

CES

COOPERATIVISMO E
ECONOMÍA SOCIAL

N.º 38 · CURSO 2015-2016 · VIGO (ESPAÑA) · ISSN 1130-2682

UniversidadeVigo

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)

DEOLINDA MEIRA (Instituto Politécnico do Porto/ISCAP)

MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA (Universidade de A Coruña)

SECRETARÍA

PABLO FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO (Universidade de Vigo)

TIAGO PIMENTA FERNANDES (ISCAP; Universidade Portucalense)

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

AVALIADORES

Profa. Dra. NINA AGUIAR, Instituto Politécnico de Bragança; Profa. Dra. M.^a DEL MAR ANDREU MARTÍ, Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Politécnica de Cartagena; Profa. Dra. IRENE ESCUÍN IBAÑEZ, Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Politécnica de Cartagena; Profa. BELÉN GARCÍA ÁLVAREZ, Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil, Universidad de Deusto; Profa. Dra. M.^a ISABEL GRIMALDOS GARCÍA, Profesora Titular Interina de Derecho Mercantil, Universidad de Murcia; Prof. Dr. RAUL GUICHARD, Instituto Politécnico do Porto/ISCAP; Prof. Dr. ANTÓNIO MARTINS, Faculdade de Economia da Univer-

cidade de Coimbra; 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. ANA MARIA RODRIGUES, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra; 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. Dtr. JOÃO ZENHA MARTINS, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

COLABORADORAN NESTE NÚMERO

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS

ANA LUÍSA MARTINHO

ANA MARIA BANDEIRA

ANDRÉ ALMEIDA MARTINS

DEOLINDA A. MEIRA

EDUARDO GRAÇA

ELENA SALGADO ANDRÉ

ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

HANS-H. MÜNKNER

ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS

ITZIAR VILLAFÁÑEZ PÉREZ

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ

Mª JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ

Mª JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

MANUEL J. BOTANA AGRA

MARIA ELISABETE GOMES RAMOS

MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL

MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ

NINA AGUIAR

PAULO DE TARSO DOMINGUES

PAULO VASCONCELOS

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ

SANTIAGO GARCÍA CAMPÁ

SARA LOUREDO CASADO

SINESIO NOVO FERNÁNDEZ

TIAGO PIMENTA FERNANDES

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 realízanse 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. Exceionalmente, 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
ET	Estatuto de los Trabajadores
LC	Ley de Cooperativas
LCAR	Ley de Cooperativas de Aragón
LCCAN	Ley de Cooperativas de Cantabria
LCCAT	Ley de Cooperativas de Cataluña
LCCrCAT	Ley de regulación del funcionamiento de las Secciones de Crédito de las Cooperativas de Cataluña
LCCMadrid	Ley de Cooperativas de la Comunidad de Madrid
LCCLM	Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha
LCCyL	Ley de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León
LCCV	Ley de cooperativas de la Comunidad Valenciana
LCCrCV	Ley que regula las Cooperativas de Crédito de la Comunidad Valenciana
LCIB	Ley de cooperativas de Baleares
LCG	Ley de Cooperativas de Galicia
LCCrEX	Ley de Crédito Cooperativo de Extremadura
LCCr	Ley Cooperativas de Crédito
LCLR	Ley de Cooperativas de La Rioja
LCONC	Ley Concursal
LCPA	Ley de Cooperativas de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias
LCPV	Ley de Cooperativas del País Vasco
LCPPV	Ley de la Sociedad Cooperativa Pequeña del País Vasco
LCRM	Ley de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia
LCS	Ley de Contrato de Seguro

LCVFL	Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras
LECv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LES	Ley Economía Social
LCFN	Ley Foral de Cooperativas de Navarra
LITSASCE	Ley de implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas
LGC 1974	Ley General de Cooperativas
LGC 1987	Ley General de Cooperativas
LMESM	Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
LME	Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles
LMV	Ley del Mercado de Valores
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
LOI	Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
LRFC	Ley sobre el Régimen Fiscal de las Cooperativas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSCA	Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas
LSCEX	Ley de Sociedades de Cooperativas de Extremadura
LSCEEX	Ley de Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura
RESCE	Reglamento CE por el que se regula el Estatuto jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea
RLSCA	Reglamento de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
TFUE	Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea
TGUE	Tribunal General de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

2. OTRAS ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
ACI	Alianza Cooperativa Internacional
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADI	Actas de Derecho Industrial
AEC	Anuario de Estudios Cooperativos
AECA	Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas
AL	Actualidad Laboral
al.	Alínea
Art./art.	Artigo/Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOICAC	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas

BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
Cap.	Capítulo
CC.AA	Comunidades Autónomas
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CES	Cooperativismo e Economía Social
CINIIF	Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera
CIRIEC	Centro Internacional de Investigación e Información de la Economía Social y Cooperativa
cit.	citado
cfr.	Confróntese
Coord.	Coordinador
CTA	Cooperativa de Trabajo Asociado
DGRN	Dirección General de los Registros y Notariado
Dir.	Diretor/Director
Disp. adic.	Disposición adicional
Disp. derog.	Disposición derogatoria/Disposición derogatoria
Disp. final	Disposición final
Disp. transit.	Disposición transitoria
DN	Derecho de los Negocios
Dec.-Lei / DL	Decreto Lei 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	Pequeña e Mediana Empresa
PYME	Pequeña y Mediana Empresa
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
REVESCO	Revista de Estudios Cooperativos
RGD	Revista General de Derecho
RCEJ	Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas (Portugal)
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
ROC	Revisor Oficial de Contas (Portugal)
S.A.	Sociedad Anónima
SQ	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

HANS-H. MÜNKNER, How co-operative are social co-operatives? 33 - 75

CONTENTS: 1. INTRODUCTION — WHY THIS TOPIC? 1.1. Co-operative societies as a special form of economic and social organization and their type-specific legal pattern. 1.2. Community or general interest organizations (associations, enterprises, co-operatives). 1.3. Why are associations not suited for economic objectives? 2. DEFINITION OF CO-OPERATIVE SOCIETY. 2.1. On international level. 2.1.1. International Co-operative Alliance (ICA) 1995. 2.1.2. United Nations (UN) — Guidelines aimed at creating a supportive environment for the development of cooperatives. 2.1.3. International Labour Conference, ILO Recommendation 193, 2002. 2.1.4. Commission of the European Communities (2004): Council Regulation (EC) No. 1435/2003 of 22 July 2003. 2.1.5. Summary — Definition of the term “Co-operative Society” on international level. 2.2. Definitions of the term “co-operative society” on national level. 2.2.1. Co-operatives in Italy. 2.2.2. Co-operatives in France. 2.2.3. Co-operatives in Spain. 2.2.4. Co-operatives in Portugal. 2.2.5. Co-operatives in Germany. 2.2.6. Co-operatives in the Republic of Korea. 2.2.7. Summary — Definition of the term “co-operative society” in national laws. 3. DEFINITION OF SOCIAL CO-OPERATIVE. 3.1. Italy — Co-operatives for Social Solidarity — Social Co-operatives. 3.2. France — Co-operative society for collective interest (société coopérative d'intérêt collectif (SCIC)). 3.3. Portugal — Co-operatives for Social Solidarity. 1998. 3.4. Spain — Co-operatives for Social Initiative. 1999. 3.5. Québec, Canada — Co-operatives of Solidarity. 1997. 3.6. Republic of Korea — Social Co-operatives. 2014. 3.7. Summary on Social Co-operatives. 4. ELEMENTS OF CO-OPERATIVE STRUCTURE. 5. TAX TREATMENT. 6. PROBLEMS CREATED BY DEVIATION FROM THE CLASSICAL (TESTED) MODEL OF CO-OPERATIVE SOCIETY. 7. HOW TO PROMOTE CO-OPERATIVE DEVELOPMENT? 8. SELF-HELP ORGANIZATIONS VERSUS WELFARE ORGANIZATIONS. 9. VOLUNTARY MEMBERSHIP IN GENERAL INTEREST ORGANIZATIONS. 10. PROMOTION OF CO-OPERATIVES BY GOVERNMENT. 11. CONCLUSION — WITHOUT SELF-HELP AND MUTUAL AID — NO CO-OPERATIVES

DEOLINDA A. MEIRA - MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, A reforma do código cooperativo em Portugal 77 - 108

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOVOS PRECEITOS QUANTO AO PROCESSO DE CONSTITUIÇÃO. 2.1. Redução do número mínimo de cooperadores. 2.2. Membros investidores e voto plural – requisitos de admissão. 3. MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO E DE FISCALIZAÇÃO DA COOPERATIVA. 3.1. As alternativas previstas na lei e a necessidade de escolher um dos modelos. 3.2. Composição e competências do órgão de administração. 3.3. Delegação de poderes de gestão. 4. A FISCALIZAÇÃO DA GESTÃO DA COOPERATIVA. 5. O REGIME ECONÓMICO NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS. 5.1. As alterações ao regime do capital social. 5.2. Maior clarificação em matéria de responsabilidade. 5.3. Novas soluções normativas quanto às reservas cooperativas. 5.4. O regime jurídico da distribuição de resultados: uma oportunidade perdida. CONCLUSÕES. BIBLIOGRAFIA

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ, Configuración tipológica de la sociedad profesional con forma cooperativa y competencia registral 109 - 134

SUMARIO: 1. SOBRE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES. 1.1. La organización del ejercicio de profesiones colegiadas por medio de sociedades. 1.2. Configuración tipológica de la sociedad profesional. 2. LA FORMA SOCIAL COOPERATIVA Y LA SOCIEDAD PROFESIONAL. 2.1. La sociedad cooperativa como forma social elegible para constituir una sociedad profesional. 2.2. Encuadramiento de la sociedad profesional en una clase de cooperativa. 3. LA SOCIEDAD COOPERATIVA PROFESIONAL COMO TIPO ESPECIAL DE COOPERATIVA. 3.1. Breve apunte sobre la tipología de la sociedad cooperativa en Derecho español. 3.2. La especialidad de la sociedad cooperativa profesional. 4. ADQUISICIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA POR LA SOCIEDAD COOPERATIVA PROFESIONAL. 4.1. Conversión de una cooperativa en sociedad profesional. 4.2. Constitución de una cooperativa como sociedad profesional. 4.3. Competencia del Registro de Cooperativas para la atribución de personalidad jurídica. 5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS. 6. BIBLIOGRAFÍA

MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Breves notas acerca da natureza jurídica do ato de transmissão da propriedade de um imóvel de uma cooperativa de habitação e construção para um cooperador.	135 - 162
--	-----------

SUMÁRIO: 1. FORMULAÇÃO DO PROBLEMA; 2. AS COOPERATIVAS DE HABITAÇÃO E CONSTRUÇÃO; 3. A LIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E AS POSIÇÕES DA DOUTRINA: a) A jurisprudência; b) A doutrina; 4. OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À QUALIFICAÇÃO DO NEGÓCIO COMO COMPRA E VENDA E SUA REFUTAÇÃO: a) o preço; b) a liberdade contratual; c) A realidade cooperativa em que está inserida a compra e venda: o princípio democrático; d) A realidade cooperativa em que está inserida a compra e venda: a função da cooperativa e a natureza da relação entre cooperadores e cooperativa; 5. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONTIDA NO ARTIGO 26º/1 RJCHC. CONSEQUÊNCIAS DO ENTENDIMENTO EXPOSTO: a) O problema da eventual possibilidade de celebração de um contrato promessa de compra e venda entre a cooperativa e o cooperador; b) A responsabilidade da cooperativa pelos vícios do imóvel. BIBLIOGRAFIA

NINA AGUIAR, O problema da tributação do rendimento das cooperativas – reflexão a partir do direito português.	163 - 190
--	-----------

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O MODELO PORTUGUÊS DE TRIBUTAÇÃO DAS COOPERATIVAS AGRÍCOLAS, DE CONSUMIDORES, CULTURAIS, DE HABITAÇÃO E DE SOLIDARIEDADE. a. Evolução do regime fiscal das cooperativas agrícolas, de consumidores, de construção e habitação, culturais e de solidariedade. b. O regime fiscal atual – características. 3. EXCEDENTES E RENDIMENTOS PROVENIENTES DE OPERAÇÕES COM TERCEIROS. 4. RENDIMENTOS PROVENIENTES DE OPERAÇÕES ALHEIAS AOS FINS PRÓPRIOS DA COOPERATIVA. 5. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA

II XURISPRUDENZA

II.1. COMENTARIOS XURISPRUDENZA

MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL - SANTIAGO GARCÍA CAMPÁ, “¡Mis socios no me dejan conciliar!”. El derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral en las sociedades cooperativas. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 16 de junio de 2016	193 - 220
---	-----------

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. HECHOS QUE DAN LUGAR AL ASUNTO C-351/14 ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, CUESTIONES PREJUDICIALES, CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL Y RESOLUCIÓN JUDICIAL. 3. EL CRITERIO PARA APLICAR LA DIRECTIVA 2010/18 A LAS PERSONAS SOCIAS EN LAS COOPERATIVAS: ¿RELACIÓN JURÍDICA O PRESTACIÓN DE TRABAJO? 4. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y, EN PARTICULAR, DEL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE JORNADA. 5. EL PERMISO DE MATERNIDAD COMO UN TIPO DE PERMISO PARENTAL EN EL DERECHO ESPAÑOL. 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

ITZIAR VILLAFÁÑEZ PÉREZ, Algunas cuestiones actuales en torno a la responsabilidad de las personas administradoras de las cooperativas. [Comentario de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 103/2015 de 10 de marzo]	221 - 240
--	-----------

SUMARIO: 1. STS (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1.ª) 103/2015, DE 10 DE MARZO. 1.1. Los antecedentes de hecho. 1.2. Cuestiones objeto de discusión. 1.3. Los pronunciamientos de la sentencia. 2. COMENTARIO. 2.1. Las personas administradoras de las cooperativas y sus diversas responsabilidades 2.2. Responsabilidad de las personas administradoras por deuda ajena en caso de no promover la disolución o declaración de concurso de la cooperativa. Alcance de la remisión del art. 43 LC a la regulación de las sociedades anónimas. 2.3. El ejercicio de la acción por daños contra las personas administradoras de las cooperativas. A) *El estándar de diligencia exigible en las cooperativas.* B) *Las acciones individuales por daños.* BIBLIOGRAFÍA

SARA LOUREDO CASADO, El reembolso de aportaciones de una cooperativa agroalimentaria a los causahabientes del socio fallecido. Comentario a la sentencia 160/2015 del Juzgado de Primera Instancia de Vitoria	241 - 255
---	-----------

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA. 3. COMENTARIO. 3.1. Las cooperativas agroalimentarias. 3.2. Las aportaciones de los socios y los contratos entre éstos y la sociedad. 3.3. La baja del socio por fallecimiento y la posición de los causahabientes. 3.4. La valoración de las aportaciones. 3.5 La cooperativa frente a los no socios. 3.6. El Consejo Rector y la Asamblea General. 3.7 Conclusión. 4. BIBLIOGRAFÍA

ELENA SALGADO ANDRÉ, Impugnación de los acuerdos del Consejo Rector: caducidad del expediente sancionador y prescripción de la infracción	
---	--

(Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de julio de 2015)	257 - 268
SUMARIO: 1. ANTECEDENTES DE HECHO. 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO. 3. COMENTARIO. 3.1. Planteamiento inicial. 3.2. Tipificación del hecho imputado como infracción. 3.3. Caducidad del expediente sancionador. 3.4. Prescripción de la infracción. 4. BIBLIOGRAFÍA	
PAULO DE TARSO DOMINGUES, A ineficácia da deliberação de aumento do capital nas cooperativas, relativamente a quem não a votou	269 - 284
SUMÁRIO: 1. <i>OCCASIO SCRIPTI</i> : O AC. DA RELAÇÃO DE COIMBRA, DE 15 DE MARÇO DE 2015. 2. TRAÇOS ESSENCIAIS DO REGIME DO CAPITAL NAS COOPERATIVAS. 2.1 A errada designação como capital social: a ausência de escopo lucrativo. 2.2 O princípio da variabilidade do capital (o princípio da "porta aberta"). 2.3 A realização do capital. 3. O REGIME SUBSIDIÁRIO APLICÁVEL ÀS COOPERATIVAS. 4. A <i>MAGNA QUAESTIO</i> DO CASO: O AUMENTO DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS AOS COOPERADORES. A INEFICÁCIA VS. INVALIDADE DAS DELIBERAÇÕES. 5. O REGIME DO ARTIGO 86.º, 2 CSC. 5.1 Âmbito de aplicação. 5.2 Necessidade do consentimento individual de cada sócio. 5.3 Ineficácia relativa. 6. A ACERTADA DECISÃO DO TRIBUNAL	
II.2.1. ANOTACIÓNS XURISPRUDENZA (PORTUGAL)	
TIAGO PIMENTA FERNANDES, A legitimidade ativa do associado na anulação de deliberações sociais	287 - 293
ANDRÉ ALMEIDA MARTINS, Pessoas coletivas sem fins lucrativos e prescrição presuntiva. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de julho de 2015	295 - 302
II.2.2. ANOTACIÓNS XURISPRUDENZA (ESPAÑA)	
ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS, Acordo de liquidación de baixa dun socio nunha cooperativa agraria. Réxime de imputación de perdas segundo os tipos de socios. Comentario á sentenza 37/2015 da Secc. 1ª da Sala do Civil e Penal, do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña de 25 de maio do 2015	305 - 311
XACOCO IZQUIERDO ALONSO, Reembolso das achegas derivada da expulsión do socio: segundo os estatutos sociais, para a súa valoración debese estar ao balance e non ao seu prezo de mercado (anotación á sentenza do Xulgado do Mercantil de Murcia núm. 219/2015, de 22 de setembro).	313 - 319
ELENA SALGADO ANDRÉ, Baja obligatoria justificada por el transcurso del plazo fijado legalmente para resolver sobre la calificación y efectos de la misma (anotación a la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 3 de noviembre de 2015).	321 - 326
SINESIO NOVO FERNÁNDEZ, El reembolso de los derechos de pago obtenidos en virtud del régimen de pago único (anotación a la sentencia 63/2015 de la Audiencia Provincial de Zamora [Sección 1.ª], de 13 de abril).	327 - 331
III CRÓNICA	
ANA LUÍSA MARTINHO, A cooperação entre o Estado e as organizações do setor social e solidário. Notas sobre o Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de junho.	335 - 343
SUMÁRIO: 1. ÂMBITO DO DECRETO-LEI EM ANÁLISE. 2. O RECONHECIMENTO DA IMPORTÂNCIA DO SETOR SOCIAL E SOLIDÁRIO POR PARTE DO ESTADO. 3. DE QUE FORMA SE OPERACIONALIZA A COOPERAÇÃO ENTRE O ESTADO E AS IPSS? 4. QUE COOPERAÇÃO ENTRE O ESTADO E A ECONOMIA SOCIAL?	

MARIA ELISABETE RAMOS, <i>A economia social e crowdfunding em Portugal. Notas a propósito da Lei n.º 102/2015, de 24 de agosto</i>	345 - 356
SUMÁRIO: 1. UM EXEMPLO DE SUCESSO. 2. A LEI N.º 102/2015, DE 24 DE AGOSTO. 3. DEFINIÇÃO E MODALIDADES DE FINANCIAMENTO COLABORATIVO. 4. A PLATAFORMA ELETRÓNICA. 5. O REGISTO DAS PLATAFORMAS DE FINANCIAMENTO COLABORATIVO. 6. OBRIGAÇÕES DE INFORMAÇÃO E DE PREVENÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES. 7. OS SUJEITOS INTERVENIENTES EM OPERAÇÕES DE CROWDFUNDING E ECONOMIA SOCIAL	
ANA MARIA BANDEIRA, <i>Enquadramento contabilístico das cooperativas em Portugal: ponto de situação face às recentes alterações ao normativo contabilístico</i>	357 - 366
SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO NORMATIVO CONTABILÍSTICO. 3. O IMPACTO DESTAS ALTERAÇÕES NO SETOR COOPERATIVO. 4. ESCOPO MUTUALÍSTICO DAS COOPERATIVAS E O SEU EXCEDENTE. 5. REFLEXÕES FINAIS	
PAULO VASCONCELOS, <i>O novo regime jurídico das caixas económicas. Anotação ao Decreto-Lei n.º 109/2014, de 10 de julho</i>	367 - 374
SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ANTECEDENTES. 3. O NOVO RJCE, APROVADO PELO DECRETO-LEI N.º 190/2015, DE 10 DE SETEMBRO. 4. CAIXAS ECONÓMICAS BANCÁRIAS. 5. CAIXAS ECONÓMICAS ANEXAS. 6. REGIME TRANSITÓRIO	
ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, <i>Sociedades de empreendedorismo social e fundos de empreendedorismo social: a Lei 18/2015, de 4 de março</i>	375 - 386
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, <i>Modificaciones del régimen jurídico de las entidades asociativas prioritarias de la ley de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario</i>	387 - 394
SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA LEY 13/2013, DE 2 DE AGOSTO, Y EL REAL DECRETO 550/2014, DE 27 DE JUNIO. 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 85/2015, DE 30 DE ABRIL, Y SUS CONSECUENCIAS: LA LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO. 3. LA ADAPTACIÓN DEL REAL DECRETO 550/2014: EL REAL DECRETO 1151/2015	
ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, <i>Comentario a la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo, y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social</i>	395 - 403
SUMARIO: 1. ANTECEDENTES. 2. LA LEY 31/2015. 3. REFLEXIONES FINALES	
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ, <i>La nueva Ley de Cooperativas de Cataluña</i>	405 - 414
SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 2. LOS OBJETIVOS DEL NUEVO CAMBIO NORMATIVO. 3. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA NUEVA LEY DE COOPERATIVAS DE CATALUÑA. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN O VALORACIÓN GLOBAL	
M. ^a JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ, <i>Un nuevo marco legal para las sociedades laborales y participadas</i>	415 - 424
SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ESTRUCTURA DE LA NORMA. 3. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA NORMA. 4. VALORACIÓN	
MANUEL J. BOTANA AGRA, <i>El nuevo régimen aplicable a la emisión de obligaciones por sociedades cooperativas</i>	425 - 436
SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. RÉGIMEN APLICABLE. 2.1. Órgano competente. 2.2. Límite del total importe de las emisiones. 3. GARANTÍAS QUE EXCEPCIONAN LA APLICACIÓN DE ESTE LÍMITE. 3.1. Hipoteca. 3.2. Prenda de valores. 3.3. Aval de entidad pública. 3.4. Aval solidario de entidad de crédito. 3.5. Aval solidario de Sociedad de Garantía Recíproca. 4. EL COMISARIO. 5. LA ASAMBLEA DE OBLIGACIONISTAS	

IV RECENSIÓNS

- HANS-H. MÜNKNER, *Co-operative Principles and Co-operative Law*, Lit Verlag gmbh & co. KG Wien Zürich 2015 second, revised edition, por Deolinda A. Meira 439 - 445
- ÁLVARO GARRIDO, *Cooperação e solidariedade. Uma história da economia social*. Tinta da China, Lisboa, 2016, 320 páginas, por Eduardo Graça 447 - 451

INDEX

I DOCTRINE

HANS-H. MÜNKNER, How co-operative are social co-operatives?	33 - 75
---	---------

CONTENTS: 1. INTRODUCTION — WHY THIS TOPIC? 1.1. Co-operative societies as a special form of economic and social organization and their type-specific legal pattern. 1.2. Community or general interest organizations (associations, enterprises, co-operatives). 1.3. Why are associations not suited for economic objectives? 2. DEFINITION OF CO-OPERATIVE SOCIETY. 2.1. On international level. 2.1.1. International Co-operative Alliance (ICA) 1995. 2.1.2. United Nations (UN)— Guidelines aimed at creating a supportive environment for the development of cooperatives. 2.1.3. International Labour Conference, ILO Recommendation 193, 2002. 2.1.4. Commission of the European Communities (2004): Council Regulation (EC) No. 1435/2003 of 22 July 2003. 2.1.5. Summary — Definition of the term “Co-operative Society” on international level. 2.2. Definitions of the term “co-operative society” on national level. 2.2.1. Co-operatives in Italy. 2.2.2. Co-operatives in France. 2.2.3. Co-operatives in Spain. 2.2.4. Co-operatives in Portugal. 2.2.5. Co-operatives in Germany. 2.2.6. Co-operatives in the Republic of Korea. 2.2.7. Summary — Definition of the term “co-operative society” in national laws. 3. DEFINITION OF SOCIAL CO-OPERATIVE. 3.1. Italy — Co-operatives for Social Solidarity — Social Co-operatives. 3.2. France — Co-operative society for collective interest (société coopérative d'intérêt collectif (SCIC)). 3.3. Portugal — Co-operatives for Social Solidarity, 1998. 3.4. Spain — Co-operatives for Social Initiative, 1999. 3.5. Québec, Canada — Co-operatives of Solidarity, 1997. 3.6. Republic of Korea — Social Co-operatives, 2014. 3.7. Summary on Social Co-operatives. 4. ELEMENTS OF CO-OPERATIVE STRUCTURE. 5. TAX TREATMENT. 6. PROBLEMS CREATED BY DEVIATION FROM THE CLASSICAL (TESTED) MODEL OF CO-OPERATIVE SOCIETY. 7. HOW TO PROMOTE CO-OPERATIVE DEVELOPMENT? 8. SELF-HELP ORGANIZATIONS VERSUS WELFARE ORGANIZATIONS. 9. VOLUNTARY MEMBERSHIP IN GENERAL INTEREST ORGANIZATIONS. 10. PROMOTION OF CO-OPERATIVES BY GOVERNMENT. 11. CONCLUSION — WITHOUT SELF-HELP AND MUTUAL AID — NO CO-OPERATIVES

DEOLINDA A. MEIRA - MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, The reform of the Portuguese Cooperative Code	77 - 108
--	----------

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. NEW LEGAL PROVISIONS ON THE INCORPORATION PROCESS. 2.1. The reduction of the required minimum number of co-operators. Admission requirements. 3. COOPERATIVES' MANAGEMENT AND SUPERVISORY MODELS. 3.1. The legal alternatives and the need to choose one of the legal models. 3.2. Composition and competence of the management body. Delegation of the management powers. 4. THE SUPERVISORY OF THE COOPERATIVE MANAGEMENT. 5. THE FINANCIAL STRUCTURE OF THE PORTUGUESE COOPERATIVES. 5.1. Changes to the minimum share capital. 5.2. Further clarification of the co-operators' responsibility. 5.3. New legal solutions for the cooperatives as reserves. 5.4. The legal regime on the results distribution: a missed opportunity. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ, Typological configuration of the professional society with cooperative form and register competence	109 - 134
--	-----------

CONTENTS: 1. ABOUT PROFESSIONAL COMPANIES. 1.1. The organization of closed professions by means of companies. 1.2. The form of professional companies. 2. THE COOPERATIVE SOCIAL FORM AND THE PROFESSIONAL COMPANY. 2.1. The cooperative as an eligible social form when constituting a professional company. 2.2. Framing of the professional company under cooperative form. 3. THE COOPERATIVE PROFESSIONAL SOCIETY AS A SPECIAL TYPE OF COOPERATIVE. 3.1. Brief note on the form of cooperative societies in Spanish law. 3.2. The speciality of the cooperative professional society. 4. ACQUISITION OF LEGAL PERSONALITY BY THE COOPERATIVE PROFESSIONAL SOCIETY. 4.1. Conversion of a cooperative into a professional company. 4.2. Constitution of a cooperative as a professional company. 4.3. Competency of the Cooperatives Registry to attribute legal personality. 5. CONCLUDING CONSIDERATIONS. 6. BIBLIOGRAPHY

MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Brief remarks on the legal nature of the act of transmission of the property of the fires from a building and housing cooperative to the cooperation member.	135 - 162
---	-----------

CONTENTS: 1. THE PROBLEM; 2. THE BUILDING AND HOUSING COOPERATIVES; 3. THE LESSON FROM THE JURISPRUDENCE AND THE POSITION OF THE DOCTRINE: a) the case law; b) the doctrine; 4. THE ARGUMENTS AGAINST THE QUALIFICATION OF THE ACT OF TRANSMISSION AS A CONTRACT OF SALE AND PURCHASE AND ITS REFUTATION: a) the price; b) the contractual freedom; c) The cooperative reality in which the contract of sale and purchase operates: the democratic principle; d) The cooperative reality in which the contract of sale and purchase operates: the goals of the cooperative and the nature of the relationship between the cooperation members and the cooperative; 5. THE INTERPRETATION OF THE RULE CONTAINED IN ARTICLE 26º/1 RJCHC. CONSEQUENCES OF THIS UNDERSTANDING: a) The problem of the promissory agreement between the cooperative and the cooperation member; b) The cooperative liability for property vices. BIBLIOGRAPHY

NINA AGUIAR, The issue of cooperatives' income taxation - contribution based on the portuguese law	163 - 190
--	-----------

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE PORTUGUESE MODEL OF TAXATION OF AGRICULTURAL COOPERATIVES, CONSUMER, CULTURAL, CONSTRUCTION AND HOUSING AND SOLIDARITY. a. Development of the tax regime for agricultural, consumer, housing, cultural and solidarity cooperatives. b. The regime in force – characteristics. 3. SURPLUSES AND INCOME FROM TRANSACTIONS WITH THIRD PARTIES. 4. INCOME FROM OPERATIONS ACTIVITIES “UNRELATED TO THE COOPERATIVE SPECIFIC PURPOSES” 5. CONCLUSION. BIBLIOGRAPHY

II CASE LAW

II.1. COMMENTS

MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL - SANTIAGO GARCÍA CAMPÁ, “My partners do not leave me conciliate!” The right of reconciling work and family life by partner people of cooperatives comment to judgment of the Court of Justice of the European Union (Second Chamber) of 16 june 2016	193 - 220
---	-----------

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. FACTS THAT GIVE RISE TO CASE C-351/14 BEFORE THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, PRELIMINARY RULING, ADVOCATE GENERAL AND JUDGMENT. 3. THE CRITERION FOR APPLYING DIRECTIVE 2010/18 TO PERSONS PARTNER COOPERATIVES: PROVIDE LEGAL RELATIONSHIP OR JOB? 4. THE LIMITS OF THE RIGHTS OF RECONCILIATION AND IN PARTICULAR THE RIGHT TO ADAPT WORKING HOURS. 5. MATERNITY LEAVE AS A KIND OF PARENTAL LEAVE IN SPANISH LAW. 6. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY

ITZIAR VILLAFÁÑEZ PÉREZ, Some current issues on the liability of cooperatives' directors [comment to the judgment of the Supreme Court (Civil Chamber, Section 1) 103/2015 of march 10]	221 - 240
---	-----------

CONTENTS: 1. JUDGMENT OF THE SUPREME COURT (CIVIL CHAMBER, SECTION 1) 103/2015 OF MARCH 10. 1.1. Facts. 1.2. Issues under discussion. 1.3. The judgment. 2. COMMENT. 2.1. Cooperatives' directors and their different liabilities. 2.2. Liability for the cooperative's debts derived from the lack of promotion of its dissolution or its declaration of bankruptcy. The reference on art. 43 LC to the legislation on corporations. 2.3. The personal liability in case of damages. A) *The standard of due care in cooperatives.* B) *The individual action for damages.* REFERENCES

SARA LOUREDO CASADO, Refund of contributions of an agricultural cooperative society to the heirs of the deceased member. Comment to the 160/2015 judgment from the First Instance Court of Vitoria	241 - 255
--	-----------

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE FACTS OF THE JUDGMENT. 3. REVIEW. 3.1. The agricultural cooperatives. 3.2. The contributions made to the company by the members and the contracts between those and the society. 3.3. The drop of the member and the position of the heirs. 3.4. The valuation of the contributions. 3.5. The cooperative before the non-members. 3.6. The Governing Council and the General Assembly. 3.7. Conclusion. 4. BIBLIOGRAPHY

ELENA SALGADO ANDRÉ, Contesting the governing council agreements: lapse of disciplinary records and prescription of the infringement (commentary on the Judgment of the Provincial Court of Madrid on July 6, 2015)	257 - 268
---	-----------

CONTENTS: 1. FACTUAL BACKGROUND. 2. LEGAL BASIS. 3. COMMENT. 3.1. Initial approach. 3.2. Criminalization of the fact charged as an infringement. 3.3. Expiration of disciplinary proceedings. 3.4. Prescription of the infringement. 4. BIBLIOGRAPHY

PAULO DE TARSO DOMINGUES, The ineffectiveness of the resolution to increase the share capital in cooperatives, for those who do not voted.	269 - 284
--	-----------

CONTENTS: 1. *OCCASIO SCRIPTI:* THE COURT OF APPEAL OF COIMBRA JUDGMENT, OF 15 MARCH 2015. 2. KEY TRACES OF THE CAPITAL REGIME IN COOPERATIVES. 2.1 The wrong designation as capital: the non-profit scope. 2.2 The principle of VARIABILITY OF CAPITAL (the “voluntary and open membership principle”). 2.3 The realization of the capital. 3. THE SUBSIDIARY REGIME APPLICABLE TO COOPERATIVES. 4. *MAGNA QUAESTIO* OF THE CASE: THE INCREASE OF OBLIGATIONS TO MEMBERS. THE INEFFECTIVENESS VS. INVALIDITY OF THE PROCEEDINGS. 5. THE ARTICLE 86, 2 CSC REGIME. 5.1 The scope of application. 5.2 Need for individual each partner consent. 5.3 relative ineffectiveness. 6. THE RIGHT DECISION OF THE COURT

II.2.1. ANNOTATIONS (PORTUGAL)

- TIAGO PIMENTA FERNANDES, The legal standing of the associate in the annulment of a members' resolution. 287 - 293
- ANDRÉ ALMEIDA MARTINS, Non profit private legal persons and the legal presumption of the limitation period. Commentary to the decision of the Court of Appeal of Lisbon, July 9, 2015 295 - 302

II.2.2. ANNOTATIONS (SPAIN)

- ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS, Liquidation agreement in case of cooperative membership termination: loss allocation scheme. Annotation of the judgment of the Superior Court of Justice of the Cataluña (Civil and Criminal Division), n.37/2015 (Section 1), of may 25.Th. 305 - 311
- XACOCO IZQUIERDO ALONSO, Reimbursement of contribution derived from the expulsion of the member: according to the bylaws, for assessment should be the balance and not its market price. Annotation to the judgment of the Commercial Court of Murcia núm. 219/2015, 22 September. 313 - 319
- ELENA SALGADO ANDRÉ, Mandatory justified drop by during the legal deadline to decide on qualifications and effects of the same (annotation to the judgment of the Provincial Court of Pontevedra of 3 November 2015) 321 - 326
- SINESIO NOVO FERNÁNDEZ, The refund of payment entitlements obtained under the single payment scheme (annotation to the judgment 63/2015 of the Provincial Court of Zamora [Section 1] of April 13) 327 - 331

III CHRONICLES

- ANA LUÍSA MARTINHO, Cooperation between the State and organisations of the social and solidarity sector. Notes on the Decree Law No. 120/2015 of 30 June 335 - 343
- CONTENTS:** 1. SCOPE OF THE DECREE-LAW IN ANALYSIS. 2. RECOGNITION OF THE IMPORTANCE OF THE SOCIAL AND SOLIDARITY SECTOR OF THE STATE. 3. HOW DOES COOPERATION BETWEEN THE STATE AND THE IPSS WORK? 4. WHICH COOPERATION BETWEEN THE STATE AND THE SOCIAL ECONOMY?
- MARIA ELISABETE RAMOS, Social economy and crowdfunding in Portugal. Some notes on the Law n.º 102/2015, 24th August 345 - 356
- CONTENTS:** 1. A SUCCESSFUL EXAMPLE. 2. THE LAW N.º 102/2015, 24TH AUGUST. 3. DEFINITION AND VARIETIES OF CROWDFUNDING. 4. THE CROWDFUNDING PLATFORM. 5. THE REGISTER OF THE CROWDFUNDING PLATFORM. 6. REPORTING REQUIREMENTS AND PREVENTION OF CONFLICTS OF INTEREST. THE PARTICIPANTS IN CROWDFUNDING AND THE SOCIAL ECONOMY
- ANA MARIA BANDEIRA, Accounting framework for cooperatives in Portugal: Overview face to the recent changes into the accounting normative. 357 - 366
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. PRINCIPAL CHANGES IN THE ACCOUNTING NORMATIVE. 3. THE IMPACT OF THESE CHANGES IN THE COOPERATIVE SECTOR. 4. SCOPE MUTUALISTIC OF COOPERATIVES AND THE RESPECTIVE SURPLUS. 5. CONCLUDING REMARKS
- PAULO VASCONCELOS, Changes to the legal regime of saving banks. Notes on Decree-Law 109/2014 of July 10 367 - 374
- CONTENTS:** 1. INTRODUCTION. 2. BACKGROUND. 3. THE NEW RJCE, APPROVED BY DECREE N° 190/2015, OF 10 SEPTEMBER. 4. SAVING BANKS. 5. ANNEXED SAVING BANKS. 6. TRANSITIONAL ARRANGEMENTS

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, Social entrepreneurship companies and social entrepreneurship funds: the 18/2015 Act of the 4 th of March	375 - 386
CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. INVESTING IN SOCIAL ENTREPRENEURSHIP. 3. SOCIAL ENTREPRENEURSHIP COMPANIES. 3.1. Starting business. 3.2. Type of company and capital. 3.3. Seat, central administration and designation. 3.4. Object. 3.5. Assets. Own funds. 3.6. Marketing of shares. 4. SOCIAL ENTREPRENEURSHIP FUNDS. 4.1. Common fund or company? 4.2. Only qualifying social entrepreneurship funds are allowed? 4.3. Management. 4.4. Setting up. 4.5. Capital and units. 4.6. Assets. 4.7. Marketing. 5. THE CMVM	
MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ, Modifications of the legal system of the priority associative entities prescribed by law of promotion of integration of cooperatives and other associative entities with agribusiness character	387 - 394
CONTENTS: 1. GENERAL EXPOSITION: THE LAW 13/2013, OF AUGUST 2, AND THE ROYAL DECREE 550/2014, OF JUNE 27. 2. THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT 85/2015, OF APRIL 30, AND ITS CONSEQUENCES: THE LAW 25/2015, OF JULY 28. 3. THE ADAPTATION OF THE ROYAL DECREE 550/2014: THE ROYAL DECREE 1151/2015	
ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Comment to the Law 31/2015, September 9 th , that modifies and updates the regulation for auto employment, and there are adopted measures of promotion and promotion of the autonomous work and of the social economy	395 - 403
CONTENTS: 1. PRECEDENTS. 2. THE LAW 31/2015. 3. FINAL REFLECTIONS	
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ, A new Cooperatives Act in Catalonia	405 - 414
CONTENTS: 1. PRESENTATION. 2. THE OBJECTIVES OF THE NEW REGULATORY CHANGE. 3. MAIN INNOVATIONS OF THE NEW COOPERATIVES ACT OF CATALUNYA. 4. CONCLUSION OR OVERALL ASSESSMENT	
M. ^a JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ, A new legal frame for employee-owned companies	415 - 424
CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. STRUCTURE OF LAW 44/2015. 3. MAIN CHANGES. 4. ASSESSMENT	
MANUEL J. BOTANA AGRA, The new regime applicable to the issues of bonds by societies co-operatives	425 - 436
CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. REGIME APPLICABLE. 2.1. Competent Organ. 2.2. Limit of the totality value of the issues. 3. GUARANTIES TO EXEMPT THE APPLICATION OF THIS LIMIT. 3.1. Hypothec. 3.2. Security of values. 3.3. Guarantee of public entity. 3.4. Solidary guarantee of credit entity. 3.5. Solidarity guarantee of society of reciprocal guaranty. 4. THE COMMISSAR. 5. THE ASSEMBLY OF BONDHOLDERS	

IV BOOK REVIEWS

HANS-H. MÜNKNER, <i>Co-operative Principles and Co-operative Law</i> , Lit Verlag gmbh & co. KG Wien Zürich 2015 second, revised edition, by Deolinda A. Meira	439 - 445
ÁLVARO GARRIDO, <i>Cooperação e solidariedade. Uma história da economia social</i> . Tinta da China, Lisboa, 2016, 320 pages, by Eduardo Graça	447 - 451

I DOCTRINA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 33-75
ISSN: 1130-2682

HOW CO-OPERATIVE ARE SOCIAL CO-OPERATIVES?

HANS-H. MÜNKNER¹

Recepción: 26/06/2016 - Aceptación: 9/10/2016

¹ Professor emeritus of German and international organization law and law and theory of co-operation at the University of Marburg, Germany, Department of Economics, and was from 1992 to 2000 Managing Director of the Institute for Co-operation in Developing Countries, offering a 4-years master degree course in Co-operative Economics for overseas students. Email: muenkner@mail.uni-marburg.de.

ABSTRACT

There is a trend — promoted by advocates of a social economy — to use co-operatives as instruments for serving the general interest and providing goods and services of public utility, not as an effect of successful co-operative work, but as an object of new social or “general interest co-operatives”. It is ignored that co-operatives are basically self-help organizations which derive their internal strength from combined self-interest of their members. In this paper it is shown how international organizations and national lawmakers try to create legal frameworks in which co-operatives can develop their activities for the benefit of their members and in general interest, based on examples from Italy, France, Portugal, Spain, Quebec/Canada, the United Kingdom, Germany and the Republic of Korea (as a most recent example). The author tries to locate different types of co-operatives existing in the countries under review on a continuum between self-help organizations and general interest organizations. Based on an analysis of type-specific elements of co-operative structure, problems are analyzed which result from deviations from the ‘classical’ and tested model of co-operative society. It is discussed, how co-operative development can be promoted by introducing new forms of co-operatives and new structural elements and by government support. The conclusion is that only with a clear profile as self-help organizations serving not exclusively but mainly their members can co-operatives succeed in facing the challenges of social, economic and technological change.

KEY WORDS: co-operative concept, self-help organization, general interest organization, hybrid organization, legal framework

CONTENTS: 1. INTRODUCTION — WHY THIS TOPIC? 1.1. Co-operative societies as a special form of economic and social organization and their type-specific legal pattern. 1.2. Community or general interest organizations (associations, enterprises, co-operatives). 1.3. Why are associations not suited for economic objectives? 2. DEFINITION OF CO-OPERATIVE SOCIETY. 2.1. On international level. 2.1.1. International Co-operative Alliance (ICA) 1995. 2.1.2. United Nations (UN) — Guidelines aimed at creating a supportive environment for the development of cooperatives. 2.1.3. International Labour Conference, ILO Recommendation 193, 2002. 2.1.4. Commission of the European Communities (2004): Council Regulation (EC) No. 1435/2003 of 22 July 2003. 2.1.5. Summary — Definition of the term “Co-operative Society” on international level. 2.2. Definitions of the term “co-operative society” on national level. 2.2.1. Co-operatives in Italy. 2.2.2. Co-operatives in France. 2.2.3. Co-operatives in Spain. 2.2.4. Co-operatives in Portugal. 2.2.5. Co-operatives in Germany. 2.2.6. Co-operatives in the Republic of Korea. 2.2.7. Summary — Definition of the term “co-operative society” in national laws. 3. DEFINITION OF SOCIAL CO-OPERATIVE. 3.1. Italy — Co-operatives for Social Solidarity — Social Co-operatives. 3.2. France — Co-operative society for collective interest (*société coopérative d'intérêt collectif (SCIC)*). 3.3. Portugal — Co-operatives for Social Solidarity, 1998. 3.4. Spain — Co-operatives for Social Initiative, 1999. 3.5. Québec, Canada — Co-operatives of Solidarity, 1997. 3.6. Republic of Korea — Social Co-operatives, 2014. 3.7. Summary on Social Co-operatives. 4. ELEMENTS OF CO-OPERATIVE STRUCTURE. 5. TAX TREATMENT. 6. PROBLEMS CREATED BY DEVIATION FROM THE CLASSICAL (TESTED) MODEL OF CO-OPERATIVE SOCIETY. 7. HOW TO PROMOTE CO-OPERATIVE DEVELOPMENT? 8. SELF-HELP ORGANIZATIONS VERSUS WELFARE ORGANIZATIONS. 9. VOLUNTARY MEMBERSHIP IN GENERAL INTEREST ORGANIZATIONS. 10. PROMOTION OF CO-OPERATIVES BY GOVERNMENT. 11. CONCLUSION — WITHOUT SELF-HELP AND MUTUAL AID — NO CO-OPERATIVES

I INTRODUCTION — WHY THIS TOPIC?

The question, ‘how co-operative are social co-operatives’ is discussed not only since 2003, when in the SCE Regulation the object of co-operative societies was not only defined as promotion of the economic interests of their members, but was broadened (extended) to cover also promotion of their members’ social interests. In 2006, the legal definition of co-operatives in the German Co-operative Societies Act (§ 1 GenG) was amended and broadened further to include promotion of members’ social and cultural interests in the co-operative mandate.

Co-operative societies have always been perceived as special economic and social organizations, but this was not expressly stated in the legal definition. In the ICA Statement on the Co-operative Identity of 1995, promotion of the economic interests of their members by a jointly owned and patronized co-operative enterprise remains in focus. But promotion of their members’ social interests — e. g.

by education — is one of the seven co-operative principles. Self-help and solidarity are among the co-operative values and “concern for community” is stated as the 7th Co-operative Principle, provided that such policy is approved by the members.

Since spreading of the concept of “Social Economy” in the 1980-ies, it is discussed, whether co-operatives are part of a pluralistic market economy or of Social Economy. It is uncontested, that co-operatives are (or should be) doing business differently from capitalist enterprises, not aiming at maximum (short-term) profit for distribution among shareholders and that co-operatives are not focussing on capital and profit, but on people and on meeting their members’ (long-term) needs in sustainable development.

This has led to a discussion of opposing views: Are co-operatives self-help organizations with the mandate to promote the (mainly economic) interests of their members, which does not exclude transactions with non-members and positive external effects for non-members and for the community? Or are co-operatives socio-economic organizations serving not only their members but also non-members and even the general interest: social co-operatives or even “general interest co-operatives” (GIC).

1.1. Co-operative societies as a special form of economic and social organization and their type-specific legal pattern

How can members be attracted to join a voluntary organization? How can the ‘co-operative advantage’ as an incentive to become and remain a member be made visible and tangible? What are the internal driving forces of co-operatives? In co-operative societies, self-interest can be combined with group-interest and social responsibility opening new opportunities for the individual and for the group to reach their individual and common goals.

Working together in co-operatives has always been a reaction change. Already in the 19th century in Europe, co-operatives were formed as a reaction to needs caused by economic, social, demographic, technological and environmental change. In Germany, a problem of ecological sustainability was the starting point of the co-operative idea. High population growth and over-use of land for agricultural production led to insufficient crops to feed a growing population. The results were hunger and migration, e. g. to America. Invention of chemical fertilizers and pesticides made it possible to increase agricultural production by small farmers, grouped together in village co-operatives to finance modernization of farming methods and to escape from usurers. In France, Germany and the United Kingdom (UK), craftsmen were reacting to industrialization by joining together

in co-operative banks to finance modernization of their production methods² or to organize supply with consumer goods of good quality at a fair price.

Today, working together in co-operatives is a reaction to *demographic change*. In industrialized countries, change is expressed by low birth rates, an increasing number of old people living longer, rural-urban migration; reduced private and public services and infrastructure in rural areas. In developing countries, signs of change are high birth rates, increased mobility, social and political unrests, urbanization and migration, and poverty partly caused by climate change.

Local and regional businesses are increasingly exposed to *economic change*, facing competition by international combines and global players. Stationary trade and crafts are challenged by the mobility of on-line trade. Rural exodus is forcing village stores, pubs and other facilities to close down, deteriorating the living conditions of rural areas.

Technological change in form of new production, transport and information technologies, new sources of energy, new media are causing a revolution in production of goods and services and in communication.

Local versus global: Today, working together in co-operatives offers an alternative to an increasingly global economy, characterized by high mobility of ideas, capital and labour. Co-operatives can strengthen their position by emphasising their local and regional roots and their closeness to members, linked with vertically integrated co-operative networks, allowing to combine the advantages of local presence with the advantages of economies of scale (small in front — big in the back, Rabobank).

The entire organizational and legal structure of the “classical” model of co-operatives is designed for best possible fulfilment of the mandate of member-promotion over an extended period of time:

- Making it relatively easy to join and to withdraw (open and voluntary membership),
- Offering members participation as owners and users of the co-operative enterprise,
- Working with a variable share capital and the obligation to build up indivisible reserves,
- Working for member-promotion which implies not-for-profit orientation.

In addition to the “classical” model of co-operative self-help organizations, new hybrid forms of organization are emerging. In some countries such general

² M. STAPPEL, «The ICA Blueprint for a Co-operative Decade and the idea of the Co-operative as a self-help organisation being part of a market economy», in MÖLLS/MÜNKNER Eds., NOMOS, Baden-Baden 2015, pp. 55-57.

interest projects are carried out in special legal forms, in others they work as general interest ‘co-operatives’:

In the UK: Community Interest Companies (CIC) and Community Benefit Societies (BenCom): Societies with its business being or being intended to be conducted for the benefit of the community.³

In France: Community and District Associations (CDAs) (régies de quartier et de territoire), registered as associations (charter of 1994); with economic and social objectives, working as non-profit organizations with social orientation, carrying on business but not for making profit; with different categories of members like multi-stakeholder co-operatives (MSCs)⁴. The question is whether the legal form of association is the suitable legal pattern for such organizations, or whether the form of SCIC would be more appropriate.

Similar activities are carried out by social co-operatives or ‘general interest co-operatives’, e. g. in Italy, France, Spain and Portugal but also in Quebec/Canada, Poland and for example in the Republic of Korea.

Depending on their objects and legal construction, self-help organizations (SHOs), business organizations and social organizations can be classified according to their places on two continuums, pointing in different directions:

Continuum 1: SHOs — hybrid forms — commercial business organizations

Hybrid forms are **commercialized co-operatives**, with their legal framework being “strengthened” by approximation to the company model (non-using investor-members, autonomous, professional management, fixed minimum capital, partly divisible reserves) and **co-operative companies**, i.e. a company turned into a co-operative company by applying the principle of identity of owners and users: Shares only for users; service only to shareholders; no incentives for external investors. On continuum 1, co-operative companies are close to SHOs.

Advantages of co-operative companies are regional roots, clearly different from anonymous global players, working only with users producing the product processed in the co-operative factory (e. g.: milk in case of dairy co-operative, sugar beets or cane in case of sugar factory) as members and shareholders .

Disadvantages: limited number of potential shareholders, no incentives for external investors, no speculative gains with invested capital, shares not freely transferable (i.e. no market and accordingly no market price for such shares), surplus distribution in proportion to business done with the co-operative enterprise as patronage refund.

³ I. SNAITH, «Chapter 35 United Kingdom», in CRACOGNA et al eds.: International Handbook of Co-operative Law, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, p. 791.

⁴ <www.regiedequartier.org>.

Such hybrid legal forms were designed to meet special requirements, best covered by a company-style financial structure, i.e. where strong and fixed equity capital is required from the outset to finance investments. This is combined with type-specific patterns of co-operative membership, while governance and capital structure are adjusted to the company model.

In India, producer companies were introduced in 2002 as a special form of organization (Companies Amendment Act of 2002), having the uniqueness of the cooperative form of enterprise. The intention was to solve the challenges of rural producers in the emerging liberalized and competitive environment, particularly owing to lack of resources and businesslike institutions⁵ or

Continuum 2: SHOs — hybrid forms — general interest organizations

Genuine co-operatives are mainly composed of user-members, having member-promotion as their principal objective but also generating positive external effects benefiting non-members and even the general public. They have their place on the continuum close to genuine SHOs. But co-operatives are not necessarily the expression of pure self-interest of members and group egoism. Social responsibility is among the co-operative values and care for community is the 7th co-operative principles of the ICA, moving co-operatives closer to the general interest organization. This is clearly expressed in Art. 1 of the Co-operative Framework Law of Korea of 2014: The co-operative purpose is defined as “*facilitating independent, self-supportive, autonomous activities of co-operatives, thereby contributing to social integration and balanced development of the national economy*” — as an effect, not as an objective.

Hybrid forms are multi-stakeholder co-operatives (MSCs), collective interest co-operatives (SCICs) and general interest ‘co-operatives’ (GICs), operating like social co-operatives, with similar objectives, e. g. Italy, France, Portugal, Spain, Québec/Canada and Korea.

To answer the question “how co-operative are social co-operatives?” it is important to understand the difference between social co-operatives and general interest organizations. The borderline between these two types of organization is the presence or absence of the **self-help element**: Another important criterion for distinguishing co-operatives from general interest associations is the **composition of the membership group**.

In **France**, to qualify for registration as a SCIC, the object of the organization has to be promotion not only, but also of members, with at least three categories of members of which there must be user-members and worker-members (Art.

⁵ G. VEERAKUMARAN, «Chapter 20 India», in CRACOGNA et al eds.: International Handbook of Co-operative Law, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London 2013, p. 451.

19-septies, L. 1947). Without user-members and/or worker-members there cannot be official recognition/registration as a co-operative society.

In **Québec/Canada**, according to Art. 226.1 of the co-operative law of 1997, “a co-operative of solidarity is a co-operative, which simultaneously consists of members who are users of the services offered by the co-operative and members working in the co-operative.

Furthermore, each person or organization having an economic or social interest in achieving the goals of the co-operative can also be a member. These members are referred to in the following as promoting members”.

Social solidarity co-operatives consisting only of promoting members are not allowed under Law 1997 (Art. 226.9, 226.11, 226.12, 226.13) and may even be dissolved ex-officio.

In the **Republic of Korea**, in the Framework Act on Cooperatives, Act No.12866, 30. Dec. 2014, Partial Amendment (Enforcement Date 01. Jul, 2015), a social co-operative is defined as “*a co-operative that carries out business activities related to the enhancement of the rights and interests, and the welfare of local residents or provide social services or jobs to disadvantaged people ... but that is not run for profit*” (Art. 1). On continuum 2, such social co-operatives come close to general interest organizations.

Art. 85 (Authorization for Establishment, etc.):

“(1) *When it is intended to establish a social cooperative, at least five persons qualified for membership shall prepare articles of association as promoters, table the articles of association at the inaugural general meeting for a resolution, and then obtain authorization there for from the Minister of Strategy and Finance*”. Such application for authorization has to be accompanied by the articles of association of the planned co-operative society and a business plan.

1.2. Community or general interest organizations (associations, enterprises, co-operatives)

In which way are general interest organizations different from genuine (bona fide) co-operatives? How can this difference be expressed in clear terms?

The ICA in its Blueprint for a Co-operative Decade 2012-2020 has a special section with the title: “*Build the Co-operative Message and Secure Co-operative Identity*”.⁶ In this section it is stated that “the market-place for ‘social’ or ‘ethical’ business is a crowded one — privately owned business models have been re-imagined or re-branded, for purposes beyond the pursuit of profit maximization — using the language and messages of co-operatives. How do co-operatives

⁶ ICA. Blueprint for a Co-operative Decade 2012-2020, Geneva 2013, p. 20.

distinguish themselves in this context?” “How do they second guess and out-pace investor-owned corporations?” “Co-operatives have their principles, they fundamentally are different. Their abiding values of participation and sustainability are not just bolted on a conventional business model, but structure how they are owned, governed, managed and evaluated.” “But how can an ‘authentic’ co-operative society be distinguished from an ‘inauthentic’ one?”

In its Blueprint, the ICA stresses that there must be “clarity as to how co-operatives are to be defined and distinguished — creating a powerful sense of shared identity, co-operative message or brand, which differentiates this form of business”. Unfortunately, this clarity of message, essential for the credibility of the co-operative form of organization, is sometimes missing in the Blueprint. Some co-operative basics are omitted: self-help and solidarity as key elements of co-operative identity, the type-specific objective of member-promotion and the mandate of promoting members and, furthermore, a clear idea of the envisaged economic order and the role of co-operatives in this order.⁷

1.3. Why are associations not suited for economic objectives?

There are indications that ‘social co-operatives’ or ‘general interest co-operatives’ were introduced because large associations with economic activities needed a government authorization which was difficult to obtain. Therefore, the way out was to work under the ‘co-operative’ label.

Generally, associations are not considered to be a suitable legal framework for carrying out economic activities as their primary object and not only as a supplementary activity for the following reasons: For associations, there is no prescribed minimum capital, no guarantee capital in form of reserves, no external audit and accordingly, no protection of members and creditors against losses. This is the reason why associations carrying on business usually require a special permission, authorizing such activities, linked to conditions like the obligation to submit annual reports and to be subject to external audit – similar to the rules for co-operative societies. There are several cases where large associations with extended economic activities (e. g. the German Automobile Club, ADAC) were found to misuse the relatively liberal legal form of association for uncontrolled business operations.

Urban Nothdurfter draws attention to the increasingly institutionalized role of social co-operatives in Italy, combined with a growing dependence of such co-operatives on public funds. In this way, such co-operatives are turning into instruments in the hands of public administration while losing their identity as

⁷ S. MÖLLS, S. / H-H MÜNKNER, «Blueprint of the International Co-operative Alliance (ICA) for a co-operative decade – a Critical Analysis, Marburg Colloquium 2013», Marburger Schriften zur genossenschaftlichen Kooperation 117, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 116-118.

self-help organizations of citizens. On continuum 2, they are moving closer to general welfare organizations. However, Nothdurfter also underlines that in Italy social co-operatives are enjoying a high reputation.⁸

When working successfully, all types of co-operatives generate positive external effects. MSCs allow combination of member interests with community interests. This is what Nothdurfter calls a “welfare-mix”, in which citizens and other stakeholders (community facilities, enterprises) are collaborating in the region. Social co-operatives as MSCs demonstrate, how horizontal and vertical lines of responsibility can be combined in networks.⁹ The Community and District Associations (*régies de quartier et de territoire*) in France prove, that similar effects can be achieved in the legal form of association.

In France, Portugal and Spain, the introduction of social co-operatives was inspired by the Italian experience.¹⁰

2 DEFINITION OF CO-OPERATIVE SOCIETY

2.1. On international level

It is internationally recognized that the world co-operative movement with the ICA representing more than 200 national co-operative federations from 97 countries, with more than 1 billion members is a global phenomenon to reckon with. In its project Global 300, the ICA presents the 300 largest co-operative enterprises with a combined annual turn-over of 2 trillion US Dollars in 2010 and a combined economic strength equalling the GDP of Canada or Spain.¹¹ This international recognition has found its expression in documents adopted and published on international level by the ICA, UN, ILO and EU.

2.1.1. *International Co-operative Alliance (ICA) 1995*

The ‘Statement on the Co-operative Identity’ of the ICA, adopted in Manchester in 1995, does not only contain a list of the co-operative values and of seven co-operative principles, but also a definition of what a co-operative society is:

⁸ U. NOTHDURFTER, «Sozialgenossenschaften im Südtiroler Sozialwesen», in ELSEN, Susanne (Hrsg.) (2011): *Ökosoziale Transformation, solidarische Ökonomie und die Gestaltung des Gemeinwesens*, AG SPAK Bücher, Neu-Ulm, S 2011, p. 345.

⁹ U. NOTHDURFTER, «Sozialgenossenschaften im Südtiroler Sozialwesen», cit. , p. 377.

¹⁰ D. HIEZ, «Chapter 17 France», in: CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London 2013, p. 400.

¹¹ ICA Blueprint 2013, cit., p. 2.

“A co-operative is an autonomous association of persons united to meet their economic, social, and cultural needs and aspirations through a jointly-owned and democratically controlled enterprise.”

This definition is used in the UN Resolution presenting “Guidelines aimed at creating a supportive environment for the development of co-operatives” adopted at 88th plenary session, 19 December 2001, A.RES.56.114), and also in ILO Recommendation 193 of 2002 concerning the promotion of co-operatives.

35 years earlier, the ILO had already given a definition of co-operatives in its “Recommendation concerning the role of co-operatives in the economic and social development of developing countries” (Recommendation 127 of 1966):

Art. 12 (1) (a): Essential characteristics of co-operatives:

“... an association of persons who have voluntarily joined together to achieve a common end through the formation of a democratically controlled organization, making equitable contributions to the capital required and accepting a fair share of the risks and benefits of the undertaking in which the members actively participate.”

2.1.2. United Nations (UN) — Guidelines aimed at creating a supportive environment for the development of cooperatives

In Resolution (A/56/572), 2001, Cooperatives in social development; Annex: Guidelines aimed at creating a supportive environment for the development of cooperatives, (A/56/73, E/2001/68), the UN General Assembly adopted the following definition of the term ‘co-operative society’:

Par. 2: “Governments recognize that the cooperative movement is highly democratic, locally autonomous but internationally integrated, a form of organization of associations and enterprises whereby citizens themselves rely on self-help and their own responsibility to meet goals that include not only economic but also social and environmental objectives, such as overcoming poverty, securing productive employment and encouraging social integration.”

In par. 11, it is stated that the organization of associations and enterprises on the basis of co-operatives values and principles should be acknowledged by the law as being legitimate. The law should recognize the contribution of co-operatives to national life and the status of the co-operative movement as a significant

stakeholder within society. Regarding the definition of co-operatives, reference is made to the “Statement on the Co-operative Identity”, adopted by the ICA in 1995.

2.1.3. International Labour Conference, ILO Recommendation 193, 2002

In 2002, after many years of preparatory work, the ILO adopted a recommendation concerning the promotion of co-operatives worldwide, also containing reference to the ICA Statement on the Co-operative Identity of 1995.¹²

Art. 2: “For the purposes of this recommendation, the term “co-operative” means an autonomous association of persons united voluntarily to meet their common economic, social and cultural needs and aspirations through a jointly owned and democratically controlled enterprise”.

In Art. 3, reference is made to the co-operative values and principles as listed in the ICA Statement on the Co-operative Identity of 1995.

“The promotion and strengthening of the identity of co-operatives should be encouraged on the basis of:

- (a) Co-operative values of self-help, self-responsibility, democracy, equality, equity and solidarity; as well as ethical values of honesty, openness, social responsibility and caring for others; and*
- (b) Co-operative principles as developed by the international co-operative movement and as referred to in the Annex hereto. These principles are: voluntary and open membership; democratic control; member economic participation; autonomy and independence; education, training and information; co-operation among co-operatives; and concern for community.”*

2.1.4. Commission of the European Communities (2004): Council Regulation (EC) No. 1435/2003 of 22 July 2003

In 2003, a new legal framework for European co-operative societies was adopted by the Commission of the European Communities. In the Preamble to

¹² H-H MÜNKNER, «Chances of Co-operatives in the Future, Institute for Co-operation in Developing Countries», Papers and Reports No.31, Marburg, 1995, pp. 243-257.

Regulation No. 1435/2003, the following definition of co-operative societies is given:

(10) “A European co-operative society (hereinafter referred to as SCE) should have as its principal object the satisfaction of its members’ needs and/or the development of their economic and/or social activities in compliance with the following principles:

- its activities should be conducted for the mutual benefit of the members so that each member benefits from the activities of the SCE in accordance with his/her participation,*
- members of the SCE should also be customers, employees or suppliers or should be otherwise involved in its activities,*
- control should be vested equally in members although weighted voting may be allowed, in order to reflect each member’s contribution to the SCE,*
- there should be limited interest on share and loan capital,*
- profits should be distributed according to business done with the SCE or retained to meet the needs of members,*
- there should be no artificial restriction on membership,*
- net assets and reserves should be distributed on winding up according to the principle of disinterested distribution that is to say to another co-operative body pursuing similar aims or general interest purposes.”*

SCE Regulation, Art. 1 (3):

“An SCE shall have as its principal object the satisfaction of its members’ needs and/or the development of their economic and social activities, in particular through the conclusion of agreements with them to supply goods or services or to execute work of the kind that the SCE carries out or commissions. An SCE may also have as its object the satisfaction of its members’ needs by promoting, in the manner set forth above, their participation in economic activities, in one or more SCEs and/or national co-operatives. An SCE may conduct its business through a subsidiary.”

SCE Regulation, Art. 1 (4):

“An SCE may not extend the benefits of its activities to non-members or allow them to participate in its business, except where its statutes provide otherwise.”

2.1.5. Summary — Definition of the term “Co-operative Society” on international level

These quotations of international statements on co-operatives show, that there is a common basis regarding the definition, values and principles of co-operative societies, as expressed in the ICA Statement on the Co-operative Identity of 1995, which have thereby become part of public international co-operative law.¹³

2.2. Definitions of the term “co-operative society” on national level

On national level, definitions of the term “co-operative society” vary. While some lawmakers refer to the ICA definition, others have their own long tradition of defining what a co-operative society is. In the UK, a special way is used by defining partly within the law, partly outside the law, what a co-operative society cannot be.¹⁴

“A society which aims on or intends to carry on business with the object of making profits mainly for the payment of interest, dividends or bonuses on money invested or deposited with the society or any other person cannot be a co-operative society” (par. 1 (3) IPSA/CCBSCUA 2010).

An organization formed by people most of whom are not using its services, cannot be a co-operative society. The business will be run for the mutual benefit of the members, so that the benefit members obtain will stem principally from their participation in the business (FCA).

An organization with restricted membership cannot be a co-operative society. There should normally be open membership. This should not be restricted artificially to increase the value of the rights and interests of current members.¹⁵

¹³ H. HENRY, «Chapter 2, Public International Co-operative Law», in CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, pp. 70 f.

¹⁴ I. SNAITH, «Chapter 35 United Kingdom», cit., p. 741.

¹⁵ I. SNAITH, «Chapter 35 United Kingdom», cit., p. 741.

2.2.1. Co-operatives in Italy

In Italy, the Constitution of 1948 defines co-operatives as organizations “with a mutual character (*scopo mutualistico*) without private speculation purposes”.¹⁶ The Italian Civil Code (ICC) contains regulations on co-operative societies (Art. 2511 – 2545-octiesdecies) also applicable to special co-operatives, if not explicitly excluded.¹⁷

In general, co-operative societies are defined as “societies with variable capital and mutual purpose registered in the register of co-operative societies of Art. 2512. The institutional aim of a co-operative is to transact with its members/owners or to employ them, trying to maximize their utility as users, providers or workers”.

The special mutual purpose of co-operative societies distinguishes them from companies and also from associations and foundations. This is true for co-operatives in general, but not with regard to special co-operatives. Such special co-operatives, e. g. social co-operatives, may be formed for the provision of goods and services also for non-members (Art. 2520 (2) ICC). Fully non-mutual co-operatives are only permitted, if a special law so permits (Art. 2520, par. 2 ICC). The law on social co-operatives of 2001 is perceived as such special law.

Art. 1 of National Law on social co-operatives, Law n. 381 of 1991:

(1) “social co-operatives have as their object to pursue the general interests of society in the promotion of human beings and in social integration of citizens by means of:

(a) social, health-care and education services,

(b) execution of different activities and provision of agricultural, industrial, economic and other services, which aim at integrating disadvantaged persons into working life.

(2) Social co-operatives are subject to provisions governing the activity in which these co-operatives operate as far as they are compatible with the provisions of this law.”

Under Italian co-operative law, a distinction is made between prevalently mutual co-operatives (where transactions with members are higher than 50 percent of the total transactions) and non-prevalently mutual co-operatives referred to as “other co-operatives”. Such “other co-operatives” are not obliged to act preva-

¹⁶ A. FICI, «Chapter 22 Italy», in CRACOGNA et al eds.: International Handbook of Co-operative Law, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London 2013, p. 481.

¹⁷ A. FICI, «Chapter 22 Italy», cit., p. 483.

lently with their members, and not to report on the volume of their activities with them. Antonio Fici considers this difference to be not relevant under organizational law, but only under tax law.¹⁸

This opinion is not uncontested. In organization law the general rule is that “the object determines the form”. This means that in case of co-operatives the object of member-promotion is reflected in type-specific rules for membership, governance and financial structure. Member-orientation of Italian general interest co-operatives can be deduced from the composition of the membership group. If the provisions governing general interest co-operatives expressly provide that not more than fifty percent of the members may be voluntary members (Law n. 381 of 1991, Art. 2 (2)), while for the remaining fifty percent of members general co-operative law applies, this means that they must be user-members, worker-members or promoting members.

The votes of promoting members may not exceed one third of the total of the votes of all members (Law n. 59/1992, Art. 4 (2)). Promoting members may be appointed to serve on the board, but the majority of the board members must be co-operators, i.e. user-members or worker-members (Law n. 59/1992, Art. 4 (3)). All this shows that also in case of social co-operatives, members play an important role.

2.2.2. Co-operatives in France

In France, co-operatives are regulated by the general law of 1947 (L 1947) with amendments. In 2001, Title II-ter was added introducing co-operatives for collective interest, (*sociétés coopératives d'intérêt collectif*, SCIC).

According to Art. 1 L 1947,

“Co-operatives are societies whose main objects are:

To reduce, for the benefit of its members and by the common effort, the cost price and possibly the selling price of some products and some services, by fulfilling the function of firms or intermediaries, whose remuneration would increase its price;

Second, to improve the quality of products provided to its members or produced by its members and sold to the consumers;

Third, and more generally, to contribute to the satisfaction of needs and to the promotion of economic and social activities of its members or produced by its members as well as to their training.

¹⁸ A. FICI, «Chapter 22 Italy», cit., p. 484.

Co-operatives may act in any field of human activity”.

This implies that under French general co-operative law, the object of co-operative societies is member-promotion.

In 2014, a new definition of co-operative societies was introduced by the Law on Social and Solidarity Economy (law n° 2014-856 of 31 July 2014). According to article 24 of this law “*the co-operative is a company created by several persons willingly associated in order to satisfy their economic and social needs by their common efforts and the creation of the necessary means*”.

2.2.3. Co-operatives in Spain

In Spain, co-operative law is highly fragmented. In addition to the national co-operative law n. 27 of 1999, there are 15 regional laws and 6 laws or decrees by branches of activity.¹⁹

In Art. 1, law n. 27 of 1999, a co-operative is defined as a “company (sociedad) established by people who associate to conduct business activities directed at meeting their economic and social needs and aspirations on the basis of freedom to join and to leave voluntarily, and having a democratic structure and operation, in accordance with the principles stated by the International Co-operative Alliance, as provided for in this law”.²⁰

A co-operative has a clearly mutual purpose with objects intended to provide services to its members, in contrast to companies, which have a clear for-profit purpose. However, the mutual nature of co-operatives is not absolute. Their by-laws may allow to engage in activities or to provide services to non-members, within limits set by law (art. 4), depending on the type of co-operative. For example, non-member employees may not work more hours per year than 30 % of the total hours per year worked by members; in credit co-operatives loans to non-members may not reach 50 % of its total assets. There are no limits to transactions with non-members in case of consumer and user co-operatives. Breach of these limits can be sanctioned by a fine or by loss of tax benefits.²¹

Co-operatives for social initiative are regulated separately in art. 106 of the Co-operative Societies Act n. 27 of 1999, following the model of Italian social co-operatives (see *infra*, pp. 13, 14).

¹⁹ I. G. FAJARDO GARCÍA, «Chapter 33 Spain», in: CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, p. 704.

²⁰ I. G. FAJARDO GARCÍA, «Chapter 33 Spain», *cit.*, p. 705.

²¹ I. G. FAJARDO GARCÍA, «Chapter 33 Spain», p. 707.

2.2.4. *Co-operatives in Portugal*

In Portugal, the cooperative is defined in Article 2.1 of the Portuguese Cooperative Code (PCC), Law No. 119/2015, entered into force on 30.09.2015, as an “*autonomous association of persons, united voluntarily, of variable composition and capital, which, through cooperation and mutual assistance of its members and in obedience to cooperative principles aims not at profit but at satisfying economic, social, or cultural needs and aspirations of the said members.*”

The distinctive features of this type of legal entity are the social object of the cooperative (the mandate to satisfy the economic, social, or cultural needs of its members while remaining a non-profit entity), the way of management of the cooperative (cooperation and mutual assistance of members, compliance with cooperative principles as stated in article 3 of the PCC –reflecting the Cooperative Principles of the ICA) and its type-specific financial structure (variable share capital).

In Portugal, the object of cooperative societies has an economic and a social dimension beyond member-promotion. The mandate of co-operatives is not limited to meeting the needs of their members but also covers the task to promote the interests of the community in which the co-operative society operates. In article 3 of the Portuguese Co-operative Code (PCC) it is stated that “*co-operatives work for the sustainable development of their communities through policies approved by their members*”. They have to offer education and training to their members, elected representatives and employees and to inform the general public about the nature and benefits of cooperation.

Being rooted in their communities, co-operatives generate stable jobs not threatened by relocation. According to article 3 of the PCC, co-operatives have the special responsibility to ensure that the development of their communities is economically, socially and culturally sustainable. The PCC provides for a mandatory reserve fund “*for cooperative education and technical and cultural training of members and employees of the cooperative as well as of the community*” (article 97 PCC), to which at least 1 % of the annual surplus derived from transactions with members have to be allocated. This reserve — generating assets that are allocated to social purposes, to the benefit of cooperative workers, and the social environment — is seen as one of the most distinctive features of cooperatives compared with other types of enterprise.²² Similar special reserve funds for

²² D. A. MEIRA, O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social, Editora Vida Económica, Porto, pp. 162-167.

education, training and cooperative development can be found in the co-operative law of Italy²³ and Spain.²⁴

2.2.5. *Co-operatives in Germany*

In Germany, co-operative societies are a special type of business association, regulated by a general co-operative societies act (*Genossenschaftsgesetz*, GenG), covering all types of co-operatives and all branches of activity. Co-operative societies are a hybrid form of organization between association, partnership and company. The organization is designed for pursuing long-term objectives: incorporation, by-laws, open membership and corporate structure (governing and controlling bodies/organs). All rights and obligations of members are linked to the person of the member and not to the capital contribution. Procedures for affiliation and withdrawal of members are uncomplicated. The purpose and mandate of co-operative societies is member-promotion, i.e. to generate economic and social advantages for members in a way being defined in detail by the members in the society's by-laws.

The type-specific elements of co-operative organizational structure are:

- Dual nature: being composed of two elements: co-operative group and co-operative enterprise;
- Dual role of members: Being owners and users of their co-operative (principle of identity of owners and users);
- Variable share capital and indivisible reserves from undistributed surplus.

Motivation for membership is self-help combined with mutual aid and expectation of a “co-operative advantage”.

The co-operative model is protected by the following legal provisions: A minimum number of members (reduced in 2006 from 7 to 3) and an active co-operative enterprise (simple co-operative holdings are not recognized as co-operative societies). The general co-operative law has gradually been amended to meet the needs of large and growing co-operative societies by approximation to the company model, leading subsequently to the need to introduce special rules for small co-operatives.

²³ In Italy, cooperatives must allocate 3 % of their annual surplus to the mutual fund set up by the federation of which the cooperative society is a member and used to promote and finance new cooperative enterprises or to promote research projects, regulated in article 11 of Law 59/1992, A. FICI, «Chapter 22 Italy», cit., pp. 489, 499.

²⁴ In Spain, 5% of the surplus from transactions with members has to be allocated to the education and promotion fund, regulated in *Ley de Cooperativas (LC) 27/1999*, art. 58 (1), I. G. FAJARDO GARCÍA, «Chapter 33 Spain», cit., p. 711.

There are no special provisions for ‘social co-operatives’, but the door was opened for multi-stakeholder co-operatives, e. g. by allowing to admit non-using investing members (§ 8 (2) GenG). Carrying on business with non-members is left to be decided in the by-laws. Promoting general interest may be decided by the members, provided it does not become the sole or main purpose of the co-operative society (§ 1 (2) GenG).

The German Co-operative Societies Act was amended in 2006. In § 1 GenG a co-operative society is now defined as follows:

“(1) Societies with a variable number of members, which have as their object to promote the income or economy of their members or their social or cultural needs by means of a jointly owned and operated enterprise (co-operative societies) acquire the legal status of a registered co-operative society according to this Act.

(2) Participation in societies or other organizations of persons including corporations under public law is permitted, provided that it serves:

- (i) the promotion of the income or economy of their members or their social or cultural needs/aspirations (...); and*
- (ii) the non-profit making activities of the co-operative society, without this being the sole or principal object of the society.”²⁵*

2.2.6. Co-operatives in the Republic of Korea

Framework Act on Cooperatives (Enforcement Date 01. Jul, 2015.) Act No.12866, 30. Dec, 2014, Partial Amendment

Chapter I, General Provisions

Article 1 (Purpose):

“The purpose of this Act is to facilitate independent, self-supportive, and autonomous activities of cooperatives, thereby contributing to social integration and balanced development of the national economy by providing for basic matters regarding the establishment and operation of cooperatives.”

²⁵ H.-H MÜNKNER., «Chapter 18 Germany», in: CRACOGNA et al (2013): International Handbook of Co-operative Law, Springer, 2013, p. 417.

Article 2 (Definitions):

“The terms used in this Act shall be defined as follows:

1. The term “cooperative” means a business organization that intends to enhance its partners’ rights and interests, thereby contributing to local communities by being engaged in the cooperative purchasing, production, sales, and provision of goods or services.”

Article 6 (Basic Principles):

(1) “Each cooperative, federation of co-operatives, social co-operative, or federation of social co-operatives shall apply its best endeavours to serve its members in carrying out its business activities.

(2) Each cooperative, federation of cooperatives, social cooperative, or federation of social cooperatives shall be voluntarily organized, shall own property in common, and shall be operated democratically.

(3) No cooperative, federation of cooperatives, social cooperative, nor federation of social cooperatives shall conduct any business activity for speculative investment or shall be engaged in any business affair or activity only for interests of some of members.”

These quotations from the Korean Framework Law of 2014 prove that basically the international co-operative principles are followed.

2.2.7. Summary — Definition of the term “co-operative society” in national laws

This list of legal definitions of the term “co-operative society” in national co-operative laws clearly shows that the mandate of a genuine co-operative society is to promote the economic and social/cultural interests of its members, and that the co-operative values and principles agreed upon by the member organizations of the ICA in 1995, are strongly influencing national lawmakers.

3 DEFINITION OF SOCIAL CO-OPERATIVE

The term “co-operative” in the denomination of social co-operatives implies that people or institutions are working together — co-operate — for individual and common benefit. Members join co-operatives when they are expecting a ‘co-operative advantage’. This is the main motivating force for co-operation. Such

co-operative advantage can be direct: better conditions or results when working together than the individual could expect when working alone. Co-operative advantage can also be indirect, e. g. by improving the living and working conditions in the community or region in which the members of the co-operative society live and work. Whether members are benefiting directly or indirectly is sometimes difficult to distinguish. Economic advantages are easier to measure than social or cultural advantages.

By broadening the object of co-operative societies from promotion of mainly economic interests of their members to the promotion also or even mainly of social or cultural interests, it has become more difficult to distinguish between objectives of the co-operative society and positive external effects of co-operative operations. Where co-operatives work successfully, they usually have positive external effects on fellow citizens, the community and the region: The basic difference between co-operatives and general interest organizations is that co-operatives are working according to the motto “we for us” and general interest organizations are working according to the motto “we for you”. Co-operatives may extend their activities and services beyond their membership group and also serve non-members, but such transactions with non-members are usually limited by law or in the by-laws. Unlimited transactions with non-members on equal conditions makes the ‘co-operative advantage’ disappear, devalue membership and invite free-riders.

The ‘classical’ co-operative model gave co-operative societies a clear mandate to promote the economic interests of their members. It was designed for a relatively homogeneous membership group. All members had to be simultaneously owners and users of their co-operative enterprise (principle of identity of owners and users). This allowed to work under clear and relatively simple rules (e. g. one member – one vote).

By introducing multi-stakeholder co-operatives with different categories of members, a heterogeneous membership group, a membership-mix, was generated for which complicated rules had to be made, to avoid that one category of members would dominate the others, e. g. limited plural voting, rules securing fair representation of each group of members in the governing and controlling bodies, distinction between routine and business decisions, where plural voting is applied and decisions on basic matters (e. g. amendment of by-laws, merger, dissolution), where the principle ‘one member – one vote’ is still valid. At the same time, a new borderline between co-operatives and general interest organizations was established: the *composition of the membership-group*. A co-operative consisting only of investing members or promoting members cannot be a genuine co-operative society (e. g. SCICs in France and social solidarity co-operatives in Québec/Canada).

3.1. Italy — Co-operatives for Social Solidarity — Social Co-operatives

The first law on Co-operatives for Social Solidarity was Regional Law N° 24 of October 1988, of the Autonomous Region Trentino-Southern Tyrol/Alto Adige.

Art. 1 Goals

“Integrated production and workers’ co-operatives as well as co-operatives providing social services are officially recognized and form a special category of ‘social co-operatives’, which are at the same time production and workers’ co-operatives.”

The legal definition in art. 1 of this law was broadened as compared to the conventional interpretation of the mutuality principle, typical for Italian co-operatives. In case of co-operatives for social solidarity, the entrepreneurial activity is directed towards meeting goals of solidarity, i.e. not towards meeting the needs of specific groups and categories, but of general interest for society as a whole. Social co-operatives are created by the initiative of self-organised groups of citizens, who carry out social activities designed to meet the needs of the local community in a new participatory manner. In the meantime, the provisions governing social co-operatives have been developed further in the national law on co-operative societies.

Italy, National Law on Social Co-operatives, Law n. 381 of 8 November, 1991

“Art. 1 Definition

(1) Social co-operatives have as their object to pursue the general interests of society in the promotion of human beings and in social integration of citizens by means of

(a) social, health-care and educational services,

(b) execution of different activities and provision of agricultural, industrial, economic and other services, which aim at integrating disadvantaged persons into working life.

(2) Social co-operatives are subject to provisions governing the activity in which these co-operatives operate as far as they are compatible with the provisions of this law.

(3) Irrespective of the firm name chosen, it must contain the designation “social co-operative”.

With regard to membership, there are limitations and expansions.

3.2. France — Co-operative society for collective interest (*société coopérative d'intérêt collectif* (SCIC))

In France in 2001, a new type of co-operative society was introduced, the Co-operative Society for Collective Interest (SCIC) by law 2001/624 of 17 July 2001), included as art. 19-quinquies in the General Co-operative Act of 1947. This new type of co-operative society is based partly on the Italian model of social co-operative. Five categories of members of SCICs are defined (art. 19-septies): workers, users, volunteers, public bodies and investors.²⁶

Art. 19-quinquies contains the legal definition of SCIC:

“Co-operatives for collective interest are companies with variable capital, which operate under commercial law subject to the provisions of this law.

They have as their object to produce goods and services in the general interest and of social utility.”

The object of SCICs is different from the general objects of co-operatives defined in art. 1 of the Law of 1947. Some see the definitions Co-operative Society and SCIC as not being compatible, because instead of aiming at the satisfaction of their members' interests, the object of SCICs is to produce or supply public interest goods of *social utility*.²⁷

SCICs are submitted to public control which is stronger than for any other co-operative. To establish a SCIC, the founder-members have to obtain permission from the public administration, which is checking whether the criterion of social utility is fulfilled (art. 19-terdecies). Art. 28-bis of Law of 1947 is permitting conversion from association to co-operative and in particular to SCIC.²⁸

3.3. Portugal — Co-operatives for Social Solidarity, 1998

In Portugal, the co-operative character co-operatives for social solidarity as self-help organisations is clearly stressed, as shown in the following quotations:

Legislative decree n° 7/1998 of 15 January 1998 governing co-operatives of social solidarity

²⁶ D. HIEZ, « Chapter 17 France», cit., p. 400.

²⁷ D. HIEZ, « Chapter 17 France», cit., p. 400.

²⁸ D. HIEZ, « Chapter 17 France», cit., p. 401.

Art. 1. Scope

“Co-operatives for social solidarity and their higher level organisations are governed by this legislative decree and where no provisions are contained, by the Co-operative Code” (of 1996).

Art. 2. Concept

“(1) Co-operatives for social solidarity are those which by means of co-operation and self-help of their members, subject to co-operative principles and without a view to profit, work for the satisfaction of the common social needs and for the promotion and integration mainly of the following sectors:

- a. Help for disadvantaged groups, in particular youths, the handicapped and the aged.*
- b. Help for disadvantaged families and communities, with the aim of improving their living conditions and their socio-economic integration.*
- c. Help for Portuguese citizens living outside of Portugal during their stay abroad and after returning to Portugal, if they are in economic difficulties.*
- d. Help for groups of persons suffering from disease, old age and serious economic hardship.*
- e. Promotion of the integration of socially excluded persons by offering access to education and training.*

(2) Beyond the enumeration contained in the foregoing subsection, co-operatives for social solidarity can undertake other activities of similar nature and, within the limits defined by the Co-operative Code, offer services to third parties.

(3) Using the co-operative form does not exempt from applying for permissions, licences and other legally required formalities, while the authorities in charge of granting such permissions have to respect the special nature and social functions of the co-operatives.”

In Portuguese co-operative law, the co-operative character of co-operatives for social solidarity is more clearly expressed than in the co-operative laws of Italy and France: Self-help, the mandate of member-promotion and limits for transactions with non-members.

3.4. Spain — Co-operatives for Social Initiative, 1999

In Spain, co-operatives for social initiative are regulated in Art. 106 of the Co-operative Societies Act n. 27 of 1999, following the Italian model of social co-operatives, leaving the co-operative character of such organizations unclear:

Art. 106

(1) “Social initiative co-operatives are non-profit co-operatives, which irrespective of the class to which they belong have as their objectives either the provision of welfare services through health, education, cultural or other activities of a social nature, the conduct of any economic activity with the purpose of integrating those who suffer any kind of social exclusion into the labour market and, in general, meeting social needs that are not being attended to by the market.

(2) Public entities and organisations can participate as members in such a way as the statutes of the co-operative provide.

(3) The legal provisions of the class of co-operatives to which the co-operative of social initiative belong apply.

(4) Co-operatives of any class which meet the requirements of par. (1) of this article, shall use the designation “iniciativa social” in their firm name.”

It is interesting to note that instead of using the term “social co-operative” in then firm name, the designation “social initiative” is prescribed.

3.5. Québec, Canada — Co-operatives of Solidarity, 1997

Co-operative Societies Act of Quebec of 5 June, 1997 (QCA), Title II 1, contains articles 226.1-226.14 governing co-operatives of solidarity. Regarding the objects of co-operatives of solidarity, Title II 1 does not contain special provisions so that the general provisions apply.

Co-operatives in Canada are primarily oriented to meet the needs of their members while adhering to principles of democratic control. Members’ needs are anticipated in the objects of each co-operative and often entail the provision of remuneration proportional to patronage rather than ownership.²⁹

²⁹ T. PETROU, «Chapter 1 Canada», in CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, pp. 294, 295.

In QCA, section 3, a co-operative is defined as “a legal person in which persons or partnerships having economic, social and cultural needs in common unite for the prosecution of an enterprise according to the rules of co-operative action to meet those needs”. The rules referred to in this definition required for ‘co-operative action’ have also been drawn from the ICA principles and are listed in the law.³⁰

In the definition of co-operatives of solidarity, main emphasis is laid on the *composition of the membership group*, excluding groups composed solely of promoting members.

Art. 226.1

“A co-operative of solidarity is a co-operative, which simultaneously consists of members who are users of the services offered by the co-operative and members working in the co-operative.

Furthermore, each person or organization having an economic or social interest in achieving the goals of the co-operative can also be a member. These members are referred to in the following as promoting members.”

Art. 226.9

“The Minister may order any co-operative ex-officio to amend its by-laws if the society has no user-members or worker-members among its members, so as to cease to come under the provisions of this part of the law.

If the society fails to comply with such order within 60 days from signing the order, the minister may amend the by-laws ex-officio.”

3.6. Republic of Korea — Social co-operatives, 2014

The co-operative law of the Republic of Korea is included in this survey, because it is of recent date (2014) and contains a special chapter on social co-operatives, in which similar approaches are reflected as found in the European rules on social co-operatives. However, the role of government in promoting and supervising co-operative development differs to some extent from government’s role in European co-operatives.

Framework Act on Cooperatives (Enforcement Date 01. Jul, 2015.) Act No.12866, 30. Dec, 2014, Partial Amendment

³⁰ T. PETROU, «Chapter 1 Canada», cit., pp. 295, 296.

Chapter I, General Provisions

Article 1 (Purpose):

...

3. *“The term ‘social cooperative’ means a cooperative that carries out business activities related to the enhancement of rights, interests, and welfare of local residents or provides social services or jobs to disadvantaged people, among cooperatives under subparagraph 1, but that is not run for profit.”*

Chapter IV, Social Co-operatives

Section 1 Establishment

Article 85 (Authorization for Establishment, etc.)

*“(1) When it is intended to establish a social cooperative, at least five persons qualified for membership shall prepare articles of **association as promoters, table the articles of association at the inaugural general meeting for a resolution, and then obtain authorization therefor from the Minister of Strategy and Finance.**”*

3.7. Summary on Social Co-operatives

As already mentioned earlier, the ICA in its Blueprint for a Co-operative Decade 2012-2020 stated that the market-place of social enterprises is a crowded one (supra, p. 5). On the continuum between genuine co-operatives based on self-help of their members and general welfare associations, social and general interest co-operatives are hybrid forms tending towards assimilation to general welfare associations.

In Italy, social and general interest co-operatives were introduced in the 1980-ies, in the autonomous region Trentino-Alto Adige and in 1991 on national level. This model has found many followers in Central and Southern Europe: France, Portugal, Spain, but also for example in Poland (PIECHOWSKI 2013, pp.613-615), North Africa, in Québec/Canada and Latin America and for example in the Republic of Korea. The Italian model of social co-operative society is not followed for example in the UK and in Germany.

Another relatively recent innovation is the admission of different categories of members besides the ‘classical’ form of user-members: non-using investing members, promoting members, voluntary members, enterprises working in the community or region as well as private and public corporations.

In France, David HIEZ sees finding a common definition covering both co-operatives and SCICs as a problem: The relationship between co-operators and their co-operative is different, but the goals have to be the same.³¹

In the general co-operative law of 1947, main concern was to describe co-operative specificity and distinction from other groups, e. g. economic interest groups. Introduction of SCIC in 2001 was an innovation, a bridge between association and co-operative society, inspired by the Italian social co-operative of 1991. SCICs were defined as co-operatives but with a different social object, which had important theoretical and practical consequences. Different answers are given to the questions of democratic control, open door, independence (e.g. from trade unions and political parties), regarding distribution of surplus and activities with non-members.

According to Art. 19-quinquies: SCICs have as their object the production and supply of collective goods and services *in the general interest and for social utility*, without defining clearly what ‘social utility’ means. According to David HIEZ, ‘social utility’ is different from individual and general interest and fits into Social Economy. The social object of SCICs is no longer or at least not only satisfaction of the needs of members, but is targeted explicitly to third parties. Membership is not a condition for obtaining services from SCICs (Art. 19-sexies). SCICs were introduced without regard to their compatibility with the general definition of co-operatives in Art. 1 L 1947 which remains focussed on the needs of the members (exclusivity rule).³²

While members remain the core also of SCICs, the exclusivity rule is restricted (co-operatives may conduct up to twenty percent of their transactions with non-members (Art. 3 L 1947)). Increasing attention is paid to multi-membership, notably including employees (e. g. in Agricultural co-operatives). More emphasis is laid on care for the community. By requiring co-operatives to deliver goods services of social utility a clear borderline is not defined. From the perspective of social economy, David HIEZ sees no conflict between SCICs and other co-operatives, with the SCIC being more clearly targeted to serve the community, moving closer to the general welfare association on continuum 2.

4. ELEMENTS OF CO-OPERATIVE STRUCTURE

According to the ICA Statement on the Co-operative Identity of 1995, co-operative principles are not hard and fast rules to be followed by the letter, but “guidelines for putting co-operative values into practice”.

³¹ D. HIEZ, «Chapter 17 France», cit., p. 400.

³² D. HIEZ, «Chapter 17 France», cit., p. 400.

Without being expressly mentioned, the key element of co-operative structure is the principle of identity of owners and users, creating incentives to participate actively as co-owner and preferred customers, by offering members exclusive co-operative advantages and by creating trust in the self-controlled system. This principle allows limitation of conflicts of interest between owners and users, typical for business organisations

The object of co-operative societies is pursuing a long-term, mainly economic purpose, combined with additional social and/or cultural objectives: After amendment of the co-operative law in Germany in 2006, also mainly social or cultural objectives are possible. This is in clear contrast to the usual object of investor-driven and commercial enterprises, which is short term profit.

To secure autonomy and independence of co-operatives, their co-operative enterprise has to be economically viable and has to allow accumulation of a self-financed stock of capital from undistributed surplus, creating a stable financial base for the operations of the co-operative society without depending on external investors or support.

Variable/voluntary membership, together with relatively simple conditions for admission and withdrawal, are important for safeguarding long-term existence of the co-operative society even beyond the lifespan of the individual member. Furthermore this element serves as a filter to keep the membership group homogeneous or, in a multi-stakeholder co-operative, to bring and keep together all those operators interested in reaching the common objectives. This element also serves to avoid unwilling membership and passive members.

Organizational structure — internal democratic structure — is based on equal voting rights (one member – one vote). This element of co-operative structure is allowing and encouraging active member-participation. It avoids what is normal in commercial organizations, that those contributing more dominate those contributing less and the rich dominating the poor. This democratic structure is threatened by introducing plural voting – which, accordingly, should be strictly limited.

