de los órganos sociales. Nuevamente, apreciamos en esta sede el interés legislativo de que el avance social alcanzado en el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación tenga su reflejo en las sociedades cooperativas. Así, dentro de la subsección dedicada a la Asamblea general, el Reglamento establece que “los estatutos sociales podrán prever, dentro del régimen de notificación y publicidad de la convocatoria y en sustitución de la notificación personal, la posibilidad de la utilización de cualquier medio técnico, informático o telemático que permitan las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, siempre que, además de cumplir los requisitos exigidos en el artículo 29.3 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, el uso de estos medios garantice el no repudio de la información recibida. Concretamente, la sociedad cooperativa podrá establecer en sus estatutos que la convocatoria de la Asamblea General se realice mediante anuncio publicado en la página web de la entidad”.

Lógicamente, además de la atención a la mencionada Asamblea General, el capítulo V del título I contiene el desarrollo normativo del órgano de administración de las sociedades cooperativas -Consejo Rector-, del órgano de intervención y, como consecuencia de su creación legal, el desarrollo reglamentario del Comité Técnico. Por lo que atiende a este último, estamos ante un órgano social de carácter potestativo que tiene por finalidad constituirse en garante de las buenas prácticas estatutarias de la cooperativa. Tal afirmación es fácilmente deducible si repasamos las funciones que estatutariamente pueden atribuirse a los miembros del Comité, que, no obstante, no podrán intervenir en la gestión de la cooperativa

ni representarla frente a terceras personas: funciones de seguimiento y control, de resolución de reclamaciones y de apelaciones, funciones de garantía –que se extienden a la convocatoria de la Asamblea General, ordinaria o extraordinaria, cuando el órgano de administración hubiera incumplido su obligación de efectuarla, y a solicitar al órgano de administración la convocatoria de la Asamblea cuando considere que un miembro de aquel órgano incurre en alguna de las causas legales de incapacidad, prohibición o incompatibilidad, al objeto de que se pronuncie sobre este extremo y destituya, en su caso, al miembro del órgano de administración de que se trate- y, finalmente, funciones de información sobre cualquier aspecto de la marcha de la cooperativa que, a su entender, deba ser conocido por la Asamblea General o cuando esta le someta cualquier asunto a su consideración.

El capítulo VI del título I desarrolla el régimen económico de las sociedades cooperativas andaluzas y, por lo tanto, se ocupa de cuestiones como las aportaciones sociales, el capital social, las cuentas anuales, los retornos cooperativos, la imputación de pérdidas o los destinos del Fondo de Formación y Sostenibilidad.

Dentro del capítulo destinado al régimen económico merece especial atención la regulación, relativamente novedosa, de la figura del rehúse. La Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas establece en su artículo 60.1 que “las aportaciones sociales confieren a la persona socia que las desembolsa el derecho a su reembolso en caso de baja, salvo que el órgano que las acuerde o emita les prive de este carácter, en cuyo caso, el órgano de administración podrá rehusar su reembolso incondicionalmente, salvo que los estatutos hayan regulado la libre transmisión de aportaciones”. En desarrollo de esta previsión legal, el Reglamento establece, en su artículo 49, el régimen jurídico del rehúse de aportaciones, en el que destacan unos criterios equitativos en orden a su posible reembolso así como la preferencia en la remuneración de las aportaciones rehusadas.

La Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas permite la previsión estatutaria de que las aportaciones de nuevo ingreso se fijen por la Asamblea General en función del activo patrimonial o valor razonable de la empresa. A estos efectos, se entenderá por valor razonable “el que determine un auditor de cuentas independiente designado al efecto por el órgano de administración”. En este aspecto, el mencionado capítulo VI precisa que el coste para sufragar los servicios prestados por el auditor correrá a cargo de la sociedad cooperativa y que el valor establecido será válido para todas las incorporaciones que tengan lugar dentro del ejercicio económico. Ahora bien, el aspirante a socio que discrepe de la valoración podrá solicitar una nueva, proponiendo al órgano de administración otra auditoría independiente y corriendo con los gastos que de esta segunda valoración se deriven. En caso de divergencia entre las valoraciones realizadas, las partes podrán establecer de común acuerdo una valoración de la aportación de nuevo ingreso que se sitúe entre ambas. Si no es posible el consenso, la persona aspirante a socia

podrá solicitar el nombramiento de un nuevo auditor independiente al Registro de Cooperativas Andaluzas.

Uno de los principios inspiradores del Reglamento de Sociedades Cooperativas Andaluzas es la búsqueda de la simplificación. Como en tantos otros lugares de la norma, dicho principio se hace visible, por ejemplo, en la regulación de los libros sociales y la auditoría de cuentas contenida en el capítulo VII del título I. Asimismo, en relación con la obligación de someter las cuentas a auditoría externa, el Reglamento nos ofrece un nuevo supuesto no contemplado en la Ley. En este sentido, dice el artículo 58 del Reglamento que “las sociedades cooperativas agrarias deberán someter, preceptivamente, a auditoría externa, las cuentas anuales y demás documentos necesarios,..., cuando no dispongan de sección de crédito pero realicen ocasionalmente operaciones de intermediación financiera con sus personas socias”. La exposición de motivos justifica esta inclusión en el tamaño de las cooperativas agrarias y la implicación social que pueden tener las operaciones de intermediación financiera entre las mismas y sus socios.

En el capítulo VIII del título I nos encontramos con el desarrollo reglamentario de los procesos modificativos de las sociedades cooperativas. En concreto, se regulan detenidamente la modificación de estatutos y las modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas, tales como la fusión, la transmisión o cesión global del activo y del pasivo y la transformación de sociedades cooperativas o de otras sociedades en estas. Como nota común a las modificaciones estructurales que puedan afectar a la actividad de la cooperativa, nos encontramos con un nuevo ejemplo que refleja dos de los principios inspiradores del Reglamento: la búsqueda de la simplificación y el impulso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en las sociedades cooperativas. En este sentido, el reglamento dispone que aquellas modificaciones sean inscritas en la sede electrónica de la Consejería competente, con lo que se elimina la necesidad de su publicación en el BOJA.

El último capítulo –capítulo IX- del título I contempla los procesos de disolución y liquidación de las sociedades cooperativas. Nuevamente, incide el Reglamento en que “el acuerdo de disolución o la resolución judicial, en su caso, se publicará en la sede electrónica de la Consejería competente en materia de sociedades cooperativas, en el plazo de treinta días a contar de aquel en que se adoptó el acuerdo o se notificó la resolución judicial”.

El título II del Reglamento contiene la regulación de la tipología de cooperativas. Más concretamente, dedica un capítulo a las sociedades cooperativas de primera grado y otro a las cooperativas de segundo o ulterior grado y otras formas de integración.

Dentro de la regulación de las cooperativas de primer grado merece destacarse una previsión inédita del legislador por lo que respecta a las cooperativas

de trabajo –Sección 1-. Consiste en la creación de un mecanismo excepcional de flexibilidad en la prestación del trabajo por las personas socias y encuentra su razón de ser, en palabras del propio Reglamento, en *la necesidad de este tipo de cooperativas de hacer frente a situaciones excepcionales que afecten a su régimen económico social*.

Igualmente, dentro de la regulación de las cooperativas de trabajo, el Reglamento contempla las cooperativas de impulso empresarial con el fin de canalizar la iniciativa emprendedora de las personas socias. La actividad de estas cooperativas consistirá en la orientación, formación, tutoría o prestación de servicios a sus socios y socias o en la realización de tareas de intermediación entre éstos y las terceras personas a las que prestan sus servicios.

La Sección 2 del capítulo dedicado a las cooperativas de primer grado recoge las cooperativas de consumo, en las que merece especial atención el régimen relativo a las sociedades cooperativas de viviendas. En esta regulación, aparece el Registro de personas solicitantes de vivienda como sustituto del régimen de autorización administrativa anteriormente instaurado.

Por último, el capítulo sobre cooperativas de primer grado incluye una sección -la número 3- dedicada a las cooperativas de servicios, y otra –Sección 4-, en la que aparecen las sociedades cooperativas mixtas, las de integración social, de servicios públicos y las de explotación comunitaria de la tierra.

Por su parte, el capítulo II del título II se ocupa de la reglamentación de las cooperativas de segundo o ulterior grado y otras formas de integración, como el llamado grupo cooperativo.

El título III del Reglamento es el encargado de regular la organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas Andaluzas y los procedimientos registrales relacionados con la inscripción de las sociedades cooperativas y sus actos. En esta sede, es interesante apreciar nuevamente el esfuerzo reglamentario por la simplificación y el impulso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en las sociedades cooperativas, mediante una configuración íntegramente telemática del citado Registro.

Finalmente, el Reglamento establece, en su título IV, el régimen sancionador y la descalificación de sociedades cooperativas, de un modo que no difiere en lo esencial del régimen jurídico anterior en esta materia.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 439-445
ISSN: 1130-2682

**REGLAMENTO DEL REGISTRO DE COOPERATIVAS
DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS**

*REGULATION OF RECORD OFFICE OF COOPERATIVES
OF PRINCIPADO DE ASTURIAS (SPAIN)*

M.^a JESÚS RODRÍGUEZ MÍGUEZ¹

¹ Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Pontevedra. Dirección de correo electrónico: mjrmiguez@mundo-r.com

RESUMEN

El Decreto núm. 70/2014, de 16 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas del Principado de Asturias supone dotar a esta comunidad autónoma de una normativa registral propia dejando de aplicar con carácter subsidiario el reglamento del registro estatal.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas, legislación autonómica, registro.

ABSTRACT

The Decree 70/2014, of 16 July, approving the Regulation of record office of cooperatives of Asturias provides this Spanish region (Principado de Asturias) of its own registration rules, replaces the State regulation that was applying before.

KEY WORDS: Cooperatives, regional legislation, record office.

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- ESTRUCTURA DE LA NORMA. 3.- CONTENIDO DE LA NORMA. 4.- VALORACIÓN FINAL.

SUMMARY: 1.- INTRODUCTION. 2.- STRUCTURE OF RULE. 3.- CONTENTS OF RULE. 4.- FINAL ASSESSMENT

1 INTRODUCCIÓN

El B.O. del Principado de Asturias publicó, con fecha 24 de julio de 2014, el Decreto núm. 70/2014 por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas de esta Comunidad Autónoma, dando así cumplimiento a lo previsto en su legislación propia (Disposición Final de la Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas).

Siendo la inscripción en el Registro obligatoria y constitutiva, dando lugar a la adquisición por la sociedad cooperativa de personalidad jurídica, con esta norma se pretende dotar al Principado de un instrumento jurídico eficaz y propio, que permita una completa regulación de la materia registral, que abarque las diferentes situaciones en que puede encontrarse una cooperativa, dejando así de aplicarse con carácter subsidiario el reglamento del registro estatal que venía a cubrir esta laguna legal

Así en su Preámbulo se dice textualmente: *“De esta forma, pues, se ofrece al cooperativismo asturiano un marco específico de regulación en sus relaciones con el registro hasta ahora inexistente, con la finalidad de reforzar el principio de seguridad jurídica en el tráfico empresarial del que son activos partícipes las sociedades cooperativas”*.

2 ESTRUCTURA DE LA NORMA

La Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, establecía de forma sucinta, en tan solo 5 artículos (del artículo 15 al 20), la creación de un registro de Sociedades Cooperativas definido por los principios de publicidad material y formal, legalidad, legitimación, prioridad y tracto sucesivo, dejando el desarrollo y concreción de su régimen jurídico a un futuro Reglamento.

En su cumplimiento se dicta el Decreto núm. 70/2014 que se compone de 88 artículos, los cuales se estructuran en 6 capítulos, en su mayoría divididos en secciones.

Las cuestiones que se desarrollan en sus capítulos son las siguientes:

Capítulo I. Disposiciones generales (artículos 1 a 12)

Capítulo II. Organización y funcionamiento:

Sección 1. Organización (artículos 13 a 19)

Sección 2. Funcionamiento (artículos 20 a 24)

Capítulo III. Calificación e inscripción registral:

Sección 1. Calificación de los títulos registrales (artículos 25 a 29)

Sección 2. La inscripción registral (artículos 30 a 34)

Capítulo IV. El procedimiento registral de las Sociedades Cooperativas y sus actos:

Sección 1. Inscripción de la cooperativa (artículos 35 a 48)

Sección 2. Inscripción de nombramiento y cese de cargos sociales y de los poderes de gestión, administración y dirección (artículos 49 a 53)

Sección 3. Régimen registral de las secciones (artículo 54)

Sección 4. Agrupación y asociacionismo cooperativo (artículos 55 a 62)

Capítulo V. Otras funciones del registro:

Sección 1. Depósito de cuentas (artículos 69 a 68)

Sección 2. Legalización de los libros sociales (artículos 69 a 72)

Sección 3. Auditores de cuentas y otros expertos independientes (artículos 73 a 75)

Sección 4. Acceso de documentos administrativos y judiciales (artículos 76 a 79)

Sección 5. Consultas (artículo 80)

Capítulo VI. Denominación social (artículo 81 a 88)

Asimismo cuenta con 4 disposiciones adicionales, 2 disposiciones transitorias y una disposición final única.