These clear rules are abandoned in case of general interest co-operatives, where member-orientation can be deduced from the composition of the membership group. According to the ‘classical’ clear and simple concept of co-operative organization, owners and users have to be identical, non-users cannot be members and non-members cannot be users. Where this concept was abandoned and different categories of members were admitted, this turned co-operative groups from homogeneous to heterogeneous, bringing conflicts of interest between owners (investing members) and users into the society. Under this concept, general interest co-operatives would be a contradiction in terms. However, despite a clear definition of co-operative objectives being the mandate of member-promotion, transaction with non-members are not ruled out. But care for others and for the

community could only be an additional objective or could take the form of positive external effects of co-operatives working successfully. There is a fundamental difference between a co-operative society set up by and for the members, who act for self-help but also in the interest of others and an organization set up for general benefit.³³

Type-specific elements of co-operative financial structure are: variable share capital, refund of shares upon withdrawal at par value (excluding speculative gains), limited return on capital and indivisible reserves (asset lock). This financial structure is tailor-made for organizations starting business with members having limited financial means and looking for gaining strength by working together with others, pooling small resources and determined to establish a solid capital base for their co-operative enterprise – starting with small capital contributions and building up reserves over time from undistributed surplus, different from the company model. These special features of the co-operative model of organization are not “structural weaknesses” or “burdens of the past” which have to overcome or dropped, as some believe. When rightly applied, for projects suitable for collaboration on a co-operative basis, efforts to replace the type-specific co-operative structure by financial instruments from the tool box of company law do not strengthen, but rather weaken the co-operative project reducing member participation and member-support.

Members’ commitment in financing their co-operative society remains important. In their Joint Declaration of the Fifth Asia-Pacific Co-operative Ministers’ Conference of ICA ROAP (1999) held in Beijing 11-16 October 1999, the key role of members’ financial commitment in their co-operative society was highlighted by recommending the following strategy for capitalization of co-operatives:

“When seeking to raise capital, co-operatives should be encouraged to adopt the following strategy: first seek capital from members; if further capital is required it should seek capital funds from other co-operatives within the country or in other countries; and if further capital is required only then should it be sought from other non-co-operative sources” (ICA ROAP 1999, p. 15).

Another important issue is how to measure success of co-operative societies. Where success of an enterprise is not expressed in terms of profit made or return on investment earned, success cannot be read from the balance sheet. In co-operatives with their mandate of member-promotion, special instruments are required to measure success in terms of member-oriented effectiveness (promo-

³³ I. ADDERLEY, 2015, Financial Compliance Authority (FCA), UK, Message sent to the author in July 2015.

tion plan, promotion report) and special forms of audit are needed: Internal and external control (financial and management audit). In case of social co-operatives, additional instruments for measuring success have to be invented, e. g. “bilan sociétal”.³⁴

Generally, conditions for fulfilling the mandate of member-promotion or community benefit are: Economic viability and financial stability of the co-operative enterprise. Co-operatives must be self-financed by members’ contributions and indivisible reserves accumulated from undistributed surplus. Being self-financed is a precondition for autonomy and independence. Co-operatives dependent on external support cannot claim autonomy. The old rule: ‘control follows money’ also applied to co-operatives.

5. TAX TREATMENT

It is generally agreed, that co-operatives should not enjoy privileges. Where tax exemptions are granted, these are not perceived as privileges, but as type-specific tax-treatment. A case in point is whether surplus distributed among members as patronage refund (in proportion to business done by the member with the co-operative enterprise) can be recognized as tax-deductible operation cost of the co-operative enterprise. Under German tax law, several conditions have to be met for such official recognition: The surplus has to be generated from transactions with members, which means that separate accounts have to be kept for transactions with members and with non-members. The surplus has to be paid out to the members following the same standards for all members. Even if these conditions are met, it is left to the discretion of the local tax authorities to grant or refuse deduction from the co-operative’s taxable income.

There are also tax exemptions for co-operatives serving the general interest, e. g. social co-operatives in some European countries. In Germany, general interest housing co-operatives following special rules are exempted from certain taxes.

6. PROBLEMS CREATED BY DEVIATION FROM THE CLASSICAL (TESTED) MODEL OF CO-OPERATIVE SOCIETY

Where the general co-operative law is amended by introducing different categories of members with different rights and obligations, e. g. plural voting, such amendments require complicated additional rules to organize democratic control while avoiding that one category of members may be given or take over a dominating role (e. g. in case of SCIC in France and co-operatives of solidarity in Québec/Canada) with voting colleges for each category of members. The same is

³⁴ H.-H. MÜNKNER, «Bilan Sociétal» – neuer Ansatz zur Messung des Erfolgs von Genossenschaften» in Frankreich, in: *ZfgG* Band 59, Heft 4/2009, pp. 271-284.

true with regard to introduction of new financial instruments meant to strengthen the equity capital of co-operatives (supra p. 18).

As a result, co-operative law that used to be clear and relatively simple becomes a complex legal framework, e. g. the new Co-operative Law of Finland has 365 sections, of which one quarter deals with new financial instruments, seldom used in practice.³⁵ For co-operatives this means development from a clear to a blurred profile. The clear co-operative message, called for by the ICA, distinguishing co-operatives from commercial enterprises on the one hand and general interest organizations on the other, is lost.

Patchwork amendments influence the practical application of new and old rules, e.g. in case of the legal definition of the term “co-operative” in Art. 1 L 1947 and of the definition of SCIC in art. 19-quinquies L 1947 leading to ambiguities and contradictions between the co-operative mandate of member-promotion on the one hand and the mandate of co-operatives for collective interest (SCICs) to offer services of public utility on the other and influencing practical application. Approximation to the company model regarding governance and financial structures in the general co-operative law are demanded by large and further growing co-operatives. Such amendments are usually not suited for new and small co-operatives, which, accordingly, need special rules or exemptions from the general rules.

Experience with general interest co-operatives is not new. Attempts to regulate “*general interest co-operatives*” can already be found in Sec. 4 of the Maharashtra Co-operative Societies Act of 1961:

*“A society, which has as its objects the promotion of the economic interest or general welfare of its members or of the public, in accordance with co-operative principles or a society established with the object of facilitating the operations of any such society may be registered under this Act.”*³⁶

In his comments on this section, M. D. VIDWANS uses clear terms:

“What is meant by ‘general welfare’ in this section is not clear”. “The wording of the section is too woolly to stand the test of judicial interpretation, especially when there is no unanimity on what amounts to a co-operative principle itself.” “It is no use saying that key are the ‘accepted co-operative principles’, when this Act itself has deliberately disregarded one of such accepted principles ...”. “Self-help

³⁵ H. HENRY, «Chapter 16, Finland», in CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, pp. 376, 377.

³⁶ M. D. VIDWANS, *The Maharashtra Co-operative Societies Act 1960*, Bombay, 1962, p. 26.

is the watchword of co-operation and yet mutuality or mutual help is its cardinal principle”.³⁷

Another example can be found in the Co-operative Societies Act of Singapore, Act N°. 17 of 1979: According to section 4 (1) (b), societies which may be registered under this law include the following:

“A society may be registered which, while having regard to the economic interests of its members in accordance with essential co-operative principles, has, as its object, the promotion of the economic interest of the public generally, or any section of the public”...

This refers mainly to the large consumer co-operatives in Singapore, serving members and non-members alike, while for example in Japan, the law prohibits transactions with non-members by consumer co-operatives.³⁸

7 HOW TO PROMOTE CO-OPERATIVE DEVELOPMENT?

Before people can be taught how to form and run co-operative societies, it is necessary to teach the teachers and to train qualified and experienced co-operative promoters. Success criteria were evaluated by graduates of the degree course in Co-operative Economics at Marburg University (1964-2004): An interdisciplinary approach (combining economic, legal and sociological subject-matters), using teachers who have both theoretical knowledge and practical experience of the subject-matter they are teaching and — for the students — combining teaching and practical training.³⁹

Those offering advice to founder-members and start-ups: Business consultants, lawyers, tax consultants, chartered accountants, staff of chambers of commerce and co-operative federations, have to know their subject thoroughly and must be interested in recommending the legal form best suited for the planned new organization.

For MSCs it is of strategic importance to establish links with the community administration, public authorities and enterprises in the region. Efforts have to be made to pool energies and resources of all operators active in the community or region for a common objective and to generate or strengthen local value chains.

³⁷ M. D. VIDWANS, The Maharashtra Co-operative Societies Act 1960, cit., pp. 27, 28.

³⁸ A. KURIMOTO, «Chapter 23, Japan», in CRACOGNA et al eds.: International Handbook of Co-operative Law, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London 2013, p. 511.

³⁹ H.-H. MÜNKNER (ed.), Making Co-operative Promoters - 40 Years ICDC, Report on the degree course in Co-operative Economics and the Institute for Co-operation in Developing Countries (ICDC), University of Marburg/Germany, LIT, Zurich, Berlin, Vienna, Münster, 2015, pp. 23, 24.

In a world dominated by anonymous large combines and business chains, aiming primarily at making short term profit, co-operatives with their emphasis on satisfying their members' needs and on sustainable development, can make the difference. They can build up a good reputation by a business policy avoiding excessive risks according to the Motto: "we only do business we know with people whom we know". They have to make the "co-operative advantage": tangible and visible by presenting promotion plans, promotion programmes and promotion reports. Only co-operatives emphasising their local roots and implementing low risk programmes can mobilize co-operative-specific internal driving forces: "Co-operative individualism", mutual trust among members and the feeling of "better together".

Members can be attracted and bound by offering participation and co-operative advantage, but not by giving members and non-members the same services, inviting free-riders.

To manage the co-operative difference means to practice value-oriented co-operative management rather than copying profit-oriented management from commercial competitors. Economic viability and financial stability can be secured by using a type-specific financial structure, counting on own resources.

To encourage the formation of new societies, first of all it is necessary to spread knowledge about co-operatives, e. g. by adding co-operative subjects to curricula of schools, trade schools, universities, provide textbooks, use new media.⁴⁰

Lawmakers should not make it too complicated to establish new co-operatives as in the case of the SCE Regulations of 2003, for which more simple alternatives can be found. Furthermore, legal cost should be reduced and should not be higher than in case enterprises in other legal form. In Germany this applies to audit fees (pre-registration audit and annual or bi-annual audit) and membership fees in a co-operative audit federation.

8 SELF-HELP ORGANIZATIONS VERSUS WELFARE ORGANIZATIONS

When discussing this issue, a short look into historic experience of RAIFFEISEN and SCHULZE-DELITZSCH in the middle of the 19th century with welfare associations turned into self-help organizations may be useful.

A problem of ecological sustainability was the starting point of the co-operative idea in Germany. Strong population growth resulted in more intensive land use, not allowing the soil to regenerate by natural processes. Decreasing crops and harvest-failures caused impoverishment of the rural population and famines. Usurers drove many farmers into ruin. RAIFFEISEN saw the solution of these

⁴⁰ H.-H. MÜNKNER, *Co-operative Principles and Co-operative Law*, second, revised edition, LIT, Zurich, Berlin, Vienna, Münster, 2015, pp. 167-174.

problems by offering access to financial services to farmers, starting with savings facilities and access to loans at favourable conditions for the construction of stables, purchase of farm machinery, animals, seeds, fertilizer and land.

In 1849 he established the Flammersfelder support association for helping poor farmers and in 1854 the Heddesdorf welfare association. In both cases better-off citizens provided funds to be issued to farmers as loans. The loans often served for purchasing livestock and had to be paid back in equal instalments over five years. In addition, the Heddesdorf welfare association contributed to the education of neglected children, employment of citizens without jobs and the integration of ex-prisoners, and opened a library for the citizens. However, RAIFFEISEN had to realise that welfare associations were lacking economic sustainability. Both associations finally failed. The better-off members had no direct advantage and therefore were not permanently available. The Flammersfelder support association was dissolved. Thereafter, a second association was established in 1864: the Heddesdorf loan association. Members of the new association were mainly those in need. Especially the new character as self-help organisation was securing lasting success.

Some years later, Hermann SCHULZE-DELITZSCH had a similar experience. Many advance associations based on charity⁴¹ and loan facilities for craftsmen had to close shortly after they had been formed. SCHULZE-DELITZSCH saw as a reason that, because of their welfare character, the associations did not control the repayment capacity of the borrowers and the punctual repayment of the loans with the required rigour. The craftsmen receiving support repaid the loans with great delays or not at all. Frequent occurrence of un-repaid loans caused the well-to-do citizens to loose interest.⁴² The advance association established by SCHULZE-DELITZSCH only became successful after re-organization as a self-help organisation. The funds for issuing loans were provided by a growing number of craftsmen, who joined as members and the advance association paid interest. In addition, joint and several liability of all members was introduced. This reorganisation set a sustainable development into motion.⁴³

9 VOLUNTARY MEMBERSHIP IN GENERAL INTEREST ORGANIZATIONS

Where obligations linked to membership in an organization outweigh personal advantages and where participation of all concerned is important for reaching the

⁴¹ The funds for issuing loans were provided by donations and interest free loans from well-to-do citizens.

⁴² H. SCHULZE-DELITZSCH, *Vorschuss-Vereine als Volks-Banken – Praktische Anweisung zu deren Gründung und Einrichtung*“, Leipzig, 1855, pp. 1, 2.

⁴³ H. SCHULZE-DELITZSCH, *Vorschuss-Vereine als Volks-Banken – Praktische Anweisung zu deren Gründung und Einrichtung*“, cit., pp. 12-14.

planned objectives (of individual and general interest), voluntary membership as an organizing principle does not work. Where for example sustainable forest management can only be achieved, if all forest owners co-operate, voluntary membership, meaning that some forest owners could opt for managing their forest in their own way, with a view to short-term profit by neglecting sustainability to save cost, would endanger the development of the entire forest area. When maintaining rights of private ownership of forests, the only solution for guaranteeing sustainable forest management is compulsory membership of all forest owners in public law co-operatives under state control.

In Germany, there is a long tradition of *public law co-operatives* for the promotion of general interest, having their roots in the community, characterized by compulsory and closed membership: All water users, forest owners, hunters, fishermen in the area of operation/region have to join. Members are obliged to fulfil prescribed tasks for securing sustainable development, protection of the biological equilibrium and the environment.⁴⁴

Such public law co-operatives have a dual mandate: promoting the interests of their individual members and at the same time working for sustainable management of natural resources and protection of the environment. Compulsory membership is used as a means of achieving the objects of the organization in the general interest. This does not affect the personal relationship as member of the co-operative in terms of self-administration and allows combining individual advantage (promotion) with serving general interest, i.e. to preserve forests, waters, land and the bio-diversity.

In this case, the co-operative principle of identity of owners and users, pursuing not only economic objectives (for member-promotion) but at the same time serving general interest of the community and the state in sustainable agriculture and water supply, protection of forests, lakes and rivers, employing game wardens, is causing cost to be born by the members.

E.g. forest owners' co-operatives: Formed by the state with compulsory membership of all forest owners in the area of operation, following the rules for sustainable forest management, but having an internal democratic structure (members' right to vote in general meetings). The institutional object of these public law co-operatives is not only to promote the interests of their members but also and mainly to care for protecting the environment under government supervision.

⁴⁴ H. PAULICK, *Das Recht der eingetragenen Genossenschaft*, C. F. Müller, Karlsruhe. 1956, pp. 16-23.

10 PROMOTION OF CO-OPERATIVES BY GOVERNMENT

In Europe, co-operative laws are usually pure organization laws, with government policy for promoting co-operative development being laid down in the constitution (e. g. in Italy) or in policy papers or development plans.

Korean Framework Act on Co-operatives of 2014 contains a whole range of promotional measures, with the following details: management support (art. 10-2); education and training support and human resources development (art. 10-3), a policy of revitalization of co-operatives and social co-operatives including improvement of related statutes (art. 11 (2)) and strategies for co-operative development in a Master Plan (art. 11).

The autonomy of co-operatives is protected (art. 10 (1)), active co-operation of government and co-operative federations is called for (art. 11-2), with the right of co-operatives to be heard by government (art. 10 (3)). The law provides for a council for co-operative policy deliberations, composed of public officials, persons commissioned by the Ministry with knowledge and experience in co-operatives, but obviously without representatives of the co-operative movement and practicing co-operators (art. 11-2).

Use of the services of the co-operative society by non-members is allowed to the extent that does not interrupt its members in using its services, with the exception of services prescribed by Presidential Decree (art. 46).

Chapter IV – social co-operatives

List of business activities:

Article 93 (Business Activities)

“(1) Each social cooperative shall be engaged in at least one business activity as its main business among the following business activities: (Amended by Act No. 12272, Jan. 21, 2014)

1. *Programs for contributing to the renewal of local (...) communities, invigoration of the local economy, enhancement of rights, interests, and welfare of local residents, and resolution of other problems that local communities face;*
2. *Programs for providing the disadvantaged class prescribed by Presidential Decree with social services in the areas of welfare, medical service, or environment;*
3. *Programs to provide jobs for the disadvantaged class prescribed by Presidential Decree;*

4. *Projects entrusted by the central government or a local government;*
 5. *Other projects contributing to the promotion of public service.*
- (2) *The main business referred to in the subparagraphs of paragraph (1) shall be at least 40 percent of the total amount of the entire business of a cooperative (Amended by Act No. 12272, Jan. 21, 2014).*
- (3) *Criteria for judgement of main business under the subparagraphs of paragraph (1) shall be prescribed by Presidential Decree (Newly inserted by Act No. 12272, Jan. 21, 2014)."*

Section 8 - Supervision

Article 111 (Supervision) of social co-operatives:

- (1) *"The Minister of Strategy and Finance shall respect the autonomy of social cooperatives and supervise their business affairs and may issue an order necessary for supervision, as provided for in this Act.*
- (2) *In any of the following cases, the Minister of Strategy and Finance may require a social cooperative (including a cooperative in the process of establishment; hereafter the same shall apply in this Article) to report matters regarding its business and property or may assign public officials under his/her control to inspect the current status of the business affairs of a social cooperative, its accounting books, documents, and other necessary matters."*

II CONCLUSION — WITHOUT SELF-HELP AND MUTUAL AID — NO CO-OPERATIVES

The idea expressed in the ICA Blueprint, that co-operatives are more efficient than investor-owned businesses (ICA Blueprint 2013, p. 14), is debatable. There are field of business where the co-operative model works best and other fields where investor-driven models of organization or general interest associations work better. In case of projects requiring a strong and stable capital basis from the outset, hybrid forms like co-operative companies could combine the advantages of the company model with those of the co-operative model.

By approximating co-operatives to general interest associations and without visible material co-operative advantages to attract and motivate members, type-

specific incentives for voluntary participation are neutralized. It is known from experience that internal driving forces can only be generated, if self-interest of the individual members can be pursued successfully only or better by working together with others having similar interests. The motto of co-operatives is “We for Us” and not “We for You” – but also can include: “We not only for Us but also for You and for the general public”. In this context it is important to distinguish objectives from effects. There is a decisive difference between positive external effects being by-products of co-operatives operating successfully in promoting their members’ interests and organizations in which positive external effects are part their institutional objectives. Non-mutual social co-operatives and in particular general interest ‘co-operatives’ are lacking this specifically co-operative strength.

Other key elements of genuine co-operative organization are autonomy and independence. Without own resources, there can be no independence. It is known from experience that organizations depending on external support will disappear when external support dries up. Members’ commitment in financing their co-operative society remains important.

To meet the real and ostensible needs of large and further growing co-operatives, many lawmakers have reacted by introducing new rules from company law: e. g. investor-members, fixed minimum capital, partly divisible reserves. This may bring co-operatives in a situation where by approximation to the company model, co-operatives lose their clear profile, their credibility as a value-based organization, as well as their internal driving forces.

In some legal definitions of social or “general interest co-operatives” in national co-operative laws, the elements determining their co-operative character are clearly expressed, e. g. in case of social solidarity co-operatives in Portugal, where self-help is mentioned as part of the underlying concept and honorary members remain without voting rights. In Italy and France, the objects of “general interest co-operatives”: serving public interest or offering services of public utility, deviate from the tested model of co-operative society with the mandate to promote only or mainly the interests of their members by means of self-help and mutual aid.

In the Framework Act on Co-operatives of 2014 of Korea, social co-operatives are defined as business organizations having as their object to enhance the rights and interests, and the welfare of local residents or promote social services or jobs for disadvantaged people (article 2). This is in contradiction to article 5 of the same law, where the objectives of co-operatives are described as member-promotion and mutual help between members, repeating a mistake already exposed by M. D. VIDWANS when commenting on the “general interest co-operatives” in the Maharashtra Co-operative Societies Act of 1961 as being in contradiction with the co-operative principles which the same law pretends to follow (supra, p. 20).

In Québec/Canada, special objects of co-operatives for social solidarity are not mentioned in the law, but are implied in the name “co-operative”. In Italy and France, member orientation of general or collective interest co-operatives is not expressly stated in the law but can be derived from the composition of the membership group. In Québec/Canada, co-operatives for solidarity, which only have promoting members, can be dissolved ex-officio.

Finally, to answer the question discussed in this paper, social co-operatives can retain their co-operative character and their internal driving forces, if they remain at least for a substantial part of their operations member-oriented or — using the Italian term — mutual. Totally non-mutual ‘co-operatives’ working in the general interest or for public utility are a contradiction in terms. They are welfare associations and as such may have their merits but also their own rules of functioning.

In a resolution passed by a Co-operative Ministers’ Conference in Beijing organised by the ICA Regional Office for Asia and the Pacific in 1999, the importance of maintaining a strong co-operative profile was underlined in very clear terms:

“Co-operatives contribute their best to society when they are true to their nature as autonomous, member-controlled institutions, and when they remain true to their values and principles (autonomy and independence).”⁴⁵

REFERENCES

- ADDERLEY, Ian 2015, Senior Associate, Financial Compliance Authority (FCA), UK: Message sent to the author in July 2015.
- Autonome Region Trentino-Südtirol: Sammlung der Regionalgesetze und Verordnungen der Region auf dem Gebiet des Genossenschaftswesens, Trient, 1992.
- Commission of the European Communities (2004): Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the promotion of co-operative societies in Europe, COM (2004) 18 of 23/2/2004, Brussels.
- FAJARDO GARCÍA, I.-G., «Chapter 33 Spain», in: CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, pp. 701-718.
- FICI, A., «Chapter 22 Italy», in CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, pp. 479-501.

⁴⁵ ICA ROAP 1999, p. 6.

- HENRY, H., «Chapter 2, Public International Co-operative Law», in CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, pp. 65-88.
- HENRY, H., «Chapter 16, Finland», in CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, pp. 373-392.
- HIEZ, D., «Chapter 17 France», in: CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, pp.393-411.
- International Co-operative Alliance Regional Office for Asia and the Pacific (ROAP) New Delhi (1999), *Joint Declaration, Fifths Asia-Pacific Co-operative Ministers' Conference in Beijing*. 11-16 October 1999.
- International Co-operative Alliance, *Blueprint for a Co-operative Decade 2012-2020*, Geneva, 2013.
- International Labour Organisation (2002): *ILO Recommendation 193 of 2002 concerning the promotion of cooperatives*, Geneva, 2002.
- KURIMOTO, A., «Chapter 23, Japan», in CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, pp. 503-523.
- MEIRA, D. A., *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Editora Vida Económica, Porto, 2009.
- MÖLLS, S. / MÜNKNER, H.-H. (Eds.), *Blueprint of the International Co-operative Alliance (ICA) for a co-operative decade – a Critical Analysis, Marburg Colloquium 2013*, Marburger Schriften zur genossenschaftlichen Kooperation 117, Nomos, Baden-Baden, 2015.
- MÜNKNER, H.-H., «Chances of Co-operatives in the Future», Institute for Co-operation in Developing Countries, *Papers and Reports* No.31, Marburg, 1995.
- MÜNKNER, H.-H., «Bilan Sociétal* – neuer Ansatz zur Messung des Erfolgs von Genossenschaften in Frankreich», in: *ZfjG Band 59*, Heft 4/2009, pp. 271-284.
- MÜNKNER, H.-H., «Chapter 18 Germany», in: CRACOGNA et al (2013): *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, 2013, pp. 413-429.
- MÜNKNER, H.-H. Ed., «Making Co-operative Promoters - 40 Years ICDC», *Report on the degree course in Co-operative Economics and the Institute for Co-operation in Developing Countries (ICDC)*, University of Marburg/Germany, LIT, Zurich, Berlin, Vienna, Münster, 2015.
- MÜNKNER, H.-H. Ed., *Co-operative Principles and Co-operative Law*, second, revised edition, LIT, Zurich, Berlin, Vienna, Münster, 2015.
- NAMORADO, R., «Chapter 29 Portugal», in: CRACOGNA et al (2013): *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, 2013, pp. 635-652.
- NOTHDURFTER, U., «Sozialgenossenschaften im Südtiroler Sozialwesen», in ELSSEN, Susanne (Hrsg.) (2011): *Ökosoziale Transformation, solidarische Ökonomie und die Gestaltung des Gemeinwesens*, AG SPAK Bücher, Neu-Ulm, 2011, pp. 339-359.
- PAULICK, H., *Das Recht der eingetragenen Genossenschaft*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1956.
- PETROU, T., «Chapter 1 Canada», in CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, pp. 289-316.

- PIECHOWSKI, A., «Chapter 28 Poland», in: CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, pp. 609-633.
- RAIFFEISEN, F. W., *The Credit Unions, Eighth Edition, translated from German by Konrad Engelmann*, The Raiffeisen Printing and Publishing Company, Neuwied, 1970.
- SCHULZE-DELITZSCH, H., *Vorschuss-Vereine als Volks-Banken – Praktische Anweisung zu deren Gründung und Einrichtung*“, Leipzig, 1855.
- SNAITH, I., «Chapter 35 United Kingdom», in CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, pp. 735-757.
- STAPPEL, M., «The ICA Blueprint for a Co-operative Decade and the idea of the Co-operative as a self-help organisation being part of a market economy», in MÖLLS/MÜNKNER Eds. (2015), *NOMOS*, Baden-Baden, 2015, pp. 51-64.
- UN Guidelines (2001), aimed at creating a supportive environment for the development of co-operatives, A/56/73, E/2001/68, adopted at 88th plenary session, 19 December 2001, A.RES.56.114.
- VEERAKUMARAN, G., «Chapter 20 India», in CRACOGNA et al eds.: *International Handbook of Co-operative Law*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2013, pp. 449-465.
- VIDWANS, M. D., *The Maharashtra Co-operative Societies Act 1960*, Bombay 1962.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 77-108
ISSN: 1130-2682

A REFORMA DO CÓDIGO COOPERATIVO EM PORTUGAL
THE REFORM OF THE PORTUGUESE COOPERATIVE CODE

DEOLINDA A. MEIRA¹ - MARIA ELISABETE GOMES RAMOS²

Recepción: 29/06/2016 - Aceptación: 26/09/2016

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.

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

RESUMO

O novo Código Cooperativo português foi aprovado pela Lei 119/2015, de 31 de agosto, ponto termo à vigência do Código Cooperativo de 1996. Esta reforma do Código Cooperativo surge na sequência da Lei de Bases da Economia Social que, no seu artigo 13.º, impõe a revisão da legislação aplicável às organizações da economia social. O Código Cooperativo de 2015 reduziu o número legal mínimo de cooperadores necessário à constituição da cooperativa; admitiu, com limites legais imperativos, o voto plural e membros investidores; e consagrou três modelos alternativos de administração e de fiscalização da cooperativa. Em matéria de regime económico, o Código Cooperativo de 2015 reduziu o capital social mínimo, clarificou o regime da responsabilidade dos cooperadores e adotou novas soluções quanto às reservas cooperativas. Neste artigo são analisadas as principais alterações introduzidas pela reforma de 2015 do Código Cooperativo.

PALAVRAS-CHAVE: cooperativas, governação, regime económico, voto plural e membros investidores.

ABSTRACT

The new Portuguese Cooperative Code has been approved by the Law nº 119/2005, 31th august 2015, revoking the Cooperative Code approved in 1996. This reform of the Cooperative Code is a consequence of the Legal framework on the which article 13 imposes the reform of the legislation applicable to the cooperatives. The 2015 Cooperative Code reduces the required minimum number of co-operators for the cooperative incorporation; provides three legal alternatives of management and supervisory models. Regarding the financial structure of the Portuguese cooperatives, the 2015 Cooperative Code reduces the minimum share capital, provides for a further clarification of the co-operators' liability and adopts new legal solutions for the cooperative reserves. This paper highlights the main changes brought by the 2015 Portuguese Cooperative Code.

KEY WORDS: Cooperatives, Governance, cooperative financial structure, plural vote, investor members.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOVOS PRECEITOS QUANTO AO PROCESSO DE CONSTITUIÇÃO. 2.1. Redução do número mínimo de cooperadores. 2.2. Membros investidores e voto plural – requisitos de admissão. 3. MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO E DE FISCALIZAÇÃO DA COOPERATIVA. 3.1. As alternativas previstas na lei e a necessidade de escolher um dos modelos. 3.2. Composição e competências do órgão de administração. 3.3. Delegação de poderes de gestão. 4. A FISCALIZAÇÃO DA GESTÃO DA COOPERATIVA. 5. O REGIME ECONÓMICO NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS. 5.1. As alterações ao regime do capital social. 5.2. Maior clarificação em matéria de responsabilidade. 5.3. Novas soluções normativas quanto às reservas cooperativas. 5.4. O regime jurídico da distribuição de resultados: uma oportunidade perdida. CONCLUSÕES. BIBLIOGRAFIA

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. NEW LEGAL PROVISIONS ON THE INCORPORATION PROCESS. 2.1. The reduction of the required minimum number of co-operators. Admission requirements. 3. COOPERATIVES' MANAGEMENT AND SUPERVISORY MODELS. 3.1. The legal alternatives and the need to choose one of the legal models. 3.2. Composition and competence of the management body. Delegation of the management powers. 4. THE SUPERVISORY OF THE COOPERATIVE MANAGEMENT. 5. THE FINANCIAL STRUCTURE OF THE PORTUGUESE COOPERATIVES. 5.1. Changes to the minimum share capital. 5.2. Further clarification of the co-operators' responsibility. 5.3. New legal solutions for the cooperatives as reserves. 5.4. The legal regime on the results distribution: a missed opportunity. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY

I. INTRODUÇÃO

A legislação cooperativa tem um importante papel no desenvolvimento do setor cooperativo³. A estabilidade do regime jurídico, que é em si mesma um bem, não deve ser encarada de forma absoluta, sob pena de conduzir a uma cristalização das leis, com os inevitáveis prejuízos para o setor cooperativo e para a economia em geral⁴.

O novo Código Cooperativo português (daqui em diante, CCoop. 2015) foi aprovado pela L. 119/2015, de 31 de agosto, pondo termo à vigência do Código Cooperativo de 1996. A revisão do Código Cooperativo de 1996 foi suscitada pela entrada em vigor da Lei de Bases da Economia Social (aprovada pela L. 30/2013,

³ V. A. FICI, «The essential role of cooperative law», The Dovenschmidt Quartely, International Review on Transitions in Corporate Life, Law and Governance, N.º 04, 2014, pp. 147-158.

⁴ Para o elenco dos problemas que deveriam ser objeto de revisão no Código Cooperativo português, em matéria de governação e regime económico, v. D. MEIRA / M. E. RAMOS, Governação e regime económico das cooperativas. Estado da arte e linhas de reforma, Vida Económica, Porto, 2014, passim.

de 8 de maio)⁵, em cujo art. 13.º se consagra que se dê início a uma reforma da legislação aplicável às entidades da economia social (entre as quais se contam as cooperativas). A reforma do Código Cooperativo teve em conta o disposto na Lei de Bases da Economia Social e os princípios orientadores da economia social nela consagrados no art. 5.º.

A reforma do Código Cooperativo foi preparada tendo por base, por um lado, a preocupação em preservar a identidade cooperativa perante a sedução exercida pelas sociedades comerciais e que, em alguns ordenamentos jurídicos, tem conduzido a uma excessiva liberalização do regime jurídico cooperativo^{6/7}. Por outro lado, procurou responder às pressões vindas do «mercado interno» da União Europeia (art. 26.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), à concorrência entre ordenamentos jurídicos, às influências de reformas legislativas ocorridas em países que nos são jurídica e culturalmente próximos, à necessidade de redução de custos de contexto jurídico e à manutenção da atratividade das cooperativas e do reforço da sua sustentabilidade⁸.

A reforma de 2015 do Código Cooperativo português introduz alterações em questões importantes do regime jurídico das cooperativas. Começamos por salientar que, pela primeira vez em Portugal⁹, é admitida a existência de membros

⁵ Para uma análise desenvolvida destes princípios orientadores, v. D. A. Meira, «A Lei de Bases da Economia Social Portuguesa: do projeto ao texto final», cit., pp. 35-41; «A governação da economia social. Uma reflexão a partir da Lei de Bases da Economia Social portuguesa», in *Economia social e civil: estudos*, coord. de João Carlos Loureiro e Suzana Tavares da Silva, vol. 1, 2015, Instituto Jurídico. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 208 e ss.

⁶ Alertando para o fenómeno da societização das cooperativas por via legislativa e os seus riscos, v. H. Henry, *Guidelines for Cooperative Legislation*, International Labour Office, Genebra, 2012, pp. 20 e ss.

⁷ Lugar de destaque, como reação a esta excessiva liberalização e à consequente crise de identidade cooperativa, é devido ao primeiro projeto desenvolvido pelo SGECOL (Study Group on European Cooperative Law), designado «Principles of European Cooperative Law (PECOL)». Sobre este projeto, v. I.-G. Fajardo García, A. Fici, H. Henry, D. Hiez, H. Münkner, I. Snaith, «El nuevo grupo de estudio en derecho cooperativo europeo y el Proyecto ‘Los principios del derecho cooperativo 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. V. Study Group on European Cooperative Law (SGECOL), *Draft Principles of European Cooperative Law (draft PECOL)*, May 2015, <<http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/04/PECOL-May-2015.pdf>> (última consulta em 25 de junho de 2016).

⁸ V., neste sentido, D. MEIRA / M. E. RAMOS, *Governação e regime económico das cooperativas. Estado da arte e linhas de reforma*, cit., pp. 9 e ss.

⁹ Em Itália, são admitidos os chamados «soci finanziatori» cujo interesse não é trabalhar para a cooperativa ou manter relações económicas com ela, mas sim a remuneração do capital subscrito. Sobre esta possibilidade, v. A. FICI, «Italia», *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Heidelberg / New York / Dordrecht / London, 2013, p. 487. Sobre os membros investidores nas cooperativas espanholas, v. I.-G. FAJARDO GARCÍA, «Spain», *International Handbook of Cooperative Law*, cit., 2013, p. 709. Sobre a reforma que permitiu

investidores que, ao contrário dos cooperadores, não participam na atividade da cooperativa. Também ficou consagrada a possibilidade de haver voto plural (para cooperadores e membros investidores) em cooperativas de primeiro grau. Estas duas importantes mudanças têm consequências nas matérias de constituição da cooperativa e redação dos estatutos, governação da cooperativa, composição e funcionamento dos órgãos e, por fim, regime económico.

Neste contexto de significativas e profundas mudanças no ordenamento jurídico-cooperativo português, são vários os problemas a tratar neste estudo:

Primeiro: As novas regras sobre constituição da cooperativa potenciam e facilitam o empreendedorismo cooperativo, diminuindo os custos de contexto?

Segundo: O princípio cooperativo da gestão democrática pelos membros permite a previsão de vários modelos de administração e de fiscalização da cooperativa?

Terceiro: As novas regras sobre a composição do órgão de administração permitirão a profissionalização das equipas de gestão das cooperativas (em particular, das cooperativas de maior dimensão)?

Quarto: O novo regime de delegação de poderes de gestão garante o respeito escrupuloso do princípio cooperativo da gestão democrática pelos membros?

Quinto: As novas regras sobre fiscalização da cooperativa serão suficientes para reforçar o controlo democrático da gestão e para garantir a transparência?

Sexto: Terá a reforma dotado a cooperativa de uma estrutura financeira que assegure a sua sustentabilidade e o uso dos mecanismos necessários para ser eficiente no mercado?

2 NOVOS PRECEITOS QUANTO AO PROCESSO DE CONSTITUIÇÃO

2.1. Redução do número mínimo de cooperadores

A criação de uma cooperativa depende de um processo burocrático cujos atos são definidos legislativamente. Um dos objetivos da reforma foi o de assegurar que as formalidades exigidas são as necessárias e adequadas, evitando os custos de contexto excessivos e inúteis. Exigências legais que se mostrem desproporcionadas, irrazoáveis ou até inúteis podem significar custos de contexto inibidores da iniciativa cooperativa.

Uma novidade relevante da reforma em matéria de constituição das cooperativas foi a redução do número mínimo de cooperadores nas cooperativas de pri-

a introdução de membros investidores em França, v. D. HIEZ, «France», *International Handbook of Cooperative Law*, cit., 2013, p. 401

meiro grau de cinco para três (art. 11.º, n.º 1, do CCoop. 2015)¹⁰, mantendo-se a possibilidade de a legislação complementar respeitante a cada ramo «exigir, como mínimo, um número superior de cooperadores»¹¹.

A questão do número mínimo de cooperadores justifica-se pelo escopo mutualista da cooperativa, o qual se concilia mal com uma base social restrita. De facto, a pluralidade de cooperadores na cooperativa será condição necessária à realização do escopo mutualístico¹². Todavia, esse número mínimo não poderia ser tão elevado que afastasse das cooperativas projetos que requerem, para a sua viabilidade, um número muito limitado de pessoas¹³.

Sendo inquestionável a necessidade de uma estrutura cooperativa mínima, prevaleceu o entendimento de que este número mínimo não poderia ser inferior a três, de modo que possa formar-se uma maioria frente a uma minoria (dois contra um), invocando-se a circunstância de a cooperativa aparecer reconhecida na legislação como uma entidade cujo substrato democrático é uma exigência interna, incompatível com uma organização de apenas dois cooperadores e muito menos um cooperador único¹⁴.

O que será sempre de rejeitar será a cooperativa com apenas um membro. De facto, ainda que já prevista no ordenamento finlandês¹⁵, consideramos inadmissí-

¹⁰ O art. 11.º do CCoop. 2015 tem por título «Número mínimo de cooperadores» e no n.º 1 fala em «número mínimo de membros». Ora, sabendo que o CCoop. 2015 acolhe dois tipos de membros (cooperadores e membros investidores, conforme os arts. 19.º e 20.º), deve entender-se que uma cooperativa só pode constituir-se com 3 cooperadores, pese embora o teor literal do art. 11.º, n.º 1, que faz referência a «membros». Questão similar pode pôr-se a propósito do teor literal do art. 112.º, n.º 1, d), do CCoop. 2015 – quando refere a diminuição do «número de membros». É legítimo questionar se são 3 membros cooperadores, ou são três membros independentemente de serem cooperadores ou investidores. Será fundamento de dissolução da cooperativa a circunstância de ter menos de três cooperadores por mais de 12 meses e de modo permanente e não transitório?

¹¹ Para as Caixas de Crédito Agrícola Mútuo exige-se um número mínimo superior. Assim, o art. 18.º, do DL n.º 24/91, de 11 de janeiro, dispõe que «nenhuma caixa agrícola se pode constituir com menos de 50 associados, não podendo manter-se em funcionamento com número inferior por período superior a seis meses, sob pena de dissolução».

¹² V., neste sentido, R. VECCHI, *Le società cooperative*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 183; Study Group on European Cooperative Law (SGECOL), *Draft Principles of European Cooperative Law* (draft PECOL), cit., pp. 33-34.

¹³ V., neste sentido, C. VARGAS VASSEROT / E. GADEA / F. SACRISTÁN SOLER, *Derecho de las sociedades cooperativas*, Introducción, constitución, estatuto del socio y órganos sociales, LA LEY, Madrid, 2015, p. 152.

¹⁴ V., neste sentido, F. VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial (coord. de Sánchez Calero / Manuel Albaladejo), Tomo XX, Vol. 1.º, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 174.

¹⁵ Sobre esta solução normativa, e numa perspetiva crítica, v. H. Henrÿ, «Finland», *International Handbook of Cooperative Law*, cit., pp. 382-383. Sobre a incompatibilidade desta solução normativa com o modelo cooperativo, v. C. VARGAS VASSEROT / E. GADEA / F. SACRISTÁN SOLER, *Derecho*

vel, no domínio cooperativo, a existência de cooperativas unipessoais, replicando no universo das cooperativas a unipessoalidade societária. A entreatajuda e o escopo mutualístico, que integram a noção de cooperativa (art. 2.º, 1, do CCoop. 2015), não podem ser prosseguidos através da atividade individual de cada um, mas repousam «precisamente na associação de todos aqueles que da mesma forma as experimentam: necessidades de consumo, de crédito, de alojamento, de trabalho a remuneração conveniente, de escoamento coletivo de certos produtos obtidos previamente por meio de uma atividade individual, de abastecimento em produtos necessários às explorações individuais dos membros, etc.»¹⁶.

Hipótese diversa é aquela em que a cooperativa, por vicissitudes várias, vê o número de cooperadores reduzido à unidade. Neste caso, estaremos perante uma unipessoalidade superveniente. Ora, tal facto não constitui causa de dissolução automática da cooperativa (art. 112.º, 1, *d*), do CCoop. 2015), desde que seja temporário ou ocasional, à semelhança do que acontece na sociedade comercial¹⁷. Durante este período subsistirá a personalidade jurídica da cooperativa independente da do cooperador único.

Contudo, se essa redução não for temporária ou ocasional existe a possibilidade de dissolução declarada em procedimento administrativo de dissolução, insaurado a requerimento da cooperativa, de qualquer cooperador ou seu sucessor (art. 112.º, 3, CCoop. 2015). Ora, nesta matéria, foi alterado, igualmente, o prazo findo o qual a cooperativa que, com um número de membros abaixo do mínimo legal, sem que tal redução seja temporária ou ocasional, poderá ser dissolvida alargando este prazo de 90 dias (art. 77.º, n.º 1, al. *d*), do CCoop.96), para doze meses (art. 112.º, n.º 1, al. *d*), do CCoop. 2015)¹⁸.

2.2. Membros investidores e voto plural – requisitos de admissão

Duas das principais alterações introduzidas pelo CCoop. 2015 são, por um lado, a possibilidade de os estatutos admitirem membros investidores (arts. 16.º,

de las sociedades cooperativas, Introducción, constitución, estatuto del socio y órganos sociales, cit., pp. 152-153.

¹⁶ J. L. C. VILAÇA, *A Empresa Cooperativa*, Separata do Boletim de Ciências Económicas, Vols. XI, XII, XIII, XIV, Coimbra, 1969, p. 40.

¹⁷ Sobre esta questão, nas sociedades comerciais, ver R. COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal no Direito Português*. Contributo para o estudo do seu regime jurídico, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 233 e ss..

¹⁸ V. J. LLUÍS Y NAVAS, «Las sociedades cooperativas y su régimen de gobierno a la luz de la ley española de 1974», *REVESCO*, n.ºs 36-37-38, Mayo 1975 - Abril 1976, p. 104, o qual questiona se o número mínimo de membros será um requisito de validade (e então a entidade que perder o número mínimo legalmente exigido deixaria automaticamente de existir) ou de licitude (caso em que só deixaria de existir mediante prévia promoção da sua dissolução administrativa ou por deliberação da assembleia), inclinando-se o autor para a segunda hipótese.

1, g), 20.º do CCoop. 2015) e, por outro, a de preverem o voto plural nas cooperativas de primeiro grau (art. 41.º, 1, do CCoop. 2015).

Os membros investidores *não são cooperadores*, não participam na atividade cooperativizada e tão-só contribuem financeiramente para a cooperativa¹⁹. A regra é a de que a cooperativa seja integrada por *cooperadores* que, segundo o art. 21.º, 1, a), do CCoop. 2015, têm «direito» a «participar na atividade económica e social da cooperativa». Os cooperadores também têm o dever de «participar nas atividades da cooperativa e prestar o trabalho ou serviço que lhes competir» (art. 22.º, 2, c), do CCoop. 2015). Assim se cumprem a natureza mutualista da cooperativa e o princípio da participação económica dos membros.

Em matéria de direito de voto, a regra é, em obediência ao princípio da gestão democrática pelos membros, a de um cooperador/um voto, «qualquer que seja a sua participação no respetivo capital social» (art. 40.º, 1, do CCoop. 2015). Assim se dá expressão ao princípio da gestão democrática pelos seus membros (art. 3.º, 2.º princípio do CCoop. 2015)²⁰.

A admissão de membros investidores e a previsão de voto plural estão sujeitos a previsão estatutária (arts. 16.º, 1, g), 20.º, 1), 41.º, 1, do CCoop. 2015). O que significa que depende de um consenso no ato de constituição da cooperativa ou no momento de alteração dos estatutos e que esse consenso deve, necessariamente, ficar manifestado no texto dos estatutos. Por outro lado, porque há que preservar a *Identidade Cooperativa*, tanto o voto plural como os membros investidores estão sujeitos a limites impostos *legalmente através de normas imperativas*. Normas que, por definição, não podem ser afastadas pela autonomia privada²¹.

Para além de cláusula estatutária, «a admissão de membros investidores tem de ser aprovada em assembleia geral, e deve ser antecedida de proposta do órgão

¹⁹ V. o art. 14.º, n.º 1, do Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia, aprovado pelo Regulamento (CE) n.º 1435/2003 do Conselho, de 22 de julho de 2003, JO L 207/1, que, quanto aos membros investidores, remete para a legislação do Estado-Membro da sede da SCE. Sobre a sociedade cooperativa europeia, v. A. Fici, «The european cooperative society regulation», *International Handbook of Cooperative Law*, cit., pp. 115 e ss.

²⁰ Sobre o princípio da gestão democrática pelos membros, v. R. NAMORADO, *Os princípios cooperativos*, Fora do Texto, Coimbra, 1995, passim, *Cooperatividade e direito cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 9 e ss.; M. E. RAMOS, «Gestão democrática das cooperativas. Que desafios», in *Economia social e civil: estudos*, coord. de João Carlos Loureiro e Suzana Tavares da Silva, vol. 1, 2015, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 129 e ss.; D. A. MEIRA/M. E. RAMOS, «Os princípios cooperativos no contexto da reforma do Código Cooperativo Português», Número monográfico da CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa, n.º 27, 2015, passim. V. também E. BARRERO RODRÍGUEZ/R. VIGUERRA REVUELTA, «El principio de gestión democrática en las sociedades cooperativas», número monográfico da CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa, n.º 27, 2015, pp. 175 e ss.

²¹ V., neste sentido, D. A. MEIRA/M. E. RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas*, cit., pp. 56 e ss.

de administração» (art. 20.º, 3, 4, do CCoop. 2015). Neste caso, como em geral, a assembleia decide por maioria dos votos.

Olhando para o CCoop. 2015, parece que cooperativas de qualquer dimensão e de qualquer ramo podem incorporar membros investidores. Existem sim, restrições quanto às entradas dos membros investidores (art. 20.º, 1, do CCoop. 2015), eventualmente, em matéria de participação nos órgãos de administração e de fiscalização da cooperativa (art. 20.º, 4, f), do CCoop. 2015) e em matéria de atribuição de voto plural (art. 41.º, d o CCoop. 2015).

O voto plural (de cooperadores e de membros investidores) só é admitido em cooperativas que tenham mais de 20 cooperadores e que não sejam cooperativas de produção operária, de artesanato, de pescas, de consumo ou de solidariedade social (art. 41.º, 1, do CCoop. 2015)²². Estes ramos cooperativos, se incorporarem membros investidores, não lhes poderão atribuir voto plural, aplicando-se a regra «um membro, um voto». Tal significa que não é obrigatório que os membros investidores sejam titulares de direito de voto plural. Esta conclusão é suportada pelo art. 41º, 5, do CCoop. 2015.

O voto plural de cooperadores só pode ser atribuído em função da atividade do cooperador na cooperativa e não em função da participação no capital social. O que levanta a questão de saber em que momento se determina quantos votos tem cada cooperador. A solução poderá ser: *a*) previsão estatutária dos critérios que concretizam este critério legal e, *b*) determinação, nos estatutos, do momento a partir do qual começam a ser exercidos os direitos de voto plural. Sendo certo que nas cooperativas até 50 cooperadores não podem ser atribuídos mais de três votos por cooperador (ou membro investidor) e nas cooperativas com mais de 50 cooperadores não podem ser atribuídos mais de cinco votos.

Exige o art. 41.º, 5, do CCoop. 2015 que os estatutos identifiquem as «condições e critérios» de que depende a atribuição do voto plural aos membros investidores. No entanto, há restrições que *imperativamente* se impõem à autonomia privada. São de duas ordens estas restrições. Por um lado, restrições que se aplicam a determinadas cooperativas (art. 41.º, 1, do CCoop. 2015) - as mais pequenas (até 20 cooperadores) e as mais personalizadas (produção operária, artesanato, pescas, consumo e solidariedade social) estão *legalmente* impedidas de ter voto plural. Por outro lado, há restrições ao número de votos atribuídos aos *membros investidores* e, consequentemente, ao seu poder político. Nenhum membro investidor pode ter mais de 10% dos votos correspondentes aos votos dos cooperadores; por outro lado, os membros investidores não podem, no total, ter direitos de voto superiores a 30% dos votos do total de votos dos cooperadores (art. 41.º, 7, do CCoop. 2015).

²² Também era esta a proposta de D. A. MEIRA/M. E. RAMOS, Governação e regime económico das cooperativas, cit., p. 56.

Por fim, ainda que esteja prevista a existência de voto plural, há decisões em que se mantém a regra: um membro um voto. Trata-se das matérias referidas no art. 41.º, 4, do CCoop. 2015, que remete para o art. 38^{o23}, ou seja: alteração dos estatutos e aprovação e alteração dos regulamentos internos, fusão e cisão da cooperativa, dissolução, filiação da cooperativa em uniões, federações e confederações, ações da cooperativa contra os administradores e os titulares do órgão de fiscalização, bem como a desistência e a transação nessas ações.

3 MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO E DE FISCALIZAÇÃO DA COOPERATIVA

3.1. As alternativas previstas na lei e a necessidade de escolher um dos modelos

O Capítulo V do CCoop. 2015 é dedicado aos órgãos das cooperativas. Abre este Capítulo com o art. 27.º dedicado a elencar os órgãos das cooperativas que, nos termos deste preceito, são a assembleia geral, o órgão de administração, os órgãos de fiscalização²⁴.

De forma inovadora, o art. 28.º do CCoop. 2015 permite que a administração e a fiscalização da cooperativa possam ser estruturadas segundo uma das seguintes modalidades: a) conselho de administração e conselho fiscal; b) conselho de administração com comissão de auditoria e revisor oficial de contas e, c) conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas. Alarga-se, desta forma, o âmbito da autonomia estatutária em matéria de administração e fiscalização da cooperativa, de modo a permitir que os cooperadores possam escolher o modelo que melhor se adequa ao seu projeto e à dimensão da cooperativa (art. 28º do CCoop. 2015).

À luz do vigente regime jurídico-cooperativo português, cada cooperativa deve necessariamente escolher o modelo de administração e de fiscalização que irá adotar e essa escolha tem, forçosamente, de ficar plasmada nos estatutos (art. 16º, 1, d), do CCoop. 2015). Portanto, cada cooperativa tem necessariamente de ter órgão de administração e de fiscalização. Mantém-se a distinção entre pequenas cooperativas e outras cooperativas, quanto a aspetos de governo: nas cooperativas pequenas, há a possibilidade de haver um só administrador (arts. 28º, 2, e

²³ Interessante observar que o teor literal do art. 41º, 4, do CCoop. 2015 impõe que «cada cooperador» só dispõe de um voto nas matérias aí referidas, não fazendo qualquer referência a membros investidores. O que pode suscitar a interrogação sobre se a proibição de voto plural, prevista no art. 41º, 4, do CCoop. 2015 também se aplica aos membros investidores.

²⁴ Sobre a estrutura orgânica das cooperativas no revogado CCoop., v. D. A. MEIRA/M. E. R., Governação e regime económico das cooperativas, cit., pp. 26 e ss.; «Um roteiro para a reforma da governação e do regime económico das cooperativas portuguesas», CES, n.º 36 (2013-2014), pp. 85 e ss.

45º do CCoop. 2015) e fiscal único (arts. 28º, 2, 51º, 1, b), do CCoop. 2015). É discutível se, quando há fiscal único, ele deve ser necessariamente revisor oficial de contas (v. o disposto no art. 70º do CCoop. 2015)²⁵. A solução parece ser a de que se houver fiscal único, ele terá de ser cooperador, tendo em conta a regra geral quanto à composição dos órgãos (art. 29º, 1, CCoop. 2015).

3.2. Composição e competências do órgão de administração

No modelo previsto no art. 28.º, 1, a), do CCoop. 2015, o órgão de administração e de representação da cooperativa é o *conselho de administração* ou o *administrador único* (art. 45.º, 2, do CCoop. 2015).

O conselho de administração é o órgão executivo da cooperativa, com poderes para a administrar e representar (art. 47.º do CCoop. 2015). Repare-se que o art. 47.º não diz que as competências do conselho de administração são exclusivas (veja-se, por exemplo, o art. 38.º CCoop. 2015 relativo às competências da assembleia geral)²⁶. Ao contrário do que se dispõe para as sociedades anónimas no art. 373º, 3, do CSC²⁷, nas cooperativas a assembleia geral parece que pode chamar a si deliberações sobre matérias de gestão, sem necessidade de pedido do órgão de administração²⁸.

No modelo previsto no art. 28.º, 1, b), do CCoop. 2015, o órgão de administração é o *conselho de administração que necessariamente integra a comissão de auditoria*. Por conseguinte, os membros da comissão de auditoria são, simultaneamente, administradores e fiscalizadores. Este modelo não admite administrador único (seja qual for o número de cooperadores que a cooperativa integra). É o que resulta do art. 28.º, 1, b, 4), do CCoop. 2015.

²⁵ A questão põe-se porque, por força do art. 9.º do CCoop. 2015, aplicam-se às cooperativas, de modo subsidiário, as normas das sociedades anónimas. Ora, neste tipos societário o fiscal único é necessariamente um Revisor Oficial de Contas (art. 413.º, 1, a), do CSC), que, nos termos do art. 71º do Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, não poderá ser sócio da sociedade que fiscaliza.

²⁶ O art. 405º, 2, do CSC declara que «o conselho de administração tem exclusivos e plenos poderes de representação da sociedade». Para a interpretação desta norma, v. A. Soveral Martins, «Artigo 405º», Código das Sociedades Comerciais em comentário, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. V, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 399, ss.

²⁷ Para a interpretação desta disposição, v. J. M. C. ABREU, «Artigo 373º», Código das Sociedades Comerciais em comentário, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. V, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 25 e ss.. Para o confronto entre a governação cooperativa e a governação societária, v. D. A. Meira, «A governação cooperativa – Encontros e desencontros com a governação societária», III Congresso Direito das Sociedades em revista, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 301 e ss..

²⁸ Para a apreciação crítica da supremacia da assembleia geral e a intervenção na esfera do órgão de gestão da cooperativa, v. C. Vargas Vasserot, «La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad corporativa», CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa, n.º 20, 2009, pp. 59-82.

A cooperativa pode decidir escolher o modelo previsto no art. 28.º, 1, c), do CCoop. 2015. Se for esta a decisão, o órgão de administração é o *conselho de administração executivo*, ou, nos casos previstos na lei, o *administrador único* (art. 62.º, 1, b), do CCoop.). Uma das particularidades deste modelo é a que resulta do art. 63.º do CCoop. 2015 que regula as relações do conselho de administração executivo com o conselho geral e de supervisão²⁹. De acordo com este preceito, o conselho de administração executivo deve comunicar ao conselho geral e de supervisão: *a)* pelo menos uma vez por ano, a política de gestão que tenciona seguir, bem como os factos e questões que fundamentalmente determinam as suas opções; *b)* trimestralmente, a situação da cooperativa e a evolução da sua atividade; *c)* o relatório completo de gestão relativo ao exercício anterior, para efeitos de emissão de parecer a apresentar na assembleia geral (art. 63.º, 1, do CCoop. 2015)

O CCoop. 2015 assegurou que a eleição dos membros do conselho de administração executivo compete sempre à assembleia geral, de modo a respeitar o princípio da gestão democrática. Não foi acolhida a alternativa (admitida no regime das sociedades anónimas) em que compete ao conselho geral e de supervisão a tarefa de designação/destituição dos membros do conselho de administração executivo³⁰. No entanto, foi consagrada para as cooperativas a norma que atribui ao conselho geral e de supervisão (órgão de fiscalização) o poder para dar o consentimento quanto à prática de «determinadas categorias de atos» (art. 67º, 1, do CCoop. 2015)³¹.

Em órgãos eletivos pluripessoais foi mantida a regra do *número ímpar* dos membros. É o que acontece com o conselho de administração (art. 45.º, 3, do CCoop. 2015), com o conselho fiscal (art. 51º, 1, a), 2, do CCoop. 2015), com a comissão de auditoria (art. 56.º, 2, CCoop. 2015), conselho de administração executivo (art. 62.º, 1, a), do CCoop. 2015) e com o conselho geral e de supervisão (art. 65.º do CCoop. 2015).

Nas cooperativas, parece-nos, o princípio da gestão democrática não impede que órgão de administração seja composto por número par, embora se deva reconhecer que esta solução possa conduzir a situações de impasse. Saliente-se, no entanto, que o CCoop. 2015 manteve a regra segunda a qual «Em todos os órgãos da cooperativa, o respetivo presidente tem voto de qualidade» (art. 32.º, 1, do CCoop. de 2015). Esta regra tem, justamente, por objetivo superar os impasses nas deliberações. Em nossa opinião, é esse o sentido desta norma – o voto de qualidade está vocacionado para superar impasses nas deliberações. A ser usada para superar a maioria obtida ou para substituir a deliberação tomada validamente pela

²⁹ Nas sociedades anónimas, esta matéria da relação entre o conselho de administração executivo e o conselho geral e de supervisão está regulada no art. 432º do CSC.

³⁰ Trata-se do disposto no art. 425, n.º 1, a), do CSC.

³¹ Norma paralela à que se encontra consagrada, para as sociedades anónimas, no art. 442º do CSC.

maioria pela vontade do presidente, violará o art. 32º do CCoop. 2015 e ofenderá o princípio da gestão democrática.

Mantém-se a regra (já acolhida no CCoop. de 1996) de que os titulares de órgãos sociais *são eleitos de entre cooperadores* (art. 29º, 1, do CCoop. 2015), mas introduzem-se as exceções relativas ao *revisor oficial de contas* (que, por força do estatuto deontológico de *independência*³², não poderá ser cooperador da cooperativa fiscalizada) e aos *membros investidores* (art. 29º, 8 do CCoop. 2015).

Admite-se que membros investidores possam integrar o órgão de administração, não podendo, contudo, «representar mais de 25% do número de elementos efetivos que integram o órgão para o qual são eleitos» (art. 29.º, 8, do CCoop. 2015). A pergunta que se impõe é a que questiona o sentido de «membros efetivos» (art. 29º, 8, do CCoop.). Literalmente, membros efetivos são aqueles que, tendo sido eleitos, ocupam o cargo e estão a exercer funções; por oposição aos membros suplentes (que não são referidos no CCoop) que, tendo sido eleitos, não exercem funções enquanto se mantiver a sua qualidade de suplentes. Ora, parece-nos que onde se diz «membros efetivos» quer-se dizer «membros efetivos cooperadores» – o que pretende a norma é que os órgãos pluripessoais não sejam ocupados exclusiva ou maioritariamente por membros investidores. Porque, na verdade, o princípio da gestão democrática pelos membros impede que os órgãos da cooperativa sejam preenchidos completa ou maioritariamente por membros investidores.

Assim, por força do art. 29º, 8, do CCoop. de 2015, 75% do número total de membros de cada um dos órgãos da cooperativa têm, necessariamente, de ser cooperadores. O que significa que só será lícita a presença de membros investidores no conselho de administração que tenha mais de cinco membros. Deste modo, se a cooperativa é administrada por *administrador único* (arts. 28º, 2, 45.º, 2, do CCoop. 2015), não poderá este, em caso algum, ser membro investidor. Igual situação se verifica quando o órgão de fiscalização for composto por um único membro (art. 51.º, 1, a), do CCoop. 2015).

Parece-nos, também, que da norma do art. 29º, 8, do CCoop. 2015 se pode retirar a conclusão de que, caso o órgão de administração ou de fiscalização integre membros investidores, eles não poderão ocupar o cargo de presidente. E, isto, com o objetivo de preservar o controlo democrático da cooperativa pelos cooperadores. Recorde-se que o art. 32º, 1, do CCoop. 2015 confere voto de qualidade ao presidente do órgão e que não exceciona os casos em que o cargo é ocupado por membro investidor. A forma de acautelar o núcleo essencial do princípio da gestão democrática pelos membros é impedir que os membros investidores ocupem a presidência.

³² V. art. 71º do Estatuto do Revisor Oficial de Contas, aprovado pela L. 148/2015, de 9 de setembro.

Nos termos do art. 20.º, 4, f), do CCoop. 2015, a proposta do órgão de administração deve pronunciar-se sobre «a eventual existência de restrições dos membros investidores à integração nos órgãos sociais respetivos da cooperativa, devendo ser especificado o fundamento das mesmas». Parece-nos que a norma do art. 20.º, 4, f), do CCoop. 2015 diz respeito ao órgão de administração e ao órgão de fiscalização. Repare-se que, nos termos do art. 27.º, 3, do CCoop., «quando neste Código são referidos conjuntamente os órgãos da cooperativa em termos que impliquem que eles são integrados por um número limitado de titulares, entende-se que a menção não abrange a assembleia geral no seu todo, mas apenas a respetiva mesa». Por outro lado, o art. 33º, 2, do CCoop. 2015, ao prever que «participam na assembleia geral todos os cooperadores e membros investidores no pleno gozo dos seus direitos», quer significar que os cooperadores, através de cláusula estatutária, não podem privar os membros investidores de participação na assembleia geral.

O CCoop. de 2015 não afasta os membros investidores de funções executivas no órgão de administração e, parece, que não impede que lhe sejam entregues poderes delegados de administração ou representação. No entanto, os estatutos da cooperativa, ao abrigo do art. 20º, 4, f), do CCoop. 2015, podem remeter os membros investidores para funções não executivas (no órgão de administração) ou confiná-los ao órgão de fiscalização.

3.3. Delegação de poderes de gestão

Foram diagnosticadas algumas fragilidades no regime de delegação de poderes de gestão previsto no Código Cooperativo de 1996³³. O atual regime, constante do art. 50.º do CCoop. 2015, permite a delegação de poderes de administração para a prática de certas categorias de atos, sempre que não exista uma cláusula estatutária que o proíba³⁴. Ou seja, no silêncio dos estatutos da cooperativa sobre a delegação de poderes de administração, o conselho de administração pode deliberar a delegação de poderes de administração. Clarificou-se, todavia, que a delegação de poderes de administração para a «prática de certas categorias de atos» só pode ser destinada a membros do órgão de administração (art. 50.º, 1, do CCoop. 2015)³⁵. Sem cláusula estatutária, o conselho de administração pode delegar em algum dos seus membros ou em mandatários «poderes de representação da cooperativa em ato determinado» (art. 50º, 2, do CCoop.). As matérias relativas

³³ Para o elenco dessas fragilidades, v. D. A. Meira, «A governação cooperativa – Encontros e desencontros com a governação societária», cit., p. 324; D. A. MEIRA/M. E. Ramos, *Governação e regime económico das cooperativas*, cit., pp. 36 e ss.

³⁴ V. D. A. MEIRA/M. E. Ramos, *Governação e regime económico das cooperativas*, cit., pp. 36 e ss.

³⁵ Sobre as dúvidas que a anterior disciplina suscitava, v. D. A. MEIRA, «A governação cooperativa – Encontros e desencontros com a governação societária», cit., pp. 407 e ss.

à admissão, demissão e aplicação de sanções aos cooperadores são indelegáveis (art. 50.º, 3, do CCoop. 2015).

3.4. A fiscalização da gestão da cooperativa

À luz das normas do CCoop. de 2015, toda a cooperativa tem necessariamente *órgão de fiscalização*. O concreto órgão de fiscalização dependerá do modelo de administração e fiscalização escolhido e indicado nos estatutos. Tendo em conta as alternativas legais (art. 28.º do CCoop. 2015), o órgão de fiscalização será o conselho fiscal/fiscal único, ou a comissão de auditoria ou o conselho geral e de supervisão (arts. 28.º, 1, 51.º, 56.º, 65.º e ss. do CCoop. 2015)

O CCoop. 2015 introduziu um reforço da fiscalização da cooperativa, pois nas cooperativas com mais de 20 membros a fiscalização é da competência de um conselho fiscal composto por um presidente e dois vogais (art. 51.º, 1, *b*), do CCoop. 2015)³⁶. Sendo cooperativas obrigadas à revisão legal de contas - v. o art. 43.º da L. 140/2015, de 7 de setembro, que aprova o Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas -, a fiscalização está confiada a um conselho fiscal e a um revisor oficial de contas que não integra o conselho fiscal (art. 51.º, 1, *c*), do CCoop. 2015). Nos modelos previstos no art. 28.º, 1, *b*), e *c*), do CCoop. 2015, o revisor oficial de contas existe sempre e não integra o órgão de fiscalização, tendo as funções que estão descritas no art. 70.º do CCoop. 2015.

Foram previstos os deveres dos membros do conselho fiscal (art. 52.º do CCoop. 2015), em particular deveres de cuidado e de lealdade. Olhando para o CCoop. 2015 notam-se grandes ausências: *a*) não há qualquer requisito de literacia financeira ou outro que os membros do órgão de fiscalização ou alguns deles devam preencher; *b*) não são previstos mecanismos que assegurem a estabilidade no exercício do cargo dos titulares do órgão de fiscalização dos modelos previstos no art. 28.º, 1, *a*) e 28.º, 1, *c*), CCoop. 2015 (a proibição de destituição sem justa causa só está prevista para os membros da comissão de auditoria, conforme o disposto no art. 60.º, 1, CCoop. 2015); *d*) não estão previstas incompatibilidades específicas para os membros do conselho fiscal. O que pode suscitar a questão de saber se se aplicam aqui, por força do art. 9.º do CCoop. 2015, as normas que regulam o conselho fiscal da sociedade anónima.

Os membros do conselho fiscal são recrutados de entre os cooperadores (e eventualmente, de membros investidores), por um período de quatro anos (art. 29.º, 2, CCoop. 2015). Não havendo limitação estatutária (art. 29.º, n.º 6, do CCoop 2015), a lei não impede a manutenção no cargo de membro do conselho

³⁶ Para o anterior regime de fiscalização da cooperativa, v. D. A. MEIRA/M. E. RAMOS, *Governança e regime económico das cooperativas*, cit., pp. 40 e ss.

fiscal. E, por conseguinte, o CCoop. 2015 tolera práticas de perpetuação no cargo de membro do conselho fiscal.

A destituição dos membros da comissão de auditoria depende da verificação de justa causa (art. 60.º, 1, do CCoop. 2015), o que reforça a estabilidade no exercício do cargo.

Já o regime do conselho geral e de supervisão é silente sobre a necessidade de justa causa.

4 O REGIME ECONÓMICO NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS

Olhemos agora para as questões centrais do regime económico das cooperativas que foram objeto de disposições reformadoras.

4.1. As alterações ao regime do capital social

A regra geral — que vinha de trás e que se mantém — é a de que não será possível constituir uma cooperativa sem capital social, possibilidade admitida em outros ordenamentos jurídicos³⁷.

Assim, o capital social inicial deve estar necessariamente determinado nos estatutos da cooperativa [art. 15.º, n.º 1, al. f), do CCoop. 2015]. Acresce que o cooperador só adquire a qualidade de membro, mediante a realização de uma entrada para o capital social, que não pode ser inferior a três títulos de capital (art. 83.º do CCoop. 2015). Dado que o CCoop. 2015 admite a possibilidade da existência de membros investidores na cooperativa, dever-se-ia ter especificado a possibilidade de estas entradas poderem ser diferenciadas consoante o tipo de membros, designadamente se é cooperador ou membro investidor (neste sentido o ordenamento espanhol). Ainda que esta diferenciação possa estar prevista estatutariamente (al f) do n.º1 do art. 16.º), entendemos que teria sido pertinente a sua previsão expressa, de forma a vincar os distintos estatutos das duas categorias de membros. No caso dos cooperadores, a entrada para o capital social tem um carácter instrumental face à sua obrigação de participação na atividade da cooperativa, não sendo em função dela que serão definidos os seus direitos e deveres. A cooperativa tem, a título principal, um escopo mutualístico e, por isso, para desenvolver o seu projeto empresarial, necessita, mais do que das entradas para o capital social, da participação dos cooperadores na atividade que constitui o seu objeto social. De

³⁷ Aponte-se, neste sentido, o ordenamento britânico [I. Snaith, «United Kingdom», *International Handbook of Cooperative Law*, cit., pp. 745-748], o norte-americano [B. Czachorska-Jones et al., «United States», *International Handbook of Cooperative Law*, cit., pp. 769-770] e o brasileiro (A. C. Alves, «Brazil», *International Handbook of Cooperative Law*, cit., pp. 279-281). No mesmo sentido, v. CHAPTER 3 - Section 3.2. do draft PECOL, Study Group on European Cooperative Law (SGECOL), *Draft Principles of European Cooperative Law (draft PECOL)*, cit., p. 66.

facto, da definição de cooperativa constante do art. 2.º do CCoop. 2015, resulta a absoluta instrumentalidade da cooperativa face aos seus membros. Tal significa que a cooperativa é um instrumento de satisfação das necessidades individuais dos cooperadores, que, no seio dela, e através dela, cooperam. O que verdadeiramente identifica a cooperativa é a própria ausência de um *escopo* autónomo face aos interesses dos cooperadores. Nas cooperativas, constitui requisito *sine qua non* o envolvimento direto e ativo dos seus membros na própria atividade que a cooperativa desenvolve [art. 22º, n.º 2, al. c), do CCoop. 2015], ou seja, no cumprimento do seu objeto social. Assim, o cooperador, diversamente do membro investidor, não estará apenas sujeitado à obrigação de entrada para o capital social da cooperativa, mas também e sobretudo à obrigação de participar na atividade da mesma, entregando bens ou produtos à cooperativa (como é o caso de uma cooperativa agrícola); produzindo bens ou prestando serviços no seio da cooperativa (como é o caso das cooperativas de trabalho); ou pagando à cooperativa pelos bens ou serviços que recebem da mesma (como acontece nas cooperativas de consumo ou nas cooperativas de habitação). A este conjunto de fatores trazidos pelos cooperadores para a cooperativa, chama a doutrina *massa de gestão económica* ou *capital mutualístico*³⁸.

Deste modo, a entrada para o capital social é uma condição necessária, mas nunca suficiente para a aquisição da qualidade de cooperador³⁹, enquanto no caso dos membros investidores, a entrada para o capital social é uma condição suficiente.

Na reforma, o legislador sentiu (e bem) necessidade de reduzir o montante do capital social mínimo, baixando-o de 2500 euros para 1500 euros (n.º 2 do art. 81.º do CCoop. 2015), podendo a legislação complementar que regula cada um dos ramos fixar um mínimo diferente.

A reforma resolveu algumas das fragilidades que, por comparação com outros ordenamentos jurídicos, o regime jurídico do capital social mínimo apresentava no ordenamento português.

De facto, o Código Cooperativo de 1996 não consagrava a impossibilidade de o reembolso das entradas afetar o capital social mínimo. Inspirado no *Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (ESCE)* — que estabeleceu que o prazo durante o qual os sócios terão direito ao reembolso das suas entradas, quando deixam de fazer parte da cooperativa, será suspenso, enquanto esse reembolso implicar a redução do capital subscrito para um montante inferior ao capital social mínimo (n.º 4 do art. 3.º do ESCE) —, o legislador consagra agora, no n.º 3 do art. 89.º

³⁸ V., sobre esta noção, I.-G Fajardo Garcia, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 78-103.

³⁹ Neste sentido, v. D. A. MEIRA, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Editora Vida Económica, Porto 2009, pp. 212-220.

do CCoop. 2015, que «os estatutos podem prever que, quando num exercício económico o montante dos títulos de capital a reembolsar supere uma determinada percentagem do montante do capital social que neles se estabeleça, o reembolso fique dependente de uma decisão do órgão de administração», devendo essa suspensão ser fundamentada e sujeita a ratificação da assembleia geral (n.º 4 do art. 89.º do CCoop. 2015).

Registamos, todavia, que o legislador não resolveu outras fragilidades importantes do regime do capital social.

Por um lado, a redução do capital social para um montante inferior ao capital social mínimo durante um determinado período de tempo, continua a não ser causa de dissolução e posterior liquidação da cooperativa⁴⁰. Efetivamente, o atual CCoop, na linha da versão anterior, continua a não prever, de forma expressa, esta causa de dissolução.

Por outro, não se consagrou a possibilidade de os credores sociais poderem deduzir oposição judicial à redução do capital social para um montante inferior ao capital social mínimo, com fundamento no prejuízo que dela derive para a reclamação dos seus direitos, desde que tenham solicitado à cooperativa a satisfação dos seus créditos ou a prestação de garantia adequada, sem que o seu pedido tenha sido atendido⁴¹.

A variabilidade do capital social continua a ser reconhecida, expressamente, pelo legislador como uma característica essencial da identidade cooperativa, integrando a própria definição de cooperativa (n.º 1 do art. 2.º e n.º 1 do art. 81.º do CCoop. 2015). Reconhecendo-se aos cooperadores um verdadeiro direito de demissão, tal como resulta do n.º 1 do art. 24.º do CCoop. 2015⁴², a consequência será o reembolso da sua entrada de capital. Efetivamente, no n.º 1 do art. 89.º do CCoop. 2015 dispôs-se que «em caso de reembolso dos títulos de capital, o coo-

⁴⁰ Esta é a solução prevista no ordenamento espanhol [v.g. no art. 45.8.d) da Ley Estatal de Cooperativas — Ley 27/1999, de 16 de julio — ainda que o regime seja comum a todas as leis autonómicas de cooperativas, variando apenas o período de tempo a considerar, que pode ir de seis meses a um ano]. Sobre esta solução, v. M. A. Martín Reyes / E. Almedo Peralta, «El capital social. Concepto y funciones», in: Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I, dir. Juan Ignacio Peinado Gracia; coord. Trinidad Vázquez Ruano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 535-552. Também é a solução prevista no ordenamento francês [art. 27 bis do Statut de la Coopération (Portant statut de la coopération — Journal officiel du 11 septembre 1947)] e no CHAPTER 3- Section 3.2. do draft PECOL, Study Group on European Cooperative Law (SGECOL), Draft Principles of European Cooperative Law, cit., p. 66.

⁴¹ Esta é a solução prevista no ordenamento espanhol (v.g. no art. 45.8 da Ley Estatal de Cooperativas — Ley 27/1999, de 16 de julio). Sobre esta solução, v. M. A. Martín Reyes / E. Almedo Peralta, «El capital social. Concepto y funciones», cit., pp. 540-550.

⁴² O n.º 1 do art. 24.º do CCoop. 2015 estabelece que «os cooperadores podem solicitar a sua demissão nas condições estabelecidas nos estatutos ou, no caso de estes serem omissos, no fim de um exercício social, com pré-aviso de 30 dias, sem prejuízo da responsabilidade pelo cumprimento das suas obrigações como membros da cooperativa».

perador que se demitir tem direito ao montante dos títulos de capital realizados segundo o seu valor nominal, no prazo estabelecido pelos estatutos ou, supletivamente, no prazo máximo de um ano».

Sendo o capital social variável, tal significa que poderá aumentar por novas entradas de membros cooperadores e investidores, e reduzir-se por reembolso das entradas aos cooperadores que se demitam, sem necessidade de alteração dos estatutos da cooperativa. A principal consequência desta variabilidade consistirá na diminuição da qualidade financeira do capital social, designadamente da segurança económica e financeira que o mesmo poderia representar perante terceiros credores, podendo dificultar o financiamento externo das cooperativas⁴³ e, em determinadas situações, conduzi-las a uma situação de subcapitalização.

Tudo isto é agravado pela circunstância de o legislador continuar a permitir que os cooperadores difiram parte das suas entradas em dinheiro para um momento posterior ao da constituição da cooperativa. Efetivamente, a lei estabelece que 10% do capital a realizar em dinheiro deverá ser efetuado aquando da subscrição. Permite-se, contudo, que os estatutos possam exigir uma entrega superior. Admite-se, desta forma, o diferimento da realização das entradas em dinheiro dos membros cooperadores⁴⁴, cujo valor deverá, no entanto, estar integralmente realizado no prazo máximo de cinco anos (n.º 3 do art. 84.º do CCoop. 2015). Tal implica que as cooperativas poderão iniciar a sua atividade com muitos créditos sobre os cooperadores, mas sem os meios líquidos que, efetivamente, lhes permitam exercer a sua atividade.

Assim se explica que o legislador tenha alargado a possibilidade do estabelecimento de limites ao exercício do direito ao reembolso, de modo a conferir maior estabilidade ao capital social cooperativo. Aos mecanismos já previstos no Código Cooperativo de 1996 — «a possibilidade de diferir o reembolso durante um certo período de tempo» (n.º 1 do art. 89.º do CCoop. 2015); «a possibilidade de estabelecer deduções ao direito ao reembolso» (n.º 2 do art. 89.º do CCoop. 2015); «o estabelecimento de prazos mínimos de permanência e de regras que condicionem a saída a um aviso prévio» (n.º 2 e 3 do art. 24.º do CCoop. 2015); «o regime de responsabilidade externa dos cooperadores» (art. 23.º e 80.º do CCoop. 2015); a já referida «fixação de um capital social mínimo» (n.º 2 do art. 81.º do CCoop. 2015); e o «regime jurídico-legal definido para as reservas, designadamente para as reservas obrigatórias» (art. 96.º e ss. do CCoop. 2015), de que falaremos mais adiante — acrescenta-se no novo Código a possibilidade de os «estatutos poderem

⁴³ D. A. Meira, O regime económico das cooperativas no direito português: O capital social, cit., pp. 103-117.

⁴⁴ No caso dos membros investidores, não se permite o diferimento das entradas de capital (n.º 5 do art. 84.º do CCoop. 2015).

prever a já mencionada suspensão do reembolso» (n.ºs 3 e 4 do art. 89.º do CCoop. 2015).

Mantém-se a proibição de estes mecanismos poderem suprimir o direito de demissão (n.º 3 do art. 24.º do CCoop. 2015), permitindo-se apenas que os estatutos limitem tal direito «estabelecendo regras e condições para o seu exercício». Esta é a melhor solução pois respeita o *princípio cooperativo da adesão voluntária e livre*.

Claro que esta opção legislativa levanta um problema que se prende com a circunstância de, no ordenamento português, não existir um tratamento contabilístico específico e diferenciado para as cooperativas face às sociedades comerciais, pelo que estas estão sujeitas às normas internacionais de contabilidade, designadamente à IAS 32, com o risco de o capital social ser qualificado, contabilisticamente, como um recurso alheio e não como um recurso próprio⁴⁵, porque reembolsável em caso de demissão do cooperador, o que poderá levar a que nos questionemos se o legislador terá refletido suficientemente sobre as consequências desta sua opção. Na verdade, este impedimento de supressão do direito de demissão e o conseqüente direito de reembolso significam a rejeição da solução adotada no ordenamento espanhol para impedir a classificação do capital social como passivo, a qual acolhe a possibilidade de, mediante cláusula estatutária, se introduzir uma dualidade no capital social das cooperativas, que passa a estar representado por entradas reembolsáveis ou por entradas cujo reembolso possa ser recusado incondicionalmente pelo órgão de administração da cooperativa em caso de demissão do cooperador⁴⁶.

A única medida introduzida no sentido de atenuar os riscos de o capital social ser qualificado, contabilisticamente, como um recurso alheio foi a possibilidade, já amplamente referida, de estatutariamente se prever que o órgão de administração *suspenda o reembolso* quando num exercício económico o montante dos títulos de capital a reembolsar supere uma determinada percentagem do capital social que neles se estabeleça (n.ºs 3 e 4 do art. 89.º do CCoop. 2015). Assim, se essa percentagem for, por exemplo, de 20%, tal significa que 80% do capital social deverá ser contabilizado como recurso próprio e 20% como passivo. Convém, no entanto, ter presente que o novo Código obriga a que a decisão de suspensão do reembolso seja fundamentada e sujeita-a a ratificação da assembleia geral. Estes condicionalismos pretendem assegurar que as limitações ao exercício do

⁴⁵ D. A. Meira/ A. M. Bandeira, «A IAS 32 e os novos critérios de contabilização das entradas para o capital social das cooperativas. Uma análise contabilística e jurídica responsabilidade social da empresa cooperativa. Uma análise contabilística e jurídica», Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, Porto, ISCAP, n.º 16, 2010, pp. 145-164.

⁴⁶ V., sobre esta questão, C. VARGAS VASSEROT, «Aportaciones exigibles o no exigibles: ésa es la cuestión», CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, n.º 22, 2011, pp. 75-119.

direito ao reembolso se fundam em razões objetivas, excluindo-se qualquer restrição que radique no mero arbítrio dos dirigentes da cooperativa ou num excesso de valorização relativa dos interesses da cooperativa e, ainda, que tais limitações não ultrapassem um nível, razoável e justo, de proteção da solvência financeira da cooperativa.

Em matéria de capital social, registam-se outras significativas diferenças, quanto ao diploma anteriormente vigente, relativamente às contribuições dos cooperadores para o capital social. No Código Cooperativo de 1996 as entradas dos cooperadores podiam consistir em dinheiro, espécie e indústria. No atual CCoop. a contribuição de trabalho deixa de ser entendida como uma contribuição para o capital social. A razão da exclusão resulta do facto de as contribuições em trabalho não serem computadas no capital social, pelo que não poderão cumprir com a função de garantia que é própria do capital⁴⁷. Contudo, apesar de o trabalho do cooperador-trabalhador não dever ser entendido como uma contribuição para o capital social, tal não obsta ao seu valor enquanto contribuição social. Estamos perante uma prestação laboral, de características peculiares, mas que não é capital social.

Procedeu-se, deste modo, a uma maior clarificação quanto ao regime jurídico das entradas, nos seguintes termos:

- i) o capital subscrito pode ser realizado em dinheiro, bens ou direitos;
- ii) não podem ser emitidos títulos de capital em contrapartida de contribuições de trabalho ou prestação de serviços, sem prejuízo de a legislação aplicável a cada um dos ramos cooperativos poder exigir, para a aquisição da qualidade de cooperador, uma contribuição obrigatória de capital e de trabalho (arts. 84.º e 85.º do CCoop. 2015).

O diferimento das entradas em dinheiro só será possível desde que o montante dos valores nominais das entradas em dinheiro e em espécie, entregues inicialmente, atinja pelo menos 10% do valor do capital social.

Assiste-se, igualmente, a uma maior clarificação do regime de transmissão dos títulos de capital. O n.º 1 do art. 86.º do CCoop. 2015 dispõe que os títulos de capital só serão transmissíveis mediante autorização do órgão de administração ou, se os estatutos da cooperativa o impuserem, da assembleia geral, sob condição de o adquirente ou o sucessor já serem cooperadores ou, reunindo as condições exigidas, solicitarem a sua admissão. A titularidade dos títulos de capital não é,

⁴⁷ A função de garantia significa que o capital social se apresenta como um instrumento jurídico destinado à defesa e tutela dos interesses dos credores. Por força desta função de garantia, são proibidas determinadas atribuições de bens aos sócios. Em consequência, tais bens poderão ser usados para satisfazer as dívidas da sociedade. Sobre esta função na cooperativa, v. D. A. MEIRA, «As insuficiências do regime legal do capital social e das reservas na cooperativa», in I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2011, pp. 133 e ss..

assim, uma posição separável da qualidade de cooperador. Tal explica que a limitação da livre transmissão dos títulos de capital seja a regra geral e não a exceção, impedindo-se a livre transmissibilidade dos títulos de capital a pessoas alheias à cooperativa.

Como novidade, o CCoop. 2015 passou a prever expressamente, no n.º 2 daquela disposição, o formalismo e prazos a observar aquando do pedido e da concessão da autorização para a transmissão dos títulos de capital, devendo tal questão ser regulada nos estatutos da cooperativa nos seguintes termos: o cooperador que pretenda transmitir os seus títulos de capital deverá comunicá-lo, por escrito, ao órgão de administração, devendo a recusa ou concessão de autorização ser comunicada ao cooperador no prazo máximo de 60 dias a contar do pedido, sob pena de essa transmissão se tornar válida e eficaz, desde que o transmissário já seja cooperador ou reúna as condições de admissão exigidas. Assegura-se, deste modo, certeza e segurança jurídica em matéria de procedimentos.

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

Assim, nos n.º 3 e 4 do art. 86.º, consagrou-se que a transmissão *inter vivos* dos títulos de capital se opera: a) no caso dos titulados, através do endosso do título, assinado pelos transmitente e adquirente, e por quem obriga a cooperativa, sendo averbada no livro de registos respetivo; b) no caso dos escriturais, através do registo na conta do adquirente, sendo averbada no livro de registos respetivo.

Quanto à transmissão *mortis causa* dos títulos de capital, dispôs-se que a mesma se operará através da apresentação de documento comprovativo da qualidade de herdeiro ou legatário, mediante o qual será averbado em seu nome: a) no caso dos titulados, no respetivo livro de registo, devendo o título ser assinado por quem obriga a cooperativa e pelo herdeiro ou legatário; b) no caso dos escriturais, na conta do adquirente, sendo averbados no livro de registo respetivo. A mensagem legislativa é clara no sentido de que, não sendo admissível a transmissão *mortis causa*, o herdeiro ou legatário terá direito ao reembolso dos títulos de capital.

O CCoop. 2015 passou a proibir expressamente, no n.º 6 do art. 86.º, que os credores particulares do cooperador possam penhorar, para satisfação dos seus créditos, os títulos de capital de que o cooperador seja titular. Deste modo, a lei privilegia o carácter estritamente pessoal da participação do cooperador na cooperativa e a consequente necessidade de evitar que, da mesma e em virtude de uma ação executiva, possam vir a fazer parte sujeitos privados dos requisitos requeridos, pela lei ou pelos estatutos, para serem membros da cooperativa. Além disso,

visar-se-á evitar que a cooperativa seja colocada em dificuldades económicas por ação dos credores particulares dos cooperadores, o que poderia acontecer se os referidos credores tivessem o direito de exigir à cooperativa a liquidação da participação do cooperador devedor e o pagamento imediato da respetiva importância.

O novo Código não trata da transmissão das participações sociais dos *membros investidores*, omissão que é criticável. Consideramos que tal transmissão não é livre, estando dependente de autorização do órgão de administração ou, se os estatutos da cooperativa o impuserem, da assembleia geral⁴⁸.

A questão da remuneração dos títulos de capital passa a ser objeto de uma norma autónoma (art. 88.º do CCoop. 2015). Esta autonomização permitiu dar um maior destaque a esta particularidade do capital social das cooperativas, traduzindo-a na possibilidade de os cooperadores e de os *membros investidores* obterem uma remuneração líquida pelo capital subscrito como condição para serem membros, circunstância proibida nas sociedades comerciais⁴⁹. No anterior Código Cooperativo, o regime da remuneração dos títulos de capital aparecia tratado conjuntamente com o regime da distribuição dos excedentes.

Também o direito ao reembolso dos títulos de capital passa a ser objeto de uma norma autónoma (art. 89.º do CCoop. 2015). No diploma anteriormente vigente, o regime deste direito aparecia previsto na disposição relativa ao direito de demissão, no Capítulo relativo aos direitos dos cooperadores. No novo diploma, o direito ao reembolso é trazido para o Capítulo relativo ao regime económico, dado o seu impacto na estrutura financeira da cooperativa. O direito ao reembolso é, como vimos, uma consequência natural do princípio cooperativo da adesão voluntária e livre e a razão da variabilidade do capital social. Na verdade, o cooperador que se demitir tem direito ao montante dos títulos de capital realizados segundo o seu valor nominal, o qual poderá ser acrescido dos juros a que o cooperador tiver direito relativamente ao último exercício social, da quota -parte dos excedentes e reservas não obrigatórias repartíveis, e deduzido, se for o caso, das perdas que lhe sejam imputáveis reveladas no balanço do exercício no decurso do qual surgiu o direito ao reembolso. Este direito ao reembolso pode ser objeto de limitações, designadamente a possibilidade de diferimento durante um certo período de tem-

⁴⁸ V. CHAPTER 3 - Section 3.3. do draft PECOL, Study Group on European Cooperative Law (SGE-COL), Draft Principles of European Cooperative Law, cit., p. 67.

⁴⁹ O art. 21.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, em nome do Princípio da intangibilidade do capital social, consagra que «é vedada a cláusula do contrato social que atribua a um sócio juros ou outra quantia certa, em retribuição do seu capital ou indústria». A única retribuição possível serão os lucros, quando os houver e forem distribuídos. A retribuição certa criaria o risco de distribuição pelos sócios de quantias, a título de juros ou outra retribuição, sem que a sociedade tivesse tido lucros, o que violaria diretamente o Princípio da intangibilidade do capital social que caracteriza as sociedades comerciais. V., neste sentido, P. T. Domingues, «Capital e património sociais. Lucros e reservas», in J. M. C. ABREU (coord.), Estudos de Direito das Sociedades, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 171 e ss.

po, consagrado nos estatutos ou, supletivamente, no prazo máximo de um ano. O novo Código acrescenta às limitações ao direito ao reembolso prevista no diploma anterior - a possibilidade de diferimento durante um certo período de tempo, consagrado nos estatutos ou, supletivamente, no prazo máximo de um ano - uma outra limitação acima mencionada, a saber: se os estatutos assim o previrem, o reembolso será suspenso por decisão do órgão de administração caso supere uma determinada percentagem do montante do capital social estabelecido nos estatutos, sendo que esta decisão deverá ser fundamentada e sujeita a ratificação da assembleia geral (n.ºs 3 e 4 do art. 89.º)⁵⁰.

Uma outra novidade da reforma consistiu na introdução de uma norma aberta, com a epígrafe «Contribuições que não integram o capital social e outras formas de financiamento» e que vem acrescentar às possibilidades já previstas na versão anterior do Código- jóia de admissão, emissão de títulos de investimento e obrigações- , a possibilidade de a assembleia geral poder decidir outras formas de financiamento (n.º3 do art. 90.º).

O CCoop de 1996 era omissivo quanto ao regime de aumento do capital social. Ora, dadas as especificidades deste regime, sobretudo quando o aumento ocorre por via da incorporação de reservas, considerou-se relevante a criação de uma norma que previsse expressamente esta matéria.

Assim, quanto ao aumento do capital social estatutário, o n.º 3 do art. 81.º consagra expressamente que este pode ocorrer por duas vias: por deliberação da assembleia geral, mediante proposta do órgão de administração, com a emissão de novos títulos de capital a subscrever pelos membros; ou por incorporação de reservas não obrigatórias e reservas cuja dotação não resulte de benefícios provenientes de operações com terceiros.

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

Efetivamente, nas cooperativas, o aumento do capital por incorporação de reservas só poderá ser feito utilizando reservas não obrigatórias e cuja dotação não resulte de benefícios provenientes de operações com terceiros. Em apoio da nossa opinião, invocamos, desde logo, o art. 99.º do CCoop. 2015, o qual estabelece a irrepertibilidade, pelos cooperadores, quer das reservas obrigatórias quer das reservas que resultem de benefícios provenientes de operações com terceiros. Constata-se que, se ocorresse um aumento de capital por incorporação de alguma dessas reservas, os cooperadores ficariam ou com mais títulos de capital ou com os mesmos títulos, mas de superior valor nominal. Ora, o cooperador que se retira

⁵⁰ V. R. VIGUERA REVUELTA, *El derecho de reembolso en las sociedades cooperativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 115 e ss..

da cooperativa (por demissão ou exclusão) terá direito ao «montante dos títulos de capital realizados segundo o seu valor nominal» (arts. 24.º e 26.º do CCoop. 2015). Torna-se, deste modo, evidente que um eventual aumento do capital social por incorporação de reservas obrigatórias, implicaria uma violação do disposto no art. 99.º e ainda do art. 114.º, ambos do CCoop. 2015, consagrando este último preceito a regra da devolução desinteressada de reservas da cooperativa dissolvida. Acresce que, mesmo não tendo em conta essas regras, não poderemos esquecer que a reserva legal tem um preciso destino fixado na lei, o qual não contempla a possibilidade de poder ser integrada no capital social⁵¹, como veremos. Já quanto às reservas estatutárias (art. 98.º, n.º 1, do CCoop. 2015), entendemos que poderão ser utilizadas nesta modalidade de aumento de capital, desde que a deliberação de aumento de capital, por incorporação das reservas, valha também como deliberação de alteração estatutária. Também as reservas criadas por deliberação da assembleia geral, nos termos do n.º 2 do art. 98.º do CCoop. 2015 poderão ser utilizadas para aumento de capital por incorporação de reservas. Convém, todavia, não esquecer que estas reservas não obrigatórias são compostas por excedentes provenientes de operações com cooperadores. Sendo assim, em caso de aumento de capital por incorporação de tais reservas, só poderão participar nesse aumento os cooperadores que tenham contribuído para tais excedentes e na exata medida dessa contribuição, pelo que, em nome da certeza e segurança jurídicas, dever-se-ia ter consagrado esta limitação.

4.2 Maior clarificação em matéria de responsabilidade

Quanto à responsabilidade dos cooperadores pelas dívidas da cooperativa, o art. 80.º do CCoop. 2015 vem clarificar as mensagens normativas constantes do art. 35.º do CCoop. de 1996. Assim, em matéria de responsabilidade da cooperativa e dos cooperadores perante os credores da cooperativa, a norma começa por enunciar a regra de que só o património da cooperativa responde para com os credores pelas dívidas desta, pelo que cada cooperador limita a sua responsabilidade ao montante do capital social subscrito, sem prejuízo de cláusula estatutária em sentido diverso. Finalmente, esclarece-se que, quando o contrato estipule a responsabilidade de cooperadores por dívidas da cooperativa, ela é subsidiária em relação à cooperativa e solidária entre os cooperadores responsáveis.

4.3. Novas soluções normativas quanto às reservas cooperativas

Em matéria de reserva legal, mantém-se a regra de esta se destina, em exclusivo, à cobertura de eventuais perdas de exercício (n.º 1 do art. 96.º do CCoop.

⁵¹ V., neste sentido, J. M. C. Abreu, *Da empresarialidade. As empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 164 e ss..

2015), regra esta que evidencia a única finalidade da figura da reserva legal nas cooperativas: a de funcionar como primeira linha de defesa do capital social, evitando que as perdas decorrentes da atividade empresarial da cooperativa incidam diretamente sobre o capital social e determinem a sua redução. De facto, existindo a reserva legal, essas perdas serão cobertas, em primeira linha, pelos bens que no ativo lhe correspondem. No novo Código, para que a reserva legal desempenhe adequadamente a sua função de defesa do capital social, introduz-se um preceito que clarifica que ela só pode ser utilizada para cobrir a parte do prejuízo do exercício que não possa ser coberto pela utilização de outras reservas ou a parte dos prejuízos transitados do exercício anterior que não possa ser coberto pelo resultado do exercício nem pela utilização de outras reservas (als. a) e b) do n.º 4 do art. 96.º). Não era este o regime que resultava do art. 69.º do CCoop de 1996. A redação dos números 1 e 4 daquele preceito permitia que as perdas fossem imputadas, em primeiro lugar e integralmente, à reserva legal, em vez de, como seria mais adequado — atendendo à função garantística desempenhada por tal reserva —, se determinar que a imputação de perdas fosse feita, em primeiro lugar, aos fundos de reservas livres, se existirem, admitindo-se a imputação à reserva legal apenas com carácter subsidiário e mediante a fixação de limites, tal como resulta do atual regime.

Deveria, no entanto, o legislador ter expressamente previsto na lei que estas perdas cobertas pela reserva legal serão perdas da cooperativa, excluindo-se, em princípio, as perdas imputáveis ao cooperador, porque resultantes da sua participação na atividade da cooperativa.

Esta diferenciação é fundamental tendo em conta que, no n.º 5 do art. 96.º do CCoop. 2015, se dispôs que, caso a reserva legal não seja suficiente para cobrir os «prejuízos do exercício», os cooperadores poderão ser chamados, mediante deliberação da assembleia geral, a repor a diferença, proporcionalmente às operações realizadas por cada um deles com a cooperativa, reconstituindo-se a reserva até ao nível anterior em que se encontrava antes da sua utilização para a cobertura destas perdas.

Esta norma, que transitou do anterior Código Cooperativo, merece-nos as seguintes considerações.

O legislador não se estará a referir a perdas da cooperativa, pois, quanto a estas, funciona a regra da responsabilidade limitada constante dos arts. 23.º e 80.º do CCoop. 2015, nos termos da qual o membro (cooperador ou investidor) não responde por perdas da cooperativa, pelas quais responde apenas o património desta. Mas também se pode questionar se o legislador se estará a referir a perdas imputáveis ao cooperador. Parece, efetivamente, que o texto da norma aponta nesse sentido, pois o legislador afirma que os cooperadores poderão ser chamados a repor a diferença «proporcionalmente às operações realizadas por cada um deles». No

entanto, haverá que ter em conta que a reserva legal não se destina a cobrir perdas imputáveis ao cooperador, mas apenas perdas da cooperativa.

Quanto à constituição da reserva, mantém-se a regra segundo a qual esta deixará de ser obrigatória a partir do momento em que atinja «um montante igual ao máximo do capital social atingido pela cooperativa», acrescentando-se «no exercício» (n.º 3 do art. 96.º do CCoop. 2015. Este montante, estabelecido pelo legislador cooperativo português — «um montante igual ao máximo do capital social atingido pela cooperativa no exercício» —, será um montante mínimo, no sentido de que os estatutos poderão estipular um montante superior, mas nunca inferior. O legislador não emprega a expressão «limite máximo», limitando-se a dizer que as reversões deixarão de ser obrigatórias «desde que», ou seja, a partir do momento em que a reserva atinja aquele montante.

Quanto à reserva de educação e formação cooperativas, regulada pelo art. 97.º do CCoop, mantém-se a obrigatoriedade da sua constituição, mas, em coerência com as finalidades da mesma, o legislador consagra expressamente, no n.º3 daquele preceito, que esta reserva não responde pelas dívidas da cooperativa perante terceiros, mas apenas pelas obrigações contraídas no âmbito da atividade a que está adstrita. Parece-nos acertada esta solução legislativa, pois, diversamente de outros ordenamentos, na legislação cooperativa portuguesa esta reserva nunca foi configurada como um fundo especial, constituído em património autónomo, mas apenas como uma conta, em sentido contabilístico, de capitais próprios. Deste modo, em nome da certeza e segurança jurídicas, consagra-se que os bens afetos a esta reserva, por fidelidade à sua vocação legal, só responderão pelo pagamento das dívidas contraídas na atividade a que está adstrita e não pelas restantes dívidas da cooperativa.

O novo Código mantém a regra de que estas reservas obrigatórias, bem como as que resultem de benefícios (o legislador continua a utilizar inapropriadamente o termo «excedentes») provenientes de operações com terceiros são insuscetíveis de qualquer tipo de repartição entre os membros (art. 99.º).

A manutenção do regime da irrepartibilidade parece-nos a solução mais acertada, dado que este permite atenuar os efeitos da variabilidade do capital social, incrementar as garantias face aos credores, evitar demissões especulativas, criar um património comum e solidariedade entre gerações e preservar a identidade cooperativa.

4.4. O regime jurídico da distribuição de resultados: uma oportunidade perdida

A problemática da determinação e distribuição dos resultados continua a ser tratada de forma muito incipiente no novo Código, matéria que constitui um ponto nevrálgico do regime económico das cooperativas.

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 cooperativa⁵².

Seria, assim, relevante, que esta distinção surgisse de forma clara no Código Cooperativo. Percebe-se que o legislador a tem parcialmente presente quando consagra que os «excedentes» provenientes de operações com terceiros não poderão ser repartidos pelos cooperadores (art. 100.º, n.º 1, do CCoop. 2015), sendo obrigatoriamente afetados a reservas irrepartíveis (art. 99.º do CCoop. 2015). O legislador não refere, todavia, os resultados extraordinários e continua a designar os resultados provenientes das operações com terceiros de «excedentes», quando estamos perante lucros e não verdadeiros excedentes cooperativos, uma vez que não foram realizados no âmbito de uma atividade mutualista.

Assim, em matéria de distribuição de resultados, foi uma oportunidade perdida a não introdução de um preceito que consagrasse expressamente as diferentes tipologias de resultados e a impossibilidade de distribuição aos cooperadores dos resultados provenientes de operações realizadas com terceiros ou quaisquer outros resultados extracooperativos, os quais deverão ser afetados a reservas irrepartíveis.

CONCLUSÕES

De modo a incentivar o empreendedorismo cooperativo e a diminuir os custos de contexto, o legislador reduziu o número mínimo de membros nas cooperativas de primeiro grau e o montante do capital social mínimo.

Observa-se que o princípio da gestão democrática pelos membros não impede a previsão legal de vários modelos de administração e de fiscalização da cooperativa.

O CCoop. 2015 manteve a regra de que os órgãos das cooperativas são integrados por cooperadores, admitindo, excecionalmente que, respeitados certos limites legais imperativos, os membros investidores possam integrar os órgãos de administração e de fiscalização da cooperativa. Por força das regras deontológicas

⁵² 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). V., sobre esta distinção, I.-G FAJARDO GARCÍA, La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios, cit., pp. 120 e ss..

aplicáveis, o revisor oficial de contas não pode ser cooperador nem membro investidor da cooperativa fiscalizada.

As regras sobre a composição dos órgãos da cooperativa não facilitam a profissionalização da gestão. As novas regras sobre a delegação de poderes de gestão, ao impedir que esta seja entregue a não membros do órgão de administração, estão em sintonia com o conteúdo essencial do princípio da gestão democrática pelos membros.

O CCoop. 2015 apresenta uma evolução positiva em matéria de fiscalização da cooperativa, mas é silente em aspetos importantes como sejam as incompatibilidades dos titulares do órgão de fiscalização ou a exigência de justa causa para a destituição de membros do conselho fiscal e do conselho geral e de supervisão. O que vai suscitar a questão da aplicação subsidiária das normas do CSC.

O novo Código continua a reconhecer a variabilidade do capital social como uma característica essencial da identidade cooperativa, mas, para atenuar os seus efeitos e conferir maior estabilidade ao capital social cooperativo, alargou o elenco dos limites estatutários ao exercício do direito ao reembolso, admitindo a possibilidade de estatutariamente se prever que o órgão de administração suspenda o reembolso quando, num exercício económico, o montante dos títulos de capital a reembolsar supere uma determinada percentagem do capital social que neles se estabeleça.

De forma a fortalecer a função de garantia do capital social, deixam de poder ser emitidos títulos de capital em contrapartida de contribuições de trabalho ou prestação de serviços, sem prejuízo de a legislação aplicável a cada um dos ramos cooperativos poder exigir, para a aquisição da qualidade de cooperador, uma contribuição obrigatória de capital e de trabalho. Além disso, passa a proibir-se expressamente que os credores particulares do cooperador possam penhorar, para satisfação dos seus créditos, os títulos de capital de que o cooperador seja titular.

Consagrou-se expressamente, num preceito autónomo, o regime do aumento do capital social cooperativo, dispondo que o aumento de capital por incorporação de reservas só poderá ser feito utilizando reservas não obrigatórias e cuja dotação não resulte de benefícios provenientes de operações com terceiros.

Em nome da certeza e segurança jurídicas, passou a regular-se expressamente os formalismo e prazo a observar para a transmissão dos títulos de capital e clarificou-se o regime de responsabilidade dos cooperadores pelas dívidas da cooperativa, bem como da posição do património da cooperativa perante os seus credores e perante os credores particulares do cooperador.

Acolheram-se novas soluções normativas quanto às reservas. Atendendo à função de garantia desempenhada pela reserva legal, consagrou-se que a imputação de perdas da cooperativa será feita, em primeiro lugar, às reservas livres, se existirem, admitindo-se a imputação à reserva legal apenas com carácter subsidiária.

rio. Quanto à *reserva de educação e formação cooperativas*, dispôs-se que esta reserva não responderá pelas dívidas da cooperativa perante terceiros, mas apenas pelas obrigações contraídas no âmbito da atividade a que está adstrita.

Em nome da preservação da identidade cooperativa, manteve-se a regra da irrepartibilidade das reservas obrigatórias e das reservas constituídas com resultados provenientes de operações com terceiros.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ABREU, J. M. C., *Da empresarialidade. As empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1999.
- ABREU, J. M. C., «Artigo 373º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. V, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 15-27.
- ALVES, A. C., «Brazil», *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Heidelberg / New York / Dordrecht / London, 2013, pp. 271-288.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E. / VIGUERRA REVUELTA, R., «El principio da gestión democrática en las sociedades cooperativas», Número monográfico da *CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa*, 27/2015, pp. 175-203.
- COSTA, R., *A sociedade por quotas unipessoal no Direito Português. Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002.
- CZACHORSKA-JONES, B. *et al.*, «United States», *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Heidelberg / New York / Dordrecht / London, 2013, pp. 759-778.
- DOMINGUES, P. T., «Capital e património sociais. Lucros e reservas», in J. M. C. ABREU (coord.), *Estudos de Direito das Sociedades*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 151-222.
- FAJARDO GARCÍA, I. G.; FICI, A.; HENRY, H.; HIEZ, D.; MÜNKNER, H.; SNAITH, I.; «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. 331-350.
- FAJARDO GARCIA, I.-G., *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, Madrid, 1997.
- FAJARDO GARCÍA, I.-G., «Spain», *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Heidelberg / New York / Dordrecht / London, 2013, pp. 701-718.
- FICI, A. «Italia», *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Heidelberg / New York / Dordrecht / London, 2013, pp. 479-501.
- FICI, A. «The european cooperative society regulation», *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Heidelberg / New York / Dordrecht / London, 2013, pp. 115-151.
- FICI, A., «The essential role of cooperative law», *The Dovenschmidt Quartely, International Review on Transitions in Corporate Life, Law and Governance*, n.º 04, 2014, pp. 147-158.

- HENRÝ, H., «Finland», *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henrý, Springer, Heidelberg / New York / Dordrecht / London, 2013, pp. 373-392.
- HENRÝ, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, International Labour Office, Genebra, 2012.
- HIEZ, D., «France», *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henrý, Springer, Heidelberg / New York / Dordrecht / London, 2013, pp. 393-411.
- LLUÍY NAVAS, J., «Las sociedades cooperativas y su régimen de gobierno a la luz de la ley española de 1974», *REVESCO*, n.ºs 36-37-38, Mayo 1975 - Abril 1976, pp. 85-156.
- MARTÍN REYES, M. A. / ALMEDO PERALTA, E., «El capital social. Concepto y funciones», in: *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I, dir. Juan Ignacio Peinado Gracia; coord. Trinidad Vásquez Ruano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 535-552.
- MARTINS, A. SOVERAL, «Artigo 405º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. V, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 399-410.
- MEIRA, D. A., «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. A., *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Editora Vida Económica, Porto, 2009.
- MEIRA, D., «A governação cooperativa – Encontros e desencontros com a governação societária», *III Congresso Direito das Sociedades em revista*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 385-410.
- MEIRA, D. A./BANDEIRA, A. M., «A IAS 32 e os novos critérios de contabilização das entradas para o capital social das cooperativas. Uma análise contabilística e jurídica responsabilidade social da empresa cooperativa. Uma análise contabilística e jurídica», *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, Porto, ISCAP, n.º 16, 2010, pp. 145-164.
- MEIRA, D./RAMOS, M. ELISABETE, «Um roteiro para a reforma da governação e do regime económico das cooperativas portuguesas», *CES 36 (2013-2014)*, pp. 81-110.
- MEIRA, D./RAMOS, M. ELISABETE, *Governação e regime económico das cooperativas-Estado da arte e linhas de reforma*, Vida Económica, Porto, 2014.
- MEIRA, D./RAMOS, M. ELISABETE, «Os princípios cooperativos no contexto da reforma do Código Cooperativo Português», Número monográfico da *CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa*, 27/201, pp. 401-427.
- NAMORADO, R., *Os princípios cooperativos*, Fora do Texto, Coimbra, 1995.
- NAMORADO, R., *Cooperatividade e direito cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2005.
- RAMOS, M. ELISABETE, «Gestão democrática das cooperativas. Que desafios?», in: *Economia social e civil: estudos*, coord. de João Carlos Loureiro e Suzana Tavares da Silva, vol. 1, 2015, Instituto Jurídico. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 129-194.
- SARNO, M., «La costituzione della società cooperativa», in: *Società Cooperative e Mutue assicuratrici* (a cura di Amedeo Bassi), UTET, Torino, 1999, pp. 137-279

- STUDY GROUP ON EUROPEAN COOPERATIVE LAW (SGECOL): *Draft Principles of European Cooperative Law* (draft PECOL), May 2015, <<http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/04/PECOL-May-2015.pdf>> (última consulta em 25 de junho de 2016).
- SNAITH, I., «United Kingdom», *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Heidelberg / New York / Dordrecht / London, 2013, pp. 735-757.
- VARGAS VASSEROT, C. / ENRIQUE GADEA / SACRISTÁN SOLER, F., *Derecho de las sociedades cooperativas, Introducción, constitución, estatuto del socio y órganos sociales*, LA LEY, Madrid, 2015.
- VARGAS VASSEROT, C., «Aportaciones exigibles o no exigibles: ésa es la cuestión», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 22, 2011, pp. 75-119.
- VARGAS VASSEROT, C., «La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad corporativa», *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 20, 2009, pp. 59-82.
- VECCHI, R., *Le società cooperative*, Giuffrè Editore, Milano, 2001.
- VICENT CHULIÁ, F., *Ley General de Cooperativas, Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial* (coord. de Sánchez Calero / Manuel Albaladejo), Tomo XX, vol. 1.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.
- VILAÇA, J. L. DA CRUZ, *A Empresa Cooperativa*, Separata do Boletim de Ciências Económicas, Vols. XI, XII, XIII, XIV, Coimbra, 1969.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 28 (2015-2016), páxs. 109-134
ISSN: 1130-2682

**CONFIGURACIÓN TIPOLÓGICA DE LA SOCIEDAD
PROFESIONAL CON FORMA COOPERATIVA
Y COMPETENCIA REGISTRAL¹**

*TYPOLGYCAL CONFIGURATION OF THE
PROFESSIONAL SOCIETY WITH COOPERATIVE
FORM AND REGISTER COMPETENCE*

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ²

Recepción: 30/05/2016 - Aceptación: 12/07/2016

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto “La renovación tipológica en el derecho de sociedades contemporáneo”, Programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia, subprograma de generación del conocimiento (DER2013-44438-P). Una versión similar en inglés se presentó al Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional “New Strategies for Co-operatives: Understanding and Managing Co-operative Creation”, celebrado en Almería en mayo de 2016.

² Catedrática (ac.) de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia. Dirección de correo electrónico: rosalia@um.es.

RESUMEN

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, permite que estas sociedades puedan revestir cualesquiera forma social, y por tanto también cooperativa (art. 1.2 LSP). Se podría pensar que las sociedades profesionales bajo forma cooperativa se sitúan en un plano próximo a las cooperativas de servicios, pero la proximidad no es tal pues una cosa es que la forma cooperativa pueda ser apta para satisfacer las necesidades instrumentales de los profesionales liberales, que es lo que posibilita —entre otras muchas opciones— una cooperativa de servicios, y otra que sirva para el ejercicio en común de una actividad profesional que requiera titulación universitaria oficial e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. El ejercicio en común de una actividad profesional titulada es el elemento que permite considerar a las sociedades cooperativas profesionales como un nuevo *tipo especial* de cooperativa habilitado por el legislador societario general como forma de trabajo autónomo colectivo.

PALABRAS CLAVE: Sociedad Cooperativa Profesional – Cooperativa especial – Inscripción registral - Personalidad jurídica

ABSTRACT

The 2/2007 Professional Companies Act, of 15th March, allows these companies to adopt any social form, including a cooperative form (art. 1.2 PCA). It might be thought that professional companies under a cooperative form are placed next to the level of those cooperatives of services associating professionals, but there is not such a proximity. A cooperative form might be valid to satisfy the instrumental needs of liberal professionals, being so what a cooperative of services – amongst many other options – allows for. However, the case is different when it comes to allow for the joint practice of a professional activity that requires an official University degree and the enrollment in the pertinent Professional Association under a cooperative form. The joint practice of a professional qualified activity is the element that allows professional cooperative societies to be considered as a new *special type* of cooperative authorized by the general society legislator as a kind of collective self employed work.

KEY WORDS: Profesional co-operative society – especial type of co-operative – registration – legal personality

SUMARIO: 1. SOBRE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES. 1.1. La organización del ejercicio de profesiones colegiadas por medio de sociedades. 1.2. Configuración tipológica de la sociedad profesional. 2. LA FORMA SOCIAL COOPERATIVA Y LA SOCIEDAD PROFESIONAL. 2.1. La sociedad cooperativa como forma social elegible para constituir una sociedad profesional. 2.2. Encuadramiento de la sociedad profesional en una clase de cooperativa. 3. LA SOCIEDAD COOPERATIVA PROFESIONAL COMO TIPO ESPECIAL DE COOPERATIVA. 3.1. Breve apunte sobre la tipología de la sociedad cooperativa en Derecho español. 3.2. La especialidad de la sociedad cooperativa profesional. 4. ADQUISICIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA POR LA SOCIEDAD COOPERATIVA PROFESIONAL. 4.1. Conversión de una cooperativa en sociedad profesional. 4.2. Constitución de una cooperativa como sociedad profesional. 4.3. Competencia del Registro de Cooperativas para la atribución de personalidad jurídica. 5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS. 6. BIBLIOGRAFÍA

CONTENTS: 1. ABOUT PROFESSIONAL COMPANIES. 1.1. The organization of closed professions by means of companies. 1.2. The form of professional companies. 2. THE COOPERATIVE SOCIAL FORM AND THE PROFESSIONAL COMPANY. 2.1. The cooperative as an eligible social form when constituting a professional company. 2.2. Framing of the professional company under cooperative form. 3. THE COOPERATIVE PROFESSIONAL SOCIETY AS A SPECIAL TYPE OF COOPERATIVE. 3.1. Brief note on the form of cooperative societies in Spanish law. 3.2. The specialty of the cooperative professional society. 4. ACQUISITION OF LEGAL PERSONALITY BY THE COOPERATIVE PROFESSIONAL SOCIETY. 4.1. Conversion of a cooperative into a professional company. 4.2. Constitution of a cooperative as a professional company. 4.3. Competency of the Cooperatives Registry to attribute legal personality. 5. CONCLUDING CONSIDERATIONS. 6. BIBLIOGRAPHY

I SOBRE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES

1.1. La organización del ejercicio de profesiones colegiadas por medio de sociedades

La complejidad de las actividades profesionales y las ventajas derivadas de la especialización y división del trabajo fue provocando la evolución de tales actividades y la sustitución de la actividad aislada del profesional por una labor de equipo, adquiriendo las organizaciones colectivas que operaban en el ámbito de los servicios profesionales creciente difusión, escala y complejidad, con acusada tendencia a organizar el ejercicio de las profesiones colegiadas por medio de sociedades. En este contexto surgió en nuestro Ordenamiento la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (LSP), norma que ha permitido la aparición de una nueva clase de profesional colegiado, que es la propia sociedad profesional, mediante su constitución con arreglo a esa Ley e inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional correspondiente (*cf.*, ap. I de la E. de M).

Gracias a esta Ley, la sociedad profesional se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social. Por esta razón, no serán sociedades profesionales las sociedades de medios, ya que su objeto es compartir infraestructura y distribuir sus costes, y tampoco lo serán las sociedades de comunicación de ganancias ni las sociedades de intermediación, que sirven de canalización o comunicación entre el cliente con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, ni el profesional persona física que, vinculado a la sociedad por cualquier título (socio, asalariado, etc.), desarrolla efectivamente la actividad profesional (*cf.*, ap. II de la E. de M.).

Precisamente, el objeto social consistente en “actividades profesionales” ha sido motivo de numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) tendentes a decidir su admisión o no para sociedades no profesionales, habida cuenta que dicha actividad se encontraba entre las enumeradas en la cláusula del objeto social de los [ya derogados] Estatutos-tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, en desarrollo de las previsiones del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre. La propia DGRN, en su Instrucción de 8 de mayo de 2011, aclaraba que la referencia a “actividades profesionales” debía entenderse como atinente a las que no podían considerarse incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales. Pues bien, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012, la alusión a las “actividades profesionales” para sociedades que no tengan tal naturaleza ha de ser interpretada de forma que no entre en colisión con dicha Ley, por lo que debe exigirse la declaración expresa de que se está en presencia de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, pues, a falta de tal concreción deberá entenderse que se está ante una sociedad profesional sometida a su ley imperativa³. Así, como indica ya la DGRN en resoluciones recientes, se estará ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada; y cuando se quiera constituir una sociedad distinta y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley de Sociedades Profesionales, se deberá declarar así expresamente⁴.

³ Véase comentario a la STS indicada en GIMENO RIBES, M., “Calificación registral del objeto social. Carácter imperativo de la Ley de Sociedades Profesionales (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 —núm. 451—), en AA.VV., Archivo Commenda de jurisprudencia societaria (2011-2012), Dir. EMBID IRUJO, Comares, 2014, págs. 11-15.

⁴ Véase RDGRN de 4 de marzo de 2014, comentada por NOVAL PATO, J., en AA.VV., Archivo Commenda de jurisprudencia societaria (2013-2014), Dir. EMBID IRUJO, Comares, Granada, 2015,

Lógicamente, lo anterior no obsta para que aquellas profesiones para cuyo ejercicio no se requiere titulación oficial universitaria ni colegiación profesional puedan ser prestadas por parte de personas jurídicas. Lo que sucede es que en tal caso estas entidades no podrán ser consideradas sociedades profesionales *stricto sensu* pues están excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales que, a sus efectos, sólo considera actividad profesional “aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional”. De esta manera, las sociedades cuyo objeto sea una actividad profesional que no responda a los parámetros indicados serán consideradas sociedades profesionales *latu sensu* y quedarán excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales⁵.

Cuestión diversa es si siempre que dos o más profesionales quieran desarrollar colectivamente una actividad profesional titulada y sometida a control colegial han de constituirse en sociedad profesional, o dicho de otro modo, si la Ley de Sociedades Profesionales se impone como régimen societario de *ius cogens*, obligatorio y necesario en dichas situaciones. Para responder a tal cuestión se han de poner en conexión el art. 1.1º y la DA.Segunda.1 LSP, pues si bien el primero establece que “las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional *deberán* constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley”, la segunda dispone que “el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 11 será *igualmente aplicable* a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional *sin constituirse en sociedad profesional* con arreglo a esta Ley”, con lo que confirma la posibilidad de ejercicio colectivo de la actividad profesional (bajo forma societaria o no) sin sujeción a la Ley de Sociedades Profesionales (ap.2 DA.Segunda) y sienta la presunción de que concurre esa circunstancia “cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación” (ap. 1.2º DA.Segunda). En definitiva, sólo si los socios deciden acogerse al régimen contenido en la Ley de Sociedades Profesionales resultará ésta de aplicación; pero de no ser así, y en protección de los terceros de buena fe, el régimen de responsabilidad solidaria previsto en el art. 11

págs. 18-22, y RDGRN de 18 de agosto de 2014, comentada por ALFONSO SÁNCHEZ, R., también en AA.VV., Archivo Commenda de jurisprudencia societaria (2013-2014), cit., págs. 40-47.

⁵ Sobre estas cuestiones, ALONSO ESPINOSA, F.J., “Capítulo VII. La sociedad profesional y su régimen de gobierno”, AA.VV., Las sociedades profesionales. Estudio sobre la Ley 2/2007, de 15 de marzo (Coord. SÁNCHEZ RUIZ), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, págs. 251-316, págs. 258-250. Con propuestas de interpretación de la definición legal de sociedad profesional, CAMPINS VARGAS, A., “Consideraciones en torno a la delimitación del ámbito de aplicación de la ley de sociedades profesionales. A propósito de algunas interpretaciones recientes”, Revista de Derecho de Sociedades, 33 (2009), págs. 1-18 de la versión digital.

LSP (así como en el art. 5.2º LSP) y que se impone a la sociedad profesional y a los profesionales —socios o no— que hayan actuado, se declara aplicable a los profesionales que desarrollen colectivamente una actividad profesional⁶.

1.2. Configuración tipológica de la sociedad profesional

La Ley de Sociedades Profesionales permite que las sociedades profesionales se acojan a *cualquiera de los tipos sociales existentes en nuestro ordenamiento jurídico* (ap. II.2º de la E. de M.). Y por ello declara de forma muy precisa que su régimen será el previsto en esa Ley especial y, supletoriamente, el de las normas correspondientes a la forma social adoptada (art. 1.3 LSP). Renuncia así el legislador a alumbrar una nueva forma social (la que habría sido la “sociedad profesional”)⁷ y opta por articular lo que a nuestro juicio cabría denominar un *tipo especial transversal* generador de tipos especiales en el seno de las formas sociales elegidas por los socios para insertar en ellas las reglas de la Ley de Sociedades Profesionales⁸, de aplicación preferente respecto de las propias de la forma social que de esta forma pasan, por imperativo legal, a convertirse en derecho supletorio (*cf.*, art. 1.3 LSP)⁹. El legislador da así origen en el seno de cada una de las formas sociales reconocidas por nuestro Ordenamiento a un tipo especial de sociedad o subtipo —*la sociedad (...) profesional*— como desviación del tipo social ordinario o genérico¹⁰.

Esa desviación del tipo genérico viene provocada por determinadas circunstancias objetivas y subjetivas que actúan como elementos definatorios esenciales

⁶ En este sentido, ALONSO ESPINOSA, F.J., “Capítulo VII. La sociedad profesional”, cit., págs. 261-266.

⁷ En esto coincide la generalidad de los autores.

⁸ Como indica VERGEZ SÁNCHEZ, M. (“Definición de las sociedades profesionales”, AA.VV., Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen fiscal y corporativo (Dir. GARCÍA PÉREZ/ALBIEZ DOHRMANN), Navarra, 2007, págs. 27-54, pág. 60), el régimen establecido en la Ley no se incardina de la misma forma en unos tipos sociales que en otros.

⁹ En cuanto a los tipos especiales o subtipos como producto de la introducción de algunas especialidades en el tipo básico, PAZ ARES, C., “La sociedad en general: Elementos del contrato de sociedad”, en Curso de Derecho Mercantil (Coords. URÍA/MENÉNDEZ), Cívitas, Madrid, 1999, pág. 483. Sobre la especialidad como técnica alternativa a la creación de nuevas formas sociales y como técnica de ampliación del ámbito de la sociedad anónima a costa de formas sociales tradicionales o, incluso, de otros esquemas diferentes de organización, ROJO, A., “La sociedad anónima como problema”, AA.VV., ¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?, Cívitas, Madrid, 1992, págs. 75-104, pág. 103.

¹⁰ Sobre el desdoblamiento de las formas sociales en subtipos, véase POLO DIEZ, A., “La concurrencia y selección de tipos sociales en la reforma de las sociedades de capital”, ¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?. La cuestión tipológica, Cívitas, Madrid, 1992, págs. 155-180, pág. 179 (también en Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena, Madrid, 1991, págs. 755-773).

y constitutivos de la sociedad como profesional. En cuanto a las primeras se encuentra el *ejercicio en común de una actividad profesional* (art. 1.1 y 2 LSP)¹¹; en cuanto a las subjetivas hay que hacer referencia tanto a la inexcusable presencia de los *socios profesionales* —personas físicas que reúnan los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad profesional de que se trate y que la ejerzan en el seno de la sociedad, así como otras sociedades profesionales (art. 4.1 LSP)¹²—, como a la propia *persona jurídica*, pues los actos propios de la actividad profesional serán ejecutados directamente bajo su razón o denominación social y le serán atribuidos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de tal actividad como titular de la relación jurídica establecida con el cliente (art. 1.1 *in fine* LSP). Estas circunstancias aconsejan la configuración del supuesto de hecho como sociedad especial y hacen que la peculiaridad del tipo especial merezca un tratamiento particular e individualizado¹³. Se trata, pues, de una sociedad cuyo régimen jurídico especial es parcialmente diverso de aquél genéricamente aplicable según la ley reguladora de la forma social elegida. En consecuencia, la nueva modalidad de sociedad anónima, limitada, colectiva, comanditaria, cooperativa, etc., “profesional” no hace surgir un tipo autónomo distinto de los indicados, no constituye una nueva figura dotada de un régimen jurídico propio sino que, simplemente, tendrá atribuidas ciertas especialidades (imperativas), quedando sometida en lo demás a la ley general de que se trate (LSC¹⁴, CCom., LCoop¹⁵; *cfr.*, art. 1.2 LSP)¹⁶. Así

¹¹ El objeto social de las sociedades profesionales se somete a dos reglas básicas: la exclusividad, pues su objeto sólo puede ser el ejercicio en común de actividades profesionales, y la multidisciplinariedad, pues podrán ejercer varias actividades profesionales (arts. 2 y 3 LSP). Así, CAMPINS VARGAS, A., “Consideraciones en torno a la delimitación”, cit., pág. 7. Del mismo modo, YANES YANES, PÁG., “Bases metodológicas y operativas para la adaptación de las sociedades profesionales”, Diario La Ley, 6892, 27-2-2008, edición digital, págs. 1-15, págs. 9-12.

¹² Profesionales socios y, por tanto, partícipes en la estructura de la propiedad de la sociedad profesional en que se integran, al igual que lo serán las sociedades profesionales socias de otras, supuesto que admite la Ley. Sobre estos aspectos si bien con relación a los elementos subjetivos del “test de profesionalidad” al que cabría someter a una sociedad preexistente para exigir su adaptación a la Ley de Sociedades Profesionales, YANES YANES, PÁG., “Bases metodológicas y operativas”, cit., págs. 7-9.

¹³ Reconoce la sociedad profesional como tipo especial, MEDINA HERNÁNDEZ, O., “Breve apunte sobre el concepto de sociedad profesional y sus implicaciones en la Ley de Sociedades Profesionales ¿sociedades profesionales unipersonales?”, Anales Facultad de Derecho, 25 (2008), págs. 139-150, pág. 142. Por su parte, YANES YANES, PÁG., Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 35 y 39, prefiere concebirlo como “planteamiento tipológico abierto”, y se refiere a los tipos societarios capitalistas profesionales como “flexibilizados” e “híbridos”.

¹⁴ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁵ Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (estatal).

¹⁶ Por el contrario, ALONSO ESPINOSA, F. J., (“Capítulo VII. La sociedad profesional”, cit., pág. 269) considera que la LSP no da lugar a una sociedad especial pues no se ha creado una forma social

es también como sucede en el marco de otras sociedades especiales, como por ejemplo las laborales (anónimas o limitadas)¹⁷ o las anónimas deportivas¹⁸, por citar sólo algunas.

El carácter especial de la sociedad profesional y, por tanto, la ausencia de autonomía tipológica, se desprende de la propia Ley de Sociedades Profesionales, que no considera transformación la adquisición del carácter profesional por una sociedad ya constituida. Por tal razón, de no surgir originariamente con tal carácter, la pretensión de asumirlo en un momento ulterior sólo exigiría una modificación de estatutos con el fin de incluir en ellos los aspectos esenciales de la nueva configuración (entre otros, la inclusión del objeto social profesional) quedando sometida la sociedad [anónima, limitada, colectiva, comanditaria, cooperativa, etc.] profesional, en lo demás, a los mismos preceptos generales por los que se venía rigiendo (*cfr.*, DT.Primeras LSP). El proceso inverso, es decir, la vuelta —voluntaria— desde la sociedad especial a la sociedad ordinaria [anónima, limitada, colectiva, comanditaria, cooperativa, etc.], requerirá igualmente la oportuna adaptación estatutaria y la sustitución de su objeto social¹⁹. También es prueba de la ausencia de autonomía tipológica el régimen de la denominación social, en la cual la expresión “*profesional*” deberá figurar junto a la indicación de la forma social de que se trate (art. 6.5 LSP)²⁰, exigencia que coincide con el régimen esta-

ad hoc ni se ha optado por crear un tipo especial ad hoc dentro de una forma social concreta y predefinida (SAD, SAE, SLL, SAL, SLNE, etc.) y explica el fenómeno a través de lo que denomina el modelo “sociedad-residencia”, esto es, la admisión como sociedad residencia de la sociedad profesional de cualquier forma social externa y sometida a un régimen de publicidad registral obligatoria. Para el autor, la LSP responde al modelo de régimen legal ideal, que es un tipo ideal de sociedad que responde a concretos contenidos básicos (págs. 267-268).

¹⁷ Así, la DF.Tercera de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (LSSLL) establece que “En lo no previsto en esta ley, serán de aplicación a las sociedades laborales las normas correspondientes a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, según la forma que ostenten.

¹⁸ Sobre la sociedad anónima deportiva señala el Preámbulo de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (LdD) que se trata de una “nueva forma jurídica que, inspirada en el régimen general de las Sociedades Anónimas, incorpora determinadas especificidades para adaptarse al mundo del deporte”, lo que corrobora su art. 19 al indicar que las “(...) Sociedades Anónimas Deportivas quedarán sujetas al régimen general de las Sociedades Anónimas, con las particularidades que se contienen en esta Ley y en sus normas de desarrollo.

¹⁹ Supuesto este distinto al de disolución obligatoria por incumplimiento sobrevenido de los requisitos del art. 4 LSP contemplado en el apartado 5 del precepto.

²⁰ Ambas indicaciones podrán incluirse de forma desarrollada o abreviada. La denominación abreviada de las sociedades profesionales se formará con las siglas propias de la forma social adoptada seguidas de la letra “p”, correspondiente al calificativo de «profesional».

blecido por el legislador con ocasión de la sociedad anónima o limitada “laboral” o de la sociedad anónima “deportiva”, por ejemplo²¹.

2 LA FORMA SOCIAL COOPERATIVA Y LA SOCIEDAD PROFESIONAL

2.1. La sociedad cooperativa como forma social elegible para constituir una sociedad profesional

Como es sabido, la Ley de Sociedades Profesionales permite que estas sociedades puedan revestir cualesquiera forma social (art. 1.2 LSP) y, por tanto, habrá que entender que también puedan revestir la forma de cooperativa, como admite con carácter general la doctrina²². No faltan, sin embargo, autores que cuestionan la anterior afirmación, bien aludiendo a que la cooperativa es una forma social de “dudosa elección” para convertirse en sociedad profesional o, desde otro entendimiento, para ser utilizada como “sociedad-residencia” de la sociedad profesional²³.

Uno de los obstáculos que se argumentan es la imposibilidad de inscripción de la sociedad cooperativa profesional en el Registro Mercantil, algo que exige la Ley de Sociedades Profesionales (art. 8). El hecho de que la DA.Cuarta LSP modifique el artículo 16.1.7º CCom., para incluir entre los sujetos inscribibles a “las Sociedades Civiles Profesionales, constituidas con los requisitos establecidos en la legislación específica de Sociedades Profesionales”, y que no exista una disposición semejante para la cooperativa, entidad que dispone de un registro especial —el de cooperativas— para su inscripción, permite a algunos autores interpretar que la inscripción en el Registro Mercantil le queda vetada²⁴. Sin embargo, no sería esta la primera ocasión en la que el Registro Mercantil acogiera

²¹ En efecto, el art. 3 LSSLL prevé que “En la denominación de la sociedad deberá figurar la indicación “Sociedad Anónima Laboral”, “Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral”, o “Sociedad Limitada Laboral” o sus abreviaturas SAL, SRL o SLL, según proceda”; y los arts. 8.a) y 1.2 del RD 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas exigen que en la denominación de la sociedad anónima deportiva se incluya la abreviatura SAD (art. 19.2 LdD).

²² Salvo excepciones, la doctrina se muestra pacífica en orden a admitir que la cooperativa sea una forma social apta para constituir una sociedad profesional. Por todos, y desde la edición inmediatamente posterior a la promulgación de la LSP, VICENT CHULIÁ, F., Introducción al Derecho Mercantil, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 712.

²³ Así ha denominado ALONSO ESPINOSA, F. J. (“Capítulo VII. La sociedad profesional”, cit., págs. 269-270) la técnica legislativa que sirve de soporte a la sociedad profesional ya que cualquier forma social externa y sometida a un régimen de publicidad registral obligatoria se admite como “sociedad-residencia” de la sociedad profesional.

²⁴ Véase, DE LA VEGA GARCÍA, F.L., “Capítulo II. La constitución de sociedades profesionales”, AA.VV., Las sociedades profesionales. Estudio sobre la Ley 2/2007, de 15 de marzo (Coord. SÁNCHEZ RUIZ), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, págs. 47-81, págs. 58-61. Para el autor sólo las cooperativas de trabajo asociado y las sanitarias podrían ser calificadas como sociedad profe-

a las sociedades cooperativas puesto que a él tienen acceso las cooperativas de crédito y las de seguros, sometidas, como es sabido, a un sistema de doble inscripción, en el Registro de Cooperativas (arts. 7 LCoop y 7.1 RRSC) y en el Mercantil (arts. 16.1.3º CCom., 81.1.d), 254-256 y 258 RRM; art. 5.2 LCCr; arts. 7.3, 9.4.b) y 10.5.b) LOSSP)²⁵. También ha de acceder al Registro Mercantil la Sociedad Cooperativa Europea, según dispone la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España (art. 3), aunque en este caso con carácter único²⁶. Y de igual modo, ha de inscribirse en el Registro Mercantil cualquier cooperativa que se dedique al comercio mayorista o minorista, a la realización de adquisiciones o a prestar servicios de intermediación para negociarlas y que en el ejercicio inmediatamente anterior sus ventas hubieren superado los seiscientos mil euros, inscripción ésta adicional a la propia en el Registro de Cooperativas (*cf.*, DA.Cuarta Ley 7/1996, de 15 de mayo, de Ordenación del Comercio Minorista y DA.Novena RRM)²⁷. Por último, ha de inscribirse la cooperativa en el Registro Mercantil si emite obligaciones o valores negociables, como requisito para poder inscribir la emisión (arts. 310-319 RRM). Así las cosas, la exigencia de la Ley de Sociedades Profesionales de que estas

sional, pero renuncia a tal posibilidad al considerar que no podrían cumplir la exigencia de inscripción en el Registro Mercantil.

²⁵ Sin perjuicio de la oportuna inscripción en los registros administrativos del Banco de España y de la Dirección General de Seguros, respectivamente.

²⁶ En sintonía con las previsiones del Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo de 22 de julio, sobre la Sociedad Cooperativa Europea (RSCE), relativas a la inscripción en el registro que señale la legislación del Estado del domicilio de conformidad con la legislación aplicable a las sociedades anónimas (arts. 11.1 y 18.1). Con detalle, FARIAS BATLLE, M., “Capítulo Cuarto. Personalidad jurídica, inscripción registral y publicidad de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España”, AA.VV., *La Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España* (Dir. ALFONSO SÁNCHEZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 141-164, págs. 158-160. Señala la autora, sin embargo, que nada impide la ulterior inscripción de la Sociedad Cooperativa Europea en el Registro de Cooperativas correspondiente a su domicilio. Ahora bien, tras la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España, no será posible, a nuestro juicio, tal inscripción en la medida en que el art. 10, dedicado a la constitución de la Sociedad Cooperativa Europea por transformación, ordena la cancelación de los asientos registrales de la cooperativa de origen en el Registro de Cooperativas en el que estuviera inscrita ya que la competencia registral se atribuye íntegramente al Registro Mercantil.

²⁷ Aclara la DGRN que la actividad empresarial por sí misma no cae dentro del ámbito de aplicación de la norma sino exclusivamente aquella que tiene por objeto la actividad comercial (Resolución de 24-3-2014, BOE n.º 104, de 29 de abril). La falta de inscripción o la falta de depósito de las cuentas anuales conllevan cierre registral y multa impuesta por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. PANIAGUA ZURERA, M. (*La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas (...)*, Tratado de Derecho Mercantil, Vol. 1 (Dir. OLIVENCIA/FERNÁNDEZ NOVOA/JIMENEZ DE PARGA), Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 148) considera la inscripción en el Registro Mercantil exigida por la LOCM “obligatoria con carácter declarativo”. Véase también, VARGAS VASSEROT, C., “El sistema de publicidad legal de las cooperativas. Un problema pendiente de resolución”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 33 (2009), págs. 129-140, pág. 4 de la versión digital.

sociedades se inscriban en el Registro Mercantil no es algo novedoso y constituye la habilitación requerida por el art. 81.1.m) RRM para admitir la inscripción de las “personas o entidades que establezcan las Leyes” y, por tanto, también de la sociedad profesional con forma cooperativa²⁸.

A nuestro juicio, el modo de proceder para lograr la inscripción primera de la sociedad cooperativa profesional viene determinado por la aplicación analógica del art. 256 RRM, previsto para las cooperativas de crédito y de seguros. Será previa entonces la inscripción de la cooperativa en el Registro Mercantil, debiendo constar luego por nota marginal en éste la ulterior inscripción de la sociedad en el Registro de Cooperativas que corresponda (estatal o autonómico)²⁹. La sociedad se inscribirá igualmente en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional de su domicilio, para lo cual el Registrador Mercantil comunicará de oficio la práctica de las inscripciones, con el fin de que conste al Colegio la existencia de la sociedad y de que se proceda a recoger dichos extremos en el citado Registro Profesional (8.4 LSP)³⁰. En el caso de una sociedad cooperativa preexistente que decidiera modificar sus estatutos para acomodarlos a las exigencias de la Ley de Sociedades Profesionales, la inscripción en el Registro Mercantil sería, obviamente, posterior a la del Registro de Cooperativas, y se debería también hacer constar en aquél por nota marginal las circunstancias de la inscripción en este último, comunicando el Registro Mercantil de oficio al Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional de su domicilio la práctica de las inscripciones. En reciprocidad, en el Registro de Cooperativas debería constar por nota marginal la inscripción de la cooperativa profesional en el Registro Mercantil y en el del Colegio Profesional.

Otro de los inconvenientes que se alegan para que la cooperativa pueda acoger una sociedad profesional tiene que ver con la apreciación de que las normas *de ius cogens* propias de la cooperativa carecen de aptitud para acoger el régimen de

²⁸ Tras consultar a los Registros Mercantiles territoriales se observan tres posturas en orden a la inscripción en ellos de la cooperativa profesional: a) la mayoría no admiten la inscripción por disponer las cooperativas de su propio registro; b) sólo algunos registros la admiten, bien con base en la previsión general de la Ley de Sociedades Profesionales, bien con arreglo a los requisitos de la Ley de ordenación del comercio minorista; c) muchos de ellos manifestaron la necesidad de contar con un estudio sobre esta materia, reconociendo el desconocimiento práctico de la cuestión.

²⁹ Sin hacer referencia a la aplicación analógica del RRM, pero con el mismo resultado temporal, PAZ CANALEJO, N., “Sociedades profesionales de forma cooperativa”, Diario La Ley, 7009, 10-9-2008, edición digital, págs. 1-15, págs. 7-8. Asimila el supuesto al de las cooperativas de crédito y seguros, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Forma y publicidad de las sociedades profesionales”, Anales VIII: (2005-2007) / (Dir. HERNÁNDEZ MORENO), 2008, págs. 17-56, pág. 32. Para esta cuestión más en detalle, véase infra epígrafe IV.

³⁰ Sobre la vulneración del principio de legalidad que supondría el hecho de que el Registro de Cooperativas rehusare la inscripción de la sociedad cooperativa profesional (si bien haciendo alusión a la clase trabajo asociado), PAZ CANALEJO, N., “Sociedades profesionales de forma cooperativa”, cit., pág. 8.

separación y exclusión de socios, así como los de transmisión *inter vivos*, *mortis causa* y forzosa de las participaciones de los socios, especialmente los profesionales, tal como los configura la Ley de Sociedades Profesionales, así como que el régimen económico de la sociedad cooperativa no encaja con el régimen de reparto de beneficios que la Ley de Sociedades Profesionales configura o permite configurar en su art. 10³¹. No es este el momento de ofrecer un razonamiento detallado en contrario dado lo reducido del presente trabajo pero, con carácter general, cabe avanzar que si el régimen de *ius cogens* al que se alude no ha impedido al propio legislador cooperativo introducir el tipo especial “cooperativa mixta”, tan apartado en cuanto a los socios capitalistas de la esencia de la cooperación y con remisión expresa a las leyes de sociedades de capital para las cuestiones con ellos relacionadas (*cfr.*, art. 107 LCoop), tampoco se ha de entender dicho régimen incompatible con las exigencias de la Ley de Sociedades Profesionales³².

2.2. Encuadramiento de la sociedad profesional en una clase de cooperativa

Las clases de cooperativas responden, como es sabido, a la voluntad del legislador de establecer un criterio de ordenación de las cooperativas según rama de actividad cooperativizada, de modo que según cuál sea la actividad que la cooperativa vaya a desarrollar con sus socios se adscribirá a una u otra clase de cooperativa³³.

Cuando los autores analizan la aptitud de la sociedad cooperativa para constituir una sociedad profesional, buscan entre las clases de cooperativas aquella o aquellas que puedan incorporar los requisitos objetivos y subjetivos de las sociedades profesionales, esto es, que su objeto sea el ejercicio en común de una actividad profesional, que la cooperativa actúe en nombre propio y asuma los derechos

³¹ Así, ALONSO ESPINOSA, F.J., “Capítulo VII. La sociedad profesional”, cit., págs. 270-271. Con argumentos diferentes, pero en sentido parecido, y centrados en el ejercicio de la abogacía, ALBIEZ DOHRMANN, K.J./GARCÍA PÉREZ, R. (La sociedad profesional de abogados, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 127-128), consideran que el funcionamiento interno de la cooperativa “no casa fácilmente con la libertad que requiere el ejercicio de la abogacía” y, además, “constituye también un grave obstáculo para que pueda ser realmente competitiva en el mercado de las prestaciones jurídicas”. También crítico, por los inconvenientes y desajustes que plantea la cooperativa como sociedad profesional, FARRANDO MIGUEL, I./CASTAÑER CODINA, V., “Algunos desajustes en el Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales”, La Ley, 1 (2007), págs. 1489-1496.

³² Resulta ilustrador el análisis del encaje de las peculiaridades cooperativas en las especialidades de la sociedad profesional que realiza PAZ CANALEJO, N., “Sociedades profesionales de forma cooperativa”, cit., págs. 8-13.

³³ Tanto las cooperativas de primero como las de segundo grado pueden desarrollar cualquier actividad cooperativizada, si bien algunas clases de cooperativas resultarán ajenas a la de segundo grado, fundamentalmente, por la composición subjetiva que se exija para aquéllas, como es el caso de las que tan sólo admiten personas físicas (trabajo asociado, consumidores y usuarios, enseñanza, educacionales o sanitarias).

y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente (art. 1.1.3º LSP) y que los socios (profesionales) ejerzan sus actividades profesionales en nombre de la sociedad, asumiendo junto con ésta la responsabilidad de sus actos (art. 11 y DA-Segunda LSP)³⁴. Dicha tarea les lleva a considerar tan sólo las cooperativas de servicios y las de trabajo asociado, descartando finalmente a las primeras y optando por las últimas con base en la particular función que cada una de dichas clases desempeña³⁵.

Si atendemos a las cooperativas de servicios, éstas son las que asocian a personas físicas o jurídicas, titulares de explotaciones industriales o de servicios y a profesionales o artistas que ejerzan su actividad por cuenta propia, y tienen por objeto (actividad cooperativizada) la prestación de suministros y servicios, o la producción de bienes y la realización de operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las actividades profesionales o de las explotaciones de sus socios (art. 98.1 LCoop). Centrados en los socios personas físicas, la condición de empresarios, profesionales o artistas que se les exige les impide participar en la cooperativa como socios asalariados (socios trabajadores), es decir, que no se asocian para conseguir un puesto de trabajo sino para mejorar sus explotaciones o actividades, radicando aquí la diferencia fundamental con las cooperativas de trabajo asociado³⁶. Precisamente la aptitud de la cooperativa de servicios para satisfacer las necesidades instrumentales de los profesionales liberales es lo que impide que sirva para el ejercicio en común de una actividad profesional que requiera titulación universitaria oficial e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional, que es la finalidad propia de las sociedades profesionales³⁷. Y es que

³⁴ Como señala el apartado I de la E. de M. de la LSP, aparece una nueva clase de profesional colegiado que es la propia sociedad profesional. Tanto el Tribunal Supremo (STS de 18-7-2012) como la Dirección General de Registros y del Notariado han acuñado una sólida doctrina en orden a diferenciar el objeto social propio y exclusivo de las sociedades profesionales del común objeto social consistente en el desarrollo de una actividad profesional (vid., notas 1 y 2).

³⁵ Hay quien también analiza las cooperativas sanitarias e, incluso las cooperativas mixtas. Véase, PAZ CANALEJO, N., “Sociedades profesionales de forma cooperativa”, cit., pág. 5, notas 10-11.

³⁶ De esta forma, la posible condición de trabajadores autónomos a efectos de seguridad social de los socios (empresarios individuales, profesionales liberales o artistas) no hace que su integración en la cooperativa lo sea para desarrollar el trabajo en común o de forma colectiva sino que cada uno realizará su actividad de forma independiente.

³⁷ La generalidad de la doctrina rechaza la aptitud de la cooperativa de servicios para ser sociedad profesional. Así, CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 44-45, nota 23; CASTAÑER CODINA, J., *Comentario de la Ley de Sociedades Profesionales*, Ciss, Bilbao 2007, págs. 44-45; CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., *El régimen de responsabilidad de las sociedades profesionales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 110; FARRANDO MIGUEL, I./CASTAÑER CODINA, J., “Algunos desajustes en el Proyecto”, cit.; LECIÑENA IBARRA, A., “Formas sociales mercantiles al servicio de la cooperación empresarial: las agrupaciones de interés económico y las cooperativas de servicios profesionales”, *Boletín de la Facultad de Derecho-Uned*, 20, Madrid, 2002, 277-306, pág.

las cooperativas de servicios se corresponden en realidad con las sociedades de medios, de comunicación de ganancias y pérdidas, de intermediación entre clientes y profesionales, o de producción de servicios profesionales, que quedan al margen de la noción legal de sociedad profesional³⁸.

En cuanto a las cooperativas de trabajo asociado, al tener por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros (art. 80.1 LCoop), se les considera la clase idónea para constituir una sociedad profesional bajo la forma cooperativa³⁹. Ciertamente, los socios profesionales ejercientes podrán articular la prestación de su actividad profesional directamente como socios trabajadores en la cooperativa de trabajo asociado, mientras que en las sociedades de personas lo harán a través de la aportación de industria (arts. 1665 CC y art. 116 CCom), y en las sociedades de capital la canalizarán a través de las prestaciones accesorias (art. 17.2 LSP).

La propia legislación cooperativa extiende de forma expresa el régimen de las cooperativas de trabajo asociado a una clase de cooperativa idónea para acoger a los “prestadores de la asistencia sanitaria”, en particular a los “profesionales de

277; idem, “Capítulo III. Concepto de sociedad profesional y ámbito de aplicación”, AA.VV., Estudios sobre sociedades profesionales. La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (Eds. TRIGO GARCÍA/FRAMIÑÁN SANTAS), Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 61-85, págs. 79-80; idem, “Vicisitudes registrales de una cooperativa de trabajo asociado constituida como sociedad cooperativa profesional”, Revista de Derecho Mercantil, 281 (2011), págs. 145-162; MARQUÉS MOSQUERA, C., “Artículo 1. El concepto de sociedad profesional”, AA.VV., Ley de Sociedades Profesionales. Comentarios notariales orientados a la práctica, Cuadernos de Derecho y Comercio, Consejo General del Notariado, Madrid, 2010, págs. 33-60, pág. 56; ORTEGA REINOSO, G., “Sociedades profesionales”, Revista Jurídica del Notariado, 54 (2005), págs. 117-162, págs. 152-153; PAZ CANALEJO, N., “Sociedades profesionales de forma cooperativa”, cit., págs. 4-5; RODRIGUEZ DÍAZ, I., “Incidencia de la Ley de Sociedades Profesionales en el régimen constitutivo de las sociedades colectivas y comanditarias simples”, Revista de Derecho de Sociedades, 31 (2008), versión digital, págs. 1-21, pág. 3; ROMERO FERNÁNDEZ, J.A., Las sociedades profesionales de capitales, Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 21-22 y 25; VERGEZ SÁNCHEZ, M., “Definición de las sociedades profesionales”, cit., pág.49; YANES YANES, PÁG., Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales, cit., pág. 41. Por el contrario, para GADEA, E./SACRISTAN, F./VARGAS, C. (Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 92), la cooperativa de servicios ejerce la vis atractiva más fuerte.

³⁸ Sobre esta apreciación, con detalle, LECIÑENA IBARRA, A., “Formas sociales mercantiles al servicio”, cit., págs. 289 y ss., pero todos los autores coinciden en este aspecto (véase citados en nota 35). A modo de ejemplo, indicar que, numerosos Registradores de la Propiedad y Mercantiles conforman la Cooperativa Registral de Servicios Tecnológicos (REGSETE, S.Coop.), creada para cubrir las necesidades tecnológicas que en materia de bases gráficas registrales acusan los registros de la propiedad.

³⁹ Vid autores citados en 35. Se citan como ejemplo el recurso a la cooperativa de trabajo asociado en los sectores profesionales sanitario y de la abogacía (CASTAÑER CODINA, J., Comentario de la Ley de Sociedades Profesionales, cit., pág. 44). Sin embargo, considera que la de la cooperativa de trabajo asociado es una opción poco probable DELGADO GONZÁLEZ, A.F., Las sociedades profesionales, Editoriales de derecho Reunidas, Madrid, 1996, pág. 183, nota 12.

la medicina”⁴⁰, como es el caso de las cooperativas sanitarias (art. 102 LCoop). Aunque no siempre las normas del trabajo asociado serán las aplicables pues el régimen de las cooperativas sanitarias —que lo son por desarrollar su actividad en el área de la salud— difiere en función de quiénes puedan ser socios de la cooperativa (*v.gr.*, prestadores de la asistencia sanitaria/trabajo asociado-servicios, destinatarios de la misma/consumidores y usuarios). Y cuando integre tanto a prestadores como a destinatarios de la asistencia sanitaria, la sociedad cumplirá finalidades diferentes y confluirán en ella regímenes distintos (*cf.*, arts. 102.2 y 105 LCoop)⁴¹.

En cualquier caso, el carácter especial de la sociedad profesional y, por tanto, la ausencia de autonomía tipológica, exige concretar el modo en que tal especialidad se incorpora en la forma social cooperativa, pues una cosa es que de entre las clases de cooperativas que muestra el catálogo legal⁴² exista una que admita la adaptación a la Ley de Sociedades Profesionales, y otra que no se haya producido una alteración numérica de los subtipos de sociedades cooperativas diseñados en la legislación cooperativa. Al entendimiento de esta cuestión se dedica el siguiente epígrafe.

3 LA SOCIEDAD COOPERATIVA PROFESIONAL COMO TIPO ESPECIAL DE COOPERATIVA

3.1. Breve apunte sobre la tipología de la sociedad cooperativa en Derecho español

Como hemos escrito en otro lugar⁴³, la cooperativa es una forma social que presenta la peculiaridad de no corresponderse con un único tipo social⁴⁴ sino que

⁴⁰ Sobre la dificultad de interpretar correctamente las expresiones entrecomilladas en el texto (prestadores de asistencia sanitaria versus profesionales de la medicina), con remisión a la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias para la concreción de tales extremos, pues en ella se mencionan los colectivos de licenciados o diplomados sanitarios, GARCÍA PÉREZ, R., “Capítulo XXII. Cooperativas sanitarias”, AA.VV., Tratado de Derecho de Cooperativas, T. II (Dir. PEINADO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1381-1391, págs. 1382-1384.

⁴¹ Véase DE LA VEGA GARCÍA, F.L., “X. Sociedades Cooperativas sanitarias”, AA.VV., Manual de Adaptación de Estatutos a la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia, Editum, Murcia, 2012 (2ª ed.), pág. 134.

⁴² Para una crítica al catálogo legal de clases de cooperativas, VARGAS VASSEROT, C., “Clases y clasificaciones de cooperativas”, Deusto Estudios Cooperativos, 1 (2012), págs. 125-142; *idem*, “La clasificación de las cooperativas. Necesidad de clasificación legal y de adaptación a la normativa fiscal”, AA.VV., 40 años de historia de las Empresas de Participación, Verbum, Madrid, 2013, págs. 150-166; y en VARGAS, C./GADEA, E./SACRISTAN, F., Derecho de las sociedades cooperativas, La Ley, Las Rozas, 2014, págs. 129-141.

⁴³ ALFONSO SÁNCHEZ, R., “La cooperativa de segundo grado como tipo legal de sociedad cooperativa”, en AA.VV., Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero, Vol. IV, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2002, págs. 4573-4604, págs. 4586-4594.

⁴⁴ Como forma social recoge, de manera sintética, los elementos esenciales mínimos del supuesto de hecho normativo, diferenciándose así de los fenómenos societarios próximos (función que corres-

cuenta con pluralidad de modelos opcionales internos⁴⁵. Así, partiendo de un modelo prevalente —el de la cooperativa de primer grado— el legislador permite que bajo la misma forma social se albergue otro modelo diferente —la cooperativa de segundo grado—⁴⁶. Se dispone, pues, un uso alternativo u opcional de una única forma social articulado con base en criterios finalistas y, en cierta medida, subjetivos, debiéndose entender los tipos cooperativa de primer grado y cooperativa de segundo grado, como *tipos legales genéricos u ordinarios*, ya que son el resultado de la ordenación y concreción realizada por la ley de las pautas que han de regir la organización y funcionamiento de cualquier sociedad cooperativa.

Partiendo de este tipo plural de sociedad cooperativa, el Ordenamiento jurídico prevé que, además, se apliquen a determinadas modalidades de cooperativas ciertas normas específicas, bien por la participación de socios financieros (cooperativas mixtas), bien por integrar actividades propias de varias clases de cooperativas (cooperativas integrales), bien por su marcado interés social que exige, además, la ausencia de ánimo de lucro (cooperativas de iniciativa social). Tales modalidades pueden ser consideradas *tipos especiales* de sociedades cooperativas, esto es desviaciones del tipo genérico provocadas, no por el hecho de venir a dar cobertura a una actividad cooperativizada concreta (lo que situaría el supuesto en el terreno de las clases de cooperativas y no en el de la especialidad tipológica), sino por otras circunstancias [objetivas y/o subjetivas] que aconsejan la configuración de algunos supuestos de hecho como *sociedades cooperativas especiales*⁴⁷. Se trata de cooperativas cuyo régimen jurídico específico, parcialmente diverso de aquél genéricamente aplicable —el previsto por la LCoop para el tipo social (plural)—, se mantiene no obstante la actividad cooperativizada a la que se orienten. La especialidad no hace surgir un tipo autónomo distinto del de la cooperativa de primero o de segundo grado sino que atribuye diferencias de régimen jurídico, con

ponde a la forma social según FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Pórtico, Madrid, 1977, págs. 220 y 226). Frente a la forma se encuentra el tipo, es decir, la reconstrucción del supuesto de hecho tenido en cuenta por el legislador —tipo empírico— que se incorpora a la esfera normativa —tipo legal— (pág. 222). Por ello, a cada forma social, entendida como estructura jurídica, se correspondería, en principio, un tipo social, entendido éste como modelo ideal de empresa (ROJO, A., “La sociedad anónima como problema”, cit., págs. 79-80).

⁴⁵ Esta circunstancia se produce también en el derecho inglés en el ámbito de la sociedad de capital donde se conserva la unidad de la Company (unidad de forma de sociedad de capital), frente a la dualidad característica de los derechos continentales. Sobre estos extremos, ROJO, A., “La sociedad anónima como problema”, cit., págs. 98-100.

⁴⁶ Sobre las soluciones legislativas tendentes a configurar la forma social como modelo excluyente (la forma social alberga un concreto modelo) o como prevalente (la forma social admite modelos diferentes), véase ROJO, A., “La sociedad anónima como problema”, cit., págs. 79-80.

⁴⁷ ALFONSO SÁNCHEZ, R., “La cooperativa de segundo grado como tipo legal”, cit., págs. 4573-4604.

la ventaja de que los subtipos se benefician de un derecho supletorio seguro⁴⁸, que completa el [parco] estatuto particular que la LCoop prevé para ellos, siempre en la prevalencia de las normas especiales sobre las generales.

Como puede entenderse, las cooperativas a las que dan origen los tipos especiales no pueden ser consideradas como “clases” a adicionar al catálogo legal de éstas, pues no responden al criterio diferenciador de la actividad cooperativizada⁴⁹. No obstante, no hay inconveniente para que se adscriban a cualquiera de ellas en atención a la necesidad socio-económica que los socios pretendan satisfacer en común, al igual que las cooperativas primarias y secundarias. Ello significa que cada sociedad cooperativa especial podrá presentarse bajo la vestidura jurídica de cooperativa de primero o de segundo grado, al tiempo que podrá pertenecer a cualquier clase si reúne los requisitos para ello. Su régimen jurídico, por tanto, vendrá determinado por el régimen específico previsto para el tipo especial al que pertenezca, por el régimen general propio de la cooperativa de primero o de segundo grado que le sirva de cobertura, y por las reglas especiales previstas para la clase de cooperativa a la que responda por razón de su actividad cooperativizada.

3.2. La especialidad de la sociedad cooperativa profesional

Atendiendo a lo expuesto, la sociedad cooperativa profesional sería una nueva desviación del tipo genérico prevista por el legislador (en este caso, el legislador estatal) y, por tanto, un tipo especial (un subtipo) y no una clase de cooperativa, quedando su régimen jurídico integrado por las normas de la Ley de Sociedades Profesionales y, supletoriamente, por las de la Ley de cooperativas que corresponda.

Conviene traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 18-7-2012, resolución que vino a resaltar los principios fundamentales de la Ley de Sociedades Profesionales, destacando a) su carácter imperativo, b) la necesaria colegiación de las personas naturales mediante las cuales la sociedad profesional ejerza las actividades propias de su objeto, c) la necesaria comunicación de oficio por parte del registrador mercantil al registro de sociedades profesionales de la práctica de las

⁴⁸ Se trata de lo que ROJO, A., (“La sociedad anónima como problema”, cit., págs. 101-102) denominaba “fenómeno de la especialidad vicaria”, desde la perspectiva de la forma sociedad anónima.

⁴⁹ Y ello pese a que la E. de M. de la LCoop (pfo. 32) considere a las cooperativas de iniciativa social y a las integrales como simples clases de cooperativas. Si se atiende a los preceptos que regulan estos dos tipos especiales se advierte, por ejemplo, que las cooperativas de iniciativa social tienen una finalidad u objeto particular, independientemente de cuál sea la clase a la que pertenezca la concreta cooperativa; y en atención al mismo se le aplica un régimen jurídico especial, que se añade al propio de la clase de cooperativa a la que se adscriba (art. 106 y DA.Primer LCoop). En cuanto a las cooperativas integrales, el simple hecho de que sean las únicas cooperativas que puedan desarrollar más de una actividad cooperativizada, es motivo suficiente, a nuestro juicio, para calificarlas como tipo especial y no como nueva clase a incorporar al catálogo legal (art. 105 LCoop).

inscripciones para que conste al Colegio la existencia de la sociedad, d) la sumisión de la sociedad profesional y de los profesionales que actúan en su seno al código deontológico y disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional, e) la responsabilidad solidaria de sociedad y profesionales frente a terceros, obligando a la sociedad a estipular el correspondiente seguro de responsabilidad civil, extendiendo tal régimen a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a la Ley de Sociedades Profesionales⁵⁰.

A nuestro juicio, es precisamente el ejercicio en común por profesionales de una actividad profesional titulada el elemento que permite considerar a la sociedad cooperativa profesional como un nuevo *tipo especial* de cooperativa habilitado por el legislador societario general y caracterizado por ser una forma de trabajo autónomo colectivo⁵¹. No en vano los socios profesionales tendrán la condición de trabajadores autónomos en relación con la entidad en la que se integran, con los correspondientes derechos de alcance profesional-laboral, pero no la de trabajadores autónomos económicamente dependientes, ni en relación con su sociedad profesional ni con la empresa que, en su caso, constituya su cliente principal⁵².

4 ADQUISICIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA POR LA SOCIEDAD COOPERATIVA PROFESIONAL

Se plantea la cuestión del momento en el que la sociedad cooperativa profesional adquiera *su* personalidad jurídica dado que la Ley de Sociedades Profesionales “parece” condicionar esta circunstancia a la inscripción en el Registro Mercantil, mientras que las leyes de cooperativas exigen [con carácter general y generalista] la inscripción en el Registro de Cooperativas para la adquisición de la personalidad jurídica por estas entidades. Para resolver el posible conflicto proponemos diferenciar dos supuestos de creación de una sociedad profesional con forma cooperativa, por una parte el que tiene lugar cuando la cooperativa *nace* originariamente con la voluntad de ser sociedad profesional, y por otra parte el que

⁵⁰ Véase comentario a dicha sentencia en GIMENO RIBES, M., “Calificación registral del objeto social”, cit., págs. 11-15. También sobre las consecuencias de la misma, SEGURA DE LASSALETA, R., “Las sociedades profesionales de capital”, AA.VV., Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chulia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 727-741, págs. 739-741.

⁵¹ Discrepamos, por tanto, de quienes consideran que las sociedades cooperativas profesionales son cooperativas de trabajo asociado/de producción. Ver autores citados en nota 35.

⁵² Así, el art. 11.3 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo señala que “(...) los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho no tendrán en ningún caso la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes”. Sobre estas cuestiones, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 169-170.

acontece cuando una cooperativa ya existente decide *acogerse* a las previsiones de la Ley de Sociedades Profesionales y convertirse en sociedad profesional. La diferenciación es necesaria porque deberá llevarnos a determinar el Registro (de Cooperativas o Mercantil) que, en ambos casos, atribuya personalidad jurídica a la sociedad cooperativa y el que le conceda a ésta la condición de “profesional”.

4.1. Conversión de una cooperativa en sociedad profesional

La Ley de Sociedades Profesionales no alude al supuesto de conversión de una sociedad ya existente a las reglas de las sociedades profesionales, lo que no significa que el supuesto de hecho no pueda producirse. Lógicamente, si la conversión tiene como sociedad de origen una entidad de las inscritas en el Registro Mercantil bajo el principio de obligatoriedad, la adopción del carácter profesional (su inscripción como tal) requerirá una modificación de estatutos y el reflejo registral de tal circunstancia en el mismo Registro en el que ya estaba inscrita (el Mercantil), lo que no plantea especiales problemas más allá de los propios de la calificación que al efecto lleve el registrador mercantil y del hecho de que a la sociedad de origen le resultará atribuible —desde que la modificación estatutaria resulte inscrita— el régimen jurídico propio de la sociedad profesional, esto es, *su nueva* personalidad jurídica (la propia de sociedad profesional)⁵³.

Ahora bien, si la sociedad origen es una cooperativa, cuya personalidad jurídica le viene otorgada por el Registro de Cooperativas y no por el Mercantil, la acomodación de sus estatutos a las previsiones de la Ley de Sociedades Profesionales tendrá que tener su reflejo en este último a efectos de que le sea predicable la calificación de sociedad profesional, es decir, para asumir la personalidad jurídica propia de estas sociedades (las profesionales). La inscripción en el Registro Mercantil tendrá, pues, eficacia constitutiva de la *nueva* personalidad jurídica de la cooperativa como sociedad profesional (pues la particular de cooperativa ya la ostentaba por su inscripción en el Registro propio de Cooperativas), y en aquél (el Mercantil) deberá constar por nota marginal la inscripción en el Registro de Cooperativas⁵⁴. Entendemos que, al no producirse la “transformación” de la cooperativa en otra forma social sino la “asunción” del carácter profesional, no procede la cancelación de sus asientos en el Registro de Cooperativas, por lo que coexistirán las inscripciones en el Registro Mercantil y en el de Cooperativas, y en este último

⁵³ Sobre la personalidad jurídica en su función de criterio de atribución de un concreto régimen jurídico, EMBID IRUJO, J.M., “Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica en la ley de sociedades anónimas”, AA.VV., Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 1023-1046.

⁵⁴ Para VERGEZ SÁNCHEZ, M. (“Definición de las sociedades profesionales”, cit., pág. 55), las formalidades de constitución de la sociedad profesional y la inscripción en el Registro Mercantil como previa a la inscripción en el Colegio Profesional se establecen como control de legalidad sobre la existencia en cada caso de las características que la sociedad profesional debe tener.

también la indicación en nota al margen de la circunstancia de la inscripción en el Mercantil como sociedad profesional. En definitiva, la adquisición de la personalidad jurídica propia de la sociedad cooperativa se produce con la inscripción en el Registro de Cooperativas pero la específica, particular, propia de sociedad profesional se produce con la apertura de la hoja personal de la cooperativa en el Registro Mercantil. Así, la sociedad profesional “constituida” por adaptación de una cooperativa ya existente “arrastra” su personalidad jurídica originaria, lo que significa que las relaciones jurídicas continúan con el mismo titular subjetivo, siendo la inscripción en el Registro Mercantil habilitante para cumplir la finalidad de la sociedad profesional lo que provocará la atribución de un régimen jurídico que diferirá, en ciertos aspectos, del que rigiera la cooperativa de origen.

4.2. Constitución de una cooperativa como sociedad profesional

A nuestro modo de ver, en el supuesto de constitución directa de una cooperativa como sociedad profesional, el Registro de Cooperativas seguirá siendo el competente para atribuir personalidad jurídica a la cooperativa, sin perjuicio de que *la propia de* sociedad profesional sólo pueda alcanzarla con la inscripción en el Registro Mercantil. No tendría sentido que la cooperativa que se convirtiera en profesional modificando sus estatutos mantuviera la personalidad jurídica adquirida con su inscripción en el Registro de Cooperativas (y mantuviera tal inscripción) y que la que pudiera surgir *ex novo* se viera sometida a un régimen registral distinto (el del Registro Mercantil) pues ello provocaría la posible coexistencia en el tráfico de sociedades cooperativas profesionales diferenciadas y diferenciables por el Registro que les hubiera atribuido personalidad jurídica (Mercantil o de Cooperativas).

Desde esta perspectiva, la afirmación contenida en el art. 8.1 LSP de que con la inscripción en el Registro Mercantil “adquirirá la sociedad profesional *su* personalidad jurídica”, se habría de entender —a nuestro modo de ver— como atribución a la cooperativa del régimen particular de la *sociedad profesional*, pero no como adquisición de la personalidad jurídica propia de las sociedades cooperativas puesto que sólo el Registro de Cooperativas puede otorgar tal personificación⁵⁵. No sería ésta la primera vez que nuestro Ordenamiento estableciera un régimen similar al indicado para las cooperativas. Si atendemos, por ejemplo, a las cooperativas de crédito⁵⁶, el art. 6.2.a) de su Reglamento diseña un procedimiento registral

⁵⁵ Disentimos así de la opinión de PAZ CANALEJO, N., (“Sociedades profesionales de forma cooperativa”, cit., pág. 8 de la versión digital) para quien en el caso de las cooperativas profesionales la inscripción en el Registro de Cooperativas no tiene eficacia constitutiva sino informativa complementaria. También a favor de la adquisición de la personalidad jurídica con la inscripción en el Registro Mercantil, CASTAÑER CODINA, J., Comentario de la Ley de Sociedades Profesionales, cit., pág. 132; LECIÑENA IBARRA, A., “Vicisitudes registrales”, cit., pág. 6 de la versión digital.

⁵⁶ Véase RD 84/1993, de 22 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito (RCCr.).

para estas entidades que comienza con la inscripción en el Mercantil y culmina en el de Cooperativas, siendo este último el que atribuye personalidad jurídica a la cooperativa de crédito, según interpreta la doctrina⁵⁷. Del mismo modo, la personalidad jurídica de las cooperativas de seguros se adquiere a través del Registro de Cooperativas, aunque hayan de inscribirse también en el Registro Mercantil⁵⁸. El mismo RRM (art. 256) coordina la inscripción de la sociedad cooperativa de seguros o de crédito en el Registro Mercantil y en el de Cooperativas, señalando que debe constar por nota marginal en el Mercantil “*la ulterior inscripción*” de la sociedad en el de Cooperativas que corresponda (estatal o autonómico)⁵⁹.

Régimen diferente al analizado en los párrafos precedentes es el establecido para la Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España (SCE) pues, por exigencia de los arts. 11.1 y 18.1 de su Reglamento comunitario (RSCE), tales entidades habrán de inscribirse en el Registro Mercantil⁶⁰, al que se le atribuyen *todas las funciones* relacionadas con esta figura, tal y como dispone —en aplicación del Reglamento— la Ley reguladora de la figura⁶¹. Es más, en el caso de constitución de una Sociedad Cooperativa Europea mediante la “transformación”

⁵⁷ Así, DÍEZ AROCA, L., “Requisitos registrales en el Reglamento sobre Cooperativas de Crédito”, AA.VV., Jornada Técnica sobre incidencia del nuevo Reglamento de Cooperativas de Crédito, UNACC, Madrid, 1993, págs. 117-136, págs. 119-122; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “Las cooperativas de crédito en la Ley n.º 5/1998, do 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia”, AA.VV., Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero, V, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 4641-4743, págs. 4665-4666; VICENT CHULIÁ, F., “El nuevo estatuto jurídico de la cooperativa de crédito (I)”, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 53 (1994), págs. 9-52, pág. 42.

⁵⁸ El art. 7.3 TRLOSSP, tras disponer que las entidades aseguradoras (todas) se constituirán mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, especifica que con dicha inscripción adquirirán su personalidad jurídica sólo algunas, en concreto las sociedades anónimas, mutuas de seguros y mutualidades de previsión social, guardando silencio con respecto a las cooperativas de seguros. Se ha propuesto una interpretación a contrario sensu que permitiría concluir que en este caso su personalidad jurídica se adquiere por la inscripción en el Registro de Cooperativas (CASTAÑER CODINA, J., Comentario de la Ley de Sociedades Profesionales, cit., pág. 132).

⁵⁹ Art. 256 RRM: “1. La inscripción primera de las cooperativas de crédito se practicará en virtud de escritura pública a la que se haya incorporado (...) autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, y a la que se acompañe certificación (...) inscripción en el Registro (...) del Banco de España. 2. La ulterior inscripción en el Registro de Cooperativas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, o de la Comunidad Autónoma que corresponda, se hará constar en el Registro Mercantil mediante nota marginal. Esta regla será aplicable asimismo a las cooperativas de seguros”.

⁶⁰ Reglamento (CE) n.º 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE). Según el art. 11.1 “(t)oda SCE deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social, en el registro que señale la legislación de ese Estado miembro de conformidad con la legislación aplicable a las sociedades anónimas”; y el art. 18.1 alude a la “inscripción, en el Estado miembro de su domicilio social, en el registro señalado por dicho Estado con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 11”. La interpretación literal de ambos preceptos permite concluir lo apuntado en el texto.

⁶¹ Cfr., art. 3 de la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España (LSCE).

de una cooperativa española⁶², habrá que proceder a la cancelación de su hoja personal en el Registro de Cooperativas de procedencia (en el que adquirió su personalidad jurídica) por ser el Mercantil el competente para albergar a la Sociedad Cooperativa Europea resultante y para atribuirle tal carácter (esto es, la personalidad jurídica de Sociedad Cooperativa Europea)⁶³.

4.3. Competencia del Registro de Cooperativas para la atribución de personalidad jurídica

La referencia que hemos realizado en el epígrafe anterior al concreto régimen dispuesto por las normas aplicables a la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España va a resultar determinante a los efectos que nos ocupan. Y es que entendemos que si para la sociedad profesional con forma cooperativa se hubiera querido un sistema registral similar al de la Cooperativa Europea con domicilio en España (esto es, que fuera el Registro Mercantil el único competente con respecto a la cooperativa profesional), la Ley de Sociedades Profesionales debería haberlo previsto así expresamente. Al no haberse hecho de tal modo, en nuestra opinión no cabe interpretar que el Registro de Cooperativas cede su competencia a favor del Mercantil en el marco de las sociedades cooperativas profesionales a efectos de atribuirles la personalidad jurídica propia de la cooperativa⁶⁴, ni para el caso de constitución directa de la cooperativa como sociedad profesional ni para el de adaptación a tal carácter por parte de una cooperativa preexistente⁶⁵.

⁶² Se expresa entrecomillada la palabra “transformación” por cuanto entendemos que la figura que se contempla en la norma no es la modificación estructural así denominada, sino una adaptación estatutaria. En tal sentido, resulta oportuno recordar que la Sociedad Cooperativa Europea es una sociedad cooperativa si bien con el apellido “europea” por respetar las condiciones, modalidades y requisitos previstos en el RSCE. Y si esto es así, difícilmente se podrá catalogar como transformación el procedimiento a través del cual una sociedad cooperativa nacional se convierta en sociedad cooperativa europea, pues, a nuestro juicio, no habrá tránsito de una a otra forma social [que seguirá siendo la misma, esto es, cooperativa] y tan sólo cambiará el régimen jurídico, que habrá dejado de ser —en principio— el del Ordenamiento al que pertenezca la cooperativa de origen para ser el previsto en RSCE para la Sociedad Cooperativa Europea, según lo estipulado en su art. 8. Realmente se está ante una adaptación de estatutos a una nueva ley y no ante una modificación estructural. Y es que no cabe confundir la modificación estructural en que consiste la transformación con modificaciones estatutarias que si bien implican en cierta medida una alteración del régimen jurídico aplicable a la cooperativa que las experimente, sin embargo no conllevan la adopción por ésta de otra forma social.

⁶³ Cfr., art. 10 LSCE. Sobre esta materia, ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Capítulo Séptimo: Constitución de la Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España por transformación”, en AA.VV., *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España* (Dir. ALFONSO SÁNCHEZ), Thomson-Aranzadi, Elcano, 2008, págs. 211-260.

⁶⁴ Entiende tal cesión de competencia, LECIÑENA IBARRA, A., “Vicisitudes registrales”, cit., pág. 7 de la versión digital. Por el contrario, y a favor del mantenimiento de la competencia del Registro de Cooperativas, VERGEZ SÁNCHEZ, M., “Definición de las sociedades profesionales”, cit., págs. 62-63.

⁶⁵ Otra cosa será la oportunidad de dictar las reglas que establezcan de forma expresa la coordinación entre el Registro Mercantil y los Registros de Cooperativas para evitar interpretaciones divergentes,

5 CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

El análisis realizado en el presente trabajo no ha tomado en consideración más que la Ley estatal de Cooperativas (LCoop) por lo que puede comprenderse que la cuestión se agrava al no existir en España un único Registro de Cooperativas sino contar con diecisiete Registros autonómicos y uno estatal. Si la consulta realizada a los Registros Mercantiles territoriales evidenciaba la falta de criterio homogéneo en orden a la inscripción de la cooperativa profesional (*vid.* nota 24), la misma situación se aprecia en la actuación de los Registros de Cooperativas de las diferentes Comunidades Autónomas lo que demuestra, una vez más, la inconsistencia de un sistema que permite la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia cooperativa.

Es de lamentar, por tanto, la paralización del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 29 de mayo de 2014, que reconoce expresamente el carácter mercantil de la sociedad cooperativa, y la convierte en sujeto inscribible en el Registro Mercantil bajo el principio de obligatoriedad de inscripción (art. 140-2.c), pues, sin perjuicio de los problemas competenciales [y, por ende, de índole política] que tal solución pueda conllevar, desde una perspectiva mercantil y de unidad de mercado sólo aporta ventajas en términos de seguridad jurídica⁶⁶. Nótese que la cooperativa es la única forma social a la que se le niega la unidad de régimen jurídico de la que disfrutaban el resto de formas sociales en nuestro Estado, sin que de tal circunstancia obtenga la cooperativa beneficio alguno. Y es que no puede considerarse beneficio o ventaja el hecho de que la sociedad cooperativa quede expuesta a un régimen jurídico diverso según cuál sea el carácter (principal o no) con que se desarrolle geográficamente la actividad cooperativizada realizada con los socios pues, como es sabido la determinación de la ley aplicable a una cooperativa en nuestro Estado (ley autonómica o ley estatal) depende del ámbito territorial en el que se desarrolle “principalmente” su actividad cooperativizada (*cfr.*, art. 2 LCoop).

La cooperativa profesional presentará, en definitiva, un régimen diverso en atención a la ley de cooperativas que le resulte de aplicación supletoria, lo que es un elemento más en contra del atractivo de esta forma social para los profesionales liberales y una realidad que provoca el distanciamiento de los operadores

como la que aparece en la Guía práctica para constituir una cooperativa 2013 (http://www.elkarlan.coop/files/manuales/guia_cooperativas2013.pdf, pág.16), según la cual “la personalidad jurídica de la Cooperativa nace en el momento en que se haya inscrito en el Registro de Cooperativas de Euskadi, salvo en el caso de las Sociedades Cooperativas Profesionales, ya que su personalidad se adquiere con su inscripción en el Registro Mercantil, sin menoscabo de su posterior inscripción en el Registro de Cooperativas de Euskadi”.

⁶⁶ Para un estudio detallado de la cuestión, ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Propuesta de Código Mercantil y sociedad cooperativa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 744 (2014), págs. 1663-1716.

jurídicos respecto del estudio, análisis, conocimiento y utilización de la sociedad cooperativa para el ejercicio de la actividad organizada en forma de empresa.

6 BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K.J./GARCÍA PÉREZ, R., *La sociedad profesional de abogados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., “La cooperativa de segundo grado como tipo legal de sociedad cooperativa”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. IV, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2002, págs. 4573-4604.
- “Capítulo Séptimo: Constitución de la Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España por transformación”, en AA.VV., *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España* (Dir. ALFONSO SÁNCHEZ), Elcano, Ed. Thomson-Aranzadi, 2008, págs. 211-260.
- “Comentario a la RDGRN de 18 de agosto de 2014”, AA.VV., *Archivo Commenda de jurisprudencia societaria (2013-2014)*, Dir. EMBID IRUJO, Comares, Granada, 2015, págs. 40-47.
- “Propuesta de Código Mercantil y sociedad cooperativa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 744 (2014), págs. 1663-1716.
- ALONSO ESPINOSA, F.J., “Capítulo VII. La sociedad profesional y su régimen de gobierno”, AA.VV., *Las sociedades profesionales. Estudio sobre la Ley 2/2007, de 15 de marzo* (Coord. SÁNCHEZ RUIZ), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, págs. 251-316.
- CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.
- “Consideraciones en torno a la delimitación del ámbito de aplicación de la ley de sociedades profesionales. A propósito de algunas interpretaciones recientes”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 33 (2009), págs. 1-18 versión digital.
- CASTAÑER CODINA, J., *Comentario de la Ley de Sociedades Profesionales*, Ciss, Bilbao 2007
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., *El régimen de responsabilidad de las sociedades profesionales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010
- DE LA VEGA GARCÍA, F.L., “Capítulo II. La constitución de sociedades profesionales”, AA.VV., *Las sociedades profesionales. Estudio sobre la Ley 2/2007, de 15 de marzo* (Coord. SÁNCHEZ RUIZ), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, págs. 47-81.
- “X. Sociedades Cooperativas sanitarias”, AA.VV., *Manual de Adaptación de Estatutos a la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia*, Editum, Murcia, 2012 (2ª ed.), pág. 134.
- DELGADO GONZÁLEZ, A.F., *Las sociedades profesionales*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.
- DÍEZ AROCA, L., “Requisitos registrales en el Reglamento sobre Cooperativas de Crédito”, AA.VV., *Jornada Técnica sobre incidencia del nuevo Reglamento de Cooperativas de Crédito*, UNACC, Madrid, 1993, págs. 117-136.
- EMBID IRUJO, J.M., “Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica en la ley de sociedades anónimas”, AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 1023-1046.

- FARIAS BATLLE, M., “Capítulo Cuarto. Personalidad jurídica, inscripción registral y publicidad de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España”, AA.VV., *La Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España* (Dir. ALFONSO SÁNCHEZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 141-164.
- FARRANDO MIGUEL, I./CASTAÑER CODINA, V., “Algunos desajustes en el Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales”, *La Ley*, 1 (2007), págs. 1489-1496.
- FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Pórtico, Madrid, 1977.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Forma y publicidad de las sociedades profesionales”, *Anales VIII: (2005-2007)* / (Dir. HERNÁNDEZ MORENO), 2008, págs. 17-56.
- GADEA, E./SACRISTAN, F./VARGAS, C., *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2009.
- GARCÍA PÉREZ, R., “Capítulo XXII. Cooperativas sanitarias”, AA.VV., *Tratado de Derecho de Cooperativas*, T. II (Dir. PEINADO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1381-1391.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “Las cooperativas de crédito en la Lei n.º 5/1998, do 18 de decembro, de Cooperativas de Galicia”, AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, V, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 4641-4743.
- GIMENO RIBES, M., “Calificación registral del objeto social. Carácter imperativo de la Ley de Sociedades Profesionales. (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 —núm. 451—)”, AA.VV., *Archivo Commenda de jurisprudencia societaria (2011-2012)*, Dir. EMBID IRUJO, Comares, 2014, págs. 11-15.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- LECIÑENA IBARRA, A., “Formas sociales mercantiles al servicio de la cooperación empresarial: las agrupaciones de interés económico y las cooperativas de servicios profesionales”, *Boletín de la Facultad de Derecho-Uned*, 20, Madrid, 2002, págs. 277-306.
- “Capítulo III. Concepto de sociedad profesional y ámbito de aplicación”, AA.VV., *Estudios sobre sociedades profesionales. La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales* (Eds. TRIGO GARCÍA/FRAMIÑÁN SANTAS), Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 61-85
- “Vicisitudes registrales de una cooperativa de trabajo asociado constituida como sociedad cooperativa profesional”, *Revista de Derecho Mercantil*, 281 (2011), págs. 145-162.
- MARQUÉS MOSQUERA, C., “Artículo 1. El concepto de sociedad profesional”, AA.VV., *Ley de Sociedades Profesionales. Comentarios notariales orientados a la práctica*, Cuadernos de Derecho y Comercio, Consejo General del Notariado, Madrid, 2010, págs. 33-60.
- MEDINA HERNÁNDEZ, O., “Breve apunte sobre el concepto de sociedad profesional y sus implicaciones en la Ley de Sociedades Profesionales ¿sociedades profesionales unipersonales?”, *Anales Facultad de Derecho*, 25 (2008), págs. 139-150.
- NOVAL PATO, J., “Comentario a la RDGRN de 4 de marzo de 2014”, AA.VV., *Archivo Commenda de jurisprudencia societaria (2013-2014)*, Dir. EMBID IRUJO, Comares, Granada, 2015, págs. 18-22.
- ORTEGA REINOSO, G., “Sociedades profesionales”, *Revista Jurídica del Notariado*, 54 (2005), págs. 117-162.

- PANIAGUA ZURERA, M. (*La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas (...), Tratado de Derecho Mercantil*, Vol. 1 (Dir. OLIVENCIA/FERNÁNDEZ NOVOA/JIMENEZ DE PARGA), Marcial Pons, Madrid, 2005).
- PAZ ARES, C., “La sociedad en general: Elementos del contrato de sociedad”, en *Curso de Derecho Mercantil* (Coords. URÍA/MENÉNDEZ), Cívitas, Madrid, 1999, págs. 463-489.
- PAZ CANALEJO, N., “Sociedades profesionales de forma cooperativa”, *Diario La Ley*, 7009, 10-9-2008, edición digital, págs. 1-15.
- POLO DIEZ, A., “La concurrencia y selección de tipos sociales en la reforma de las sociedades de capital”, *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?. La cuestión tipológica*, Cívitas, Madrid, 1992, págs. 155-180 (también en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, págs. 755-773).
- RODRIGUEZ DÍAZ, I., “Incidencia de la Ley de Sociedades Profesionales en el régimen constitutivo de las sociedades colectivas y comanditarias simples”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 31 (2008), versión digital, págs. 1-21.
- ROJO, A., “La sociedad anónima como problema”, AA.VV., *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?*, Cívitas, Madrid, 1992, págs. 75-104.
- ROMERO FERNÁNDEZ, J.A., *Las sociedades profesionales de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- SEGURA DE LASSALETA, R., “Las sociedades profesionales de capital”, AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 727-741.
- VARGAS VASSEROT, C., “El sistema de publicidad legal de las cooperativas. Un problema pendiente de resolución”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 33 (2009), págs. 129-140, versión digital.
- “Clases y clasificaciones de cooperativas”, *Deusto Estudios Cooperativos*, 1 (2012), págs. 125-142.
- “La clasificación de las cooperativas. Necesidad de clasificación legal y de adaptación a la normativa fiscal”, AA.VV., *40 años de historia de las Empresas de Participación*, Verbum, Madrid, 2013, págs. 150-166.
- VARGAS, C./GADEA, E./SACRISTAN, F., *Derecho de las sociedades cooperativas*, La Ley, Las Rozas, 2014.
- VERGEZ SÁNCHEZ, M., “Definición de las sociedades profesionales”, AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen fiscal y corporativo* (Dir. GARCÍA PÉREZ/ALBIEZ DOHRMANN), Navarra, 2007, págs. 27-54.
- VICENT CHULIÁ, F., “El nuevo estatuto jurídico de la cooperativa de crédito (I)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, 53 (1994), págs. 9-52.
- *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, 2008.
- YANES YANES, P., “Bases metodológicas y operativas para la adaptación de las sociedades profesionales”, *Diario La Ley*, 6892, 27-2-2008, edición digital, págs. 1-15.
- *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 28 (2015-2016), páxs. 135-162
ISSN: 1130-2682

BREVES NOTAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA
DO ATO DE TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE DE
UM IMÓVEL DE UMA COOPERATIVA DE HABITAÇÃO
E CONSTRUÇÃO PARA UM COOPERADOR

*BRIEF REMARKS ON THE LEGAL NATURE OF THE
ACT OF TRANSMISSION OF THE PROPERTY OF
THE FIRES FROM A BUILDING AND HOUSING
COOPERATIVE TO THE COOPERATION MEMBER*

MAFALDA MIRANDA BARBOSA¹

RECEPCIÓN: 14/06/2016 - ACEPTACIÓN: 28/09/2016

¹ Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Correio eletrónico: mcmb@fd.uc.pt.