3 CONTENIDO DE LA NORMA

El Reglamento establece que el registro de cooperativas es un registro público, con eficacia jurídica, en el que se realiza la inscripción de las sociedades cooperativas con domicilio social en el territorio del Principado de Asturias que desarrollen su actividad con carácter principal en dicho territorio, y de los actos relativos a las mismas o que les afecten, así como a las uniones, federaciones y confederaciones de dichas sociedades cooperativas.

Su eficacia jurídica se define por los clásicos principios registrales de publicidad material y formal, legalidad, legitimación, prioridad, tracto sucesivo, obligatoriedad y titulación pública.

Se regulan las distintas clases de libros en que se estructura la acción registral (diario, de inscripción de sociedades, de inscripción de uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas, de nombramientos, de legalización de libros y de reserva de denominaciones; así como, en su caso, auxiliares).

En los libros de inscripción, de conformidad con el artículo 19.2 de la Ley 4/2010, de 29 de junio, se extenderán las diferentes clases de asientos registrales (inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas y notas marginales), regulándose su ordenación, contenido y práctica (redacción y rectificación).

En relación con la calificación de los títulos registrales (contenido, efectos y régimen de impugnación) se articula la posibilidad de llevar a cabo una calificación previa de los mismos, vinculante para el registro “*sin perjuicio del cumplimiento de los preceptos legales y estatutarios de carácter imperativo para que el título pueda acceder al registro*”, de tal manera que los promotores de la sociedad cooperativa puedan, antes de la elevación a pública de la escritura de constitución, solicitar del registro dicha calificación previa del proyecto de estatutos.

La ordenación de la inscripción registral se concreta en sus aspectos formales: presentación (artículo 30), actos inscribibles (artículo 31), títulos habilitantes (artículo 32), y formas y plazos (artículos 33 y 34).

El núcleo de esta norma se encuentra en el Capítulo IV, secciones 1ª a 4ª, dedicado al procedimiento registral de las sociedades cooperativas y sus actos.

La Sección 1ª regula el procedimiento de inscripción (solicitud, competencia, plazo y documentación requerida), las posibles modificaciones estatutarias y sus requisitos de acceso al registro, así como la inscripción de los acuerdos de fusión (en sus diferentes formas y modos), las formas de escisión, la transformación de una cooperativa en sociedad civil o mercantil, y a la inversa, la transformación de sociedades mercantiles y de agrupaciones de carácter no cooperativo en cooperativas.

También precisa el procedimiento de inscripción de la disolución por ministerio de la ley, de la inscripción de la descalificación de la cooperativa y el nombramiento de liquidadores, de la reactivación (“*Siempre que haya desaparecido la causa que motivó la disolución y no se haya aprobado el balance final de liquidación*”), de la cesión global del activo y del pasivo y, finalmente, la extinción.

La Sección 2.ª se ocupa de la inscripción del nombramiento y cese de cargos sociales y de los poderes de gestión, administración y dirección:

Los administradores (artículos 49 y 50)

Los interventores (artículo 51)

Los directivos (artículo 52)

El comité de recursos (artículo 53)

La Sección 3.^a se refiere a las secciones que pudieran existir en el seno de una cooperativa.

Por su parte la Sección 4.^a se centra en la agrupación y el asociacionismo cooperativo, este último en sus distintas manifestaciones: uniones, federaciones y confederaciones, en su ámbito territorial y sectorial.

Bajo la rúbrica “*Otras funciones del Registro*”, y de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Cooperativas del Principado de Asturias, se desarrollan las siguientes funciones:

La Sección 1.^a dedicada al depósito de las cuentas anuales:

Presentación de las cuentas anuales (artículo 63)

Calificación e inscripción del depósito de cuentas (artículo 64)

Publicidad de las cuentas depositadas (artículo 65)

Depósito de las cuentas auditadas (artículo 66)

Cierre registral por falta de depósito (artículo 67)

Obligación de conservación de los documentos depositados (artículo 68)

La Sección 2.^a sobre la legalización de los libros sociales trata las cuestiones relativas a su solicitud, tiempo y forma de los libros, y el procedimiento.

Sobre los auditores y otros expertos independientes, la sección 3.^a, se encarga de establecer los requisitos para su designación y la forma de inscripción del nombramiento, así como la revocación del cargo del auditor antes de que finalice el período para el que fue nombrado (efectuado por la asamblea general y mediando justa causa), la cual será igualmente objeto de inscripción.

En la Sección 4.^a, dedicada al acceso al registro de los documentos administrativos y judiciales, se prevé que la calificación e inscripción se produzca bien porque la resolución judicial o administrativa acceda en ejecución o también a instancia de la sociedad cooperativa o de persona interesada.

Asimismo, se regula la inscripción de los títulos relativos a la impugnación de acuerdos sociales (anotación preventiva de la demanda y su cancelación; de las resoluciones judiciales firmes y de los laudos arbitrales), de las sentencias que declaren la nulidad o disolución de las sociedades y, de los títulos derivados de un procedimiento de naturaleza concursal.

La Sección 5.^a se dedica al régimen jurídico de las consultas que puedan formularse ante el registro.

Por último, el Capítulo VI trata el régimen jurídico de la denominación social de las cooperativas y de sus distintas formas de asociación: unida y forma de la

denominación, prohibiciones, emisión de certificados, reserva temporal y cancelación de la misma.

En las disposiciones adicionales, transitorias y final única se tratan diversas cuestiones, entre otras, la incorporación de medios informáticos y telemáticos y la implantación de procedimientos electrónicos para la gestión, los modelos documentales, y el régimen aplicable a los procedimientos en curso anteriores a la entrada en vigor del reglamento (a los 3 meses de su publicación en el BOPA).

4 VALORACIÓN FINAL

Resulta evidente que el cumplimiento de una previsión legal expresa como la que da lugar a la presente norma podría ser ya una justificación suficiente para su elaboración. No obstante esta pura lógica normativa no debe ocultar la importancia de que el necesario desarrollo normativo que justifica la ya clásica relación ley/reglamento se haga especialmente importante cuando, como ocurre en el presente caso, el desarrollo normativo se ocupa de una cuestión de tanta importancia como es la inscripción de una sociedad a cuyo cumplimiento se atribuye carácter constitutivo.

Es cierto que tal situación se venía subsanando a través de la aplicación subsidiaria de la norma estatal, pero debe reconocerse que el ajuste de la necesaria coordinación Ley/reglamento es mucho más perfecto cuando ambas normas están encadenadas de manera directa, responden a idénticos criterios, entre ellos la singularidad que motiva la propia aprobación de la norma legal y se hayan cronológicamente próximas. Todo ello puede hacer más fácil la coherente aplicación de normas que se integran en un mismo sistema y responden a la misma finalidad, que no es otra, en esa ocasión, que permitir el correcto funcionamiento de la actividad cooperativa, cuyo impulso, parece evidente, se hace especialmente necesario en circunstancias económicas como las actuales.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 447-453
ISSN: 1130-2682

LA NUEVA LEY DE COOPERATIVAS DE ARAGÓN
THE NEW LAW ON COOPERATIVES OF ARAGON

ELENA SALGADO ANDRÉ¹

¹ Profesora Doctora Contratada interina del Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo.
Dirección de correo electrónico: elenasalgadoandre@hotmail.com.

RESUMEN

El presente trabajo analiza los principales cambios introducidos por el Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón, en relación con la regulación contenida en la Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas, Sociedad, la Ley de Cooperativas de Aragón.

ABSTRACT

This paper analyzes the main changes introduced by Legislative Decree 2/2014, of 29 August, approving the Consolidated Text of the Law on Cooperatives of Aragon, in connection with approving the regulations contained in Law 9/1998, of December 22, of Cooperatives of Aragon.

KEY WORDS: Cooperative, Society, the Law on Cooperatives of Aragon.

SUMARIO: 1. PRELIMINAR. 2. PRINCIPALES CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LA LEY DE COOPERATIVAS DE ARAGON

CONTENTS: 1. PRELIMINARY. 2. MAIN CHANGES IN THE LAW ON COOPERATIVE OF ARAGON.

I PRELIMINAR

De todos es sabido que *Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, sobre transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 de nuestra Constitución*, señala -en su artículo 2.c)- que se transfiere, entre otras, a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia en exclusiva en materia de Cooperativas sin más limitaciones que el respeto a la legislación mercantil². Más recientemente, el apartado 31 del art. 71 de la *Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón*, reproduce sin apenas variantes el contenido de aquel precepto³.

Sentado lo anterior, en su momento se discutió mucho acerca de la procedencia de desarrollar la competencia que había sido transferida a Aragón y, en base a ella, se barajó la posibilidad de elaborar una norma propia. Dejando al margen los argumentos en contra de su aprobación, los defensores de la regulación del Derecho cooperativo dentro de aquella Comunidad Autónoma alegaban que la *Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*, no se adaptaba a la realidad aragonesa y, por consiguiente, era necesario suplir ciertas carencias (en adelante LC)⁴. Además, teniendo en cuenta que tres Comunidades vecinas y limítrofes ya contaban con un texto legal en esta materia y, en cierto modo, trataban de abarcar la competencia sobre las cooperativas que operaban principalmente dentro de Aragón, resultaba necesario delimitar claramente el ámbito al que había que circunscribir el cooperativismo en su Comunidad Autónoma.

En virtud de lo expuesto, la *Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón*, ya contenía un detallado régimen jurídico de las sociedades cooperativas (a partir de ahora LCA)⁵. Más tarde, esta norma hubo de ser modificada para adaptarla a una realidad socioeconómica diferente a la que existía en el momento

² B. O. E. núm. 308, de 24 de diciembre.

³ B.O.A núm. 47, de 23 de abril.

⁴ B. O. E. núm. 170, de 17 de julio.

⁵ B.O.A. núm. 151, de 31 de diciembre.

de su aparición. En efecto, el impulso definitivo para la modernización de la misma fue motivado, de un lado, por la generalización en la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las transacciones mercantiles; de otro, por la aparición de nuevas disposiciones en materia de contabilidad a las que debían adaptarse las sociedades y, en particular, las cooperativas. Por ello, el 22 de junio de 2010, se aprobó la *Ley 4/2010, por la que se modifica la Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón*⁶.

Recientemente, la Disposición final tercera de la *Ley 2/2014, de 23 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón*, autoriza al Gobierno de Aragón para que, en el plazo máximo de un año desde su entrada en vigor, proceda a la refundición de la *Ley 9/1998, de 22 de diciembre*, y de la *Ley 4/2010, de 22 de junio*. Por tal motivo, cuando apenas habían transcurrido cuatro años desde la entrada en vigor de la última norma citada -a la vista del Informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos y de acuerdo con el Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón- se promulgó el *Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón* (en lo sucesivo TRLCA)⁷.

2 PRINCIPALES CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LA LEY DE COOPERATIVAS DE ARAGÓN

Como ya avanzábamos, la aprobación del TRLCA respondió a la necesidad de integrar en un único texto legal la Ley de 1998 y la Ley de 2010, antes citadas. Para llevar a cabo dicha labor de integración fue necesario, en unos casos, adecuar su regulación a lo estipulado en la *Orden de 31 de mayo de 2013, del Consejero de Presidencia y Justicia, por la que se publican las Directrices de Técnica Normativa del Gobierno de Aragón*⁸; en otros, sin embargo, implicó la modificación, adición o supresión de ciertos preceptos legales. No obstante lo anterior, la vigente Ley consta -al igual que su predecesora inmediata- de 99 artículos distribuidos en 4 títulos, pero a diferencia de ésta contiene 6 disposiciones adicionales y 1 disposición final (antes 4 disposiciones finales, 2 disposiciones transitorias y 5 disposiciones adicionales).

Una vez hechas estas aclaraciones, nos vamos a centrar ahora en explicar brevemente el contenido del TRLCA y reseñar los principales cambios introducidos a lo largo de su articulado.

Título I. *De la sociedad cooperativa en general*

⁶ B. O. E. núm. 195, de 12 de agosto de 2010.

⁷ B.O.A. núm. 176, de 9 de septiembre de 2017.

⁸ B.O.A. núm. 119, de 19 de junio de 2013.

El Título I, que comprende los arts. 1 a 70, comienza delimitando el ámbito de aplicación de la Ley para evitar posibles solapamientos con las normas de otras Comunidades Autónomas limítrofes, al tiempo que aclara que la misma regulará a aquellas sociedades que se constituyan y desarrollen sus actividades dentro de Aragón. A continuación aporta un concepto de cooperativa, recoge los requisitos para su constitución y regula el procedimiento. Además, se contemplan de forma separada los dos órganos sociales, a saber: la Asamblea General y el Consejo Rector y el régimen económico y contable. Finalmente, la modificación de estatutos así como la fusión, escisión, disolución, liquidación y transformación cierran el contenido de este Título.

Sentado lo anterior, podemos afirmar que los preceptos legales contenidos dentro del citado Título, conservan sustancialmente el régimen jurídico precedente aunque existen tres diferencias fundamentales. Así, en primer lugar, el art. 6 *bis* -que había sido introducido por la Ley de 2010- desaparece quedando su contenido integrado dentro del art. 6, concretamente en los apartados 6 a 13.

En segundo lugar, en el art. 11.2 a) se sustituye la referencia al “Registro Central de Cooperativas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales” por la expresión “Registro de Sociedades Cooperativas estatal”. De acuerdo con el citado precepto, la escritura pública contendrá como anexos los siguientes documentos: “a) certificación acreditativa de que no existe otra sociedad cooperativa con idéntica denominación, expedida por el Registro de Sociedades Cooperativas estatal”.

Por último, tras la aprobación de la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, y con la finalidad de adaptar su regulación a lo estipulado en ella, se modifica el contenido del art. 43.1 TRLCA que queda redactado como sigue: “No pueden ser miembros del Consejo Rector ni Directores o Gerentes: c) las personas que sean inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso, los condenados a penas que conlleven inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, quienes hubiesen sido condenados por grave incumplimiento de leyes o disposiciones sociales y quienes, por razón de su cargo, no puedan ejercer el comercio”⁹.

Título II. *Clases de cooperativas*

El Título II, que comprende los arts. 71 a 91, está dedicado íntegramente a la regulación de las diferentes clases de cooperativas. Tales clases son las siguientes: cooperativas de trabajo asociado, cooperativas de servicios, cooperativas agrarias, cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, cooperativas de consumidores y usuarios, cooperativas de viviendas, cooperativas de crédito, cooperativas de seguros y cooperativas escolares. Este Título, sin embargo, no contempla las

⁹ Según la versión anterior, no podían formar parte del Consejo Rector ni desempeñar el cargo de Director o Gerente “los quebrados o concursados no rehabilitados”.

cooperativas del mar, las integrales y las mixtas que sí aparecen reguladas en la normativa estatal. Ahora bien, teniendo en cuenta que el apartado 1 del art. 71 TRLCA señala que “las cooperativas se constituirán bajo alguna de las formas reguladas en el presente capítulo”, pero a reglón seguido añade que “no obstante, aquellas cuya actividad no se encuadre en alguna de éstas serán calificadas por el departamento competente en función de su objeto social”, nada impedirá su existencia.

Título III. *Asociacionismo cooperativo*

El Título III del TRLCA es, sin lugar a dudas, el más breve de la Ley pues únicamente consta de dos preceptos -92 y 93-. En el primero de ellos se contempla la posibilidad de que las cooperativas puedan constituir uniones, federaciones o confederaciones para la defensa y promoción de los intereses que le son propios. El segundo, establece los requisitos necesarios para la creación de cualquiera de las fórmulas asociativas citadas, al tiempo que cita, de forma no exhaustiva, las funciones que las mismas tienen atribuidas y el contenido mínimo del acta de constitución¹⁰.

Dicho esto, si comparamos el contenido de ambas normas con el previsto en la Ley de 1998, después de la reforma operada en el año 2010, observamos que el apartado 7 del art. 93 ha variado su redacción. En efecto, mientras que antes la letra d) de dicho artículo señalaba que “las uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas, constituidas al amparo de esta Ley, adquirirán la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar una vez inscritas en el Registro de Cooperativas, para lo que deberán depositar el acta de constitución, que contendrá, al menos los siguientes datos: d) certificaciones del Registro Central de Cooperativas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y del Registro de Cooperativas de Aragón de que no existe otra entidad con idéntica denominación”, ahora se sustituye la referencia al “Registro Central de Cooperativas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales” por la de “Registro de Sociedades Cooperativas”¹¹.

Título IV. *Las Cooperativas y la Administración*

El último Título del TRLCA comprende los arts. 94 a 99. En ellos se declara de interés social para la Diputación General de Aragón la promoción, estímulo y desarrollo del cooperativismo dentro de su territorio. Para ello, se deberán adoptar medidas que contribuyan al mejor cumplimiento de tales objetivos. En este sentido, el propio texto legal ya prevé determinadas medidas especiales y de fomento.

¹⁰ Nótese que el carácter abierto de esta enumeración se manifiesta en el propio art. 93.6 que prevé la posibilidad de “ejercer cualquier otra actividad de naturaleza análoga”.

¹¹ Recuérdese que esta modificación también se llevó a cabo en el art. 11.2, letra a, del TRLCA.

Disposiciones adicionales

La aprobación del TRLCA también modificó tanto el contenido como el número de disposiciones adicionales del texto anterior. Por lo que se refiere a la primera cuestión, la propia Exposición de Motivos destaca como uno de los cambios introducidos por aquella la conversión a su equivalente en euros de las cantidades que aparecían expresadas en pesetas en la Ley 9/1998. De este modo, la disposición adicional primera en su redacción actual establece que “las cooperativas que tengan un volumen anual de ventas superior a tres millones de euros, de acuerdo con las cuentas de los últimos tres ejercicios económicos, deberán designar, por acuerdo del consejo rector, un letrado asesor”.

En relación con el segundo aspecto, se introduce una nueva disposición adicional -la sexta- que se refiere a la calificación de una cooperativa de Trabajo Asociado como pequeña empresa. En este sentido, habrá que estar a lo dispuesto en el Reglamento del Registro de Cooperativas de Aragón. Además, y con la finalidad de agilizar los trámites necesarios para el otorgamiento e inscripción de la escritura de constitución, se habilitará un procedimiento telemático e informático, al tiempo que se prevé la posibilidad de establecer puntos de asesoramiento e inicio de tramitación. Por último, se pondrá a disposición de los interesados un modelo de estatutos sociales así como, en su caso, un ejemplar de la solicitud de los documentos que deberán acompañar a las cuentas anuales.

Disposición final

Finalmente en la nueva Ley también se reduce considerablemente el número de disposiciones finales que pasan de cuatro a tan sólo una. En ella se faculta al Gobierno de Aragón para la aprobación de aquellas normas que sean necesarias para el desarrollo del TRLCA y, en particular, las que regulen el procedimiento a seguir para la disolución y liquidación de las cooperativas que no hubiesen adaptado el contenido de sus estatutos sociales en los plazos previstos en la Ley 9/1998 y en la Ley 4/2010 a lo estipulado en las mismas.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 37 (2014-2015), págs. 455-463

ISSN: 1130-2682

COMENTARIO A LA LEY 4/2014, DE 11 DE JULIO,
DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 8/2003, DE 24 DE
MARZO, DE LA GENERALITAT, DE COOPERATIVAS
DE LA COMUNITAT VALENCIANA¹

*COMMENTARY TO THE LAW 4/2014, JULY 11, OF
MODIFICATION OF THE LAW 8/2003, MARCH 24, OF THE
AUTONOMOUS GOVERNMENT OF VALENCIA, ABOUT
COOPERATIVES IN THE VALENCIA COMMUNITY*

ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ²

¹ En fecha de cierre de la edición de este número de la Revista, la norma comentada ha sido expresamente derogada por el Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana.

No obstante, al tratarse de un texto refundido, los comentarios aquí expresados sobre la Ley siguen vigentes. En el próximo número de la Revista el autor comentará el nuevo texto legislativo.

² Abogado, Dr. en Ciencias Políticas y Sociología por la UCM, y doctorando en Derecho Mercantil por la UDC. Dirección de correo electrónico: kostka@knm-abogados.es.

RESUMEN

La Ley 4/2014, de 11 de julio, de modificación de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de la Generalitat, de Cooperativas de la Comunitat Valenciana, introduce sustanciales cambios que vienen a adaptar la normativa valenciana sobre cooperativas a la realidad de este tipo de organización a los nuevos tiempos. Son pues modificaciones dirigidas a facilitar el pleno desarrollo del cooperativismo, dotando a estas organizaciones de los instrumentos y del régimen jurídico que les permita alcanzar sus objetivos societarios y sociales. Se trata de una actualización a los nuevos tiempos, dando respuesta a los retos y a las exigencias del siglo XXI, armonizando la legislación con el resto de la normativa sobre cooperativas, innovándolas en su gestión y adaptándolas a las nuevas tecnologías y a las posibilidades de gestión eficaz y eficiente que éstas permiten.

PALABRAS CLAVE: Ley de Cooperativas de la Comunidad de Valencia.

ABSTRACT

The Law 4/2014, July 11, of modification of the Law 8/2003, March 24, of the Autonomous Government of Valencia, about Cooperatives in the Comunitat Valenciana, introduces substantial changes that come to adapt the Valencian regulation on cooperatives to the reality of this type of organization to the new times. They are so modifications directed to facilitating the full development of the cooperativism, endowing these organizations of the instruments and of the juridical regime that allows them to reach his association and social aims. It is a question of an update to the new times, giving response to the challenges and to the requirements of the 21st century, harmonizing the legislation with the rest of the regulation on cooperatives, introducing them in his management and adapting them to the new technologies and to the possibilities of effective and efficient management that these allow.

KEY WORDS: Law of Cooperatives of Valencia's Government.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CAMBIOS INTRODUCIDOS. 3. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. 2. INTRODUCED CHANGES. 3. CONCLUSIONS.

I INTRODUCCIÓN

En esta crónica comentamos la Ley 4/2014, de 11 de julio, de modificación de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de la Generalitat, de Cooperativas de la Comunitat Valenciana, publicada en el número 186 del Boletín Oficial del Estado, con 1 de agosto de 2014, Sección I, página. 61573.

Como es sabido, una de las características destacadas de la legislación sobre cooperativas de la Comunitat Valenciana es la de su frecuente actualización para adaptarse a las cambiantes circunstancias económicas y societarias, en las que han de desarrollar su actividad. Esa actualización es una expresión del deseo del legislador valenciano, en el ejercicio de la competencia exclusiva que en materia de cooperativas reconoce a la Generalitat el artículo 49.1.21.^a del Estatuto de Autonomía, de facilitar el pleno desarrollo del cooperativismo y de dotarlas de los instrumentos y del régimen jurídico que les permita avanzar en la consecución del logro cooperativo para sus socios y para la sociedad en su conjunto, en las mejores condiciones posibles, pero sin abandonar ni renunciar a la filosofía y al modelo específico de este tipo de empresa.

Esa frecuente actualización es también expresión del cumplimiento del mandato constitucional de fomentar las cooperativas mediante una legislación adecuada y, por tanto, conforme a los valores y principios cooperativos adaptados al tiempo y al lugar en que han de desarrollar su actividad y, por otra parte, del cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 80.4 del Estatuto de Autonomía, que obliga a la Generalitat a fomentar la creación de cooperativas, cuyo mandato no podría cumplirse adecuadamente sujetándolas a normas obsoletas y carentes de operatividad en los principios del siglo XXI.

Además de dar adecuada respuesta legal a los retos y exigencias que el momento presente plantea a las cooperativas valencianas, el texto legislativo trata de avanzar en la armonización con el resto de la legislación cooperativa española, en algunas de sus regulaciones esenciales como en el caso de la configuración del objeto de las cooperativas agrarias, o en el de las cooperativas de viviendas y, en la medida en que las tendencias actuales del fenómeno cooperativo lo aconsejan, introducir en la regulación legal los preceptos necesarios y convenientes para permitir a las cooperativas valencianas, la puesta en práctica de desarrollos

innovadores y actualizados de la idea del cooperativismo. Este último propósito es el que anima, por ejemplo, la regulación de la celebración telemática de asambleas generales o la nueva regulación del objeto cooperativo de las cooperativas agrarias, que pasan a conceptuarse como agroalimentarias, pero también de las cooperativas de viviendas.

Asimismo, la nueva versión de la Ley de Cooperativas valenciana pretende disipar los errores en interpretación del texto de la esta Ley, en relación con el significado, contenido y alcance de las aportaciones económicas de los socios al capital de la cooperativa, trazando una clara frontera con las aportaciones económicas en las sociedades de capital.

Además, la Ley modifica la regulación de las organizaciones representativas de las cooperativas valencianas, acercándola al modelo real de la operatoria de esas organizaciones y a la participación en ellas de entidades cooperativas que desarrollan su actividad en la Comunitat Valenciana, aun cuando no se configuren jurídicamente como cooperativas valencianas, lo que, sin duda, fortalecerá la representatividad de esas entidades asociativas.

Por último, se autoriza al Consell para que mediante Decreto Legislativo apruebe un texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana, al que se incorporarán las disposiciones vigentes sobre la materia y las contenidas en la Ley de Cooperativas, aclarándolas y armonizándolas.

2 CAMBIOS INTRODUCIDOS

La nueva Ley, mediante un artículo único, modifica, como avanzamos, la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de la Generalitat, de Cooperativas de la Comunitat Valenciana, en los términos que constan en el anexo y que afectan a los siguientes artículos: artículo 6 bis, artículo 10, artículo 28, artículo 28 bis, artículo 31, artículo 33, artículo 34, artículo 34 bis, artículo 40, artículo 42, artículo 48, artículo 50, artículo 55, artículo 56, artículo 60, artículo 62, artículo 63, artículo 65, artículo 72, artículo 74, artículo 81, artículo 82, artículo 83, artículo 87, artículo 89, artículo 90, artículo 91, artículo 97, artículo 102, capítulo II del título II denominación y artículos 104, 105 y 106), artículo 107, artículo 109 bis, artículo 111, artículo 113 bis, artículo 114, artículo 122, artículo 123, disposición adicional quinta y disposición transitoria segunda.

En la Disposición Transitoria única, referida a las Uniones y Federaciones, señala que en el momento de la entrada en vigor de la Ley, aquellas que figuren inscritas en el Registro de Cooperativas, podrán seguir utilizando su denominación y mantener su régimen jurídico.

En la Disposición Derogatoria Única, se establece que queda derogado el Decreto 99/1996, de 21 de mayo, del Consell, por el que se creó y se reguló la Comisión Interdepartamental de Cooperativas de la Comunitat Valenciana.