RESUMO

A doutrina e jurisprudência portuguesas têm-se mostrado críticas da opção legislativa de considerar que a transmissão dos fogos das cooperativas de habitação e construção para um cooperador opera por via de um contrato de compra e venda. Ponderados diversos argumentos, não nos restam dúvidas de que, dogmaticamente, é essa a melhor configuração para o problema.

PALAVRAS-CHAVE: cooperativas de habitação e construção; transmissão da propriedade; compra e venda

ABSTRACT

The Portuguese doctrine and jurisprudence have tended to criticise the legislative option to consider that the transmission of the fires from the building and housing cooperatives to the cooperation member operates through a contract of sale of purchase. Weighted various arguments, we have no doubt that dogmatically this is the best qualification for the case.

KEYWORDS: building and housing cooperatives; act of transmission of the property; sale and purchase contract

SUMÁRIO: 1. FORMULAÇÃO DO PROBLEMA; 2. AS COOPERATIVAS DE HABITAÇÃO E CONSTRUÇÃO; 3. A LIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E AS POSIÇÕES DA DOUTRINA: a) A jurisprudência; b) A doutrina; 4. OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À QUALIFICAÇÃO DO NEGÓCIO COMO COMPRA E VENDA E SUA REFUTAÇÃO: a) o preço; b) a liberdade contratual; c) A realidade cooperativa em que está inserida a compra e venda: o princípio democrático; d) A realidade cooperativa em que está inserida a compra e venda: a função da cooperativa e a natureza da relação entre cooperadores e cooperativa; 5. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONTIDA NO ARTIGO 26º/1 RJCHC. CONSEQUÊNCIAS DO ENTENDIMENTO EXPOSTO: a) O problema da eventual possibilidade de celebração de um contrato promessa de compra e venda entre a cooperativa e o cooperador; b) A responsabilidade da cooperativa pelos vícios do imóvel. BIBLIOGRAFÍA

CONTENTS: 1. *THE PROBLEM*; 2. *THE BUILDING AND HOUSING COOPERATIVES*; 3. *THE LESSON FROM THE JURISPRUDENCE AND THE POSITION OF THE DOCTRINE*: a) *the case law*; b) *the doctrine*; 4. *THE ARGUMENTS AGAINST THE QUALIFICATION OF THE ACT OF TRANSMISSION AS A CONTRACT OF SALE AND PURCHASE AND ITS REFUTATION*: a) *the price*; b) *the contractual freedom*; c) *The cooperative reality in which the contract of sale and purchase operates: the democratic principle*; d) *The cooperative reality in which the contract of sale and purchase operates: the goals of the cooperative and the nature of the relationship between the cooperation members and the cooperative*; 5. *THE INTERPRETATION OF THE RULE CONTAINED IN ARTICLE 26º/1 RJCHC. CONSEQUENCES OF THIS UNDERSTANDING*: a) *The problem of the promissory agreement between the cooperative and the cooperation member*; b) *The cooperative liability for property vices*. *BIBLIOGRAPHY*

I FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

As cooperativas assumem um papel fundamental quer ao nível do ordenamento jurídico, quer ao nível da tessitura social e económica, ao ponto de o próprio legislador constitucional lhes ter devotado particular atenção, consagrando como princípios fundamentais da organização económico-social a proteção do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção e a coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção². Em obediência a estes princípios, o Estado obriga-se, nos termos do artigo 85º CRP, a apoiar a criação e a atividade de cooperativas, integrando-se no setor cooperativo, de acordo com o preceituado no artigo 82º/4 CRP, 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

² Cf. artigo 80º CRP.

sua especial natureza; os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais; os meios de produção objeto de exploração coletiva por trabalhadores; os meios de produção possuídos e geridos por pessoas coletivas, sem carácter lucrativo, que tenham como principal objetivo a solidariedade social, designadamente entidades de natureza mutualista.

Surgindo, inicialmente, como uma resposta das classes menos favorecidas contra uma sociedade que pressentiam opressora, compreende-se que na base do movimento cooperativo encontrásemos uma ideia de mutualidade pura³. Simplesmente, esta ideia e o princípio do pagamento a pronto que a acompanhava⁴ acabaram por se flexibilizar, mantendo-se embora a matriz essencial do movimento⁵. Em certa medida, podemos dizer que tal flexibilização correspondeu, também, a uma complexificação do próprio fenómeno cooperativo, em linha com a complexificação da sociedade em que as cooperativas se movem. Não se estranha, por isso, que estas — entendidas, independentemente do problema da qualificação jurídica da sua natureza, como organizações empresariais personalistas⁶ —, por um lado, se especializem, consoante a atividade económica e social para que se requer a mútua entreajuda dos seus membros e o interesse que visam satisfazer, e, por outro lado, recorram a esquemas negociais que foram pensados no quadro de uma economia de mercado⁷. Não obstante, tem-se entendido que a intencionalidade que preside à constituição de uma cooperativa, bem como os valores cooperativos que lhe andam associados — autoajuda, responsabilidade individual, democracia, igualdade, solidariedade⁸ — não podem deixar de se refletir condicionadamente no concreto regime dos atos por si praticados⁹.

É neste contexto, e a propósito das cooperativas para habitação e construção, que se tem colocado um problema, que, tendo eco na jurisprudência e na doutrina,

³ Cf. J. TAVARES, *Sociedades e Empresas Comerciais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1924, págs. 249 e ss.

Relativamente à ideia de mutualidade, no quadro cooperativo, veja-se, inter alia, D. APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no direito português. O capital social*, Vida Económica, Porto, 2009, págs. 50 e ss.

⁴ Cf. J. TAVARES, *Sociedades e Empresas Comerciais*, cit., pág. 249.

⁵ Cf. J. TAVARES, *Sociedades e Empresas Comerciais*, cit., pág. 249.

⁶ Cf. D. APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas*, cit., págs. 41 e ss.

⁷ Cf. D. APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas*, cit., págs. 53, falando de uma mutualidade impura, por a cooperativa atuar também em relação a terceiros (não sócios).

⁸ Princípios formulados em Manchester em 1995. Cf. D. APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas*, cit., pág. 39.

⁹ Cf., a este propósito, R. NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativo*, Almedina, Coimbra 2005, pág. 73, referindo que o direito à livre constituição de cooperativas está constitucionalmente limitado à observância de princípios cooperativos, não podendo o legislador comum admitir figuras cooperativas que não respeitem os princípios cooperativos, nem consagrar soluções jurídicas que os contrariem.

está longe de gerar consensos. Trata-se da questão da qualificação jurídica do ato de transmissão do imóvel de uma cooperativa habitacional para o cooperador, com implicações práticas de relevo, tanto quanto esteja em causa saber se a essa transmissão se há de aplicar, ou não, o regime da compra e venda ou de outro contrato normativamente típico. É que, se por um lado a lei qualifica a dita transmissão como uma compra e venda, denota-se por parte dos tribunais e dos autores uma certa resistência em aderir à solução legal, sobretudo por se olhar para a relação interna entre o cooperador e a cooperativa à luz do nexos cooperativo que os une e por se ter consciência da diversa qualificação com que somos confrontados em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

É, pois, sobre esta questão que nos vamos debruçar, procurando encontrar crítico-reflexivamente uma resposta para o dilema qualificativo. Para tanto, haveremos de, imediatamente, contextualizar o contrato de compra e venda a que nos referimos, para o que importa tecer algumas considerações acerca das próprias cooperativas de habitação e de construção. Num segundo momento, procuraremos sistematizar os diversos contributos da jurisprudência nesta matéria, para, *in fine*, dialogarmos com os autores que se pronunciaram já sobre a questão e tomarmos uma posição própria sobre ela.

2 AS COOPERATIVAS DE HABITAÇÃO E CONSTRUÇÃO

Nos termos do artigo 2º DL n.º 502/99 (RJCHC), de 19 de Novembro, as cooperativas de habitação e de construção têm por objeto principal a promoção, construção ou aquisição de fogos para habitação dos seus membros, bem como a sua manutenção, reparação ou remodelação. É ainda seu objetivo a melhoria da qualidade habitacional dos espaços em que se integram, promovendo o tratamento das áreas envolventes dos empreendimentos por que são responsáveis, incluindo as zonas de lazer, e assegurando a manutenção permanente das boas condições de habitabilidade dos edifícios.

A admissão de um cooperador pode implicar o pagamento de uma joia e requer a participação no capital social variável, mediante a entrada mínima de capital a subscrever. De referir, contudo, que a mera detenção de um título de capital não confere imediatamente ao detentor a qualidade de cooperador, qualidade essa que só poderá ser atribuída pelo órgão competente para o efeito¹⁰. No caso de uma cooperativa de habitação e de construção, a admissão de um cooperador pode ficar

¹⁰ Cf. D. APARÍCIO MEIRA/M. ELISABETE RAMOS, *Governança e Regime Económico das Cooperativas*. Estado da Arte e Linhas de Reforma, Vida Económica, Porto, 2014, págs. 123 e ss. Estes títulos de capital são valores mobiliários e títulos de crédito, não podendo, contudo, ser transacionados no mercado de títulos, por não ser possível separar a participação social da pessoa do cooperador.

Refira-se que os títulos de capital não se confundem com os títulos de investimento. Sobre o ponto, cf., com grande importância, o artigo 20º C.COOP.

condicionada à existência de programas habitacionais em que o candidato a cooperador possa ser integrado, nos termos do artigo 8º/1 RJCHC. O dado de significativa importância chama-nos a atenção para um ponto não despidendo. Na verdade, sendo a integração num programa habitacional decidida pela Assembleia Geral, ela envolverá a subscrição de determinados títulos, que mais não são do que entradas para o pagamento de um fogo a adquirir por uma das vias previstas no RJCHC¹¹.

Nos termos do artigo 16º RJCHC, nas cooperativas de habitação e construção, podem vigorar os seguintes regimes de propriedade dos fogos: propriedade individual e propriedade coletiva, com manutenção na cooperativa da propriedade dos fogos. Neste último caso, os fogos são cedidos aos cooperadores ou pela atribuição de um direito de habitação, ou pelo regime do inquilinato cooperativo, a pressupor, segundo a qualificação legal, um contrato de arrendamento. Já no caso da propriedade individual, de acordo com o artigo 26º RJCHC, o direito de propriedade é transmitido ao cooperador pela cooperativa mediante um contrato de compra e venda.

Independentemente da melhor qualificação jurídica para a sua natureza, o contrato em questão está submetido a algumas regras especiais. Assim, o preço há-de ser fixado de acordo com o disposto no artigo 17º RJCHC, não podendo exceder o custo; quando o preço seja pago em prestações, embora a cooperativa possa reservar para si a propriedade do fogo até ao pagamento integral do preço ou transmiti-la sob condição resolutiva de não pagamento de três prestações sucessivas ou seis interpoladas, deixa de ser aplicável o disposto no artigo 781º C.CIV., por determinação da própria lei; e afasta-se o disposto no artigo 934º C.CIV.

Tais regras explicam-se, em certa medida, pela inserção do ato de transmissão no contexto da relação cooperativa. É neste quadro que, consoante o enfoque seja colocado pelos autores na dimensão contratual subjacente à transferência da propriedade ou na conexão com a ideia de mutualidade, se confrontam duas teses: uma dualista, para a qual os negócios celebrados entre a cooperativa e os cooperadores “se isolam do vínculo cooperativo, vindo a merecer a qualificação própria que lhes caiba e sujeitando-se ao respetivo regime”; e uma tese monista, para a qual os negócios seriam sempre uma dimensão da relação cooperativa¹². São, no

¹¹ Cf. o Acórdão da Relação de Lisboa de 30/10/2014 (<www.dgsi.pt>), que na factualidade que apresenta é elucidativo do tipo de contribuições que os cooperadores hão de prestar em relação à cooperativa. Assim, refere-se aí que a inscrição no programa habitacional implicava a inscrição como cooperadores numa cooperativa e a entrega por parte dos cooperadores de uma verba a título de poupança. Mas, no ato de formalização da inscrição como cooperador, o sujeito teve de pagar um montante correspondente a uma joia, quotas do ano em questão, inscrição e contribuição para o capital social. Todos os meses posteriores pagou determinados valores à cooperativa, para financiar os encargos com o desenvolvimento do programa (projetos de arquitetura, licenças, aquisição de terrenos, empreitadas de construção, encargos financeiros com bancos, etc.).

¹² Cf. R. GUICHARD, “Capacidade das cooperativas. Relações entre cooperativas e cooperadores”, in *Jurisprudência cooperativa comentada* (coord. D. APARÍCIO MEIRA), INCM, Lisboa, 2012, pág. 526.

fundo, estas duas teses em confronto que se opõem no tocante à classificação do negócio em questão.

3 A LIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E AS POSIÇÕES DA DOCTRINA

a) A jurisprudência

Os tribunais portugueses, tendo sido chamados várias vezes a pronunciar-se sobre problemas relativos à transmissão do imóvel por uma cooperativa para um cooperador, têm-se mostrado divididos quanto à qualificação do negócio transmissivo.

Logo em 1999, no Acórdão de 16 de Dezembro, a Relação de Lisboa refere que “a cooperativa não comercializa fogos, apenas os transmite aos cooperantes incluídos no programa habitacional, através da compra e venda, a qual funciona como um expediente jurídico para pôr fim à propriedade coletiva construída”. Embora não afaste a qualificação de compra e venda, a referência à não comercialização dos fogos tem sido, desde então, entendida pelos autores como um argumento no sentido de afastar a contratualidade da relação subjacente à transmissão da propriedade.

No mesmo ano, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Abril de 1999 afirma que o “responsável pelo defeito da obra é a empreiteira, perante o dono da obra — a cooperativa. Se a administração da cooperativa não reclama do empreiteiro, os cooperantes poderão pedir à cooperativa uma indemnização pelos danos decorrentes dessa omissão”. Trata-se, contudo, de uma solução que não aponta para uma responsabilização direta da cooperativa, por força da aplicação do regime contido nos artigos 913º e ss. C. CIV.

Por seu turno, o Tribunal da Relação do Porto, no acórdão de 22 de Janeiro de 2001, considerou que, “tendo sido deliberado em Assembleia Geral de uma cooperativa de habitação que os cooperantes se obrigavam a suportar a diferença entre o custo estimado e o custo real do empreendimento, sendo estes obrigados a pagar o remanescente do preço”, o que estava em causa seria o cumprimento de uma obrigação que resultaria da deliberação e não de um contrato de compra e venda.

Contudente no afastamento da tese dualista/contratualista foi o Acórdão de 2 de Fevereiro de 2006 do Tribunal da Relação de Lisboa. Assim, pode ler-se que “a relação existente entre os condóminos a quem foi atribuído o fogo e a cooperativa é de cooperadores/cooperativa e não de comprador/vendedor. Em causa não está um

A este propósito, cf., igualmente, D. APARÍCIO MEIRA, O regime económico das cooperativas, cit., págs. 228 e ss., falando de uma posição contratualista, para a qual é possível a celebração de negócios entre a cooperativa e os cooperadores, fora do vínculo cooperativo, ficando aqueles cooperadores na dupla posição de sócio e contraente; e de uma posição societária, para a qual todas as relações desenvolvidas entre cooperativas e cooperadores se devem reconduzir ao âmbito da própria cooperação, ficando sujeitas às regras cooperativas.

contrato de compra e venda, mas o de atribuição de fogos aos cooperantes, operando-se esta sob a capa da figura jurídica de compra e venda”. Na verdade, acrescenta aquele tribunal superior que não se desvela qualquer intuito lucrativo, por um lado, e que não existe plena liberdade contratual, quer quanto à escolha dos sujeitos, quer quanto ao preço, quer quanto à possibilidade de posteriormente dispor do imóvel.

O Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão de 7 de Maio de 2009, admitiu que, no âmbito de uma cooperativa de habitação e construção, se possa celebrar um contrato-promessa e recorrer ao regime do incumprimento. Sublinha-se que os cooperadores são de algum modo responsáveis pelas dificuldades financeiras da cooperativa, já que enquanto cooperadores podem tomar providências no sentido de solucionar o problema. Não obstante, se o incumprimento for imputável à cooperativa, os cooperadores têm direito à restituição do sinal em dobro. A Relação de Lisboa contraria, assim, um entendimento maioritário da jurisprudência, que foi repetido em 10 de Fevereiro de 2012, pelo Tribunal da Relação de Évora.

No Acórdão da Relação de Lisboa de 17 de Dezembro de 2009, refere-se que o DL n.º 502/99 não prevê a celebração de contratos-promessa de compra e venda de fogos, apenas se dizendo que o direito de propriedade sobre eles se transmite para os cooperadores através de um contrato de compra e venda, o que não permite concluir que não seja possível celebrar um contrato-promessa de compra e venda, nem que não possa haver incumprimento definitivo. Simplesmente, conclui o tribunal que as relações entre a cooperativa e o cooperador não podem ser vistas da mesma forma que as de vendedor e comprador, porque, em nome do princípio democrático que avulta como princípio cooperativo, as dificuldades financeiras que obstaram à construção do imóvel não são totalmente alheias aos cooperadores.

A 1 de Outubro de 2010, a Relação de Lisboa, num acórdão com a mesma data, sustenta que “a entidade que aparece como vendedora é constituída pelos fundos adquirentes, que para o efeito se associaram e em cuja formação de vontade participaram”. No mesmo sentido, um ano mais tarde, a Relação de Lisboa consideraria que “a cooperativa é constituída pelos futuros adquirentes, que para o efeito se associaram e em cuja formação de vontade participaram”, pelo que em causa não estaria um contrato de compra e venda, mas a atribuição de um fogo aos cooperantes.

Por seu turno, no Acórdão datado de 20 de Setembro de 2011, a Relação de Lisboa veio sublinhar que os contratos de compra e venda celebrados pela cooperativa de habitação não têm as mesmas características que os contratos dessa natureza, quer pela ausência de um preço negociável, que, nos contratos em geral e de acordo com o posicionamento judicativo, visa a o lucro, quer pela ausência de liberdade de contratação no que se refere à identificação aleatória dos sujeitos adquirentes, já que os destinatários das frações destas cooperativas estão previamente determinados pelo tipo de características inerentes à qualidade de cooperador.

O Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 17 de Dezembro de 2014, abre as portas à mobilização do regime da venda de coisas defeituosas. Note-se, porém, que o âmbito de relevância do caso decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça condiciona, em parte, a solução que lhe foi dispensada. De facto, a ação tinha sido proposta pelo condomínio contra a cooperativa, procurando obter dela a reparação dos vícios da obra. Sendo o condomínio composto por cooperadores e não cooperadores, o STJ veio considerar que o raciocínio de que os cooperadores não podem exigir da cooperativa a reparação de tais vícios não tem lugar em relação aos terceiros não cooperantes adquirentes das respetivas frações antes da propositura da ação. Acaba, por isso, em nome da legitimidade ativa na ação, sustentar uma solução a que a maioria da jurisprudência parece ser hostil. E, verdadeiramente, o coletivo de juízes parece ir mais longe, considerando que a solução da não responsabilização da cooperativa em face dos cooperadores é questionável.

b) A doutrina

Na doutrina portuguesa, podemos encontrar eco das posições divergentes que se constata ao nível da jurisprudência.

Entre os autores que se pronunciaram sobre a matéria, podemos encontrar dois grandes grupos, a que, aliás, já fizemos referência. No primeiro, filiamos todos aqueles que, aderindo a uma posição contratualista ou dualista, entendem que os diversos negócios celebrados entre a cooperativa e os cooperadores se libertam do nexo de cooperatividade, sendo-lhes aplicáveis as regras próprias do tipo negocial concretamente em causa; ao segundo grupo, pertencem todos os outros que, militando numa posição societária ou monista, sustentam que qualquer relação particular estabelecida entre a cooperativa e os cooperadores deve ficar sujeita às regras cooperativas, por só ser compreensível no seio do nexo de cooperatividade em que emergem e que as condiciona. No meio-termo, situam-se todos os que, não antevendo qualquer óbice para a celebração de contratos típicos ou atípicos entre a cooperativa e os cooperadores, admitem que algumas regras possam sofrer desvios, quando estejam em causa aspetos que surjam numa relação de dependência direta com a relação cooperativa¹³.

¹³ Sobre o ponto, cf. M. PINHEIRO DE ALMEIDA, “A aquisição de fogo pelo cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica”, in *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. D. APARÍCIO MEIRA), INCM, Lisboa, 2012, págs. 595 e ss.; R. GUICHARD, “Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Dezembro de 2009”, CES, n.º 33 (2010/2011), págs. 257 e ss.; R. GUICHARD, “Capacidade das cooperativas. Relações entre cooperativas e cooperadores”, págs. 521 e ss.; D. APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas*, cit., págs. 220 e ss. (falando de uma mera atribuição); C. PROENÇA, “Da possibilidade de celebração de uma compra e venda de um imóvel e de um contrato promessa de compra e venda entre uma cooperativa e um sócio”, in *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. D. APARÍCIO MEIRA), INCM, Lisboa, 2012, págs. 529 e ss.; A. AFONSO, “O problema da responsabilidade de cooperativa de habitação pelos defeitos de construção de fogo vendido a cooperador”, in *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. D. APA-

A opção entre uma das duas posições, porém, não pode basear-se numa mera alternativa ideológica entre duas concepções do mundo cooperativo e das relações que cada cooperativa de habitação e construção estabelece com os seus cooperadores. Na verdade, mesmo tendo em consideração que o legislador não tem todo o monopólio da criação da juridicidade e que não temos de nos ater às qualificações normativas por ele disponibilizadas, importa não esquecer que nos situamos num sistema de legislação, pelo que, em face da indicação precisa contida no artigo 26º RJCHC, a apontar para a celebração de um contrato de compra e venda entre os sujeitos mencionados, haveremos de, em primeiro lugar, saber se o regime específico ditado pelas restantes normas afasta ou não a possível qualificação do negócio como compra e venda e, num segundo momento, cotejar a intencionalidade normativa dos hipotéticos casos concretos *decidendi*, contextualizados pelo setor cooperativo e pelas relações que nesse domínio se desenvolvem, com a intencionalidade normativa do tipo contratual em questão, de modo a saber se se justifica ou não uma correção normativa da norma.

4 OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À QUALIFICAÇÃO DO NEGÓCIO COMO COMPRA E VENDA E SUA REFUTAÇÃO

a) O preço

De acordo com o artigo 27º RJCHC, o preço terá de ter apenas em consideração o respetivo custo, ponderado nos termos do artigo 17º do mesmo diploma. Além da limitação do valor, muitas vezes, ele é fixado unilateralmente pela cooperativa. Este dado seria, de acordo com alguns autores, suficiente para afastar a compra e venda do quadro da transmissão da propriedade do fogo da cooperativa para o cooperador. De acordo com Mariana Pinheiro de Almeida, o pagamento de um preço e o escopo lucrativo são elementos caracterizadores do contrato de compra e venda. Ademais, o preço incluiria o custo da coisa e a margem de lucro, pelo que falhando um destes requisitos falharia a qualificação da transmissão como compra e venda¹⁴. É que, segundo a sua posição, no quadro de uma cooperativa, o que estaria em causa não seria o preço, mas o custo.

Não cremos que qualquer um destes argumentos seja procedente. Pelo contrário, estamos crentes que os mesmos laboram em erros conceptuais. De facto, o núcleo obrigacional essencial do contrato de compra e venda é integrado pela obrigação de entrega da coisa e pela obrigação de pagamento do preço: são estas

RÍCIO MEIRA), INCM, Lisboa 2012, págs. 505 e ss.; P. DUARTE, “Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pelas cooperativas de habitação e construção”, in *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. D. APARÍCIO MEIRA), INCM, Lisboa, 2012, págs. 479 e ss.

¹⁴ Cf. M. PINHEIRO DE ALMEIDA, “A aquisição de fogo pelo cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica”, cit., págs. 600 e ss.

as prestações primárias e principais a que as partes se obrigam. Ora, o preço não tem que incluir qualquer lucro: não só pode haver vendas com prejuízo, dado que determina, inclusivamente, por motivos de proteção da concorrência, que o legislador as sancione como práticas comerciais desleais, como a onerosidade a que somos conduzidos pelo contrato de compra e venda nos leva a considerar a existência de duas prestações unidas por um nexo de corresponsabilidade, entre as quais não tem de se estabelecer um equilíbrio objetivo, mas apenas subjetivo. Por outro lado, se é certo que o preço determinado no mercado pode envolver uma componente de lucro, a desvalorização dos bens pode determinar que um particular venda uma coisa por um preço inferior ao custo de aquisição, não se podendo falar em lucro, mas numa menos-valia que se produz. A argumentação da autora, a ser correta, levar-nos-ia a desqualificar como compra e venda o contrato celebrado entre A e B, nos termos do qual o primeiro, pela falta de jeito para o negócio, transmite a propriedade do seu computador ao segundo por um preço muito inferior ao que ele vale no mercado de usados¹⁵.

O erro de conceptualização das categorias classificatórias do negócio jurídico leva Mariana Pinheiro de Almeida a incorrer noutra imprecisão. Na verdade, tendo em conta que a doação modal “ainda existe quando, apesar da realização do encargo, o donatário recebe um benefício que represente um valor superior àquele que se obrigou a despende em consequência dos encargos”¹⁶, a autora aventa — embora em termos académicos e teóricos — a possibilidade de configurar o contrato em causa como uma doação modal¹⁷. Simplesmente, erra, ao não se aperceber que, para que haja uma doação, tem de existir um *animus* de liberalidade, uma intenção de criar um enriquecimento na esfera do donatário, ao qual corresponderá necessariamente um empobrecimento na esfera do doador. Ora, a intencionalidade predicativa dos casos de transmissão da propriedade de um fogo pela cooperativa para o cooperador não é assimilada pela intencionalidade predicativa do regime das doações, ainda que oneradas com encargos. O valor pago é o valor correspondente ao custo e o facto de, perante “o desenvolvimento do mercado económico considerado normal, aquele [ir] receber um bem com um valor de mercado mais elevado do que aquilo que efetivamente paga” não serve

¹⁵ Cf., sobre esta questão, A. MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil II, Parte Geral Negócio Jurídico, Almedina, Coimbra, 2014, p. 107; C.A. MOTA PINTO, Teoria Geral do Direito Civil, 4ª edição por A. PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 401 e ss.

¹⁶ L. MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, vol. III, Contratos em especial, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 207 e ss.

¹⁷ Cf. M. PINHEIRO DE ALMEIDA, “A aquisição de fogo pelo cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica”, cit., pág. 602.

para contrariar a comutatividade que se anuncia no desenho da relação jurídica¹⁸. É que o valor de mercado não é apto para determinar ou afastar o equilíbrio que se pretende ver estabelecido ao nível de um contrato de compra e venda¹⁹.

Poder-se-ia colocar a questão de saber se estaríamos diante de uma compra e venda mista com doação. Esta caracterizar-se-ia por a prestação só em parte ser coberta pelo valor da contraprestação, não por as partes estabelecerem um equilíbrio subjetivo, diverso do equilíbrio objetivo, mas por haver a intenção clara de uma delas de beneficiar gratuitamente o outro contraente. No fundo, o caráter misto do negócio seria determinado pelo *animus* que lhe estaria subjacente. Não nos parece, contudo, plausível falar-se de um *animus donandi*. Ele inexistente no caso de cada contrato individualmente considerado; a intenção de gerar benefícios para os cooperadores é global e estatutária, mas não se incorpora em cada negócio jurídico concretamente celebrado²⁰. Ou seja, o benefício resulta da inserção do coo-

¹⁸ Cf. M. PINHEIRO DE ALMEIDA, “A aquisição de fogo pelo cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica”, cit., págs. 602 e ss.

¹⁹ No sentido de a consideração do preço e da natureza não lucrativa não afastarem a qualificação de compra e venda, cf. C. PROENÇA, “Da possibilidade de celebração de uma compra e venda de um imóvel e de um contrato promessa de compra e venda entre uma cooperativa e um sócio”, cit., pág. 533. Refira-se, porém, que a autora defende a existência de uma compra e venda cooperativa.

²⁰ De facto, o benefício que se gera não resulta daquele contrato em particular, mas de uma lógica solidarística que opera entre todos os cooperadores. A cooperativa visa criar um benefício para os cooperadores porque elimina intermediários. No fundo, são os próprios cooperadores, numa lógica distributiva e através de uma sinergia de esforços, que garantem o que individualmente não conseguem. Mas do ponto de vista da aquisição do imóvel, eles pagam pela transmissão da propriedade o correspondente ao seu valor. Não há, portanto, analogia possível com a situação do tio de A, construtor civil, que resolve vender um apartamento ao sobrinho por um valor residual.

Sobre os negócios mistos, cf. J. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 285 e ss., considerando o exemplo do tio e do sobrinho e sustentando que, no contrato misto, “há a fusão, num só negócio, de elementos contratuais distintos que, além de perderem a sua autonomia no esquema negocial unitário, fazem simultaneamente parte do conteúdo deste”. Sublinhe-se neste quadro que, no caso de uma doação mista, “haverá responsabilidade análoga à do doador, enquanto o valor da coisa exceder o preço diminuído que por ela foi pago, havendo daí por diante responsabilidade paralela à do vendedor, incluindo o preceituado no artigo 911 (...)”. Quer isto dizer que, ainda que pudéssemos ver aqui uma venda vilioris pretio, a cooperativa deveria sempre ser chamada a responder. Ocorre que o preço não supera o valor da coisa, superando, apenas, o valor de mercado, que é volátil, pelo que muito dificilmente poderemos considerar que se revela um *animus donandi*.

Veja-se, ainda, a este propósito, O. CARVALHO, “Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)”, *Boletim da Faculdade de Direito* supl. 10, 1952, pp. 1-149. Perante uma compra e venda a um preço amistoso para beneficiar o comprador e/ou o vendedor, de acordo com o ensinamento do autor, temos de distinguir os casos em que existe simulação dos casos em que há um negócio indirecto. Para tanto, temos de ter em conta que o preço mínimo não quer dizer preço irrisório, embora não tenha de haver uma equivalência matemática entre as prestações. Posteriormente, haveremos de ver se a doação intervém no contrato real numa posição paralela à do tipo negocial da compra e venda. Em caso afirmativo, haverá contrato misto; em caso negativo, estaremos diante de um negócio indirecto. Para que haja um negócio indirecto, portanto, tem de existir um negócio típico e um fim indirecto, que não se confunde

perador na cooperativa, para o que tem de contribuir com montantes pecuniários, e não da celebração daquele contrato nos moldes previstos na lei. Dito de outro modo, se o cooperador recebe um benefício, este tem uma causa — a sua inserção na cooperativa, para a qual contribui e a qual constitui, no seu substrato. Tal como o sócio de uma sociedade comercial tem direito a um lucro, em virtude do pacto social, o cooperador tem direito a um benefício — embora não lucrativo — por fazer parte do substrato da pessoa coletiva. O ato constitutivo da cooperativa garante — com uma perspetiva solidarística e distributiva — que venha a adquirir por um preço inferior àquele que se fixaria no mercado. Mas inexiste um *animus donandi* da pessoa coletiva: o cooperador tem direito a comprar pelo preço de custo, em virtude da imersão no todo social.

No que à questão da fixação unilateral do preço diz respeito, basta ter em conta a existência de contratos de adesão, ou seja, aqueles em que um sujeito — o aderente — se limita a aceitar ou não (aderir) a um clausulado prévia, rígida e unilateralmente elaborado pela outra parte — o predisponente —, para perceber que o dado não afasta, nem pode afastar a qualificação do contrato de compra e venda²¹⁻²².

com um simples motivo. Este fim indireto há-de ser autónomo em face das respetivas consequências normais, embora tenha de derivar imediatamente da própria atuação do negócio, podendo, então, falar-se da prossecução normal de um efeito anormal. No fundo, estamos, de acordo com o ensinamento do autor, diante do aproveitamento legítimo dos tipos legais, “dos tipos na sua total eficiência, que exclui, portanto, um relevo jurídico particular do fim ulterior”, que é “obtido através do negócio adotado, do negócio típico com as alterações que eventualmente se introduzem, sem outros riscos que não sejam os da própria celebração e execução do contrato”. Posto isto, Orlando de Carvalho conclui que o negócio indireto não “oferece ao doutrinador nenhuma particularidade relevante de ordem jurídica que o obrigue a levá-lo às caminhadas da categorização dogmática”, isto é, trata-se não de uma categoria jurídica autónoma, mas de uma categoria prática ou económica. Ele é, por isso, distinto dos negócios mistos, que surgem sempre que “as partes modelem, em vez de um único negócio típico, uma combinação de negócios.

Veja-se, igualmente, F. PEREIRA COELHO, “Coligação Negocial e Operações negociais complexas: tendências fundamentais da doutrina e necessidade de uma reconstrução unitária”, Boletim da Faculdade de Direito, volume comemorativo dos 75 anos, 2003, pp. 233-268.

²¹ A estas características dos contratos de adesão poder-se-iam acrescentar outras, quais sejam a abstração e a generalidade das cláusulas que os integram. Nesse caso, o contrato de adesão seria celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais. Para a diferenciação entre as duas realidades, entre as quais há laços de conexão evidentes, cf. A. PINTO MONTEIRO, “Contratos de Adesão: o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais Instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, Revista da Ordem dos Advogados, 46 (1986), págs. 122, e in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, vol. II, (E. CESARO), Cedam, Pádua, 1997

²² O que aqui fica dito requer, não obstante, um esclarecimento adicional. Na verdade, a compra e venda a que nos referimos e sobre a qual refletimos constitui um dos atos nucleares da atuação da cooperativa de habitação e construção. Quer isto dizer que, se a cooperativa fosse considerada um comerciante, aquela seria qualificada — ainda que só subjetivamente e do ponto de vista da cooperativa — como um ato de comércio, ao qual anda normalmente (mas não nuclearmente) associado um escopo lucrativo. Ora, esse escopo lucrativo estaria ausente. Mas nem por isso tal determinaria a

b) A liberdade contratual

Todo o direito civil é conformado por uma ideia de autonomia que, se originariamente poderia aparecer associado ao *indivíduo* des-solidário, autista, solipsista, entronca agora na *pessoa* enquanto ser de relação. Contudo, o poder de livremente autodeterminar a sua esfera de interesses, regendo-a de acordo com uma vontade responsável, que não pode ignorar o outro, não conhece o mesmo alcance em todos os ramos do direito civil. De uma forma genérica, podemos dizer que é no domínio obrigacional e, dentro deste, no quadro contratual que a autonomia privada se agigante. Fala-se, então, de um princípio de liberdade contratual, a querer significar que as partes são livres de contratar ou não contratar, de escolher a contraparte no contrato e de conformar, de acordo com a sua vontade, o conteúdo do negócio.

No tocante à transmissão da propriedade da cooperativa para o cooperador, vários são os indícios de limitação dessa liberdade. Desde logo, há uma limitação no tocante à fixação dos preços. Por outro lado, a transmissão apenas pode operar em relação a cooperadores. E se estes podem alienar, uma vez pago o preço integralmente, a sua propriedade a terceiros, a cooperativa, no caso de os fogos terem

desqualificação do ato como compra e venda. Acresce que, a ser considerado comerciante, qualquer ato por si praticado seria sempre um ato de comércio subjetivo, ainda que não o fosse em termos objetivos. O que quer dizer que o problema não se situaria no quadro da qualificação do ato, mas no quadro da qualificação do próprio sujeito. E, em relação a isto, há que considerar alguns dados importantes. Outrora, as cooperativas estavam reguladas no Código Comercial, enquanto sociedades, e, embora nem todas pudessem ser vistas como comerciantes, algumas podiam ser qualificadas como tal. Hoje, a discussão em torno da natureza jurídica das cooperativas abre as portas a uma panóplia de respostas. Paralelamente, há autores que sustentam que nada impede que sejam consideradas comerciantes, desde que tivessem como objeto a prática de atos de comércio objetivos. Tudo dependeria de saber se o seu objeto se traduz ou não na prática de atos de comércio objetivos. Sobre o ponto, cf. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Setembro de 1995, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 449 (1995), págs. 299, que nega essa qualificação às cooperativas de habitação, pela falta de escopo lucrativo do seu objeto principal; acórdão de 2 de Fevereiro de 1995, <www.dgsi.pt>, considerando que “após a entrada em vigor do CSC, as cooperativas não são qualificadas como comerciantes, tendo em conta o princípio do *numerus clausus*, respeitante aos tipos de constituição de sociedades comerciais e face ao disposto no artigo 13º/1 do C.COM, (...) por lhe ser alheio o fim lucrativo que é inerente à profissão de comerciante”. Num sentido contrário, cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Setembro de 1995, <www.dgsi.pt>, considerando que uma cooperativa de habitação e construção deve ser considerada comerciante e, portanto, mostrando que o lucro não é sequer um elemento essencial para a qualificação do sujeito como comerciante. Veja-se, quanto ao ponto, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, vol. I, Dislivro, Lisboa 2000, págs. 372 e ss., considerando que o elemento central da qualificação é a economicidade e não o escopo lucrativo.

Relativamente à qualificação da cooperativa como uma pessoa coletiva, cf. C.A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pág. 289; R. GUICHARD, “Capacidade das cooperativas. Relações entre cooperativas e cooperadores”, cit., pág. 524, apresentando um elenco das possíveis soluções oferecidas pela doutrina: associações, sociedades civis, variante de sociedades comerciais, *tertium genus* entre as associações e as sociedades, falta de um claro enquadramento das cooperativas.

sido construídos com apoios financeiros do Estado, tem direito de preferência por trinta anos, contados a partir da data da primeira entrega do fogo.

Alguns autores tentam ver nestas limitações à liberdade contratual um argumento para afastar a qualificação contratual de compra e venda da transmissão da propriedade do imóvel da cooperativa para o cooperador. A própria jurisprudência lança mão desta ideia: no citado acórdão da Relação de Lisboa de 2 de Fevereiro de 2006, aduz-se que não está em causa um contrato de compra e venda, chamando-se à colação, na fundamentação da decisão, não só a falta de intuito lucrativo, como também a falta de plena liberdade contratual quanto aos sujeitos, quanto ao preço e em matéria de disposição do direito de propriedade.

Ora, tal como em relação ao preço, não cremos que o argumento possa proceder. De facto, não raras são as situações em que se denotam limites à liberdade contratual em domínios onde está ausente o nexo de cooperatividade. Elas são ditadas pela necessidade de garantir uma verdadeira igualdade entre as partes no negócio ou, de uma forma axiologicamente densificada, pela urgência de garantir um exercício de uma liberdade material, que não corresponda a uma mera formalidade. É o que ocorre, por exemplo, em matéria de proteção dos consumidores que, em face da desproporção de forças em que se encontram diante do profissional com quem contratam a aquisição de bens ou a prestação de serviços que afetam a um uso não profissional, beneficiam de inúmeras normas protetivas que impõem limites à liberdade contratual da sua contraparte. Mas são também ditadas pela necessidade de salvaguardar determinados valores jurídicos ou determinados institutos. É o que acontece, por exemplo, no domínio familiar, onde normas imperativas vêm impedir uma conformação absolutamente assente na vontade das partes, para salvaguarda da instituição-célula da sociedade ou dos membros que a integram. Em nenhum dos casos, os negócios jurídicos que eventualmente possam ter lugar são desqualificados ou descaracterizados. O que quer dizer que a limitação da liberdade contratual não obsta a que haja, efetivamente, uma compra e venda no preciso momento da relação entre a cooperativa e o cooperador a que nos referimos.

Aliás, em rigor, haveremos de considerar que, quando está em causa a alienação da propriedade do imóvel a um terceiro pelo cooperador, não se pode duvidar da natureza contratual da relação estabelecida. E o certo é que, também aí, somos confrontados com limites à liberdade negocial.

O que se poderá concluir é que as referidas limitações são ditadas pela necessidade de conformar o exercício da atividade da cooperativa com os princípios cooperativos e a própria defesa da cooperativa. Que tal redunde num regime específico em alguns pontos é uma coisa; que tal implique a desqualificação do contrato de compra e venda é outra, que não parece ser autorizada por via deste argumento.

c) A realidade cooperativa em que está inserida a compra e venda: o princípio democrático

No contexto em que nos movemos, muitos autores vêm dizer que a transmissão da propriedade da cooperativa para o cooperador deve configurar-se longe do tradicional mecanismo da compra e venda, uma vez que aquela transmissão mais não representa do que o cumprimento dos deveres estatutários por parte da cooperativa. Ela teria, portanto, não uma natureza contratual, mas uma natureza societária, sendo indissociável do funcionamento da pessoa coletiva que o celebra²³.

Uma primeira consequência desta ideia seria entender que as relações entre o cooperador e a cooperativa haveriam de ser compreendidas no quadro da realidade mutualista que os une. Ora, nesse âmbito, seria importante não esquecer o princípio democrático que enforma a constituição e vivência da cooperativa, ao ponto de se poder dizer que não só a vontade da cooperativa se forma através da participação dos diversos cooperadores nas Assembleias-Gerais, como o empenho associativo destes implica um dever de direção, vigilância e controlo diretos²⁴. Além disso, a constituição da cooperativa apenas se dá para que os cooperantes possam beneficiar do regime jurídico inerente à natureza da pessoa coletiva em que se inserem²⁵.

Os diversos argumentos que assim se articulam podem reduzir-se a um denominador comum: se a pessoa coletiva se constitui para benefício do cooperador, a transmissão da propriedade consubstancia-se num ato interno de cumprimento do fim da pessoa coletiva, não fazendo sentido falar-se de um contrato de compra e venda; por outro lado, se o cooperador, em homenagem ao princípio democrático, participa ativamente nas operações das cooperativas, a realidade cooperativa quase que inculcaria a ideia de que não era compaginável alguém ser simultaneamente cooperador e comprador, já que o comprador seria o mesmo que participaria na direção dos destinos do vendedor.

Qualquer uma destas ideias, exprimindo fielmente o desenho mutualista e refletindo os princípios que o conformam, parece esquecer-se do mecanismo da personalidade coletiva que aqui é chamado a depor. Na verdade, as cooperativas adquirem personalidade jurídica com o registo da sua constituição, nos termos

²³ P. DUARTE, “Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pela cooperativa de habitação e construção”, cit., pág. 488.

²⁴ Cf. Acórdão da Relação de Lisboa de 17 de Dezembro de 2009. Sobre o princípio democrático e as suas implicações, veja-se, igualmente, R. NAMORADO, *Cooperatividade e direito cooperativo*, cit., págs. 22 e ss.. Para a caracterização da cooperativa, veja-se, inter alia, D. APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no direito português*, cit., pág. 65, referindo que numa cooperativa de habitação os membros estão diariamente envolvidos nas operações das cooperativas.

²⁵ Cf. Acórdão da Relação de Lisboa de 20 de Setembro de 2011.

Cf., igualmente, R. NAMORADO, *Cooperatividade e direito cooperativo*, cit., págs. 98-99.

do artigo 17º C.COOP. Ora, a partir desse momento, surge um novo ente jurídico autónomo, que se distingue — em termos subjetivos e patrimoniais — dos cooperadores que estiveram na base da sua constituição. Quer isto dizer que, ainda que o cooperador integre órgãos de gestão da cooperativa ou ainda que, não integrando, apenas pertença, pela natureza do ente, à assembleia-geral, há dois centros de imputação de relações jurídicas, nada obstando à celebração de negócios jurídicos com os próprios cooperadores, desde que esses se integrem no âmbito da capacidade de gozo de direitos da pessoa coletiva. Esta é aferida de acordo com o princípio da especialidade do fim, previsto no artigo 160º CCIV. A qualificação da cooperativa como uma sociedade, ainda que *sui generis*, pode levar-nos a aplicar, em detrimento deste preceito, o artigo 6º CSC, que, neste ponto, em nada contraria a lição extraída do congénere civilista. Ou seja, a cooperativa tem plena capacidade de gozo para a prática do contrato de compra e venda com os seus cooperadores. Mais do que conveniente ou necessário à prossecução do seu fim, ele pode compreender-se como um ato de cumprimento do próprio fim da constituição da pessoa coletiva.

Não colhe, por outro lado, uma eventual insinuação de que o contrato de compra e venda celebrado com os cooperadores se aproxima, na sua intencionalidade, de um negócio consigo mesmo. Três aspetos devem ser salientados a este propósito: em primeiro lugar, a ser um negócio consigo mesmo, qualquer tipo contratual poderia ser posto em causa, pelo que a única alternativa que restaria seria a de considerar que a transmissão da propriedade operaria por meio de um ato de tipo não negocial; em segundo lugar, ainda que houvesse um negócio consigo mesmo, ele não seria inválido, dado estar, *a priori*, pela natureza do negócio excluído qualquer conflito de interesses²⁶; em terceiro lugar, para que houvesse um negócio consigo mesmo teria de existir identidade de sujeitos dos dois lados da relação contratual. Ou seja, o cooperador teria de aparecer quer como comprador, quer como vendedor. Simplesmente, ainda que, em homenagem ao princípio democrático, ele participe ativamente na condução dos destinos da cooperativa, o cooperador não a representa, nem a soma dos cooperadores se confunde com aquela, donde a insinuação — se bem que não verdadeiramente explicitada na doutrina e na jurisprudência — perde todo o sentido.

No fundo, o argumento em questão transmuta a dupla qualidade do membro e do utente numa tentativa (incorreta) de simbiose entre as partes no negócio de transmissão da propriedade²⁷.

²⁶ É essa a lição que resulta do artigo 261º C.CIV.

²⁷ Sobre o ponto, considerando que o princípio da identidade do membro e do utente (*Grundsatz der Identität von Mitglied und Kunde*) é um pressuposto lógico da atividade cooperativa, cf. P. DUARTE, “Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pela cooperativa de habitação e construção”, cit., págs. 486 e ss. e nota 26.

d) A realidade cooperativa em que está inserida a compra e venda: a função da cooperativa e a natureza da relação entre cooperadores e cooperativa

Em causa não está agora uma putativa (e não confirmada) confusão entre o conjunto dos cooperadores e a cooperativa (entre o elemento pessoal do substrato da pessoa coletiva e a pessoa coletiva como um autónomo centro de imputação de relações jurídicas), mas a consideração funcional (mutualista) da cooperativa e da relação que, por essa via, se estabelece entre ela e os cooperadores, recuperando-se a ideia anteriormente avançada de que a transmissão da propriedade para os segundos representa o cumprimento dos deveres estatutários por parte da cooperativa e apenas se pode compreender no âmbito dessa relação interna.

De acordo com o ensinamento de Rui Namorado²⁸, existe uma delegação de poderes por via do ato constitutivo da cooperativa, com base na qual esta atuaria em nome dos cooperadores. No fundo, a cooperativa adquiria em nome dos cooperadores imóveis que depois atribuiria a cada um deles²⁹. Tal construção, porém, não parece conformar-se com os dados positivo-normativos disponibilizados pelo legislador. Como salienta Paulo Duarte, a aceitar-se a perspetiva, isso implicaria que a cooperativa não dispusesse de património próprio, o que, de facto, não corresponde à realidade³⁰. Por outro lado, se a cooperativa atuasse em nome dos cooperadores, tal significaria, em termos técnico-jurídicos, que disporia de poderes de representação. Ora, não é verdade que os detenha. Em primeiro lugar, se houvesse uma representação própria, os efeitos jurídicos da aquisição do imóvel produzir-se-iam imediatamente na esfera jurídica dos cooperadores, o que quer dizer que estes seriam os comproprietários dos fogos, havendo, posteriormente, de se operar a divisão da coisa comum, mas não se colocando, ao contrário do que é prescrito pela lei, o problema de uma transmissão da propriedade. De outro modo, aliás, tornava-se inexplicável a referência à propriedade coletiva, que mais não quer significar, afinal, do que a propriedade que se conserva na esfera jurídica da cooperativa. Apenas este ponto é suficiente para mostrar a incongruência da construção doutrinal proposta por Rui Namorado, que parece forçar os dados normativos para os conformar com uma ideia mutualista que por aqueles não é autorizada.

Autores há que, em contraposição a esta ideia de representação em sentido estrito, falam de uma representação imprópria. A cooperativa serviria para elimi-

²⁸ Cf. R. NAMORADO, *Introdução ao direito cooperativo*, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 99.

²⁹ Criticando o posicionamento, embora no mais se aproxime do pensamento de Rui Namorado, cf. P. DUARTE, “Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pela cooperativa de habitação e construção”, cit., págs. 487 e ss., nota 28.

³⁰ P. DUARTE, “Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pela cooperativa de habitação e construção”, cit., págs. 487 e ss., nota 28.

nar intermediários, tornando mais acessível a aquisição de habitação, atuando no interesse e por conta dos cooperadores. Chamam, assim, à colação o mandato enquanto negócio jurídico, para explicar o vínculo que une a cooperativa aos cooperadores³¹. O mandato pode definir-se, nos termos do artigo 1157º C.CIV., como “o contrato pelo qual alguém se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra”. Entre os seus elementos essenciais encontramos, então, a obrigação de praticar um ou mais atos jurídicos e a exigência de que tais atos jurídicos sejam realizados por conta do mandante, isto é, com a intenção de atribuir os efeitos do ato celebrado pelo mandatário³².

Não cremos que se possa falar acriticamente de mandato a este nível.

Em primeiro lugar, a figura seria totalmente inoperante se a cooperativa se afirmasse como uma cooperativa de construção que edificasse, por si mesma, os fogos. Nesta hipótese, não estando em causa a prática de atos jurídicos por parte da cooperativa, jamais se poderia cogitar a ideia de mandato (mesmo que sem representação). Ora, será estranho entender que, estando em causa uma mesma categoria de cooperativas, objeto de uma disciplina unitária, elas estabelecessem relações diferenciadas com os seus cooperadores. Mais do que isso: sabendo-se que a mesma cooperativa pode adquirir para vender um determinado imóvel, contratar com um empreiteiro a construção dos fogos ou construir pelos seus próprios meios as habitações, é inconsequente tentar captar uma realidade com base numa categoria negocial que exclui uma das formas de atuação da pessoa coletiva.

Por outro lado, mesmo restringindo-nos às situações em que a cooperativa adquire o imóvel para o transmitir ou contrata com um empreiteiro a edificação do fogo, há que concluir que as obrigações que emergem a partir do contrato mandato para o mandante e para o mandatário não se conformam com os deveres estatutários de cooperadores e da cooperativa. O mandante tem, entre outros, a obrigação de fornecer os meios necessários à execução do contrato (se outra coisa não tiver sido convencionada), a obrigação de pagar a retribuição devida e fazer a provisão por conta dela, a obrigação de reembolsar o mandatário das despesas feitas (obrigação de surgimento eventual, de acordo com o ensinamento de Menezes Leitão), a obrigação de indemnizar o mandatário do prejuízo sofrido em

³¹ Cf. M. PINHEIRO DE ALMEIDA, “A aquisição de fogo pelo cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica”, cit., pág. 607, considerando, no entanto, que não se poderá falar de um autêntico mandato, por se ter de presumir que o mesmo é oneroso, por integrado na sua profissão.

Veja-se, ainda, DUARTE, “Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pela cooperativa de habitação e construção”, cit., pág. 489, considerando que não se pode dizer que entre a cooperativa e os cooperadores se celebra um contrato de mandato, embora admite que se podem aplicar por analogia as regras respeitantes ao mandato.

Veja-se, ainda, D. APARÍCIO MEIRA, O regime económico das cooperativas, cit., págs. 226 e ss. e nota 571.

³² L. MENEZES LEITÃO, Direito das obrigações, III, cit., págs. 438 e ss.

consequência do mandato³³. Do lado do mandatário, são suas obrigações o dever de executar o mandato com respeito pelas instruções devidas, o dever de informação e comunicação, o dever de prestar contas, o dever de entregar ao mandante tudo o que recebeu em execução ou no exercício do mandato³⁴. Ora, a cooperativa não recebe instruções da parte de cada um dos cooperadores, modelando a sua atuação de acordo com a vontade pessoal, formada pelo conjunto de cooperadores reunidos em Assembleia Geral³⁵. A relação que se estabelece entre a cooperativa e os cooperadores não é a relação de mandatário e mandante, já que é a cooperativa que admite ou não a inclusão do cooperador no programa habitacional, segundo os critérios definidos em assembleia geral. Ou seja, como referido anteriormente, a atuação da cooperativa não resulta disjuntivamente de um contrato de mandato celebrado com cada um dos cooperadores, e portanto das instruções que recebe dos cooperadores, mas da vontade formada em assembleia geral, que é, no fundo, a sua própria vontade: a conformação da relação é aí social e não contratual. Acresce que, se o mandatário tem o dever de entregar ao mandante tudo o que recebeu em execução ou no exercício do mandato, também a este nível se tornaria inexplicável a presença da propriedade coletiva, que mais não é, como sublinhado, do que a propriedade dos fogos que se mantém na titularidade da pessoa coletiva.

Outros argumentos podem ser mobilizados no sentido de afastar a qualificação da relação como um mandato.

Alguns autores invocam a este nível como pilar fundacional da ideia de mandato que as prestações decorrentes da obrigação de participação na atividade cooperativizada, que constituem uma massa de gestão económica, não integram nem o capital social, nem o património da cooperativa³⁶. No fundo, com a entrega dos fogos, a cooperativa adjudicaria ao sócio cooperador uma parte do património de que este já era comproprietário³⁷. A solução que assim se apresenta não resulta da lei, que não se pronuncia sobre a titularidade dos montantes entregues a título de participação na atividade da cooperativa. Ora, diante do silêncio da lei, haveremos de jogar com os princípios e com os dados sistemáticos de que dispomos. Assim, as reservas integram os capitais próprios da cooperativa³⁸. Estas são indivisíveis

³³ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, cit., págs. 447 e ss.

³⁴ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, cit., págs. 452 e ss.

³⁵ Note-se, no entanto, que nos estamos a referir a instruções relativas aos negócios visados, sob pena de se cair numa situação de absoluta subordinação jurídica, que nos aproximaria do contrato de trabalho. Sublinhando o dado, cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, tomo IV, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 66. Veja-se, ainda, o alerta do autor para o *ius variandi* contido no artigo 1162º C.CIV.

³⁶ D. APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas*, cit., págs. 220.

³⁷ D. APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas*, cit., págs. 226 e ss. e nota 571.

³⁸ D. APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas*, cit., pág. 157.

entre os cooperadores, quando obrigatórias³⁹, como é o caso da reserva de construção das cooperativas de habitação. Parece, portanto, sugerir-se que os montantes entregues pelos cooperadores à cooperativa integram o património desta, tendo em conta a constituição dos fundos de conservação, reparação e construção e a articulação entre o artigo 17º RHCHC, que fixa o custo do imóvel, e o artigo 12º do mesmo diploma⁴⁰.

Também a contemplação do regime da responsabilidade civil evidencia a impossibilidade de se captar esta realidade à luz do mandato. De facto, regime de responsabilidade civil pela administração e fiscalização da cooperativa, previsto nos artigos 71º e segs. CCOOP, não afasta a responsabilidade da própria pessoa coletiva em relação a terceiros, que segue a regra dos artigos 165º, 500º e 800º CC, consoante a responsabilidade seja extracontratual ou contratual. Quer isto dizer que, diante de terceiros, é a cooperativa quem responde e não os cooperadores, donde se poderá concluir que não existe uma relação de mandado entre ambos, já que, em regra, o mandante assume o risco de chamar outrem para atuar por sua conta.

Em rigor, porém, a existência do mandato não afastaria a necessidade de um ato de transmissão da propriedade do imóvel para o cooperador, já que, ainda que o que fosse entregue a título de cumprimento dos deveres cooperativos não integrasse o património da cooperativa, não havendo representação, o imóvel seria sempre propriedade da cooperativa⁴¹. No nosso ordenamento jurídico, tem sido, na verdade, prevalecente a tese da dupla transferência, nos termos da qual os efeitos produzem-se na esfera jurídica do mandatário, sendo necessário posteriormente a celebração de um negócio autónomo para os transmitir para o mandante⁴². Este

³⁹ Cf. artigo 90º CCOOP.

⁴⁰ Exige-se, porém, uma nota adicional a este propósito. Na verdade, de acordo com o regime do mandato, findo o mandato ou quando o mandante o exigir, deve o mandatário prestar contas, nos termos do artigo 1161º/ d) C.CIV. Ora, apesar de o cooperador ter direito à prestação de contas, nos termos do artigo 21º/1 CCOOP., trata-se das contas da cooperativa, de modo a controlar a sua gestão, e não de contas que postulem uma conta-corrente entre o cooperador e a cooperativa a propósito da aquisição da habitação. Aliás, nos termos do artigo 24º RJCHC, em caso de demissão o cooperador tem direito ao reembolso dos títulos de participação, mas não poderão ser reembolsadas as quantias pagas, nos termos do artigo 19º, a título de preço direito de habitação.

Por outro lado, a constituição de reservas legais e o destino a dar ao excedente líquido mostram que não há, da parte do cooperador, o cumprimento de uma mera provisão.

Veja-se, ainda, o artigo 114º CCOOP. O destino a dar à reserva legal e às outras reservas obrigatórias mostra que a propriedade não pertence aos cooperadores.

⁴¹ Não faz, portanto, sentido a ideia de que haveria uma mera adjudicação porque o bem já pertenceria em compropriedade aos cooperadores. Aliás, não havendo representação, a titularidade do bem seria sempre da cooperativa.

⁴² Opõe-se a esta a tese da projeção imediata, segundo a qual os efeitos jurídicos se produziriam imediatamente na esfera do mandante. A tese da projeção imediata foi defendida, entre nós, por F. PESSOA JORGE, O mandato sem representação, Coimbra: Almedina, 2001, págs. 291 e ss. O autor

segundo negócio, a que o mandatário se teria obrigado, teria natureza contratual, como é defendido, *inter alia*, por Menezes Leitão. De acordo com o ensinamento do autor, “não se vê como sustentar, perante um ordenamento jurídico baseado no sistema do título, que seja possível operar a transferência dos direitos reais para outrem, sem o seu consentimento, através da mera prática de um ato não negocial. A segunda transferência tem de ser, assim, baseada num novo contrato entre mandante e mandatário, que este fica obrigado a celebrar, nos termos do artigo 1181º CCIV.”⁴³. Fala-se, assim, de um *negócio alienatório específico de execução do mandato*, que, na explicitação de Galvão Telles, não seria uma compra e venda. Nas suas palavras, “o mandatário *nomine proprio*, a quem, por exemplo, foi vendido um prédio e assim o adquiriu, tornando-se dono dele, tem subsequentemente, e por seu turno, de o alienar ao mandante, através de um novo negócio jurídico. Este novo negócio jurídico não é obviamente uma venda, mas é, em todo o caso, um ato de alienação — uma modalidade alienatória específica, cuja causa justificativa está no cumprimento de uma obrigação advinda do mandato para o mandatário, nas suas relações internas com o mandante”⁴⁴.

Este negócio jurídico, mesmo não sendo uma compra e venda, mas um ato alienatório específico, não pode deixar de ter natureza contratual. Como salienta Menezes Leitão, não é possível operar-se a transmissão da propriedade na ausência de um consentimento da outra parte⁴⁵.

Parece decair, portanto, a ideia de uma mera adjudicação que tem consagração no ordenamento jurídico espanhol, a propósito das cooperativas de habitação. De acordo com o ensinamento de Ana Lambea Rueda, com a inscrição do cooperador na cooperativa, ele passa a ter, em relação ao imóvel, uma expectativa jurídica com titularidade eventual. Tem direito à reserva do imóvel, por divisão da comunidade em que ingressa. Por seu turno, a reserva ou individualização do imóvel traduz a eventualidade necessária para que o direito do cooperador se torne efetivo, o que ocorre com a adjudicação, com a qual se transmite a propriedade. Esta adjudicação traduz-se no reconhecimento do direito individual de cada cooperador e resulta tanto da divisão da compropriedade, como da eficácia da representação exercida pela cooperativa⁴⁶.

sublinha, sobretudo, a ideia de que a dupla transferência não corresponderia à vontade das partes, além de que, se os bens ingressassem no património do mandatário, poderiam ser executados pelos seus credores ou transmitidos *mortis causa*. Acresce que o segundo negócio seria um negócio abstrato, já que a sua causa não seria a de uma compra e venda. Analisando estes argumentos, cf. L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, cit., nota 921.

⁴³ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, cit., págs. 463, nota 924.

⁴⁴ Cf. I. GALVÃO TELLES, “Parecer”, *Colectânea de Jurisprudência*, ano 8, tomo III (1983), pág. 10

⁴⁵ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, cit., págs. 463, nota 924.

⁴⁶ O ensinamento é de ANA LAMBEA RUEDA, “Cooperativas de viviendas en España: modelos de adjudicación”, *Congreso Internacional RULESCOOP*, 5/9/2012, que aqui seguimos de muito perto.

Na doutrina portuguesa começa a sentir-se a influência da referência espanhola à adjudicação. Importa, por isso, ainda que não aprofundadamente, olhar para o que a lei vizinha determina. Nos termos do artigo 89º da Ley 27/1999 diz que “la propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a los socios mediante cualquier título admitido en derecho”, donde não surge uma referência específica a um ato de adjudicação como categoria jurídica autónoma. Por seu turno, o artigo 120º da Lei Geral das Cooperativas para a Comunidade Autónoma da Galiza dispõe que “a propiedad ou o uso e gozo das vivendas e locais podrán serlles adxudicados ou cedidos ás persoas socias mediante calquera título admitido en dereito”. A norma parece apontar, claramente, para a ideia de adjudicação enquanto momento de seleção do cooperador que pode aceder à propriedade e de reconhecimento do seu direito, sem que, contudo, deixe de remeter para os títulos legais admitidos em direito. Ora, o que está em causa não é uma categoria normativa autónoma, mas a perceção de que há uma seleção do cooperador e uma individualização do imóvel. Portanto, no quadro do nosso ordenamento jurídico, uma ideia análoga de adjudicação não nos serviria, por não permitir operar, por falta de consentimento do cooperador, a transmissão da propriedade.

Donde duas conclusões são preliminarmente possíveis: a) o mandato não é uma figura mobilizável no quadro da atuação das cooperativas de habitação; b) ainda que o fosse, o negócio de transmissão de propriedade não se poderia quedar numa mera adjudicação com o sentido unilateral que lhe anda associado.

5 A INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONTIDA NO ARTIGO 26º/1 RJCHC E AS CONSEQUÊNCIAS DO ENTENDIMENTO EXPOSTO

A interpretação de uma norma requer uma tarefa árdua e desafiante, que afasta qualquer tentativa de apego a um confronto autista entre a letra e espírito da norma, com predomínio do elemento gramatical e, portanto, da letra da lei. Pelo contrário, sendo aquela mobilizada pelas exigências de sentido comunicadas por um caso concreto, é no confronto analógico com este que se decidirá qual o sentido normativo (e não hermenêutico) da norma. Acresce que, para acedermos à sua intencionalidade normativa, a mesma há-de ser remetida para os princípios, que deixam de ser mobilizados apenas nas hipóteses de autónoma constituição normativa⁴⁷.

Repare-se que o regime parece diverso designadamente no que tange à propriedade das quantias transferidas a título de pagamento antecipado do imóvel. Veja-se o artigo 122º da Lei Geral das Cooperativas para a Comunidade Autónoma da Galiza e confronte-se com os artigos 12º e 17º RJCHC.

⁴⁷ Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, Coimbra, 1993

A propósito do problema que nos ocupa, há que tentar interpretar a norma contida no artigo 26º/1 RJCHC. O legislador diz, aí, que o direito de propriedade é transmitido pela cooperativa para os cooperadores através de um contrato de compra e venda. Ora, a verdade é que, se este tipo contratual não choca com os princípios cooperativos, nem mesmo com a ideia de identidade entre o membro e o utente, a referência do legislador parece fundamental para salvaguarda do princípio transpositivo da tipicidade das formas aquisitivas do direito de propriedade. Nos termos do artigo 1316º C.CIV., o direito de propriedade adquire-se por contrato, sucessão por morte, usucapião, ocupação, acessão e demais modos previstos na lei. Entre esses modos não consta o negócio constitutivo da cooperativa, que não possui um efeito translativo do direito real. Donde, exigir-se-á, necessariamente, um contrato celebrado pela cooperativa e o cooperador, que, pela própria conformação da relação entre os sujeitos, nada obsta a que seja o contrato de compra e venda.

Note-se, aliás, que mesmo que dogmaticamente pudéssemos advogar, em nome da pureza da relação mutualista, razão que vimos não ser procedente, a desqualificação da compra e venda, haveríamos de recorrer, por analogia, sempre que ela se justificasse, ao seu regime, nos termos do artigo 939º C.CIV. Ora, em termos prático-normativos, o resultado não seria muito divergente, até porque o regime da compra e venda não se aplicará cegamente, podendo admitir-se desvios em relação ao regime-regra plasmado pelo legislador nos artigos 874º e segs. C.CIV.

Desde logo, o regime-regra não será aplicável sempre que, no contexto das disposições cooperativas, o legislador tenha estabelecido uma disciplina especial para um específico dado problemático; em segundo lugar, o regime-regra não será aplicável quando, estando em causa normas dispositivas, elas sejam afastadas por vontade das partes; em terceiro lugar, o regime-regra não será aplicável sempre que a teleologia subjacente à relação cooperativa a isso se oponha. Se, nos dois primeiros casos, a solução é ditada por via da relação entre normas; no último caso, a solução é compossibilitada pela via de uma redução teleológica enquanto expediente interpretativo viável.

O que aqui fica dito viabiliza o salto para outro tipo de considerações. Na verdade, a par da qualificação ou desqualificação da compra e venda ao nível da transmissão da propriedade do fogo do cooperador para a cooperativa, a jurisprudência e a doutrina têm-se debruçado sobre dois problemas de relevo prático-normativo significativo. A saber: a) o problema da eventual possibilidade de celebração de um contrato promessa de compra e venda entre a cooperativa e o cooperador; b) o problema da eventual responsabilidade da cooperativa pela venda de uma coisa defeituosa.

a) O problema da eventual possibilidade de celebração de um contrato promessa de compra e venda entre a cooperativa e o cooperador

No que ao primeiro problema diz respeito, a jurisprudência parece encaminhar-se para a impossibilidade de aplicação do regime do contrato promessa no âmbito de uma cooperativa. Não se gera, contudo, unanimidade em torno da questão. Assim, a Relação de Lisboa, no acórdão de 17 de Dezembro de 2009, admite a possibilidade de celebração de um contrato promessa entre a cooperativa e o cooperador e sustenta que se fica com uma ideia clara de que “o recurso ao contrato-promessa de compra e venda dos fogos foi uma solução consensual de participação dos cooperadores da apelada no projeto cooperativo comum”. No mesmo sentido, depõe aquele tribunal no acórdão de 7 de Maio de 2009, onde se considera que, provando-se o incumprimento e apesar de às dificuldades económicas da cooperativa não serem alheios os cooperadores, estes têm direito à restituição do sinal em dobro.

Considerando viável a celebração de um contrato de compra e venda entre a cooperativa e o cooperador, nada parece, de facto, obstar a que previamente seja celebrado o correspondente contrato promessa. O problema deve, portanto, ser solucionado em sede de interpretação das declarações negociais, para determinar se efetivamente existiram duas declarações de sentido oposto, mas convergente, que correspondam ao sentido da vinculação contratual prévia à celebração do contrato definitivo.

Não procede o argumento, em sentido contrário, de que, em caso de não cumprimento por parte da cooperativa, que determine a desistência da aquisição do imóvel por parte do cooperador, por perda de interesse, este não teria direito à restituição do sinal em dobro, por força do disposto no artigo 24º/2 RJCHC, aqui aplicado por analogia. O raciocínio é o seguinte: se, de acordo com a regra do artigo 24º/2 RJCHC, os sócios que se demitem ou que são excluídos perdem o direito às quantias que pagaram a título de preço do direito de habitação, havendo aquilo que consideram ser uma lacuna da lei quanto ao reembolso do pagamentos antecipados do preço na compra dos fogos em regime de propriedade individual, os sócios que não percam essa qualidade mas que desistem do programa habitacional em que estavam inseridos perdem o direito ao reembolso das verbas pagas.

Vários são os comentários que se nos oferece dirigir à construção explicitada. Em primeiro lugar, a ideia de lacuna da lei está hoje, em face das correntes metodológicas que afirmam que o sistema jurídico é aberto, superada, falando-se antes de um problema de autónoma constituição normativa; em segundo lugar, ainda que nos ativésemos a essa interpretação de tipo hermenêutico que olha para a norma como um texto e perscruta nela ou o sentido objetivamente incorporado ou a vontade do legislador histórico, nada nos garante que o silêncio do legislador não fosse eloquente, considerando-se, por via dele, aplicável o regime do contrato

promessa; em terceiro lugar, a analogia que procuram estabelecer não cumpre os dois momentos que a devem entretecer — o momento da analogia problemática e da analogia judicativa. É que o artigo 24º RJCHC está inserido na secção respeitante ao direito à habitação, uma das formas de propriedade coletiva, e atende a um período temporal em que o direito já se consolidou nas mãos do cooperador. O que a norma vem dizer é que, tendo sido adquirido o direito, não é possível, com a simples demissão do cooperador, reprimir-se toda a situação anterior, até porque isso não atenderia ao gozo que aquele já tinha retirado do imóvel. Por outro lado, inexistente numa situação de demissão *ad nutum* o fundamento do incumprimento por parte da cooperativa. Ora, constatando-se esse incumprimento, constatar-se-á necessariamente um desvalor comportamental por parte da pessoa coletiva, a justificar uma reação do ordenamento jurídico de índole diversa. A restituição do sinal em dobro parece pois uma solução perfeitamente plausível neste quadro, desde que a isso não se oponha uma tarefa de interpretação negocial. Refira-se, aliás, em abono da solução, que existem estatutos de cooperativas de habitação que claramente preveem a celebração de contratos promessa, o que, de acordo com a impressão do destinatário, não poderá ser entendido senão no sentido da vinculação negocial à celebração do contrato definitivo.

b) A responsabilidade da cooperativa pelos vícios do imóvel

Ao assumir-se como vendedora, a cooperativa chama a si, em caso de defeito da coisa vendida, as regras próprias da venda de coisas defeituosas, nos termos dos artigos 913º e segs. C.CIV. Não nos parece, na verdade, haver qualquer razão para excluir a responsabilidade da cooperativa. O simples facto de o contrato de compra e venda ocorrer no contexto social da cooperativa não pode implicar uma total desresponsabilização da pessoa coletiva⁴⁸. Há que, não obstante, refletir um pouco mais sobre a questão.

A exclusão da responsabilidade justifica-se no contexto de um negócio gratuito, nos termos do artigo 957º C.CIV. No base da solução legal, está a ideia de que, se o doador gera no património do donatário um enriquecimento, correspondente ao empobrecimento que sofre, mesmo que a coisa padeça de um vício, o segundo não poderá exigir que o primeiro responda pela diminuição daquele valor. É que, em qualquer caso, haverá sempre um enriquecimento, ainda que de menor grau⁴⁹.

⁴⁸ Repare-se que a solução é ditada pela ideia de justo, a impor a responsabilização dos intervenientes no tráfico jurídico e não pela necessária desproteção do cooperador que, caso a cooperativa não fosse a construtora do imóvel, poderia lançar mão de expedientes para responsabilizar o empreiteiro — a figura dos contratos com eficácia de proteção para terceiros e a figura da liquidação do dano de terceiro. Sobre estas figuras aplicadas ao caso concreto, cf. P. DUARTE, “Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pelas cooperativas de habitação e construção”, cit., pp. 492 e ss.

⁴⁹ Sobre o ponto, cf. L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, cit., p. 233.

Por isso, só haverá responsabilidade no caso de assunção expressa dela ou no caso de dolo.

Pergunta-se, por isso, se o benefício que o cooperador tem ao adquirir um imóvel ao preço de custo é suficiente para afastar o regime previsto nos citados artigos 913º e segs. do diploma mãe em matéria de direito civil. Pelo que ficou dito anteriormente, percebemos que a resposta não pode ser senão negativa. O benefício que o cooperador recebe não é equivalente a um enriquecimento seu ao qual corresponda um empobrecimento da cooperativa. O benefício não resulta do contrato em particular, que mantém o desenho oneroso comutativo, mas da inserção do cooperador na pessoa coletiva criada com esse fito. Simplesmente, não há da parte desta uma intenção de gerar um enriquecimento na esfera do cooperador. O que está em causa é, numa lógica de distribuição, beneficiar os cooperadores que a integram, porque a integram, e não com base no negócio celebrado. Se o cooperador adquire a um custo inferior ao que seria determinado pelo mercado, ele fá-lo por direito próprio, e porque para a própria pessoa coletiva contribuiu, e não por um *animus donandi* da cooperativa. Se a cooperativa não for chamada a responder pelos vícios, não existe nenhum enriquecimento que compense a não responsabilidade, como no caso da doação. A analogia não se estabelece.

Se a cooperativa contratar com um empreiteiro a construção do imóvel, este último será responsável diante dos cooperadores, nos termos do artigo 1225º C.CIV. O preceito vem estabelecer um direito de indemnização autónomo que se acrescenta aos e não substitui os direitos referidos no artigo 1219º e segs. C.CIV⁵⁰, levantando algumas dúvidas na doutrina, designadamente no que respeita a saber se exige ou não culpa do empreiteiro e se a aceitação da obra sem reserva pelo dono da mesma pode afastar esta responsabilidade. Independentemente das melhores respostas na matéria, que extravasam o nosso âmbito de análise, haveremos de afirmar que, caso essa aceitação ocorra sem reserva, a responsabilidade perante o terceiro será sempre do dono da obra e, portanto, no que nos interessa, da cooperativa. Uma última nota para referir que, se a cooperativa construir o imóvel e o vender, ela será responsável nos termos do referido artigo 1225º C.CIV., como se fosse o empreiteiro.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO, A., “O problema da responsabilidade de cooperativa de habitação pelos defeitos de construção de fogo vendido a cooperador”, in *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. D. APARÍCIO MEIRA), INCM, Lisboa 2012, págs. 505 e ss.
- ALMEIDA, M. PINHEIRO DE, “A aquisição de fogo pelo cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica”, in *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. D. APARÍCIO MEIRA), INCM, Lisboa, 2012.

⁵⁰ Cf. L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, cit., p. 560.

- ASCENSÃO, J. OLIVEIRA, *Direito comercial*, vol. I, Lisboa, Dislivro, 2000.
- CARVALHO, O., “Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)”, *Boletim da Faculdade de Direito* supl. 10, 1952.
- COELHO, F. PEREIRA, “Coligação Negocial e Operações negociais complexas: tendências fundamentais da doutrina e necessidade de uma reconstrução unitária”, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume comemorativo dos 75 anos, 2003.
- CORDEIRO, A. MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, tomo IV, Almedina, Coimbra, 2005.
- CORDEIRO, A. MENEZES, *Tratado de Direito Civil II, Parte Geral Negócio Jurídico*, Coimbra: Almedina, 2014.
- DUARTE, P., “Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pelas cooperativas de habitação e construção”, in *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. D. APARÍCIO MEIRA), INCM, Lisboa, 2012.
- GUICHARD, R., “Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Dezembro de 2009”, *CES*, n.º 33 (2010/2011).
- GUICHARD, R., “Capacidade das cooperativas. Relações entre cooperativas e cooperadores”, in *Jurisprudência cooperativa comentada* (coord. D. APARÍCIO MEIRA), INCM, Lisboa, 2012.
- LEITÃO, L. MENEZES, *Direito das Obrigações*, vol. III, *Contratos em especial*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.
- MEIRA, D. APARÍCIO, *O regime económico das cooperativas no direito português. O capital social*, Vida Económica, Porto, 2009.
- MEIRA, D. APARÍCIO / RAMOS, M. ELISABETE, *Governança e Regime Económico das Cooperativas. Estado da Arte e Linhas de Reforma*, Vida Económica, Porto, 2014.
- MONTEIRO, A. PINTO, “Contratos de Adesão: o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais Instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 46 (1986).
- MONTEIRO, A. PINTO, *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, vol. II, (E. CESARO), Pádua: Cedam, 1997.
- NAMORADO, R., *Cooperatividade e Direito Cooperativo*, Almedina, Coimbra 2005.
- NEVES, A. CASTANHEIRA, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, Coimbra, 1993.
- PINTO, C.A. MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- PROENÇA, C., “Da possibilidade de celebração de uma compra e venda de um imóvel e de um contrato promessa de compra e venda entre uma cooperativa e um sócio”, in *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. D. APARÍCIO MEIRA), INCM, Lisboa, 2012, págs. 529 e ss.
- Rueda, A. Lambea, “Cooperativas de viviendas en España: modelos de adjudicación”, Congreso Internacional RULESCOOP, 5/9/2012.
- TAVARES, J., *Sociedades e Empresas Comerciais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1924.
- TELLES, I. GALVÃO, “Parecer”, *Colectânea de Jurisprudência*, ano 8, tomo III (1983).
- VARELA, J. ANTUNES, *Das obrigações em geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 28 (2015-2016), páxs. 163-190
ISSN: 1130-2682

**O PROBLEMA DA TRIBUTAÇÃO DO
RENDIMENTO DAS COOPERATIVAS – REFLEXÃO
A PARTIR DO DIREITO PORTUGUÊS**

*THE ISSUE OF COOPERATIVES' INCOME TAXATION -
CONTRIBUTION BASED ON THE PORTUGUESE LAW*

NINA AGUIAR¹

Recepción: 05/07/2016 - Aceptación: 16/09/2016

¹ Professora adjunta no Instituto Politécnico de Bragança. Investigadora no CECEJ – Centro de Ciências Empresariais e Jurídicas (Instituto Politécnico do Porto); Investigadora do CIJE- Centro de Investigação Jurídico-Económica (Faculdade de Direito do Porto). Correio eletrónico: naguiar@ipb.pt.

RESUMO

Em Portugal, o sector cooperativo tem um regime fiscal específico desde 1888. Ao longo da evolução deste regime, algumas características foram-se sedimentando. Uma delas é a existência de dois regimes distintos consoante uma divisão das cooperativas por ramos cooperativos. Para um grupo de ramos cooperativos, no qual se incluem, entre outras, as cooperativas agrícolas e as de consumo, e que é o objeto deste estudo, o regime consiste numa isenção dos excedentes cooperativos e na tributação dos rendimentos provenientes das operações com terceiros bem como dos provenientes de atividades alheias aos “próprios fins da cooperativa”. Sendo a questão dos benefícios fiscais concedidos às cooperativas um tema de grande atualidade, importa determinar se os excedentes cooperativos são rendimento das cooperativas. Se não são, não há que falar de isenção de imposto nem, consequentemente, da existência de um benefício fiscal. Quanto aos rendimentos de atividades alheias aos “próprios fins da cooperativa”, interessa determinar o significado da expressão, nomeadamente através da consideração dos diversos graus de proximidade e da diversidade de nexos possíveis entre as atividades extracooperativas e o objeto da cooperativa.

ABSTRACT

In Portugal, the cooperative sector has had a specific tax regime since 1888. Over this period, some stable features have emerged. One of them is the existence of two separate regimes applying according to the sector of activity to which the cooperative belongs. For one group, which includes agricultural and consumption cooperatives among others, and which this study concerns about, the tax regime involves exemption of cooperative surplus and taxation of income from operations with third parties and from “activities unrelated to the cooperative specific purposes.” Being the issue of tax benefits granted to cooperatives a subject of great relevance, it is crucial to determine whether cooperative surpluses are to be seen as cooperatives’ income. In case we find that cooperative surpluses are not to be seen as cooperatives’ income, the non-taxation of surpluses is not to be seen as a tax incentive. As for income derived from activities “unrelated to the cooperative specific purposes”, the correct understanding of this rule requires a thorough examination of how extracooperative activities can be in connection with the specific cooperative activity.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O MODELO PORTUGUÊS DE TRIBUTAÇÃO DAS COOPERATIVAS AGRÍCOLAS, DE CONSUMIDORES, CULTURAIS, DE HABITAÇÃO E DE SOLIDARIEDADE. a. Evolução do regime fiscal das cooperativas agrícolas, de consumidores, de construção e habitação, culturais e de solidariedade. b. O regime fiscal atual – características. 3. EXCEDENTES E RENDIMENTOS PROVENIENTES DE OPERAÇÕES COM TERCEIROS. 4. RENDIMENTOS PROVENIENTES DE OPERAÇÕES ALHEIAS AOS FINS PRÓPRIOS DA COOPERATIVA. 5. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE PORTUGUESE MODEL OF TAXATION OF AGRICULTURAL COOPERATIVES, CONSUMER, CULTURAL, CONSTRUCTION AND HOUSING AND SOLIDARITY. a. Development of the tax regime for agricultural, consumer, housing, cultural and solidarity cooperatives. b. The regime in force – characteristics. 3. SURPLUSES AND INCOME FROM TRANSACTIONS WITH THIRD PARTIES. 4. INCOME FROM OPERATIONS ACTIVITIES “UNRELATED TO THE COOPERATIVE SPECIFIC PURPOSES” 5. CONCLUSION. BIBLIOGRAPHY

I. INTRODUÇÃO

Na problemática da fiscalidade das cooperativas destaca-se um conjunto de questões, interligadas, que preocupam o legislador fiscal desde o início da tributação desta categoria de entidades. Estas questões não têm solução simples e pode dizer-se que continuam, hoje, todas em aberto. O Tribunal de Justiça da União Europeia², através da sua jurisprudência, bem como a Comissão³

² Até hoje o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) pronunciou-se sobre matérias referentes à fiscalidade das cooperativas em três decisões: Caso T-146/03, Associação de Empresários de Estações de Serviço da Comunidade Autónoma de Madrid/Comissão, 12 de Dezembro de 2006, [2006] II-00098; Caso C-178/05, Comissão /Grécia, 7 de Junho de 2017, [2007] I-04185; e decisão nos casos apensos C-78/08, Ministero dell’Economia e delle Finanze v. Paint Graphos Soc. coop. Arl, C-79/08, Adige Carni Soc. coop. Arl v. Ministero dell’Economia e delle Finanze, e C-80/08, Ministero delle Finanze v. Michele Franchetto, Colect. 2011 I-07611.

³ A questão da fiscalidade das cooperativas foi tratada pela Comissão Europeia em duas comunicações e num projecto de comunicação que se encontra em discussão: “Comunicação sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade directa das empresas” [Jornal Oficial C 384 de 10.12.1998]; “Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa à promoção das cooperativas na Europa”, [COM/2004/0018 final, 23.02.2004]; e “Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) TFEU”, Bruxelas, Maio de 2016 parágrafos 157 a 160. Além disso, a Comissão pronunciou-se sobre a matéria em algumas decisões emitidas no âmbito de procedimentos de controlo da legalidade de ajudas de estado. Sobre estas, M. P. ALGUACIL, “Condicionantes el régimen de ayudas de estado en la fiscalidad de cooperativas”, CIRIEC-España: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, n.º 69, 2010, pp. 27-52.

através das suas decisões e comunicações sobre a matéria, não têm alcançado progressos relevantes.⁴

Por um lado, e em primeiro lugar, o legislador confronta-se com o problema de encontrar uma fórmula para medir adequadamente a capacidade contributiva das cooperativas no plano da tributação do rendimento, o que será o mesmo que dizer, por outras palavras, com o problema de definir o que deve entender-se como rendimento das cooperativas, questão que está relacionada com a qualificação dos excedentes cooperativos como rendimento da cooperativa ou como rendimento (ou poupança) dos seus membros. Pensamos, como procuraremos mostrar mais adiante, que se trata de uma questão de grande atualidade no contexto das políticas europeias no que diz respeito à problemática que aqui nos ocupa.

Questão bem diferente, que se coloca a jusante da primeira e que o legislador deve igualmente solucionar, é a de decidir se as cooperativas devem ou não receber um tratamento fiscal vantajoso, no sentido de se incluírem nele normas qualificáveis como benefícios fiscais. A Constituição da República Portuguesa é clara a este respeito, determinando no seu artigo 85 que “a lei definirá os benefícios fiscais e financeiros das cooperativas”. A recente lei de bases da economia social,⁵ por seu turno, secundando a norma constitucional, dispõe no seu artigo 11 que “as entidades da economia social beneficiam de um estatuto fiscal mais favorável definido por lei em função dos respetivos substrato e natureza.”

Contudo, o comando constitucional não pode ser tido como bastante para dispensar a elaboração doutrinal sobre os fundamentos de um regime de benefícios fiscais para o sector cooperativo, sabendo-se que um benefício fiscal implica sempre, por definição, uma rutura com o princípio da igualdade tributária⁶. Por tal razão, a instituição de um benefício fiscal tem como pressuposto dogmático o ter como fim a realização de um interesse público com um valor jurídico-constitucional demonstrado,⁷ tendo ainda provar ser necessário e eficaz na prossecução desse objetivo.⁸

⁴ Sobre a jurisprudência do TJUE e as decisões e comunicações da Comissão em matéria de fiscalidade das cooperativas, I. MERINO JARA, “El régimen fiscal de las cooperativas ¿respeto el régimen comunitario de ayudas de estado?”, GEZKI - Revista Vasca de Economía Social, n.º 6, 2010, pp. 29-57; J. M. TEJERIZO LÓPEZ, “Algunas reflexiones sobre el régimen fiscal de las cooperativas”, CIRIEC-España: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, n.º 69, 2010, pp. 53-72; J. J. HINOJOSA TORRALVO, “Fiscalidad y financiación de las cooperativas: ¿a qué juega la Unión Europea?”, CIRIEC-España: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, n.º 69, 2010, pp. 73-89.

⁵ Lei n.º 30/2013 de 8 de Maio.

⁶ Per totem K. TIPKE e J. LANG, *Steuerrecht*, 18ª ed. Colónia. Otto Schmidt, 2005, p. 799.

⁷ BORJA, P., “I principi costituzionale dell’ordinamento fiscale”, in Fantozzi, A. (ed.) *Diritto Tributario*, 4ª ed., Wolters Kluwer Italia, 2012, p. 115; SANTAMARIA, B., *Diritto tributario. Parte generale*, Giuffrè Editore, Milão, 2011, p. 54.

⁸ K. TIPKE e J. LANG, op. cit., p. 780.

Para além disso, os benefícios fiscais têm hoje de passar o apertado crivo do regime das ajudas de estado da União Europeia,⁹ o que exige igualmente uma elaboração doutrinária acerca dos fundamentos da concessão de um regime fiscal “vantajoso” às cooperativas em geral. Sobre esta matéria, valerá a pena referir que o Tribunal de Justiça, na sentença *Paint Graphos*, remete aos Estados a tarefa de decidir, caso a caso, se as cooperativas que gozem de um regime fiscal vantajoso se encontram numa situação fáctica e jurídica comparável à das restantes entidades empresariais com quem competem, só sendo lícito um tal regime fiscal quando as cooperativas não se encontrem numa situação fáctica e jurídica comparável à das restantes entidades empresariais à luz dos objetivos do regime fiscal geral.¹⁰ Poder-se-ia acrescentar, como já sustentámos noutro lugar, que avaliar se as cooperativas e as restantes entidades empresariais, num contexto concreto e perante um determinado regime fiscal, se encontram numa situação jurídica e fáctica comparável à das demais entidades empresariais equivale a avaliar se um tratamento fiscal diferenciado ofende o princípio da igualdade tributária.¹¹

Finalmente, e em terceiro lugar, uma vez que tenha tomado a opção por conceder às cooperativas um regime fiscal diferenciado e genericamente mais favorável, ie baseado em benefícios fiscais, o legislador terá ainda pela frente um desafio, qual seja o de prevenir que esse regime seja utilizado abusivamente, o que é o mesmo que dizer, utilizando outros termos, impedir que a forma jurídica cooperativa seja utilizada pelos operadores económicos com o único intuito de usufruir das vantagens fiscais que são conferidas a estas entidades. Esta tem sido a questão com a qual, na prática, o legislador fiscal mais se tem preocupado, tratando de definir critérios para separar as realidades jurídicas e económicas que, conexas com a forma jurídica cooperativa, devem ser fiscalmente protegidas e incentivadas daquelas que, no entender do mesmo legislador, não merecem proteção fiscal.

As três questões referidas encontram-se intimamente interligadas. A questão da definição do que deva ser considerado rendimento de uma cooperativa, por oposição a rendimento ou poupança dos seus membros, é decisiva para a abordagem à segunda questão, uma vez que os acréscimos patrimoniais¹² que não devam ser considerados como rendimento das cooperativas não traduzem capacidade contributiva destas. Consequentemente, a sua não tributação não pode ser vista com um benefício fiscal, mas sim como uma exclusão de tributação por falta de

⁹ COMISSÃO EUROPEIA, “Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) TFEU”, Bruxelas, Maio de 2016, p. 49.

¹⁰ Sentença *Paint Graphos*, parágrafos 61 a 63 (nota 2).

¹¹ N. AGUIAR, “Princípios Cooperativos e Benefícios Fiscais”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de economía social y cooperativa, n. 27, 2015, pp. 429-458.

¹² Por acréscimos financeiros pretendemos significar aumentos de valor dos ativos da cooperativa.

capacidade contributiva. No plano do regime das ajudas de estado, essa exclusão estará plenamente justificada pela lógica do sistema.¹³

Por outro lado, o traçar da fronteira entre as manifestações de capacidade contributiva que devam ficar abrangidas por um regime fiscal vantajoso e aquelas que devam ser excluídas do âmbito do mesmo regime pressupõe que previamente se tenha estabelecido o fundamento do regime de benefícios fiscais. Só tendo previamente definido de modo nítido o objetivo que se pretende prosseguir através do benefício fiscal, pode o legislador estabelecer critérios para uma atribuição seletiva dos benefícios fiscais e avaliar a sua eficácia na consecução dos objetivos.

É a propósito deste terceiro problema – relativo ao traçar das fronteiras entre as situações e as manifestações de capacidade contributiva que devam ser abrangidas pelo regime de benefícios fiscais – que têm sido debatidas questões tão atuais do ponto de vista legislativo como saber se os resultados provenientes de operações com terceiros devem beneficiar de um regime fiscal idêntico ao dos resultados das operações com membros; ou se todas as cooperativas ou, pelo contrário, apenas as cooperativas que atuem predominantemente dentro do campo da mutualidade (caso das cooperativas de mutualidade prevalente do direito italiano e das cooperativas especialmente protegidas do direito espanhol) devem ser beneficiadas fiscalmente. Questão menos debatida, mas estreitamente relacionada com as anteriores, é a de saber até que ponto os chamados resultados provenientes de atividades não cooperativas devem receber o mesmo tratamento que os resultados das atividades cooperativas.

O presente estudo pretende dar um contributo para esclarecer algumas destas questões, tenho por base o direito português e alguns dos problemas que este suscita. As questões fundamentais que se irão discutir são a da qualificação dos excedentes cooperativos como rendimento da cooperativa ou como rendimento dos sócios cooperadores e a dos rendimentos provenientes de atividades não especificamente compreendidas no objeto da cooperativa.

Uma vez que estas duas questões, no direito fiscal português, são relevantes apenas para o grupo de ramos cooperativos que já assinalámos – cooperativas agrícolas, de consumidores, de construção e habitação, culturais e de solidariedade – a secção seguinte (secção 2) é dedicada à descrição e explicação do regime fiscal deste grupo de cooperativas, colocando-se alguma ênfase em clarificar a razão desta diferenciação de regimes fiscais consoante os ramos cooperativos.

¹³ Sobre o aspecto da problemática das ajudas de estado de natureza fiscal, P. R. MACCANICO, “The Point on selectivity in state aid review of business tax measures”, in S. PFEIFFER e M. URS-PRUNG-STEINDL (eds), *Legal Remedies in European Tax Law*, IBFD, Amesterdão, 2009, p. 227; C. MICHEAU, “State aid and taxation in European Union Law”, in E. SZYSZCZAK. (ed.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, p. 203.

A secção 3 será dedicada à discussão sobre a natureza dos excedentes cooperativos e às consequências fiscais que essa natureza implica.

Na secção 4, discute-se o conceito de rendimentos “provenientes de operações alheias aos fins próprios da cooperativa”, o qual é também uma peça fundamental do regime fiscal das cooperativas acima referidas e apontam-se algumas linhas orientadoras para o seu tratamento a nível fiscal.

Sendo que se trata de uma abordagem jurídica, o método utilizado neste estudo é o método próprio da ciência do direito.