Es en la Disposición Final Primera, en la que se recoge el Texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana, donde se autorizaba al Consell para que en el plazo de diez meses, a contar desde la publicación de la Ley en el Diario Oficial de la Comunitat Valenciana, elaborase y aprobase, mediante Decreto Legislativo, un texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana, al que debería incorporar las disposiciones vigentes sobre dicho tipo social y las contenidas en la Ley de modificación, autorizándole expresamente para adaptarlas y armonizarlas.

En la Disposición Final Segunda, en la que se modifican los artículos referidos, se introduce, en el artículo 6, lo que denomina “sede electrónica de la cooperativa”, señalando que las cooperativas valencianas podrán tener una página web corporativa como sede electrónica, en la que necesariamente deberán hacer constar su domicilio social y sus datos identificativos y registrales. La creación o supresión de esta página web corporativa deberá acordarse por la Asamblea General y el acuerdo de creación o supresión de esta página deberá ser notificado a todos los socios en la forma estatutariamente prevista. El traslado de la página web corporativa deberá acordarse por el consejo rector o por el administrador o administradores de las cooperativas que se hayan dotado de este órgano de gobierno, representación y gestión.

Tanto el acuerdo de creación o supresión de la página web corporativa como su traslado deberán ser inscritos en el Registro de Cooperativas, mediante nota marginal o en la forma que reglamentariamente se determine, en la hoja abierta a la sociedad en el Registro de Cooperativas, ante el que deberá presentarse la correspondiente certificación en el plazo de un mes desde la fecha de la adopción del acuerdo. También deberá publicarse en la propia página web que se ha acordado crear, suprimir o trasladar, manteniéndose la publicación durante un periodo continuado no inferior a un mes.

La nueva Ley modifica la letra m del apartado 2 del artículo 10, que queda redactado: “*La cláusula de sometimiento a la conciliación previa, a la mediación y al arbitraje cooperativo regulado en esta Ley, cuando así se establezca*”. De igual modo, se modifica el apartado 1 del artículo 28.

Se introduce un nuevo artículo 28 bis, referido a la comunicación por medios electrónicos, en el que se recoge que las comunicaciones entre la cooperativa y los socios que no tengan previsto otro medio específico en esta Ley, incluida la remisión de documentos, solicitudes e información, podrán realizarse por medios electrónicos, siempre que dicho sistema hubiera sido aceptado por el socio. De igual modo, se modifican las letras d y h del apartado 1 del artículo 31.

En referencia al apartado 2 del artículo 33, la modificación establece que cuando el consejo no convoque en el plazo legal la asamblea general ordinaria o no atienda la petición de la minoría antes citada en el plazo máximo de un mes,

cualquier socio en el primer caso, o la minoría citada en el segundo caso, podrán solicitar del árbitro o del juez competente del domicilio social que, con audiencia del consejo rector, convoque la asamblea, designando las personas que con el carácter de presidente y secretario tendrán que constituir la mesa y con el orden del día solicitado.

La modificación del apartado 1 del artículo 34, referido a la convocatoria de la asamblea general, señala que tendrá que hacerse mediante anuncio destacado en el domicilio social y en cada uno de los centros de trabajo, así como mediante carta remitida al domicilio del socio, o mediante cualquier otro sistema, previsto en los estatutos o en el reglamento de régimen interno, que asegure la recepción de la misma por el socio destinatario, con una antelación mínima de quince días y máxima de sesenta días a la fecha de celebración de aquella. Los estatutos sociales podrán prever que la convocatoria se difunda, además, por otros medios de comunicación.

En este sentido, recoge la modificación de la Ley que aquellas cooperativas que tengan más de 500 socios podrán sustituir la remisión de carta al socio por la publicación del anuncio de la convocatoria en al menos un periódico de gran difusión en el ámbito de actuación de la cooperativa, sin perjuicio de que, si así lo establecen sus estatutos, puedan difundir la convocatoria por otros medios de comunicación. Igualmente, estas cooperativas podrán optar estatutariamente por establecer que la publicación en la página web corporativa y la remisión de la convocatoria mediante correo electrónico a la persona socia que formalmente lo solicite sea el único sistema de convocatoria.

Se introduce un nuevo artículo, el 34 bis, referido a la celebración de reuniones de la asamblea general y otros órganos sociales por medios telemáticos, señalando que los estatutos podrán autorizar que la asamblea general y los demás órganos sociales puedan celebrar sus sesiones por medios telemáticos.

Asimismo, se modifica el apartado 3 del artículo 40, en el que se recoge que no procederá la impugnación de un acuerdo que haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. Si fuera posible eliminar la causa de impugnación, el juez o el árbitro otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada.

Y se modifica también el apartado 8 del artículo 40, promulgando que el laudo o la sentencia estimatoria de la acción de impugnación producirán efectos frente a todos los socios, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe como consecuencia del acuerdo impugnado. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro de Cooperativas, la sentencia determinará la cancelación de su inscripción, así como de los asientos posteriores que resulten contradictorios con aquella.

En el artículo 42, se añade un nuevo punto 6 con el siguiente texto: “*Las cooperativas procurarán incluir en su consejo rector un número de mujeres que permita alcanzar en su seno una presencia equilibrada de mujeres y hombres coherente con la composición de su masa social*”.

Se modifica el apartado 1 del artículo 48, que promulga que el consejo rector podrá delegar, de forma permanente o por un periodo determinado, sus facultades en uno de sus miembros a título de consejero delegado, así como en varios de ellos formando una comisión ejecutiva, o varias comisiones con competencias específicas, mediante el voto favorable de dos tercios de sus componentes.

En la modificación legislativa se adiciona un apartado 4 al artículo 56, señalando que toda aportación obligatoria a capital social que exceda de la cuantía establecida para ser socio se considerará aportación obligatoria adicional y no será exigible para adquirir la condición de socio. De igual modo se modifican los siguientes preceptos: el título del artículo 60, referido a la transmisión de las aportaciones y de la condición de socio o asociado; el apartado 6 del artículo 60, señalando que los acreedores personales del socio no podrán embargar ni ejecutar las aportaciones sociales, sin perjuicio de ejercer sus derechos sobre reembolsos, intereses y retornos que pudieran corresponderle al socio; el apartado 3 del artículo 62, estableciendo que la asamblea general puede acordar cualquier modalidad de financiación voluntaria de la cooperativa por sus socios y asociados, que en ningún caso integrará el capital social; y, por último en este bloque de modificaciones, se establece que las cooperativas podrán emitir obligaciones, subordinadas o no, siempre de carácter no convertible en aportaciones sociales, de acuerdo con la legislación vigente.

Se adiciona un nuevo apartado, en el artículo 63, con el número 9, en el que se recoge que transcurrido un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas, no se inscribirá ningún documento presentado con posterioridad a aquella fecha, hasta que con carácter previo se practique el preceptivo depósito. Se exceptúan los títulos relativos al cese de administradores, directores o liquidadores, y a la revocación de poderes, así como a la disolución de la cooperativa y al nombramiento de liquidadores.

Sin ánimo de ser exhaustivos, dado la naturaleza de esta crónica, si queremos señalar, adicionalmente, diversas modificaciones que introduce la Ley: se modifica el apartado 1 del artículo 65, que recoge que si los estatutos lo prevén, cualquier cooperativa podrá desarrollar operaciones propias de su actividad con terceros no socios, sin que el importe de las mismas pueda superar el 50 % de la cuantía de las realizadas con los socios en el mismo ejercicio económico, limitación que regirá, en su caso, para cada tipo de actividad que constituya una sección diferente en la cooperativa. Se modifica el apartado 1 del artículo 72, referido a la formación y regula el fondo de formación y promoción cooperativa que tendrá

como fines la formación de los socios y trabajadores de la cooperativa en los principios y técnicas cooperativas, económicas y profesionales; la promoción de las relaciones intercooperativas, la difusión del cooperativismo y la promoción cultural, profesional y social del entorno local o de la comunidad en general. Se modifica el primer párrafo del apartado 1 del artículo 74, señalando que la reducción del capital social mínimo exigirá la publicación previa del acuerdo de la asamblea general de modificación.

Se cambia el apartado 3 del artículo 81, en el que se recoge que el acuerdo de disolución, o la resolución judicial que la declare, deberán inscribirse en el Registro de Cooperativas, en el plazo de un mes desde el correspondiente acuerdo y publicarse.

Se introducen también modificaciones en los apartados 3 y 6 del artículo 82, en el que se indica que la liquidación correrá a cargo de los socios liquidadores, que en número de tres o cinco deberá elegir la asamblea general en el mismo acuerdo de disolución o en el plazo de dos meses desde la entrada en liquidación. En caso contrario, los liquidadores, socios o no, serán designados por el Consejo Valenciano del Cooperativismo a solicitud de cualquier socio o acreedor, o, de oficio, por el Consejo Valenciano del Cooperativismo o la Consellería competente en materia de cooperativas.

Se cambia el apartado 4 del artículo 83, donde se establece que cancelados los asientos relativos a la cooperativa, si aparecieran bienes sociales los liquidadores deberán adjudicar a los antiguos socios los derechos económicos adicionales que les correspondan, previa conversión de los bienes en dinero cuando fuera necesario.

Se modifica el artículo 87, referido a las cooperativas agroalimentarias; el artículo 89, referido a las Cooperativas de trabajo asociado; se suprime el apartado 4 del artículo 90. En consecuencia, se da nueva numeración a los apartados 5 y 6 del artículo 90. Así el apartado 5 pasa a ser el 4 y el apartado 6 pasa a ser el 5; se modifica el artículo 91, referido a las Cooperativas de viviendas y cooperativas de despachos y locales; y se modifica el segundo párrafo de la letra a del apartado 2 del artículo 97, en el que se señala que los estatutos sociales podrán establecer que todas o parte de las aportaciones, tanto obligatorias como voluntarias, deban consistir en uno o más vehículos de las características que fije la cooperativa; el artículo 102, referido a los consorcios y otras uniones, en el que entre otras cosas se señala que las cooperativas podrán constituir, de manera temporal o duradera, sociedades, asociaciones, consorcios y uniones, entre sí o con otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, y formalizar convenios o acuerdos, para el mejor cumplimiento de su objeto social y para la defensa de sus intereses.

Y, por último, se muta la denominación del capítulo II del título II, en el que se regulan las Federaciones de Cooperativas, cuya finalidad es representar, de-

fender y promover sus intereses, las cooperativas pueden asociarse libre y voluntariamente en federaciones, recogiendo los artículos posteriores su objeto y funcionamiento; se añade el artículo 109 bis en el que se recoge un plan de apoyo y fomento del cooperativismo y un nuevo punto al artículo 111, que garantiza que en los servicios públicos de asesoramiento a las personas emprendedoras se cuente necesariamente con la presencia de personal especializado en la creación de cooperativas. Se adiciona, igualmente, un nuevo artículo 113 bis, referido al fomento del cooperativismo en el ámbito de los expedientes de despido colectivo y procesos concursales; se elimina el apartado 3 del artículo 114 y, en consecuencia, se reenumeran los apartados 4, 5, 6 y 7 del mismo precepto, de manera que el apartado 4 pasa a ser el 3, el apartado 5 pasa a ser el 4, el apartado 6 pasa a ser el 5 y el apartado 7 pasa a ser el 6. De igual modo, se modifica la letra f del apartado 3 del artículo 122, que recoge la intervención en los conflictos que se planteen en materia cooperativa a través de la conciliación, el arbitraje o la mediación, en la forma regulada en los artículos que le siguen: se modifica la disposición adicional quinta, que introduce determinadas obligaciones estadísticas, promulgando que las cooperativas quedan obligadas a proporcionar a la Consellería competente en materia de cooperativas, anualmente y mediante la remisión de los correspondientes formularios debidamente cumplimentados datos estadísticos; y, finalmente, se modifica el apartado 3 de la disposición transitoria segunda.

3 CONCLUSIONES

En definitiva y a modo de conclusiones, resulta evidente que la Ley 4/2014, de 11 de julio, de modificación de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de la Generalitat, de Cooperativas de la Comunitat Valenciana, introduce sustanciales cambios que vienen a adaptar la normativa valenciana sobre cooperativas a la realidad de este tipo de organización a los nuevos tiempos. Son pues modificaciones dirigidas a facilitar el pleno desarrollo del cooperativismo, dotando a estas organizaciones de los instrumentos y del régimen jurídico que les permita alcanzar sus objetivos societarios y sociales.

Se trata, por tanto, de una actualización a los nuevos tiempos, dando respuesta a los retos y a las exigencias del siglo XXI, armonizando la legislación con el resto de la normativa sobre cooperativas, innovándolas en su gestión y adaptándolas a las nuevas tecnologías y a las posibilidades de gestión eficaz y eficiente que éstas permiten.

IV RECENSIONES

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 467-475
ISSN: 1130-2682

INTERNATIONAL HANDBOOK OF COOPERATIVE LAW
EDITORS DANTE CRACOGNA, ANTONIO FICI, HAGEN HENRY
SPRINGER, HEIDELBERG / NEW YORK /
DORDRECHT / LONDON, 2013, 823 PÁGINAS

GIUSTINO DI CECCO¹

¹ Profesor Asociado, University of Roma Tre, Italy, Department of Economics. Dirección de correo electrónico: giustino.dicecco@uniroma3.it.

El interesante volumen a cargo de Cracogna, Fici y Henry es mucho más de lo que se espera normalmente de un trabajo del tipo *Handbook*.

Efectivamente, junto a la utilísima presentación, uniforme, de los rasgos característicos de 31 diversas legislaciones que abarcan el tema de las cooperativas (de acuerdo a un esquema predeterminado, e idéntico, que facilita la comparación), el manual ofrece al lector, ya desde el principio, un buen ensayo comparativo (A. Fici) sobre los posibles modelos de Derecho Cooperativo y un profundo análisis (en varias entradas) de las leyes de naturaleza “supranacional” a través de las cuales en Europa, América y Sudáfrica, se persigue de forma compartida, aunque no siempre a través de unánimes soluciones técnicas, el importante objetivo de proporcionar a los legisladores nacionales modelos regulatorios uniformes (así como, en algunos casos, directamente, reglas de carácter vinculante para los propios operadores transaccionales).

Si, en principio, la introducción de una obra escrita tiene como único propósito el permitir al lector, a través de un anticipo parcial de sus resultados, “aclimatarse”, poco a poco, a la investigación, las primeras páginas, a cargo de Fici, dedicadas a la comparación de las diversas leyes de cooperativas, representan un ensayo digno de consideración independiente respecto del contenido del propio volumen, puesto que ofrece un interesante análisis de la utilidad práctica de los estudios comparativos, e incluso (tal vez especialmente), una sección transversal de las principales características en común (y diferente grado de aplicación de los principios de la Alianza Cooperativa Internacional), las diversas leyes nacionales y el derecho cooperativo supranacional.

Siguiendo el mismo camino marcado por la excelente introducción, la segunda parte del libro se ocupa, por un lado, de la fuerza vinculante en el sistema de Derecho Internacional Público y de los entandares normativos promovidos por la Organización Internacional del Trabajo (en el ensayo de Henry H.), y por otro lado, de la legislación supranacional del 15 de mayo de 2011 del OHADA (organización internacional destinada a promover el desarrollo económico en diecisiete países centroafricanos), del Reglamento comunitario de 22 de julio de 2003 sobre el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, del Estatuto de las Cooperativas de América del Sur, aprobado el 28 de abril de 2009 por el Parlamento del Mercado Común de América del Sur (denominado “Mercosur”) y de la regulación “marco” adoptada por la Alianza Cooperativa Internacional para las Américas en julio de 2009.

De la misma forma en que un marco resulta más valioso cuando embellece el cuadro sin restarle protagonismo, el conjunto de reflexiones recogido en las doscientas primeras páginas del “*Handbook*” posee el indudable mérito de no

limitarse a presentar los escritos que dedican su atención a las diversas legislaciones nacionales analizadas, sino más bien al contrario, puesto que ha sido capaz de integrar la sucesiva recolección de datos normativos en un contexto de alto valor cultural, más amplio, sin llegar a disminuir su alcance.

Partiendo, en primer lugar, del dato estadístico, de considerable importancia, de que en aproximadamente una tercera parte de los sistemas normativos analizados, el fenómeno cooperativo (y su capacidad para contribuir a crear “*a better world*” atendiendo al lema del año internacional dedicado a la cooperación por parte de las Naciones Unidas en el 2012), encuentra un reconocimiento expreso de rango constitucional, en ocasiones sobre el propio modelo del artículo 45 de la Constitución italiana del 1948 (es el caso de las Constituciones de México desde 1917, Perú desde 1920, Turquía desde 1961, Portugal desde 1976, España 1978, Brasil desde 1988, Colombia 1991, Rusia desde el año 1993 e India desde 2012).

El resto de las más de seiscientas páginas dedicadas al análisis de las características esenciales de las treinta y una legislaciones nacionales sobre las sociedades cooperativas suponen una fuente inagotable de conocimiento, ideas y soluciones cuyo estudio resultará necesario y precioso para cualquier futura investigación sobre el tema.

El panorama general que se presenta al lector — sea éste un simple operador económico que un experto jurista en la materia— es menos heterogéneo de lo que a primera vista se puede esperar de experiencias tan diferentes, tanto por el clima cultural como por la tradición normativa. Esto demuestra, por una parte, la eficacia de la armonización normativa llevada a cabo por la organizaciones supranacionales y, por otra parte, la existencia de normas cooperativas “naturales”, por denominarlas de alguna manera, que tienden a ser adoptadas de forma idéntica independientemente de donde se desarrolle el fenómeno cooperativo.

Sin embargo, son las no pocas diversidades y particularidades de las soluciones normativas las que llaman la atención de quien tiene mayor familiaridad con los problemas “típicos” de las organizaciones mutualistas.

Basta decir que incluso aquellos que pretenden restringir su atención sólo a los dos primeros capítulos dedicados, respectivamente, a Argentina y Australia, obtienen ya una visión de las profundas diferencias existentes entre una legislación (la primera) moderna y coherente y una normativa (la segunda) fragmentada ente normas federales y estatales dotadas de una escasa coordinación sistemática que ni siquiera permite ofrecer una identificación exacta del fenómeno cooperativo (cuya noción todavía viene considerada como un “*vague concept*”). No obstante, ambas legislaciones prevén soluciones que merecen una especial reflexión.

En particular, la legislación argentina debe reseñarse (entre otras cosas),

i) por la reciente ley en materia de workers buyout (la n. 26684 del 2011) para las empresas en crisis (“empresas recuperadas”);

ii) por la clara limitación que permite la admisión de nuevos miembros sólo si ello es compatible con la empresa;

iii) por la regla del receso *ad nutum* con pago inmediato de la cuota de liquidación solo si el importe total de los pagos no supera el cinco por ciento del capital social (y con extensión de la mayor parte de la deuda en los ejercicios sucesivos);

iv) por la posibilidad de que el estatuto establezca un régimen de necesaria proporcionalidad entre el uso de los servicios mutualistas y la participación a la formación o al incremento del capital social;

v) por la norma que exige la disposición de reservas indivisibles, no sólo de los beneficios resultantes de las actividades con terceros, sino también de las plusvalías derivadas de la cesión de *assets* patrimoniales.

En contraste, sin embargo, la legislación australiana, menos avanzada, prevé originales reglas, dignas de reconocimiento, como por ejemplo,

i) la limitación de la votación sólo a los miembros “activos” de la cooperativa de acuerdo a un “estándar” contemplado en los estatutos y

ii) la norma impone el voto por correo para las decisiones relativas a la transformación de la cooperativa.

Aunque esto solo haga referencia a los dos primeros sistemas analizados, en riguroso orden alfabético, no resulta complicado darse cuenta que la lectura de la totalidad de la obra representa una experiencia de progresivo descubrimiento de un verdadero elenco de soluciones normativas que merecen una posterior profundización.

Sin ánimo de complejidad y sin pretensión de ser exhaustivos, basta considerar cuanto podría decirse sobre (*inter alia*):

i) la expresamente reconocida facultad del derecho canadiense a atribuir los descuentos no sólo mediante la emisión de nuevas acciones (como ocurre en el derecho italiano), sino también con la emisión de títulos de deuda de préstamos sociales (p. 305);

ii) la singular (e inédita) regulación colombiana en el marco del Decreto Ley n. 1333 del 1989 sobre el tipo especial de las “pre-cooperativas”, es decir de las entidades legales que no poseen la requerida capacidad técnica, autonomía o número de socios para poder establecer de forma inmediata una cooperativa para en un plazo de cinco años convertirse en una sociedad cooperativa con la ayuda de una “entidad promotora” bajo pena de disolución (p. 364);

iii) la original previsión de las “one member cooperative”, es decir las cooperativas con un único socio contempladas en el derecho finlandés (p. 382), en el derecho danés (p. 576) y en el derecho holandés, el único en el que el socio puede ser también una persona jurídica, para facilitar las operaciones de carácter financiero (p. 548);

iv) la interesante idea francesa de las cooperativas de interés colectivo que, basándose en el modelo italiano recogido en la Ley n. 381/91, regula un tipo de organización mutualista, de evidente carácter *multi-stakeholder*, con cinco categorías diversas de socios (trabajadores, consumidores, voluntarios, entes públicos e inversores) y con la exclusión de cualquier tipo de descuento respecto de la destinación íntegra obligatoria del superplus o de las reservas (p. 400);

v) la posibilidad prevista en el estatuto de las sociedades cooperativas alemanas respecto de una previsión de capital social que sea, en parte, fija (p. 420);

vi) la regulación peruana que permite la reducción del capital social con el límite máximo del 10% por año (p. 596);

vii) la regulación que impone la aprobación asamblearia del *budget* anual tanto en India (p. 458) como en Perú (p. 600);

viii) la norma contemplada en el derecho polaco, que limita el número máximo de socios a cincuenta en las cooperativas sociales, con el propósito de preservar el control democrático directo (p. 618);

ix) la legislación española que prevé el mecanismo de la autorización tácita en aquellas cuestiones en las que no se consiga llegar a una decisión de no admisión en un plazo de tres meses (p. 709)

x) la previsión (similar a la anteriormente citada norma argentina) del *workers buy out* en la ley de quiebra de Uruguay (p. 790).

Es precisamente en los problemas clásicos de la ley de cooperativas, y concretamente, en el ámbito de la democracia y la reciprocidad donde el *Handbook* ofrece las ideas más relevantes.

En relación a la cuestión de la efectiva participación en las decisiones asamblearias del socio cooperador, no resulta difícil individuar que, a parte de las soluciones drásticas tales como la prohibición de *proxy votes* contemplado en el derecho indio (p. 457) y en el derecho peruano (p. 589), el problema es amplio y ha sido resuelto en modos ciertamente muy diversos.

Efectivamente, junto a la norma brasileña, que en el año 2012 introdujo la obligatoriedad de la participación de los socios en las tareas asamblearias (p. 281) y la norma india que prevé la exclusión del socio por no participar, de forma personal, (a causa de la prohibición de la delegación) en tres asambleas consecutivas (p. 455), se destaca la (ya mencionada) elección australiana de permitir el voto solo a los socios cooperativos “activos” según un “standard” predefinido en el estatuto (p. 217), la chilena que (únicamente en las cooperativas agrícolas y energéticas) prevé la asignación, respectivamente, de un tercio de los votos pro-cápita, de un tercio en base a la participación en la actividad mutualista y de un tercio en proporción al capital invertido (p. 329), y la estadounidense que consiente a la autonomía estatutaria elegir libremente entre el voto democrático y el voto “mutualista” (“*patronage-based voting*”: p. 764).

Solamente en Alemania se expresa de forma contundente el principio de supremacía de la democracia directa sobre la indirecta con la asignación a los socios, que representan una décima parte de la base del accionariado, del derecho a requerir que la decisión asumida por parte de los delegados de las asambleas separadas quede sujeta a una nueva votación en la asamblea general (p. 422).

En lo que respecta a la resolución de los nombramientos de los órganos de administración y control, merecen especial consideración, además de las soluciones legislativas que imponen el uso del voto secreto (en Hungría, p. 439 y en Polonia, p. 624), la doble regla de la ley mexicana, que por una lado, permite la reelección de los administradores (que se mantienen en su puesto durante un lustro) únicamente con un *quorum* cualificado de dos tercios de los votos y, por otro lado, impone el nombramiento del órgano de control cada vez que en la elección de los administradores haya un tercio de los votos en contrario (p. 534) y la normativa peruana que prevé la obligatoriedad de renovar anualmente el consejo de administración en un tercio de sus componentes (p. 600).

Debe señalarse, como en ningún caso se encuentra presente la norma promulgada por Italia en el año 2003, y posteriormente derogada antes de su entrada en vigor, que imponía un límite legal al número de mandatos respecto de los mismos administradores.

Por su parte, y en lo que se refiere al abandono de la causa mutualista es necesario señalar que además de numerosas prohibiciones de transformación (en Argentina, p. 193; en Austria, p. 246; en Colombia, p. 369, en Portugal, p. 650) esa decisión se encuentra subordinada al consenso unánime de los socios en Bélgica (p. 264), sólo se permite cuando sea necesario para la preservación de la estructura de producción en Francia (p. 407) y en Uruguay (p. 796) mientras que en Australia se impone (como ya ha sido previamente mencionado) el uso del “*special postal vote*” (p. 224).

En especial referencia a las cuestiones relativas al propósito mutualista, cabe mencionar que las novedades más relevantes provienen de Europa (norte).

Siguiendo el ejemplo de la primitiva ley holandesa del 1989, que fue la primera en reconocer, de forma expresa, la posibilidad de una cooperativa *holding* que no lleva a cabo ningún tipo de actividad directa con los propios socios, diversas legislaciones tipifican la “mutualidad indirecta”, esto es, la posibilidad de que el intercambio mutualista con el socio cooperador provenga-además de directamente con la cooperativa- también de forma indirecta por parte de sociedades controladas por la propia cooperativa.

En particular, el artículo 124.1 del Código de Comercio francés, en su versión modificada del año 2001 (p. 410), del sistema finlandés del 2002, en el cual el intercambio entre el socio cooperador y una sociedad controlada (en al menos el 51%) por la cooperativa viene considerada, de forma expresa, como “mutualista”

a condición de que esta última ostente el control de la primera (pp. 378-379) y del derecho noruego, reformado en el 2007, que contempla (artículo primero, párrafo tercero de la *Cooperative Act, 29 June 2007, n. 81*) una expresa definición de esta particular mutualidad mencionando que “*A cooperative society also exists if the interests of the members (...) are promoted through the members’ trade with an enterprise, which the cooperative society owns alone or together with other cooperative societies, including a secondary cooperative (...)*” (p. 567).