2 O MODELO PORTUGUÊS DE TRIBUTAÇÃO DAS COOPERATIVAS AGRÍCOLAS, DE CONSUMIDORES, CULTURAIS, DE HABITAÇÃO E DE SOLIDARIEDADE

a. Evolução do regime fiscal das cooperativas agrícolas, de consumidores, de habitação, culturais e de solidariedade

O regime fiscal das cooperativas encontra-se hoje estabelecido no artigo 66-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais.¹⁴ Este normativo contém dois regimes fiscais diferenciados para dois grupos de ramos cooperativos. Para um primeiro grupo de ramos cooperativos - cooperativas agrícolas, de consumo, de habitação, culturais e de solidariedade social - o regime consiste na isenção genérica de imposto sobre o rendimento (artigo 66-A.1).¹⁵ A lei não faz qualquer exigência respeitante às características da cooperativa beneficiária da isenção. No entanto, nem todos os rendimentos destas cooperativas estão isentos, excluindo-se da isenção os resultados provenientes das operações com terceiros e os provenientes de “atividades alheias aos próprios fins” da cooperativa.

Para se compreender a razão de ser deste regime, é importante compreender como se chegou à sua instituição. No ordenamento jurídico português, as cooperativas sempre beneficiaram de isenções fiscais. Já o Código Comercial de 1888, no seu artigo 223, isentava de “imposto de selo e de qualquer outra contribuição sobre os lucros que realizarem”, as cooperativas em geral, sem dependência de quaisquer condições. Em 1929, a Lei de Reforma Tributária¹⁶ estabelecia que as cooperativas de produção e as cooperativas de consumo ficavam isentas de Con-

¹⁴ Estatuto dos Benefícios Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/89 - 01/07.

¹⁵ Este elenco de ramos cooperativos, efetuado pela lei tributária no artigo 66-A. 1 do EBF não é totalmente coincidente com a terminologia adotada pelo Código Cooperativo de 2015, em cujo artigo 4.1 se preveem os seguintes ramos cooperativos: agrícola, artesanato, comercialização, consumidores, crédito, cultura, ensino, habitação e construção, pescas, produção operária, serviços e solidariedade social. O atual Código Cooperativo português, aprovado pela Lei n.º 119/2015 de 31 de agosto, revogou o Código Cooperativo de 1996, aprovado pela Lei n.º 51/96 de 07.09.

¹⁶ Decreto n.º 16 731 de 13 de abril de 1929.

tribuição Industrial (imposto sobre o rendimento empresarial) “quanto às suas operações com os despectivos associados”. É, pois, com esta lei de 1929 que o legislador começa a procurar conceder benefícios fiscais às cooperativas de uma forma seletiva consoante o tipo de resultados,¹⁷ decidindo então que só devem merecer um tratamento fiscal vantajoso os resultados provenientes das operações desenvolvidas entre a cooperativa e os seus associados. Com esta lei, acrescenta-se, apenas gozam de isenção de imposto as cooperativas de produção e as cooperativas de consumo.

Em 1933, já em pleno regime do Estado Novo,¹⁸ seria publicada a que ficou conhecida como “lei garrote”.¹⁹ Esta lei restringia a isenção da contribuição industrial às cooperativas de consumo que transacionassem exclusivamente com os seus membros.²⁰ Tal situação legislativa manteve-se até 1963, quando teve lugar uma reforma ampla da tributação do rendimento, sendo aprovado um novo Código da Contribuição Industrial.²¹ Ficaram então isentas de imposto sobre o rendimento:²² as cooperativas operárias de produção, na condição de que fossem “sócios três quartos, pelo menos, do número dos seus trabalhadores e nenhum participe em mais de 10 por cento no capital da empresa”²³; as cooperativas de construção, “relativamente a metade dos seus lucros tributáveis, quando se limitem a construir prédios para os seus associados ou a emprestar-lhes dinheiro para o mesmo fim”; “as cooperativas de consumo que negociem exclusivamente com os seus associados”; as cooperativas agrícolas “que tenham como objetivo a compra de matérias ou equipamentos para a lavoura dos seus associados ou a venda das produções destes, quer em natureza, quer depois de transformadas, bem como as que mantenham instalações, equipamentos ou serviços no interesse comum dos sócios;” e finalmente, as “cooperativas e sociedades anónimas constituídas para edificação de casas de renda económica”. Interessam-nos aqui em particular os casos das cooperativas de construção e de consumo, que só podiam usufruir do regime de isenção se desenvolvessem exclusivamente operações com os seus associados.²⁴ Com esta condição, o legislador de 1963 deixa clara a preocupação

¹⁷ N. AGUIAR, “A Tributação do rendimento das cooperativas em Portugal”, *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 36, 2014, p. 73.

¹⁸ Estado Novo é o nome com que se auto-intitulou o regime político autoritário corporativista que vigorou em Portugal entre 1926 e 25 de Abril de 1974.

¹⁹ Decreto-Lei n.º 22513, de 12 de Maio de 1933.

²⁰ B. ALMEIDA, “O Sector cooperativo em Portugal: Aspectos Económicos”, *Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas*, n.º 28, 2005, p. 21.

²¹ Código da Contribuição Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 45 103 de 01-07-1963.

²² Artigo 14.

²³ Artigo 17.

²⁴ Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 28.07.1965, processo 15252, e de 16.06.1966, processo 1515, disponíveis em <http://www.dgsi.pt/jsta>.

de não beneficiar senão os resultados provenientes de operações com associados, mas vai mais longe que o seu antecessor, excluindo por completo do regime de isenção as cooperativas que desenvolvam operações com terceiros.²⁵ Portanto, as cooperativas de construção e de consumo só poderão gozar de isenção fiscal se operarem numa base exclusivamente mutualista, ou seja se obedecerem a um modelo mutualista puro.

Em 1980 foi aprovado o primeiro código cooperativo,²⁶ o qual foi acompanhado pela promulgação, na mesma data, do primeiro “estatuto fiscal cooperativo.”²⁷ Este diploma isentava dos então existentes impostos sobre rendimentos “os excedentes líquidos gerados pelas cooperativas em cada exercício” (artigo 2.1), considerando como “excedente líquido gerado por uma cooperativa a diferença entre os proveitos realizados no exercício e os custos imputáveis ao mesmo.” Deste modo, utilizando um conceito incorreto de excedentes - conceito que, corretamente, se aplica apenas aos resultados da atividade cooperativizada desenvolvida com os membros²⁸ - o legislador isentava, como regra geral, todos os resultados das cooperativas.

Porém, excetuavam-se dessa isenção geral “os excedentes das operações que as cooperativas de consumo e de comercialização realizem com terceiros e, bem assim, os excedentes das cooperativas de produção operária, de serviços e de artesanato, quando não sejam sócios três quartos, pelo menos, do número dos seus trabalhadores e desde que nenhum deles possua mais de 10% do capital social da cooperativa.” Em relação às cooperativas de produção e de consumo, desapareceu a exigência de as mesmas apenas realizarem operações com os seus membros. Mas para estas duas espécies de cooperativas e também para as cooperativas de comercialização, o legislador, regressando à fórmula de 1929, passou a submeter a imposto os resultados provenientes de operações com terceiros.

Em 1988, no âmbito de uma reforma global do sistema fiscal português, foi aprovado o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas coletivas²⁹ regu-

²⁵ Em relação às cooperativas de consumo, o acórdão doutrinário do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Novembro de 1964 vem dizer que “as cooperativas de produção e consumo, enquanto se limitem ao exercício da sua actividade específica, possibilitando aos seus associados a aquisição do que lhes é necessário em melhores condições do que o conseguiriam através dos intermediários profissionais, não exercem comércio ou indústria”, i.e. não exercem uma actividade comercial, justificando dessa maneira a isenção de contribuição industrial.

²⁶ Código Cooperativo, aprovado pelo Decreto-lei 454/80 de 9 de Outubro.

²⁷ Decreto-Lei 456/80 de 9 de Outubro.

²⁸ D. MEIRA, “As Operações com terceiros no direito cooperativo português”, in D. MEIRA (coord.), *Jurisprudência cooperativa comentada*, INCM – Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2012, p. 105.

²⁹ O Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas foi aprovado pelo Decreto-Lei 42-B/88, de 30 de Novembro.

lando-se aí, de novo, a matéria do tratamento fiscal das cooperativas.³⁰ Desta feita, o legislador manteve fundamentalmente o mesmo critério de isentar apenas os resultados provenientes das operações cooperativizadas realizadas com membros, não fazendo qualquer exigência quanto ao volume de operações com terceiros praticadas pelas cooperativas. O critério foi estendido às cooperativas do ramo agrícola, em relação às quais se estipulava que estavam isentas do imposto “as cooperativas agrícolas, bem como as sociedades de agricultura de grupo, na parte correspondente aos rendimentos derivados da aquisição de produtos, animais, máquinas, ferramentas e utensílios destinados a ser utilizados nas explorações dos seus membros, assim como os provenientes da transformação, conservação ou venda de produtos dessas explorações e, bem assim, os resultantes da prestação de serviços comuns aos agricultores seus membros e ainda do seguro mútuo e rega” (artigo 11.1, al. a)). Quanto às cooperativas de habitação e construção, ficavam isentas “na parte correspondente aos rendimentos derivados da construção, ou da sua promoção e aquisição, de fogos para habitação dos seus membros, bem como a sua reparação ou remodelação (artigo 11.1, al. b)). Estranhamente, a lei não se referia às cooperativas de consumo nem às cooperativas de comercialização, pelo que se entendeu que a estes dois ramos cooperativos se continuava a aplicar a lei anterior.

Entretanto, em Dezembro de 1990, é aprovado em Espanha o Regime Fiscal das Cooperativas,³¹ facto que vem a ser relevante para compreender uma alteração legislativa que se verificaria no ordenamento jurídico português alguns anos mais tarde. Em 1998 é aprovada uma nova lei,³² com o título de “estatuto fiscal cooperativo”. Numa conjugação algo complexa de disposições, o estatuto fiscal cooperativo de 1998 isentava de imposto sobre o rendimento as cooperativas agrícolas, culturais, de consumo, de habitação e construção e de solidariedade social, mas excetuava do âmbito da isenção os resultados provenientes de operações com terceiros bem como de “atividades alheias aos fins cooperativos”. A norma, que introduziu uma nova restrição ao âmbito da isenção fiscal, excluindo desta os rendimentos provenientes de atividades “alheias aos fins cooperativos”, mostra uma patente semelhança com o artigo 21.3 do Regime Fiscal das Cooperativas espanhol, na parte em que este se refere a rendimentos “obtidos de atividades económicas ou fontes alheias aos fins específicos da cooperativa”.

Finalmente, em 2011, o Estatuto Fiscal Cooperativo foi revogado, tendo sido substituído pelo regime que hoje consta do já mencionado artigo 66.º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais. Tal como começámos por referir, aí se isentam de

³⁰ O regime fiscal das cooperativas no que ao imposto sobre o rendimento diz respeito constava do artigo 11 do Código do Impostos sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, na sua redação inicial.

³¹ Ley 20/1990, de 19 de Dezembro.

³² Lei n.º 85/98 de 16 de Dezembro.

imposto sobre o rendimento os resultados das cooperativas agrícolas, culturais, de consumo, de habitação e construção e de solidariedade social, excluindo-se contudo do âmbito da isenção quer os resultados provenientes das operações com terceiros quer os provenientes das atividades alheias aos “fins próprios das cooperativas”, parecendo que o legislador português de 2011, acrescentando o qualificativo “próprios”, terá dado um passo para se aproximar mais da formulação do artigo 21.3 do Regime Fiscal das Cooperativas espanhol.

b. O regime fiscal actual – características

Descrita a evolução legislativa referente ao regime fiscal das cooperativas, é possível distinguir alguns traços que podem considerar-se como fazendo parte de um modelo de tributação das cooperativas já sedimentado no ordenamento português. Exceptuando o interregno compreendido entre 1963 e 1987, o legislador fiscal, em regra, não exige às cooperativas agrícolas, de consumo, culturais, de habitação e de solidariedade social (seguindo a terminologia e enumeração da lei tributária) que se abstenham de praticar operações com terceiros nem lhes impõe qualquer limitação quanto à possibilidade de praticarem esse tipo de operações, como condição para que possam beneficiar do regime de isenção fiscal; o legislador considera que, em geral, os rendimentos destas cooperativas devem ficar isentos de imposto; mas considera ainda que devem ser tributados pelo regime geral de tributação das pessoas coletivas os rendimentos provenientes de operações com terceiros, bem como aqueles resultantes de atividades “alheias aos próprios fins” das cooperativas.

Antes de entrar na questão delicada da interpretação destas normas, impõe-se procurar esclarecer por que razão este complicado regime de isenção se aplica aos ramos cooperativos em causa – cooperativas agrícolas, culturais, de consumo, de solidariedade e de habitação – deixando de fora os restantes sete ramos cooperativos previstos no código cooperativo português.

A solução legislativa só pode ser entendida tendo em consideração que o artigo 66-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais contém um segundo regime fiscal aplicável aos restantes sete ramos cooperativos. Para estes ramos cooperativos, o regime, que não iremos desenvolver neste estudo, consiste numa isenção total de todos os rendimentos das cooperativas, independentemente da sua proveniência, mas sob a dupla condição de que 75 por cento dos membros prestem trabalho na cooperativa e que 75 por cento das pessoas que prestam trabalho na cooperativa sejam membros da mesma. É evidente que o legislador teve aqui como modelo as cooperativas de trabalho (que em Portugal se designam cooperativas de produção operária).³³ De facto, um requisito semelhante já surgira com a Contribuição In-

³³ O artigo 2.1 do Regime Jurídico das Cooperativas de Produção Operária (Decreto-Lei n.º 309/81, de 16 de Novembro) define cooperativas de produção como aquelas “que tenham por objecto principal

dustrial em relação às cooperativas de produção operária, as quais são cooperativas de trabalho e que portanto assentam na organização mutualista ou cooperativa do trabalho. Nas reformas legislativas subsequentes, o legislador foi alargando este requisito e o respetivo regime fiscal a outros ramos cooperativos. Destes outros ramos cooperativos, as cooperativas de artesanato, de serviços, de pescas e de ensino podem considerar-se, ainda, cooperativas de trabalho, tendo por isso justificação que recebam o mesmo tratamento das cooperativas de produção operária. O mesmo não é possível dizer, contudo, das cooperativas de comercialização e de crédito, as quais, porque não assentam na organização cooperativa do fator trabalho, não conseguem cumprir o duplo requisito indicado, ficando assim excluídas do regime de isenção.³⁴

Em todo o caso, a ideia central, no que respeita a este segundo regime fiscal, pode-se resumir dizendo que o legislador envereda por um caminho diverso, exigindo que as cooperativas desses ramos, em que, supostamente, a base da organização cooperativa reside no trabalho, para poderem beneficiar da isenção fiscal, tenham determinadas características que fazem delas cooperativas de “mutualidade prevalente”, se nos é permitido, dada a analogia evidente, apropriar-nos da terminologia do código civil italiano.³⁵

A solução do ordenamento português, com efeito, quanto a este segundo grupo de ramos cooperativos, tem estreita afinidade quer com o artigo 2512, al. 2) do código civil italiano – “sono società cooperative a mutualità prevalente, in ragione del tipo di scambio mutualistico, quelle che: 2) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, delle prestazioni lavorative dei soci” –, quer com o artigo 8 do Regime Fiscal das Cooperativas espanhol, onde se lê “se considerará especialmente protegidas las Cooperativas de Trabajo Asociado que cumplan los siguientes requisitos: 1. Que asocien a personas físicas que presten su trabajo personal en la Cooperativa para producir en común bienes y servicios

a extracção, bem como a produção e a transformação, de bens no sector industrial”. No entanto, os tribunais foram desenvolvendo uma interpretação extensiva do conceito de cooperativas de produção operária. Num acórdão de 30 de Novembro de 1988 (processo n.º 5695, <http://www.dgsi.pt>), o Supremo Tribunal Administrativo definiu cooperativa “operária de produção” como aquela em que, predominando o trabalho físico, cria alguma coisa ou transforma coisa já existente.” Sendo assim, considera o tribunal, “a abertura e reposição de pavimentos insere-se no conceito de produção”. Mas num outro acórdão de 24 de Junho de 1989 (processo n.º 5657, <http://www.dgsi.pt>), o tribunal considera que “a actividade cinematográfica é uma actividade produtiva operária podendo as cooperativas operárias de produção que estatutariamente se propõe a produção de filmes usufruir de isenção prevista no artigo 14, n. 8, do Código da Contribuição Industrial”. Assim, concluímos que as cooperativas de produção operária previstas na legislação portuguesa são, na verdade, cooperativas de trabalho.

³⁴ N. AGUIAR, D. MEIRA e S. RAQUEL, “Estudio sobre la eficacia del régimen fiscal cooperativo português”, *Revesco - Revista de Estudios Cooperativos*, n.º 121, 2016, p. 27.

³⁵ Por “mutualidade prevalente”, designação que não se encontra na legislação fiscal portuguesa mas que se encontra subjacente ao artigo 66-A.2 do EBF, deve entender-se a predominância da actividade mutualista sobre as actividades não mutualistas levadas a cabo pela cooperativa.

para terceiros. (...) 3. Que el número de trabajadores asalariados con contrato por tiempo indefinido no exceda del 10 por 100 del total de sus socios.” Atende-se, em todos os casos indicados à prevalência de uma estrutura mutualista no plano da organização do fator trabalho, para com base nesse critério decidir a concessão ou não de um regime fiscal favorável.

Ao contrário, para o primeiro grupo de cooperativas – cooperativas agrícolas, culturais, de consumidores, de habitação e de solidariedade social – que é aquele em que de momento pretendemos concentrar a nossa reflexão, o legislador não faz qualquer exigência de “mutualidade prevalente”. Contrariamente ao que vemos quer na legislação italiana,³⁶ quer na legislação espanhola,³⁷ o legislador português não impõe a estas cooperativas qualquer condição relativa ao seu grau de pureza mutualista, optando, em vez disso, por uma seletividade baseada nos tipos de rendimentos aos quais concede isenção fiscal. É este aspeto que torna de crucial importância a correta distinção entre os vários tipos de rendimentos das cooperativas.

3 A QUESTÃO DA QUALIFICAÇÃO DOS EXCEDENTES COMO RENDIMENTO DA COOPERATIVA OU COMO RENDIMENTOS DOS COOPERADORES

Entrando agora na questão da delimitação dos rendimentos isentos e não isentos de imposto para o grupo de cooperativas que agora nos ocupa – as cooperativas agrícolas, de consumo, culturais, de construção e habitação e de solidariedade – o artigo 66-A.1 do Estatuto dos Benefícios Fiscais determina que as mesmas “estão isentas de IRC, com exceção dos resultados provenientes de operações com terceiros e de atividades alheias aos próprios fins.”

Quanto ao tratamento dos resultados gerados nas operações com terceiros, é fundamental para a sua correta compreensão o próprio conceito de operação com terceiros. Tal como acontecia já com o Código Cooperativo de 1996, a legislação cooperativa portuguesa atual não define operações com terceiros, embora utilize o conceito em várias disposições (nomeadamente nos artigos 2.2, 81.3, 97.2(d), 99, 100.1). De acordo com a doutrina cooperativista portuguesa, o conceito de operações com terceiros assenta em dois elementos: um elemento subjetivo, que atende aos sujeitos da operação, pois a operação com terceiros é uma operação realizada com uma entidade que não é membro da cooperativa; e um elemento objetivo, que diz respeito à operação. As operações com terceiros são operações que se

³⁶ Art. 2512 do código civile, em que se estipula que “Sono società cooperative a mutualità prevalente, in ragione del tipo di scambio mutualistico, quelle che: (1) svolgono la loro attività prevalentemente in favore dei soci, consumatori o utenti di beni o servizi;” e “(3) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, degli apporti di beni o servizi da parte dei soci.”

³⁷ Artigos 9 a 13 do Regime Fiscal das Cooperativas espanhol.

inscrevem no âmbito da atividade cooperativizada,³⁸ ie são operações do mesmo tipo daquelas através das quais a cooperativa satisfaz diretamente as aspirações e necessidades dos seus membros.

Como observa DEOLINDA MEIRA,³⁹ a principal especificidade da cooperativa enquanto categoria de entidade empresarial reside no seu escopo mutualístico, o qual pressupõe o desenvolvimento de uma atividade económica na qual os membros da cooperativa participam. Quando a mesma atividade, que deve ser principalmente desenvolvida com os membros a fim de satisfazer as necessidades destes, é desenvolvida com não membros, estaremos perante operações com terceiros.⁴⁰

O artigo 2.2 do CCoop português estabelece expressamente 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” ao mesmo tempo que admite que as operações com terceiros possam ser objeto de limitações na legislação setorial dos diferentes ramos do sector cooperativo. Ora, embora as operações com terceiros se encontrem previstas expressamente nas leis setoriais cooperativas,⁴¹ apenas a lei relativa às cooperativas de crédito agrícola estabelece limites às operações de crédito com não associados (35% do respetivo ativo líquido total, limite que poderá ser elevado para 50%, mediante autorização do Banco de Portugal). Em face deste quadro normativo é forçoso concluir que no ordenamento português, embora, por força do artigo 2.2 do CCoop já citado, as cooperativas se caracterizem por um escopo prevalentemente mutualístico,⁴² não existe limitação à possibilidade de as cooperativas realizarem operações com terceiros.

O artigo 66-A.1 do Estatuto dos Benefícios Fiscais exclui do âmbito da isenção, precisamente, os rendimentos das operações com terceiros, portanto, os ren-

³⁸ D. MEIRA, O regime económico das cooperativas no direito português: O capital social, Vida Económica, Porto, 2009, p. 272.

³⁹ D. MEIRA, “Revisitando o problema da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário”, Actas do II Congresso Direito das Sociedades em Revista, Coimbra, 2012, p. 355.

⁴⁰ D. MEIRA, “As operações com terceiros no direito cooperativo português”, in D. MEIRA (coord.), Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola. Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2012; O Regime económico..., cit. 272.

⁴¹ O conceito é usado nomeadamente, no artigo 9 do Decreto-Lei n.º 523/99, de 10 de Dezembro (cooperativas de comercialização), no artigo 7 do Decreto-Lei n.º 313/81, de 19 de Novembro (cooperativas culturais), no artigo 14 do Decreto-Lei n.º 502/99, de 19 de Novembro (cooperativas de habitação e construção), no artigo 6 do Decreto-Lei n.º 309/81, de 16 de Novembro (cooperativas de produção operária), no artigo 6 do Decreto-Lei n.º 323/81, de 4 de Dezembro (cooperativas de serviços) e no artigo 24, 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de Janeiro (cooperativas de crédito agrícola).

⁴² D. MEIRA, O Regime económico...cit., p. 51.

dimentos provenientes das operações que, inscrevendo-se no objeto da cooperativa (na atividade cooperativizada), são desenvolvidas com não membros.

Ao excluir os rendimentos das operações com terceiros, a isenção fiscal centra-se nos resultados das operações com membros no âmbito da atividade cooperativizada, o mesmo é dizer, nos excedentes cooperativos. Ora, é aqui que se coloca uma das questões mais delicadas da tributação das cooperativas, dado ser discutível se os excedentes cooperativos constituem verdadeiro rendimento da cooperativa ou se, pelo contrário, são rendimento dos membros da cooperativa. Se eventualmente devermos concluir que os excedentes não são de qualificar como rendimento da cooperativa mas sim como rendimento dos seus membros (ou poupança, no caso das cooperativas de habitação, de consumo e de todas aquelas em que o sócio é um consumidor da cooperativa), então a conclusão necessariamente subsequente será a de que a isenção de imposto de tais rendimentos não é um benefício fiscal. Não chegará, aliás, a configurar-se tecnicamente como uma isenção fiscal, já que, não sendo rendimentos da cooperativa, tais rendimentos não cabem no âmbito da incidência do imposto, estando excluídos da tributação por natureza.

A questão da natureza dos excedentes está ligada ao fim ou escopo das cooperativas. As cooperativas têm por fim satisfazer necessidades dos seus membros, tal como já foi destacado.⁴³ O objetivo dos membros ao integrarem-se na cooperativa será, como regra geral, o de maximizarem a sua vantagem económica tal como o objetivo do sócio de uma sociedade comercial é o de maximizar o seu lucro. É preciso atender a que estes objetivos devem ser relativizados, tanto nas cooperativas como nas sociedades comerciais. Embora o objetivo do sócio de uma sociedade comercial seja o de maximizar o seu lucro, a prossecução deste objetivo no imediato pode ser secundarizada, perante o objetivo de manter a empresa ou de a fazer prosperar. O mesmo se passará nas cooperativas, onde, a fim de garantir a manutenção das suas vantagens económicas a longo prazo, os membros poderão ser chamados a renunciar à maximização das vantagens económicas imediatas. Mas, tal como nas sociedades o sócio almeja maximizar o lucro, o membro da cooperativa almeja maximizar as suas vantagens “enquanto fornecedor, consumidor ou trabalhador da cooperativa”.⁴⁴ Por exemplo, um produtor agrícola, que leva a cabo uma atividade com fins lucrativos, ao associar-se a uma cooperativa agrícola de comercialização, tem como objetivo maximizar a vantagem económica que obtém na comercialização dos seus produtos através da cooperativa. Assim sendo, a cooperativa, ao comercializar o produto do seu membro, visará necessariamente maximizar a vantagem económica daquele e não a obtenção de um rendimento próprio como resultado da operação, pois só assim assegura a máxima

⁴³ A. FICI, “An Introduction to cooperative law”, in D. CRACOGNA, A. FICI e H. HENRÏ (eds), *International Handbook of Cooperative Law*, Springer, 2013, p. 39.

⁴⁴ A. FICI, *An Introduction...*, cit., p. 39 afirma que a cooperativa procura maximizar o “bem-estar global dos membros, na qualidade fornecedores, consumidores ou trabalhadores da cooperativa”.

satisfação dos interesses e necessidades dos seus membros. A prossecução de um rendimento próprio nas operações com os membros seria contrária ao próprio escopo mutualístico, o qual pressupõe que a cooperativa tem como fim principal a satisfação dos interesses dos seus membros diretamente através da atividade cooperativizada.⁴⁵ Daí que a doutrina cooperativista considere que o excedente é um valor provisoriamente pago a mais pelos cooperadores à cooperativa ou pago a menos pela cooperativa aos cooperadores, como contrapartida da participação destes na atividade da cooperativa.⁴⁶

Ora, se os excedentes cooperativos são uma fração do preço pago ou cobrado ao ou pelo cooperador que só provisoriamente fica nas mãos da cooperativa, devendo ser restituído ao cooperador, isso significa que não se estaria verdadeiramente perante um rendimento da cooperativa, mas perante um rendimento (ou uma poupança) do cooperador.⁴⁷

Uma conceção referencial da doutrina cooperativista vê precisamente o retorno como uma devolução ou restituição que se faz ao membro de uma dada cooperativa, ao efetuar-se o balanço e a liquidação do exercício económico, daquilo que já é seu desde o início da atividade.⁴⁸ O retorno de excedentes funcionará, deste modo, como uma correção *a posteriori*, através da qual se devolverá, a quem, com a sua participação na atividade da cooperativa, deu origem à formação do excedente, a diferença entre o preço praticado e o custo, ou a diferença entre as receitas líquidas e os adiantamentos laborais pagos, diferença esta determinada com exatidão no final de cada exercício.⁴⁹

Tratando de transpor este equacionamento para o plano fiscal, poderia partir-se da noção de rendimento hoje mais amplamente usada para efeitos fiscais, a noção de Schanz-Haig-Simons,⁵⁰ segundo a qual o rendimento de uma entidade é o acréscimo do seu património ao longo de um período temporal acrescido do rendi-

⁴⁵ A. FICI, *An Introduction...*, cit., p. 39, diz mesmo que “o lucro anual da cooperativa deveria em princípio ser igual a zero, a fim de demonstrar que a cooperativa efectivamente actuou no interesse dos seus membros”.

⁴⁶ D. MEIRA, “O regime da distribuição de resultados nas cooperativas de crédito em Portugal. Uma análise crítica”, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n.º 49, 2015, p. 100 e a bibliografia aí citada.

⁴⁷ Alguns autores consideram que o excedente cooperativo é sempre uma poupança do cooperador E. J. CHAMBERS, *Should the earnings of co-operative associations be made subject to federal income tax?*, University of British Columbia, Columbia, 1947, p. 123.

⁴⁸ D. MEIRA, “A participação do cooperador na atividade de uma cooperativa agrícola. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17 de abril de 2012”, *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 35, 2012-2013, p. 322.

⁴⁹ D. MEIRA, “Revisitando...”, cit., p. 359.

⁵⁰ J. LANG, “The Influence of Tax Principles on the Taxation from Capital”, in P. ESSERS e A. RIJKERS (eds), *The Notion of Income from Capital (I)*, IBFD, Amesterdão, 2005, pp. 20-21.

mento consumido no mesmo período.⁵¹ Património, por sua vez, é o conjunto dos direitos de conteúdo patrimonial de que a entidade é titular.⁵² Assim sendo, para saber a quem pertencem os excedentes, haveria que perguntar quem é o titular dos direitos de conteúdo patrimonial (dinheiro, depósitos bancários ou quaisquer outros ativos) que formam os excedentes.⁵³

Podem adotar-se duas posturas distintas quanto a esta questão. Segundo uma postura formalista, a resposta a esta questão dependerá de cada ordenamento em concreto e dependerá de a legislação cooperativa ou, sendo caso disso, os estatutos de cada cooperativa estabelecerem uma obrigação de as cooperativas restituírem os excedentes aos sócios. Quando essa obrigação exista, os excedentes, pela sua natureza e pelo seu regime jurídico, não formarão parte do património da cooperativa, não podendo ser considerados como rendimento desta.⁵⁴

Encontramos no direito comparado atual casos significativos de aplicação desta conceção.

Nos EUA,⁵⁵ a lei fiscal reconhece expressamente que o objetivo da atividade empresarial desenvolvida pela cooperativa com os seus membros não é o de gerar rendimentos para a cooperativa, mas aumentar o rendimento dos seus membros.⁵⁶ Baarda explica o regime fiscal aplicável às cooperativas no ordenamento norte-americano do seguinte modo.⁵⁷ O Internal revenue Code estabelece que uma cooperativa que opere “numa base cooperativa” pode efetuar retornos de excedentes cooperativos sem pagar imposto sobre esses excedentes. Os membros, por sua vez, pagarão imposto sobre os retornos recebidos. O Código estabelece requisitos apertados para que um determinado valor pago aos membros de uma cooperativa possa ser qualificado como retorno de um excedente. De acordo com a norma legal, um pagamento será um retorno se: 1) for determinado com base no volume ou valor da atividade cooperativa realizada com o membro em causa; 2) for pago ao cooperador ao abrigo de uma obrigação que a cooperativa tem de efetuar o retorno, obrigação essa que é prévia à realização do excedente; e 3) for determinado

⁵¹ HOLMES, K., *The Concept of Income: A Multi-disciplinary Analysis*, IBFD, Amsterdão, 2001, p. 36.

⁵² HOLMES, K., *op. cit.*, p. 66.

⁵³ A doutrina anglo-saxónica coloca a questão nos seguintes termos: se a cooperativa tem poder de disposição sobre os excedentes cooperativos, então estes formam rendimento da cooperativa (J. R. BAARDA, *Cooperatives and Income Tax Principles*, University of Arkansas, Little Rock, 2007, p. 4; D. ISH, *Some aspects of the taxation of Canadian cooperatives*, Canadian Tax Foundation, Toronto, 1975, p. 45).

⁵⁴ D. ISH, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁵ A matéria encontra-se regulada no Internal Revenue Code, no subcapítulo T, secções 1381-1388.

⁵⁶ D. A. FREDERICK, “Income tax treatment of cooperatives: background”, *Cooperative Information Report 44, Part 1*, USDA Rural Development, Washington D. C., 2013, p. 110.

⁵⁷ J. R. BAARDA, *op. cit.*, p. 2.

por referência ao resultado líquido da atividade da cooperativa com os membros. O Código sublinha que um verdadeiro retorno não poderá incluir qualquer valor que resulte de atividade levada a cabo com não membros, ou da atividade levada a cabo com outro ou outros membros que não aquele que recebe o retorno.⁵⁸

Mas na Europa também existem exemplos desta mesma abordagem. Em França, o Code Général des Impôts, no seu artigo 214.1 (1er) isenta de tributação sobre o rendimento, em geral, no que diz respeito às cooperativas de consumo, os excedentes que sejam distribuídos aos cooperadores sob a forma de retornos.⁵⁹ Uma regra idêntica é estabelecida, no artigo 214.1 (5eme) para as sociedades de interesse coletivo agrícola.⁶⁰ Quanto aos excedentes que não sejam distribuídos – no próprio exercício em que são gerados, subentende-se – mas que sejam levados a reservas, no silêncio da lei, a administração tributária entende que também podem não ser tributados, mas apenas quando sobre a cooperativa impenda uma obrigação “firme e definitiva” – irrevogável, portanto – assumida anteriormente ao fecho do exercício, de proceder ao pagamento de retornos desses excedentes, e quando as modalidades de cálculo dos retornos se encontrem precisamente definidas.⁶¹

Mais relevante, porém, na atualidade, poderá ser a posição assumida pela Comissão Europeia sobre esta matéria. Na sua comunicação datada de 1998 em matéria de ajudas de estado,⁶² a Comissão afirma que (ponto 25) “pela natureza do sistema fiscal também se pode justificar que em certas cooperativas que distribuem todos os seus resultados, estes não sejam tributados, na condição de que sejam tributados na pessoa dos membros”. Ora, uma vez que, regra geral, os resultados distribuíveis, nas cooperativas, são precisamente os excedentes, conclui-se que a Comissão adotou nesta sua comunicação quanto à fiscalidade das cooperativas a conceção de que os excedentes retornados aos cooperadores não devem ser tributados na cooperativa.

Já no mais recente projeto de comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, emitido em Maio de 2016,⁶³ a Comissão diz que, tendo em conta as especificidades das cooperativas, pode considerar-se que as cooperativas não se encontram numa situação factual

⁵⁸ Vide também D. A. FREDERICK, op. cit., p. 110

⁵⁹ Diz a norma citada: “Sont admis en déduction : 1° En ce qui concerne les sociétés coopératives de consommation, les bonis provenant des opérations faites avec les associés et distribués à ces derniers au prorata de la commande de chacun d’eux ».

⁶⁰ O artigo 114.1 (5º) dispõe: «En ce qui concerne les sociétés d’intérêt collectif agricole, les bonis provenant des opérations faites avec les associés coopérateurs et distribués à ces derniers au prorata de leurs activités.»

⁶¹ Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts -IS-BASE-30-40-10-20120912.

⁶² Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas [Diario Oficial C 384 de 10.12.1998].

⁶³ COMISSÃO EUROPEIA, Communication..., 2016, cit., supra, nota 3.

e jurídica comparável à das sociedades comerciais, de modo que um tratamento fiscal privilegiado das cooperativas pode não ser abrangido pelo âmbito de aplicação das regras em matéria de auxílios estatais, desde que: atuem de acordo com os interesses económicos dos seus membros; as suas relações com os membros não sejam puramente comerciais, mas pessoais e individuais; os membros participem ativamente na gestão da empresa; e *tenham direito à distribuição equitativa dos resultados do desempenho económico* (parágrafo 158).

Os exemplos apresentados ilustram o que anteriormente qualificamos como uma conceção formalista quanto à natureza dos excedentes, já que atende ao elemento do controlo jurídico sobre os valores que se qualificam como excedentes, o que se prende com a existência de uma obrigação jurídica de pagamento dos excedentes. Consideramos, porém, que uma abordagem mais substancialista poderá também ser válida e deve ser introduzida no debate sobre esta problemática. Se a cooperativa, como dissemos anteriormente, é constituída com o objetivo de, através da atividade que desenvolve com os membros, gerar vantagens para estes como consumidores, fornecedores ou trabalhadores da cooperativa, daí decorre que o excedente é sempre uma parte da vantagem económica que a cooperativa obtém para o sócio, ainda que este não tenha um direito subjetivo formal a esse excedente. A principal diferença entre o excedente cooperativo e o lucro de uma sociedade, que poderia justificar que o primeiro fosse excluído dos resultados da cooperativa, residiria assim na origem do excedente na atividade do sócio com a cooperativa e na sua qualificação como parte da vantagem económica daquele. Quando não pago através de retorno, o excedente poderia ainda ser visto como um rendimento (ou uma poupança) do sócio que este coloca na disponibilidade da cooperativa.

Atendendo a esta caracterização do excedente, consideramos que pelo menos os excedentes que são pagos aos sócios no próprio exercício em que são gerados não devem ser considerados como rendimento da cooperativa, desde que correspondam a um excedente efetivo. Quanto a estes excedentes, não poderá falar-se tecnicamente de uma isenção de imposto uma vez que, não constituindo rendimento da cooperativa, estariam por natureza excluídos do âmbito da incidência do mesmo. Quanto aos excedentes que são pagos no ano em que são gerados, portanto, e desde que sejam calculados de modo a refletir o resultado efetivamente realizado nas operações com o cooperador que a eles tem direito, a sua não tributação não constitui um benefício fiscal. Quanto aos rendimentos levados a reservas, se houver uma obrigação precisa e definitiva de pagamento diferido, a situação será substancialmente equiparável. Não se estará perante rendimento da cooperativa, mas de rendimento ou poupança dos membros, pelo que não se deverá falar de isenção nem, conseqüentemente, de benefício fiscal. Se os excedentes forem creditados em contas dos membros, com pagamento diferido, a situação

poderá ser equivalente à de um pagamento de retornos, dependendo da existência de uma obrigação de pagamento.

4 RENDIMENTOS PROVENIENTES DE OPERAÇÕES ALHEIAS AOS FINS PRÓPRIOS DA COOPERATIVA

Falta-nos analisar a exclusão do âmbito da isenção dos resultados provenientes de atividades alheias aos “fins próprios das cooperativas”. Já assinalámos a afinidade desta norma com o artigo 21.3 do Regime Fiscal das Cooperativas espanhol, na parte em que menciona rendimentos “obtidos de atividades económicas ou fontes alheias aos fins específicos da cooperativa.” Ainda que seja evidente que o legislador português se inspirou na norma fiscal espanhola, a interpretação da norma portuguesa tem que ser realizada tendo em conta o seu enquadramento sistemático dentro do ordenamento jurídico português. Além disso, no direito cooperativo português não existe uma tipologia dos resultados das cooperativas, ao contrário do que acontece no direito cooperativo espanhol (referimo-nos ao artigo 57.3 da Ley de Cooperativas vigente).

A interpretação da norma deverá partir de uma delimitação do conceito de “fins próprios” da cooperativa. A doutrina portuguesa, na esteira de uma longa tradição, distingue o fim (ou fim mediato) do objeto (ou fim imediato) da pessoa coletiva.⁶⁴ O objeto (ou fim imediato) é, para a maioria da doutrina, a atividade que a pessoa coletiva se propõe desenvolver e que consta dos seus estatutos,⁶⁵ sendo também definida por certos autores como os “modos de ação através dos quais a pessoa coletiva prossegue os seus fins.”⁶⁶ O fim da pessoa coletiva é a finalidade última que os seus fundadores pretendem atingir com a sua instituição, traduzindo-se sempre “na prossecução de certos interesses humanos.”⁶⁷ No caso das sociedades, diz-nos o artigo 980 do Código Civil que esse fim é o lucro. No caso das cooperativas, o artigo 2 do CCoop, em sintonia com a “Declaração sobre a identidade cooperativa” promulgada pela Aliança Cooperativa Internacional

⁶⁴ A. MENEZES CORDEIRO, Manual de Direito das Sociedades, I, Das Sociedades em Geral, Almedina, Coimbra, 2004, p. 199; J. M. COUTINHO DE ABREU, Curso de Direito Comercial, II, 4ª ed. Almedina, Coimbra, 2011, p. 8 e p. 15; A. SOVERAL MARTINS, “Capacidade, Art.º 6.º”, in J. M. COUTINHO DE ABREU (ed.), Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Almedina, Coimbra, 2010, p. 110; L. CARVALHO FERNANDES, Teoria Geral do Direito Civil, Vol I, AAFDL, Lisboa, 1983, p. 433.

⁶⁵ A. MENEZES CORDEIRO, A., op. cit., p. 199; A. PEREIRA DE ALMEIDA, Sociedades Comerciais, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 32; L. CARVALHO FERNANDES, op. cit., p. 436.

⁶⁶ L. CARVALHO FERNANDES, op. cit., p. 436.

⁶⁷ L. CARVALHO FERNANDES, op. cit., p. 433. Observa o Autor que “qualquer que seja o tipo de pessoa colectiva ela há-de sempre reportar-se a interesses de certos homens, a vantagens que lhes são atribuídas, quer essas pessoas sejam as que constituem o elemento pessoal da pessoa colectiva, quer sejam terceiros a ela alheios.”

em 1995, diz-nos que “as cooperativas são pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles”. Portanto, o fim da cooperativa é a satisfação das necessidades económicas, sociais ou culturais dos seus membros”.

O que sejam, em concreto, as aspirações económicas, sociais ou culturais dos membros só é identificável caso a caso. Tratando-se de uma cooperativa de solidariedade social, a aspiração dos membros será a de usufruir e eventualmente prestar um serviço de cariz social; no caso de uma cooperativa de habitação, será a de poder adquirir habitação em condições mais benéficas do que as que proporcionam os outros agentes económicos; no caso de uma cooperativa agrícola, a de maximizar o lucro da própria atividade agrícola do cooperador; etc. O fim da cooperativa é, pois, o de realizar estas aspirações o mais plenamente possível. Lida a esta luz a disposição do artigo 66.º-A. 1, seriam alheios aos fins próprios da cooperativa os resultados gerados em operações que, pela sua natureza ou pelas circunstâncias concretas, fossem inadequadas a realizar as aspirações dos sócios.

O primeiro problema que se nos depara quanto à interpretação do artigo 66-A.1 do EBF é o de saber se com o termo “fins próprios” da cooperativa, o legislador se refere ao objeto (fim imediato) ou ao fim (fim mediato) da cooperativa. Entendemos que, apesar de não ser esse o sentido literal, o preceito deve ser interpretado como referindo-se ao objeto da cooperativa, pela simples razão de que a atuação de uma pessoa coletiva de modo “alheio” aos seus fins é uma situação especialmente anómala, para a qual, aliás, o direito civil estabelece mecanismos de sanção,⁶⁸ não sendo lógico que o direito fiscal preveja um tratamento especial para tais situações.

Assente este entendimento quanto a este ponto preliminar, a questão que se coloca conseqüentemente, num plano fiscal, é a da relação dos resultados obtidos pela cooperativa com o seu objeto, e da relevância que a maior ou menor proximidade entre os resultados e o objeto da cooperativa deve ter para efeitos fiscais.

Num recente acórdão, o Supremo Tribunal Administrativo foi chamado a pronunciar-se sobre o regime fiscal dos resultados provenientes de atividades não incluídas no objeto principal das cooperativas.⁶⁹ Tratava-se, no caso, de uma coo-

⁶⁸ O artigo 71 do CCoop, no seu número 1, estabelece a responsabilidade dos administradores para com a cooperativa pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com a preterição dos deveres legais ou estatutários. E no n.º 2, mais explicitamente, diz que “os administradores são responsáveis, designadamente, pelos danos causados pelos seguintes atos: a) Prática, em nome da cooperativa, de atos estranhos ao objeto ou aos interesses desta ou permitindo a prática de tais atos”.

⁶⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16-09-2015, processo n.º 1214/12, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta>. Além do aresto citado, o Supremo Tribunal Administrativo pronunciou-se sobre a questão num acórdão anterior, de 04-12-2013, no mesmo processo. No primeiro acórdão, reformado

perativa do ramo agrícola que havia procedido à alienação de património imobiliário para, com o produto da venda, proceder à liquidação de dívidas bancárias contraídas para a compra de equipamentos necessários à sua atividade produtiva e que estavam a colocar em risco a viabilidade da cooperativa. A administração tributária defendeu, com base no artigo 66-A.1 do Estatuto dos Benefícios Fiscais, que a operação em causa, de venda de património imobiliário, era uma operação “alheia aos próprios fins” da cooperativa.

Na posição defendida pela administração tributária encontra-se implícita uma certa interpretação da norma e da expressão utilizada no preceito legal referido. Para a administração tributária, seriam atividades alheias aos fins próprios de uma cooperativa quaisquer atividades que não pudessem reconduzir-se à atividade cooperativizada entendida em sentido estrito. Por outras palavras, para a administração tributária a expressão “fins próprios da cooperativa” referir-se-ia ao objeto da cooperativa. Por exemplo, para uma cooperativa de habitação e construção, seriam atividades alheias aos fins próprios da cooperativa quaisquer atividades que não se enquadrassem no seu objeto tal como este se encontra delimitado pela lei setorial que rege as cooperativas de construção e habitação:⁷⁰ “promoção, construção ou aquisição de fogos para habitação dos seus membros, bem como a sua manutenção, reparação ou remodelação”, e “o tratamento das áreas envolventes dos empreendimentos por que são responsáveis, incluindo as zonas de lazer, e a manutenção permanente das boas condições de habitabilidade dos edifícios.”⁷¹

O tribunal, desestimando a posição da administração tributária, viria porém a basear a sua decisão numa diferente interpretação da expressão utilizada no artigo 66-A.1 do EBF. Remetendo-se a uma quase total ausência de argumentação jurídica, o tribunal conclui apenas que a operação em causa não pode considerar-se uma atividade alheia aos fins da cooperativa, uma vez que o produto da venda do terreno “foi utilizado pela impugnante para amortização dos seus compromissos financeiros, compromissos esses assumidos para compra de equipamento destinado à operação da sua atividade.” Implícita nesta lacónica fundamentação, está uma interpretação da expressão “fins próprios da cooperativa” bastante mais ampla que a propugnada pela administração.

Mais do que discutir qual das interpretações em confronto no acórdão é a mais acertada de acordo com o sentido literal da norma, interessa-nos reequacionar os termos da questão a partir de um ponto de vista mais fundamental. Sabendo-

pele segundo, o Supremo Tribunal havia tomado uma posição radicalmente diversa da que viria a adotar no segundo acórdão, e sobre bases juridicamente erradas, pois considerou que a operação de venda de bens do immobilizado da cooperativa era uma operação com terceiros.

⁷⁰ Decreto-Lei n.º 502/99 de 19 de Novembro.

⁷¹ Artigo 2 do Decreto-Lei n.º 502/99 de 19 de Novembro que estabelece o Regime Jurídico das Cooperativas de Habitação.

-se que a atividade das cooperativas, como a de qualquer entidade empresarial, é complexa, decompondo-se numa multiplicidade de operações cuja proximidade com o objeto principal da cooperativa é variável, como devem ser considerados os resultados decorrentes desses diferentes tipos de operações para efeitos do “favorecimento fiscal” que a Constituição impõe que o legislador concretize relativamente às cooperativas? Por outras palavras, qualquer rendimento obtido pela cooperativa deve merecer proteção em termos fiscais, independentemente da relação que tenha com o objeto da cooperativa, ou apenas aqueles rendimentos que apresentam uma conexão com esse objeto? E neste caso, que tipo de conexão será de exigir?

As atividades que a cooperativa desenvolve, e da qual resultam rendimentos, podem estar direta ou indiretamente relacionadas com o objeto da cooperativa. Estão diretamente relacionadas com o objeto da cooperativa as atividades que resultam diretamente na satisfação das necessidades dos cooperadores (v.g. a construção de moradias por parte de uma cooperativa de habitação, a venda de produtos agrícolas entregues pelos membros, a venda de bens numa cooperativa de consumo, etc); Estarão indiretamente relacionadas com o objeto se o seu resultado direto não é a satisfação de necessidades dos membros mas se, ainda assim, têm um carácter instrumental em relação à consecução desse fim. Muitas atividades levadas a cabo pela cooperativa têm um carácter instrumental em relação à prossecução dos fins desta, com diferentes naturezas e diversos tipos de relação instrumental com o objeto da cooperativa. Dado que o nosso enfoque é sobre atividades que geram rendimentos suscetíveis de serem tributados, a nossa preocupação confina-se a atividades que geram rendimentos. A instrumentalidade neste caso traduzir-se-á em aumentar os meios ao dispor da cooperativa para desenvolver atividades que deem satisfação às necessidades dos membros. Estas atividades poderão ser regulares ou esporádicas. Exemplos de atividades regulares serão a exploração de um estabelecimento de restauração por parte de uma cooperativa de produtores agrícolas, ou o arrendamento de imóveis por parte de uma cooperativa de trabalho. Exemplo de uma atividade esporádica será o de uma cooperativa de consumo que, ao mudar de instalações e de localização, leve a cabo um empreendimento imobiliário no local das antigas instalações, como forma de obter receitas.

Estas atividades, como se pode deduzir, poderão ter diversos graus de proximidade com o objeto da cooperativa. Algumas atividades, ainda que não façam parte do objeto da cooperativa, poderão ser atos normais de gestão. Por exemplo, quando uma cooperativa aliena ativos que já não são rentáveis, e que foram adquiridos para desenvolver o objeto da cooperativa, está ainda a praticar um ato que não é de gestão corrente mas não deixa de ser um ato normal de gestão. Outras atividades, pelo contrário, não têm qualquer relação com o objeto da cooperativa, como quando uma cooperativa de produtores agrícolas explora um estabelecimento de

restauração ou quando uma cooperativa de habitação cede, através de locação, o uso de imóveis seus para atividades comerciais levadas a cabo por terceiros.

Os exemplos e as considerações que acabámos de efetuar mostram a complexidade da questão da tributação dos rendimentos provenientes de atividades não compreendidas no objeto das cooperativas.

Por força do princípio da especialidade das pessoas coletivas (o qual consta do artigo 160.1 do Código Civil), o seu objeto deve ser delimitado de forma concreta, o que significa que não são de admitir formulações vagas, que não permitam identificar a atividade a desenvolver, ou abertas, i.e. que deixem à cooperativa liberdade para desenvolver qualquer atividade.⁷² Na legislação portuguesa, o objeto determina a inserção da cooperativa num determinado ramo cooperativo e, consequentemente, a sua sujeição à competente legislação sectorial.

Ainda em virtude do princípio da especialidade das pessoas coletivas, e também por força do disposto expressamente no artigo 112.1-a) e 3 do Código Cooperativo, a cooperativa está impedida de desenvolver de modo habitual atividades que não estejam compreendidas no seu objeto. Não está, contudo, impedida de desenvolver esporadicamente atividades não compreendidas no seu objeto. Seria o caso, já referido anteriormente, de uma cooperativa desenvolver, a título esporádico, um empreendimento imobiliário, por motivo, v.g., de mudança de instalações.

Além disso, no normal decorrer da sua atividade, as cooperativas, como qualquer outra entidade empresarial, praticam atos que são necessários ou convenientes à gestão, embora não se enquadrando na atividade principal da cooperativa. Assim, a cooperativa terá necessidade de efetuar aplicações financeiras, de vender imobilizado em fim de vida ou obsoleto e, eventualmente, como no caso do acórdão citado, de proceder à alienação de propriedades de investimento.

Em relação a esta categoria de operações, coloca-se a questão de saber se os rendimentos delas resultantes devem poder beneficiar do tratamento fiscal favorável que o legislador concede aos rendimentos resultantes das atividades normais da cooperativa. Dito de outra forma, trata-se de saber se estas operações são alheias aos “fins próprios” da cooperativa, o que já vimos dever ser interpretado como “alheias ao objeto” da cooperativa.

O acórdão do STA citado deixa entrever uma ampla permissividade em relação à inclusão de atividades extracooperativas no âmbito da isenção, com base num nexó finalístico entre a operação e a atividade normal da cooperativa, i.e. o seu objeto principal. No caso concreto, a operação, de venda de imóveis, destinava-se a gerar os meios financeiros necessários para amortizar uma dívida que fora contraída para comprar equipamento. Existia, portanto, um nexó finalístico entre

⁷² Sobre a matéria, em relação às sociedades, vd. o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, n.º PGRP00000712, disponível em <http://www.dgsi.pt/pgpr.nsf/>.

a operação e a atividade principal e normal da cooperativa, ie a atividade cooperativizada. Por essa razão, o tribunal considerou que os rendimentos em causa não eram provenientes de atividades alheias aos “fins próprios” da cooperativa. Consideramos, contudo, que uma abordagem puramente finalística como a que foi utilizada no acórdão não é suficiente nem é generalizável.

De um ponto de vista tanto de interpretação do direito positivo (neste caso o artigo 66-A.1 do EBF), como dogmático, cremos que a questão não pode deixar de ser equacionada à luz da problemática da igualdade tributária. A questão da igualdade tributária, no que diz respeito ao tratamento fiscal das cooperativas, traduz-se em saber se as cooperativas se encontram, em termos tributários, numa situação comparável às das restantes entidades empresariais. E como dissemos anteriormente, em obediência ao princípio da igualdade, o legislador não pode conceder um tratamento fiscal favorável às cooperativas apenas com base na forma jurídica cooperativa, sendo necessário que a situação tributária das cooperativas se distinga substancialmente da das restantes entidades empresariais. Ora, não tendo a pretensão de esgotar a questão da comparabilidade tributária entre as cooperativas e as restantes entidades empresariais, para efeitos fiscais, parece óbvio que o que substancialmente distingue as cooperativas das restantes entidades empresariais é o mutualismo, pelo que este deverá ser o aspeto determinante da análise. Se a atividade geradora dos rendimentos é causada pela atividade cooperativizada, ainda que tenha natureza extraordinária, deverá ter o mesmo tratamento que os rendimentos provenientes da atividade cooperativizada. Já se a atividade não é causada pela atividade mutualista, não enfrentando, por esse mesmo motivo, qualquer limitação decorrente da natureza cooperativa e da regulação própria deste tipo de entidades e decorrendo à margem do escopo mutualístico, a cooperativa estará, nestas circunstâncias, numa situação comparável à das restantes entidades empresariais.

5 CONCLUSÃO

A questão da tributação do rendimento das cooperativas, antes de qualquer consideração de natureza política, requer uma correta determinação da capacidade contributiva das cooperativas, o que por sua vez exige decidir sobre a qualificação dos excedentes cooperativos como rendimento da cooperativa ou, em alternativa, como rendimento ou poupança dos seus membros.

A conceção de que os excedentes pertencem aos cooperadores tem larga aceitação e encontra-se presente em legislações de ordenamentos de referência, como o dos Estados Unidos da América ou o francês. No entanto, nesses ordenamentos, o legislador considera que os excedentes pertencem aos cooperadores apenas quando são pagos (retornados) no próprio ano em que são gerados e quando existe uma obrigação definitiva e previamente estabelecida de pagamento dos mesmos.

De facto, se assim não for, não existirá uma diferença substancial, em termos económicos, entre os excedentes e os lucros societários. Consideramos que, no essencial, esta conceção está dogmaticamente correta, tendo em conta a especial natureza dos excedentes cooperativos. Quando sejam pagos no próprio ano em que são gerados ou quando, embora levados a reservas, exista uma obrigação bem definida, definitiva (irrevogável) e previamente estabelecida de retorno dos excedentes estes não são um rendimento da cooperativa e por isso estão, por natureza, excluídos da tributação. Em relação a este tratamento fiscal não se colocará o problema da sua compatibilidade com o regime de ajudas de estado da União Europeia, pois a exclusão da tributação estará ditada pela lógica do sistema fiscal.

O artigo 66-A.1 do Estatuto dos Benefícios Fiscais português, em relação às cooperativas agrícolas, de consumo, de habitação, culturais e de solidariedade social, estabelece um regime de isenção dos resultados, mas exclui do âmbito dessa isenção os rendimentos provenientes de atividades “alheias aos próprios fins” da cooperativa. Num acórdão recente, o Supremo Tribunal Administrativo considerou que não são “alheias aos próprios fins” atividades extraordinárias que têm um nexó finalístico com a prossecução do objeto da cooperativa. Consideramos que a abordagem é insuficiente, devendo exigir-se antes um nexó causal entre a prossecução do objeto da cooperativa – a atividade cooperativizada que a mesma se propõe desenvolver – e a atividade extracooperativa em causa.

BIBLIOGRAFIA

- A. FICI, “An Introduction to cooperative law”, in D. CRACOGNA, A. FICI e H. Henrÿ (eds), *International Handbook of Cooperative Law*, Springer, 2013, Pág. 3.
- A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades, I, Das Sociedades em Geral*, Almedina, Coimbra, 2004.
- A. SOVERAL MARTINS, “Capacidade, Art.º 6.º”, in J. M. COUTINHO DE ABREU (ed.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Almedina, Coimbra, 2010.
- B. ALMEIDA, “O Sector cooperativo em Portugal: Aspectos Económicos”, *Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas*, n.º 28, 2005, Pág. 55.
- B. SANTAMARIA, *Diritto tributario. Parte generale*, Giuffrè Editore, Milão, 2011.
- BORIA, P., “I principi costituzionale dell’ordinamento fiscale”, in A. Fantozzi (ed.) *Diritto Tributario*, 4ª ed., Wolters Kluwer Italia, 2012.
- C. MICHEAU, “State aid and taxation in European Union Law”, in E. SZYSZCZAK (ed.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, Pág. 193.
- D. A. FREDERICK, “Income tax treatment of cooperatives: background”, *Cooperative Information Report* 44, Part 1, USDA Rural Development, Washington D. C., 2013.
- D. ISH, *Some aspects of the taxation of Canadian cooperatives*, Canadian Tax Foundation, Toronto, 1975.

- D. MEIRA, “A participação do cooperador na atividade de uma cooperativa agrícola. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17 de abril de 2012”, *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 35, 2012-2013, Pág. 315.
- D. MEIRA, “As operações com terceiros no direito cooperativo português”, in D. MEIRA (coord.), *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2012, Pág. 413.
- D. MEIRA, “O regime da distribuição de resultados nas cooperativas de crédito em Portugal. Uma análise crítica”, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n.º 49, 2015, Pág. 83.
- D. MEIRA, “Revisitando o problema da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário”, Actas do II Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2012.
- D. MEIRA, *O regime económico das cooperativas no direito português: O capital social*, Vida Económica, Porto, 2009.
- E. J. CHAMBERS, *Should the earnings of co-operative associations be made subject to federal income tax?*, University of British Columbia, Columbia, 1947.
- I. MERINO JARA, “El régimen fiscal de las cooperativas ¿respeto el régimen comunitario de ayudas de estado?”, *GEZKI - Revista Vasca de Economía Social*, n.º 6, 2010, Pág. 29.
- J. J. HINOJOSA TORRALVO, “Fiscalidad y financiación de las cooperativas: ¿a qué juega la Unión Europea?”, *CIRIEC-España: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 69, 2010, Pág. 73.
- J. LANG, “The Influence of Tax Principles on the Taxation from Capital”, in P. ESSERS e A. RIJKERS (eds), *The Notion of Income from Capital (I)*, IBFD, Amsterdão, 2005, Pág. 3.
- J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, II*, 4ª ed. Almedina, Coimbra, 2011.
- J. M. TEJERIZO LÓPEZ, “Algunas reflexiones sobre el régimen fiscal de las cooperativas”, *CIRIEC-España: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 69, 2010, Pág. 53.
- J. R. BAARDA, *Cooperatives and Income Tax Principles*, University of Arkansas, Little Rock, 2007.
- K. HOLMES, *The Concept of Income: A Multi-disciplinary Analysis*, IBFD, Amsterdão, 2001.
- K. TIPKE e J. LANG, *Steuerrecht*, 18ª ed., Otto Schmidt, Colónia. 2005.
- L. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol I*, AAFDL, Lisboa, 1983.
- M. P. ALGUACIL, “Condicionantes el régimen de ayudas de estado en la fiscalidad de cooperativas”, *CIRIEC-España: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 69, 2010, Pág. 27.
- MEIRA, D., “As Operações com terceiros no direito cooperativo português”, in MEIRA, D. (coord.), *Jurisprudência cooperativa comentada*, Lisboa, INCM – Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012.
- N. AGUIAR, “A Tributação do rendimento das cooperativas em Portugal”, *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 36, 2014, Pág. 55.
- N. AGUIAR, “Princípios Cooperativos e Benefícios Fiscais”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social e Cooperativa*, n. 27, 2015, Pág. 429.

- N. AGUIAR, D. MEIRA e S. RAQUEL, “Estudio sobre la eficacia del régimen fiscal cooperativo portugués,” *REVERSCO: Revista de Estudios Cooperativos*, n.º 121, 2016, Pág. 7.
- P. R., MACCANICO, “The Point on selectivity in state aid review of business tax measures”, in S. PFEIFFER e M. URSPRUNG-STEINDL (eds), *Legal Remedies in European Tax Law*, IBFD, Amesterdão, 2009, Pág. 223.

II

XURISPRUDENCIA

II.1. COMENTARIOS XURISPRUDENCIA

“¡MIS SOCIOS NO ME DEJAN CONCILIAR!”. EL DERECHO
A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL
EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS. COMENTARIO A LA
SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN
EUROPEA (SALA SEGUNDA), DE 16 DE JUNIO DE 2016

*“MY PARTNERS DO NOT LEAVE ME CONCILIATE!” THE
RIGHT OF RECONCILING WORK AND FAMILY LIFE
BY PARTNER PEOPLE OF COOPERATIVES COMMENT
TO JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE
EUROPEAN UNION (SECOND CHAMBER) OF 16 JUNE 2016*

MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL¹ - SANTIAGO GARCÍA CAMPÁ²

“Pero allá van leyes do quieren reyes, y no digo más.”
El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha, cap. XLV

Recepción: 31/08/2016 - Aceptación: 19/09/2016

¹ Profesora titular de universidad de Derecho Mercantil, Universitat Jaume I de Castellón; árbitra del Consell Valencià del Cooperativisme. Dirección de correo electrónico: senent@dpr.uji.es.

² Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat Jaume I de Castellón; árbitro de elecciones sindicales de la provincia de Valencia. Dirección de correo electrónico: gcampa@uji.es.

RESUMEN

El artículo estudia el ejercicio del derecho de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas socias en las cooperativas. Tras el examen de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2016 (Asunto C-351/14) se formulan tres conclusiones directamente relacionadas con esta cuestión: se sostiene que los permisos parentales regulados en la Directiva 2010/18 son aplicables a las personas socias de las cooperativas en la medida que la prestación de trabajo que efectúan coincide con la de las empleadas, a pesar de que la relación jurídica sea societaria en el primero caso y laboral en el segundo; se aprecia que los obstáculos en su protección constitucional y legal, especialmente en el caso del derecho a la adaptación de la jornada de trabajo, no impiden enjuiciar la razonabilidad de la decisión empresarial que limita su ejercicio y, en particular, si se ha cumplido o no el reglamento de régimen interno cooperativo al respecto; y, finalmente, se muestra por qué la regulación en las Directivas europeas impide considerar el permiso de maternidad como un tipo de permiso parental, a diferencia de su configuración en el Derecho interno.

PALABRAS CLAVE: cooperativas, conciliación familiar y laboral, derecho comunitario, relación societaria, prestación de trabajo

ABSTRACT

The paper studies the exercise of the rights of reconciling work and family life by partner people of cooperatives. The review of the judgment of the Court of Justice of the European Union of 16 June 2016 (Case C-351/14) allows to analyze three important issues in this regard: the application of parental leave provided for in Directive 2010/18 on as the provision of work that partner and employed persons is coincidental, even though the legal relationship is corporate in the first case and work in the second; the limits in its constitutional and legal protection, especially in the case of the right to the working day, do not prevent prosecute the business decision that limits its exercise, particularly if it has not complied cooperative's internal regulations; and finally regulation in European Directives that precludes consideration of maternity leave as a type of parental leave, unlike its settings in national law.

KEYWORDS: cooperatives, reconciling family and professional life, European Law, corporate relationship, labor service, maternity and parental leaves

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. HECHOS QUE DAN LUGAR AL ASUNTO C-351/14 ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, CUESTIONES PREJUDICIALES, CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL Y RESOLUCIÓN JUDICIAL. 3. EL CRITERIO PARA APLICAR LA DIRECTIVA 2010/18 A LAS PERSONAS SOCIAS EN LAS COOPERATIVAS: ¿RELACIÓN JURÍDICA O PRESTACIÓN DE TRABAJO? 4. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y, EN PARTICULAR, DEL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE JORNADA. 5. EL PERMISO DE MATERNIDAD COMO UN TIPO DE PERMISO PARENTAL EN EL DERECHO ESPAÑOL. 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. FACTS THAT GIVE RISE TO CASE C-351/14 BEFORE THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, PRELIMINARY RULING, ADVOCATE GENERAL AND JUDGMENT. 3. THE CRITERION FOR APPLYING DIRECTIVE 2010/18 TO PERSONS PARTNER COOPERATIVES: PROVIDE LEGAL RELATIONSHIP OR JOB? 4. THE LIMITS OF THE RIGHTS OF RECONCILIATION AND IN PARTICULAR THE RIGHT TO ADAPT WORKING HOURS. 5. MATERNITY LEAVE AS A KIND OF PARENTAL LEAVE IN SPANISH LAW. 6. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social (LES) se promulgó con el explícito propósito de definir la economía social, «estableciendo los principios que deben contemplar las distintas entidades que la forman» (1.º párr., apdo. III de su Preámbulo). Entre tales entidades se incluyó, como no podía ser de otro modo, a las cooperativas (art. 5.1 LES). Y entre los mencionados principios fue enunciada la «promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad» (art. 4.c) LES).

En materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y, de modo concreto, en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral, el 16 de junio de 2016 la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaraba la inadmisibilidad de una petición de decisión prejudicial que le había formulado el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona con motivo del conflicto surgido tras la denegación a una socia trabajadora de su solicitud de adaptación del horario de trabajo una vez finalizado su permiso de maternidad. Al hilo de los diferentes argumentos desarrollados en dicho procedimiento, queremos reflexionar sobre ciertos interrogantes y obstáculos que se plantean en torno al ejercicio de la conciliación de la vida familiar y laboral en las cooperativas.

Examinaremos, pues, la resolución que el Tribunal de Justicia da respecto de las cuestiones prejudiciales formuladas por el Juzgado de lo Social, teniendo especialmente en cuenta las Conclusiones previamente emitidas por el Abogado general. Con ello se pretende alcanzar tres objetivos: 1) mostrar que la prestación de trabajo que forma parte del contenido de la relación jurídica entre la socia trabajadora y la sociedad cooperativa no es sustancialmente distinta a la que realiza quien trabaja por cuenta ajena, puesto que es esta faceta del contenido de la relación jurídico-societaria la que debe ser objeto de comparación con la prestación laboral y no la causa de dicha prestación, societaria en un caso y laboral en el otro, a la hora de aplicar la Directiva 2010/18 del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE; 2) justificar que los derechos de conciliación son de aplicación a la prestación de trabajo efectuada por quien sea socia trabajadora en una entidad cooperativa, a pesar de las limitaciones de su configuración constitucional y legal y, de modo particular, cuando se trata del derecho a la adaptación de la jornada de trabajo en una cooperativa; y 3) apreciar que la configuración de una parte del permiso de maternidad como un tipo de permiso parental en el Derecho español no se corresponde con los objetivos ni el ámbito temporal de aplicación del permiso de maternidad y los permisos parentales regulados en las Directivas 92/85 y 2010/18, respectivamente.

Comenzaremos con la descripción de los hechos que dan lugar a la formulación de la cuestión prejudicial, las cuatro preguntas formuladas por el Juzgado de lo Social al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las conclusiones del Abogado general y la resolución finalmente adoptada por el órgano judicial europeo. Seguidamente se examina la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva 2010/18 de las personas socias cooperativas, teniendo en cuenta, por un lado, si su relación jurídico-societaria puede ser considerada un contrato de trabajo o una relación laboral, de acuerdo con la Cláusula 1 del Acuerdo marco revisado (anexo a la Directiva 2010/18); y, por otro, si la prestación de trabajo cuenta con una naturaleza sustancialmente diferente en cada caso. Para llevar a cabo esta tarea también se revisa el ejercicio del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral en el régimen jurídico cooperativo estatal y autonómico, teniendo especialmente en cuenta la previsión específica contenida en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVFL). En el apartado cuarto se examinan los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral desde un prisma constitucional, teniendo especialmente en cuenta las SSTC 24 y 26/2011 y, de forma particular, el carácter incompleto del derecho a la adaptación de la jornada de trabajo. En el apartado quinto se explica la configuración de una parte del permiso de maternidad como un tipo de permiso parental en nuestro ordenamiento jurídico y se examina su

grado de correspondencia con los fines y el momento temporal de aplicación de las Directivas 92/85 y 2010/18. En el último apartado se enuncian las principales conclusiones que se desprenden del estudio completado y se realizan varias propuestas que ayudan a resolver algunos de los problemas jurídicos que el caso enjuiciado ha puesto de manifiesto.

2 EL ASUNTO C-351/14 ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: HECHOS, CUESTIONES PREJUDICIALES, CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL Y RESOLUCIÓN JUDICIAL

Consum, Coop. V. es una cooperativa polivalente regida, en el momento de los hechos sometidos al procedimiento, por la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (LCCV)³. Las cooperativas polivalentes son aquellas “cuyo objeto social comprenda actividades de distinta clase, sin perjuicio de destacar las actividades principales a los efectos legales oportunos” (art. 86.3, LCCV). En el caso de Consum, Coop. V. las distintas clases de actividad que se compaginan son las propias de las cooperativas de personas consumidoras y usuarias (art. 90 LCCV) y las de las cooperativas de trabajo asociado (art. 89 LCCV).

El 25 de junio de 2012, la señora E. R. S. suscribió con Consum, Coop. V. un contrato societario, como socia trabajadora, «adscrita a la sección de “caja/reposición” de un centro comercial. Su jornada y horario se distribuía en turnos semanales rotatorios: turno de mañana de lunes a sábado de 8.00 a 15.00, y turno de tarde de lunes a sábado de 15.00 a 22.00, así como dos domingos al mes, de 8.30 a 15.00».

Como se describe tanto en las Conclusiones del Abogado general⁴ como en la STJUE⁵, «el 19 de agosto de 2013, la señora R. S. dio a luz a un hijo. Al final de su permiso de maternidad, el 27 de diciembre de 2013 formuló una primera petición, que modificó el 15 de enero de 2014, en la que solicitaba, invocando la guarda legal de su hijo y amparándose en el artículo 37, apartados 5 y 6, del Estatuto de los Trabajadores⁶, la reducción de su jornada laboral a 30 horas semanales y, a la

³ Con posterioridad, el Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, ha aprobado el texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana, actualmente vigente.

⁴ Conclusiones del Abogado General sr. Maciej Szpunar, presentadas el 3 de marzo de 2016, en el Asunto C-351/14, Estrella Rodríguez Sánchez contra Consum Sociedad Cooperativa Valenciana, <http://s03.s3c.es/imag/doc/2016-03-04/Conclusiones_CooperativaLaboral.pdf>, 17/07/16, 11:42.

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 16 de junio de 2016, Estrella Rodríguez Sánchez contra Consum Sociedad Cooperativa Valenciana, ECLI:EU:C:2016:447, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0351>>, 17/07/16, 11:52.

⁶ El art. 37.5 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, en su versión vigente entre el 26/12/13 y el 28/02/14, posteriormente derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba su último texto refundido (ET), establecía que “Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado

vez, su adscripción a turno de mañana fijo de 9.00 a 15.00, de lunes a viernes. El 24 de enero de 2014, Consum Coop. V. contestó a esta solicitud reconociéndole el derecho a la reducción de la jornada laboral. En cambio, no le concedió la concreción horaria solicitada, alegando, en particular, que concederla provocaría un exceso de personal en el turno de mañana».

En febrero de 2014, E. R. S. interpuso recurso contra la denegación, ante el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona; en marzo de 2014 se suspendió el procedimiento, a instancia de dicho juzgado, para que se pudiera iniciar el procedimiento previsto en el artículo 34.8 ET⁷. De este modo, la socia remitió una nueva solicitud a Consum Coop. V. fundada en dicha disposición y en su derecho a la conciliación de su vida familiar y su vida profesional, invocando a este respecto la necesidad de adaptar su jornada laboral a los horarios de la guardería de su hijo. Consum Coop. V. mostró su acuerdo con la reducción de la jornada laboral, pero no dio respuesta a la solicitud de concreción horaria ni remitió la mencionada so-

directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. [...] Las reducciones de jornada contempladas en el presente apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”.

El apartado 6 del mismo art. 37 ET disponía que “La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social”.

⁷ Art. 34.8 ET: “El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.

A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas”.

licitud al Comité social regulado en el artículo 17, apartado 4, de su Reglamento de Régimen Interno (párrafo 30)⁸.

Habiéndose concedido, pues, la reducción de la jornada laboral, el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, acotó la diferencia entre las partes en «la posibilidad de adaptar el horario y la distribución de la jornada de la demandante con arreglo al artículo 34, apartado 8, del Estatuto de los Trabajadores». En este marco, el Juzgado se pregunta sobre la interpretación y eventual aplicabilidad al litigio de varias cláusulas (1, apdo. 2; 6, apdo. 1; y 8, apdo. 2) del Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental anexo a la Directiva 2010/18⁹. Por ello, «decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes¹⁰:

«1) ¿Entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2010/18 relativa al [Acuerdo marco revisado], definido en la cláusula 1.2 [del mismo Acuerdo]¹¹, la relación de socio-trabajador de una cooperativa de trabajo asociado como la regulada en el art. 80 de la Ley (española) 27/[19]99 de Cooperativas y/o en el art. 89 de la Ley 8/2003 de Cooperativas de la Comunidad Valenciana que, aun siendo calificada por la normativa y jurisprudencia interna como “societaria”, pudiera ser considerada, en el ámbito del Derecho Comunitario, como un “contrato de trabajo”?

Para el caso de responderse negativamente a esta primera, se formula una segunda cuestión, subsidiaria de la anterior.

“2) ¿Debe interpretarse la cláusula 8.2 del [Acuerdo marco revisado], y, más concretamente, la disposición conforme [a la cual] “la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo no constituirá un motivo válido para reducir el nivel

⁸ Según recoge el párrafo 23 de la STJUE, el artículo 14.7 del Reglamento de Régimen Interno de Consum. Coop. V. establece que “El socio trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en los términos que llegue al acuerdo [sic] con el responsable de la unidad productiva correspondiente, estableciéndose que, caso de falta de acuerdo, será el Comité Social quien, oídas ambas partes, dirima la cuestión, procurando buscar alternativas que permita [sic] hacer efectivo este derecho”.

⁹ Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado el 18 de junio de 2009, Anexo a la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (DO 2010, L 68, p. 13), <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32010L0018>>, 23/07/16, 11:57.

¹⁰ Reproducimos a continuación, literalmente, el texto de las cuestiones prejudiciales formuladas por el Juzgado, tal y como se recoge en la redacción reproducida en la STJUE objeto de comentario, en su párrafo 37.

¹¹ Cláusula 1 del Acuerdo marco revisado. “Objeto y ámbito de aplicación”: “... 2. El presente Acuerdo se aplica a todos los trabajadores, tanto hombres como mujeres, que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro”.

general de protección concedido a los trabajadores en el ámbito cubierto por él”, en el sentido que, a falta de transposición explícita por parte del estado miembro de la Directiva 2010/18, no podrá reducirse el ámbito de protección que él mismo definió al trasponer la anterior Directiva 96/34?¹².

“Solamente en el caso de responderse afirmativamente alguna de estas dos cuestiones, considerándose aplicable la Directiva 2010/18 a una relación de trabajo asociado como la de la demandante, se justificarían —por las razones que se expondrán— las siguientes otras cuestiones.

“3) ¿Debe interpretarse la cláusula 6.^a del nuevo [Acuerdo marco revisado]¹³, integrado en la Directiva 2010/18, de tal forma que haga obligado que la norma o acuerdo nacional interno de transposición integre y explicité las obligaciones de los empresarios de “tomar en consideración” y “atender” las peticiones de sus trabajadores/as de “cambios en horarios y regímenes de trabajo”, al reincorporarse después del permiso parental, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores, sin que pueda entenderse cumplimentado el mandato de transposición mediante norma interna —legislativa o societaria— que condicione la efectividad de tal derecho, exclusivamente, a la mera discrecionalidad del empresario de acceder o no a dichas peticiones?

¹² Como luego se verá, “el legislador español, al trasponer al Derecho español el primer Acuerdo marco sobre el permiso parental, anexo a la Directiva 96/34, había declarado expresamente la aplicación de los nuevos derechos de conciliación de la vida profesional y la vida familiar a los «socios trabajadores o trabajadores asociados de sociedades cooperativas»”.

Sobre la cuestión de la eventual falta de transposición ya adelantamos que, ante la indicación del Juzgado de que la Directiva 2010/18 no había sido objeto de medidas de transposición específicas en el Ordenamiento jurídico español, la Comisión aclaró que el Estado Español le había notificado que la transposición ya estaba garantizada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Conclusiones del Abogado general, 2016:3). En relación con ello, indica LOUSADA AROCHENA, José Fernando (“La incidencia sobre la excedencia para el cuidado de hijos/as del nuevo Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 28 (2011), p. 6) que “el legislador español [...] ha pecado casi siempre de soberbia en relación con la normativa comunitaria. Tal conciencia legislativa [...] es la causante de que el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso parental no haya levantado el más mínimo interés legislativo en orden a su transposición al considerarlo sobradamente superado por nuestra legislación interna”. Estima sin embargo el magistrado que “siguen existiendo defectos de individualización en la excedencia y en la reducción de jornada, y en otros derechos de conciliación”.

¹³ Cláusula 6.^a, apdo. 1 del Acuerdo marco revisado: «Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores.

Las modalidades del presente apartado se determinarán de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales».

“4) ¿Debe considerarse [que] la cláusula 6.^a [del Acuerdo marco revisado] —a la luz del art. 3 de la Directiva [2010/18]¹⁴ y de las “disposiciones finales” recogidas en la cláusula 8.^a del Acuerdo¹⁵— goza, en caso de ausencia de transposición, de eficacia “directa horizontal” por ser norma mínima comunitaria?».

El 3 de marzo de 2016, el Abogado general Maciej Szpunar formuló sus Conclusiones, en las que, entre otras cuestiones, consideró excluida la aplicación de la Cláusula 6, apartado 1 —y, en consecuencia, descartada la necesidad de responder la cuarta cuestión prejudicial planteada—, en la medida que la socia trabajadora ejerció un permiso de maternidad, distinto del permiso parental regulado en tal Cláusula (parágrafos 38 a 43). Ello no obstante, concluyó proponer al Tribunal de Justicia que, en tanto la reducción de jornada solicitada por E.R.S. con carácter simultáneo a su adaptación sí podía merecer la consideración de un permiso parental, de acuerdo con las Cláusulas 2 y 3 del Acuerdo marco revisado, respondiese a las cuestiones prejudiciales planteadas del siguiente modo:

«1) La cuestión de si la relación existente entre un socio trabajador de una cooperativa y dicha cooperativa constituye un contrato de trabajo o una relación laboral en el sentido de la cláusula 1, apartado 2, del Acuerdo marco revisado [...], de modo que tal relación esté incluida en el ámbito de aplicación de dicha disposición, debe zanjarse conforme al Derecho nacional, siempre que ello no conduzca a excluir arbitrariamente a esta categoría de personas del derecho a la protección ofrecida por la Directiva y el Acuerdo marco. Únicamente se puede admitir una exclusión del derecho a esta protección si la relación que une a los socios trabajadores con la cooperativa es, por su naturaleza, sustancialmente diferente de la que vincula con sus empresarios a los empleados que pertenecen, según el Derecho nacional, a la categoría de trabajadores.

¹⁴ Art. 3 Directiva: «1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva o se asegurarán de que los interlocutores sociales hayan establecido las disposiciones necesarias mediante acuerdo, a más tardar el 8 de marzo de 2012. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, estas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia. [...]

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva».

¹⁵ Cláusula 8.^a del Acuerdo marco revisado: «1. Los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones más favorables que las establecidas en el presente Acuerdo.

2. La aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo no constituirá un motivo válido para reducir el nivel general de protección concedido a los trabajadores en el ámbito cubierto por él. Tampoco constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros o los interlocutores sociales a elaborar otras disposiciones legislativas, reglamentarias o contractuales, atendiendo a circunstancias cambiantes (incluida la inclusión del carácter intransferible), siempre que se cumplan los requisitos mínimos establecidos en el presente Acuerdo...».

«2) Las cláusulas 2 y 3 del mencionado Acuerdo marco no se oponen a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, establezca un permiso parental en forma de reducción de la jornada de trabajo acompañada de una concreción horaria dentro de la jornada ordinaria, pero supedita la aplicación de una concreción que vaya más allá de la jornada ordinaria a las modalidades establecidas en lo dispuesto en la negociación colectiva.»

Sin embargo, la STJUE de 16 de junio de 2016 declara la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial, basándose esencialmente (como ya hizo en su Sentencia de 19 de septiembre de 2013, asunto C-5/12, *Betriu Montull*) en que “la cláusula 6, apartado 1, del Acuerdo marco revisado, que trata de las situaciones de reincorporación al trabajo tras un «permiso parental», no puede interpretarse en el sentido de que cubre igualmente una situación de reincorporación tras un «permiso de maternidad», en el sentido de la Directiva 92/85, como aquella en la que se hallaba la demandante en el litigio principal cuando formuló su petición”. Entiende el Tribunal que, aunque como indica el Juzgado remitente de la cuestión prejudicial, “en España se entiende que un permiso de maternidad disfrutado con arreglo a esta base jurídica es también un permiso parental como el que es objeto de la cláusula 2 del Acuerdo marco revisado”, “el Derecho de la Unión realiza una distinción entre el concepto de «permiso de maternidad», tal como se regula, en particular, en la Directiva 92/85, y el de «permiso parental», tal como se emplea en el Acuerdo marco revisado, y que el apartado 15 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo precisa además expresamente que este enuncia requisitos mínimos y disposiciones sobre el permiso parental «distinto del permiso de maternidad»”. Este razonamiento también rechazó la aplicabilidad de las Cláusulas 2 y 3 al caso, entendiendo que la adaptación de la jornada de trabajo está expresamente prevista en la Cláusula 6.1 y, además, sólo puede tener lugar con motivo de la incorporación del trabajador del permiso parental, una situación que tampoco acontece si se considera que la reducción de jornada para el cuidado del menor es un tipo de permiso parental, puesto que su ejercicio todavía está en curso y, en consecuencia, la adaptación solicitada no tiene lugar tras su reincorporación de un permiso parental (parágrafos 53 a 59).

En los apartados que siguen no vamos a dedicar un análisis en detalle a los diferentes aspectos, de fondo y procesales, que plantea el procedimiento descrito y la sentencia que lo concluye, sino que hemos seleccionado las tres cuestiones que consideramos de mayor calado jurídico de entre las que de ellos se derivan, a fin de conocer el grado de aplicabilidad de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral a las personas socias en las cooperativas; las limitaciones que se desprenden de su configuración constitucional y que dificultan su aplicación en tales entidades especialmente; y, por último, las particularidades que la regulación del permiso de maternidad ofrece en el ordenamiento jurídico estatal en

comparación con las Directivas europeas en materia de permisos de maternidad y parentales.

3 EL CRITERIO PARA APLICAR LA DIRECTIVA 2010/18 A LAS PERSONAS SOCIAS EN LAS COOPERATIVAS: ¿RELACIÓN JURÍDICA O PRESTACIÓN DE TRABAJO?

Desde el punto de vista societario, la cuestión a nuestro entender más interesante del caso objeto de comentario se relaciona con la primera conclusión a la que llega el Abogado general. De acuerdo con ella, es competencia nacional decidir si el estatuto jurídico de las personas que sean socias o trabajen por cuenta ajena es idéntico o diferente; pero no lo es aplicar la protección dispensada en la Directiva Europea sobre permiso parental, de tal forma que el Derecho nacional no puede excluir arbitrariamente a las socias trabajadoras de la protección ofrecida por la Directiva 2010/18 y su Acuerdo marco revisado. La única excepción a esta cobertura protectora a las personas socias trabajadoras de las cooperativas –siempre según las Conclusiones del Abogado general– resultaría en el caso de que «la relación que une a los socios trabajadores con la cooperativa [sea], por su naturaleza, sustancialmente diferente de la que vincula con sus empresarios a los empleados que pertenecen, según el Derecho nacional, a la categoría de trabajadores». Pues bien, parece que el Abogado General no considera que esta excepción sea aplicable al caso enjuiciado, según los párrafos 55 a 57 de sus Conclusiones, con base en tres consideraciones:

- La prestación de trabajo de las personas socias trabajadoras de una cooperativa se realiza, según el Abogado general, en el marco de una relación de subordinación y dependencia y como contrapartida de una remuneración¹⁶.

¹⁶ El Abogado General considera que los argumentos utilizados por Consum y el Gobierno español, según los cuales, por un lado, la remuneración es en realidad una especie de dividendo o anticipo sobre los beneficios sociales de las cooperativas, y, por otro, el socio trabajador no presta su servicio bajo la dirección de un tercero, sino que participa en la gestión cooperativa, no invalidan esta constatación. Sobre esta cuestión, ver el detallado análisis de Carlos VARGAS VASSEROT, en *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros*, monografía de la Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades, núm. 27, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2006, pp. 184-198. Este autor concluye la no laboralidad en el trabajo cooperativizado al considerar que, si bien se dan las notas de voluntariedad y carácter personal de la prestación, se duda por parte de la doctrina de la nota de dependencia, además de considerar que “no hay ajeneidad en el trabajo cooperativo, ya que ni hay ajeneidad en los medios de producción, ni en los frutos, ni en las utilidades patrimoniales [...] ni en los riesgos”. Para corroborarlo, afirma “el carácter no retribuido del trabajo cooperativizado” por cuanto los denominados “anticipos societarios [...] no son salarios sino una distribución previa de beneficios”. También estima la existencia de “otras consideraciones en contra de la naturaleza laboral”: la remisión que hace la ley a la jurisdicción social para las cuestiones relacionadas con la prestación de trabajo de la persona socia (“si la relación fuese laboral dicha remisión sería innecesaria”); la referencia a la aplicación de las normas sobre salud laboral y sobre prevención de riesgos laborales (por el mismo motivo de que, en caso de laboralidad la referencia sería innecesaria); y la posibilidad

- El régimen laboral del Reglamento de Régimen Interno de la cooperativa demandada “es en buena medida idéntico al aplicable a los trabajadores asalariados en virtud del Estatuto de los Trabajadores”, en particular, en materia de salarios o anticipos, duración de la jornada, permisos retribuidos, suspensión del contrato y vacaciones.
- La transposición de la anterior Directiva 96/34, que regulaba el Acuerdo marco sobre permiso parental originario (cuya versión revisada se incluye ahora en la Directiva 2010/18), se realizó mediante la LCVFL extendiendo expresamente su aplicación a los «socios trabajadores o trabajadores asociados de sociedades cooperativas».

Lo bien cierto es que si la aplicabilidad del Acuerdo marco revisado dependiese exclusivamente de la calificación como laboral o no de la relación por parte de la legislación de cada Estado miembro, poco habría que debatir en el caso que nos ocupa. Sin embargo, como veremos, ni la cuestión es tan sencilla ni debe resolver, por sí sola, el reconocimiento de eventuales derechos de conciliación. Analizaremos, en primer lugar, el debate en torno a la naturaleza de la relación entre la persona socia trabajadora y la cooperativa para después formular nuestra propuesta con un enfoque diferente, que no atiende tanto a la relación jurídica entre quien presta su trabajo y la cooperativa como al contenido de tal prestación en uno y otro caso, tanto si es de naturaleza laboral como societaria, en la medida que la finalidad de los derechos de conciliación atiende especialmente a tal prestación y, en el caso enjuiciado, a la regulación de la jornada en que se lleva a cabo.

Como indica Fajardo¹⁷, en otros Estados de la Unión Europea (p.ej., en Francia) se ha optado por no crear una forma jurídica específica para la cooperativa, o en particular para la de trabajo asociado. En ellos, los proyectos cooperativos adoptan formas jurídicas de sociedad anónima o de responsabilidad limitada, generándose una doble relación: societaria, “derivada de la constitución de la sociedad mercantil con sus propios fines y objetivos sociales”; y contractual, “que permitirá al socio utilizar los servicios de la cooperativa [...]. En estos casos, la obligación del socio de trabajar en la cooperativa no deriva de su condición de socio sino del contrato (laboral) firmado con la cooperativa”. En España, contrariamente, desde la Ley de cooperativas de 1931 se ha venido optando por la creación de una forma jurídica propia para la cooperativa, por lo que no es necesario entablar dos relaciones jurídicas (societaria y contractual) para participar en la actividad cooperativizada. Sin embargo, “y a pesar de la expresa y general mani-

de que la cooperativa opte por el Régimen general o por el de trabajadoras autónomas a la hora de incorporar a las personas socias a la Seguridad Social.

¹⁷ FAJARDO GARCÍA, Gemma, “Naturaleza jurídica de la relación entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio-trabajador. Consecuencias”, en VV. AA., *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, (dir.: G. Fajardo; coord.: M. J. Senent) Valencia, Tirant Lo Blanch, en prensa, p. 230.

festación del legislador, la calificación societaria de la relación entre cooperativa y socio sigue siendo objeto de discusión entre la doctrina sobre todo por la falta de una posición clara en la legislación y en la jurisprudencia”.

En ese sentido, Costas¹⁸ sostiene que “aunque ampliamente discutida en el pasado, hoy no parece existir duda fundada sobre la naturaleza societaria de la relación jurídica que une al socio trabajador con su cooperativa y, consecuentemente, del carácter societario y no laboral de la prestación de trabajo de los socios, como así lo señalan de forma expresa ciertas leyes”; y señala que “precisamente porque el socio no está ligado a la cooperativa por una relación de trabajo sino societaria, las CC.AA. pueden tener competencia legislativa sobre esta materia”. Ello no obstante, constata que “la regulación del contenido de la actividad cooperativizada (la prestación del trabajo personal del socio trabajador) en las CTAs está claramente impregnada o influenciada por el derecho laboral que, en muchos casos, tiene el carácter de derecho mínimo”; y estima que “en la figura del socio trabajador coexisten una relación jurídica de sociedad y una relación jurídica de trabajo «asociado», sometidas a un conjunto normativo diferente»¹⁹.

Se reconoce, en definitiva, el carácter societario del vínculo de la persona socia con su cooperativa, sin perjuicio de que, cuando su fin social es “proporcionar a sus socios puestos de trabajo” (art. 80.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas), el «esfuerzo personal y directo» de las personas socias sea objeto de una regulación específica, más «tuitiva». La propia Ley estatal, no obstante remitir la fijación de aspectos como la duración de la jornada de trabajo, el descanso mínimo semanal, las fiestas y las vacaciones anuales, a “los Estatutos, el Reglamento de régimen interno o, en su defecto, la Asamblea”, incluye expresamente normas que garantizan unos niveles mínimos de protección en materias como salud laboral, prevención de riesgos laborales, trabajo de menores, jornada, descanso semanal, fiestas y vacaciones, suspensión y excedencias, etc.; y las leyes autonómicas suelen remitirse a su aplicación o incorporan mínimos similares. Pero además, yendo más allá, varias leyes cooperativas autonómicas²⁰ establecen

¹⁸ COSTAS COMESAÑA, Julio, Capítulo XV, “Cooperativas de trabajo asociado”, en Tratado de Derecho de Cooperativas, Vol. II (Dir., J. I. Peinado; coord., T. Vázquez), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225 y 1226.

¹⁹ «A estos efectos, la doctrina y la jurisprudencia distingue[n] tres grupos normativos: a) el grupo normativo societario, que comprende todo lo relativo a la condición de socio de la cooperativa; b) el grupo normativo mixto o cooperativo-laboral, integrado por normas de derecho cooperativo relacionadas con la actividad cooperativizada, pero tomadas o inspiradas en la legislación laboral; y el grupo normativo laboral, integrado por la normativa laboral a la que remite la propia legislación cooperativa”, (Costas, op. cit., p.1226).

²⁰ Art. 87 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas; art. 103 de la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León; art. 124.1 de la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha; art. 115.1 de la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura.

la aplicación directa de la legislación laboral al régimen de prestación del trabajo de las personas socias trabajadoras, aunque la mayor parte de ellas lo hagan después de declarar que su relación es societaria²¹.

Un supuesto específico diferente es el de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia que, reconociendo a un tiempo el carácter societario de la relación y «como derecho de contenido mínimo necesario, la normativa laboral para el personal trabajador por cuenta ajena» (arts. 104.2 y 107.1), especifica que «El régimen de prestación de trabajo posibilitará entre las personas socias de la cooperativa la compatibilidad y conciliación de su ejercicio profesional pleno con las situaciones de maternidad y paternidad y los cuidados de menores y personas dependientes»²².

Otro criterio distinto, intermedio, se sigue en la Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas de Cataluña, que establece en su art. 132 que “los criterios básicos del régimen de prestación del trabajo han de ser determinados o bien en los estatutos o bien en un reglamento de régimen interior aprobado por la mayoría de dos tercios de votos de las personas asistentes a la asamblea general”, e indica qué materias pueden regularse y cuáles no. Éstas últimas son consideradas de orden público y salvo que haya una autorización legal expresa son indisponibles. Se trata de las normas relativas a trabajos nocturnos, insalubres, penosos, nocivos o peligrosos; las que regulan el régimen de la Seguridad Social, las normas sobre prevención de riesgos laborales y las causas legales de suspensión y excedencia. Las demás materias pueden ser reguladas por los socios, pero, a falta de regulación, será aplicable el derecho cooperativo catalán, el ordenamiento cooperativo en general y, en último término, la normativa laboral²³.