Se trata de una idea que merece ser profundizada también en nuestro sistema, visto que no pocas veces, y especialmente en situaciones de crisis, el otorgamiento de una empresa en una sociedad no mutualista controlada por la cooperativa, puede representar una solución útil para obtener nueva financiación o, simplemente, nuevos capitales de riesgo por parte de quien está interesado en la empresa pero no en la peculiaridad (a menudo considerada inestable) de la *governance* cooperativa.

Lo cual, efectivamente, plantea un problema, de no poca envergadura si tenemos en cuenta por una parte la no aplicabilidad (al menos la no obligatoriedad) de sus propias normas de cooperación en el trabajo (Ley n. 142/2001) y/o de la cooperación social (Ley n.381/1991) en las sociedades lucrativas participantes en la sociedad cooperativa, y por otro lado, el riesgo de una elección de este tipo en un sistema normativo que sanciona “la falta de perseguimiento del propósito mutualista” con el grave procedimiento administrativo de disolución de la organización (*ex art. 2545 septiesdecies c.c.*).

Desde otra perspectiva, debe informarse de como en muchos casos la falta de participación del socio en la actividad social supone una causa legal para su exclusión. Esto sucede, en particular, en la legislación australiana (tal y como ya había sido mencionado previamente), que prevé la exclusión de un miembro inactivo durante tres años a menos que no proceda a comprar, mediante pago de una “*fee*” anual la “*active membership status*” (p. 217), en el derecho indio que dispone la exclusión del socio por una participación inferior al nivel mínimo previsto por el estatuto (p. 455), en el derecho japonés, que prevé, en general, la exclusión del socio inactivo (p. 514) y en la legislación del Corea del Sur, donde se establece la exclusión del socio que no hace uso de los servicios de la cooperativa (p. 659).

Por último, también merecen una mención las numerosas disposiciones normativas que, de manera más general a la prevista por la legislación italiana de las cooperativas de trabajo en “estado de crisis” *ex* artículo 6 de la Ley n. 142/2001, prevén, de forma expresa, la posibilidad de que la asamblea de los socios (con o sin una regulación legal preexistente de tal opción) imponga contribuciones de carácter obligatorio a cargo de los socios cooperativos.

La facultad asamblearia queda subordinada al uso de supuestos legitimados previstos en el estatuto de Chile (p. 327), en Finlandia donde se requiere que se

trate de “casos excepcionales” (p. 386), en Holanda, donde junto a la posibilidad de que el estatuto imponga ulteriores contribuciones monetarias (p. 550) se prevé, también, la regulación estatutaria de los préstamos sociales obligatorios (p. 552) y en Turquía, donde, sin embargo, esa facultad estatutaria se limita al caso de pérdida de ejercicio (p. 726).

No obstante, cabe señalar que en Rusia los socios de las cooperativas de consumo, se encuentran obligados *ex lege* a efectuar nuevas contribuciones para cubrir las pérdidas del ejercicio en un plazo de tres meses a contar desde el cierre del balance (pp. 678-679).

A los autores, por tanto, no se les puede hacer llegar una simple invitación a continuar en la actividad investigadora comparada de forma tan brillante, sino que debe contemplarse, para el futuro, la idea de ofrecer al lector también una base de datos uniforme (quizás incluso informática) de los textos legislativos analizados y, en caso de ser posible, una recopilación comparativa de los datos económicos en función de la incidencia del movimiento cooperativo en los sistemas de los diversos países tomados en consideración.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 477-482
ISSN: 1130-2682

**DERECHO DE SOCIEDADES COOPERATIVAS.
INTRODUCCIÓN, ESTATUTO DEL SOCIO
Y ÓRGANOS SOCIALES. LA LEY**

**VARGAS VASSEROT, CARLOS; GADEA SOLER,
ENRIQUE; SACRISTÁN BERGIA, FERNANDO**

MADRID, 2015, 1ª EDICIÓN. 434 PÁXINAS

XACOBO IZQUIERDO ALONSO¹

¹ Prof. TEU de Dereito Mercantil. Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: jizqdo@uvigo.es.

O libro se presenta coma obra colectiva dos mencionados autores.

O Profesor Carlos Vargas Vasserot posúe unha salientábel traxectoria docente e investigadora. É catedrático acr. de Dereito Mercantil da Universidade de Almería, Lic. en Dereito mais CC. Económicas. Doutor en Dereito, tendo obtido coa súa tese o Premio Prof. J. Garrigues en Dereito de Seguros. Destaca a súa especialización no ámbito dos estudos cooperativos, acadando o “Premio Arco Iris del Cooperativismo” á mellor investigación cooperativa en dúas ocasións (XVI y XX edic.) mais o I Premio de Investigación dea Escola de Estudos Cooperativos.

Enrique Gadea Soler é Profesor Titular de Dereito Mercantil na Universidade de Deusto, na que obtivo o título de Doutor. É especialista en Dereito de sociedades e en Dereito concursal. Dentro do primeiro ámbito destacan as súas achegas en materia de Dereito cooperativo, acadando o “Premio Arco Iris del Cooperativismo” á mellor investigación cooperativa (XX edición). Ademais é Secretario da Asociación Internacional de Dereito Cooperativo, Coordinador do Grupo Internacional de investigación da mesma e director da Revista científica Deusto Estudios Cooperativos.

Fernando Sacristán Bergia é Profesor Titular de Dereito Mercantil da Universidade Rey Juan Carlos e Avogado. Doutor en Dereito pola Universidade Complutense de Madrid. “Premio Arco Iris del Cooperativismo” á mellor investigación cooperativa (XX edición) e membro da Escola de Estudos Cooperativos. Ten numerosas publicacións en diversos ámbitos xurídicos relacionados co Dereito de sociedades, contratos bancarios e de distribución e concurso, salientando os relativos ao Dereito cooperativo.

En relación ao contido da obra obxecto desta recensión, estrutúrase en cinco capítulos que se corresponden coa temática referida no subtítulo da mesma.

No primeiro capítulo trátase do concepto, natureza, fontes e clases de cooperativas. É de agradecer o atopármonos unha presada de prantexamentos de necesaria formulación na actualidade nunha obra destas características; en especial a necesidade de non perder de vista que, se o obxecto da cooperativa é a realización dunha actividade económica, queda, xa que logo, submetida aos mesmos principios que calquera outra empresa e ao mercado no que terá, en definitiva, que desenvolver a dita actividade, competindo con outras empresas, o que leva aos autores a afinar na distinción entre cooperativismo e mutualismo.

Nesta primeira parte, trátase no primeiro lugar do concepto de cooperativa e dos principios cooperativos, achegándose a está temática dun xeito crítico, non dogmático e rigoroso na súa exposición e análise, relativizando o seu alcance, no entendimento de que o verdadeiramente importante é o saber se unha concreta

cooperativa obedece aos seus alicerces principais, abordando aquí dous fenómenos que se producen nesta realidade societaria: un, o das falsas cooperativas e, outro, o das cooperativas de feito, ensarillando os autores esta problemática con outra que é obxecto de atención nos últimos tempos: a responsabilidade social corporativa.

Deseguido, fan os autores unha exposición dos modelos cooperativos na lexislación comparada e na evolución do dereito positivo español. Salientable neste epígrafe a análise da problemática sobre a distribución de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas en materia de cooperativas e a enguedellada situación lexislativa resultante. Dada a importancia de delimitar, por mor da fórmula constitucional, o concepto de *mercantilidade*, ponse o acento para a súa conceptualización nos criterios de economicidade da xestión e de mercado, desbotando a estes efectos o do *lucro*. O que, en definitiva leva á cooperativa ao rego do *mercantil*, ao ser, en definitiva, unha forma de organización propia do empresario. Polo demais a valoración que se fai en canto da orientación da maioría das (numerosas) leis de cooperativas españolas é a de consideralas ubicadas nun “modelo funcional moderado” sito entre o modelo defensor dos principios cooperativos, cun patrimonio colectivo irrepartible, e o modelo “economicista” mais dado a satisfacción das esixencias do mercado. É de grande interese tamén o repaso que se da ás iniciativas de simplificación lexislativa e impulso do microemprendimento cooperativo, sinalándose, entre outros importantes aspectos, a necesidade de facer leis cooperativas mais sinxelas fronte as actuais, farragosas por demais, o que, segundo os autores, traería causa do anxeo excesivo das administracións públicas por regulamentar e controlar estas sociedades.

Na terceira parte do capítulo que se comenta, desenvólvese unha esclarecedora análise do carácter societario das cooperativas e o seu ánimo de lucro, presentándose aquí o carácter mutualístico tradicional atribuído ás cooperativas coma un risco desbordado polas esixencias dun mercado cada vez mais competitivo no que a empresa cooperativa debe consolidarse en igualdade de condicións cas sociedades capitalistas. A problemática das clasificacións das cooperativas no ordenamento xurídico español abórdase dende a perspectiva que considera que a dita regulamentación contempla unha excesiva casuística e, incluso, ponse en certa maneira en cuestión a necesidade do establecemento dunha tipoloxía tan variada.

O segundo capítulo expón a temática relativa á constitución, estatutos e rexistro de cooperativas. No tratamento do proceso de constitución presenta as dinámicas de axilización do proceso constituinte encetado no ámbito das sociedades de capital, seguido en determinados tipos de cooperativas especiais, aínda que cun certo talante crítico ante o risco que supón a xeralización de formularios estándar que, dalgún xeito, obstaculizan a elaboración dunhas normas estatutarias da cooperativa afeitas ás necesidades concretas do caso. Outros puntos abordados neste capítulo son os canónicos relativos á escritura de constitución, estatutos sociais,

inscripción da escritura de constitución, sistema de publicidade legal, con especial atención a problemática prantexada pola existencia dunha multiplicidade de rexistros cooperativos autonómicos, para cuxo tratamento os autores formulan unhas posibles vías de actuación.

O estatuto xurídico do socio é obxecto de análise no terceiro capítulo da obra comentada. Organízase a materia en tres apartados: as clases de socios; os dereitos e obrigas dos socios e, finalmente, as normas de disciplina social. No apartado relativo aos dereitos e obrigas dos socios, salientamos a análise que se fai dos supostos nos que se permite o voto plural, así como o tratamento da discutida cuestión da extensión da responsabilidade do socio das cooperativas por perdas e, por outra parte, da responsabilidade por débedas sociais. Polo que respecta á obriga do socio de participar na actividade cooperativizada, decántanse os autores por entender que o tal deber de participación atinxe non só ás cooperativas de produción (nas que resulta nítida polo demais), senón a outras cooperativas, coma ás de consumo ou ás de comercialización de produtos dos socios. En canto á parte das normas de disciplina social, ao se deter na análise da sanción dos dereitos sociais, chaman a atención os autores sobor da existencia de dúas tendenzas claramente diferenciadas na súa regulamentación legal: a autorreguladora e a restritiva; consonte a esta segunda, a suspensión de dereitos nos estatutos estaría condicionada pola causas que orixinasen e polos dereitos que poden seren obxecto de suspensión.

Ao cerne da regulamentación da organización xurídica das cooperativas, esto é o do funcionamento dos órganos sociais, adícaselles os capítulos IV e V. A Asemblea Xeral é analizada no primeiro, sendo de sumo interese o prantexamento inicial ao encetar esta temática: o escaso marxe que se deixa para autonomía, a pouca flexibilidade para que pola vía estatutaria poida a cooperativa autorregular estes aspectos organizativos, chamando a atención os autores sobre a conveniencia neste aspecto de responder ás necesidades das PEMES. Tamén, entre outras cuestións, abórdase de *lege ferenda* a dicotomía sistema dualista-sistema monista en canto ao deseño dos controles nas sociedades cooperativas, o que relacionan os autores coa problemática do bo goberno corporativo, facendo fincapé en que esta non é exclusiva das sociedades anónimas, sendo extensibles, algúns dos temas que prantexa, as sociedades que nos ocupan. Despois de tratar puntos de obrigada exposición, relativos a Asemblea Xeral (competencias, clases, convocatoria e funcionamento), introdúcesenos no estudo da problemática do uso de medios electrónicos e telemáticos no desenvolvemento da Asemblea Xeral, chamando a atención sobre un paradoxo que se produce, quizais a causa dun impreciso desenvolvemento lexislativo neste ámbito: as sociedades –segundo os autores da publicación comentada- non utilizarán estes canles tecnolóxicos se non está asegurada a súa viabilidade xurídica: canto mais salientables sexan as consecuencias xurídicas do sua inadecuación, menos serán usados. Polo demais, resulta de grande interese a distinción atinente ás sesións completamente virtuais, interesándose unha inter-

vención legislativa ao respecto (presente xa na lei andaluza) e, por outra parte, as sesións parcialmente virtuais, viables na práctica sempre que haxa unha constitución física nalgures. Pon fin ao capítulo un apartado relativo a impugnación dos acordos sociais.

Finalmente, no derradeiro capítulo contense a análise do Consello Rector e doutros órganos sociais. Os autores parten da idea da necesidade de incorporárense normas dirixidas a conquistar unha mellora das condicións de xestión, mas indo mais alá do seguimento do modelo de xestión concibido para as sociedades anónimas cotizadas. Aínda mais, detectando certa falta de flexibilidade na regulamentación cooperativa, estiman que o axeitado sería o se abrir a estrutura da administración á liberdade de configuración estatutaria, cun amplo marxe de liberdade para os socios.

Ademais de se deter os autores na exposición do nomeamento, organización e funcionamento do Consello Reitor e outro extremos, sinalan, a problemática das retribucións do Consello Reitor, que abala, no plano legal, entre a gratuidade no desenvolvemento do cargo e, pola outra parte, a tendencia actual a recoñece-lo carácter retribuído do cargo, o que é consonte a tendencia profesionalizante da administración societaria e, xa que logo, o rigoroso réxime de responsabilidade. E isto, aparte dunha posíbel relación contractual laboral de alta dirección e conseguinte aplicación da teoría do vencello.

No punto relativo ao réxime de responsabilidade dos administradores, tamén no ámbito de capítulo derradeiro, salientamos a referencia que se fai á introdución nalgunhas leis autonómicas á concurrencia de dolo ou elementos de intencionalidade nos actos dos administradores para a delimitación de responsabilidades, o que deberá concordarse e matizarse coa nova redacción do art. 236.1 da lei de sociedades de capital, modificado pola lei 31/2014, para a mellora do goberno corporativo.

Concluindo: a obra presenta, dentro das súas dimensións, un panorama global do ordenamento xurídico cooperativo, de especial complexidade no sistema legal español pola profusión de leis autonómicas, pero que, precisamente por eso, facendo virtude da necesidade, constitúe unha das calidade mais salientables do libro: a claridade, cun contido basicamente artellado ao redor da lei 27/1999, estatal de cooperativas, pero con referencias constantes ás normativas autonómicas concordantes, recollendo tamén actualizada xurisprudencia, Dereito comparado e doutrina.

Ademais dos aspectos sinalados, que fan desta publicación un libro imprescindible para o estudoso e o profesional, o volume contén numerosas referencias de suma utilidade práctica. Por citar un par de exemplos: a fórmula que se dá para reflectir na acta de asemblea xeral o resumo das intervencións dos asistentes, ou, en relación a operatoria a seguir en orde á inscrición dos acordos sociais no Rexistro de Cooperativas.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 483-486
ISSN: 1130-2682

**COOPERATIVA Y CONCURSO. ESTUDIO DE LAS
RELACIONES JURÍDICAS CON SUS SOCIOS**

VILLAFÁÑEZ PÉREZ, ITZIAR

MARCIAL PONS, 2014, 374 PÁXINAS

PABLO FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO¹

¹ Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: pcarballocalero@uvigo.es

O libro obxecto desta recensión ten a súa orixe na Tese de Doutoramento que Itziar Villafáñez Pérez defendeu no mes de xullo de 2013 na Facultade de Dereito da Universidade do País Vasco en Donostia, baixo a dirección do profesor Alberto Emparanza Sobejano, Catedrático de Dereito Mercantil da citada Universidade.

Xa de inicio cabe subliñar a valentía da autora —e do seu director— a hora de elixir o tema, dado que as sociedades cooperativas parecen constituír un corpo alleo a lexislación concursal. De feito, basta botar unha ollada a literatura científica para comprobar que son escasísimas as ocasións nas que a doutrina abordou ata o momento as complexas relacións entre o Dereito Concursal e o Dereito Cooperativo.

Este exercicio de valentía, polo demais, non quedou simplemente niso. A realidade dos feitos e caprichosa, e a solicitude de concurso da cooperativa Fagor —integrada no grupo Mondragón— no mes de novembro de 2013, situou contra todo pronóstico o traballo obxecto de recensión nun plano de máxima actualidade.

É obvio, neste senso, que faltaba na nosa doutrina unha monografía que abordase dende unha perspectiva xurídica o impacto da normativa concursal no contexto das sociedades cooperativas. As peculiaridades deste tipo de sociedades convertía esta tarefa nunha labor difícil pero, a su vez, apaixonante.

A monografía da profesora VILLAFÁÑEZ analiza con éxito os efectos do concurso de acredores nas diversas relacións xurídicas existentes entre a cooperativa e os seus socios. Deste xeito, a obra perfila o réxime xurídico do concurso das sociedades cooperativas e contribúe a lograr un maior grado de seguridade xurídica para as cooperativas, os seus socios e os terceiros que contratan con elas.

A obra estrutúrase en tres grandes bloques. O primeiro deles, baixo o título “Concurso da cooperativa e relación mutualista cos socios” adéntrase, como sinala o profesor Emparanza no seu prólogo, nun dos temas máis controvertidos da configuración xurídica das cooperativas. Neste bloque examínase o alcance da relación mutualística entre o socio cooperativista e a sociedade cooperativa, o cal resulta imprescindible para determinar posteriormente os efectos que o concurso de acredores pode propiciar nesa relación.

Unha vez concluído que a mutualidade sitúase na causa do contrato de sociedade da cooperativa —e que a relación mutualista é o centro da cooperativa, da súa regulación e da súa actividade—, no segundo bloque analízase a estrutura económico-financieira das cooperativas, en particular dende o punto de vista da relación cos seus socios e da influencia do concurso sobre a mesma. Se ben e certo que o capital social non constitúe o eixo principal das relacións sociais na cooperativa, non é menos certo que estas sociedades —como sucede coas sociedades de

capital- necesitan recursos financeiros estables para poder desenrolar a súa labor. Pois ben, co obxecto de examinar a estrutura económico-financieira das cooperativas, a autora analiza o réxime económico establecido na lexislación cooperativa e o seu tratamento en sede concursal.

Por último, no terceiro bloque examínase o tema clave da responsabilidade dos socios no caso de concurso da sociedade cooperativa. A lexislación cooperativa, por regra xeral, reconece a limitación da responsabilidade dos socios as súas achegas o capital. Non obstante, tamén regula expresamente o réxime de imputación de perdas da cooperativa, contemplando a posibilidade de imputar as mesmas os seus socios. A marxe de clarificar esta aparente contradición, a autora analiza un instrumento alternativo de imputación de responsabilidade ao socio: a posibilidade de exercer as accións de reintegración contra os actos prexudiciais para a masa activa.

Xa para finalizar este completo percorrido sobre a posible responsabilidade do socio cooperativo, a autora estuda o réxime de responsabilidade dos socios cando ostentan a condición de membros do órgano de administración da cooperativa. Posto que neste tipo de sociedades a condición de administrador recae frecuentemente nos propios socios, a cuestión resulta de indudable relevancia.

Unha vez apuntada a estrutura da obra, compre sinalar que os distintos temas citados analízanse criticamente con apoio nun aparato xurisprudencial, lexislativo e doutrinal excelente. En efecto, chama poderosamente a atención a coidada selección de sentencias, referencias lexislativas e traballos científicos que impregnan o texto.

Por todo o sinalado, quixera subliñar que a monografía “Cooperativa y concurso. Estudio de las relaciones jurídicas con sus socios” constitúe un texto imprescindible e único no ámbito do dereito cooperativo. Trátase dunha obra que aporta información e, sobre todo, solucións os problemas que plantexan as complexas relacións entre a lexislación concursal e as sociedades cooperativas. A súa publicación nunha editorial como Marcial Pons, o prestixio do seu director de tese de doutoramento e, sobre todo, o traballo da súa autora, a converterán nun referente para todo aquel que se adentre na relación entre o Dereito Cooperativo e o Dereito Concursal.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 487-491
ISSN: 1130-2682

LE FORME DI IMPRESA PRIVATA DIVERSE DALLE
SOCIETÀ LUCRATIVE TRA AIUTI DI STATO E
COSTITUZIONI ECONOMICHE EUROPEE

CUSA, EMANUELE

G. GIAPPICHELLI EDITORE 2013, TORINO,
152 PÁXINAS, ISBN 978-88-3484792-3

FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ¹

¹ Profesor Contratado Doutor interino. Área Dereito Mercantil da Universidade de Vigo. Correo electrónico: fitorres@uvigo.es

Emanuele Cusa é profesor de Dereito mercantil e de Dereito da empresa mutualística e organizacións non lucrativas na Universidade de Milán-Bicocca. A súa dilatada experiencia investigadora ten estado ligada, principalmente, ao estudo do réxime xurídico das sociedades cooperativas. Froito da mesma atopamos seis monografías publicadas desde o ano 1992 e das que a obra aquí comentada supón, polo de agora, un brillante colofón.

A monografía está estruturada nun breve apartado introdutorio, tres capítulos, un epígrafe de conclusións e a oportuna bibliografía. O verdadeiro interese da mesma radica en que, ademais da análise detallada de cuestións de especial relevancia —tal e como veremos a continuación—, o debate de fondo sitúase no plano da finalidade que teñen que cumprir as diversas formas xurídicas de empresa e a interconexión entre o poder económico e poder político na sociedade actual. En particular, no centro do debate situase o cumprimento do mandatos constitucionais consonte aos que a competitividade da economía vincúlase ao progreso social e das persoas.

Avanzada esta cuestión, hai que salientar que no capítulo primeiro trátase a relación entre o dereito da UE e os diferentes ordenamentos nacionais. En concreto analízase o nexa entre as normas reguladoras das axudas de estado e a orientación política dos estados membros na que se intenta primar como modelo de empresa certas formas xurídicas mais acordes cos principios constitucionais no que atinxe aos avances sociais do sistema económico.

Neste punto, interesa citar algunhas das ideas que son tratadas neste capítulo. Pártese dun argumento coñecido por todos, isto é, que o dereito da competencia da UE serve para tutelar a competencia dinámica e efectiva intra comunitaria e ten como obxectivo final acadar unha economía social de mercado fortemente competitiva. Nesta materia o autor destaca que “a palabra “social” (orientada ao ben común) debe prevalecer sobre o sintagma “fortemente competitiva”, evocando a primeira un fin e o segundo un medio”. Tamén apúntase que os perfís indeterminados do que ten que considerarse como axuda de estado, teñen sido analizados pola xurisprudencia do TJUE. Non obstante, a cuestión mais controvertida

O capítulo segundo versa sobre a promoción de modelos de empresa non exclusivamente lucrativas na UE. A idea que serve de inicio a este capítulo é que, pese ao desexo do lexislador comunitario, a regulación a nivel europeo de modelos alternativos as formas empresariais capitalistas clásicas (sociedade limitada e anónima) ten sido escasa —coa única excepción, posiblemente, da Sociedade Cooperativa Europea— ademais de incompleta e de pouca calidade técnica. Debido a este motivo, tanto a Comisión Europea como o TJUE teñen valorado que tipo de medidas nacionais de promoción de formas de empresa alternativas ás so-

ciedades lucrativas deben ser catalogadas como axudas de estado. Nesta materia estúdase a sentenza do TJUE do 2006 no caso “Cassa di Risparmio di Firenze”. Conclúese, a efectos do que interesa na obra, que polo feito de que determinada clase de “entes” teñan unha finalidade non lucrativa ou social, non se ten que deducir que deban estar exonerados da aplicación da disciplina das axudas de estado.

Avanzada esta idea, estúdase a aplicación desta disciplina ás sociedades cooperativas tendo en conta os diversos argumentos que a Comisión Europea ten utilizado para cualificar como axudas de estado certas medidas de promoción das cooperativas en razón a súa peculiar forma xurídica. Neste estudo evolutivo, destácase a sentenza do TJUE do 2011 –coñecida como o caso “Paint Graphos”- pola cal se conclúe que unha medida de apoio non é selectiva, e por tal motivo non pode ser catalogada como axuda de estado, si se aplica tan so ás sociedades cooperativas que cumpran unha serie de características que as converten en cooperativas “verdadeiras”. Ditos elementos caracterizadores, en concreto oito, relaciónanse principalmente coa organización interna, a posición das persoas socias na propia organización e co réxime económico característico deste tipo de sociedades. A relevancia desta sentenza radica na súa implicación tanto para a propia Comisión como para os estados membros que, no momento de valorar certas medidas de promoción ás cooperativas, deberían xulgar as condicións previstas na mesma. Ademais resulta importante para o lexislador comunitario cando deseñe a nova disciplina aplicable a sociedade cooperativa europea.

Por último, no capítulo terceiro, analízase a temática da constitución económica europea en relación cos diversos modelos de empresa privada. Para iso, o profesor Cusa, parte dun argumento básico. A efectividade da competencia intracomunitaria depende de garantir e promover a diversidade dos modelos de empresa. Con todo, nesta variedade, deberíanse favorecer aquelas formas empresariais que foran mais acordes cos principios e obxectivos constitutivos da UE. Por tal razón, identifícanse cinco razóns para fundamentar a específica promoción dos modelos empresariais non exclusivamente lucrativos. Resumidamente serían as seguintes: i) deberían promoverse modelos de empresa coherentes cunha política de emprego de plena ocupación; ii) os modelos que primen a democracia nas decisións da empresa; iii) aquelas empresas que posúen unha estrutura de propiedade que premia a opcións de xestión a longo prazo; iv) as formas empresariais capaces de mellorar a distribución da riqueza que crean; v) e, finalmente, incentivar aquelas formas xurídicas que transforman ao consumidor en produtor permitíndolle tutelar mellor os seus intereses económicos. Na base deste debate, sitúase unha concepción do dereito de sociedades que combine correctamente os intereses particulares co interese xeral. Neste punto, o modelo cooperativo vense perfilando como unha alternativa real ás formas xurídicas típicas de sociedades lucrativas por cuanto é unha forma empresarial evolucionada técnica e xuridicamente e na

que se da primacía á persoa. Conclúese que os elementos configuradores da verdadeira cooperación son totalmente acordes cos principios da UE e de moitos dos ordenamentos xurídicos dos estados membros.