La diferenciación entre materias disponibles e indisponibles a la hora de regular el régimen de la prestación de trabajo de las personas socias ha permitido a López Mora²⁴ advertir que, a pesar de que la relación entre la persona socia trabajadora y la cooperativa no cuenta con dependencia y ajenidad y, por tanto, no es de carácter laboral, el trabajo cooperativo ha sido paralaboralizado por el legislador, debido a la concurrencia de razones de “orden público profesional, mínimo, indisponible

²¹ La Ley cooperativa extremeña, sin embargo, no se pronuncia sobre el carácter societario de la relación. Ver al respecto, FAJARDO GARCÍA, Gemma, “Naturaleza jurídica de la relación...”, op. cit., pp. 246 a 248.

²² El art. 43.4 del mismo texto legal se refiere también a la conciliación en relación con la presencia equilibrada: “Las sociedades cooperativas procurarán la presencia equilibrada de socios y socias en el consejo rector. A tal objeto, se posibilitará entre los miembros de este órgano la compatibilidad y conciliación de su ejercicio profesional pleno con las situaciones de maternidad y paternidad y los cuidados de menores y personas dependientes”.

²³ FAJARDO GARCÍA, Gemma, “Naturaleza jurídica de la relación...”, op. cit., pp. 247 y 248.

²⁴ LÓPEZ I MORA, Frederic, “Problemática laboral de los socios trabajadores de las empresas de economía social. ¿socios o trabajadores?”, CIRIEC, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, núm 31, (1999), p. 17, <http://www.ciriec-revistaeconomia.es/banco/01_Lopez_31.pdf>, 23/07/16, 13:21.

y protegido por el Estado, con el que se pretende tutelar a la fuerza de trabajo y evitar unos niveles de explotación socialmente inaceptables». Entre las materias a incluir en ese «orden público laboral mínimo» que alcanzaría a la protección de las personas socias estarían el empleo de socios trabajadores extranjeros, la seguridad y salud laboral, la sucesión de empresas, el régimen de contratados y subcontratados, la edad mínima para trabajar, la capacidad para contratar a menores de 18 años o las actividades prohibidas para éstos. Señala este autor que existiría una «segunda paralaboralización», “más suavizada en cuanto a su paralelismo con las reglas del Derecho del Trabajo, y que pivota sobre dos instituciones muy importantes en términos de costes y de productividad: los tiempos de trabajo y de descanso”²⁵.

A la vista de todo ello cabe interrogarse sobre el eventual carácter de materia de orden público de las medidas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Podría considerarse que, igual que, por ejemplo, las medidas de seguridad e higiene deben ser aplicadas en la actividad empresarial con independencia de quienes sean los sujetos que realizan la actividad, las medidas para la conciliación deberían ser de aplicación «universal» en el ámbito de la actividad económica remunerada.

Así parecía haberlo entendido el legislador español, que, al trasponer al Derecho español el primer Acuerdo marco sobre el permiso parental, anexo a la Directiva 96/34, había ampliado expresamente la aplicación de los nuevos derechos de conciliación de la vida profesional y la vida familiar a los «socios trabajadores o trabajadores asociados de sociedades cooperativas». En efecto, como recuerda en sus Conclusiones el Abogado general (parágrafos 14 y 16), “la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras [...] completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas”, e “incluye una Disposición Adicional Primera, que tiene el siguiente tenor: «Podrán acogerse a los beneficios establecidos en esta Ley los socios trabajadores o socios de trabajo de

²⁵ LÓPEZ I MORA, Frederic, “Problemática laboral de los socios trabajadores...”, op. cit., pp. 31 y 32. En la misma línea se ha indicado (FAJARDO GARCÍA, Gemma; BOQUERA MATARREDONA, Josefina, “La relación societaria «cooperativa» y los límites legales a la autogestión”, en VV. AA., *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, (dir.: G. Fajardo; coord.: M. J. Senent), Valencia, Tirant Lo Blanch, en prensa, p. 334) que “debe tenerse en cuenta, como comenta Henry (2015, 29) que, pese a que el Derecho público internacional estipula que el Derecho del trabajo debe aplicarse a las empresas cooperativas, no define aquél que se entiende por derecho del trabajo, lo cual permite diferenciar entre derecho del trabajo en sentido estricto, que regula el conflicto entre capital y trabajo, y un derecho del trabajo centrado en la protección social de los trabajadores. Y propone que el derecho laboral aplicable a los socios trabajadores es el segundo, un derecho laboral concebido como derecho de protección y regeneración de la dignidad del trabajador. Esta aclaración —dice—, hace más comprensible también su aplicación a todo trabajador, sea o no dependiente. En esta misma línea parece pronunciarse Iturraspe (2015, 163) cuando aboga por un Derecho social regulador de los derechos colectivos de los trabajadores como seres humanos, independientemente de la relación que se configure y del tipo de empresa donde trabajen, sea privada, estatal o cooperativa”.

las sociedades cooperativas y trabajadores de las sociedades laborales, durante los períodos de descanso por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción y acogimiento, con independencia del régimen de afiliación de la Seguridad Social, en el que estuvieren incluidos, con las peculiaridades propias de la relación societaria». Con posterioridad, como hemos visto, la Directiva 2010/18 no ha sido objeto de transposición, por considerar el Estado Español que su contenido ya estaba garantizado por el Estatuto de los Trabajadores; por ello, no ha habido ocasión de repetir (o, en otro caso, variar de criterio en relación con) la mención a la extensión de su aplicación a las personas socias trabajadoras o de trabajo.

Con todo, a nuestro entender, en realidad, la identidad que hace plenamente aplicable la Directiva 2010/18 a la persona socia trabajadora no radica tanto en el carácter de su relación (societaria) con la cooperativa sino en la naturaleza de su prestación efectiva: “su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros” (art. 80.1, LC). Dicho de otro modo: la coincidencia entre el trabajo de la persona socia cooperativa y de la trabajadora asalariada no radica en la relación de la que trae causa la prestación del trabajo, societaria en el primer caso, laboral en el segundo, sino en el contenido de tal prestación.

La diferencia no está en el trabajo desarrollado, sino en la causa que da lugar, o que obliga, a su realización. En el contrato de trabajo, de acuerdo con la doctrina clásica, responde a la remuneración de la cesión de los frutos del trabajo²⁶, lo que da lugar a un contrato bilateral o sinalagmático, en el que las dos obligaciones principales son trabajar y remunerar el trabajo²⁷. En cambio, en el contrato cooperativo de trabajo asociado la causa es “proporcionar a los socios puestos de trabajo”, en tanto que su objeto, las obligaciones que las personas socias contraen para la consecución de tal fin social, son, principalmente, la aportación al capital social y la mencionada aportación de “su esfuerzo personal y directo”²⁸. Dicho aún de otro modo, sea la causa del contrato laboral o societaria, da lugar a una prestación de trabajo. Si el trabajo es coincidente en ambos supuestos, consideramos que también deberá serlo la normativa europea aplicable en materia de derechos de conciliación, sobre todo si se tiene en cuenta que su finalidad es precisamente conciliar vida profesional y vida familiar en sus distintas manifestaciones²⁹.

²⁶ ALONSO OLEA, Manuel, *Lecciones sobre contrato de trabajo*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1968, p. 1.

²⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1978, p. 279.

²⁸ FAJARDO GARCÍA, Gemma, “Concepto, causa y objeto de la cooperativa de trabajo asociado”, en VV. AA., *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, (dir.: G. Fajardo; coord.: M. J. Senent) Valencia, Tirant Lo Blanch, en prensa, pp. 198 y 199.

²⁹ Art. 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

Por ello, aunque el estatuto jurídico pueda ser distinto, cuestión que queda en manos de cada Estado, la Directiva europea objeto de análisis debe resultar de aplicación en ambos casos; no puede ser ignorada por el Estado a la hora de regular las condiciones de trabajo y el ejercicio de los derechos de conciliación, sea bajo la forma societaria o bajo la forma laboral, puesto que en ambos casos resulta de aplicación en tanto en cuanto la prestación de trabajo a que da lugar es coincidente.

En síntesis: la relación de la persona socia con la cooperativa no es laboral sino societaria, pero esto no impide que ambas relaciones jurídicas tengan en común una prestación de trabajo, cuya regulación no ha de limitar, ni mucho menos impedir, la aplicación de la Directiva 2010/18.

4 LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y, EN PARTICULAR, DEL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE JORNADA

Otra de las cuestiones que cobran relevancia como consecuencia del conflicto entre la socia trabajadora y la sociedad cooperativa atañe a la naturaleza jurídica de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a su eventual calificación como derechos fundamentales o como derechos exclusivamente de rango legal. Su consideración como derechos constitucionales permitiría su tutela *erga omnes*; en otro caso, mientras que en el ámbito laboral los derechos de conciliación encontrarían protección mediante la aplicación de lo previsto en su legislación³⁰, en el ámbito societario cabría un margen de disponibilidad mucho mayor de acuerdo con la legislación vigente en materia cooperativa.

Aunque los derechos de conciliación no aparecen enunciados de modo expreso en la Constitución Española (cfr. arts. 14 y 39 CE), una parte de la doctrina laboralista los considera como auténticos derechos fundamentales³¹, de acuerdo con una interpretación que tiene especialmente en cuenta la normativa internacional y europea aplicable. El TC no ha alcanzado la misma conclusión, sino que se ha limitado a afirmar que los derechos de conciliación cuentan con una dimensión

³⁰ Cfr. los arts. 4 ET, que no enuncia entre los derechos laborales básicos el de conciliación, y 34.8 ET, que sí lo reconoce expresamente. En el empleo público, el art. 14.j) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, reconoce el derecho individual de los empleados públicos “a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, que se desarrolla de modo particular en su art. 49, dedicado a los permisos por motivos de conciliación, entre otros.

³¹ BALLESTER PASTOR, Amparo, “De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 57, (2012), pp. 99-114; CABEZA PEREIRO, Jaime; FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, “Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2 (2011), pp. 811-840; LOUSADA AROCHENA, José Fernando, *El Derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

constitucional derivada de los fines de relevancia constitucional a los que sirven: el derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras (art. 14 CE) y el principio rector de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). Dicha dimensión debe ser tenida en cuenta a la hora de resolver cualquier duda que surja en el momento de interpretar o aplicar alguna de las medidas dirigidas al ejercicio del citado derecho (SSTC 3/2007, de 15 de enero, FJ 6, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 7). Más recientemente, esta dimensión constitucional se ha asentado también en la no discriminación por razón de las condiciones o circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), cuando quien ejerce el derecho de conciliación es un trabajador varón (STC 26/2011, de 14 de marzo, FJ 5).

El razonamiento del TC produce dos resultados de signo divergente: uno, de carácter positivo, radica en la necesidad de que en cualquier conflicto que afecte al ejercicio de los derechos de conciliación (es decir, cuando alguno de sus contenidos –proporcionados mediante las medidas legales dirigidas a facilitar su ejercicio– esté en juego) deberán ponderarse las circunstancias concurrentes en el caso concreto, para determinar en qué medida la decisión empresarial constituye un obstáculo justificado o no a su ejercicio, separándose en consecuencia de un mero juicio de subsunción para aplicar otro de ponderación. El otro, negativo, se deriva de la consideración de que no existe (al menos de modo inmediato) vulneración de un derecho fundamental; por lo tanto, no resulta aplicable su dogmática propia ni, consecuentemente, el test de escrutinio estricto, sino otro exclusivamente de razonabilidad.

Este segundo efecto se aprecia claramente si se tiene en cuenta que el test de razonabilidad que aplica el TC³² no se centra en el examen de las medidas empresariales que limitan o restringen el ejercicio del derecho de conciliación en cada caso, como sería lo normal con toda restricción o limitación de un derecho fundamental, ponderando la necesidad, justificación y proporcionalidad de la medida adoptada. Incluye en buena medida las características que concurren en la manifestación concreta del ejercicio del derecho de conciliación; no examina exclusivamente las restricciones al ejercicio del derecho de conciliación, ni siquiera lo hace de forma principal, sino que también enjuicia la forma en que se lleva a cabo su ejercicio en cada caso. Es decir, no se considera si la limitación o restricción al ejercicio del derecho de conciliación resulta constitucional, sino si lo es el ejercicio de tal derecho de conciliación en cada una de sus manifestaciones particulares;

³² En concreto, los criterios de enjuiciamiento aportados por la STC 26/2011, de 14 de marzo (<<https://www.boe.es/boe/dias/2011/04/11/pdfs/BOE-A-2011-6541.pdf>>, 04/08/16, 16:17), son: el número de hijos de quien solicite la medida de conciliación, su edad y situación escolar, así como la situación laboral de su cónyuge y su posible incidencia en caso de denegación de cambio de turno de trabajo. A ello hay que añadir, en su caso, la circunstancia de que el trabajo esté organizado mediante turnos en el centro de trabajo correspondiente, con el fin de conocer si permite alteraciones como la solicitada sin poner su funcionamiento en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para desestimar tal modificación (FJ 6). Cfr. F. J. Pozo Moreira (2012).

en definitiva, si tal ejercicio resulta constitucional. Unos parámetros de enjuiciamiento que se alejan de la dogmática propia de los derechos fundamentales, lo que permite entender mejor por qué el TC limita su propia actuación en materia de derechos de conciliación y remite la realización del test de razonabilidad a los tribunales ordinarios³³.

En efecto, la protección constitucional del derecho de conciliación de la vida personal, familiar y profesional es mediata, se realiza *en función de* los derechos y principios rectores señalados (no discriminación y protección de la familia y de la infancia) y no como un derecho constitucional *como tal*; depende, por tanto, del contenido del derecho constitucional al que se considere vinculado. Esto explica por qué cuando reclama su amparo un varón deba acudir al derecho a la no discriminación por razón de «otra condición o circunstancia personal o social», mientras que si lo hace una mujer se resuelva según el derecho a la no discriminación por razón de sexo (en ambos casos en conjunción con el principio rector patrocinador de la familia y la infancia). Frente a ello se ha señalado que sería más razonable considerar que su fundamento o justificación constitucional es unitaria, la misma en uno y otro caso³⁴.

Pues bien, la proyección de estos efectos se acentúa todavía más en el caso estudiado, en el que el régimen jurídico aplicable no necesariamente va a proceder de la legislación laboral, sino de la legislación cooperativa, que, como hemos visto, suele remitir a la regulación interna (estatutos sociales, reglamento de régimen interno, acuerdos de la asamblea general...) el reconocimiento de los derechos de conciliación y, una vez producido este, también la determinación del grado de intensidad en su contenido, p.ej. en cuanto a su duración, titularidad, transferibilidad, naturaleza obligatoria o voluntaria, etc.

Según este razonamiento, los derechos de conciliación cuentan con una dimensión constitucional siempre y cuando hayan sido regulados en un texto legal, puesto que no aparecen enunciados en la CE; el problema que surge entonces en el ámbito societario es si la ausencia de una regulación legislativa explícita al respecto impide efectuar tal conexión constitucional. El resultado sería otro si hubiera un reconocimiento constitucional expreso de su naturaleza como derechos

³³ Los “títereos dogmáticos” del TC en torno a los derechos de conciliación han sido estudiados de manera detallada por RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103 (2015), pp. 355-384: “En concreto, en materia de conciliación de la vida familiar y laboral y de corresponsabilidad familiar, el Tribunal se limita a verificar si los tribunales de la jurisdicción social han incorporado o no en sus razonamientos la dimensión constitucional de la conciliación, sin entrar a analizar si lo han hecho en términos que puedan considerarse conformes a los parámetros constitucionales. Donde esa dimensión ha sido tenida en cuenta, y con independencia de cómo haya sido tenida en cuenta, el Tribunal no encuentra infracción constitucional por violación del artículo 14, en conjunción con el 39 CE”.

³⁴ CABEZA PEREIRO, J.; FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Comentario a las Sentencias ...”, op cit.

fundamentales, porque en tal caso la construcción sería justamente la contraria: en la medida que fuesen derechos fundamentales, la legislación habría de aplicarlos y regularlos, teniendo siempre como límite su contenido esencial; no podrían ser ignorados o disponer sobre tal contenido esencial.

Otro límite, más específico, se da en cuanto al derecho de adaptación de jornada. A diferencia de lo previsto para el derecho de reducción de jornada regulado en el art. 34.6 ET, la posibilidad de adaptarla —que en el caso que nos ocupa se concreta en la adscripción permanente al turno de mañana— queda sometida en la normativa interna a “los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario” (art. 34.8 ET). En efecto, como queda patente en la STC 24/2011³⁵, el TC reconoce el carácter incompleto del derecho de adaptación de la jornada de trabajo, que precisa del complemento de la negociación colectiva o el acuerdo con el empresario (FJ 4)³⁶.

Esa fue probablemente la motivación del Juzgado que en el caso que nos ocupa formuló las cuestiones prejudiciales: esquivar la aplicación de la norma interna (art. 34.8 ET) en la medida en que se considerase que había transpuesto de modo incorrecto la Directiva. El problema es que el Abogado General concluye que no es contraria a la Directiva, por lo que el Juzgado no puede evitar su aplicación, sino hacerlo teniendo en cuenta la ponderación de las circunstancias concurrentes de acuerdo con el test de razonabilidad contenido en la STC 26/2011 ya enunciado.

Ello no obstante, en dicho análisis de las circunstancias concurrentes, estimamos que, en este Asunto concreto, habría que resolverse también sobre si la norma interna de que se ha dotado la Cooperativa, su Reglamento de Régimen Interno, ha sido cumplida correctamente. Cabe recordar al respecto que su artículo 14.7 establece que “El socio trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en los términos que llegue al acuerdo [*sic*] con el responsable de la unidad productiva correspondiente, estableciéndose que, caso de falta de acuerdo, será el Comité Social quien, oídas ambas partes, dirima la cuestión, procurando buscar alternativas que permita [*sic*] hacer efectivo este derecho”. Derecho, pues, a hacer efectiva la conciliación, de acuerdo con su responsable o, en su defecto, en el sentido que acuerde el Comité Social de la cooperativa, que ha de “procurar” (obligación, al menos, de buscar los medios para) tal efectividad. Del relato de los hechos que se incluye en la STJUE no se

³⁵ STC, Sala Segunda, 24/2011, de 14 de marzo de 2011. Recurso de amparo 1091-2009, <<https://www.boe.es/boe/dias/2011/04/11/pdfs/BOE-A-2011-6539.pdf>>, 04/08/16, 16:08.

³⁶ La jurisprudencia del Tribunal Supremo (sala de lo social) había anticipado esta interpretación del art. 34.8 ET en sus Sentencias de 18 de junio de 2008 y, especialmente, de 20 de octubre de 2010, así como en el Auto de 30 de septiembre de 2009.

infiere, sin embargo, que se haya dado ninguna actuación por parte del Comité Social (parágrafo 30).

5 EL PERMISO DE MATERNIDAD COMO UN TIPO DE PERMISO PARENTAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

La tercera y última de las cuestiones que se desprenden de la STJUE plantea si es posible considerar que una parte del permiso de maternidad, según su regulación en el art. 48.4 ET, es un tipo de permiso parental contenido en la Directiva 2010/18 y el Acuerdo marco revisado anexo. Si la respuesta fuera afirmativa, en el caso enjuiciado permitiría concatenar la adaptación de la jornada de trabajo tras la finalización de su parte correspondiente al permiso parental, ya que, de acuerdo con la Cláusula 6 de dicho Acuerdo marco revisado, los empresarios “tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”. El examen detenido de esta cuestión excede con mucho de la extensión disponible para el presente comentario, por lo que nos limitaremos a describir la controversia principal entre el Derecho español y el europeo, para seguidamente mostrar la justificación que resulta aplicable en cada caso y las dificultades notables para armonizarlas.

En síntesis, la asimilación del permiso de maternidad como un tipo de permiso parental radica fundamentalmente en la transferibilidad de diez semanas de su duración —del total de dieciséis semanas que comprende, de las que las seis inmediatamente posteriores al parto son de ejercicio obligatorio para la madre (art. 48.4 ET)³⁷—. De tal forma, por un lado, ese periodo puede ser disfrutado por el otro progenitor, esto es, una persona distinta de quien ha dado a luz, por lo que dejaría de ser un permiso “de maternidad” en sentido estricto. Y, por otro, como consecuencia de lo anterior, su objetivo dejaría de ser exclusivamente asegurar la condición biológica de la mujer y las especiales relaciones entre la mujer y su hij* durante el periodo que sigue al embarazo y el parto —un objetivo inescindible de las seis semanas de disfrute obligatorio—, según la Directiva 92/85, para dar cabida a otro vinculado más estrechamente con el cuidado u ocupación de hij*s y, en esa medida, con los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral —una fina-

³⁷ A este respecto, la Ley 3/1989, de 3 de marzo, modificó el permiso de maternidad de tal forma que, en caso de que madre y padre trabajasen, aquella podía ceder hasta las cuatro últimas semanas de su duración al padre (art. 1.4). Posteriormente, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, amplió la duración de esta opción hasta las diez semanas excluidas del periodo de descanso obligatorio (art. 5). En la Exposición de motivos de este último texto legislativo se afirma que con su aprobación se completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, concretamente las Directivas 92/85, sobre permiso de maternidad, y 96/34, sobre permiso parental, “superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas”. En cambio, la transposición de la Directiva 2010/18 no se ha efectuado de modo explícito, según se ha explicado en la n. 10.

lidad que perseguiría el plazo restante de diez semanas de carácter transferible—, de acuerdo con la Directiva 2010/18. Desde esta perspectiva, el permiso de maternidad en el Derecho español contaría con una *naturaleza mixta*, que trasciende el derecho a la protección de la seguridad y salud de la madre y la/el recién nacido en el momento posterior al parto y se extiende también al derecho de conciliación de la vida familiar y laboral en la primera infancia del menor³⁸.

La interpretación que efectúa el TJUE con base en las Directivas 92/85 y 2010/18, como también la del Abogado General (parágrafos 40 a 43), impiden avalar esta configuración. Como el TJUE ya estableció en su sentencia de 19 de septiembre de 2013, Asunto C-5/12, *Betriu Montull* —especialmente, parágrafos 49 y 50—, cuya doctrina (referida a la Directiva 96/34, precedente de la 2010/18) asume la que es objeto de comentario, el permiso de maternidad no es un permiso parental³⁹. El primero persigue esencialmente “asegurar la protección de la condición biológica de la mujer y las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”⁴⁰, mientras que el segundo tiene como finalidad “que los padres puedan ocuparse de su hijo...” (parágrafo 44) —quizás de modo más apropiado, “facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos” (cláusula 1.1), “tanto hombres como mujeres” (cláusula 1.2)—, en un momento no necesariamente posterior al parto, sino que puede ser hasta los ocho años (cláusula 2.1). Esta disparidad tanto en los objetivos como en el momento temporal para su aplicación justifica la diferenciación entre ambos permisos, tal y como aparece expresamente enunciada en el apartado quince de las consideraciones generales del Acuerdo marco revisado, según el cual el permiso parental es “distinto del permiso de maternidad”. De forma que, tratándose de dos permisos con una naturaleza diferente, resulta lógico que sus normas reguladoras, esto es, las Directivas 92/85 y 2010/18, y su ámbito de aplicación también lo sean.

³⁸ Nótese que el art. 44 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, regula los permisos por maternidad y paternidad dentro de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Al respecto, de forma amplia, GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo, “Comentario a la Disposición Adicional décimo primera. Diez”, en García Ninet, J.I. (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica de igualdad*, CISS, Madrid, pp. 677-712.

³⁹ Un comentario de esta Sentencia puede encontrarse en VELASCO PORTERO, M.^a Teresa, “El padre y el permiso por maternidad biológica. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia (sala cuarta) de 19 de septiembre de 2013. Asunto c-5/12”, en *Dereito*, vol. 22, n.º 2, pp. 97-102. Debe tenerse en cuenta que la STC 75/2011 de 19 de mayo también rechazó una cuestión de inconstitucionalidad formulada previamente en el marco del mismo litigio que dio lugar a la resolución del TJUE citada.

⁴⁰ Como se ha apreciado, el TJUE ha enfatizado también la condición biológica de la maternidad en la interpretación y aplicación de la Directiva 92/85, por ejemplo, en sus sentencias de 18 de marzo de 2014, Asuntos C-363/12 y 167/12, acerca de la aplicabilidad del permiso de maternidad en supuestos de maternidad subrogada. Cfr. CRAIG, Paul P.; DE BURCA, Gráinne, *EU Law. Texts, cases and materials*, Oxford University Press, 2015, p. 926.

La consecuencia inmediata, aunque no aparezca enunciada de modo expreso en la resolución judicial, es que los permisos regulados en cada Directiva *no cuentan con ninguna intersección* (cfr. párrafo 43), lo que impide necesariamente en el caso enjuiciado reconocer el carácter mixto atribuido en la legislación española al permiso, con las consecuencias que ya han sido enunciadas. En particular, en el caso de la adaptación de la jornada de trabajo, la Directiva 2010/18 “no se atreve a definir su alcance de una manera autónoma de los permisos parentales” en ella regulados, de tal manera que resulta inaplicable cuando la trabajadora se reincorpora tras su permiso de maternidad o cuando la empleada o el empleado no hubiera disfrutado de un permiso parental previo, hasta llegar “al absurdo de obligarle a acceder a un permiso parental, aunque no lo necesite, para así poder enlazar con la adaptación de la jornada que establece la cláusula sexta de la Directiva 2010/18”⁴¹.

La cuestión que surge es si la constatación de que no existe intersección entre ambos permisos, en particular cuando quiere adaptarse la jornada de trabajo, impide que pueda proporcionarse en una norma nacional, de tal manera que el hecho de que sean dos permisos distintos no dé lugar necesariamente a su completa escisión, sino que puedan ser formulados de tal forma que una parte del permiso de maternidad resulte un tipo de permiso parental, con unas características tan particulares que precisen un régimen jurídico propio, incluso autónomo, pero no excluido completamente del correspondiente a los permisos parentales. Y, en consecuencia, admita la adaptación de la jornada de trabajo inmediatamente después de su finalización.

Una de las principales dificultades que surgen para admitir esta configuración en el Derecho europeo es que se realiza *a costa de* la duración del permiso de maternidad, mientras que el planteamiento de las Directivas 92/85 y 2010/18 es otro. Según este, el permiso parental no interfiere en el de maternidad, de tal modo que su duración no puede tener lugar minorando la extensión de este último, sino al margen, con independencia o, quizás en términos más estrictos, *además de* aquella.

Debe tenerse en cuenta que esta configuración del permiso de maternidad no contraviene la normativa internacional y europea en la medida que, en tanto la madre es la titular del permiso, a ella y solo a ella le corresponde ejercer la opción de transferir una parte al otro progenitor. Sobre esta premisa, puede añadirse una justificación adicional tras la aprobación de la LOI. Como los derechos de conciliación deben ser reconocidos “en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio” (art. 44.1), y puesto que el permiso de maternidad dotaría de contenido a los derechos de conciliación (art. 44.2), también este debe fomentar la asunción

⁴¹ BALLESTER PASTOR, M.^a Amparo, y CABEZA PEREIRO, Jaime, “Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades”, en Tutela y promoción de la plena integración de la mujeres en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río, (coords. J. Cruz, E. Garrido, C. Ferradans) 2015, p. 126.

equilibrada de las responsabilidades familiares, lo que justifica que una parte de su duración tenga carácter transferible al otro progenitor, precisamente porque permite avanzar en la corresponsabilidad.

Sin embargo, esta justificación adicional que puede aplicarse en el Derecho interno está ausente en las Directivas citadas, en las que la finalidad de cada permiso es diferente y no converge de ninguna forma en el fomento de la corresponsabilidad o la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares. Se trata de un objetivo o finalidad que no aparece en la Directiva 92/85 ni, en consecuencia, en la regulación del permiso de maternidad (cfr. Considerandos 9 y 14). En cambio, sí lo hace en el Acuerdo marco revisado anexo a la Directiva 2010/18, en sus Consideraciones Generales 8 y, especialmente, 12, según la cual “conviene adoptar medidas más efectivas para fomentar una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres”⁴². Se trata pues de un objetivo aplicable de nuevo a los permisos parentales, pero no al permiso de maternidad, lo que apoya el razonamiento efectuado en la STJUE objeto de comentario.

6 CONCLUSIONES

Aunque, como hemos visto, la LES establece entre los principios de este tipo de entidades el de la «promoción de [...] la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad» (art. 4.c LES), todavía queda mucho camino que recorrer para hacer efectivo este pretendido rasgo característico. Así lo demuestra el examen de la STJUE en el Asunto C-351/14, en que se declara la inadmisibilidad de una petición de decisión prejudicial en relación con la denegación a una socia trabajadora de su solicitud de adaptación del horario de trabajo una vez finalizado su permiso de maternidad.

Al hilo de los diferentes argumentos desarrollados en dicho procedimiento, hemos reflexionado detenidamente sobre tres cuestiones que pueden obstaculizar el ejercicio de la conciliación de la vida familiar y laboral en las cooperativas, con la finalidad de formular propuestas que lo faciliten: 1) la prestación de trabajo que forma parte del contenido de la relación jurídica entre la socia trabajadora y la sociedad cooperativa no es sustancialmente distinta a la que realiza quien trabaja por cuenta ajena; se ha concluido que es esta faceta la que debe ser objeto de comparación a los efectos de determinar la aplicabilidad de la Directiva 2010/18 y no la causa de dicha prestación, sea societaria o laboral; 2) los derechos de conciliación son de aplicación a la prestación de trabajo efectuada por la socia trabajadora de una cooperativa de trabajo asociado, a pesar de los límites que se desprenden de su configuración constitucional y, particularmente en el ámbito

⁴² Según BALLESTER PASTOR, M.ª Amparo, y CABEZA PEREIRO, Jaime, op. cit., p. 123, el fomento de la corresponsabilidad es precisamente uno de los aspectos más sobresalientes de la Directiva 2010/18.

cooperativo, legal; unos límites especialmente intensos en el caso del derecho a la adaptación de la jornada de trabajo; y 3) la configuración en el Derecho interno de una parte del permiso de maternidad como permiso parental, que se justifica en último término en el fomento de la corresponsabilidad, no encuentra apoyo en las Directivas 92/85 y 2010/18, cuyos permisos cuentan con una naturaleza, finalidad y momento temporal de aplicación diferentes.

El punto de partida de la primera cuestión se produce en el Asunto analizado cuando se debate la aplicabilidad del Acuerdo marco revisado, anexo a la Directiva 2010/18, a las personas socias trabajadoras, en la medida en que se dirige a “los trabajadores, tanto hombres como mujeres, que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro” (cláusula 1.2). Si bien es generalizada la asunción del carácter societario de la naturaleza de la relación entre la persona social trabajadora y la cooperativa, sigue siendo una cuestión debatida por la doctrina, en la medida en que, por otra parte, se declara la aplicabilidad, al menos parcial, de la legislación laboral al régimen de prestación del trabajo de las personas socias trabajadoras. Se considera así que el trabajo cooperativo ha sido «paralaboralizado» por el legislador, debido a la concurrencia de razones de “orden público profesional, mínimo, indisponible y protegido por el Estado, con el que se pretende tutelar a la fuerza de trabajo y evitar unos niveles de explotación socialmente inaceptables”. Entre tales materias de “orden público profesional” consideramos que debe ser incluido el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas socias trabajadoras, en la medida que cuenta con una evidente dimensión constitucional, que se tornaría todavía más sólida si se incluyera en el catálogo de derechos fundamentales de la CE.

En cualquier caso, nuestra aportación a la fundamentación de tal análisis se concreta en resaltar que, sea la naturaleza del contrato laboral o societaria, da lugar a trabajo, a una prestación profesional. La prestación de trabajo coincide en ambos supuestos. Por ello, aunque el estatuto jurídico pueda ser distinto, (cuestión que queda en manos de cada Estado,) la Directiva europea no puede ser ignorada por el Estado a la hora de regular las condiciones de trabajo y el ejercicio de los derechos de conciliación, sea bajo la forma societaria o bajo la forma laboral. En ambos casos resulta de aplicación en tanto en cuanto la prestación de trabajo a que da lugar es coincidente. El precedente legislativo que ofrece la Disposición Adicional Primera de la LCVFL así lo demuestra.

En relación con la segunda cuestión, la naturaleza jurídica de los derechos de conciliación, su eventual calificación como derechos fundamentales permitiría su tutela *erga omnes*. Como no puede ser así, puesto que no aparecen enunciados como tales en la CE, en cuanto derechos de creación legal encontrarían protección en el ámbito laboral mediante la aplicación de lo previsto en su legislación, mientras que en el ámbito societario cabría un margen de disponibilidad mucho mayor

según la legislación cooperativa revisada. Aunque existe una corriente doctrinal que aboga por su carácter de derechos fundamentales, la doctrina del TC sólo establece una protección mediata del derecho de conciliación, en la medida en que se hace efectiva *en función del* derecho constitucional de no discriminación y del principio rector de protección de la familia y de la infancia, no como un derecho constitucional *como tal*; depende, por tanto, del contenido y de la naturaleza de los referentes constitucionales a los que se estima vinculado.

La fragilidad de las garantías en el ejercicio de los derechos de conciliación se pueden ver acentuadas en el caso estudiado, cuyo régimen jurídico aplicable no necesariamente va a proceder de la legislación laboral, sino de la legislación cooperativa, que, como hemos visto, suele remitir a la regulación interna (estatutos sociales, reglamento de régimen interno, acuerdos de la asamblea general...) su reconocimiento y el grado de intensidad en su contenido (p.ej., en cuanto a su duración, titularidad, transferibilidad, naturaleza obligatoria o voluntaria, etc.). Más aún en el concreto derecho a adaptar la jornada que, a diferencia de lo previsto para el derecho a su reducción, queda condicionado a su concreción mediante negociación colectiva o individual. Lo que resulta indudable es que las previsiones sobre su ejercicio efectuadas en el reglamento de régimen interno de la cooperativa deben ser aplicadas en el caso enjuiciado.

En cuanto a la tercera cuestión, la STJUE objeto de comentario, diferencia claramente la naturaleza, los objetivos y el momento temporal de aplicación del permiso de maternidad (Directiva 92/85) y del permiso parental (Directiva 2010/18), que no cuentan con ninguna intersección. El permiso de maternidad se justifica en la protección de la seguridad y la salud de las mujeres que han dado a luz, puesto que asegura su condición biológica y las especiales relaciones con su hij* durante el periodo inmediatamente posterior al parto frente a la acumulación de cargas que pueden derivarse del ejercicio simultáneo de una actividad profesional. En cambio, el permiso parental pretende facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a quienes trabajan, (sean hombres o mujeres,) y cuidan de sus hij*s durante la primera infancia, con el objetivo también manifiesto de fomentar una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres; un objetivo completamente ausente en la regulación europea del permiso de maternidad.

Esta regulación impide al TJUE avalar la configuración en nuestro Derecho de una parte de la duración del permiso de maternidad –las diez semanas que la madre puede transferir al otro progenitor (art. 48.4 ET)– como un permiso parental, esto es, con una naturaleza mixta. Mientras en las Directivas uno y otro permiso no interfieren entre sí, en el caso español la parte transferible (y, en tal medida, mudada en permiso parental) se obtiene a costa de la duración del permiso de maternidad. Si esta configuración resulta justificada por la titularidad materna del permiso, de forma que sólo la madre cuenta con el derecho de transferir

su ejercicio, y, de forma adicional, por el objetivo de la corresponsabilidad que debe perseguir la regulación de los derechos de conciliación según el art. 44 LOI, el Derecho comunitario no contempla el objetivo de la corresponsabilidad en el permiso de maternidad, siendo únicamente aplicable al permiso parental, lo que apoya la separación razonada en la STJUE.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel, *Lecciones sobre contrato de trabajo*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1968.
- BALLESTER PASTOR, Amparo, “De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 57, (2012), pp. 99-114.
- y CABEZA PEREIRO, Jaime, “Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades”, en *Tutela y promoción de la plena integración de la mujeres en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, (coords. J. Cruz, E. Garrido, C. Ferradans) 2015, pp. 103-138.
- CABEZA PEREIRO, Jaime; FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, “Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2 (2011), pp. 811-840.
- CONCLUSIÓN DEL ABOGADO GENERAL SR. MACIEJ SZPUNAR, presentadas el 3 de marzo de 2016, en el Asunto C-351/14, Estrella Rodríguez Sánchez contra Consum Sociedad Cooperativa Valenciana, <http://s03.s3c.es/imag/doc/2016-03-04/Conclusiones_CooperativaLaboral.pdf>, 17/07/16, 11:42.
- COSTAS COMESAÑA, Julio, Capítulo XV, “Cooperativas de trabajo asociado”, en *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Vol. II (Dir., J. I. Peinado; coord., T. Vázquez), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1207-1257.
- CRAIG, Paul P.; DE BURCA, Gráinne, *EU Law. Texts, cases and materials*, Oxford University Press, 2015.
- DIRECTIVA 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (DO 2010, L68, p.13) <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32010L0018>>, 23/07/16, 11:53.
- FAJARDO GARCÍA, Gemma, “Naturaleza jurídica de la relación entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio-trabajador. Consecuencias”, en VV. AA., *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, (dir.: G. Fajardo; coord.: M. J. Senent) Valencia, Tirant Lo Blanch, en prensa, pp. 229-264.
- “Concepto, causa y objeto de la cooperativa de trabajo asociado”, en VV. AA., *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, (dir.: G. Fajardo; coord.: M. J. Senent) Valencia, Tirant Lo Blanch, en prensa, pp. 183 -210.
- y BOQUERA MATARREDONA, Josefina, “La relación societaria «cooperativa» y los límites legales a la autogestión”, en VV. AA., *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, (dir.: G. Fajardo; coord.: M. J. Senent) , Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 327-349.

- GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo, “Comentario a la Disposición Adicional décimo primera. Diez”, en VV. AA., *Comentarios a la Ley Orgánica de igualdad*, (dir. J.I. García Ninet), CISS, Madrid, pp. 677-712.
- LÓPEZ I MORA, Frederic, “Problemática laboral de los socios trabajadores de las empresas de economía social. ¿socios o trabajadores?”, *CIRIEC, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm 31, (1999), pp. 9-46, http://www.ciriec-revistaeconomia.es/banco/01_Lopez_31.pdf, 23/07/16, 13:21.
- LOUSADA AROCHENA, J. Fernando, *El Derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- “La incidencia sobre la excedencia para el cuidado de hijos/as del nuevo Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 28 (2011), pp. 6-13, <http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/StaticFiles/AequAlitaS%2028.pdf>, 30/08/16, 10:40.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1978.
- POZO MOREIRA, Francisco J., “La “paternidad” o las “circunstancias familiares” del trabajador como nueva causa prohibida de discriminación: efectos prácticos de la STC 26/2011”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1 (2012), pp. 45-63.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103 (2015), pp. 355-384.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo (2016), “Distinción en el derecho comunitario entre permiso por maternidad y permiso parental. Nota a la sentencia del TJUE de 16 de junio. Inadmite cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona”, <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/07/distincion-en-el-derecho-comunitario.html>>, 20/07/16, 17:31.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala Segunda) de 16 de junio de 2016, Estrella Rodríguez Sánchez contra Consum Sociedad Cooperativa Valenciana, ECLI:EU:C:2016:447, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0351>>, 17/07/16, 11:52.
- VARGAS VASSEROT, Carlos, *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros*, monografía de la *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, núm. 27, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2006.
- VELASCO PORTERO, M.^a Teresa, “El padre y el permiso por maternidad biológica. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia (sala cuarta) de 19 de septiembre de 2013. Asunto c-5/12”, en *Dereito*, vol. 22, n.º 2, pp. 97-102, <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/1571/1671>, 30/08/16, 11:52.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 221-240
ISSN: 1130-2682

ALGUNAS CUESTIONES ACTUALES EN TORNO
A LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS
ADMINISTRADORAS DE LAS COOPERATIVAS
[COMENTARIO DE LA STS (SALA DE LO CIVIL,
SECCIÓN 1.ª) 103/2015 DE 10 DE MARZO]

*SOME CURRENT ISSUES ON THE LIABILITY
OF COOPERATIVES' DIRECTORS
[COMMENT TO THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT
(CIVIL CHAMBER, SECTION 1) 103/2015 OF MARCH 10]*

ITZIAR VILLAFÁÑEZ PÉREZ¹

Recepción: 8/07/2016 - Aceptación: 27/07/2016

¹ Profesora de Derecho Mercantil en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Miembro del Instituto de Investigación GEZKI. Dirección de correo electrónico: itziar.villafanez@ehu.eus.

RESUMEN

En esta resolución el Tribunal Supremo trata una cuestión que, sin ser nueva, es de gran actualidad e importancia, como es el régimen de responsabilidad de las personas administradoras de las sociedades. En particular se analiza la posibilidad de aplicar la responsabilidad por deuda ajena por la no promoción de la disolución o declaración del concurso de la cooperativa en los casos en los que aquélla no se establece expresamente en la legislación cooperativa, así como una eventual responsabilidad individual por daños a terceros. El presente comentario realiza un repaso de estas cuestiones, tomando también en cuenta las últimas modificaciones introducidas en la legislación societaria en relación con el gobierno corporativo.

PALABRAS CLAVE: cooperativas, administradores/as, responsabilidad, responsabilidad por deuda ajena, acción individual por daños, diligencia, insolvencia.

ABSTRACT

The Supreme Court deals with an issue that, even if not new, is highly topical and important: the liability of company directors. The judgment specifically examines the applicability of the liability for the company's debts derived from the lack of promotion of its dissolution or its declaration of bankruptcy to the cooperatives' directors when this liability is not contained in the cooperative legislation, as well as the personal liability in case of damages to third parties. In this comment we review these issues, taking into account the recent amendments in the legislation referring to corporate governance.

KEY WORDS: Cooperatives, directors, liability, liability for the cooperative's debts, individual action for damages, diligence, insolvency.

SUMARIO: 1. STS (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1.^a) 103/2015, DE 10 DE MARZO. 1.1. Los antecedentes de hecho. 1.2. Cuestiones objeto de discusión. 1.3. Los pronunciamientos de la sentencia. 2. COMENTARIO. 2.1. Las personas administradoras de las cooperativas y sus diversas responsabilidades 2.2. Responsabilidad de las personas administradoras por deuda ajena en caso de no promover la disolución o declaración de concurso de la cooperativa. Alcance de la remisión del art. 43 LC a la regulación de las sociedades anónimas. 2.3. El ejercicio de la acción por daños contra las personas administradoras de las cooperativas. A) *El estándar de diligencia exigible en las cooperativas.* B) *Las acciones individuales por daños.* BIBLIOGRAFÍA

CONTENTS: 1. *JUDGMENT OF THE SUPREME COURT (CIVIL CHAMBER, SECTION 1) 103/2015 OF MARCH 10.* 1.1. *Facts.* 1.2. *Issues under discussion.* 1.3. *The judgment.* 2. *COMMENT.* 2.1. *Cooperatives' directors and their different liabilities.* 2.2. *Liability for the cooperative's debts derived from the lack of promotion of its dissolution or its declaration of bankruptcy. The reference on art. 43 LC to the legislation on corporations.* 2.3. *The personal liability in case of damages.* A) *The standard of due care in cooperatives.* B) *The individual action for damages.* *REFERENCES*

I STS (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1.^a) 103/2015, DE 10 DE MARZO

1.1. Los antecedentes de hecho

Avícola y Ganadera Segoviana S.C.L. (Avigase), interpone demanda de procedimiento ordinario contra los miembros del Consejo Rector de la cooperativa Nuproga, S.C.L. (Nuproga), suplicando que se les condene a pagar a la demandante la cantidad de 48.933,38 euros, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de presentación de la demanda, así como al pago de las costas del juicio.

La causa de la demanda se encuentra en la consideración por parte de la demandante de que los integrantes del Consejo Rector de Nuproga son responsables de la situación de insolvencia de ésta, que impide ejecutar de forma efectiva el fallo de una sentencia previa, mediante la que se condenaba a Nuproga a abonar a la actora 46.944,40 euros, así como los intereses y costas. Se alega que los demandados no promovieron a la disolución de la cooperativa cuando concurrían causas legales para ello, no habiendo convocado la Asamblea General a tal efecto. Con carácter subsidiario se interesa su responsabilidad mediante el ejercicio de la acción individual por daños.

La demanda es desestimada en primera instancia por el Juzgado de 1º Instancia núm. 4 de Salamanca (Sentencia de 21 de marzo de 2012), con expresa imposición de costas a la actora. Tras ser recurrida en apelación por la demandante, la

sentencia es íntegramente confirmada por la SAP Salamanca (Sección 1ª) 6/2013, de 15 de enero. La representación de Avigase interpuso recurso de casación ante dicha sentencia.

1.2. Cuestiones objeto de discusión

El litigio se centra en primer lugar en la posibilidad de extender a los miembros del Consejo Rector de Nuproga la responsabilidad objetiva prevista en el art. 367 LSC (antiguo art. 262 LSA) por no convocar la Asamblea General en el plazo de un mes existiendo causa de disolución (arts. 90.2 LCCyL y 70.1º LC), sin que esta responsabilidad esté expresamente prevista por la legislación cooperativa aplicable. Se plantea la extensión de tal responsabilidad partiendo del texto de los arts. 43 LC y 51.2.d y 3 LCCyL, así como por una posible aplicación analógica de la LSC en este punto.

En segundo lugar, atendiendo a la petición subsidiaria de la demandante, se valora la posibilidad de exigir responsabilidad por daños causados a ésta por la alegada conducta negligente de los/as administradores/as. Para ello se analiza en particular el nexo causal entre sus conductas y el daño producido (la falta de pago del crédito de aquélla).

1.3. Los pronunciamientos de la sentencia

El Tribunal Supremo confirma íntegramente la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida en casación, exponiendo los siguientes fundamentos jurídicos:

En el caso de la legislación cooperativa de Castilla y León, la disolución por pérdidas está prevista indirectamente en el art. 90.1 LCCyL, al indicar que la cooperativa debe disolverse "... por la reducción del capital mínimo legal o estatutario, sin que se restablezca en el plazo de un año". Cuando concurra cualquiera de las causas de disolución del art. 90 LCCyL (salvo por acuerdo de la Asamblea o por fusión, absorción o escisión total), el apdo. 2 del mismo ordena al Consejo Rector convocar la Asamblea General en el plazo de 1 mes para adoptar el acuerdo pertinente. De no ser convocada la Asamblea o si ésta no lograra el acuerdo de disolución, cualquier interesado/a podrá solicitar la disolución judicial de la cooperativa, sin que se prevea ninguna otra consecuencia para los/as consejeros/as. La misma circunstancia se da en la LC².

No cabe, a falta de una remisión clara y específica, realizar una aplicación extensiva del régimen de responsabilidad previsto en el art. 367 LSC a otras formas

² Art. 70 LC, que en el apdo. 3º prevé la facultad de cualquier socio/a para requerir al Consejo la convocatoria de la Asamblea, y que, de no ser convocada o si no lograra acuerdo de disolución, cualquier interesado/a podrá solicitar la disolución judicial de la cooperativa, sin especificar ninguna otra consecuencia.

asociativas, incluyendo las cooperativas, salvo que la ley autonómica aplicable así lo hubiera previsto expresamente. Por lo tanto, al no recogerse ni en la LCCyL ni en la LC una responsabilidad equiparable a la responsabilidad de los/as administradores/as de las sociedades de capital para el supuesto de que no se convoque la Asamblea General en caso de existir causa de disolución, tal responsabilidad no puede ser aplicada a las personas administradoras de las cooperativas.

De la remisión de los arts. 51.3 LCCyL y 43 LC (al que se remite el art. 51.2.d LCCyL en cuanto a la responsabilidad de los/as miembros del Consejo Rector frente a terceras personas) al régimen para los administradores de las SA no cabe inferir que sea aplicable a los/as administradores/as de las cooperativas el régimen íntegro de responsabilidad de las sociedades de capital, pues la “responsabilidad por daños” en ellos contemplada no puede identificarse con la responsabilidad por incumplimiento del deber legal de convocar la Asamblea, que precisa de una previsión legal expresa, dado que ésta sería una responsabilidad de diversa naturaleza.

En cuanto a la posible responsabilidad individual de los/as administradores/as por la negligencia de la que resulta un daño (la falta de pago) a la demandante, el Alto Tribunal, además de reprochar a ésta una falta de exposición clara y precisa de los hechos ni de aspectos concretos que podrían ser valorados oportunamente a fin de determinar si existieron comportamientos de los/as consejeros/as que les haga responsables de los alegados daños, recuerda, reiterando los pronunciamientos de la sentencia recurrida, que “... la circunstancia de no haber satisfecho un crédito de la actora, por sí solo, nunca puede suponer título suficiente de imputación de responsabilidad de los consejeros, por tratarse de un incumplimiento contractual, existiendo una absoluta falta de prueba respecto de la supuesta conducta negligente de los consejeros encaminada a despatrimonializar la cooperativa conduciéndola a la insolvencia”. Además de desvirtuarse las circunstancias alegadas por la demandante para probar una conducta negligente de los/as administradores/as, el Tribunal Supremo entiende que no se da la necesaria relación de causalidad de las conductas descritas y el daño pretendidamente producido a aquélla, por lo que no concurren los presupuestos de la responsabilidad individual.

No apreciándose “serias dudas de hecho o de derecho”, y aplicando el principio de vencimiento total, se mantiene la imposición de costas.

2 COMENTARIO

2.1. Las personas administradoras de las cooperativas y sus diversas responsabilidades

La sentencia comentada, por lo tanto, analiza la posible responsabilidad patrimonial de los/as administradores/as de una cooperativa, en particular por no convocar la Asamblea General ni promover su disolución existiendo causa legal

para ello, así como su posible responsabilidad individual por daños causados a terceras personas.

El estudio del régimen de responsabilidad de las personas administradoras de las sociedades es una cuestión que, habiendo sido objeto de abundante literatura jurídica, no por ello ha dejado de tener actualidad. Más al contrario, durante los últimos años estamos asistiendo a un importante desarrollo doctrinal y legislativo en la materia, derivado de la preocupación generada por el conocimiento de malas prácticas y abusos, si bien éste ha sido menor respecto de las cooperativas.

De modo muy genérico, diremos que las personas administradoras de las cooperativas³ pueden incurrir en distintas clases de responsabilidades por motivo de su actuación como tales, responsabilidades cuya diferente naturaleza habrá de tenerse en cuenta a efectos de determinar su aplicabilidad. Así, a la tradicional responsabilidad indemnizatoria por daños a la cooperativa, socios/as y terceras personas, se pueden añadir las responsabilidades específicas por incumplimiento de la legislación cooperativa, la posible responsabilidad por deuda ajena en caso de no promover la disolución o declaración de concurso de la sociedad, la responsabilidad derivada de la calificación del eventual concurso de la cooperativa como culpable, u otros tipos de responsabilidades recogidos a lo largo del ordenamiento jurídico (derivadas de la legislación penal, fiscal, laboral, medioambiental, etc.)⁴.

Siguiendo el contenido de la sentencia analizada, en las próximas páginas nos centramos en la primera y la tercera de las clases de responsabilidades mencionadas. Así, en primer lugar nos detenemos en la posible aplicación a aquéllas de la responsabilidad por deuda ajena por incumplimiento del deber de promover la disolución o declaración de concurso de la cooperativa existiendo causa legal para ello, en especial en virtud del alcance de la remisión del art. 43 LC a la regulación de las SA en materia de responsabilidad de las personas administradoras. En segundo lugar, analizamos los requisitos para el ejercicio de la acción individual contra los/as administradores/as por parte de terceras personas por daños sufridos por motivo de su gestión, en particular el estándar de diligencia que les es exigible, así como la existencia de un daño directo y una relación de causalidad entre éste y las actuaciones de aquéllos. Para ello se tienen en cuenta las novedades introducidas en la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo.

³ Nos centramos en la responsabilidad el órgano de administración, dejando a un lado las particularidades que puedan tener los/as componentes de otros órganos sociales (Comisión de Vigilancia o Intervención, Consejo Social, etc.).

⁴ Sobre esta cuestión, Villafáñez Pérez, I., *Cooperativa y Concurso. Estudio de las relaciones jurídicas con sus socios*, Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 302-338.

2.2. Responsabilidad de las personas administradoras por deuda ajena en caso de no promover la disolución o declaración de concurso de la cooperativa. Alcance de la remisión del art. 43 LC a la regulación de las sociedades anónimas

Para los casos en que concurra causa de disolución o la sociedad sea insolvente, el art. 365 LSC, siguiendo el texto del antiguo art. 262 LSA, impone a las personas administradoras de las sociedades de capital el deber de convocar una Junta General en el plazo de 2 meses para que ésta adopte el acuerdo de disolución o, en su caso, inste el concurso. En caso de incumplimiento de tal obligación o de no solicitar la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad en el plazo de 2 meses a contar desde la fecha de la celebración de la Junta o la prevista para ello, las personas administradoras responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, presumiéndose la posterioridad salvo que los/as administradores/as acrediten que son de fecha anterior (art. 367 LSC).

En cuanto a la legislación cooperativa, mientras algunas leyes recogen expresamente este tipo de responsabilidad para los/as administradores/as⁵, no ocurre lo mismo con la mayoría de ellas, que, aunque hacen referencia al deber de convocar la Asamblea General en los supuestos en que concurra causa de disolución o, en su caso, de disolver la cooperativa o de solicitar la declaración de concurso si concurren los requisitos para ello⁶, no recogen ninguna responsabilidad específica para el caso en que tales deberes no se cumplan⁷. Mientras que para las cooperativas sujetas al primer grupo de leyes no cabe duda de la aplicación de este tipo de responsabilidad a las personas encargadas de la administración en caso de concurrir los requisitos para ello, no existe unanimidad en relación con el resto.

Un elemento central sobre el que ha girado la posible aplicación de esta responsabilidad a las personas administradoras de las cooperativas reside en la remisión realizada por el art. 43 LC a la legislación sobre SA en cuanto a la responsabilidad de consejeros/as e interventores/as por daños causados. A falta de previsión específica en la legislación cooperativa en torno a una posible responsabilidad por incumplimiento de los señalados deberes, se ha planteado la extensión

⁵ Arts. 95.5 LCCMadrid, 97.4 LCRM, 112.5 LCCLM, 92.4 LCCAN, 79.3 LSCA. El contenido de estos preceptos no coincide plenamente, variando por ejemplo los plazos previstos en ellos.

⁶ Como se recuerda en Bataller Grau, J. "La disolución de las cooperativas", AA.VV., Pérdidas, disolución y concurso en sociedades cooperativas, Madrid, Marcial Pons, 2012, págs. 117-118, la legislación cooperativa en algún caso ni siquiera recoge el deber de los/as administradores/as de disolver la cooperativa en caso de que fracase la Asamblea General, como es el caso del art. 70.3 LC.

⁷ Sin perjuicio de, como señalábamos, otras posibles responsabilidades, como la no solicitud del concurso en los términos de la LCONC, recogida en esta misma normativa, y en ocasiones también por la legislación cooperativa (por ejemplo, art. 119 LCPA, como responsabilidad específica).

de la responsabilidad del art. 367 LSC a las cooperativas tomando como base este precepto y sus concordantes autonómicos⁸, o, en su caso, por vía de la analogía.

Parte de la doctrina y de la jurisprudencia se han mostrado partidarias de esta opción, dado que lo contrario supondría, en su opinión, favorecer a las cooperativas frente a las sociedades de capital en perjuicio de sus acreedores/as, cuyo nivel de desprotección sería mayor⁹. No obstante, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia, entre la que se encuentra la sentencia que ahora analizamos, y a nuestro entender correctamente, ha señalado un obstáculo elemental como impedimento a esta posibilidad: la remisión a la regulación de las SA es relativa a la responsabilidad “por daños”, teniendo la responsabilidad del art. 367 LSC una naturaleza diversa. Por ello, no cabría aplicar esta responsabilidad en las cooperativas sujetas a leyes que no la recojan expresamente.

La responsabilidad del art. 367 LSC se ha calificado como responsabilidad por deuda ajena o de sanción civil¹⁰, que no tiene como fundamento la generación de un daño, sino el hecho objetivo de haber llevado a cabo una conducta específica (la falta de convocatoria de la Junta o, en su caso, de la Asamblea, o la falta de solicitud de la disolución o del concurso), a la que se vincula una consecuencia jurídica para los/as administradores/as¹¹. Sin embargo, el art. 43 LC remite al régimen de la responsabilidad “por daños”, por lo que se estaría refiriendo a la responsabilidad del art. 236 LSC, que tiene carácter indemnizatorio, basada en un daño causado por una conducta negligente o contraria a las leyes o los estatutos

⁸ Otras leyes que remiten a la regulación de las SA o de capital en materia de responsabilidad de los y las administradoras: arts. 61 LCRM, 51.3 LCCyL, 54LCCAN.

⁹ En la jurisprudencia, SAP Bizkaia (Sección 1ª) 133/2005 de 18 de febrero (nótese que la LCPV no remite a la legislación de las sociedades de capital en materia de responsabilidad); SAP Burgos (sección 3.ª) 2/2012, de 11 de enero; SAP Madrid (Sección 19.ª) 404/2004, de 7 de junio (ver Tato Plaza, A., “Algunas notas en torno al órgano de administración de la sociedad cooperativa”, AA. VV., Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde, T. II, Madrid, marcial Pons, 2007, págs. 1449-1450).

En la doctrina, Pastor Sempere, C., “La responsabilidad del órgano de administración de las sociedades cooperativas y su necesaria incardinación en el moderno Derecho de Sociedades”, CIRIEC-Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa 22 (2011), págs. 23-24.

¹⁰ Aunque no se trate de una sanción o pena en sentido estricto, tiene un importante elemento de sanción y de represión de conductas.

¹¹ Sobre esta clase de responsabilidad y su naturaleza ver, entre otros, García-Cruces González, J. A., “La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de las causas de disolución de la sociedad: consideraciones en torno al debate jurisprudencial”, AA. VV., La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 62-72. Entre la abundante jurisprudencia al respecto, por ejemplo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 417/2006 de 28 de abril.

y en la existencia de un nexo causal entre ellas, y no a la responsabilidad del art. 367 LSC, dada su distinta naturaleza y contenido¹².

El mismo obstáculo podemos señalar cuando se acude a la analogía. En este punto, se ha destacado particularmente el elemento sancionador de la responsabilidad del art. 367 LSC con impedimento para ello. En todo caso, como se ha subrayado reiteradamente por la jurisprudencia (y así lo hace la sentencia recurrida en casación y sobre la que resuelve la sentencia que comentamos, que desarrolla esta cuestión más extensamente) la aplicación del método analógico requiere de la existencia de una verdadera laguna legal y de la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretenden resolver y el regulado, esto es, una identidad de razón, lo que no ocurre en este caso, dado que los legisladores cooperativos podrían haber recogido esta responsabilidad si lo hubieran estimado oportuno, tal y como han hecho algunos¹³.

En esta línea, como señala el profesor Vicent Chuliá, la responsabilidad recogida en el art. 367 LSC tiene carácter especial, dado que el ordenamiento jurídico

¹² Todo ello sin perjuicio de la merecida crítica a la técnica de remisión a la legislación sobre SA y la confusa redacción en Sacristán Bergia, F. y Sequeira Martín, A. J., “Una reflexión sobre la responsabilidad de los miembros del Consejo Rector de las cooperativas”, Rds 21(2003), págs. 221-222. Otro de los aspectos que se han debatido en relación con este precepto es si la remisión a la legislación sobre SA lo es sólo en relación con la acción social de responsabilidad o también respecto de la acción individual. Aunque la mayor parte de la doctrina considera que lo es a ambas (como es el caso de la obra señalada), en ocasiones se ha interpretado en un sentido diverso (así, Morillas Jarillo, M. J. y Feliú Rey, M. I., Curso de Cooperativas, Madrid, Tecnos, 2002 (2ª ed.), pág. 308).

¹³ Entre la doctrina respecto de la aplicación de esta responsabilidad a los/as administradores/as de las cooperativas: SACRISTÁN BERGIA, F. y SEQUEIRA MARTÍN, A. J. (2003), págs. 230-231; Sacristán Bergia, F. “El riesgo de responsabilidad del órgano de administración de las cooperativas en situaciones de insolvencia, y de pérdidas patrimoniales”, REVESCO 89 (2006) págs. 145-146; MORILLAS JARILLO, M. J. y FELIÚ REY, M. I. (2002), pág. 331; VÁZQUEZ PENA, M. J., “La aplicación del apartado quinto del art. 262 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas a las sociedades cooperativas”, CIRIEC-Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa 18 (2007), passim; BATALLER GRAU, J. (2012) págs. 117-118.

Entre la jurisprudencia que considera que la responsabilidad del art. 367 LSC no puede extenderse a los/as administradores/as de las cooperativas por analogía o por remisión del art. 43 LC: SAP Barcelona (Sección 15ª) 2/2005 de 3 de enero; SAP Sevilla (Sección 5ª) 58/2008, de 1 de febrero; SAP Barcelona (Sección 15ª) 152/2008, de 29 de abril; SAP Madrid (Sección 28ª) 316/2009, de 30 de diciembre; SAP León (Sección 1ª) 335/2012, de 12 de julio; SAP Burgos (Sección 3ª) 360/2015 de 18 de noviembre (que se apoya precisamente en la sentencia que ahora analizamos); etc. No aclara esta cuestión la SAP Álava (Sección 1ª) 64/2014, de 13 de marzo, que si bien indica que la responsabilidad por daños de los antiguos arts. 133 y 135 LSA y la responsabilidad por deuda ajena del art. 262.5 del mismo texto legal tienen naturaleza completamente diversa, no analiza la aplicabilidad de ésta última a las sociedades cooperativas por la remisión de la legislación cooperativa a la de las sociedades anónimas o por analogía.

La doctrina que aboga por la aplicación de esta clase de responsabilidad a los/as administradores/as de las cooperativas, señala que podríamos encontrarnos ante un olvido por parte del legislador, y que la responsabilidad del art. 367 LSC no es propiamente una sanción (PASTOR SEMPERE, C. (2011) págs. 23-24).

sólo la recoge para unos supuestos particulares¹⁴. Sólo una opción del legislador, recogiendo expresamente aquélla, avalaría su aplicación en las cooperativas, sin que la vía de la analogía pueda convertirse en un subterfugio para la uniformización indirecta de la regulación de las éstas con la de las sociedades de capital. Tampoco parece ocioso recordar que la legislación cooperativa recoge responsabilidades específicas para las personas administradoras de esta clase de sociedades que, sin embargo, no les son aplicables a las de las sociedades de capital, como sucede con las responsabilidades por incumplimiento de la legislación cooperativa¹⁵.

2.3. El ejercicio de la acción por daños contra las personas administradoras de las cooperativas

La legislación cooperativa, al igual que la legislación de las sociedades de capital¹⁶, recoge en su articulado la tradicional responsabilidad de los/as administradores/as por daños causados a la cooperativa, socios/as o terceras personas por actos contrarios a la ley, los estatutos o los deberes inherentes a su cargo, aunque no todas las leyes de cooperativas lo hagan exactamente de la misma forma¹⁷. Por lo general se trata de una responsabilidad solidaria, salvo para quienes prueben que desconocían su existencia, hicieron lo posible para evitar el daño o se opusieron expresamente, sin que la adopción, autorización o ratificación del acuerdo por la Asamblea General sea motivo de exoneración de la responsabilidad.

En atención a los intereses dañados por la acción u omisión, la conducta lesiva puede dar lugar a acciones sociales o individuales de responsabilidad, estando las primeras dirigidas a reintegrar el patrimonio social por los daños causados a la propia cooperativa, mientras que el objeto de las segundas lo constituye la reclamación por parte de socios/as o de terceros/as por los actos que lesionen directamente sus intereses.

¹⁴ Vicent Chuliá, F., “La responsabilidad de los administradores en el concurso”, RCP 4 (2006), pág. 19.

Como hemos advertido en otras ocasiones [VILLAFÁÑEZ PÉREZ, I. (2014), pág. 321], en este sentido resulta llamativa la redacción de los arts. 50.2 y 51 bis LCONC, que, refiriéndose a la responsabilidad por incumplimiento de los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución se refiere de modo expreso a “los administradores de las sociedades de capital concursadas”, y tan sólo a ellos.

¹⁵ Ver MORILLAS JARILLO, M. J. y FELIÚ REY, M. I. (2002) pág. 331; VILLAFÁÑEZ PEREZ, I. (2014) pág. 323.

¹⁶ Arts. 236 y ss. LSC.

¹⁷ Arts. 43 LC, 66 LCPA, 44 LFCN, 42 LCAR, 50 LCG, 50 LSCA, 47 LCPV, 54 LCLR, 63 LCCLM, 51 LCCyL, 43 LCCMadrid, 42 LSCEX, 59 LCCAT, 54 LCCAN, 47 LCCV, 63 LCIB, 61 LCRM.

Nótese que por regla general las leyes de cooperativas se refieren al incumplimiento del deber de diligencia, siendo más adecuada en este sentido, a nuestro parecer, la LSC, que se refiere en general a los deberes inherentes al cargo de administración, incluyendo otros deberes como el deber de lealtad, sin perjuicio de las responsabilidades específicas que su incumplimiento podría acarrear.

En las siguientes páginas nos centramos en algunos aspectos que consideramos de especial interés en relación con esta responsabilidad en las cooperativas. En concreto, nos detenemos en los elementos que deben concurrir para que las conductas de las personas administradoras puedan dar lugar a una responsabilidad por daños, centrándonos en el estándar de diligencia exigible, así como en los requisitos particulares para el ejercicio de las acciones individuales¹⁸.

A) El estándar de diligencia exigible en las cooperativas

Como venimos diciendo, estamos ante una responsabilidad con origen en una acción u omisión imputable a las personas administradoras que haya sido llevada a cabo en el marco de su actuación orgánica, contraria a la ley, los estatutos o a los deberes inherentes al cargo, siempre que generen un daño patrimonial y que exista un nexo de causalidad entre la conducta y el perjuicio, tratándose de una responsabilidad de carácter indemnizatorio. Una de las cuestiones que más interés ha suscitado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, aunque la sentencia analizada no profundiza en esta cuestión¹⁹, es precisamente cuál es estándar de diligencia que puede y debe ser exigido a las personas administradoras, y en especial a las de las sociedades cooperativas.

Un repaso de la evolución de la legislación societaria sobre esta cuestión nos muestra la progresiva profesionalización del estándar de diligencia exigible, tendencia que por lo general ha sido seguida por la legislación cooperativa. De este modo, mediante la redacción del art. 133.1 LSA de 1989 se eliminó para los/as administradores/as de las SA el requisito general de “malicia, abuso de facultades o negligencia grave” del art. 144 C. de co. a la hora de estimar su responsabilidad, para incluir también la responsabilidad por negligencia o negligencia leve al referirse a los actos realizados “sin la diligencia debida”. Igualmente, la exigencia de “malicia, abuso de facultades o negligencia grave” ha ido eliminándose de la

¹⁸ Sin restar por ello importancia a aspectos tan relevantes como la posible responsabilidad de los/as administradores/as de hecho, o el plazo de prescripción de estas acciones, que varía en las distintas leyes de cooperativas. Respecto de esta última cuestión, apuntamos en este momento la novedad que supone el art. 241 bis LSC, introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de acuerdo con el cual “La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse”, en lugar de “desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración” (art. 949 C. de co.), incorporando así para las sociedades de capital (y las cooperativas, en la medida en que este precepto les sea aplicable), por lo que respecta a las acciones sociales e individuales por daños (siendo dudosa su aplicabilidad a otra clase de responsabilidades, como la recogida en el art. 367 LSC, dada la literalidad del art. 241 bis LSC), la norma general del art. 1969 CC.

¹⁹ Ante la alegada conducta negligente de las personas demandadas, la sentencia señala (parafraseando la sentencia recurrida en casación) “una absoluta falta de prueba respecto de la supuesta conducta negligente”, que debería ser demostrada por la parte actora, sin profundizar en la cuestión del estándar exigible a las personas administradoras de las cooperativas.

legislación cooperativa, recogiendo en la actualidad sólo en los arts. 42 LCAR, 42 LSCEX, 54.2 LCLR y 44 LFCN. La tendencia a la exigencia de un estándar de diligencia propio de profesionales en la regulación de las sociedades de capital, ha sido también notoria al pasar de la originaria diligencia exigida a “un buen padre de familia” a la diligencia “de un ordenado empresario” en el actual art. 225.1 LSC (con los matices que luego se señalan). La legislación cooperativa emplea diversas expresiones en este punto, observándose también una progresiva profesionalización del estándar de diligencia exigible a los/as administradores/as, de forma paralela a la profesionalización del propio órgano de administración, lo que implica una mayor protección para quienes puedan verse perjudicadas/os por las actuaciones de aquéllas²⁰. No obstante, existen diversos elementos que hacen cuestionarse la exigencia a los/as administradores/as de las cooperativas del mismo estándar de diligencia que para los/as de las sociedades de capital, particularmente de las sociedades cotizadas.

Por un lado, como indicábamos, algunas leyes siguen haciendo referencia a la “malicia, abuso de facultades o negligencia grave” para poder estimar una responsabilidad por daños. En los casos en los que estas leyes sean de aplicación habrá de probarse tal elemento intencional, con el efecto de dificultar su reclamación²¹.

Por otro lado, en algún caso se indica que la valoración del estándar de diligencia y su cumplimiento se realizará atendiendo a circunstancias como el carácter retribuido o no del cargo²², lo que hay que poner en relación con el vínculo que

²⁰ Sobre la evolución del deber de diligencia en la legislación societaria en relación con las personas administradoras: RAMOS HERRANZ, I., “El estándar de diligencia: El ordenado empresario”, *ADC* 59, 1 (2006), págs. 211-220; GARCÍA MANDALÓNIZ, M. “Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital)”, *AA.VV.*, Gobierno Corporativo; la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 367-368; MORILLAS JARILLO, M. J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, la Ley, 2002, pág. 357.

En cuanto a las cooperativas, ver TATO PLAZA, A. (2007), pág. 1449; PASTOR SEMPERE, C. (2011), págs. 11-14; SACRISTÁN BERGIA, F. (2006), págs. 114-142; SUSO VIDAL, J. M., “La confluencia del Derecho de sociedades mercantiles en el régimen de los órganos sociales de la Ley de Cooperativas de Euskadi de 1993”, *AA.VV.*, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Vol. II, Civitas, Madrid, 1996, págs. 2536-2538. Por lo que respecta a las diferentes expresiones empleadas por las leyes de cooperativas al referirse al deber de diligencia, ver SACRISTÁN BERGIA, F. y SEQUEIRA MARTÍN, A. J. (2003), págs. 223-224, que consideran que tales diferencias no tienen incidencia real sobre el comportamiento debido.

²¹ Se critica esta circunstancia por suponer un privilegio para los/as administradores/as de tales cooperativas, y abogando por la armonización legislativa en este punto en Vargas Vasserot, C. et al., *Derecho de las sociedades cooperativas. Introducción, constitución, estatuto del socio y órganos sociales*, Madrid, La Ley, 2014, pág. 416.

²² Arts. 47.1 LCPV y 23.3 del Real Decreto 84/1993, de 22 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito (de acuerdo con VARGAS VASSEROT, C. et al. (2014), pág. 391, el art. 43 LC derogaría este precepto).

por lo general existe entre el carácter profesional del cargo y la retribución de las personas administradoras²³.

Además, no han de perderse de vista elementos como la composición del órgano de administración, mayoritariamente formado por socios/as (limitaciones para la incorporación de personas no socias), que normalmente no son profesionales, así como la obligación de las personas socias de aceptar los cargos para los que fueran designadas, y la imposibilidad general de renunciar al cargo libremente²⁴.

A nuestro entender, como hemos defendido en ocasiones anteriores, reconociendo la existencia de un deber de diligencia que los miembros del órgano de administración de la cooperativa deben cumplir, a la hora de valorar el cumplimiento de este deber los órganos judiciales deben contar con cierta flexibilidad, de forma que puedan tener en cuenta elementos como las particularidades antes indicadas²⁵.

En realidad, esta flexibilidad es predicable respecto de cualquier administrador/a, siempre tomando en cuenta las circunstancias concretas del cargo, entre las que podemos incluir la empresa o sociedad en la que actúa y las condiciones y circunstancias propias de ésta (clase de sociedad, tamaño, sector, composición del órgano de administración y posición de los/as administradores/as, etc.)²⁶.

²³ Ver SUSO VIDAL, J. M. (1996) págs. 2537-2538 (añade que, por ello, en ciertos casos en los que el cargo es necesariamente no retribuido, como sucede en el caso de las cooperativas de viviendas de acuerdo con el art. 115 LCPV, se minorarían los parámetros de diligencia exigible); VARGAS VASEROT, C. et al. (2014), págs. 390-39; en MARTÍNEZ SANZ, F. y PUETZ, A., “Deber de diligente administración (art. 127)”, AA.VV., Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, vol. II., Madrid, Tecnos, 2009 (2ª ed.), pág. 1415 (para las sociedades en general, se hace notar cómo la introducción del elemento de profesionalidad no casa bien con la presunción de gratuidad del cargo). También se apunta a la gratuidad del cargo como elemento, entre otros, a tener en cuenta para reducir el estándar de diligencia exigible en Alfonso Sánchez, R. y Sanchez Ruiz, M., “Aspectos generales sobre el buen gobierno de las cooperativas y grupos cooperativos”, RDM 266 (2007), págs. 1057-1059.

Se cuestiona esta posición en VICENT CHULIÁ, F., “Responsabilidad de los miembros del Consejo Rector (art. 64)” AA.VV., Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, t. XX (Ley General de Cooperativas), vol. 2, Madrid, Edersa, 1990, págs. 820-823.

²⁴ ALFONSO SÁNCHEZ, R. y SÁNCHEZ RUIZ, M. (2007), págs. 1057-1059; TATO PLAZA, A., “Capítulo V. Órganos sociales. II. La administración”, AA.VV., Tratado de Derecho de Cooperativas, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 454.

²⁵ VILLAFÁÑEZ PÉREZ, I. (2014), págs. 306-309.

²⁶ En este sentido, se ha señalado por la doctrina que la diligencia como ordenado empresario no sería un estándar de diligencia abstracto para cualquier sociedad, sino la particular para la sociedad en la que se actúa. MORILLAS JARILLO, M. J. (2002), págs. 236-237; QUIJANO, J., “Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo de consejo de administración”, RDM 296 (2015), pág. 143; GARCÍA MANDALÓNIZ, M. (2015), pág. 371; PÉREZ CARRILLO, E., “El deber de diligencia de los administradores de las sociedades”, RdS 14 (2000), págs. 296-310 (plantea que, a la hora de valorar el deber de diligencia de los administradores de las sociedades, además de módulos objetivos —entre los que incluye la costumbre del sector—, han de tomarse en consideración módulos subjetivos, en especial la pericia, capacitación técnica y profesionalización). En particular, en cuanto a las cooperativas: SACRISTÁN BERGIA, F. y SEQUEIRA MARTÍN, A. J. (2003), pág.

Esta idea parece reforzarse por las últimas modificaciones introducidas en materia de gobierno corporativo en la legislación societaria, en especial mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo. Entre las innovaciones introducidas por ésta, podemos destacar, en relación con el deber de diligencia, la aclaración de que en el desempeño del cargo y de los deberes inherentes a éste habrán de tenerse en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada administrador/a. De esta forma, se consolida que no existe un estándar de diligencia abstracto exigible a todas las personas administradoras, sino que éste deberá adecuarse a las circunstancias de cada una, teniendo en cuenta sus funciones reales, su carácter más o menos profesional, etc.

Esta modificación legal ha de ponerse en relación con la tendencia a romper con el modelo unitario de Consejo de Administración, mediante una distinción cada vez mayor entre clases de consejeros/as y más formal y exteriorizada entre dirección y supervisión, la posible existencia de comisiones especializadas, etc., que también queda fortalecida mediante la Ley 31/2014, en especial en relación con las sociedades cotizadas, pero no sólo respecto de ellas. Cabe destacar en este sentido, además de la nueva redacción del art. 225.1 LSC, el nuevo art. 529 *duodecies* LSC sobre categorías de consejeros/as de las sociedades cotizadas, la regulación de las funciones del Consejo (art. 249 *bis* LSC, que refuerza el Consejo como órgano de supervisión) y la nueva previsión del art. 217 LSC en cuanto a la retribución de los/as consejeros/as (indica que se deberán tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada uno/a)²⁷.

Estas cuestiones, salvando las distancias, son trasladables a las cooperativas, no sólo en virtud de la remisión del art. 43 LC y concordantes autonómicos a la regulación de las SA, sino por la propia regulación del órgano de administración en la legislación cooperativa. Así, junto con todos los elementos previamente indicados, no pueden perderse de vista aspectos como la posible existencia de diferentes clases de personas administradoras (externas o internas, consejeros/as

223 (consideran que en este sentido no hay un elemento diferenciador respecto de las sociedades de capital “porque el comportamiento exigible es el mismo aunque adaptado a las características de las cooperativas y a cuál sea el género de actividad a que se dedique, aunque el cambio de tipo social afecta al contenido legal en que se desarrollan sus funciones, y haya que tener en cuenta la existencia de los peculiares principios cooperativos” —se hace mención expresa de los principios cooperativos en los arts. 43.1 LCCMadrid y 47.1 LCCV—).

²⁷ QUIJANO, J. (2015), págs. 149-154, quien concluye que la Ley 31/2014 consolida el modelo y hace más efectivas las pautas de aplicación diferenciada y no unitaria del régimen de responsabilidad (en la pág. 143 habla de un grado importante de personalización en el contenido del deber de diligencia, fruto del nuevo modelo de Consejo de Administración); GARCÍA MANDALONIZ, M. (2015), págs. 371-372; DE ROS CERESO, R. M., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y Código de Buen Gobierno*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pág. 56.

delegados/as, comisiones, etc.)²⁸, así como las diferencias que se pueden establecer en cuanto a su remuneración²⁹. Igualmente, y sin perjuicio de la existencia de una Comisión de Vigilancia u órgano de Intervención, también ha de destacarse la tendencia a que, al menos en cooperativas de cierta dimensión, el Consejo Rector desarrolle una función más de vigilancia y control que de auténtica gestión, siendo las personas directivas quienes se encargan de ésta³⁰.

Por otro lado, también como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014, se especifica que las personas administradoras deberán responder por los daños causados “siempre que haya intervenido dolo o culpa”, añadiendo que “la culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales” (art. 236 LSC), lo que subrayaría su carácter de responsabilidad subjetiva, tratándose la obligación de los/as administradores/as de medios, y no de resultados, y, al mismo tiempo, la necesidad de probar la falta de diligencia por quien la alega³¹. En relación con lo anterior, una de las más destacables novedades introducidas por la Ley 31/2014 consiste en el reconocimiento legal expreso de la protección de la discrecionalidad empresarial en el art. 226 LSC. Esta norma en realidad es una concreción del art. 1.104 CC en cuanto al deber de diligencia de los/as administradores/as de las sociedades, que, una vez más, habrá de ser aplicado tomando en cuenta las situaciones particulares que concurren en cada sociedad y en cada administrador/a³².

²⁸ VARGAS VASSEROT, C. et al. (2014), págs. 377-379: Señalan las dificultades de trasladar la clasificación del Código Unificado de Buen Gobierno y del art. 529 duodécimos LSC a las cooperativas, en especial los consejeros dominicales, subrayando asimismo las limitaciones legales en cuanto a los independientes. Ello no obsta que pueda haber diferentes tipos de administradores, independientes o no, profesionales o no, remunerados o no, etc.

²⁹ En este sentido, ver especialmente los arts. 40 LC, 62 LCIB, 46.5 LCCV, 53.1 LCCAN, 50 LCCyL, 39.2 LCCAR, 43.2 LCCAT o 38.6 LSCEX.

³⁰ Así, por ejemplo, en especial en preceptos como los arts. 32.1 LC, 39.1 LCCMadrid, 43.1 LCCAN, etc.

Ver Embid Irujo, J. M. y Emparanza Sobejano, A., “El gobierno corporativo de entidades no mercantiles. Especial referencia a las cooperativas y las fundaciones”, AA.VV., Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 1061-1062; VARGAS VASSEROT, C. et al. (2014), págs. 385-388.

³¹ DE ROS CERREZO, R. M. (2015), pág. 86; QUIJANO, J. (2015), págs. 146-148 (pág. 147: El dolo recupera la vieja referencia del la LSA 1951 a la malicia e intencionalidad, mientras que la mención genérica a la culpa comprende todas las variantes, sean de contenido o de gravedad. Los efectos de la distinción serán apreciables principalmente en la cuantificación de la indemnización cuando quepa exigir responsabilidad por daños y perjuicios).

³² Ver GARCÍA MANDALONIZ, M. (2015), págs. 407-412; QUIJANO, J. (2015), pág. 1147.

B) Las acciones individuales por daños

Por otro lado, ha de llamarse la atención sobre los requisitos específicos para el ejercicio de las acciones individuales por daños. Sin ahondar en el rico debate existente en torno a la naturaleza y ámbito de esta responsabilidad, nos centramos en algunas cuestiones que nos parecen clave en relación con la sentencia que ahora comentamos.

Comenzamos subrayando que, a pesar de que no todas las leyes de cooperativas recojan expresamente las acciones individuales por daños, y de que algunas sólo lo hagan refiriéndose a las personas socias, entendemos que pueden ser ejercitadas por cualquier persona que haya sufrido un daño directo por la actuación de los/as administradores/as³³, siendo en cualquier caso de aplicación el art. 1.902 CC³⁴.

Estas acciones pueden ser empleadas por los/as socios/as o terceros/as frente a actos que lesionen directamente sus intereses, para lo que es necesario que exista un daño personal y directo para quien lo ejercita, causalmente conectado con el comportamiento específico de los/as administradores/as a quienes se atribuye el resultado.

Ha de partirse de que los/as administradores/as actúan, en el ejercicio de su cargo, en nombre de la sociedad, quien será responsable de los daños a terceras personas incluso cuando la actuación de los/as administradores/as sea dolosa, sin perjuicio de que posteriormente pueda repetir contra ellas. De este modo, se ha señalado como elemento clave para determinar quién debe responder ante las terceras personas si éstas tienen una relación contractual o no con la sociedad, siendo por lo general ésta responsable cuando la relación es contractual, y las personas administradoras cuando no había relación contractual previa³⁵. No hay que olvidar elementos como la separación patrimonial entre la sociedad y los/as administradores/as y el principio de responsabilidad limitada que rige en las sociedades de estructura corporativa, los principios propios de las relaciones representativas, la

³³ TATO PLAZA, A. (2013), pág. 465.

³⁴ En general, sobre esta acción, entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, RdS 18 (2002) págs. 46-48. Aunque la doctrina mayoritaria entiende que se trata de una verdadera acción, el autor entiende que en realidad es una remisión a la responsabilidad del art. 1.902 CC.

³⁵ Entre la abundante doctrina al respecto, por ejemplo, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002), págs. 47 y ss.; MAS-GUINDAL GARCÍA, J., “La responsabilidad de los administradores sociales. Una aproximación al régimen del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital”, AA.VV., Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores, Cizur Menor, Thomson Reuters Civitas, 2015, págs. 792-800.

En relación con esta cuestión, como se exponía en el apartado 1.3 de este trabajo, el Tribunal Supremo, en la resolución comentada, reitera las afirmaciones de la sentencia recurrida en casación, cuando indica que “la circunstancia de no haber satisfecho un crédito de la actora, por sí solo, nunca puede suponer título suficiente de imputación de responsabilidad a los consejeros, por tratarse de un incumplimiento contractual (...)”.

relatividad de los contratos, o que la propia sociedad tiene el deber de diligencia del art. 1.902 CC, aunque lo haga mediante sus órganos³⁶.

No obstante, la existencia de una relación contractual entre la sociedad y las terceras personas no exime completamente a las personas administradoras de responsabilidad por los daños causados a aquéllas, habiéndose señalado por la doctrina y la jurisprudencia ciertos supuestos en los que sí existiría una responsabilidad de éstas por causar daños directos mediante sus actuaciones³⁷. Entre estos supuestos, son recurrentes los casos en los que se transmite una imagen de solvencia irreal que da lugar a un contrato o aquéllos casos en los que los/as administradores/as son conscientes de las dificultades o imposibilidades de pago y aun así realizan contratos (supuestos de inducción contractual y endeudamiento progresivo)³⁸. También en fase de ejecución del contrato podría causarse un daño directo, cuando el comportamiento de los/as administradores/as llevara al incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la sociedad³⁹. En todo caso, ha de incidir-

³⁶ De lo contrario, se podría llegar a hacer responsables a los/as administradores/as de cualquier daño producido a terceras personas en sus relaciones con la sociedad. MAS-GUINDAL GARCÍA, J. (2015), págs. 795-796. De este modo, se pone en duda la propia responsabilidad de los/as administradores/as ante terceros por actuaciones no diligentes: ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002), págs. 54-57 y 64; GARCÍA-MANDALÓNIZ, M. (2015), pág. 394-395.

De acuerdo con otra posición doctrinal, las personas administradoras tienen una posición institucional, por lo que sus deberes orgánicos también tienen proyección frente a terceras personas. RONCERO SÁNCHEZ, A., "La acción individual de responsabilidad", AA.VV., La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, Madrid, La Ley, 2011, págs. 202-203 y 216.

³⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002), págs. 64 y ss.; RONCERO SÁNCHEZ, A. (2011) págs. 212 y ss. (especialmente págs. 216-217); Fernández de la Gándara, L., Derecho de Sociedades, Vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, págs. 763-764.

³⁸ Para mayor profundización y estado de la cuestión en la jurisprudencia, ver bibliografía citada en nota anterior.

En cuanto a la jurisprudencia referida a las cooperativas, por ejemplo, la SAP Murcia (Sección 4ª) 530/2010 de 14 de octubre; SAP Zamora (Sección 1ª) 240/2005, de 28 de julio; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 635/2011, de 29 de septiembre.

En el caso objeto de análisis, aclara la sentencia recurrida en casación, entre otras cuestiones que "de la demanda tampoco cabe deducir realmente cuál es el origen de la deuda, fecha de la misma, lo cual permitiría comprobar si realmente la cooperativa, a través de sus consejeros, era ya consciente de que cuando contrajo tal deuda se encontraba en una difícil situación económica, de tal manera que razonablemente cabía pensar que no podía hacer frente al pago de la misma, sin perjuicio de estar ya incurso, tal vez, en causa de disolución".

Se indica en MAS-GUINDAL GARCÍA, J. (2015) pág. 795 que en estos casos "del cumplimiento del contrato con la entidad respondería la sociedad, pero del ilícito que provocó la contratación, que indujo a la entidad a contratar, responderá el administrador".

Específicamente en relación con las cooperativas: SACRISTÁN BERGIA, F. et al., Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma, Madrid, Dykinson, 2009, pág. 331.

³⁹ Para mayor profundización y estado de la cuestión en la jurisprudencia, ver asimismo bibliografía citada en nota 36.

se en que el daño debe ser directo y que debe existir un nexo de causalidad entre la conducta y aquél, debiendo lo anterior ser probado por quien lo alega, dado el riesgo de extender responsabilidad por cualquier incumplimiento. En este sentido se ha señalado como problema la coincidencia entre la deuda de la sociedad y el daño sufrido, lo que facilita la imputación de la responsabilidad y deja de manifiesto la insegura línea divisoria con la responsabilidad por deudas⁴⁰.

En cuanto a la infracción del deber de promover la disolución o el concurso de la cooperativa cuando exista causa para ello, además de la posible responsabilidad del art. 367 LSC y concordantes en los términos vistos, se ha planteado la posibilidad de acudir a la acción individual por daños, en la medida en que esta circunstancia puede causar daños a terceros/as, que verían dificultado o imposibilitado el cobro de sus créditos. De nuevo, y a pesar de que exista jurisprudencia que haya reconocido la concurrencia de la responsabilidad individual por daños en estos casos⁴¹, hemos de recordar que debe existir un nexo causal directo entre la conducta y el daño. Por ello, parece más correcta la línea jurisprudencial mayoritaria que entiende que la situación de insolvencia o la no promoción de la disolución o el concurso no causan por sí solas daños directos a terceras personas, a pesar de que se vean perjudicadas por ellas⁴².

En cualquier caso, no ha de perderse de vista la posibilidad de usar subsidiariamente acciones sociales, que son precisamente las adecuadas cuando se causan daños indirectos a socios y terceros con motivo de los daños al patrimonio social, y siempre con la finalidad de reintegrar éste⁴³, aunque no todas las leyes de cooperativas conceden a terceras personas la opción de emplear éstas⁴⁴.

En referencia a sociedades cooperativas, ver, por ejemplo, SAP Burgos (Sección 3ª) 360/2015, de 18 de noviembre (estimando que concurre esta clase de responsabilidad para algunas de las personas administradoras); SAP Álava (Sección 1ª) 64/2014, de 13 de marzo; etc.

⁴⁰ RONCERO SÁNCHEZ, A. (2011), pág. 216-217. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002), pág. 67, por su parte, entiende que debe concurrir dolo por parte de las personas administradoras en estos supuestos.

⁴¹ En este sentido RONCERO SÁNCHEZ, A. (2011) habla de una aplicación distorsionadora de la acción individual por daños. Algunos ejemplos podemos observarlos en SACRISTÁN BERGIA, F. et al. (2009), pág. 331.

⁴² Así, por ejemplo, STS (Sala de lo Civil) 741/1999, de 21 de septiembre; STS (Sala de lo Civil) 1311/2002, de 30 de diciembre; SAP Barcelona (Sección 15ª) 152/2008, de 28 de abril.

Hemos de referirnos, además, a los problemas específicos que plantea el ejercicio de acciones individuales contra los/as administradores/as de sociedades insolventes, dado que ello podría afectar a las posibilidades de éstos/as para hacer frente a otras reclamaciones y responsabilidades, pudiendo perjudicar a la masa pasiva y a los derechos del resto de las personas acreedoras. Sobre esta cuestión, nos remitimos a VILLAFÁÑEZ PEREZ, I. (2014) págs. 344-346.

⁴³ MAS-GUINDAL GARCÍA, J. (2015), pág. 798, señalando que la posibilidad de que los daños a la sociedad provoquen daños indirectos a terceras personas o socios/as es el motivo por el que éstas pueden ejercitar subsidiariamente las acciones sociales; ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002), pág. 48.

⁴⁴ Ver TATO PLAZA, A. (2013), pág. 464.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, *RdS* 18 (2002), págs. 45-76.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R. y SÁNCHEZ RUIZ, M., “Aspectos generales sobre el buen gobierno de las cooperativas y grupos cooperativos”, *RDM* 266 (2007), págs. 1051-1086.
- BATALLER GRAU, J., “La disolución de las cooperativas”, AA.VV. (dir. Bataller Grau, J.), *Pérdidas, disolución y concurso en sociedades cooperativas*, Madrid, Marcial Pons, 2012, págs. 84-130.
- EMBED IRUJO, J. M. y EMPARANZA SOBEJANO, A., “El gobierno corporativo de entidades no mercantiles. Especial referencia a las cooperativas y las fundaciones”, AA.VV. (dir. Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 1047-1079.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades*, Vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- GARCÍA MANDALONIZ, M., “Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)”, AA.VV. (dir. Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 357-426.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de las causas de disolución de la sociedad: consideraciones en torno al debate jurisprudencial”, AA.VV. (Coords. Galán Corona, E. y García-Cruces, J. A.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 48-90.
- MARTÍNEZ SANZ, F. y PUETZ, A., “Deber de diligente administración (art. 127)”, AA.VV. (Coords. Arroyo, I.; Embid, J. M. y Górriz, C.), *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II., Madrid, Tecnos, 2009 (2ª ed.), págs. 1412-1419.
- MAS-GUINDAL GARCÍA, J., “La responsabilidad de los administradores sociales. Una aproximación al régimen del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital”, AA.VV. (dir. Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 787-814.
- MORILLAS JARILLO, M. J., *las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, la Lay 2002.
- MORILLAS JARILLO, M. J. y FELIÚ REY, M. I., *Curso de Cooperativas*, Madrid, Tecnos, 2002 (2ª ed.).
- PASTOR SEMPERE, C., “La responsabilidad del órgano de administración de las sociedades cooperativas y su necesaria incardinación en el moderno Derecho de Sociedades”, *CIRIEC-Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* 22 (2011), págs. 9-36.
- PÉREZ CARRILLO, E., “El deber de diligencia de los administradores de las sociedades”, *RdS* 14 (2000), págs. 275-323.