Non obstante, pese a que argumento dota de lexitimidade as medidas de promoción das formas xurídicas non lucrativas, o autor sinala tres condicións necesarias para levar a cabo esa labor de promoción. Por unha parte, delimitar clara e sinteticamente os perfís xurídicos e organizativos de tódolos modelos alternativos ás sociedades lucrativas. E, en todo caso, concluír si aqueles modelos tradicionais (asociacións, fundacións, mesmo ás cooperativas) deben ser obxecto de modernización para responder aos obxectivos actuais das diferentes formas xurídicas de empresa.

Ademais o autor preconiza a elaboración de normas que equiparen ás diversas formas xurídicas que operan no mercado pero que favorezan tan só a aquelas cuxa actividade sexa respectuosa os obxectivos do TFUE (en concreto co seu art. 3.3). E, finalmente, que todas estas medidas vaian acompañadas dun sistema de control que garanta que os recursos públicos (sexa cal sexa a vía que se decida) non van destinados a suxeitos que non merecen tal promoción.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 493-498
ISSN: 1130-2682

**GOVERNAÇÃO E REGIMEN ECONÓMICO
DAS COOPERATIVAS**

APARICIO MEIRA, D. Y RAMOS, M.^a E.

VIDAECONÓMICA, PORTO, 2014, 169 PÁGINAS

JULIO COSTAS COMESAÑA¹

¹ Catedrático de Derecho Mercantil. Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: jcostas@uvigo.es

La monografía recensionada lleva por subtítulo «*Estado da arte e linhas de reforma*», anticipando así al lector que tiene en sus manos un estudio crítico del marco jurídico vigente relativo al gobierno y al régimen económico de las cooperativas en Portugal, que incluye propuestas de modificación en estos ámbitos del *Código Cooperativo* portugués (CCoop).

El cuerpo de esta obra científica se estructura en dos capítulos; el Capítulo I se centra en estudio de la regulación del órgano de gobierno o administración de las cooperativas, en tanto que el Capítulo II se reserva al análisis de la normativa reguladora de régimen económico de estos tipos societarios. Pero la monografía se inicia (págs. 9 a 21), a modo de Introducción, con una pregunta que es toda una declaración de la posición o tesis de los autores ante la regulación vigente relativa a la materia: *Porquê reformar o Código Cooperativo?* La monografía se cierra con una breve conclusión y una extensa lista bibliográfica.

En nuestra opinión estamos ante un trabajo de investigación jurídica riguroso, al alcance de quien es un especialista en la materia, como sin duda lo son las autoras si nos atenemos a las numerosas publicaciones previas en el ámbito del estudio. La Dra. Aparicio Meira es Profesora Adjunta del ISCAP-IPP (Porto), y la Dra. Gomes Ramos es Profesora Auxiliar en la Facultad de Economía de la Universidad de Coimbra.

Las autoras justifican la necesidad científica y social de este estudio en la constatación de que, pese a la relativa importancia en términos macroeconómicos de las cooperativas para la economía portuguesa, existe un déficit de estudios jurídicos sobre este tipo de operadores económicos, cuando que, tanto a nivel de la Unión Europea como a nivel nacional, existen diversas iniciativas y movimientos legislativos que invitan a repensar la vigente regulación portuguesa relativa a las cooperativas en el ámbito de la gestión y del régimen económico de las cooperativas. En particular, por lo que hace al gobierno de las cooperativas, las autoras se proponen analizar si es posible y en qué medida trasladar a este tipo societario el llamado *corporate governance movement*, ya que si bien aquí no se produce la separación entre propiedad y control en los términos de las grandes sociedades capitalistas, también un efectivo riesgo de que las situaciones de conflicto de intereses se resuelvan en perjuicio de los cooperadores, como la práctica forense portuguesa tiene acreditado. Y en lo que hace al régimen económico de las cooperativas, las autoras concluyen que la falta de modificación de la normativa interna constituye un freno a su competitividad ante a los demás tipos de empresa y ante las cooperativas de otros Estados en los que sí se ha producido el “inevitable” acercamiento entre el régimen económico de las sociedades de capital y de las cooperativas. Unos y otros concurren y compiten en un mercado más amplio y complejo, y la supervivencia pasa porque las cooperativas tengan a su alcance

medios financieros equivalentes a los que disponen otras formas de empresa. La cuestión para las autoras no está, pues, en si es o no necesaria la reforma normativa, sino en que cómo se puede alcanzar el punto de equilibrio entre la competitividad de las cooperativas como forma de empresa -mediante el acceso a los medios financieros en condiciones de igualdad y equivalencia empresarial- y el necesario respeto a su naturaleza de sociedad mutualista.

Así las cosas, en el punto 1 del Capítulo I, tras un breve apunte histórico sobre la centenaria regulación de las cooperativas en Portugal, se analiza la regulación portuguesa de los distintos órganos de la cooperativa (asamblea general, la dirección y el órgano de fiscalización), remarcando en qué aspectos relevantes el CCoop se aparta del régimen legal de las sociedades anónimas previsto en el *Código das Sociedades Comerciais* (CSC), qué lagunas normativas del Código Cooperativo pueden ser completadas gracias a la remisión que se efectúa en el art. 9 del CCoop a la regulación de las sociedades anónimas del CSC, así como qué normas cooperativas resultan deficientes. Así, en relación con este último aspecto, en el ámbito de la dirección de la cooperativa, se destaca que el art. 59 del CCoop permite la delegación de poderes de administración / representación sin soporte en los Estatutos o en una decisión de la Asamblea, así como que todas las materias serían delegables e gerentes y a otros mandatarios (art. 56 del CCoop). Una figura, la del «gerente de la cooperativa», cuya naturaleza jurídica no está bien definida por el CCoop, pues dando a entender que es un mandatario afirma que participan en las deliberaciones de la dirección (pág. 38). En lo que hace al órgano de fiscalización, las autoras consideran que la regulación “minimalista” del CCoop no garantiza que este órgano pueda fiscalizar de forma efectiva la acción de los demás órganos de la cooperativa.

El punto 2 del Capítulo I se reserva al análisis del régimen jurídico de la responsabilidad civil de los miembros de la dirección o del consejo fiscal de la cooperativa establecido en los arts. 64 a 68 del CCoop. Aquí se argumenta que se trata de una responsabilidad personal y solidaria, que exige la concurrencia de culpa en el autor -pese a que no es expresamente demandada en el art. 65 del CCoop-, así como los restantes presupuestos de la responsabilidad civil: daño y nexo de causalidad entre el hecho ilícito y culposo y el daño causado. Para apreciar la existencia de culpa de los directores de la cooperativa, y ante la ausencia de norma en el CCoop, las autoras se decantan, razonable y razonadamente, por el patrón más exigente del CSC de la diligencia de un gestor prudente y ordenado (“*criterioso e ordenado*”), frente al de la diligencia de un buen padre de familia del Derecho civil que, por el contrario, sí sería de aplicación a los gerentes y mandatarios a la luz de los términos en los que el art. 9 del CCoop se remite al art. 64 del CSC (pág. 49). Una responsabilidad civil que puede ser exigida por los miembros de la cooperativa (*actio pro socio*), de acuerdo con lo dispuesto para las sociedades co-

merciales en el art. 77 del CSC, que a juicio de los tribunales debe suplir la laguna teleológica que también presenta en esta materia el CCoop.

En el extenso punto 3 (págs. 52 a 68) las autoras marcan la hoja de ruta de por dónde debe ir, a su juicio, la reforma del Derecho cooperativo portugués en materia de gobierno de la cooperativa con el objeto de que, sin abdicar de la identidad cooperativa, hagan atractiva esta forma de empresa. Sintéticamente, propugnan: a) la admisión del voto plural y de socios inversores o capitalistas, como sucede en otras legislaciones cooperativas europeas; b) ampliar el ámbito de la autonomía estatutaria al tiempo de escoger el modelo de órgano de administración y de fiscalización de la cooperativa; c) profesionalizar la gestión; d) clarificar el régimen de delegación de poderes de gestión; e) redefinir y reforzar el órgano de fiscalización; f) establecer expresamente sobre los miembros del órgano de administración deberes de lealtad y cuidado frente a la cooperativa; y g) clarificar la responsabilidad civil de la administración de la cooperativa.

El relativamente extenso capítulo II (págs. 69 a 151), estructurado en cuatro apartados, lleva por título de “*O regime económico*”. Para las autoras el régimen económico de las cooperativas se presenta singular y complejo como consecuencia de la denominada «Identidad Cooperativa», y el legislador portugués no ha sabido afrontar adecuadamente este desafío, porque la actual regulación jurídica del régimen económico dificulta sino penaliza la viabilidad y capacidad competitiva de las cooperativas portuguesas (pág. 153).

En este sentido, se destaca y analiza: (i) el hecho de que las normas relativas al régimen económico de las cooperativas están dispersas a lo largo del texto del CCoop; (ii) la inexistencia de un regulación contable específica y diferenciada para las cooperativas por contraste con las sociedades comerciales o mercantiles, pues ni el “*Sistema de Normalização Contabilística (SNC)*” -estando diseñado fundamentalmente para las sociedades de capital- dispone de normas propias y ajustadas a las especificidades de las cooperativas a las que es de obligada aplicación, ni las normas contables específicas para las entidades sin fines lucrativos son de aplicación a las cooperativas (pág. 75).

Los desafíos a los que se enfrenta el legislador portugués ante la reforma del régimen económico que se deriva del mandato impuesto por la *Lei de Bases de Economía Social (LBES)* de 2013 y de la necesidad de facilitar la competitividad de las cooperativas sin abdicar de la identidad cooperativa (págs. 13-14), son objeto de análisis en el punto 3 de este capítulo II, donde identifica, desde esa máxima, qué regulación es deficiente, qué lagunas normativas existen, y cuál debe ser la interpretación correctora en relación con: (i) la responsabilidad de la cooperativa y de los cooperadores ante la existencia de pérdidas o por deudas; (ii) el régimen jurídico del capital social; (iii) el capital social mínimo; (iv) la variabilidad del capital social; (v) el régimen de reducción y aumento del capital social; (vi) las contribuciones de los cooperadores para el capital social; (vii) las contribuciones

y otras formas de financiación que no integran el capital; (viii) las reservas cooperativas; y (ix) determinación y distribución de resultados.

Partiendo de este análisis exhaustivo y crítico, las autoras proponen en el apartado 4 no solo por donde debería ir la reforma del marco normativo del régimen económico sino incluso el contenido del precepto normativo en cuestión (págs. 140 a 151). Sintéticamente y sólo en relación con algunas de las materias analizadas, se afirma la necesidad: (i) de agrupar y sistematizar todas las disposiciones normativas relativas al régimen económico en un único capítulo que lleve este enunciado, y se enumeran cuáles son esas materias que integran el régimen económico; (ii) de una mayor claridad en la regulación de la responsabilidad de la cooperativa y de los socios cooperativistas frente a los acreedores sociales, así como de la posición del patrimonio de la cooperativa ante los acreedores particulares del socio, proponiendo como regla que este acreedor no pueda pignorar la participación social del socio deudor; (iii) en relación con el capital social mínimo se propone, como regla, dejar libertad a los socios para fijar en los estatutos el capital social mínimo; (iv) en relación con el principio de variabilidad del capital social se propone que los estatutos puedan distinguir entre aportaciones al capital social reembolsables y no reembolsables, así como la posibilidad de limitar el derecho de reembolso cuando su ejercicio pueda comprometer la viabilidad de la cooperativa; (v) en materia de aportaciones en especie al capital social, se apunta la necesidad de que la valoración del bien tenga que estar respaldada por un informe de un perito independiente; (vi) de una regulación expresa del procedimiento y plazos para la transmisión de las aportaciones sociales, con un régimen diferenciado para las transmisiones *inter vivos* y para las *mortis causa*; (vii) en el ámbito de las aportaciones que no integran el capital social, se propone que la normativa identifique cuales pueden ser y su regulación por ley o vía estatutos; (viii) en cuanto a la regulación de las reservas de la cooperativa, se sugiere, entre otras reformas, la necesidad imperiosa de atribuir a la reserva legal la naturaleza de garantía última de defensa del capital social y únicamente frente a las deudas derivadas de la actividad cooperativizada; y (iv) en materia de distribución de resultados se propone que legalmente se distinga entre excedentes, resultados extra-cooperativos y resultados extraordinarios, así como la necesidad de clarificar que los resultados provenientes de las operaciones con terceros y cualquier resultado extraordinario no puede ser objeto de reparto.

En definitiva, un excelente trabajo jurídico que el legislador portugués debería tener muy presente al tiempo de abordar la necesaria y urgente reforma del marco normativo de las cooperativas, si quiere cumplir el mandato que le impone la constitución portuguesa.