- QUIJANO, J., “Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del consejo de administración”, *RDM* 296 (2015), págs. 135-157.
- RAMOS HERRANZ, I., “El estándar de diligencia: El ordenado empresario”, *ADC* 59, 1 (2006), págs.195-225.
- RONCERO SÁNCHEZ, A., “La acción individual de responsabilidad”, AA.VV. (coord. Guerra Martín, G.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, La Ley, 2011, págs. 795-222.
- DE ROS CEREZO, R. M., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- SACRISTÁN BERGIA, F., “El riesgo de responsabilidad del órgano de administración de las cooperativas en situaciones de insolvencia, y de pérdidas patrimoniales”, *REVESCO* 89 (2006) págs.139-166.
- SACRISTÁN BERGIA, F.; GADEA SOLER, E. y VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma*, Madrid, Dykinson, 2009.
- SACRISTÁN BERGIA, F. y SEQUEIRA MARTÍN, A. J., “Una reflexión sobre la responsabilidad de los miembros del Consejo Rector de las cooperativas”, *RdS* 21 (2003), págs. 219-232.
- SUSO VIDAL, J. M.; “La confluencia del Derecho de sociedades mercantiles en el régimen de los órganos sociales de la Ley de Cooperativas de Euskadi de 1993”, AAVV (Coord. Iglesias Prada, J. L.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. II, Madrid, Civitas, 1996, págs. 2509-2542.
- TATO PLAZA, A., “Algunas notas en tprno al ótgano de administración de la sociedad cooperativa”, AA.VV., *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, T. II, Madrid, marcial Pons, 2007, págs. 1435-1465.
- “Capítulo V. Órganos sociales. II. La administración”, AA.VV. (Dir. Peinado Gracia, J. I.), *Tratado de Derecho de Cooperativas*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 437-476.
- VARGAS VASSEROT, C.; Gadea Soler, E. y Sacristán Bergia, F., *Derecho de las sociedades cooperativas. Introducción, constitución, estatuto del socio y órganos sociales*, Madrid, La Ley, 2014.
- VÁZQUEZ PENA, M. J., “La aplicación del apartado quinto del art. 262 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas a las sociedades cooperativas”, *CIRIEC-Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* 18 (2007), págs. 37-52.
- VICENT CHULIÁ, F., “Responsabilidad de los miembros del Consejo Rector (art. 64)” AA.VV. (Dir. Sánchez Calero, F. y Albadalejo, M.), *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, t. XX (Ley General de Cooperativas)*, vol. 2, Madrid, Edersa, 1990, págs. 810-832.
- “La responsabilidad de los administradores en el concurso”, *RCP* 4 (2006), págs. 15-64.
- Villafañez Pérez, I., *Cooperativa y Concurso. Estudio de las relaciones jurídicas con sus socios*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 241-255
ISSN: 1130-2682

EL REEMBOLSO DE APORTACIONES DE UNA COOPERATIVA
AGROALIMENTARIA A LOS CAUSAHABIENTES DEL SOCIO
FALLECIDO. COMENTARIO A LA SENTENCIA 160/2015
DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE VITORIA

*REFUND OF CONTRIBUTIONS OF AN AGRICULTURAL
COOPERATIVE SOCIETY TO THE HEIRS OF THE DECEASED
MEMBER. COMMENT TO THE 160/2015 JUDGMENT
FROM THE FIRST INSTANCE COURT OF VITORIA*

SARA LOUREDO CASADO¹

Recepción: 13/07/2016 - Aceptación: 18/07/2016

¹ Doctoranda del Área de Derecho Mercantil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Universidad de Vigo. Dirección de correo electrónico: saralouredo@uvigo.es.

RESUMEN

Este comentario pretende abordar el estudio del reembolso de las aportaciones sociales a los causahabientes del socio fallecido, miembro de una cooperativa agroalimentaria; operación que no convierte a dichos causahabientes en socios automáticamente sino que precisa de un proceso de admisión. Igualmente, se analiza el recurso a la financiación de la cooperativa a través de contratos de préstamo y de aplazamiento de deuda con los socios.

PALABRAS CLAVE: sociedad cooperativa agroalimentaria, financiación de los socios, valoración aportaciones, Asamblea General.

ABSTRACT

This comment aims to study the refund of the social contributions made to the heirs of a deceased member of an agricultural cooperative society, which does not imply the membership of the heirs automatically but needs an admission process. Moreover, this study analyses the possibility of funding for the cooperative society through loans and agreements on deferral of the members.

KEY WORDS: agricultural cooperative societies, funding from the members, valuation of contributions, General Assembly.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA. 3. COMENTARIO. 3.1. Las cooperativas agroalimentarias. 3.2. Las aportaciones de los socios y los contratos entre éstos y la sociedad. 3.3. La baja del socio por fallecimiento y la posición de los causahabientes. 3.4. La valoración de las aportaciones. 3.5 La cooperativa frente a los no socios. 3.6. El Consejo Rector y la Asamblea General. 3.7 Conclusión. 4. BIBLIOGRAFÍA

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE FACTS OF THE JUDGMENT. 3. REVIEW. 3.1. The agricultural cooperatives. 3.2. The contributions made to the company by the members and the contracts between those and the society. 3.3. The drop of the member and the position of the heirs. 3.4. The valuation of the contributions. 3.5. The cooperative before the non-members. 3.6. The Governing Council and the General Assembly. 3.7. Conclusion. 4. BIBLIOGRAPHY

I INTRODUCCIÓN

En el caso que analizamos a continuación, la cooperativa Unión Cosecheros de Labastida, sociedad agrícola que recogía la uva de sus socios, atravesó en 2005 una difícil situación económica, a la que intentó hacer frente con financiación de sus miembros a través de acuerdos de préstamo y de aplazamiento de la deuda concedidos por éstos. La sentencia aborda la cuestión de la liquidación de aportaciones de un socio cuando se produce su fallecimiento y sus causahabientes no quieren entrar a formar parte de la cooperativa.

Este fenómeno es una consecuencia del régimen más estricto al que está sometida la transmisión de aportaciones sociales en estas compañías, en comparación con otras empresas mercantiles. Y ello no solo para las transmisiones *inter vivos* sino también para las que se producen *mortis causa*.

2 LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

Son demandantes Sonsoles y Clemente, herederos de un socio cooperativo fallecido, Octavio. La posición de demandada la ocupa la Unión Cosecheros de Labastida S. Cooperativa Solaguen.

En la demanda los mencionados causahabientes solicitan al Juzgado que condene a la cooperativa al pago de un total de 153.695 € más intereses y costas por distintos conceptos adeudados:

1. Reembolso de aportaciones realizadas por el socio fallecido, el padre de los demandantes.
2. Tanto el principal como los intereses adeudados por la cooperativa en virtud de un contrato de préstamo, en el que era prestamista Octavio.

3. Principal e intereses derivados de un acuerdo de aplazamiento de pago de una factura relativa a la cosecha de 2004.
4. Cantidades adeudadas por las uvas de las campañas de 2010 y 2011.

Los puntos 2 y 3 corresponden a dos operaciones que se produjeron en la misma fecha, en julio de 2005. El primero se refiere a un contrato de préstamo en el que el prestamista era Octavio y se concedían a la cooperativa 5 plazos para la devolución del dinero. El punto 3 hace referencia a un acuerdo de aplazamiento por el que se permitía a la cooperativa la devolución de la deuda en 10 anualidades. Ambas medidas ya parecen reflejar una situación poco saneada de la sociedad.

El fallecimiento del socio provoca, como veremos, la baja en la cooperativa. Este hecho causante se produce el 26 de septiembre de 2012 y, como consecuencia del mismo, el 4 de octubre del mismo año la Cooperativa comunica a los herederos la baja de Octavio y la resolución del contrato de suministro de uva.

Los anteriores hechos no resultan controvertidos: la demandada reconoció la existencia de la deuda y justificó su falta de pago en que se trataba de obligaciones no exigibles a la sociedad; y en que los principios cooperativos aconsejaban que el interés general primase sobre el particular de los no socios. Finalmente, alegó que existían unos acuerdos del Consejo Rector de 2011 que priorizan los pagos que permitan la continuidad del negocio, entre los que no están comprendidos los que reclaman los demandantes.

En base a distintos argumentos como la imposibilidad de aplicar principios cooperativos a los no socios y la falta de competencia del Consejo Rector para modificar un acuerdo tomado por la Asamblea General, los cuales analizamos a lo largo de este comentario, la Audiencia falla estimando las pretensiones de los herederos demandantes Sonsoles y Clemente en cuanto al reintegro de aportaciones.

3. COMENTARIO

3.1. Las cooperativas agroalimentarias

Comenzamos este comentario destacando que la cooperativa demandada se dedica a la recogida de uva cultivada por sus socios y que, por tanto, se enmarca en la categoría de sociedades agrarias. Estas cooperativas presentan algunas particularidades respecto a otras, que se recogen en la Ley de Cooperativas (en adelante, LC) en el art. 93, fundamentalmente².

Dicho artículo estipula que *“son cooperativas agroalimentarias las que asocien a titulares de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, incluyendo a las personas titulares de estas explotaciones en régimen de titularidad comparti-*

² Otras especialidades de este tipo de cooperativas se encuentran esparcidas por la LC, como el art. 83 que regula la fusión de éstas con sociedades agrarias de transformación.

da, que tengan como objeto la realización de todo tipo de actividades y operaciones encaminadas al mejor aprovechamiento de las explotaciones de sus socios, de sus elementos o componentes de la cooperativa y a la mejora de la población agraria y del desarrollo del mundo rural, así como atender a cualquier otro fin o servicio que sea propio de la actividad agraria, ganadera, forestal o estén directamente relacionados con ellas y con su implantación o actuación en el medio rural.

También podrán formar parte como socios de pleno derecho de estas cooperativas, las sociedades agrarias de transformación, las comunidades de regantes, las comunidades de aguas [...].

A continuación, se establece una lista de actividades que quedan incluidas en el desarrollo del objeto social de la cooperativa, siendo la letra a) la de *adquirir, elaborar, producir y fabricar por cualquier procedimiento, para la cooperativa o para las explotaciones de sus socios, animales, piensos, abonos, plantas, semillas [...].*

No queremos realizar en este comentario en un estudio profuso de los elementos de una cooperativa agraria pero sí destacamos la condición subjetiva de los socios, los cuales serán agricultores profesionales. Se ha interpretado que con la expresión “titular de la explotación agraria”, la Ley se refiere al concepto administrativo de productor agrícola individual, persona física o jurídica o agrupación de estas, con independencia de la forma jurídica de la agrupación de sus miembros, que ejerce la actividad agraria organizando los bienes y derechos integrados en la explotación con criterios empresariales y asumiendo los riesgos y responsabilidad civil, social y fiscal derivados de su gestión³.

Por su parte, en cuanto al elemento objetivo de la relación que mantienen la cooperativa y el socio, en este caso se trata de una de suministro, que implica que el agricultor proporciona a la sociedad los inputs necesarios para impulsar el proceso productivo y esta aglutina los intereses de demanda concretos⁴.

La Ley de Cooperativas del País Vasco (en adelante, LCPV) se expresa en términos similares a la LC aunque regula más exhaustivamente en su art. 110 los límites cuantitativos que se establecen a la cooperativa en las relaciones que esta mantiene con terceros, especialmente si tienen una actividad comercializadora.

La Ley de Cooperativas de Galicia (en adelante, LCG) presenta una especialidad en cuanto a quién puede ser socio de una cooperativa: el art. 111.2 contempla expresamente la posibilidad de que lo sea la *compañía familiar gallega, constituida formalmente y debidamente documentada, que se configura como unidad económica única, y a todos los efectos considerados en la presente ley con la con-*

³ ABERASTURI LAUZURIKA, F., “Cooperativas agrarias y de explotación comunitaria” en MERINO HERNÁNDEZ, S., Manual de Derecho de Sociedades Cooperativas, pág. 322.

⁴ ABERASTURI LAUZURIKA, F., “Cooperativas agrarias...op. cit.”, pág. 325.

*sideración de persona socia única, constituida por las personas y con arreglo a lo establecido en la Ley de derecho civil de Galicia, [...]. Su regulación se contiene en dicha Ley gallega, en los arts. 157 y ss., y es definida como la compañía que se constituye entre labradores con vínculos de parentesco, para vivir juntos y explotar en común tierras, lugar acasurado o explotaciones pecuarias de cualquier naturaleza pertenecientes a todos o a alguno de los reunidos*⁵.

No es extraño que Galicia haya dispuesto esta particularidad en relación con las compañías familiares ya que la producción agrícola de nuestra región está, en una buena parte, organizada alrededor de estas unidades. Como apuntábamos en la introducción, las cooperativas agroalimentarias son especialmente importantes en regiones que viven del campo, ya que permiten al socio dar salida a su producción y hacer que sea conocida por los consumidores en el mercado.

3.2. Las aportaciones de los socios y los contratos entre éstos y la sociedad

Nos parece conveniente recordar en este punto que las aportaciones de un socio a la cooperativa, de forma similar a lo que ocurre en las sociedades de capital, constituyen el capital social⁶. De hecho, las aportaciones se han definido como las partes alícuotas en que se divide necesariamente el capital social, que son acumulables e indivisibles⁷. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con aquellas sociedades, el capital social no constituye un recurso propio de la sociedad cooperativa sino ajeno.

Por otro lado, las cooperativas tienen en cuenta la identidad del socio. La aportación representa un conjunto de derechos de éste que no pueden ser ejercitados por quienes no tengan esa condición, y las características individuales de los miembros constituyen el núcleo esencial en torno al cual se organizan el resto de los elementos estructurales de la cooperativa.

Por ello, aunque se produzca una transmisión de las aportaciones sociales, las cuales están, por otro lado, muy limitadas, el receptor de la misma no adquiere la condición de socio por la mera transmisión. La aportación es condición necesaria pero no suficiente para ser socio, ya que la Ley prevé un específico proceso de

⁵ Para un estudio más exhaustivo de la cuestión, vid. ESPIN ALBA, I., “La compañía familiar gallega y la modernización del derecho agrario en Galicia”, *Actualidad civil* 3 (2000), págs. 835-855.

⁶ No nos adentraremos en este comentario en el concepto de capital social mínimo ni en su compleja relación con el de patrimonio social, ya que como apunta Morillas Jarillo “en la cooperativa esta contraposición es más compleja, ya que no hay un solo concepto de capital social ni un concepto único de patrimonio” (MORILLAS JARILLO, M.J.; FELIÚ REY, M.I., *Curso de cooperativas*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 371).

⁷ MORAL VELASCO, E., “Comentario a los arts. 50 a 54” en *Cooperativas*, *Comentarios a la Ley 27/1999*, de 16 de julio, Tomo I, *Colegios Notariales de España*, Madrid, 2001, pág. 209.

admisión a la sociedad cooperativa que, aunque regido por el principio de puertas abiertas, puede llegar a suponer que el socio no sea admitido.

Las aportaciones se pueden clasificar siguiendo varios criterios pero sólo nos detenemos en la diferencia que se efectúa entre obligatorias y voluntarias⁸. Las primeras se regulan en el art. 46 de la LC y las segundas en el artículo siguiente. En principio, serán obligatorias aquellas cantidades que fijen los Estatutos como mínimo para ser socio; pero la Asamblea General podrá acordar la exigencia de nuevas aportaciones obligatorias durante la vida de la sociedad.

Por su parte, las aportaciones voluntarias no son necesarias para adquirir ni para conservar la cualidad de socio de la cooperativa y reciben este calificativo de voluntarias no solo porque son libremente proporcionadas por el socio sino también porque se manifiesta la voluntad de la cooperativa al aceptarlas a través de la Asamblea General o, en este caso, a través del Consejo Rector⁹.

Entre los conceptos de los que se exige la devolución en la sentencia que analizamos, el reembolso de aportaciones constituye el primero. A continuación aparecen otras cantidades, aportaciones voluntarias, que tienen su origen en la negociación que lleva a cabo la sociedad con el socio, como si de particulares se tratara. En particular, un contrato de préstamo en el que el socio es el prestamista y un acuerdo de aplazamiento de deuda en que el concedente del plazo es también el socio.

Estos contratos celebrados con Octavio son fruto de un acuerdo de la Asamblea General, adoptado el 7 de mayo de 2005, según el que se dispuso efectuar nuevas inversiones y financiar éstas mediante acuerdos de aplazamiento de la deuda con los socios por la uva de la campaña de 2004 así como a través de préstamos de los socios, a determinar en función de las hectáreas comprometidas.

La capacidad de la sociedad para recibir capital, o un mayor plazo de pago, proveniente de los socios es una manifestación de su capacidad jurídica y de obrar, y un fenómeno cada vez más frecuente en tiempos de crisis. Estos contratos son también posibles para las sociedades capitalistas pero no están regulados expresamente ni en la LSC ni en la legislación sobre cooperativas, ni estatal ni autonómica. Por tanto, habremos de acudir a la normativa general sobre contratación recogida en el Código de Comercio¹⁰ y, ante la laxitud legislativa, podrán los Estatutos establecer previsiones concretas en cuanto a la contratación social. Normalmente se tratará de contratos privados que solo deberán constar en escritura pública si llevan aparejadas garantías reales. En ellos deben quedar suficientemente claros los siguientes extremos: el importe y la fecha de entrega del dinero, el plazo y la

⁸ Para un estudio amplio del régimen de las aportaciones sociales vid. TORRES PÉREZ, F., Régimen jurídico de las aportaciones sociales en la sociedad cooperativa, Aranzadi, Pamplona, 2012.

⁹ MORILLAS JARILLO, M.J.; FELIÚ REY, M.I., Curso ...op. cit., pág. 371.

¹⁰ Arts. 311 y ss. del C de c.

forma de devolución, el tipo de interés estipulado, las consecuencias del impago o retraso, el tipo de demora y los Tribunales competentes en caso de discrepancias.

Algunos autores¹¹ han destacado que la financiación voluntaria a largo plazo de los socios cooperativos tiene las siguientes ventajas: motivar a los socios a invertir sus ahorros en su propia empresa y siempre y cuando obtengan una contraprestación financiera competitiva con la que podrían obtener en el mercado financiero; atenuar la dependencia de otras formas de financiación que dependen de la permanencia del socio en la sociedad cooperativa; y mejorar la imagen de la sociedad cooperativa frente a terceros.

De los datos obrantes en la sentencia conocemos, del contrato de préstamo, la fecha de celebración, el 26 de julio de 2005, los plazos establecidos, que fueron 5, la suma prestada por Octavio, la cual ascendió a 22.744,87 €, y el interés fijado, del 6%. También podemos presuponer que se produjo un retraso en la devolución del dinero ya que cuando Octavio fallece, el 26 de septiembre de 2012, la sociedad adeuda la cantidad de 6.822,87 € de principal (es decir, un 30% del importe prestado) y 3.411,75 € de intereses.

En cuanto al acuerdo de aplazamiento de una factura, éste se celebró en la misma fecha que el contrato de préstamo, la deuda total ascendía a 95.738,88 €, el plazo fijado era de 10 años y el tipo de interés anual del 6%. En la fecha de fallecimiento de Octavio, la sociedad adeudaba 22.977,36 € de principal (aproximadamente un 24% del principal aplazado) y 8.616,5 € de intereses.

Finalmente, la última cantidad desglosada en la sentencia tiene su origen en impagos de la sociedad por la uva proporcionada por Octavio en los años 2010 y 2011, consecuencia del contrato de suministro de la uva. Esta deuda forma parte del tráfico comercial normal de la sociedad y de su objeto social, ya que se trata de una cooperativa de cosecheros de uva.

3.3. La baja del socio por fallecimiento y la posición de los causahabientes

La muerte del socio cooperativo ocasiona la baja del mismo en la sociedad. Así lo comunica la Unión de Cosecheros a los causahabientes, Sonsoles y Clemente, en una carta de fecha del 4 de octubre de 2012. En la misma también se da por finalizado el contrato de suministro que la sociedad mantenía con Octavio desde el día de su fallecimiento.

Este tipo de baja se ha encuadrado en un tercer grupo junto a las bajas voluntarias y obligatorias ya que no depende de la voluntad del socio, como las primeras ni es consecuencia de la pérdida de un requisito para ser socio en sentido estricto.

¹¹ GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C., “Economía financiera de las sociedades cooperativas” en PRIETO JUÁREZ, J.A. (Coord.), *Sociedades cooperativas: régimen jurídico y gestión económica*, Madrid, Íbidem Ediciones, 1999, págs. 258-261.

Lo que “pierde” el socio es su propia personalidad, su existencia, que obviamente le impide seguir perteneciendo a la cooperativa. Por este motivo, no tiene sentido la calificación como justificada o injustificada, no se puede aplicar un plazo de preaviso, no cabe efectuar descuentos de la liquidación de la aportación y tiene un plazo especial máximo para la liquidación¹².

Pues bien, cuando se produce el fallecimiento del socio, sus causahabientes reciben por herencia las aportaciones que aquel poseía en la sociedad cooperativa. Se trata, por tanto, de una transmisión de las aportaciones *mortis causa*. Así como las transmisiones *inter vivos* de las aportaciones de un socio están sujetas a amplios límites y pueden ser inadmitidas por la cooperativa, el caso de las transmisiones *mortis causa* tiene un régimen que podría parecer más permisivo, en el sentido de que la cooperativa no puede impedir que efectivamente se produzca la transmisión, pero en la práctica no lo es tanto. Ciertamente es que la única cualidad que ha de poseerse para poder recibir estas aportaciones por herencia es tener la capacidad general para suceder y no estar en causa de indignidad para ello, de acuerdo con los arts. 744, 745 y 766 CC¹³.

Sin embargo, la transmisión no conlleva, automáticamente, la conversión de los causahabientes en socios de la cooperativa sino que pueden solicitar su admisión a la misma u optar por la liquidación de las aportaciones y derechos de crédito del causante. Ello es una manifestación más de que la transmisión de la aportación no comporta inseparablemente la pérdida o adquisición de la condición de socio¹⁴. Por el contrario, existe un procedimiento concreto de admisión a la sociedad que debe solicitarse en un plazo desde el fallecimiento para pasar a formar parte de la misma.

En el presente caso, Sonsoles y Clemente no eran socios de la Unión Cosecheros de Labastida, y ni siquiera sabemos si reunían el requisito subjetivo de ser recolectores de uva. Tampoco manifestaron en el plazo previsto intención alguna de entrar a formar parte de la cooperativa. Para este supuesto, la Ley prevé el derecho del causahabiente no socio al reembolso de las aportaciones realizadas por el causante¹⁵.

Lo hasta aquí expuesto se recoge en los arts. 62.2 y 63.4 de la LCPV, que aplica la juzgadora de instancia. Según el primero, los herederos pueden ser los receptores de una transmisión *mortis causa* de las aportaciones realizadas por el causante si ya son socios o piden ser admitidos como tales en el plazo de 3 meses. Sin embargo, si no manifiestan esta intención de entrar a pertenecer en la coope-

¹² MORILLAS JARILLO, M.J.; FELIÚ REY, M.I., Curso ... op. cit., pág. 210.

¹³ MORAL VELASCO, E., “Comentario... op. cit.”, pág. 250.

¹⁴ MORILLAS JARILLO, M.J.; FELIÚ REY, M.I., Curso ... op. cit., pág. 397.

¹⁵ Por otra parte, es necesario destacar que también en los casos de inadmisión de los causahabientes que han solicitado la admisión, éstos tendrán derecho a la liquidación de las aportaciones.

rativa, tienen derecho a que se liquide el crédito correspondiente a la aportación social¹⁶.

Por su parte, el art. 63.4 indica que *serán los estatutos los que regulen el derecho del socio al reembolso de aportaciones si se produce la baja. En caso de fallecimiento del socio, el reembolso a los causahabientes deberá realizarse en un plazo no superior (luego, inferior o igual) a un año desde el hecho causante*¹⁷ (que es el fallecimiento, en septiembre de 2012). Y ya en los propios estatutos de la cooperativa se estipula que el reembolso se realizará en el plazo de un año desde el fallecimiento del causante, optando por el máximo permitido por la Ley.

Lo que es innegable es que los causahabientes tienen derecho a una devolución que se concretará en una cantidad. De lo contrario, se estaría produciendo un enriquecimiento injusto de la cooperativa o de otros socios que pasen a formar parte de ella¹⁸. Ahora bien, es necesario también destacar que el uso del término “reembolso” de la aportación, que parece dar a entender que el socio o el causahabiente en su caso tienen derecho a percibir exactamente lo mismo que aportaron, es equívoco¹⁹. El derecho que se genera implica percibir la liquidación actualizada de la aportación realizada en su día, y este valor puede haber aumentado o disminuido.

3.4. La valoración de las aportaciones.

Esta cuestión suele ser la más polémica y debatida en juicio: ¿cómo se valoran las aportaciones hechas por el socio de manera actual? Como hemos visto, devolución no implica necesariamente percepción de la misma cantidad que en su día se aportó ya que la vida de la sociedad no se paró en aquel momento sino que evolucionó pudiendo dar lugar a plusvalías en dichas aportaciones o a deducciones, si la cooperativa ha registrado pérdidas.

Curiosamente no es éste un tema discutido por las partes del presente caso, ya que la cooperativa no niega la existencia de esas cantidades ni refuta su importe. Es, sin embargo, interesante hacer un breve comentario sobre la valoración de aportaciones a colación de otra resolución relacionada con el art. 50 de la LC, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 6 de julio de 2004²⁰.

Se trata de una apelación de la cooperativa contra la primera instancia, en la cual, atendiendo a los pedimentos de los causahabientes, se había considerado adecuado aplicar al balance del ejercicio en que se produce la baja valores de mercado de un bien inmueble que en su día aportó el socio, para obtener una es-

¹⁶ En términos similares se expresa el art. 50 de la LC, que, sin embargo, establece un plazo de 6 meses para realizar la solicitud de admisión en la cooperativa. También similar es el art. 63 de la LCG que establece el mismo plazo de 3 meses para solicitar la admisión del socio.

¹⁷ En términos similares se expresan los arts. 51 de la LC y 64 de la LCG.

¹⁸ MORAL VELASCO, E., “Comentario... op. cit.”, pág. 257.

¹⁹ MORAL VELASCO, E., “Comentario... op. cit.”, pág. 256.

²⁰ SAP Murcia, sentencia 162/2004 de 6 de julio.

timación actualizada y real, que incluyese las plusvalías generadas. El juez, para llegar a esta conclusión, aplicaba principios legales y estatutarios, y entre los legales, no solo los propios del reembolso sino también los relativos a la disolución de la cooperativa.

Por su parte, razonó la Audiencia Provincial que estas normas no son apropiadas ya que el fallecimiento de un socio no es causa para la disolución de la cooperativa, y remitiéndose a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Social, de 4 de junio de 2001, concluyó que la revalorización de aportaciones, así como la concesión de retornos e intereses se rige por lo que acuerda la Asamblea General.

En cuanto a la valoración de los bienes, afirma: *“En definitiva, el derecho al reembolso del socio que causa baja o de sus derechohabientes lo es respecto de las aportaciones al capital social y el valor de reembolso no puede determinarse tomando, entre otras, como referencia una parte alícuota correspondiente al valor real de los bienes existentes que forman parte del patrimonio de la cooperativa”*. Por tanto, no pueden aplicarse los valores reales de los bienes sino los datos del balance al cierre del ejercicio, *“de acuerdo al Plan General Contable y a sus principios de prudencia, empresa en funcionamiento, registro, precio de adquisición, devengo, correlación de ingresos y gastos, no compensación, uniformidad e importancia relativa”*²¹.

Conviene distinguir, como han hecho algunos autores²², el proceso a través del que se llega a la valoración de la aportación: como hemos visto, la base es el valor que consta en el balance del cierre del ejercicio del año en que se produce la baja²³, que en el caso de la sentencia es el año 2012; a este valor, se aplican las deducciones imputables e imputadas al socio y que hayan sido reflejadas en el balance, incluyendo las de ejercicios anteriores que no hayan sido compensadas. Finalmente, habría un tercer grupo de deducciones que no podrían aplicarse en este caso porque están relacionadas con la causa que motiva la salida del socio de la cooperativa y se configuran como una especie de “sanción” en casos, por ejemplo, en que la baja no sea justificada.

Lo cierto es que los valores de los bienes contenidos en el balance de la cooperativa pueden haber sido ya actualizados, porque el art. 49 LC permite que el balance sea actualizado en su conjunto, mediante acuerdo de la Asamblea Gene-

²¹ Fundamento jurídico cuarto.

²² PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., “El capital social. Aportaciones al capital social” en PEINADO GRACIA, J.I. (Dir.), Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 608 y 609.

²³ Así lo dispone el art. 51 LC. En términos similares se expresa el art. 64 LCG. La legislación del País Vasco, por su parte, no contiene una mención expresa al balance pero ha de entenderse que este sería el valor de referencia.

ral. Esta operación se efectúa en los mismos términos y con los mismos beneficios que se establecen para las sociedades comunes, y si de ella resultase una plusvalía, esta puede ser destinada a actualizar las aportaciones sociales. Si, por el contrario, existe una pérdida sin compensar, la plusvalía se aplica a ello.

3.5. La cooperativa frente a los no socios

Afirma la sentencia, a nuestro juicio acertadamente, que “*es incuestionable que no pueden oponerse principios generales de las cooperativas a terceros no socios que tienen derechos de crédito vencidos y exigibles, como lo acredita la propia carta remitida por la demandada a los demandantes tras el fallecimiento del padre [...]*”²⁴.

A nuestro juicio ni siquiera pueden aplicarse los principios cooperativos²⁵ a los socios en relación a los contratos mercantiles que éstos suscriben con la cooperativa, ya que son vínculos regidos por la autonomía de la voluntad e independientes del nexo inicial que une al socio con la cooperativa, y de distinta naturaleza jurídica. De hecho, queremos, en este apartado, separar estos dos tipos de relaciones que concurren en el socio Octavio.

Por una parte, existe un vínculo de tipo cooperativo que se generó cuando el socio se incorporó en su día a la cooperativa, contrayendo con ésta obligaciones y obteniendo un conjunto de derechos. Entre las primeras, la principal, al tratarse de una cooperativa agrícola, era la de cumplir con el contrato de suministro. Esto es, proporcionar cada temporada una cantidad de la uva recogida en ese periodo. A cambio recibía una compensación económica, la cual fue aplazada en los años de crisis²⁶.

Por otra parte, tanto este aplazamiento como el préstamo que otorgó Octavio a la sociedad provienen de un segundo tipo de relación socio-sociedad, ya que se trata de obligaciones voluntarias para los contratantes, que para la sociedad se manifiestan a través de un acuerdo de la Asamblea General. Por ello, como hemos expuesto *ut supra*, la regulación vendrá dada por lo negociado en el contrato y supletoriamente por los arts. 311 y ss. del C de c. Y ésta misma ha de ser la regulación que rijan la relación de los herederos de Octavio con la cooperativa.

Puede parecer que éstos no son tan ajenos a la cooperativa como lo es una entidad bancaria prestataria, por ejemplo, y ello debido a la relación que unía al

²⁴ Fundamento jurídico tercero.

²⁵ Estos principios cooperativos, revisados en 1995, son: adhesión voluntaria y abierta; gestión democrática por parte de los socios; participación económica de los socios; autonomía e independencia; educación, formación e información, cooperación entre cooperativas e interés por la comunidad.

²⁶ Octavio poseía, además, derechos políticos de participación en los órganos de decisión de la cooperativa y derechos de información.

socio fallecido con la cooperativa. Sin embargo, Sonsoles y Clemente no reúnen la cualidad de socios por sí mismos ni quieren acceder a esa posición, ya que en ningún momento incoan el preceptivo proceso de admisión a la cooperativa. No sabemos si cumplen el requisito de ser cosecheros de uva. Si no deben aplicarse al socio principios cooperativos en relación a los vínculos contractuales voluntarios que contrae con la sociedad, menos podrán estos principios aplicarse a los causahabientes no socios.

Aparte de estos razonamientos “en abstracto”, en el caso concreto que analizamos, como pone de manifiesto la sentencia²⁷, la propia sociedad admite que se ha producido la baja del socio desde la fecha de fallecimiento, reconociendo el consiguiente deber a su cargo de abono de la liquidación de aportaciones y otras cantidades a los causahabientes.

3.6. El Consejo Rector y la Asamblea General

No queremos detenernos especialmente en este apartado, pero sí destacamos la afirmación de la juez de instancia respecto a la falta de competencia del Consejo Rector para decidir si deja de atenderse el pago de las deudas que mantiene con los socios. Por el contrario, es la Asamblea General el órgano competente para modificar un acuerdo previamente adoptado por ella. Este pronunciamiento se refiere al contrato de préstamo y de aplazamiento de la deuda. En conclusión, no puede el Consejo Rector sustituir el criterio de la Asamblea General²⁸.

Conviene recordar en este sentido que mientras que la Asamblea General reúne a todos los socios de la cooperativa y delibera sobre los asuntos más trascendentes de la vida de ésta, el Consejo Rector sería el equivalente al Consejo de Administración de una sociedad de capital, en el que un grupo de socios electos adoptan las decisiones ordinarias de la cooperativa.

3.7. Conclusión

Terminamos este comentario con una breve reflexión sobre los retos a los que se enfrentan las cooperativas en la actualidad. Como demuestra el caso comenta-

²⁷ Fundamento jurídico tercero.

²⁸ La Asamblea General es definida en el art. 20 de la LC como la reunión de los socios constituida con el objeto de deliberar y adoptar acuerdos sobre aquellos asuntos que, legal o estatutariamente, sean de su competencia, vinculando las decisiones adoptadas a todos los socios de la cooperativa. A continuación, el art. 21.2 establece un catálogo de competencias exclusivas de este órgano. Por su parte, el Consejo Rector es el órgano colegiado de gobierno permanente al que incumbe el gobierno y la representación de la cooperativa. Aunque la Ley parece más parca con las materias atribuidas al conocimiento del Consejo Rector, lo cierto es que este órgano posee una suerte de vis atractiva, por la que cualquier competencia no atribuida expresamente a otro órgano social, corresponderá al Consejo.

do, este tipo de sociedades sufren, al igual que otras empresas, las consecuencias de la crisis económica. Esta se ha hecho notar, de forma especial, en los productos del sector primario por diversos motivos: los distribuidores compran las materias primas a precios inferiores de los costes de elaboración y las cuotas impuestas por la Unión Europea no permiten a los agricultores poner en el mercado toda la producción. Han aparecido, además, nuevas alternativas a los productos nacionales ya que los de otros países y regiones entran en el nuestro, en ocasiones, con ventajas fiscales y con precios reducidos debido a los menores costes de producción que se generan en esas zonas.

Ante esta situación, las cooperativas deben buscar la competitividad en el mercado ya que, cada vez más, se exige de las sociedades que se enfrenten a la realidad económica globalizada. En este sentido, la exposición de motivos de la LC afirma que *“para las sociedades cooperativas, en un mundo cada vez más competitivo y riguroso en las reglas del mercado, la competitividad se ha convertido en un valor consustancial a su naturaleza cooperativa, pues en vano podría mantener sus valores sociales si fallasen la eficacia y rentabilidad propias de su carácter empresarial”*.

En la misma línea, la LCG en su exposición de motivos entiende que *“la expansión de la economía de mercado obliga cada vez más a las empresas a introducirse en los distintos mercados para poder competir y subsistir, lo que exige del legislador la necesidad y responsabilidad de adecuar los principios cooperativos a los tiempos futuros, dotando a estas sociedades de instrumentos válidos y suficientes, que les permitan orientarse en su acceso al próximo siglo, organizándose para afrontar los nuevos desafíos”*.

Siempre se han considerado las cooperativas como una de las mejores formas de asociacionismo mercantil que logra conjugar los fines empresariales con la preocupación por los socios y adecuarse a su realidad más cercana. Ahora bien, esa conjugación debe traducirse en una sociedad saneada que obtenga, en la medida de lo posible, unos beneficios económicos, ya que éste es el objetivo principal perseguido con la constitución de la sociedad.

Ante las dificultades económicas que pueden surgir a lo largo de su vida, el recurso de las cooperativas a la financiación de los socios es una opción plenamente válida y presidida por la autonomía de la voluntad de las partes. Constituye, además, un buen medio para conservar la financiación dentro de los márgenes cooperativos y evitar el crédito externo que puede implicar peores condiciones para la sociedad.

Sin embargo, esto no debe suponer que la cooperativa aproveche la “confianza” que mantiene con el socio y sea menos rigurosa con éste en el pago de las obligaciones que ha contraído. Indudablemente, en el momento en que el socio, o en este caso sus causahabientes, solicite el reembolso de las aportaciones sociales,

la cooperativa no puede negarse y ha de mostrar la máxima diligencia posible para realizar esta devolución.

4 BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURI LAUZURIKA, F., “Cooperativas agrarias y de explotación comunitaria” en MERINO HERNÁNDEZ, S., *Manual de Derecho de Sociedades Cooperativas*.
- ESPIN ALBA, I., “La compañía familiar gallega y la modernización del derecho agrario en Galicia”, *Actualidad civil* 3 (2000), págs. 835-855.
- GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C., “Economía financiera de las sociedades cooperativas” en PRIETO JUÁREZ, J.A. (Coord.), *Sociedades cooperativas: régimen jurídico y gestión económica*, Madrid, Íbidem Ediciones, 1999.
- MORAL VELASCO, E., “Comentario a los arts. 50 a 54” en *Cooperativas, Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio, Tomo I*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2001.
- MORILLAS JARILLO, M.J.; FELIÚ REY, M.I., *Curso de cooperativas*, Tecnos, Madrid, 2002.
- PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., “El capital social. Aportaciones al capital social” en PEINADO GRACIA, J.I. (Dir.), *Tratado de Derecho de Cooperativas, Tomo I*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- TORRES PÉREZ, F., *Régimen jurídico de las aportaciones sociales en la sociedad cooperativa*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 257-268
ISSN: 1130-2682

IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DEL CONSEJO
RECTOR: CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR
Y PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN
(COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE MADRID DE 6 DE JULIO DE 2015)

*CONTESTING THE GOVERNING COUNCIL
AGREEMENTS: LAPSE OF DISCIPLINARY RECORDS
AND PRESCRIPTION OF THE INFRINGEMENT
(COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE
PROVINCIAL COURT OF MADRID ON JULY 6, 2015)*

ELENA SALGADO ANDRÉ¹

Recepción: 7/7/2016 - Aceptación: 14/9/2016

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 la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de julio de 2015 que interpreta el artículo 25 de la Ley de Cooperativas de Madrid. Tras una exposición de los antecedentes de hecho y de los fundamentos jurídicos, se aborda el comentario de dicha sentencia desde un punto de vista crítico.

PALABRAS CLAVE: Ley de Cooperativas de Madrid, normas de disciplina social, prescripción, infracción.

ABSTRACT

This paper analyzes the Judgment of the Provincial Court of Madrid of 6 July 2015 interpreting article 25 of the Law on Cooperatives of Madrid. After a breafing of the factual and legal bases, it addresses the comment of that judgment from a critical view.

KEY WORDS: Law on Cooperatives of Madrid, rules of social discipline, prescription, infringement.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES DE HECHO. 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO. 3. COMENTARIO. 3.1. Planteamiento inicial. 3.2. Tipificación del hecho imputado como infracción. 3.3. Caducidad del expediente sancionador. 3.4. Prescripción de la infracción. 4. BIBLIOGRAFÍA

CONTENTS: 1. *FACTUAL BACKGROUND*. 2. *LEGAL BASIS*. 3. *COMMENT*. 3.1. *Initial approach*. 3.2. *Criminalization of the fact charged as an infringement*. 3.3. *Expiration of disciplinary proceedings*. 3.4. *Prescription of the infringement*. 4. *BIBLIOGRAPHY*

I ANTECEDENTES DE HECHO

Los días 14 de julio de 2010 y 26 de enero de 2011, el Consejo Rector y el Comité de Recursos de la mercantil “Madrileña Melco XXI, Sociedad Cooperativa” (a partir de ahora Madrileña Melco o simplemente sociedad) adoptaron dos acuerdos por los que se le imputaba a D. Ignacio la comisión de una infracción muy grave con motivo de la inserción —en el foro de la sociedad— de un enlace a una página *web* donde, entre otras cosas, se realizaban determinados reproches hacia los responsables de la entidad. Como consecuencia de todo ello, se le impuso una sanción de carácter pecuniario de 900 € y se le advirtió de su posible expulsión de la cooperativa.

Al no estar conforme con tales acuerdos, D. Ignacio interpuso una demanda contra Madrileña Melco. En ella solicita, en primer lugar, la declaración de licitud del hecho imputado al considerar que éste no constituye una falta y, además, la nulidad de la sanción impuesta basándose en la caducidad del expediente sancionador y en la prescripción de la infracción. Por último, pide que se condene al Consejo Rector a incluir en el orden del día de la próxima Asamblea General, la lectura de un comunicado en el que quede constancia de que el socio no ha cometido la falta imputada de acuerdo con la sentencia que en su día se dicte.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, en su sentencia de 31 de octubre de 2012, desestimó la demanda por considerar que no concurrían las irregularidades y deficiencias alegadas por el actor.

A la vista de tales conclusiones, D. Ignacio recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que estimó el recurso interpuesto en su sentencia de 6 de julio de 2015. En consecuencia, revocando la sentencia de Primera Instancia, declaró nulos los acuerdos del Consejo Rector y del Comité e Recursos sin hacer expresa imposición de las costas derivadas de la apelación. Sin embargo, rechazó la petición de dar publicidad a dicha sentencia al considerar que no existía ningún precepto legal que respaldase su pretensión, ni tampoco una razón que justificase

que el socio pretendiese interferir en las actividades internas de la cooperativa una vez desvinculado de la misma. No obstante, aclaró que la falta de éxito de este pedimento, de carácter meramente accesorio, no impidió que el resto de las pretensiones fueran aceptadas apoyándose en los fundamentos jurídicos que a continuación se transcriben literalmente.

2 FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La demanda no ha prosperado en la primera instancia porque el juez no ha apreciado las irregularidades y deficiencias alegadas por la actor. En el recurso se insiste en las mismas. El recurrente opone las alegaciones de caducidad del expediente, prescripción de la infracción y falta de tipificación de ésta, además de otras quejas relativas a la falta de pureza procesal en la tramitación del expediente por parte de la cooperativa demandada.

Hemos de significar que no apreciamos obstáculo alguno a la admisión a trámite de recurso, ya que no es dudoso cuáles son los pronunciamientos impugnados por el recurrente. Éste combate la decisión desestimatoria de su demanda y su propósito no es otro que conseguir que la misma prospere en virtud de los motivos que alega en su escrito de apelación. Ha cumplido, con ello, las exigencias del núm. 2 del artículo 458 de la LEC, por lo que no se justifica el óbice de inadmisibilidad procesal de la apelación que, con cita de dicho precepto legal, pretendía oponer la parte contraria.

Segundo.- “Es bastante discutible que pueda predicarse la caducidad del expediente sancionador incoado en materia de disciplina social, por no haberse resuelto en un determinado plazo desde su incoación, porque no advertimos que en la regulación de las sociedades cooperativas que es aplicable al caso (la Ley 4/1999, de 30 marzo, de Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Madrid, en tanto que norma especial) se explicita una consecuencia de esa índole. Es cierto que el artículo 25.2 de la Ley 4/1999 menciona el lapso temporal de cuatro meses, en relación al período durante el que puede estar interrumpida por esa causa la prescripción de la sanción, pero supondría ir un paso más allá el que tuviese que considerarse extinguido el propio expediente, y las consecuencias que de él pudieran derivar, por el transcurso de ese plazo, ya que lo cierto es que en dicho cuerpo legal no se explicita tal consecuencia para esa incidencia.

No obstante, es cierto que la doctrina emanada de la sentencia de la Sala 1ª del TS de 25 de noviembre de 2010, aunque lo sea en relación con la previsión del artículo 18.2 de la Ley 27/1999, de cooperativas (pues su redacción en este aspecto es coincidente con la Ley 4/1999 de la Comunidad de Madrid), apunta a que debería considerarse nula la resolución de un expediente disciplinario que fuera comunicada una vez transcurrido el periodo de cuatro meses siguientes al

de la incoación de aquél. La traslación de ese criterio al presente caso avalaría la alegación de caducidad que ha efectuado la parte apelante.

Tercero.- En cualquier caso, no compartimos las conclusiones de la resolución apelada en lo que respecta a la prescripción de la infracción imputada al demandante, que es lo explicitado en la norma a la que nos hemos referido.

El artículo 25 de la Ley 4/1999, de 30 marzo, de Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Madrid, establece lo siguiente: “2. Las infracciones leves prescriben a los dos meses, las graves a los cuatro meses, y las muy graves a los seis meses. El plazo de prescripción empieza a contar el día en que los administradores tengan conocimiento de la presunta infracción y, en cualquier caso, a los doce meses de haber sido cometida. El plazo se interrumpe al incoarse el procedimiento sancionador, y corre de nuevo si en el plazo de cuatro meses, salvo en el caso de expulsión, no se dicta y notifica la resolución”.

El tenor del texto legal deja bien claro que el efecto interruptivo inherente a la incoación del procedimiento sancionador sólo operará durante el plazo de cuatro meses (si antes no se hubiese notificado al socio la resolución del mismo). Consumido ese lapso temporal, bien se considere que el plazo prescriptivo se reinicia o bien que simplemente vuelve a correr desde donde se paró (alternativa apuntada en la anteriormente citada sentencia de la Sala 1ª del TS de 25 de noviembre de 2010), la mera existencia del procedimiento que ya estaba incoado, ni tampoco las actuaciones que pudieran practicarse en su seno, pueden ya volver a interferir en el cómputo de la prescripción. De manera que si, desaparecida la causa de interrupción, se consumase el plazo previsto al efecto para el tipo de falta imputada sin que hubiese mediado antes la imposición de sanción la infracción debería ser considerada prescrita.

Esto es lo que ocurre en el presente caso, en el que el comportamiento que se considera por los órganos sociales como merecedor de sanción acaece el 17 de junio de 2009, la incoación del expediente sancionador se produce el 24 de junio de 2009 y cuatro meses después (es decir, el 24 de octubre de 2009) todavía no se le había notificado al interesado la imposición de sanción alguna; luego en un máximo de seis meses computados desde esa última referencia temporal, lo que nos llevaría hasta el 24 de abril de 2010 (bajo el criterio más adverso para el actor, que sería el de volver a computar por completo los meses previstos para la prescripción de infracciones muy graves), la falta estaría prescrita si no hubiera sido entonces todavía sancionada. Pues bien, la resolución sancionatoria del consejo rector que aquí se discute es de 14 de julio de 2010, es decir, bastante más tardía de la fecha en la que se habría completado el transcurso del plazo de prescripción de seis meses que está legalmente previsto para una falta calificada como muy grave (artículo 25.2 de la Ley 4/1999).

El efecto interruptivo legalmente asignado a la tramitación del expediente ya se había consumido con antelación (expiró el 24 de octubre de 2009), por lo no podía considerarse renacido el mismo por la realización de ulteriores actuaciones en el seno de aquél (mediante nuevas resoluciones intermedias ni tampoco con las que, como ocurrió con la resolución de 24 de febrero de 2010, fueron incluso consideradas inválidas por los propios órganos de la cooperativa), ya que de lo contrario se vaciaría de contenido la previsión legal a la que venimos refiriéndonos. De entenderse otra cosa se estaría convirtiendo en papel mojado la limitación temporal que se ha impuesto en la norma para la incidencia del expediente en el régimen de la prescripción de la infracción.

La resolución apelada incurre en el defecto de tratar de volcar en este ámbito previsiones interpretativas que tienen sentido en materia de prescripción de los derechos y de las acciones para hacerlos valer, donde es lógico que se valoren los signos de la voluntad conservativa mostrada por los interesados, pues lo que está en juego es la demostración de la falta de voluntad o de abandono del ejercicio de un derecho. Pero ese criterio no puede ser invocado cuando de lo que se trata es del régimen inherente a un proceso sancionador en el que se dota a un determinado órgano institucional (ya sea público o ya lo sea privado, fruto en este último caso de la autoorganización de un determinado colectivo) de un “imperium” para castigar, al tiempo que se le imponen limitaciones puramente objetivas para poder ejercerlo; entre ellas pueden señalarse las de estar sometido a un plazo legalmente establecido, de manera que fuera de él no cabría la exigencia de responsabilidad a los sometidos a ese sistema porque ya se habría extinguido”.

Cuarto.- El demandante adiciona en el suplico de su demanda una petición con la que pretende que se ordene determinada publicidad a la presente sentencia en el seno de la cooperativa demandada, en concreto, en una futura asamblea general. No existe ningún precepto legal que respalde ese tipo de pretensión en este ámbito societario y tampoco entrevemos razón que justifique que el actor, que hace tiempo que se desvinculó de la cooperativa demandada, pretenda interferir en actividades internas de ésta. Es por ello que el grado de publicidad de esta resolución, al margen de la procesalmente ordenada, quedará a cargo e iniciativa del propio actor, que puede darle, por sus propios medios, la difusión que considere oportuna. La falta de éxito de este pedimento, que era de carácter meramente accesorio, no interfiere en que la demanda deba ser considerada estimada en lo que era lo sustancial de las pretensiones contenidas en ella (las inherentes a combatir la sanción que le fue impuesta).

3 COMENTARIO

3.1. Planteamiento inicial

La sentencia objeto del presente comentario constituye unos de los más recientes ejemplos del rigor con el que nuestros Tribunales abordan la interpretación de las normas internas de disciplina social que deben ser observadas por las sociedades cooperativas con el propósito de dotar a sus socios de unas garantías mínimas en el momento de su aplicación. En atención a los principales litigios planteados, la cuestión se ha centrado en determinar si tras la interrupción del plazo de prescripción de una infracción, debido a la incoación del correspondiente expediente sancionador, ese lapso temporal empezaría a contar de nuevo o, por el contrario, se reanudaría en el punto en el que se paró.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid va más allá y puntualiza que, con independencia de la postura que se adopte, el hecho de que el procedimiento ya se hubiese iniciado implica que cualquier actuación que se realice *a posteriori* no puede interferir en el cómputo de la prescripción.

Ahora bien, en la medida en que esta problemática trae eco de otras dos cuestiones sobre las que la Audiencia también se pronunció de manera expresa, vamos a dedicar los siguientes epígrafes al análisis de cada una de ellas.

3.2. Tipificación del hecho imputado como infracción

Como ya avanzamos², D. Ignacio solicita, por una parte, la declaración de licitud del hecho imputado al considerar que éste no constituye una falta y, por otra, la nulidad de la sanción impuesta basándose en la caducidad del expediente sancionador y en la prescripción de la infracción. Así, en primer lugar, habrá que comprobar si el hecho de insertar -en el foro de la sociedad- un enlace a una página *web* donde, entre otras cosas, se realizaban determinados reproches hacia los responsables de la entidad, puede considerarse como falta puesto que, en caso de respuesta negativa, ya no tendría sentido entrar a analizar el resto de los argumentos apuntados.

A este respecto, el apartado 1 del art. 25 de la *Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid* (LCM)³ señala que “los socios sólo podrán ser sancionados en virtud de faltas previamente tipificadas en los Estatutos”⁴. Por tanto, únicamente aquellas faltas que se contengan en los Estatutos podrán

² Vid. *supra* el epígrafe I.

³ BOE núm. 131, de 2 de junio de 1999.

⁴ A día de hoy, tanto la ley estatal como la mayoría de las leyes autonómicas sobre cooperativas se refieren a la necesidad de que las faltas por las que pueda imponer una sanción a los socios ya estén previstas en los Estatutos (art. 18 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, art. 28 de la Ley

ser objeto de sanción⁵. Sin embargo, al no disponer de los mismos entendemos que, en la medida en que ni el Juzgado de lo Mercantil ni la Audiencia Provincial cuestionaron su tipificación, existe una correspondencia efectiva entre la conducta descrita y alguna de las faltas recogidas en los Estatutos de Madrileña Melco. Por consiguiente, y como consecuencia de su comisión, el órgano de administración deberá imponer al socio infractor una sanción que, según el último precepto citado, puede ser de amonestación, económica, de suspensión de derechos sociales o de expulsión. En este caso, el Consejo Rector optó por la de carácter pecuniario; por su parte, el Comité de Recursos le apercibió de su expulsión de la sociedad si persistía en su actitud crítica hacia los responsables de la cooperativa⁶.

3.3. Caducidad del expediente sancionador

Una vez concluido que la conducta de D. Ignacio está tipificada como infracción en el Estatuto de la cooperativa, nos ocupamos ahora de la caducidad del expediente sancionador. En este sentido, el socio alega que podría predicarse su caducidad al amparo del art. 25.2 LCM por no haberse resuelto en un determinado plazo desde su incoación. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, sin embargo, rechazó esta pretensión.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid se mostró un poco dubitativa a la hora de pronunciarse sobre la cuestión. Así, en una primera aproximación parece respaldar los argumentos esgrimidos por el socio confirmando la caducidad. En apoyo de su decisión, la Audiencia hace suya la tesis expuesta en la

2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura, art. 28 de la Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra, art. 21 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, art. 24 del Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón).

Por el contrario, en otras, todavía se permite que las faltas leves se tipifiquen también en el Reglamento de Régimen Interior (art. 291.1 de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi y art. 36 de la Ley 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas de Cataluña); o en éste y por acuerdo de la Asamblea General (art. 25.1 de la Ley 3/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia).

⁵ La decisión del legislador de habilitar únicamente a los estatutos de la sociedad para articular el sistema punitivo fue acogida con entusiasmo por un sector de la doctrina. En este sentido, vid. PAZ CANALEJO, N., y VICENT CHULIÁ, F., “La Ley General de Cooperativas”, en SÁNCHEZ CALERO, F. y ALBADALEJO, M., (coords.), Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, tomo XX, vol. II, Edersa, Madrid, 1990, pp. 204 y ss. y PANIAGUA ZURERA, M., “La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), Tratado de Derecho Mercantil, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 185.

⁶ Sobre la expulsión del socio por faltas que impliquen una desconsideración hacia los representantes de la cooperativa, el Tribunal Supremo ha confirmado en numerosas sentencias la nulidad del acuerdo en aquellos supuestos en que los excesos verbales no impliquen, además, un perjuicio para los intereses materiales de la cooperativa (STS de 14 de julio de 1987) o su prestigio (STS de 29 de noviembre de 1990).

sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2010 sobre el art. 18.2 LC, ya que su redacción coincide con la prevista por el apartado 2 del art. 25 de la LCM⁷. De acuerdo con el Tribunal, aquella norma exige que “las resoluciones adoptadas en los expedientes disciplinarios no sólo sean adoptadas sino también notificadas dentro del plazo de los cuatro meses siguientes al de su incoación, siendo procedente la declaración de nulidad de aquellas que fueron comunicadas transcurrido dicho periodo de tiempo, ya sea porque se adoptó después de agotado el plazo, ya sea porque habiéndose adoptado temporáneamente su notificación resulta extemporánea”⁸. Tomando como referencia las consideraciones expuestas, la Audiencia Provincial afirma que, “la traslación de ese criterio al presente caso avalaría la alegación de caducidad que ha efectuado la parte apelante”.

No obstante, a reglón seguido, advierte que en la regulación de la LCM — aplicable al caso⁹— no se prevé una consecuencia de esa índole pues, “es cierto que el art. 25.2 de la Ley 4/1999 menciona un lapso temporal de cuatro meses, en relación al período durante el que puede estar interrumpida por esa causa la prescripción de la sanción, pero supondría ir un paso más allá el que tuviese que considerarse extinguido el propio expediente, y las consecuencias que de él pudieran derivar, por el transcurso de ese plazo, ya que lo cierto es que en dicho cuerpo legal no se explicita tal consecuencia para esa incidencia”. Por consiguiente, considera que “es bastante discutible que pueda predicarse la caducidad del expediente sancionador incoado en materia de disciplina social” y concluye que “es mejor no detener aquí el análisis de la apelación, a fin de dotar a la resolución de la misma de una respuesta más contundente”.

⁷ A tenor del primero, “las infracciones cometidas por los socios prescribirán si son leves a los dos meses, si son graves a los cuatro meses, y si son muy graves a los seis meses. Los plazos empezarán a computarse a partir de la fecha en la que se hayan cometido. El plazo se interrumpe al incoarse el procedimiento sancionador y corre de nuevo si en el plazo de cuatro meses no se dicta y notifica la resolución”. De acuerdo con el segundo, “las infracciones leves prescriben a los dos meses, las graves a los cuatro meses y las muy graves a los seis meses. El plazo de prescripción empieza a contar el día en que los Administradores tengan conocimiento de la presunta infracción y, en cualquier caso, a los doce meses de haber sido cometida. El plazo se interrumpe al incoarse el procedimiento sancionador, y corre de nuevo si en el plazo de cuatro meses, salvo en el caso de expulsión, no se dicta y notifica la resolución.

⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia de 25 de noviembre de 2010, RJ 2011/584.

⁹ En efecto, el art. 2 del citado texto legal señala que el mismo “se aplicará a las cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada con sus socios en el territorio de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de la actividad con terceros o la instrumental o personal accesoria que puedan realizar fuera de dicho territorio”.

Correlativamente, el mismo precepto de la Ley estatal de Cooperativas dispone que “la presente Ley será de aplicación: a) a las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal.

Dicho esto, compartimos la opinión de la Audiencia Provincial en el sentido de considerar que el precepto que nos ocupa regula la prescripción de la infracción y, además, se refiere al tiempo máximo dentro del cual la sociedad tiene que pronunciarse y comunicar al socio el acuerdo recaído en el procedimiento sancionador para que opere el efecto interruptivo inherente a la incoación del expediente¹⁰. De forma que, a tenor de lo dispuesto en el art. 25.2 LCM, una vez transcurrido ese lapso temporal el plazo “corre de nuevo”.

Así las cosas, ciñéndonos a una interpretación literal del precepto citado, la consecuencia de la consumación del período de cuatro meses para la imposición y notificación de la sanción al socio es que deja de estar suspendida la prescripción de la infracción. Por ello entendemos que, tal y como señala la Audiencia, no cabe estimar la caducidad del expediente sancionador alegada por D. Ignacio, pues el apartado 2 del art. 25 LCM no contempla esa posibilidad ni ninguna otra¹¹.

3.4. Prescripción de la infracción

Ya para finalizar con el análisis de esta sentencia, D. Ignacio mantiene, como respaldo de sus pretensiones, la prescripción de la infracción. Dicha cuestión, se regula en el apartado 2 del art. 25 LCM. De acuerdo con este precepto, “las infracciones leves prescriben a los dos meses, las graves a los cuatro meses, y las muy graves a los seis meses”¹². Así las cosas, habrá que determinar previamente que calificación merecen los hechos imputados al socio, pues de ello dependerá que el plazo de prescripción sea más o menos amplio.

En este sentido, el Consejo Rector de Madrileña Melco consideró que los hechos imputados al socio eran constitutivos de una infracción muy grave. Por tanto,

¹⁰ En realidad, este es el plazo previsto con carácter general en las diferentes normas autonómicas. Entre otras, la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi (art. 29.2), la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León (art. 24.2) o la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla La Mancha (art. 37.2).

Diversamente, tanto en la Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja como en la Ley 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas de Cataluña, el plazo es de tres meses. Cfr. los arts. 28.3 y 36.3, respectivamente.

¹¹ Sin embargo, el derogado art. 27 del Reglamento de las Sociedades Cooperativas aprobado por el RD 2710/1978, de 16 de noviembre, que fijaba en dos meses el plazo dentro del cual el Consejo Rector debería adoptar el acuerdo de expulsión del socio por falta grave, señalaba que “transcurrido este plazo sin haber recaído acuerdo, se entenderá automáticamente sobreseído el expediente”.

¹² Aunque en este punto, la redacción del precepto transcrito coincide con la prevista en el art. 18.2 LC, cabe advertir que la regulación de esta materia varían sensiblemente de una norma a otra. Así, los textos legales de otras Comunidades Autónomas, más fieles a su redacción original, mantienen el plazo de prescripción en un mes para las leves, dos meses para las graves y tres meses para las más graves. Como ejemplo, podemos citar el art. 36.3 Ley 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas de Cataluña, o el art. 29.2 de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi.

teniendo en cuenta lo estipulado en el art. 25.2 LCM, el plazo de prescripción para este tipo de infracción es de seis meses.

Dicho esto, el mismo precepto especifica el *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo, al señalar que éste “empieza a contar el día en que los Administradores tengan conocimiento de la presunta infracción y, en cualquier caso, a los doce meses de haber sido cometida”. Resulta evidente, pues, que lo relevante a estos efectos es la fecha de conocimiento del hecho infractor y no la de su comisión. De este modo, la LCM acoge el criterio previsto en la Ley estatal de cooperativas del año 1987 que tantas críticas había suscitado entre un importante sector doctrinal¹³, al considerar que podría dejar impunes ciertas conductas si el socio ocultase su falta a la espera de su prescripción¹⁴.

Pues bien, en el caso que nos atañe, D. Ignacio insertó el día 17 de junio de 2009 -en el foro de la sociedad- un enlace a una página *web* donde, entre otras cosas, se realizaban determinados reproches hacia los responsables de la entidad. En consecuencia, al difundirse en un medio público de intercambio de opiniones en el seno de la sociedad, habrá que concluir que en esa fecha el órgano de administración de la cooperativa fue conocedor de la infracción¹⁵. De tal suerte que la infracción prescribiría el 17 de diciembre de 2009. Por tal motivo, los acuerdos del Consejo Rector y del Comité de Recursos de 14 de julio de 2010 y 26 de enero de 2011, respectivamente, por los que se le impuso una sanción deberían considerarse nulos ya que se adoptaron extemporáneamente; o, dicho con otras palabras, una vez que la infracción ya había prescrito.

No obstante lo anterior, conviene advertir que el art. 25.2 LCM —después de señalar el inicio de cómputo del plazo— se ocupa de la interrupción de la prescripción. A este respecto, dispone que “el plazo se interrumpe al incoarse el procedimiento sancionador, y corre de nuevo si en el plazo de cuatro meses, salvo en el caso de expulsión, no se dicta y notifica la resolución”. De acuerdo con este precepto, al iniciarse el procedimiento se paraliza el plazo de prescripción de la infracción durante cuatro meses como máximo. Durante ese lapso temporal, el Consejo Rector deberá acordar y notificar la resolución sancionadora ya que, en caso contrario, el plazo “corre de nuevo”.

Llegados a este punto, se plantea la duda sobre la manera de computar el plazo que quedó interrumpido como consecuencia del inicio del procedimiento sancio-

¹³ En este sentido, vid. MORILLAS JARILLO, M.J., Curso de Cooperativas, Tecnos, Madrid, 2002, p. 216.

¹⁴ Quizás por esta razón, durante la tramitación parlamentaria de la LC, la Enmienda núm. 11 del GP Mixto y la núm. 221 del GP Vasco proponían que el precepto contemplase ambos momentos: el de la comisión y el del conocimiento.

¹⁵ En cualquier caso, corresponde al Consejo Rector acreditar el momento en que tuvo conocimiento de la transgresión cometida.

nador. En este sentido, hay que distinguir dos tesis contrapuestas. Una primera —más fiel a la institución de la prescripción— sostiene que el mismo deberá computarse de nuevo por entero. La segunda —más favorable a los intereses del socio— mantiene que se reanuda donde quedó interrumpido, de tal forma que el tiempo posterior se sumaría al que ya se había consumido antes.

En el caso que nos ocupa, la incoación del expediente sancionador se produce el 24 de junio de 2009 y cuatro meses después (es decir, el 24 de octubre de 2009) todavía no se le había notificado a D. Ignacio la imposición de sanción alguna. Tomando como referencia esta última fecha, el plazo de prescripción será diferente según la tesis que se adopte. En el primer caso, el de volver a contar por completo los meses previstos para la prescripción de la falta¹⁶, el 24 de abril de 2010 debería haberse sancionado dicha falta¹⁷. En el segundo, el de reanudar el cómputo donde se detuvo, el acuerdo del Consejo Rector tendría que notificarse a más tardar el 18 de abril de 2010¹⁸.

Pues bien, la resolución sancionatoria que aquí se discute es de 14 de julio de 2010, es decir, fuera de la fecha en la que se habría completado el transcurso del plazo de prescripción de seis meses que está legalmente previsto para una falta calificada como muy grave. Por lo tanto, en esa fecha, la falta ya estaba prescrita. De esta forma, y en línea con lo dispuesto por la Audiencia Provincial de Madrid, deberán considerarse nulos tanto el acuerdo del Consejo Rector como el del Comité de Recursos.

4 BIBLIOGRAFÍA

- MORILLAS JARILLO, M.J., *Curso de Cooperativas*, Tecnos, Madrid, 2002.
- PANIAGUA ZURERA, M., “La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 1, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- PAZ CANALEJO, N., y VICENT CHULIÁ, F., “La Ley General de Cooperativas”, en SÁNCHEZ CALERO, F. y ALBADALEJO, M., (coords.), *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, tomo XX, vol. II, Edersa, Madrid, 1990.

¹⁶ En nuestro caso, seis meses.

¹⁷ Recuérdese que la fecha de conocimiento de la infracción fue el día 17 de junio de 2009.

¹⁸ Nótese que, desde que el Consejo Rector tuvo conocimiento de la infracción hasta el inicio del procedimiento, ya habían transcurrido seis días.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 269-284
ISSN: 1130-2682

A INEFICÁCIA DA DELIBERAÇÃO DE
AUMENTO DO CAPITAL NAS COOPERATIVAS,
RELATIVAMENTE A QUEM NÃO A VOTOU

*THE INEFFECTIVENESS OF THE RESOLUTION TO
INCREASE THE SHARE CAPITAL IN COOPERATIVES,
FOR THOSE WHO DO NOT VOTED*

PAULO DE TARSO DOMINGUES¹

Recepción: 01/06/2016 - Aceptación: 28/07/2016

¹ Doutor em Direito, Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Correio eletrónico: ptarso@direito.up.pt.

RESUMO

No presente artigo procede-se à análise de uma matéria que tem sido, no âmbito cooperativo, suscitada na casuística portuguesa e que se prende com a questão de saber se a maioria pode obrigar todos os cooperadores a contribuir para um aumento de capital, concluindo-se que a resposta deve ser negativa.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperativas, capital, deliberações, ineficácia do aumento de capital

ABSTRACT

In this paper, it is analyzed a question that has been raised, in the cooperative framework, in the Portuguese courts: if the majority may compel all the members of the cooperative to contribute to a capital increase, being concluded that the response should be negative.

KEY WORDS: Cooperatives, equity capital, cooperative resolutions, ineffectiveness of a capital increase

SUMÁRIO: 1. *OCCASIO SCRIPTI*: O AC. DA RELAÇÃO DE COIMBRA, DE 15 DE MARÇO DE 2015. 2. TRAÇOS ESSENCIAIS DO REGIME DO CAPITAL NAS COOPERATIVAS. 2.1 A errada designação como capital social: a ausência de escopo lucrativo. 2.2 O princípio da variabilidade do capital (o princípio da “porta aberta”). 2.3 A realização do capital. 3. O REGIME SUBSIDIÁRIO APLICÁVEL ÀS COOPERATIVAS. 4. A *MAGNA QUAESTIO* DO CASO: O AUMENTO DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS AOS COOPERADORES. A INEFICÁCIA VS. INVALIDADE DAS DELIBERAÇÕES. 5. O REGIME DO ARTIGO 86.º, 2 CSC. 5.1 Âmbito de aplicação. 5.2 Necessidade do consentimento individual de cada sócio. 5.3 Ineficácia relativa. 6. A ACERTADA DECISÃO DO TRIBUNAL

CONTENTS: 1. *OCCASIO SCRIPTI: THE COURT OF APPEAL OF COIMBRA JUDGMENT, OF 15 MARCH 2015*. 2. *KEY TRACES OF THE CAPITAL REGIME IN COOPERATIVES*. 2.1 *The wrong designation as capital: the non-profit scope*. 2.2 *The principle of VARIABILITY OF CAPITAL (the “voluntary and open membership principle”)*. 2.3 *The realization of the capital*. 3. *THE SUBSIDIARY REGIME APPLICABLE TO COOPERATIVES*. 4. *MAGNA QUAESTIO OF THE CASE: THE INCREASE OF OBLIGATIONS TO MEMBERS. THE INEFFECTIVENESS VS. INVALIDITY OF THE PROCEEDINGS*. 5. *THE ARTICLE 86, 2 CSC REGIME*. 5.1 *The scope of application*. 5.2 *Need for individual each partner consent*. 5.3 *relative ineffectiveness*. 6. *THE RIGHT DECISION OF THE COURT*

I *OCCASIO SCRIPTI*: O AC. DA RELAÇÃO DE COIMBRA, DE 15 DE MARÇO DE 2015

A razão próxima que justifica estas linhas é o Acórdão da Relação de Coimbra, de 15 de março de 2015², relatado pelo Desembargador Henrique Antunes, onde o *thema decidendum* se prende basicamente com a questão de saber se, numa cooperativa, pode uma deliberação maioritária obrigar todos os cooperadores a contribuir para um aumento de capital. Trata-se de uma questão que, não sendo nova nos tribunais portugueses³, foi agora, no acórdão indicado, objeto de uma análise minuciosa e cuidada, justificando que se volte ao tema⁴.

No dissídio *sub judice* estava em causa uma deliberação de aumento de capital numa dada cooperativa, que determinava a realização de novas entradas em di-

² Acórdão que se encontra publicado em *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos dos Tribunais das Relações*, Ano 2015, tomo II, págs. 19, s..

³ Esta mesma questão foi já analisada e decidida no acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 10 de outubro de 1995, publicado em *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos dos Tribunais das Relações*, Ano 1995, tomo IV, págs. 275, s..

⁴ O Ac. da Relação de Évora, referido na nota anterior, foi objeto de anotação pelo A. destas linhas, encontrando-se publicada em *Jurisprudência cooperativa comentada* (coord. Deolinda Aparício Meira), Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2012, págs. 327, s.

nheiro, no montante de 550 €, por cada cooperador. Não tendo alguns cooperadores — nomeadamente os AA. da ação — realizado aquela entrada, a cooperativa instaurou contra eles procedimento disciplinar, na sequência do qual lhes foi aplicada a pena de suspensão dos direitos de cooperador (com exceção do direito de demissão e de recurso), até que fosse efetuado o pagamento da entrada em dívida, acrescido de juros⁵.

Inconformados, aqueles cooperadores reagiram e recorreram a tribunal, alegando, *inter alia*, que a cooperativa não lhes podia impor e exigir o pagamento das entradas para o aumento de capital deliberado, peticionando igualmente a inaplicabilidade de qualquer sanção disciplinar.

Neste acórdão, portanto, para além da questão da vinculação dos cooperadores à deliberação de aumento do capital — no aresto está sobretudo em causa a obrigatoriedade da deliberação para aqueles que a não votaram — levantava-se ainda a questão de saber se poderia ser aplicada uma sanção disciplinar aos membros da cooperativa que não concorressem ao dito aumento. O Tribunal considerou, contudo, corretamente, que as “penas associativas — que se destinam a exortar os seus membros a assumirem um comportamento conforme ao que o ente associativo lhes exige, de acordo com a lei e os estatutos, e segundo os padrões ético-sociais específicos do grupo — exigem, evidentemente, como *conditio sine qua non*, a violação de um qualquer dever associativo, tenha esse dever assento na lei ou simplesmente nos estatutos; a actuação do poder sancionatório, inerente ao grupo, tem por fundamento final assegurar a disciplina dos membros da associação e o respeito pelos deveres associativos; que o exercício desse poder só se legitima e justifica face à violação de um dever associativo, é coisa que se compreende por si”. E, por isso, se entendeu que a questão da vinculação à deliberação de aumento e do correspondente dever de participar no mesmo era uma questão prévia e prejudicial relativamente àquela outra que respeita ao exercício do poder disciplinar, uma vez que, se porventura se concluísse pela ineficácia da deliberação de aumento, seria “meramente consequencial a conclusão que não se verifica, no caso, a violação de qualquer dever associativo, que torne lícito o exercício, pela apelante, do poder sancionatório”. Ou seja, a consideração de que não existe o dever de participar no aumento de capital, torna absolutamente “irrefragável” a ilicitude do processo disciplinar e da aplicação de qualquer sanção disciplinar aos cooperadores que não concorram àquele aumento, dispensando, consequentemente, o tribunal de, nesta hipótese, proceder a qualquer indagação sobre a “admissibilidade da impugnação judicial da decisão sancionatória, a caducidade da acção disciplinar [e] a existência ou não de deliberação” sobre a sanção aplicada.

⁵ Tendo ainda sido decidido que, caso os cooperadores remissos apresentassem a sua demissão, ser-lhes-ia aplicável a pena de multa de 1.750 € (!!).

Daí que, tendo o Tribunal concluído pela inexistência da obrigatoriedade de participação no aumento de capital por parte daqueles que a não votaram, ficou por analisar a interessante problemática do exercício do poder disciplinar por parte da cooperativa, nomeadamente em situações como a do caso submetido a juízo, em que se verifica o incumprimento de uma deliberação da assembleia geral⁶.

2 O REGIME DO CAPITAL NAS COOPERATIVAS

Para a compreensão do caso e da argumentação usada pelas Partes nas instâncias, importa, ainda que brevemente, abordar alguns dos traços essenciais do regime português sobre o capital nas cooperativas, regime esse que se encontra, hoje, previsto nos arts. 81.º e seguintes do CCoop atual, que introduziu várias alterações ao quadro legal pregresso⁷, e onde se disciplina — com algum detalhe — esta matéria.

2.1. A errada designação como capital social: a ausência de escopo lucrativo

Começemos por uma questão terminológica, apesar de tudo não desprecianda, como se verá, quanto ao que encerra sobre a natureza jurídica das cooperativas.

O CCoop refere-se ao capital das cooperativas como capital social (cfr., *ex multis*, art. 81.º). Contudo, esta designação não é rigorosa nem correta. Com efeito, o adjetivo “social” remete-nos para a figura da sociedade e a verdade é que a cooperativa não é nem pode considerar-se, hoje, no ordenamento jurídico português, como uma sociedade⁸.

É certo que as cooperativas, até à chegada do primeiro código cooperativo português⁹, eram reguladas no Código Comercial Português, de 1888 (o chamado Código de Veiga Beirão), o qual continha o respetivo regime num capítulo que

⁶ Sobre o regime disciplinar nas cooperativas, vide os arts. 25.º e 26.º, do novo Código Cooperativo português, aprovado pela Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto, doravante abreviadamente referido como CCoop.

⁷ Anteriormente, esta disciplina legal encontrava-se regulada nos artigos 18.º e seguintes do anterior Código Cooperativo português, aprovado pela Lei 51/96, de 7 de setembro, entretanto revogado pelo atual CCoop.

⁸ Neste sentido, vide, entre outros, V. G. LOBO XAVIER, *Sociedades comerciais (Lições aos alunos de direito comercial do 4.º ano jurídico)*, ed. copiogr., Coimbra, 1987, págs. 22, s.; J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, *Das sociedades*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pág. 33 e págs. 41, s.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, vol. IV, *Sociedades comerciais*, Lisboa, 1993, pág. 31; e BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 2.º vol., AAFDL, Lisboa, 1989, págs. 62, s..

⁹ Aprovado pelo DL 454/80, de 9 de outubro. Para uma análise sobre a evolução da legislação cooperativa portuguesa, pode ver-se RUI NAMORADO, *Introdução ao direito cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 35, s..

epigrafava como “Disposições especiais às sociedades cooperativas”¹⁰ e em que, portanto, se podia encontrar fundamento na lei para considerar estas entidades como sociedades. Acontece que esta (fraca) sustentação para a consideração da cooperativa como sociedade desapareceu — na década de 80, com o primeiro código cooperativo —, uma vez que o legislador nacional deixou de as designar como sociedades, passando a regulá-las de forma autónoma e separada. E acertadamente o fez, na medida em que as cooperativas se diferenciam claramente das sociedades¹¹. Desde logo, porque aquelas estão sujeitas aos princípios cooperativos¹² — que não têm aplicação nas sociedades comerciais —, mas também porque lhes falta o *quid specificum* das sociedades comerciais, que é o escopo lucrativo¹³.

O lucro é, efetivamente, um dos *essentialia elementa* do conceito de sociedade (cfr. art. 980.º CCiv.)¹⁴, podendo dizer-se que constitui a própria causa do contrato¹⁵. Apesar de a lei não fornecer uma noção de lucro, a doutrina, em Portugal, tem consensualmente entendido que o lucro, nas sociedades, desdobra-se necessariamente em duas vertentes: ele traduz-se num ganho, num incremento patrimonial que é criado diretamente na esfera jurídica da sociedade — que, nesta dimensão, se costuma designar por lucro objetivo —, o qual se destina depois a ser repartido pelos sócios, designando-se, nesta vertente, por lucro subjetivo¹⁶. Esta dúplice

¹⁰ Capítulo V do Título II do Livro II (arts. 207.º a 223.º), que foi revogado pelo art. 100.º do Código cooperativo de 1980.

¹¹ Assim, também COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, págs. 43, s.. Não nos parece, por isso, acertada a afirmação contida no Acórdão ora em análise quando se afirma que “sem prejuízo da especificidade ou da peculiaridade dos princípios a que obedecem, não há nenhuma razão conceptual para não considerar as cooperativas sociedades” (cfr. p. 21). A consideração das cooperativas como sociedades é, no entanto, também o caminho trilhado pelo legislador europeu — cfr. o Regulamento (CE) n.º 1435/2003 do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE). No mesmo sentido, vide ainda MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades, I, Das sociedades em geral*, 2.ª ed., 2007, Almedina, Coimbra, pág. 370.

¹² Cfr. art. 2.º, 1 e art. 3.º CCoop.

¹³ Sintomática da recusa de identidade, por parte do legislador, entre cooperativa e sociedade é a proibição legal de transformação de uma cooperativa em qualquer sociedade comercial (art. 111.º Coop). Assim, também COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, págs. 43,

¹⁴ Sobre a noção de sociedade, entre nós, veja-se a lição de LOBO XAVIER, *Sociedades comerciais...*, págs. 3, s. Para um panorama de direito comparado sobre a questão do escopo lucrativo ser um elemento essencial do conceito de sociedade, vide COUTINHO DE ABREU, *Curso ...*, págs. 31, s.. Vide também PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, págs. 71, s.

¹⁵ Cfr. FRANCESCO GALGANO, *La società per azioni – Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, vol. 7, Cedam, Padova, 1988, págs. 57, s.

¹⁶ Assim, entre nós, FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. II, *Sociedades comerciais. Doutrina geral*, edição policopiada, Coimbra, 1968, pág. 9; LOBO XAVIER, *Sociedades comerciais...*, págs. 21, s.; COUTINHO DE ABREU, *Curso ...*, vol. II, págs. 29, s.; OSÓRIO DE CASTRO/ANDRADE E CASTRO, “A distribuição de lucros a trabalhadores de uma anónima, por deliberação da assembleia geral”, *O Direito*, 2005, págs. 59, s.; MANUEL PITA, *Direito aos lucros*, Almedina,

conceção de lucro é, inquestionavelmente, aquela que está presente na noção de sociedade contida no art. 980.º CCiv., onde se pode ler que o fim da sociedade é o de os sócios repartirem entre si os lucros resultantes do exercício da atividade social (cfr. art. 980.º, *in fine* CCiv.)¹⁷.

Este elemento é, pois, um decisivo elemento diferenciador, permitindo distinguir as sociedades de outras estruturas associativas, como as associações, agrupamentos complementares de empresas, consórcios e — agora o que nos importa relevar — as cooperativas, onde tal circunstância não se verifica¹⁸. De facto, por definição, e de acordo com o disposto na lei (cfr. art. 2.º, 1 CCoop), as cooperativas são pessoas coletivas “sem fins lucrativos”; elas não visam o lucro!¹⁹

Donde, não sendo as cooperativas sociedades, não é, para elas, correta a utilização da expressão capital social. A designação preferível e rigorosa seria a de capital cooperativo ou capital estatutário ou simplesmente capital (*tout court*).

2.2. O princípio da variabilidade do capital (o princípio da “porta aberta”)

Ao contrário do que sucede nas sociedades comerciais, onde tem aplicação o chamado princípio da estabilidade ou fixidez — i. é, o capital social apresenta-se como uma cifra estável, fixa, que consta dos estatutos e apenas poderá ser

Coimbra, 1989, pág. 65. Pais de Vasconcelos refere, a este propósito, uma noção ampla (compreendendo toda e qualquer “vantagem económica proporcionada pela actividade social”) e restrita (que abrange apenas “a vantagem económica que se forma e apura na titularidade da sociedade, para depois ser distribuída aos sócios”) de lucro. Cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, págs. 80, s.

¹⁷ Note-se, porém, que a consagração desta vertente subjetiva do lucro societário apenas se verifica, nos textos legais, a partir do Código de Seabra, formulação que foi depois mantida no Código Civil de 1966. Até ali, a legislação e a doutrina referiam-se apenas “ao maior ganho” da sociedade, como constituindo o fim por ela visado. Sobre a questão, vide PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, págs. 15, s. e pág. 81.

¹⁸ Cfr. LOBO XAVIER, *Sociedades comerciais...*, págs. 21, s.; COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, págs. 31, s.; e OSÓRIO DE CASTRO/ANDRADE E CASTRO, “A distribuição de lucros...”, págs. 59, s.. Para uma análise e síntese das opiniões contrárias, nomeadamente quanto à possibilidade de existência de sociedades não lucrativas, vide J. M. ASCENSO, “As sociedades não lucrativas. Breve análise do direito dos sócios aos lucros”, *Revista de Direito das Sociedades*, 2011, págs. 811, s., e a demais bibliografia aí referida. Sobre o excedente distribuível pelos cooperadores, que se costuma designar por retorno, e que apenas pode respeitar aos excedentes resultantes de operações realizadas pela cooperativa com os cooperadores e já não com terceiros, vide arts. 99.º e 100.º CCoop e DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, “O direito ao retorno cooperativo”, *Revista Cooperativismo e Economia Social*, n.º 32, 2009/2010, págs. 7 a 33.

¹⁹ Para uma correta compreensão e qualificação dos excedentes gerados pela cooperativa, os quais nunca se podem considerar lucros, na dupla vertente (objetiva e subjetiva) assinalada em texto, veja-se COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade – As empresas no direito*, Almedina, Coimbra, 1996 (reimpr. 1999), págs. 170-183. Pelo que não se pode concordar com aqueles que defendem que, no fim de contas, as cooperativas visam também o lucro. Vide o Acórdão em análise, p. 22.

alterado por uma deliberação da assembleia geral²⁰ que modifique o pacto social —, nas cooperativas vale precisamente o princípio oposto: o da variabilidade do capital (cfr. arts. 2.º, 1 CCoop). Com efeito, o capital é modificado em função da entrada e/ou saída de cooperadores (cfr. art. 81.º, 1 CCoop). Ora, valendo no âmbito cooperativo o chamado princípio da porta aberta²¹, seja na sua dimensão positiva (correspondente à liberdade de entrada na cooperativa — cfr. 2.º princípio cooperativo, previsto no art. 3.º CCoop, e art. 19.º CCoop), seja na sua dimensão negativa (que respeita agora à liberdade de saída²² da cooperativa — cfr. art. 21.º, 1, al. g) e art. 24.º CCoop), isto implica que o capital da cooperativa poderá variar livremente (aumentando e/ou diminuindo) em função da entrada e saída de cooperadores, sem que, nesta hipótese, haja necessidade de qualquer alteração estatutária a deliberar pela assembleia geral²³.

Diferentemente, se se tratar de um aumento de capital estatutário a realizar por novas entradas por parte dos cooperadores — como sucedeu no caso de que agora se está a cuidar —, tal já deverá ser deliberado pela assembleia geral²⁴, sob proposta do órgão de administração (cfr. art. 81.º, 3 CCoop).

2.3. A realização do capital

Nos termos do art. 81.º, 2 CCoop atual, o capital mínimo das cooperativas passou a ser, em princípio²⁵, de 1.500 €²⁶. Não se deixe de referir que, apesar de o atual CCoop ter reduzido o valor do capital mínimo²⁷, não se consegue compreender porque se mantém a exigência de um capital fixo mínimo — estabelecido por

²⁰ Ou, no caso das sociedades anónimas, através de uma deliberação do conselho de administração quando essa hipótese esteja contratualmente prevista — cfr. art. 456º CSC.

²¹ Trata-se de um corolário do princípio da liberdade de organização coletiva privada, que é um traço característico do Estado de direito democrático, previsto no art. 2.º da Constituição da República Portuguesa e que tem um aforamento constitucional expresso no princípio da liberdade de associação, consagrado no art. 46.º da Constituição.

²² Que o CCoop designa como direito de “demissão”. Cfr. os arts. 21.º, 1, g) e 24.º CCoop.

²³ Sobre o princípio da porta aberta e da variabilidade do capital nas cooperativas e do seu alcance limitado, nomeadamente pelas restrições/obstáculos estatutários que se podem colocar à entrada e saída de cooperadores, vide especialmente COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, págs. 167, s., e DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no direito português: o capital social*, Porto, Vida económica, 2009, págs. 103, s. Vide também o Ac. em análise, pág. 21.

²⁴ Deliberação que deverá ser aprovada, pelo menos, por dois terços dos votos expressos (cfr. art. 40.º, 2 CCoop).

²⁵ Em princípio, porque expressamente se admite que outros valores mínimos possam vir a ser legalmente fixados para determinados ramos do setor cooperativo (cfr. art. 81.º, 2 CCoop).

²⁶ Valor mínimo do capital que se deve encontrar verificado no momento da constituição e ao longo de toda a vida da sociedade. Cfr. DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico...*, págs. 103-104.

²⁷ No CCoop de 96, esse valor era de 2.500 €.

lei e com carácter genérico — para as cooperativas, quando o legislador português já eliminou esse regime, p. ex., a propósito das sociedades por quotas²⁸. Na verdade, a figura do capital social mínimo — e do próprio capital social — está, hoje, por força dos ventos que sopram dos EUA, a ser muito contestada, por não desempenhar, ao menos de forma eficaz, nenhuma das finalidades e funções que se lhe atribuem²⁹. E, por isso, bem poderia o legislador cooperativo português ter aproveitado a reforma de 2015 para adaptar o regime cooperativo às novas soluções que, de forma acertada, se têm vindo a consagrar, neste virar de século, nos EUA e também na Europa³⁰, sobre esta matéria³¹.

Por outro lado, estabelece-se que a entrada de cada cooperador há-de corresponder, pelo menos, a três títulos de capital (cfr. art. 83.º, 2), sendo que cada título tem um valor nominal mínimo de 5 € (cfr. art. 82.º, 1). Donde, a entrada mínima de qualquer cooperador deverá ser de 15 €³². Mais uma vez, o legislador cooperativo está desalinhado com as tendências e a evolução que, nesta matéria, têm vindo a ocorrer no âmbito societário, nomeadamente por parte do legislador português³³, onde se tem consagrado as chamadas *low par shares*³⁴.

Quanto ao tipo de entradas admissíveis nas cooperativas, o art. 84.º CCoop estabelece agora que o capital subscrito só pode ser “realizado em dinheiro, bens ou direitos”, tendo eliminado a possibilidade de subscrição de capital mediante en-

²⁸ Vide a reforma ao regime do capital social das SQ, levada a cabo pelo DL 33/2011, de 7 de março. Este diploma, que alterou o CSC, veio estabelecer que o capital social, neste tipo societário, é agora livremente fixado pelos sócios, tendo apenas que corresponder, no mínimo, ao valor de 1 € multiplicado pelo número de sócios. Sobre esta matéria, pode ver-se TARSO DOMINGUES, “O novo regime do capital social nas sociedades por quotas”, *Direito das Sociedades em Revista*, ano 3, vol. 6 (outubro 2011), Coimbra, Almedina, págs. 97, s. É esse também o caminho trilhado na Proposta de Diretiva relativa às sociedades unipessoais de responsabilidade limitada (*SUP – Societas Unius Personae*). Cfr. art. 16.º da Proposta de Diretiva relativa às sociedades unipessoais de responsabilidade limitada, de 09.04.2014, COM(2014) 212 final.

²⁹ Vide TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, Coimbra, Almedina, 2009, especialmente págs. 551, s..

³⁰ Incluindo Portugal, como se referiu na penúltima nota.

³¹ Para uma visão panorâmica do regime do capital nas cooperativas em diferentes países do mundo, pode ver-se D. CRACOGNA/A. FICI/H. HENRÝ (Eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Springer, Heidelberg, 2013. Sobre o papel desempenhado pelo capital nas cooperativas, vide A. FICI, “An introduction to cooperative law”, in D. CRACOGNA *et als.*, *International Handbook of Cooperative Law*, págs. 34, s..

³² Este regime já se encontrava consagrado no anterior CCoop de 96 (cfr. os arts. 19.º e 20.º do CCoop de 96).

³³ Parece, de facto, que, em Portugal, o legislador cooperativo não fala e está de costas viradas para o legislador societário...

³⁴ Atualmente, no ordenamento jurídico português, o valor nominal mínimo da quota, nas sociedades por quotas, é de um euro (art. 219.º, 3 CSC) e o valor nominal mínimo da ação, nas sociedades anónimas, é de um cêntimo (art. 276.º, 3 CSC).

tradas com trabalho ou serviços (art. 85.º CCoop), solução que era expressamente admitida no CCoop de 96³⁵. E, novamente, não se percebe esta manifesta involução de regime! Com efeito, no âmbito societário, tem-se defendido, na Europa³⁶, neste dealbar do século XXI, que carece de sentido a proibição da realização das entradas com serviços ou trabalho, mesmo nas sociedades de capitais³⁷. Esta constatação levou já, de resto, alguns países europeus a consagrar a admissibilidade destas entradas no tipo societário correspondente à sociedade por quotas portuguesa (uma vez que, para as sociedades anónimas, a chamada Diretiva do Capital continua a proibir, em todo o espaço da União Europeia, a realização deste tipo de entradas). Esta solução³⁸ foi já perfilhada em Itália³⁹ e em França⁴⁰, para o tipo correspondente à nossa SQ (SRL e SARL, respetivamente), sendo igualmente admitida no direito britânico⁴¹ e estando também de acordo com o caminho pro-

³⁵ O art. 21.º CCoop de 96 expressamente estabelecia: “O capital subscrito pode ser realizado em dinheiro, bens ou direitos, trabalho ou serviços”.

³⁶ Uma vez mais, por influência do direito norte-americano.

³⁷ Sobre o tema, veja-se TARSO DOMINGUES, “É justificável a proibição das entradas em indústria nas sociedades de capitais?”, in *Os 10 anos de investigação do CIJE*, Porto, Coimbra, Almedina, 2010, págs. 819-831. Para uma análise das diferentes técnicas possíveis para acolher as entradas de indústria nas sociedades de capitais, vide G. B. PORTALE, “Profil dei conferimenti in natura nel nuovo diritto italiano delle società di capitali”, *Festschrift für Eryk Jayme*, Sellier, European Law Publishers, München, 2004, págs. 1562, s. Note-se que País de Vasconcelos considera, no entanto, que nas sociedades de capitais, o regime das prestações acessórias já se aproxima em grande medida das entradas em indústria (cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, págs. 278, s.)

³⁸ Que foi consagrada, do outro lado do Atlântico, no *Revised Model Business Corporation Act* (cfr. *Sec. 6.21(b) RMBCA*). Veja-se r. hamilton, *The law of corporations*, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 2000, págs. 178, s., e BAYLESS MANNING/JAMES J. HANKS JR., *Legal Capital*, Foundation Press, New York, 1990, pág. 180, que expressivamente referem que, com o *RMBCA*, uma livrança (*promissory note*) subscrita por Rockefeller ou a obrigação da Barbara Streisand de realizar um futuro concerto (ou da Jane Fonda de fazer um filme — HAMILTON, *The law ...*, págs. 180, s.) passaram a poder constituir a entrada do sócio, uma vez que se considera agora tratar-se de bens com valor económico, “coisa que todos sabiam, menos os juristas”.

³⁹ Com a reforma do direito societário operada pelo Decreto legislativo, de 17 de janeiro 2003, n.º 6 — que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2004 —, o artigo 2464 do *codice civile* italiano passou a admitir, para a *società de responsabilità limitata*, a realização de entradas em serviços, as quais são imputadas no capital social. Para tanto torna-se, contudo, necessário que seja efetuada a favor da sociedade uma apólice de seguro ou uma fiança bancária que garanta integralmente o valor atribuído ao trabalho ou ao serviço do sócio.

⁴⁰ O art. L. 227-7 do *code de commerce* francês, com a redação que lhe foi dada pela Lei 2001-420, de 15 de maio de 2001, expressamente admite as entradas em indústria nas SARL. Note-se que, também em França, o regime legal sobre as entradas em serviços é quase uma “página em branco” (cfr. PAUL LE CANNU, “Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable”, *Revue des Sociétés*, 2001, pág. 639), entendendo a doutrina que o regime aplicável deverá, por isso, ser o que se encontra previsto para este tipo de entradas no *code civil*.

⁴¹ Cfr. a proibição que consta da *Sec. 585 CA 2006* (que corresponde ao regime antes consagrado na *Sec. 99, 2 ss. CA 1985*), apenas aplicável às *public companies* e ROBERT R. PENNINGTON, *The principles of company law*, Butterworths, London, 1995, págs. 183, s.

pugnado na Proposta de Regulamento sobre a *Societas Privata Europaea* (SPE)⁴². Pelo que causa alguma perplexidade a mudança de regime efetuada, nesta matéria, no direito cooperativo português...

Finalmente, quanto ao regime do diferimento das entradas, o art. 84.º, 2 e 3 CCoop permite apenas que estatutariamente se preveja o diferimento das entradas em dinheiro (pelo prazo máximo de 5 anos, devendo ser imediatamente realizado, no momento da constituição, pelo menos 10% do capital subscrito), não sendo admitida a realização diferida das entradas *in natura*, as quais devem ser avaliadas por um revisor oficial de contas independente⁴³.

3 O REGIME SUBSIDIÁRIO APLICÁVEL ÀS COOPERATIVAS

Importa ainda sublinhar que, não sendo as cooperativas sociedades, a lei expressamente estipula que, nos aspetos lacunosos de regime, se lhes deve aplicar a disciplina consagrada no código das sociedades comerciais, nomeadamente no que respeita às sociedades anónimas, na medida em que não seja contrária aos princípios cooperativos (cfr. art. 9.º CCoop).

São 7 os princípios cooperativos (cfr. art. 3.º CCoop), que foram adotados pela Aliança Cooperativa Internacional e que regulam a constituição e funcionamento das cooperativas portuguesas, e que podem, portanto, ser obstáculo à aplicação subsidiária do regime das sociedades comerciais⁴⁴. São eles: 1.º – a adesão voluntária e livre; 2.º – a gestão democrática pelos seus membros; 3.º – a participação económica dos cooperadores; 4.º – a autonomia e independência; 5.º – a educação, formação e informação; 6.º – a intercooperação; e 7.º – o interesse pela comunidade.

Este é, como veremos de seguida, um aspeto do regime legal extremamente relevante para a resolução do dissídio que foi julgado pelo Acórdão aqui em análise.

⁴² Sobre a *societas privata europaea* pode ler-se, em Portugal, RUI PINTO DUARTE, “A Societas Privata Europaea: uma revolução viável”, *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, vol. 1, págs. 49, s.. Note-se que a proposta de criação da SPE foi entretanto abandonada pela Comissão. Com efeito, uma vez que para a sua aprovação se exigia a unanimidade e a obtenção de tal quórum não se afigurava viável, a Comissão — no âmbito do programa para a adequação e a eficácia da regulamentação (REFIT) — anunciou a retirada da proposta de criação desta nova figura societária (cfr. Comunicação sobre o «Programa para a adequação e a eficácia da regulamentação (REFIT): resultados e próximas etapas», COM(2013) 685 de 2.10.2013).

⁴³ Trata-se de um regime que não difere muito do previsto para as sociedades anónimas. O CCoop não consagra, no entanto, a este propósito, o regime da responsabilidade pela diferença, quando se verifique erro na avaliação do bem (cfr. art. 25.º, 3 CSC), pelo que se pode questionar se tal regime será igualmente aplicável em sede cooperativa.

⁴⁴ Sobre os princípios cooperativos, veja-se deolinda aparício meira, *O regime económico...*, págs. 58, s.

4 A MAGNA QUAESTIO DO CASO: O AUMENTO DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS AOS COOPERADORES. A INEFICÁCIA VS. INVALIDADE DAS DELIBERAÇÕES

A questão axial do caso submetido a juízo prende-se, como se disse acima, com a (in)admissibilidade de todos os cooperadores serem obrigados a concorrer para um aumento de capital, realizando novas entradas, em resultado de uma deliberação maioritária (que não obteve, portanto, o voto favorável de todos os cooperadores ou que contou até com o voto contra de alguns deles). Ou seja, o que aqui está em causa é saber se é possível à maioria aumentar ou agravar as obrigações impostas aos cooperadores, impondo-lhes a realização de novas entradas.

Para justificar tal solução, a cooperativa, no caso em análise⁴⁵, invocou vários argumentos, nomeadamente a violação dos 2.º, 3.º e 4.º princípios cooperativos, a saber os princípios da gestão democrática pelos seus membros, da participação económica dos cooperadores e da autonomia e independência da cooperativa, assim como a violação do princípio da variabilidade do capital.

Sucede que, como acertadamente se pondera no Acórdão da Relação, de nenhum dos princípios invocados resulta — nem se consegue alcançar como dali se pode pretender retirar⁴⁶ — tal conclusão.

E quanto a esta matéria — sobre o aumento ou agravamento das obrigações impostas aos cooperadores —, o CCoop nada estatui. Donde, por força da norma remissiva do artigo 9.º CCoop, o regime aqui aplicável deverá ser o previsto no Código das Sociedades Comerciais, em especial quanto ao disposto “para as sociedades anónimas”.

No CSC, a matéria do aumento das obrigações impostas aos sócios está prevista e regulada, em termos gerais, no artigo 86.º, n.º 2⁴⁷, norma da qual resulta expressamente que qualquer alteração contratual que vise aumentar as obrigações dos sócios não produzirá efeitos relativamente àqueles que com a mesma não tenham anuído. Por isso, nenhuma dúvida pode restar quanto à sanção aplicável a uma deliberação social que aumente/agrave as obrigações dos sócios⁴⁸: tal deliberação é ineficaz relativamente àqueles que nela não tenham consentido (cfr. artigo 86.º, 2, *in fine* CSC). Consequentemente, a mesma solução terá necessariamente que valer também para situação idêntica no âmbito cooperativo.

⁴⁵ Como resulta da leitura do Acórdão — cfr. págs. 21-22.

⁴⁶ Do texto do acórdão não consta o argumentário utilizado pela cooperativa para fundamentar a sua posição.

⁴⁷ A norma do artigo 86.º CSC está inserida na Parte Geral do Código, pelo que é aplicável a todos os tipos societários, incluindo portanto o tipo sociedade anónima, sendo, por isso, aplicável às cooperativas. Assim, também DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico...*, págs. 316, s.

⁴⁸ Como é inequivocamente a deliberação, aqui em análise, que determina a realização de novas entradas, por parte de todos os cooperadores, destinadas ao aumento de capital.

Do que se trata aqui, importa sublinhá-lo, é de uma situação de ineficácia (em sentido estrito) e não de uma qualquer forma de invalidade. Dado que nem sempre esta distinção é claramente compreendida⁴⁹, convém clarificar e distinguir com precisão as diferentes formas de ineficácia de um qualquer negócio jurídico⁵⁰.

A invalidade (qualquer que seja a forma que revista, v.g., nulidade ou anulabilidade) é apenas uma das formas possíveis da ineficácia, entendida em sentido amplo, compreendendo-se nesta todas as situações em que um negócio jurídico não produz, total ou parcialmente, os efeitos que tenderia a produzir⁵¹. Dentro desta categoria poderá ainda, contudo, distinguir-se a ineficácia em sentido estrito — que se costuma também designar simplesmente por ineficácia *tout court* —, querendo com esta agora abranger-se aquelas situações em que o negócio, não sendo inválido, não produz contudo os efeitos a que tende⁵². O Código das Sociedades Comerciais regula expressamente e de modo distinto as situações de invalidade (nulidade e anulabilidade — cfr. artigos 56.º e seguintes) e de ineficácia (cfr. artigo 55.º).

Feita esta precisão, passemos então à análise do regime jurídico previsto no código das sociedades para o aumento ou agravamento das obrigações — pois é disso que se trata no caso submetido a juízo — que pode estatutariamente ser imposto aos membros do ente coletivo.

5. O REGIME DO ARTIGO 86.º, 2 CSC

5.1. Âmbito de aplicação

A primeira observação que importa fazer é a de que a previsão do artigo 86.º, 2 CSC abrange todas as alterações estatutárias que imponham um aumento das obrigações dos sócios, quaisquer que elas sejam. Poderá tratar-se da obrigação de entrada (seja no ato constitutivo, seja no caso de aumento de capital), da realiza-

⁴⁹ Vide Ac. do Tribunal da Relação de Évora, de 10 de outubro de 1995, referido *supra*, na nota 2, onde, afirmando-se, no sumário e na fundamentação, que a deliberação submetida a juízo é ineficaz, acaba por se declarar, na parte final que antecede a decisão, que a deliberação é nula.

⁵⁰ Embora controvertida, é esta a natureza jurídica que, predominantemente, se atribui a uma deliberação social. Cfr. v. g. lobo xavier, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Coimbra, Atlântida Editora, 1975, págs. 554, s. e nt 14; j. m. coutinho de abreu, «Artigo 53.º», em *Código das sociedades comerciais em comentário* (coord. de Coutinho de Abreu), vol. I (Artigos 1.º a 84.º), Coimbra, Almedina, 2010, pág. 638; PEDRO MAIA, «Deliberações dos sócios», em *Estudos de direito das sociedades* (coord. Coutinho de Abreu), Coimbra, Almedina, 2015, págs. 223, s.

⁵¹ Cfr. c.a. mota pinto, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra, Coimbra Editora, 2005, págs. 615, s.

⁵² Sendo certo que o regime desta ineficácia *tout court* é, como veremos *infra* em texto, diferente daquela que resulta da invalidade do negócio.

ção de prestações suplementares⁵³ ou prestações acessórias (*e.g.*, a fixação de uma obrigação de não concorrência ou de prestação de serviços), etc..

Por outro lado, deve entender-se que o regime do artigo 86.º, 2 CSC abrange não apenas a criação de novas obrigações, mas igualmente o agravamento das que já se encontrem contratualmente previstas⁵⁴. Assim, ainda que a obrigação já resultasse da redação inicial dos estatutos, será de aplicar o disposto nesta norma, *p. ex.*, quando se alarga o âmbito territorial de uma obrigação de não concorrência imposta aos sócios ou, *in casu*, aos cooperadores; quando se estende o âmbito temporal de uma obrigação de prestação de serviços; quando se aumenta o valor da obrigação de realização das prestações suplementares; etc..

Finalmente, o artigo 86.º, 2 CSC apenas se refere ao aumento das obrigações que resultam dos estatutos. O mesmo regime, contudo, deve valer — por um argumento *a fortiori* — também para o aumento/agravamento das obrigações impostas aos membros do grémio, que resultem de uma mera deliberação (que não seja modificativa dos estatutos). É essa, aliás, a solução fixada no código das sociedades para a deliberação que, sem alteração do contrato, constitui a obrigação para os sócios de efetuar suprimentos — *cfr.* artigo 244.º, 2 CSC. E nesta norma poderá e deverá ver-se o afloramento de um princípio geral nesse sentido.

5.2. Necessidade do consentimento individual de cada sócio

Do regime legal resulta, pois, que o aumento/agravamento das obrigações impostas aos membros do grémio só produzirá efeitos relativamente a cada um deles, depois de ter sido individualmente prestado o consentimento para tal alteração.

É uma solução que sem dificuldade se compreende, pois mais não é que um corolário do princípio geral da intangibilidade das relações obrigacionais, de acordo com o qual as obrigações assumidas por um contraente não podem ser modificadas sem a concorrência da sua vontade⁵⁵.

A prestação deste consentimento não está sujeita a qualquer forma especial, não precisa de ser prestado de forma expressa⁵⁶, e poderá ser anterior, contem-

⁵³ Note-se que, no acórdão que aqui se analisa, usa-se a expressão prestações suplementares de capital, parecendo com ela querer significar-se as contribuições, *in casu* dos cooperadores, destinadas ao aumento de capital (*cfr.* págs. 20 e 22). Ora, as prestações suplementares de capital constituem uma figura típica própria, que se encontra expressamente prevista e regulada, apenas para as SQ, no CSC (*cfr.* arts. 210.º, s CSC).

⁵⁴ Neste sentido, também RAÚL VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, Coimbra, Almedina, 1988, pág. 78.

⁵⁵ *Cfr.* RAÚL VENTURA, *Alterações...*, pág. 78. Veja-se também, sobre a questão, M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 312, s..

⁵⁶ A possibilidade de o consentimento ser prestado de forma expressa ou tácita é a solução que, de resto, está prevista no artigo 55.º CSC, que consagra o regime regra da ineficácia no CSC.

porâneo ou posterior à deliberação. Nada obstará, de facto, a que um sócio ou cooperador, que tenha votado contra a deliberação, possa, mais tarde, dar-lhe a sua anuência, passando a mesma a produzir efeitos também relativamente a ele⁵⁷. Ou seja, trata-se de uma deliberação válida que necessita, porém, para produzir efeitos relativamente a cada um dos membros do ente coletivo, do respetivo consentimento individual. Já não nos parece admissível⁵⁸, no entanto, que se possa considerar como forma de assentimento à deliberação, a abstenção na votação relativa à sua aprovação⁵⁹. O consentimento deverá necessariamente resultar de uma manifestação de vontade, donde inequivocamente se extraia a adesão e a autorização do sócio ou cooperador, relativamente ao aumento/agravamento das suas obrigações.

5.3. Ineficácia relativa

Quanto ao regime regra, previsto no Código das Sociedades Comerciais, para a ineficácia das deliberações sociais, ele encontra-se consagrado no artigo 55.º CSC. Aí se estatui a ineficácia absoluta e total de tais deliberações⁶⁰, i.é, a deliberação ineficaz — nos termos da norma indicada — não produz quaisquer efeitos relativamente a todos.

É, no entanto, diferente, como se referiu, o regime previsto no artigo 86.º, 2 CSC. Aqui estabelece-se que a deliberação que aumenta ou agrava as obrigações dos sócios produzirá efeitos relativamente a alguns — os que nela consentirem — e já não relativamente a outros.

Consagra-se, pois, aqui inequivocamente uma situação de ineficácia relativa que permitirá ou poderá conduzir à existência de um regime “bipolar”: com consequências distintas para os membros do grémio, consoante estes tenham ou não consentido na alteração. Dito doutro modo, e reportando novamente ao caso ora em análise, a deliberação produzirá todos os seus efeitos⁶¹, mas apenas relativamente àqueles que à mesma tiverem dado o seu assentimento.

⁵⁷ Seria diferente o regime, se se estivesse perante uma deliberação inválida (e.g., uma deliberação nula), já que a anuência posterior do sócio não teria a virtualidade de tornar válida aquela deliberação inválida.

⁵⁸ Assim também foi entendido no Acórdão em análise (cfr. p. 22). No mesmo sentido, Diogo Costa Gonçalves/Francisco Mendes Correia, «Artigo 86.º», em *Código das sociedades comerciais anotado*, Coimbra, Almedina, 2010, págs. 294-295.

⁵⁹ É essa, no entanto, a posição defendida por Pinto Furtado. Cfr. J. H. Pinto Furtado, *Curso de direito das sociedades*, 5.ª ed., com a colaboração de Nelson Rocha, Coimbra, Almedina, 2004, págs. 521, s..

⁶⁰ Sobre a matéria, pode ver-se Coutinho de Abreu, *Curso...*, págs. 436, s.

⁶¹ Note-se que no CSC consagram-se ainda outras regras para o caso de uma operação de aumento de capital, estabelecendo-se nomeadamente que o aumento deve ser, em princípio, integralmente subscrito (cfr. artigo 457.º, 1 CSC). Tenha-se, porém, presente que algumas das regras societárias

6 A ACERTADA DECISÃO DO TRIBUNAL

Em conclusão, a decisão proferida no Acórdão da Relação de Coimbra acima mencionado, relativamente ao dissídio que lhe foi submetido para julgamento, foi corretamente tirada, ao considerar que a deliberação em causa, porque aumenta a obrigação de entrada imposta aos cooperadores, padece de ineficácia (relativa) quanto aos que a não votaram favoravelmente (independentemente de se terem absterido, votado contra ou de terem estado ausentes da assembleia em que foi aprovada tal deliberação)⁶² e que, conseqüentemente, nenhuma sanção disciplinar lhes pode ser aplicada em virtude de não terem concorrido ao aumento de capital deliberado.

previstas para esta operação não serão aplicáveis às cooperativas. P. ex., o direito legal de preferência na subscrição do aumento de capital, consagrado para as sociedades anónimas, não tem aplicação no caso das cooperativas, por ser incompatível com o princípio cooperativo da adesão voluntária e livre. Assim, deolinda aparício meira, *O regime económico...*, págs. 321, s..

⁶² Não lhes podendo, por isso, ser exigido o pagamento reclamado pela cooperativa, referente ao deliberado aumento de capital.

II

XURISPRUDENCIA

II.2.1. ANOTACIÓNS XURISPRUDENCIA (PORTUGAL)

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 287-293
ISSN: 1130-2682

A LEGITIMIDADE ATIVA DO ASSOCIADO NA
ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÕES SOCIAIS
*THE LEGAL STANDING OF THE ASSOCIATE IN THE
ANNULMENT OF A MEMBERS' RESOLUTION*

TIAGO PIMENTA FERNANDES⁶³

⁶³ Advogado; Doutor em Direito; Assistente Convidado do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto (ISCAP), Rua Jaime Lopes Amorim, s/n, 4465-004 S. Mamede de Infesta; Professor Auxiliar da Universidade Portucalense, Rua Dr. António Bernardino de Almeida, n.º 541/619 | 4200-072 Porto. Correio eletrónico: t.martinsfernandes@gmail.com.

I FACTUALIDADE RELEVANTE

Um membro de uma associação instaurou ação de contencioso eleitoral contra a referida entidade, nos termos e ao abrigo do art. 97.º e 99.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, peticionando que se declarasse «a ilegalidade do ato eleitoral, seja nulo ou anulado o ato e apuramento dos resultados definitivos, realizado no dia 11 de Julho de 2014, com as legais consequências», requerendo também a «marcação de novas eleições, em que sejam cumpridas as formalidades dispostas na Lei e nos Estatutos». Para tanto alegou, em súmula, que o ato eleitoral em causa apresentava vícios que colocavam em causa a respetiva validade, designadamente, por não ter sido constituída comissão administrativa para gerir a associação até à verificação de novas eleições, a inexistência de regulamento eleitoral, a desatualização dos cadernos eleitorais, a não constituição de mesa a assembleia eleitoral, a participação irregular de alguns associados em representação de outros, bem como o facto de alguns dos associados terem exercido o seu direito de voto e subscrito procurações com quotas em atraso.

Na contestação, a associação ré veio invocar a incompetência em razão da matéria do Tribunal Administrativo e Fiscal de Mirandela, por possuir a natureza de pessoa coletiva de direito privado. Nessa sequência, a referida instância veio a declarar-se incompetente para conhecer do litígio, remetendo o processo para o Tribunal Judicial de Vila Real.

Após a tramitação dos autos, veio a ser proferido despacho saneador, que determinou a absolvição da instância da ré por ilegitimidade ativa do autor, ponderando, por um lado que os vícios que inquinam as deliberações em causa são suscetíveis e configurar uma situação de anulabilidade, e, por outro, que o autor carecia de legitimidade processual ativa para a interpor a ação de anulação em apreço.

Inconformado com o assim decidido pela primeira instância, o autor interpôs recurso, pugnado pela revogação do despacho proferido, com as legais consequências. O Tribunal de recurso tratou, assim, de apreciar a questão da legitimidade processual ativa da associada para a arguição das invalidades por si suscitadas, tendo em mente o preceituado no n.º 1 do art. 178.º do Código Civil, que dispõe a anulabilidade da deliberação social por ser arguida pelo órgão de administração ou «por qualquer associado que não tenha votado a deliberação». Foi precisamente sobre esta última parte do preceito que a 2.ª instância se debruçou, acabando por sustentar que a norma visa apenas vedar a possibilidade de impugnar a deliberação aos associados que, tendo participado no processo deliberativo, tenham aprovado a deliberação, votando-a favoravelmente. No entender da Relação, «to-

dos os demais, sejam os que não votaram a deliberação por abstenção ou ausência, sejam os que, tendo participado, votaram em sentido diverso do que prevaleceu, dispõem de legitimidade ativa para efeitos de impugnação da deliberação». Nesta linha de raciocínio, e atendendo a que nada no processo apontava para que a deliberação em causa tivesse sido votada favoravelmente pela associada em questão (mas apenas que esta participou e votou a deliberação), e incumbindo à parte interessada na validade e eficácia da deliberação o ónus da prova de que o impugnante votou nesse sentido, o Tribunal de recurso veio a entender que a mesma era parte legítima na ação, o que importou a procedência da apelação, ordenando-se o prosseguimento dos autos.

2 A LEGITIMIDADE PROCESSUAL ATIVA DO ASSOCIADO PARA A AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÕES SOCIAIS

Conforme supradito, o Tribunal da Relação de Guimarães entendeu que apenas o órgão de administração ou o associado que, tendo participado no processo deliberativo, tenha contribuído para a aprovação da deliberação impugnada através de voto favorável à mesma não dispõe de legitimidade ativa para a respetiva ação de anulação, rejeitando a argumentação esgrimida pela associação ré de que a autora estaria impedida de impugnar a deliberação em virtude de nela ter participado e votado, independentemente do seu sentido de voto. Analisemos, pois, a questão *sub judice*.

Antes de tudo, sempre se dirá que a autora, enquanto associada da ré, tinha interesse direto em demandar, tal como o exige o art. 30.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, à luz da utilidade derivada da procedência da ação. Conforme salienta o acórdão analisado, e bem, a concretização desse «interesse direto» e da «utilidade derivada dessa procedência» carece de um critério concretizador, que é hoje pacificamente extraído do n.º 3 da mesma norma, onde se lê que «são considerados titulares do interesse revelante para o efeito da legitimidade, os sujeitos da relação material controvertida, tal como é configurada pelo autor». Significa isto que autor e ré serão partes legítimas se forem eles, respetivamente, os titulares ativos ou passivos da relação material controvertida, independentemente do mérito da causa (J. LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, I Volume, Coimbra Editora, Coimbra, (1999), pp. 50-51). Por outras palavras, e na esteira do Tribunal de recurso, «a parte só estará em posição (relativamente ao objeto do processo) de deduzir a respetiva pretensão formulada em juízo se for, na sua própria configuração, a titular ativa da relação jurídica substantiva (...) que suporta aquela sua pretensão».

Transpondo este raciocínio para o caso em apreço, os autos reportavam-se à alegada invalidade de deliberações sociais tomadas em assembleia geral da associação ré, em particular, a eleição dos seus respetivos órgãos sociais. Ora, atuando

o gerente em representação da sociedade autora, como se entendeu, e figurando esta como associada da ré, haveria que reconhecer à dita representada a legitimidade para a impugnação das ditas deliberações, como o fez a instância de recurso.

De volta ao nosso *thema decidendum*, estatui o art. 177.º do Código Civil que as deliberações da associação que se revelem contrárias à lei ou aos estatutos, seja pelo seu objeto, seja por virtude de irregularidades havidas na convocação dos associados ou funcionamento da assembleia, são anuláveis. Contrariamente ao regime jurídico da invalidade dos negócios jurídicos praticados contra norma imperativa, que serão nulos (art. 294.º C. Civ), a lei optou pelo vício da anulabilidade quanto estejam em causa deliberações sociais de uma associação, à semelhança do regime consagrado para as sociedades comerciais (art. 58.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais). O que se explica pela teoria das deliberações sociais em cadeia, «segundo a qual as deliberações não podem, em princípio estar sujeitas a uma invalidade radical, sob pena de declaradas nulas sem dependência de prazo, poderem comprometer a subsistência de todas s que nelas se alicerçarem» (vd. PAULO OLAVO DA CUNHA, anotação ao artigo 178.º do Código Civil, na obra coletiva, LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (coord.), *Comentário ao Código Civil. Parte geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, (2014), pp. 356-357). Apesar disso, alguma doutrina tem admitido a nulidade de deliberações que, pela sua extrema gravidade, não devam poder ser convalidadas pelo decurso do prazo durante o qual poderiam ser impugnadas, como será o caso de deliberações contrárias a norma imperativa, à ordem pública ou bons costumes e ou de objeto impossível (neste sentido, P. OLAVO DA CUNHA, *op. cit.*, pp. 384-385).

No caso em apreço, e tendo presente as concretas irregularidades e vícios invocados pela Autora, a invalidade em causa reconduzia-se à figura da anulabilidade, uma vez que diziam respeito ao funcionamento e processo eleitoral da dita assembleia geral da é, em nada contendendo com interesses públicos, com a ordem pública ou bons costumes.

Ora, atentas as especificidades que a anulabilidade apresenta ao nível da sua arguição (tendo em conta que, nos termos do art. 286.º, n.º 1 CCiv, só têm legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece), haverá que apurar qual o sentido exato que deverá extrair-se do n.º 1 do art. 178.º CCiv, quando ali se lê que, para além do órgão de administração, terá legitimidade para impugnar a deliberação social «qualquer associado que não tenha votado a deliberação».

À primeira vista, a norma parece inculcar a ideia de que apenas o associado que não tenha votado a deliberação, independentemente do sentido do seu voto, tem legitimidade para invocar a anulabilidade. Não foi esse, contudo, o entendimento do tribunal recorrido, para quem essa legitimidade apenas deve ser negada a qualquer associado que não tenha votado favoravelmente a deliberação, em li-

nha com o previsto para a anulabilidade das deliberações dos sócios das sociedades comerciais, que reconhece ao sócio que não tenha votado favoravelmente a deliberação a legitimidade para a impugnar, nos termos art. 59.º, n.º 1, *in fine* do Código das Sociedades Comerciais (sobre este último regime, *vd.* P. MAIA, «Deliberações dos sócios», in *Estudos de Direito das Sociedades*, J. Coutinho de Abreu (coordenação), 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 299-300). No plano das associações, pese embora a lei não seja tão clara, é também este o entendimento que tem sido seguido pela nossa doutrina e jurisprudência, para quem a solução do art. 178.º, n.º 1 CCiv pretende abranger todos aqueles que não votaram favoravelmente a deliberação e não apenas os que participaram na mesma, ainda que rejeitando-a (P. OLAVO DA CUNHA, *op. cit.*, p. 387).

De facto, parece-nos que mesmo uma interpretação literal da norma nos levaria a conclusão idêntica. Na verdade, a votação é um processo de formação da assembleia geral, toda como o órgão deliberativo por excelência, que exprime a vontade social através da vontade dos seus membros (E. de Melo Lucas Coelho, *A formação das deliberações sociais. Assembleia geral das sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 80), e «votar» significa «aprovar algo por meio de voto». Daí que apenas se nos afigure razoável excluir do âmbito desta legitimidade processual o sócio que haja votado favoravelmente essa deliberação, «e não aquele que, apesar de ter estado presente e participado na votação, haja exteriorizado, com o seu voto, uma vontade contrária a aprovação da deliberação» (neste sentido, *vd.* o Acórdão da Relação de Lisboa de 10 de dezembro de 2012, proc. n.º 255/12.8TVLSB-A.L1-6, em que esta instância acabou por contrariar a posição do tribunal *a quo* sobre esta questão, para quem o facto de o associado ter votado contra a deliberação, como foi o caso, preenchia a hipótese legal do art. 178.º, n.º 1 CCiv, o que precludia o direito de requerer a anulação dessa mesma deliberação). Neste mesmo sentido pronunciou-se já o Supremo Tribunal de Justiça nos seus Acórdãos de 5 de junho de 1985 (*BMJ* n.º 348, 388) e de 6 de outubro de 2005 (proc. n.º 05B183, texto acessível em www.dgsi.pt). A questão de saber a quem cabe o ónus da prova desse voto favorável também não tem levantado dúvidas aos nossos tribunais, para quem o mesmo deverá recair sobre a ré associação [com este entendimento, *cfr.* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2005 (proc. n.º 05B183, texto acessível em www.dgsi.pt)]

Acresce que o n.º 3 do art. 9.º CCiv, ao determinar que «na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados», admite uma interpretação em benefício de soluções mais acertadas. Ora, como salienta a Relação de Lisboa na decisão acima citada, «um dos princípios fundamentais decorrentes da boa hermenêutica jurídica é justamente o de que ‘não pode haver interpretação que conduza a resultados injustos ou absurdos’», o que nos parece que seria o caso se interpretássemos a norma do art. 178.º, n.º 1 CCiv em termos

que impedissem o sócio que votou contra a deliberação ou simplesmente se absteve de invocar a sua eventual anulabilidade. De um outro prisma, sufragamos a tese sustentada pela própria Recorrente no acórdão sob anotação de que tal interpretação poderia inclusivamente ferir a referida norma de um vício de inconstitucionalidade, por atentar contra princípios basilares e constitucionalmente consagrados, nomeadamente, o princípio da igualdade e de acesso aos tribunais, previstos nos arts. 13.º e 20.º da CRP, respetivamente.

3 BALANÇO

Na senda do exposto, e em consonância com aquele que tem sido o entendimento doutrinal e jurisprudencial sobre esta matéria, entendeu a instância recorrida interpretar o art. 178.º, n.º 1 CCiv no sentido de que o sócio que, tendo participado na assembleia, expressou o seu sentido de voto contrário a essa deliberação, ou o que se absteve, tem direito a arguir a sua anulabilidade, ou seja, de que só o sócio que votou favoravelmente a decisão ficará impedido de exercer tal direito. Nessa linha de raciocínio, e uma vez que nada nos autos apontava para que a autora e recorrente tivesse votado favoravelmente a deliberação em crise (sendo certo que o ónus de alegação e prova desse sentido de voto sempre caberia à associação ré, como acima se referiu), somos da opinião de que bem andou a Relação ao reconhecer legitimidade processual ativa ao autor para a ação de anulação em causa, uma interpretação da expressão «qualquer associado que não tenha votado a deliberação» que, para além de se alinhar com a solução legal prevista no plano das sociedades comerciais, parece conduzir a resultados mais razoáveis, justos e conformes a princípios constitucionais tidos como essenciais no acesso à justiça por todos os cidadãos.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 295-302
ISSN: 1130-2682

**PESSOAS COLETIVAS SEM FINS LUCRATIVOS
E PRESCRIÇÃO PRESUNTIVA.
ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA
RELAÇÃO DE LISBOA DE 9 DE JULHO DE 2015**

**NON PROFIT PRIVATE LEGAL PERSONS AND THE
LEGAL PRESUMPTION OF THE LIMITATION PERIOD.
COMMENTARY TO THE DECISION OF THE COURT
OF APPEAL OF LISBON, JULY 9, 2015**

ANDRÉ ALMEIDA MARTINS¹

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

I BREVE DESCRIÇÃO DO LITÍGIO

Uma sociedade comercial que se dedica à comercialização de máquinas, ferramentas e material de combate a incêndios intentou um requerimento de injunção contra uma associação humanitária de bombeiros, alegando estar em dívida um montante relativo ao fornecimento de bens de combate a incêndios, solicitado pela referida associação e que lhe foi devidamente facturado e fornecido.

A associação humanitária de bombeiros, pessoa coletiva sem fins lucrativos, deduziu oposição à injunção, alegando, nomeadamente, que liquidou as facturas em causa, expressamente invocando a aplicação da presunção de cumprimento decorrente do regime da prescrição presuntiva, decorrente do disposto no artigo 317.º, b) do Código Civil (CCiv).

Por sua vez, a sociedade credora respondeu à oposição da associação de bombeiros, sustentando que esta, não obstante a sua natureza jurídica de associação humanitária, não podia prevalecer-se do regime da prescrição presuntiva.

Após realização de audiência de julgamento, o Tribunal de 1.ª instância proferiu sentença em que absolveu a associação humanitária de bombeiros do pedido, julgando provado o cumprimento presumido da dívida invocada, ao abrigo do disposto na alínea b) do 317.º do CCiv. Com efeito, apesar de a associação de bombeiros não ter carreado para o processo prova documental ou testemunhal demonstrativa de que o pagamento foi efectivamente realizado, o Tribunal considerou que se aplicava ao caso o regime da prescrição presuntiva, não tendo o credor ilidido a presunção provando que o pagamento não havia sido efectuado.

Inconformada com esta decisão, a sociedade credora interpõe recurso de apelação, no âmbito do qual o Tribunal da Relação de Lisboa identifica como principal questão a resolver a de saber se a associação humanitária de bombeiros se pode prevalecer do regime da prescrição presuntiva, decorrente do disposto no artigo 317.º, alínea b) do CCiv.

2 O REGIME JURÍDICO DAS ASSOCIAÇÕES HUMANITÁRIAS DE BOMBEIROS

O regime jurídico das associações humanitárias de bombeiros foi aprovado pela Lei n.º 32/2007, de 13 de agosto. O número 1 do seu artigo 2.º explicita que as referidas associações são *“pessoas colectivas sem fins lucrativos que têm como escopo principal a protecção de pessoas e bens, designadamente o socorro de feridos, doentes ou náufragos, e a extinção de incêndios, detendo e mantendo em actividade, para o efeito, um corpo de bombeiros voluntários ou misto, com ob-*

servância do definido no regime jurídico dos corpos de bombeiros.”, determinado o artigo 3.º do citado diploma que são tais associações são “*reconhecidas como pessoas colectivas de utilidade pública administrativa com a sua constituição*”.

No que diz respeito à sua capacidade jurídica, importa destacar o artigo 7.º que estabelece que “*A capacidade das associações abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins, com excepção dos direitos e obrigações vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular.*”, evidenciando que as mesmas estão sujeitas ao princípio da especialidade do fim que rege as pessoas coletivas (sobre este princípio, 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). Ainda no que concerne com a sua capacidade, o número 2 do artigo 2.º do diploma que consagra o seu regime jurídico explicita que “*Com estrita observância do seu fim não lucrativo e sem prejuízo do seu escopo principal, as associações podem desenvolver outras actividades, individualmente ou em associação, parceria ou por qualquer outra forma societária legalmente prevista, com outras pessoas singulares ou colectivas, desde que permitidas pelos estatutos.*”

Como evidenciou o Tribunal da Relação de Lisboa no aresto que se comenta, nos termos do regime jurídico que as rege, estas associações têm, pelo menos, um órgão deliberativo, um órgão colegial de administração e um órgão de fiscalização (artigo 10.º n.º 1). Entre outras funções, a esses órgãos cabe, respetivamente, aprovar o relatório e contas (artigo 15.º n.º 1), elaborar o relatório e contas da gerência e assegurar a escrituração dos livros (artigo 19.º n.º 1, alíneas 1 c) e d)) e fiscalizar a escrituração e documentos da associação e dar parecer sobre o relatório e contas (artigo 20.º).

De acordo com a informação constante do processo, os estatutos da associação humanitária de bombeiros, ré nos autos, estão em conformidade com o disposto no regime jurídico das associações humanitárias de bombeiros. Com efeito, de tais estatutos decorria que um dos fins essenciais desta associação era a extinção, prevenção e segurança contra incêndios, podendo igualmente exercer a atividade de comercialização, instalação e manutenção de produtos e equipamentos de segurança em edifícios (artigo 2.º). Por outro lado, em termos de órgãos sociais a associação estava dotada de uma assembleia geral (a quem cabia a aprovação do relatório e contas, nos termos dos artigos 21.º e 22.º dos estatutos), de direcção (responsável, designadamente, por guardar todos os livros de atas e contabilidade respeitantes à vida associativa e assegurar a respetiva escrituração e, bem assim, elaborar o relatório e contas, nos termos dos artigos 34.º e 37.º dos estatutos) e, por último de conselho fiscal (competente, nos termos do artigo 20.º dos estatu-

tos, por inspecionar e verificar todos os actos administrativos e contabilísticos da direcção).

3 A APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PRESUNTIVA INVOCADA (ALÍNEA B) DO 317.º DO CCIV)

O *thema decidendum* do aresto em análise passa, como vimos, pela integração ou não da situação concreta numa hipótese legal de prescrição presuntiva, *rectius* na previsão da alínea b) do 317.º do CCiv.

O regime destas prescrições de curto prazo consta dos artigos 312.º e seguintes do CCiv, estabelecendo o legislador que para as situações tipificadas nos artigos 316.º e 317.º do CCiv “*o decurso do prazo presume o cumprimento, não necessitando o devedor de provar o facto extintivo*” e isto com base no “*pressuposto de que, em atenção à conformação (binómio sujeitos - conteúdo) de certas obrigações e aos usos do tráfico jurídico, o credor é célere na reclamação do crédito e o devedor cumpre num prazo breve, sem exigir ou, pelo menos, guardar muito tempo o respetivo documento de quitação.*” (vide a anotação ao artigo 312.º CCiv de JOSÉ BRANDÃO PROENÇA, 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. 758-759).

Com efeito, salientam doutrina e jurisprudência, “*o objectivo de tais presunções consiste apenas na protecção do devedor não traquejado em termos económicos, lato sensu, e sem uma estrutura e organização imanentes a tal actividade, contra o risco de se ver obrigado a pagar duas vezes, decorrente da dificuldade de prova do pagamento por dívidas que normalmente se pagam em prazos curtos e que não é costume pedir ou guardar recibo ou que, elas próprias, habitualmente não constam de documento, o que, por via de regra, apenas sucede com as de pequeno montante.*” (acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03/05/2011, disponível em <www.dgsi.pt>; no mesmo sentido, podem ser consultados os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 29/11/2006, de 22/01/2009 e 9/02/2010, todos igualmente disponíveis em <www.dgsi.pt>).

Neste âmbito se enquadra o normativo cuja aplicação foi suscitada pela associação demandada e efetivamente aplicado pelo Tribunal de 1.ª instância, o artigo 317.º, alínea b) do CCiv, segundo o qual prescrevem no prazo de dois anos “*os créditos dos comerciantes pelos objectos vendidos a quem não seja comerciante ou os não destine ao seu comércio, e bem assim os créditos daqueles que exerçam profissionalmente uma indústria, pelo fornecimento de mercadorias ou produtos, execução de trabalhos ou gestão de negócios alheios, incluindo as despesas que hajam efectuado, a menos que a prestação se destine ao exercício industrial do devedor*”.

Esta norma comunga do escopo de proteção acima enunciado, e que justifica a existência das prescrições presuntivas, evidenciando, porém, que não é qualquer devedor que é merecedor dessa tutela. Com efeito, o preceito delimita expressamente em que condições o devedor pode ser beneficiado pela presunção de cumprimento estabelecida, podendo concluir-se que “*os créditos dos comerciantes (comerciantes, industriais...etc, ou seja, em geral, os profissionais de certo ramo de actividade económica lucrativa), só estão compreendidos na alínea b), desde que as coisas vendidas ou os serviços prestados, se não destinem a essa actividade económica do devedor, ou porque ele não se dedique a tal actividade, ou porque dedicando-se, destine a coisa ou o serviço para o seu uso pessoal, próprio.*” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09/04/2003, disponível em <www.dgsi.pt>).

Neste sentido, a jurisprudência tem entendido que se está em presença de uma prestação que “*se destina ao exercício industrial do devedor*” (exceção que, nos termos da alínea b) do 317.º do CCiv, permite excluir a presunção) com um âmbito lato, correspondendo a qualquer atividade profissional do devedor, no âmbito da qual, e em razão da qual, surgiu a dívida reclamada (sob o ponto, vide o último acórdão citado e, ainda, JOSÉ BRANDÃO PROENÇA, op. cit, p. 765).

Por isso mesmo, tem igualmente sido entendido que se “*o devedor pauta a sua actividade ou actuação, com alguma periodicidade, congruência ou relevância, através do exercício comercial ou industrial — lato sensu, como supra explanado —, e recebe a prestação do credor por referencia ou no âmbito de tal actividade, já se não justifica tal protecção, mesmo que, no rigor dos princípios, não possa ser qualificado como industrial ou comerciante. Pois que, por virtude de tal actividade ou actuação é suposto que ele tenha um saber e experiencia acumulados e uma estrutura organizacional — vg. registo da actividade, contabilidade organizada, etc — que lhe permite obviar aos riscos, outrossim supra aludidos, para os quais, e exclusivamente para os quais, a prescrição de curto prazo foi estabelecida.*” (acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03/05/2011, disponível em <www.dgsi.pt>) e também que “*considerando o pensamento normativo subjacente ao estabelecimento das prescrições presuntivas, deve ter-se por arredada a aplicação dos normativos que as prevêm nas situações em que não estão presentes os fundamentos daquelas, seja porque não é usual pagamento imediato (ou em prazo curto), seja porque não é usual o pagamento sem quitação e é regra a conservação e guarda do recibo comprovativo do pagamento.*” (acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23/02/2012, disponível em <www.dgsi.pt>).

Por último, alguma jurisprudência vem assinalando que as atuais exigências impostas pelo Direito Fiscal vêm reduzindo cada vez mais o campo de aplicação das prescrições presuntivas. Com efeito, tendo em conta as obrigações declarativas e contabilísticas impostas nomeadamente em sede do Imposto de Valor Acrescentado (IVA), serão diminutas as situações em que não é exigida e registada a

emissão de fatura e em que o sujeito passivo deste imposto, emitente da fatura, não entrega o respetivo documento de quitação contra pagamento da contraprestação, documentação com relevância probatória para permitir afastar o benefício da presunção de pagamento inerente às prescrições presuntivas (acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11/10/2011, disponível em <www.dgsi.pt>).

4 A DECISÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em face do enquadramento anterior da questão, que foi igualmente aquele em que o Tribunal da Relação de Lisboa colocou a questão, a decisão em apreço foi a de que a associação humanitária de bombeiros não podia prevalecer-se da prescrição presuntiva constante do disposto na alínea b) do 317.º do CCiv, tendo portanto a sentença recorrida sido revogada e a referida associação sido condenada a pagar o montante peticionado em dívida.

Tendo em conta a interpretação da norma atrás efetuada, é evidente que esta decisão do Tribunal da Relação de Lisboa é acertada e que outro não poderia ser o resultado.

Com efeito, não obstante a associação humanitária de bombeiros se tratar, nos termos do regime jurídico que lhe é aplicável, de uma pessoa coletiva sem fins lucrativos, que tem como escopo principal a proteção de pessoas e bens, não é uma entidade alheia ao giro comercial, pois, além do mais e como consta expressamente dos seus estatutos, pode exercer a “*atividade de comercialização, instalação e manutenção de produtos e equipamentos de segurança em edifícios*”.

Acresce que, como é natural, mesmo na prossecução do seu escopo não lucrativo de proteção de prevenção e segurança contra incêndios, a associação humanitária estabelece relações de índole comercial com outras entidades, nomeadamente, àquelas a quem tem que adquirir bens e serviços necessários para realizar as atividades que lhe estão incumbidas, como é o caso dos bens que lhe foram fornecidos pela sociedade autora. De facto, sem prejuízo da sua índole não lucrativa, a verdade é que tais despesas foram realizadas no âmbito da “*atividade profissional*” a que dedica a associação, no sentido em que se insere “*numa atividade do réu, que, se não se pode taxar de actividade normal, no sentido de actividade mais frequente, pelo menos ela se pode aceitar como uma sua actividade possível e mais ou menos regular e cujos efeitos práticos e benefícios não colhem e se contêm numa óptica estritamente particular ou privada, mas a extravazam, e alcançam, outrossim, o campo ou aspectos de cariz mais geral e com benefícios para o réu daí advenientes.*” (acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03/05/2011, disponível em <www.dgsi.pt>).

E, documentando esse relacionamento com terceiros, como salienta o acórdão em análise, “*a ré não pode deixar de exigir recibo dos pagamentos que efectua (quer se reportem à sua actividade essencial, quer se refiram a qualquer outra*

das previstas nos estatutos) e não pode deixar de os conservar, estando dotada de uma estrutura orgânica que o pressupõe e impõe (a ré arrolou, até, o seu técnico oficial de contas).”

Com efeito, como acima se viu a associação de bombeiros está dotada de uma estrutura e organização que, além do mais, tem a função de registar contabilisticamente a sua atividade de índole económico-financeira, que acarreta naturalmente receitas e despesas, tendo nesse enquadramento a obrigação legal de exigir recibos de quitação em relação aos montantes despendidos e documentar as entradas e saídas de dinheiro. Assim, se a associação humanitária de bombeiros efetivamente tivesse liquidado as faturas em causa, como invocou, certamente teria na sua posse elementos que facilmente o provariam.

Portanto, bem andou o Tribunal da Relação de Lisboa ao revogar a decisão de 1.^a instância que se limitou a uma aplicação cega do regime da prescrição presuntiva, não apreciando todas as evidências que apontavam para a subsunção da situação em apreço à exceção prevista na parte final da alínea b) do 317.º do CCiv.

II

XURISPRUDENCIA

II.2.2. ANOTACIÓNS XURISPRUDENCIA (ESPAÑA)

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 305-311
ISSN: 1130-2682

ACORDO DE LIQUIDACIÓN DE BAIXA DUN SOCIO
NUNHA COOPERATIVA AGRARIA. RÉXIME DE
IMPUTACIÓN DE PERDAS SEGUNDO OS TIPOS DE
SOCIOS. COMENTARIO Á SENTENZA 37/2015 DA SECC. 1ª
DA SALA DO CIVIL E PENAL, DO TRIBUNAL SUPERIOR
DE XUSTIZA DE CATALUÑA DE 25 DE MAIO DO 2015

*LIQUIDATION AGREEMENT IN CASE OF COOPERATIVE
MEMBERSHIP TERMINATION: LOSS ALLOCATION SCHEME.
ANNOTATION OF THE JUDGMENT OF THE SUPERIOR COURT
OF JUSTICE OF THE CATALUÑA (CIVIL AND CRIMINAL
DIVISION), N.37/2015 (SECTION 1), OF MAY 25.TH*

ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS¹

¹ Avogada do Ilustre Colexio de Avogados de Santiago de Compostela. Dirección de correo electrónico: isabel.cabanelas@gmail.com.

O obxecto deste comentario é a sentenza 37/2015 da Sección 1ª da Sala do Civil e Penal, do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 25 de maio, no recurso de infracción procesal e casación número 83/2014, interposto contra a sentenza ditada pola Sección Segunda da Audiencia Provincial de Lleida de 7 de maio de 2014, rolo de apelación núm. 405/2013.

O recurso extraordinario por infracción procesal fundamentouse nun único motivo, a vulneración do artigo 469.1 da L.E.C., por terlle denegado “*indebidamente*” ao recurrente cinco probas documentais solicitadas, tanto en primeira instancia como en apelación. Dita probas documentais pretendían acreditar que o acordo de baixa na cooperativa adoptado polo Consello Reitor o 27 de xuño do 2007 foi acordado en fraude de lei e con abuso de dereito. Negativa que provocou, segundo o recurrente, unha situación de absoluta indefensión ao socio causante da baixa.

O recurso de casación fundamentouse tamén nun único motivo, a infracción do artigo 67.4 da Lei 18/2002, de 5 de xullo, de Cooperativas de Cataluña, sobre a imputación das perdas da cooperativa aos socios. O recurrente sostíña que o réxime de imputación de perdas debía ser igual para todos os socios, con independencia de tartarse de socios en activo ou socios que tivesen causado baixa na cooperativa e debía limitarse ás aportacións destes ao capital social.

I ANTECEDENTES

COPAGA, S.C.C.L., é unha cooperativa agraria catalana que, debido á súa situación económica, acordou na Asemblea Xeral do 21 de novembro do 2000 imputar as perdas do exercicio 1999 e do primeiro semestre do 2000 con cargo a eventuais resultados positivos de exercicios futuros. Neste acordo estableceuse igualmente que os socios que causasen baixa neste periodo deberían facer fronte ao pago das perdas sociais en proporción a súa actividade cooperativizada. Durante os anos 2001 e 2002 a cooperativa non tivo resultados positivos, polo que nas Asembleas do 31 de outubro do 2002 e na do 30 de xuño do 2003 acordouse novamente imputar, respectivamente, as perdas dos exercicios 2001 e 2002 con cargo a posibles resultados positivos de exercicios futuros. Chegado o ano 2002, COPAGA declarouse en suspensión de pagos.

D. Cirilo, era socio de COPAGA ata que o Consello Reitor acordou, o 27 de xuño do 2007, a súa baixa e procedeu, unha vez pechado o exercicio económico, a aprobar a súa liquidación mediante acordo do 23 de xullo do 2008.

No acordo de liquidación de baixa do 23 de xullo do 2008 imputáronse a D. Cirilo, en proporción á súa actividade cooperativizada, as perdas de COPAGA que ascendían a 21.644,17 euros.

COPAGA, en xaneiro do 2008 vendeu activos da cooperativa a unha empresa holandesa, NUTRECO. Co capital obtido da venda dos activos, COPAGA pagou aos acreedores inmersos no procedemento de suspensión de pagos.

D. Cirilo non impugnou ningún dos acordos da Asemblea Xeral citados, nin tampouco os do Consello Reitor de baixa e liquidación pero, a *sensu contrario*, tampouco abonou voluntariamente á cooperativa o importe da débeda que tiña con ela a consecuencia da súa baixa como socio.

COPAGA presentou ante o Xuzgado do Mercantil de Lleida unha demanda de xuízo ordinario contra D. Cirilo, en reclamación de 21.644,17 euros pola liquidación da baixa do demandado na cooperativa. D. Cirilo opúxose e presentou demanda reconvenicional reclamando a COPAGA a cantidade de 9.364,81 euros en concepto de liquidación pola súa baixa na cooperativa.

O Xuzgado de Primeira instancia núm. 6 de Lleida ditou sentenza o 2 de maio do 2013 na que estimou a demanda presentada por COPAGA SCCL contra D. Cirilo e, en consecuencia, condenou ao demandado a pagar á actora a suma de 21.644,17 euros máis os intereses legais, desestimando, á súa vez, a demanda reconvenicional presentada por D. Cirilo.

Contra esta sentenza, o demandado presentou recurso de apelación na Sección 2ª da Audiencia Provincial de Lleida. Esta, posteriormente, ditiaría sentenza o 7 de maio de 2014 desestimando o mencionado recurso e, consecuentemente, confirmando a sentenza apelada.

Contra a sentenza de apelación, D. Cirilo interpuxo recurso extraordinario por infracción procesal e recurso de casación ante a Sección 1ª da Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña. Este, o 25 de maio do 2015, ditou sentenza número 37/2015 declarando desestimado plenamente o primeiro dos recursos pero aceptando parcialmente o segundo. Consecuentemente, D. Cirilo é condenado a abonar á cooperativa a cantidade de 7.163,02 euros en concepto de liquidación pola baixa.

2 COMENTARIO

O conflito de intereses que da pé a esta resolución trae a súa causa no acordo do Consello Reitor de 23 de xullo do 2008, no que se aprobou a liquidación económica correspondente á baixa na cooperativa de D. Cirilo. O importe da liquidación ascendeu a 21.644,17 euros en favor da cooperativa. Para o cálculo do importe da liquidación, a cooperativa tivo en conta as débedas que arrastraba COPAGA ata o peche do exercicio do ano 2007, imputando a D. Cirilo a cantidade correspondente en proporción á súa actividade na cooperativa.

Este acordo de liquidación non foi impugnado polo socio. Aínda así, cando COPAGA interpuxo unha demanda para que D. Cirilo abonase o importe ade-

bedado, este oponse á demanda alegando que o cálculo da liquidación fíxose en fraude de lei e abuso de dereito na medida na que a cooperativa non tivo en conta para practicalo dous factores:

- 1 Que no cálculo non se descontou da débeda do socio coa cooperativa a “plusvalía” obtida pola venda no ano 2008 de activos de COPAGA a unha entidade holandesa.
- 2 Que os socios responden das débedas sociais ata as súas aportacións ao capital social.

Para acreditar a existencia da “plusvalía” obtida da venda de activos no ano 2008, D. Cirilo solicitou, tanto en primeira instancia como en apelación, a práctica dunha serie de probas documentais que lle foron denegadas en ambas instancias por consideralas impertinentes e innecesarias. Esta negativa fixo que D. Cirilo interpuxese recurso extraordinario por infracción procesal ao amparo do artigo 469.1.3º da LEC, alegando indefensión.

O Tribunal Superior de Xustiza catalán rechazou novamente o recurso extraordinario por infracción procesal. Este entende que, conforme á xurisprudencia do Tribunal Supremo, D. Cirilo debería ter acreditado que a proba denegada era decisiva para cambiar o sentido do fallo, algo que non fixo. No procedemento quedou probado, en virtude da proba efectivamente practicada, que a venda de activos da cooperativa non supuxo “beneficios ou plusvalías”. Antes ben, quedou acreditado que o que se obtivo coa venda foi imputado ao pago das débedas cos acredores identificados no proceso de suspensión de pagos declarado no ano 2002, en virtude dos acordos alcanzados nel. En definitiva, a proba documental denegada non foi decisiva en termos de defensa polo que a súa denegación non puido causar indefensión.

Do exposto anteriormente pódese concluir que non procede, pois, descontar a “plusvalía” obtida pola venda de activos do importe da liquidación da baixa de D. Cirilo porque dita plusvalía nunca existiu.

O segundo elemento no que discrepan o socio e a cooperativa para o cálculo do importe a liquidar a causa da baixa é o límite ata o que responden os socios polas débedas sociais. Esta discrepancia motiva a interposición do recurso de casación fundamentado na infracción do artigo 67.4 da Lei 18/2002, de 5 de xullo, de Cooperativas de Cataluña. Entende D. Cirilo que segundo a Lei catalana de cooperativas a imputación de perdas da cooperativa aos socios está sempre limitada ás aportacións destes ao capital social, con independencia de que se trate de socios en activo ou socios que causen baixa (art 67.4). En sentido contrario, entende COPAGA que o artigo 20 da Lei catalana cando fala dos efectos económicos da baixa dun socio, non establece límite algún á súa responsabilidade sendo, polo tanto, irrelevante a súa aportación ao capital social.

O Tribunal Superior de Xustiza catalán deu resposta a este conflito na sua sentenza número 71/2014, de 6 de novembro cando afirmou que: *“Se plantea ahora si el régimen de responsabilidad es el mismo para los socios que se dan de baja en la Cooperativa ya que según antes hemos visto la sentencia de apelación considera que el artículo 67 de la Ley 18/2002, sólo se aplicaría a los socios que permanecen en la Cooperativa mientras que para los socios que se dan de baja su responsabilidad sería ilimitada por no venir restringida en el art.20 de la Ley.*

La ley 18/2002, de Cooperativas de Cataluña, regula como un derecho inquestionable del socio el darse de baja en la Cooperativa y recibir el reembolso de sus aportaciones al capital social... Ello sentado, no puede olvidarse que el principio de igualdad es también esencial en el cooperativismo e implica que los socios deben ser tratados en la Cooperativa de forma igualitaria. Por tanto, para que pudiese derivarse un régimen de responsabilidad distinto de los socios que permanecen en la Cooperativa en relación a los socios que causan baja, debería existir una previsión legal expresa sobre la base de una causa jurídica razonable, que esta Sala no advierte y que, además podría hacer disuasoria la salida de la cooperativa por parte del socio. Así lo entendió esta la Sala en la STSJC de 16-9-2002, cuando indicó que el régimen de responsabilidad debía ser igual tanto si el socio estaba en activo como si causaba baja... Los socios que permanecen en la entidad pueden enjugar las pérdidas con deducciones de los fondos de reserva o mediante compensaciones con eventuales excedentes sin afectación de sus aportaciones sociales, pero si ello no es posible, su responsabilidad –como hemos visto– queda limitada a sus aportaciones al capital. En el caso de los socios que se dan de baja no es posible que amorticen las pérdidas con excedentes futuros a los que no van a tener derecho por no pertenecer ya a la Cooperativa razón por la cual deben enjugar estas pérdidas directamente con sus aportaciones sociales, pero no por encima de éstas. De este modo hay que poner en relación el art. 20 antes transcrito cuando se trata de los efectos económicos de la baja del socio con lo dispuesto con carácter general en el art. 67.4, del mismo texto en orden a la imputación de pérdidas”.

Polo tanto, tendo en conta que as circunstancias que motivaron a sentenza obxecto de comentario e a sentenza transcrita son moi similares, debe entenderse que a imputación de perdas a D. Cirilo debeu realizarse coas mesmas limitacións coma se se tratase dun socio en activo, é dicir, D. Cirilo responderá das débedas sociais en proporción á súa actividade na cooperativa e sempre limitada ao importe das suas aportacións ao capital social.

Serán, pois, dous principios básicos que rixen no ámbito cooperativo os que fundamenten esta decisión:

- 1 O principio de igualdade, que, como o propio nome indica, supón que os socios en activo e os que causen baixa serán tratados por igual.

- 2 O principio de portas abertas, que supón un réximen de libre adhesión e baixa voluntaria dos socios sen que exista unha causa que o motive.

En conclusión, a liquidación que procede efectuar imputará a D. Cirilo as perdas dos exercicios 1999, 2001 e 2002 sen descontar “plusvalías” que non existen e ata o límite das aportación efectuadas por este ao capital social.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 313-319
ISSN: 1130-2682

REEMBOLSO DAS ACHEGAS DERIVADA DA EXPULSIÓN
DO SOCIO: SEGUNDO OS ESTATUTOS SOCIAIS,
PARA A SÚA VALORACIÓN DEBESE ESTAR AO
BALANCE E NON AO SEU PREZO DE MERCADO
(ANOTACION Á SENTENZA DO XULGADO DO MERCANTIL
DE MURCIA NÚM. 219/2015, DE 22 DE SETEMBRO)

*REIMBURSEMENT OF CONTRIBUTION DERIVED FROM
THE EXPULSION OF THE MEMBER: ACCORDING
TO THE BYLAWS, FOR ASSESSMENT SHOULD BE
THE BALANCE AND NOT ITS MARKET PRICE.
ANNOTATION TO THE JUDGMENT OF THE COMMERCIAL
COURT OF MURCIA NÚM. 219/2015, 22 SEPTEMBER*

XACOBO IZQUIERDO ALONSO¹

¹ Prof. de Dereito Mercantil. Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: jizqdo@uvigo.es.

I RESUMO

OXulgado do Mercantil de Murcia desestima a demanda interposta por J.I. contra a sociedade cooperativa R. G. SCL.

J.I. demandara a R.G. SCL reclamando unha determinada suma no exercicio dunha acción de reembolso de cooperativista. Debido a certas cuestións relativas á lexitimación activa, a cantidade obxecto do procedemento foi reducida á correspondente ás participacións ou “horas de auga” que lle correspondían ao devandito actor.

Segundo reflíctese nos Fundamentos Xurídicos da Sentenza obxecto de anotación (Fundamento Primeiro: Prantexamento), a acción de reembolso deriva da expulsión do actor como socio da sociedade cooperativa. A data do acordo de expulsión adoptado pola Asemblea Xeral Extraordinaria (dado relevante ao condicionar a normativa aplicable) é a de 23 de outubro de 1998. Aínda que este acordo de expulsión fora recurrido o seu día, a expulsión foi confirmada por sentenza da Audiencia Provincial de 17 de outubro de 2003.

Na demanda presentada alégase incumprimento pola entidade demandada da súa obriga de reembolso das achegas efectuadas polo actor á cooperativa (a sentenza, reproducindo –supoñemos- a demanda, dí “participacións”), presentando o actor un informe pericial no que a liquidación basease no valor de mercado ou valor razoable das ditas achegas.

Pola súa parte, o demandado despois de invocar a prescripción da acción (que non prosperarou), no referente a liquidación en si, contesta que ésta se deberá fixar consonte ao importe das achegas no intre da baixa, deducindo as perdas, sumado o importe das achegas obrigatorias, puidéndose facer deducción de ata o 30% no caso de expulsión.

Punto central do debate é o relativo ao reembolso das achegas é dicir, a determinación da liquidación da súa participación na sociedade cooperativa ao demandante (Fundamento Xurídico Cuarto). Resolto o punto debatido da norma aplicable ao caso –a Lei de Cooperativas do 1987-, considerase que ésta (art. 80) establecía que o dito dereito de reembolso debería ser obxecto de regulación nos estatutos sociais e consonte a establecido na propia lei. Os estatutos da sociedade cooperativa da *litis* recoñecen así ao socio expulsado unha acción para esixir o reembolso das achegas ao capital social que aquél tivera feito. Os mesmos estatutos establecen unha serie de parámetros a aplicar coma deducións ao “*importe de las aportaciones*”, co que xurde o problema de interpreta-la devandita expresión.

Resulta de interese, ao efecto indicado, ter en conta que, a sentenza comentada cita aquí a STS de 6 de febreiro de 2014, en relación ao concepto paralelo nas

sociedades de capital: para expresaren o contributo do socio ao capital social, a lexislación de cooperativas (estatal e autonómica) non utilizan o termo “*participación*”, de xeito que queda desbotado calquer entendemento daquel como equivalente á titularidade dunha cota do patrimonio social. E, xa que logo, o socio cooperativista non terá dereito a un “*valor razonable*” da súa participación no capital social, senon que terá dereito ao reembolso das achegas obrigatorias e voluntarias segundo o valor acreditado que teñan a partires do balance do peche do exercicio social no que se orixinare o dereito a tal reembolso.

O anterior leva a desestimar a contía reclamada na demanda no exercicio da acción de reembolso das achegas, pois fora calculada polo perito presentado partindo, en criterio do xulgador, dunha premisa errónea, cal sería a do cálculo do valor daquelas en base ao prezo de mercado que terían acadado as ditas participacións sociais nunha compravenda. Pola contra, o criterio a aplicar, segundo os Estatutos sociais, sería o do valor recoñecido no balance do exercicio no que o socio causa baixa ás achegas obrigatorias e voluntarias.

Asemade é obxecto de rexeitamento o importe alegado pola sociedade demandada, calculado en razón as achegas obrigatorias consignadas na escritura de constitución, o que tamén, en criterio do xulgador de instancia, constitúe unha premisa errónea. O que, segundo éste, debía ter feito a demandada, sería achegar as contas anuais de 1998 (o ano da expulsión do actor) e o correspondente informe pericial que determinara o valor recoñecido ás participacións no balance do exercicio de 1998.

En orde á liquidación fixada pola demandada, sinalanse dúas cuestións na sentenza anotada.

Unha, que o Consello Rector nunca comunicara ao actor a liquidación, pois nunca houbo un acordo do mesmo en tal sentido.

Outra, relativa aos conceptos aplicados á liquidación, a saber: 1, aplicación da deducción do 30% acordado con motivo da expulsión; 2, a débeda recoñecida polo actor na mesma demanda; 3, a compensación dos importes que debe o actor á demandada en concepto de costas en procedementos xudiciais.

En conclusión, o Xulgado do Mercantil de Murcia desestima íntegramente a demanda por sustentar a súa petición no prezo de mercado das participacións e non no valor das ditas participacións no balance de 1998, consonte ao seu valor inicial cos actualizacións que, no seu caso, se houberan producido.

2 ANOTACIÓN

O punto central sa sentenza anotada refírese á cuestión da avaliación das achegas ao capital con motivo do reembolso das mesmas a un socio que cause baixa: en concreto, no caso da *litis*, por expulsión da cooperativa. A norma aplicabel ao

caso, no punto central do debate, é a lei de cooperativas de 1987 (“*Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas*” BOE de 8 e abril, en adelante LGC).

Na dita norma de 1987 atribúese a o socio (art. 35) o dereito, entre outros, “*a la actualización y devolución de las aportaciones al capita social*”. O réxime concreto ao que o reembolso debe se suxeitar é ao disposto no art. 80, que remite ao que dispoñan os Estatutos que, pola súa parte deberán observar o establecido no citado precepto. En síntese e para o que aquí interesa, son tres os marcos a considerar: a) as perdas imputadas ao socio no exercicio da baixa deduciranse do importe das achegas no momento da baixa; b) do importe das achegas obrigatorias, resultante de aplicar o precedentemente indicado, restarase a suma que acorde o Consello Rector, ata o límite máximo establecido polos Estatutos (que non poderá ser superior ao 30 por 100 no suposto de baixa por expulsión); c) reembolso a efectuar nun prazo máximo de cinco anos a partires da data da baixa.

En vista ao anterior, tense advertido (F.J. TORRES PEREZ, *Régimen jurídico de las Aportaciones Sociales en la Sociedad Cooperativa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 398 y ss.) o pouco axeitado do termo “reembolso”, xa que non hai tal, non se devolve unha suma igual á desembolsada, senon que sobre esta cantidade practícanse certas actualizacións ou deducións. O debate terminolóxico sobre cal é o termo mais axeitado, se reembolso, devolución ou liquidación, ven sendo un clásico, se ben con tendencia a admitir este último como o mais axeitado.

No vixente réxime xurídico, a LC (Lei 27/1999, de 16 de xullo, de Cooperativas), de xeito paralelo recoñece o dereito do socio “*a la actualización, cuando proceda, y a la liquidación de las aportaciones al capital social, así como a percibir intereses por las mismas, en su caso*” (art. 16.2.e)). En relación ao réxime concreto de reembolso, despois de remitir aos Estatutos sociais o seu regulamento, dispon que “*la liquidación de estas aportaciones se hará según el balance de cierre del ejercicio en el que se produzca la baja, sin que se puedan efectuar deducciones, salvo las señaladas en los puntos 2 y 3 de este artículo*” (art. 51.1). Estas dedución serán as correspondentes a perdas imputadas e imputables ao socio, reflectidas no balance de peche do exercicio no que se produza a baixa, e, no caso de baixa non xustificada por incumprimento do período de permanencia mínimo, os estatutos sociais fixarán a porcentaxe a deducir, que non poderá superar o trinta por cento.

No ámbito territorial da *litis* –Rexión de Murcia– o norma vixente na actualidade en relación ao caso comentado, sería o art. 71 da Lei 8/2006, de 18 de novembro, da Rexión de Murcia (BOE de 9 de maio de 2007, modificada por Lei 4/2011, de 21 de outubro (BOE de 15 febreiro de 2012), que traemos aquí a título de exemplo. No dito precepto, adicado á liquidación e reembolso das achegas, establécese que serán os estatutos os que regulamente o reembolso das mesmas. Pero a dita norma establece os seguintes pautas legais en relación a esta cuestión:

1, os socios que causen baixa terán dereito a que non se lles rexeite o reembolso de, alomenos, o 25% da súa achega ao capital social (agás nas cooperativas agrarias); 2, a liquidación das achegas faráse segundo balance de peche do exercicio no que se produza a baixa, sen que se poidan efectuar mais deducións que as seguintes: a) as perdas imputables ao socio e reflectidas no balance de peche do exercicio da baixa, así coma as sancións económicas impostas ao socio e non satisfeitas e, b) no caso de baixa non xustificada por incumprimento do período de permanencia mínimo, poderáse establecer unha dedución sobre o importe resultante da liquidación das achegas obrigatorias, sen que a porcentaxe a deducir poida ser superior ao 30%.

Dentro do ámbito doutras leis autonómicas podemos citar, tamén a título de exemplo, o art. 64 da Lei de Cooperativas de Galicia (Lei 5/1998, do 18 de decembro, LCG, DOG de 30 decembro), adicado ao reembolso das achegas, que remite aos estatutos sociais a regulamentación do dereito do socios ao dito reembolso no caso de baixa, se ben aqueles deberán respeitar unhas regras mínimas contidas no citado precepto, a saber: 1, a liquidación farase polo seu valor nominal segundo resulte do balance de pechamento do exercicio no que se produce a baixa; 2, poden aplicarse deducións sobre todas as cantidades reembosables por achegas obrigatorias; 3, Non se non poden aplicar deducións ao reembolso das achegas voluntarias; 4, son posibles deducións ata un 30%, no caso de expulsión, ou un 20%, no caso de baixa non xustificada, no importe de reembolso das achegas obrigatorias; 5, non caben deducións no caso de baixas xustificadas (M. BOTANA AGRA e R.A.MILLÁN CALENTI: *Lei anotada de cooperativs de Galicia e normas autonómicas de desenvolvemento*, CECOOP, Santiago de Compostela, 2012, p. 130).

Resulta evidente o vencellamento que ten o dereito ao reembolso co principio de porta aberta da sociedade cooperativa: o recoñecemento de tal dereito impide que este principio quede limitado a unha mera formulación mais ou menos retórica. As limitacións que no plano legal formulanse en canto a regulamentación do exercicio do dereito de reembolso, teñen que ver co carácter variable do capital cooperativo: procúrase así impedir que o exercicio descontrolado deste dereito poidera atentar contra a integridade económica da sociedade, establecendo uns mecanismos de defensa da mesma.

De todo anterior, dedúcese que o proceso de determinación da liquidación das súas achegas ao socio que causa baixa está regulamentado na lei e nos estatutos sociais: de aquí o rexeitamento da valoración feita polo perito apresentada pola parte demandante, fundamentada no “prezo de mercado” que tiveran acadado as achegas litixiosas. Criterio éste que, ademais, e dadas as limitacións legais para a a transmisión *inter vivos* das achegas ás cooperativas, choca directamente coa natureza propia destas últimas. En efecto, as achegas sociais non son nin títulos valores nin partes alícuotas do seu propio patrimonio, susceptibles de transmisión -libre ou sometida a certas condicións-: no plano legal, coma fai notar a

xurisprudencia traída aos autos de referencia, eludese o emprego do termo “participación”. O cal non implica a súa intransmisibilidade, ben *inter vivos* ou *mortis causa*. Pero a dita transmisibilidade está condicionada a adquisición da cualidade de socio do adquirente (cfr. por exemplo, art. 63 da LCG). E o valor a ter en conta na dita transmisión será o valor nominal coas actualizacións que correspondan.

Pola contra, no suposto de *litis*, tratáse do chamado reembolso da achega. E, por prescripción normativa, o cálculo do importe do tal reembolso efectuarase a través de dúas fases fundamentais (vid. vgr., os precitados preceptos da leis murciana ou galega; ou, tamén, da propia lei de 1987): no primeiro lugar, a determinación do valor total das achegas ao capital, feitas polo socio –en principio, as obrigatorias, mais tamén, no seu caso, as voluntarias-, engadindo ao anterior, se houbera norma legal ao efecto, a súa posíbel revalorización ou actualización, se están previstas na norma de aplicación (vid. o art. 77 da ley murciana de cooperativas, que autoriza que os estatutos sociais poidan prever a constitución dun fondo que permita a revalorización das achegas que se devolvan aos socios que causen baixa, e que leven, como mínimo, cinco anos na sociedade cooperativa na data da baixa). No segundo lugar, practícaranse sobre o valor obtido consonte o anterior, as correspondentes deducións legalmente previstas e que poden traer causa da imputación de perdas ou do causa orixinadora da baixa do socio na cooperativa.

Proceso, o referido, que, ademais, nunca tivo lugar no caso axuizado que se comenta: neste, o Consello Rector da cooperativa nunca practicou a tal liquidación nin puido, xa que logo, comunicala ao socio demandante, aínda que fose requerida a dita sociedade a tal efecto.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 321-326
ISSN: 1130-2682

**BAJA OBLIGATORIA JUSTIFICADA POR EL TRANCURSO
DEL PLAZO FIJADO LEGALMENTE PARA RESOLVER
SOBRE LA CALIFICACIÓN Y EFECTOS DE LA MISMA
(ANOTACIÓN A LA SENTENCIA DE LA
AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA
DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2015)**

**MANDATORY JUSTIFIED DROP BY DURING
THE LEGAL DEADLINE TO DECIDE ON
QUALIFICATIONS AND EFFECTS OF THE SAME.
(ANNOTATION TO THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL
COURT OF PONTEVEDRA OF 3 NOVEMBER 2015)**

ELENA SALGADO ANDRÉ^{1*}

¹ Profesora Doctora Contratada Interina del Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo.
Dirección de correo electrónico: elenasalgadoandre@hotmail.com.

ANTECEDENTES DE HECHO

La mercantil “Vitivinícola Arousana, S. Coop. Galega” (en adelante Vitivinícola Arousana) se dedica desde el año 2005 a la elaboración y crianza de vinos. De acuerdo con el art. 6 de sus estatutos sociales, para la adquisición de la condición de socio es necesario, por un lado, ser titular de una explotación vitivinícola ubicada en el ámbito geográfico de la denominación de origen Rías Baixas; y, por otro, que el 50% de su producción pueda acogerse a dicha denominación.

Pues bien, Dña. María Teresa -socia de la cooperativa- trabajaba unas fincas pertenecientes a su madre pero que, debido a cuestiones personales y económicas, ésta habría recuperado para sí perdiendo la posesión de las mismas. Por esta razón, el 13 de diciembre de 2013, comunicó al órgano de administración su baja obligatoria como socia de la misma, basándose en la pérdida de los requisitos legales y estatutarios exigidos para ostentar tal condición. Sólo una semana después, solicitó el reembolso de sus aportaciones sociales y la liquidación de las cantidades pendientes.

En respuesta a la petición cursada por Dña. María, el secretario de la cooperativa le requirió para que en el plazo de 10 días aportase la documentación acreditativa de la causa de la baja así como del domicilio de empadronamiento, a los efectos de comprobar si éste coincidía con el de su madre. Dicha documentación fue remitida al secretario el 24 de abril de 2014 quien, a su vez, la entregó al Consejo Rector indicando que no había aportado la justificación de la falta de convivencia con su madre.

Llegado el mes de septiembre, el secretario comunicó a Dña. María que en una reunión del Consejo, celebrada dos días antes, se había calificado la baja como injustificada, decisión que fue recurrida por aquella.

Finalmente, el 4 de diciembre de ese mismo año, la socia presentó una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, solicitando la calificación de la baja como obligatoria justificada con base en los motivos antes citados y, además, en el exceso del plazo previsto en el art. 20.5 de la Ley de Cooperativas de Galicia (LCG) para resolver sobre la misma. Por otro lado, instó la nulidad -o, en su caso, la anulabilidad- del acuerdo del Consejo Rector en el que se calificó la baja como injustificada.

El Juzgado de lo Mercantil desestimó íntegramente la demanda en su sentencia de 29 de junio de 2015, al considerar que la baja debió tramitarse como voluntaria y que no había transcurrido el plazo fijado legalmente en relación con la calificación y efectos de la baja.

Frente a esta sentencia, la actora interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Pontevedra argumentando, entre otros motivos, la infracción de varios preceptos de la LCG (art. 20) y de los estatutos de la sociedad (arts. 11, 20 y 25).

En su sentencia de 3 de noviembre de 2015, la Audiencia estimó en su integridad el recurso basándose en el exceso del plazo que tiene el Consejo Rector para resolver sobre la calificación y efectos de la baja pues, a diferencia del juzgador *a quo*, estimó que no hay constancia ni de la remisión ni de la recepción del requerimiento de documentación fechado el 30 de diciembre de 2013 que la cooperativa manifiesta haber realizado a la socia. En consecuencia, revocando la sentencia de primera instancia, condenó a “Vitinícola Arousana” a calificar la baja cursada por Dña. María como obligatoria justificada con efectos desde el 13 de diciembre de 2013 y al reembolso de las cantidades aportadas por ésta al capital de la sociedad.

COMENTARIO

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, las sociedades cooperativas que realicen su actividad principalmente dentro de dicho territorio y, además, establezcan en él su domicilio social se regirán por la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia –modificada por la Ley 14/2011, de 16 de diciembre-. De acuerdo con su art. 1, “la cooperativa es una sociedad de capital variable que, con estructura y gestión democráticas, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, desarrolla una empresa de propiedad conjunta, a través del ejercicio de actividades socioeconómicas, para prestar servicios y satisfacer necesidades y aspiraciones de sus socios, y en interés por la comunidad, mediante la participación activa de los mismos, distribuyendo los resultados en función de la actividad cooperativizada”.

Sin entrar en mayores matizaciones en este momento, puede afirmarse que la referencia del precepto citado a la “libre adhesión y baja voluntaria” permite concluir que la norma insta en el ordenamiento jurídico el principio de “puertas abiertas”. Esto significa que cualquier persona física o jurídica, pública o privada, puede —si así lo desea—, y siempre que concurren determinados requisitos legales y estatutarios, ostentar la condición de socio (art. 19 LCG). De la misma manera, éste tiene derecho a causar baja en la cooperativa en cualquier momento (art. 20.1 LCG); o bien, debe cesar con carácter imperativo cuando pierda las condiciones necesarias para ser socio (artículo 20.4 LCG).

De lo apuntado se deduce que la baja puede ser voluntaria u obligatoria, según dependa exclusivamente de la voluntad del socio o resulte ajena a ella. A su vez, en función de la causa que motive su decisión, ambas se clasifican en justificadas o injustificadas. De tal forma que, sólo en el supuesto en el que la baja sea califi-

cada como justificada, el socio tendrá derecho al reembolso de sus aportaciones sin practicar deducción alguna. Dicha deducción, por tanto, sólo afectará a aquella que tenga la consideración de injustificada.

Pues bien, en la sentencia objeto de análisis, Dña. María cursó la baja como obligatoria alegando la pérdida de los requisitos legales y estatutarios exigidos para ostentar la condición de socia. Sin embargo, y con independencia de que ésta pretendiera que su baja fuese tramitada como obligatoria justificada, lo cierto es que —según dispone el apartado 5 del art. 20 LCG— la calificación de la misma corresponde al Consejo Rector, que deberá comunicarle su decisión en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación de la baja.

Así las cosas, resulta imprescindible determinar si desde que Dña. María cursó su baja en la cooperativa hasta el acuerdo que determina su calificación y efectos ha transcurrido el tiempo indicado. La cuestión es realmente decisiva, pues la baja será considerada como justificada o injustificada en función de tal circunstancia (“se entenderá” dice el art. 20.5 LCG). En este sentido, la socia solicitó su baja el 13 de diciembre de 2013 y el Consejo Rector se pronunció sobre la misma el 17 de septiembre de 2014. Resulta evidente, pues, que el acuerdo se adoptó después del plazo legal.

No obstante lo anterior, a la hora de comprobar si se había cumplido el lapso temporal de 3 meses, el Juzgado de lo Mercantil tuvo en cuenta una solicitud de documentación que con fecha 30 de diciembre de 2013 la cooperativa afirma que ha enviado a Dña. María. En cambio, la Audiencia Provincial consideró que el primer requerimiento se realizó el 11 de abril de 2014. Cabe preguntarse entonces si una petición de este tipo podría interrumpir el cómputo de dicho plazo. En caso de respuesta afirmativa, habrá que determinar cuál de las dos comunicaciones citadas se considera probada.

En relación con la primera cuestión, como la LCG aplicable al caso analizado nada dice al respecto, hay entender que no cabe tal posibilidad. En efecto, el propio art. 20.5 señala literalmente que “el órgano de administración habrá de resolver sobre la calificación y efectos de la baja en un plazo máximo de tres meses desde que le haya sido comunicada”. Por lo tanto, el legislador utiliza un verbo imperativo “habrá” y se refiere a un “plazo máximo” para enfatizar el carácter obligatorio de la labor de calificación de la baja así como de la necesidad de hacerlo en un lapso temporal no superior a tres meses y, en consecuencia, sin posibilidad de prórroga. Además, especifica que el *dies a quo* será aquél en el que el socio comunique la baja a la cooperativa y el *dies ad quem* la fecha en la que se resuelva sobre la misma. Por último, cabe añadir, que aún admitiendo la interrupción del periodo previsto al respecto, quedarían en el aire algunas cuestiones clave como son, entre otras, las causas desencadenantes de tal interrupción y el tiempo durante el cual puede considerarse interrumpido que no pueden quedar al arbitrio de la Cooperativa, pues existiría el riesgo de que ésta dilatase en el tiempo la

solicitud de baja del socio —por ejemplo, requiriéndole sucesivamente documentación— con el propósito de retrasar el reembolso de sus aportaciones sociales.

En virtud de todo lo expuesto, podemos concluir diciendo que —tal y como indica el art. 20.5 LCG— la baja de Dña. María “se entenderá justificada”, pues el Consejo Rector de la sociedad se pronunció sobre su calificación y efectos una vez transcurrido el plazo legal.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 327-331
ISSN: 1130-2682

**EL REEMBOLSO DE LOS DERECHOS DE PAGO OBTENIDOS
EN VIRTUD DEL RÉGIMEN DE PAGO ÚNICO
(ANOTACIÓN A LA SENTENCIA 63/2015 DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE ZAMORA [SECCIÓN 1.ª], DE 13 DE ABRIL)**

**THE REFUND OF PAYMENT ENTITLEMENTS OBTAINED
UNDER THE SINGLE PAYMENT SCHEME
(ANNOTATION TO THE JUDGMENT 63/2015 OF THE
PROVINCIAL COURT OF ZAMORA [SECTION 1] OF APRIL 13)**

SINESIO NOVO FERNÁNDEZ¹

¹ Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción 1 de Redondela.
Dirección de correo electrónico: sinenovo@yahoo.es.

1. Los demandantes en primera instancia son dos antiguos socios de LA CALERA SOCIEDAD COOPERATIVA. El tribunal estimó parcialmente sus pretensiones. En concreto, declaró nulos los acuerdos de la Asamblea General de la Cooperativa impugnados en la demanda. Por el contrario, desestimó la demanda respecto a los siguientes puntos: la impugnación de la resolución del Consejo Rector de la Cooperativa de 28 de enero de 2011, la reclamación por la liquidación de las cosechas del año 2007 a 2011, la segregación de una finca y la cesión de derechos de la Política Agraria Común (PAC). Es precisamente esta última cuestión la que constituye el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y, consecuentemente, de la presente anotación.

2. El recurso de apelación pretende, por tanto, que se cedan, a los ahora recurrentes, los derechos PAC vinculados a las ayudas concedidas por el Feaga y el Feader en proporción a su participación dentro de la Cooperativa a la fecha de su baja. Son varios los motivos enumerados por los recurrentes en apoyo de su pretensión. En primer lugar, consideran que tanto la Cooperativa, como posteriormente la sentencia recurrida, han vulnerado el principio de igualdad, puesto que no conceden a los actores la cesión de derechos PAC cuando si se había reconocido a socios que causaron baja con anterioridad. También alegan que los derechos se concedieron a la cooperativa en función de las tierras que los socios habían aportado en el momento de la constitución, por lo que la no cesión de los mismos conllevaría un enriquecimiento injusto del resto de socios en el momento de disolución de la sociedad, en el que se repartirían entre si los mencionados derechos. Finalmente, entienden los recurrentes que no hay argumentos jurídicos que impidan la cesión.

3. En la sentencia dictada en apelación se recoge, asimismo, el fundamento utilizado por la sentencia de primera instancia para desestimar la cesión pretendida. En este caso, la sentencia recurrida expone que, conforme a la Ley de Cooperativas de Castilla y León, la baja de los cooperativistas implica el reembolso, únicamente, del capital aportado, sin perjuicio del retorno cooperativo al que pudieran tener derecho, pero no a una parte de los activos, bienes y derechos de la cooperativa proporcional al porcentaje que ostenten en la misma.

4. El tribunal de apelación, por su parte, considera probados una serie de hechos. En primer lugar, no resulta contradicho que los actores, junto con el resto de socios, constituyeron la cooperativa demandada con el objeto de explotar las tierras puestas en común y comercializar los productos producidos. Tampoco se discute que los derechos de la PAC se concedieron a la Cooperativa en función del terreno aportado por los socios y que, por tanto, no fueron generados por dicha sociedad. Finalmente, se considera probado que tras la baja de otros dos socios de la cooperativa, anterior a la de los actores, si se les cedieron los derechos de la PAC.

Sobre la base de los hechos descritos, a los que se añade el argumento de que no existe norma legal ni estatutaria que impida la cesión de los derechos PAC, la sentencia de apelación estima el recurso en cuanto a la pretensión de la procedencia de la cesión. Para justificar en mayor medida esta decisión, el tribunal cita una serie de jurisprudencia que, por un lado, señala la admisibilidad de la cesión de derechos PAC, reconocida expresamente en su normativa reguladora, y por otro, considera que las ayudas o subvenciones de la PAC son frutos industriales que producen o generan las fincas y, en este sentido, deben ser devueltos por el poseedor de mala fe a quien ostente el legítimo derecho a su perfección.

Ahora bien, el recurso se estima parcialmente, puesto que la Audiencia entiende que la cesión de derechos no debe realizarse en proporción a la participación de los actores dentro de la Cooperativa a la fecha de su baja, sino en proporción a las fincas cedidas inicialmente para su cultivo por la Cooperativa.

5. La cuestión principal que resuelve la sentencia de apelación, como se puede deducir fácilmente de todo lo anterior, es la procedencia de la cesión de los derechos de la Política Agrícola Común, o derechos de pago único, a los socios que se dan de baja de la cooperativa. Para un acercamiento al tema de estudio, es conveniente partir del concepto y naturaleza jurídica de los derechos a los que nos referimos. En cuanto a ello, cabe señalar que desde la reforma de la Política Agrícola Común realizada en junio de 2003, las ayudas asociadas a la producción se han suprimido progresivamente e integrado en el Régimen de Pago Único. Se trata de un sistema de pagos directos del que se benefician los agricultores europeos. Así las cosas, podemos definir los derechos de pago único, siguiendo el Real Decreto 1470/2007 de 2 de noviembre sobre aplicación de los pagos directos a la agricultura y a la ganadería, como frutos industriales partibles y liquidables en función de fincas admisibles y declarables.

Dicho lo anterior, son varias las razones que nos conducen, al igual que al tribunal de apelación, a considerar procedente que los derechos de pago único sean cedidos a los actores. Por un lado, no se pone en cuestión que los socios que causaron baja en la cooperativa recuperen la propiedad de sus tierras, esto es, se les reembolsen las aportaciones, en este caso, no dinerarias. La indisolubilidad entre las tierras aportadas y los derechos de pago único que generan constituye el principal fundamento a favor de la cesión a los socios propietarios de aquellas. A pesar de tratarse de derechos personalísimos, la unión entre ellos y las tierras se fundamenta en dos motivos principales. En primer lugar, en palabras de la profesora Carretero García, uno de los elementos que forman parte de una explotación agraria son los bienes inmateriales, y dentro de los mismos ocupan un lugar destacado los derechos a producir, entre los que se encuentra el régimen de pago único. En segundo término, hemos visto que los derechos de pago único se categorizan como frutos industriales que produce o genera la finca. En este sentido, la cooperativa recibe las ayudas comunitarias en función de las tierras que la constituyen.

Así las cosas, partiendo de esta comunión entre derechos y fincas, resulta del todo coherente entender que el reembolso a los socios de sus bienes inmuebles venga acompañado de la cesión de los derechos vinculados a los mismos.

Por otro lado, las normas reguladoras de los derechos de pago único no solo no prohíben su cesión, sino que la contemplan y regulan de forma explícita. Como anticipamos, se trata de derechos personales del agricultor que pueden cederse mediante venta o cualquier otro medio definitivo de cesión con o sin tierras. Ahora bien, el hecho de que puedan cederse los derechos y no las fincas que los generan, no significa que en determinados negocios jurídicos, como sería el caso del reembolso a los socios de sus participaciones, la cesión de tierras no deba necesariamente conllevar la de las mencionadas ayudas. Por señalar otro negocio jurídico ilustrativo de lo anterior, expresa el artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Rústicos que “los derechos de producción agrícolas y otros derechos inherentes a las fincas o las explotaciones integrarán el contenido del contrato, tanto en los arrendamientos de fincas como en los de explotaciones”.

En consonancia con la expuesta conexión de los derechos PAC con las fincas que los generan, nos parece correcta la decisión del tribunal de apelación sobre la forma de calcular la cesión de los primeros. Tal cesión debe ser proporcional a las fincas aportadas inicialmente para su cultivo a la sociedad, y no a la participación de los socios dentro de la Cooperativa a la fecha de su baja.

III CRÓNICA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 335-343
ISSN: 1130-2682

A COOPERAÇÃO ENTRE O ESTADO E AS
ORGANIZAÇÕES DO SETOR SOCIAL E SOLIDÁRIO.
NOTAS SOBRE O DECRETO-LEI N.º 120/2015, DE 30 DE JUNHO

*COOPERATION BETWEEN THE STATE AND ORGANISATIONS
OF THE SOCIAL AND SOLIDARITY SECTOR.
NOTES ON THE DECREE LAW NO. 120/2015 OF 30 JUNE*

ANA LUÍSA MARTINHO¹

¹ A3S e Núcleo de Investigação e Desenvolvimento do Instituto Politécnico do Porto. Correio eletrónico: analuisa.martinho@gmail.com.

RESUMO

A crónica sobre o Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de junho e a Portaria n.º 196-A/2015 de 1 de Julho, que estabelece os princípios orientadores e o enquadramento a que deve obedecer a cooperação entre o Estado e as entidades do setor social e solidário, constitui uma reflexão em torno da natureza dessa cooperação. Apresenta uma perspetiva sociológica e recorre-se a análises diacrónicas, bem como a estudos acerca das perceções de agentes da economia social acerca desta relação que tem vindo a ser reconhecida publicamente. Esta cooperação levanta todavia, algumas reservas na paridade entre as partes.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação, Estado, Setor social e solidário.

ABSTRACT

This article on the Decree Law No. 120/2015 of 30 June and the Ordinance No. 196/2015 of 1 July, which establishes the guiding principles and the framework to be complied with cooperation between the state and entities of the social and solidarity sector, is a reflection on the nature of that cooperation. The article presents a sociological perspective and use a diachronic analysis, as well as studies on the perceptions of the social economy agents about this relationship that has been recognized publicly. This cooperation raises some reservations in the parity between the parties.

KEY WORDS: Cooperation, State, Social and solidarity sector

SUMÁRIO: 1. ÂMBITO DO DECRETO-LEI EM ANÁLISE. 2. O RECONHECIMENTO DA IMPORTÂNCIA DO SECTOR SOCIAL E SOLIDÁRIO POR PARTE DO ESTADO. 3. DE QUE FORMA SE OPERACIONALIZA A COOPERAÇÃO ENTRE O ESTADO E AS IPSS? 4. QUE COOPERAÇÃO ENTRE O ESTADO E A ECONOMIA SOCIAL?

CONTENTS: 1. SCOPE OF THE DECREE-LAW IN ANALYSIS. 2. RECOGNITION OF THE IMPORTANCE OF THE SOCIAL AND SOLIDARITY SECTOR OF THE STATE. 3. HOW DOES COOPERATION BETWEEN THE STATE AND THE IPSS WORK? 4. WHICH COOPERATION BETWEEN THE STATE AND THE SOCIAL ECONOMY?

I ÂMBITO DO DECRETO-LEI EM ANÁLISE

Esta crónica incide sobre a análise do 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 setor social e solidário. Em 2015, foi igualmente publicada a Portaria n.º 196-A/2015 de 1 de julho que define, no seu Artigo 1.º, o modelo específico de cooperação entre o Instituto da Segurança Social e as instituições particulares de solidariedade social (IPSS), o qual é complementar e, como tal, igualmente analisado.

O Decreto-Lei em análise aplica-se às entidades do setor social e solidário, entendidas como as IPSS, bem como às instituições de utilidade pública que prosigam objetivos de solidariedade social.

As áreas de cooperação entre Estado e estas organizações são a Segurança Social, o Emprego e Formação Profissional, a Educação e a Saúde. São estabelecidos quatro princípios orientadores da cooperação, assentes em pressupostos de atuação, a saber: i) subsidiariedade – compromisso entre as partes com vista a uma proteção social mais adequada; ii) proporcionalidade – equilíbrio para uma melhor qualidade de vida; iii) solidariedade – corresponsabilidade em prol do bem comum; iv) participação – colaboração mútua.

Os pressupostos da cooperação traduzem-se na procura de rentabilização, designadamente pelo trabalho em rede, no reconhecimento por parte do Estado do trabalho de proximidade e idoneidade das instituições e na aceitação do princípio de privilegiar-se as pessoas em situação de maior desfavorecimento social e económico.

Os Artigos 13.º e 14.º dedicam-se, respetivamente, ao âmbito, composição e funcionamento da Comissão Permanente do Setor Social e Solidário (CPSS) enquanto órgão nacional de concertação estratégica no âmbito da referida cooperação. Presidida pelo membro do Governo responsável pela área da segurança

social, a CPSS é composta por seis pessoas, das quais metade são membros do Governo com funções nas áreas da segurança social, da saúde e da educação e os restantes, por representantes de organizações de cúpula do setor social e solidário, a saber: da Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade, da União das Misericórdias Portuguesas e da União das Mutualidades Portuguesas. A 21 de setembro de 2015, é noticiado no site do Governo² que a CPSS aprovou, em sede de reunião, o Manual do Setor Social e Solidário – Direitos e Deveres Fiscais.

São igualmente referidas as quatro formas de cooperação estabelecidas com Acordos de cooperação, Acordos de gestão, Convenções e Protocolos. Estes últimos apontam para a procura de estratégias de ação inovadoras e modelos de experimentação.

Partindo da publicação do Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de junho e da Portaria n.º 196-A/2015, de 1 de julho, esta crónica apresenta uma perspetiva sociológica sobre a cooperação entre Estado e Economia social. Recorre-se a análises diacrónicas, bem como a estudos acerca das perceções de agentes da economia social acerca desta relação que tem vindo a ser reconhecida publicamente. Apresentam-se uma reflexão acerca da relevância discursiva que a cooperação assume nesta relação e questiona-se a natureza dessa cooperação. Trata-se de levantar questões acerca da forma como essa cooperação se efetiva.

2 O RECONHECIMENTO DA IMPORTÂNCIA DO SECTOR SOCIAL E SOLIDÁRIO POR PARTE ESTADO

O Decreto-Lei n.º 120/2015 faz menção à Constituição da República Portuguesa (CRP), bem como a Lei de Bases da Economia Social — Lei n.º 30/2013 de 8 de maio. Com efeito, a própria CRP reconhece no seu artigo 82.º três setores de propriedade dos meios de produção, integrando o setor cooperativo e social. Na versão de 1976 da CRP, este setor abrangia somente a vertente cooperativa, sendo designado apenas por sector cooperativo. Na revisão de 1989, passou a ser designado por «setor cooperativo e social», passando a abranger, na sua vertente social, os subsectores autogestionário e comunitário. A Lei de Bases da Economia Social veio enquadrar o setor, definindo-o mais especificamente à luz da Lei e, como tal, reconhecendo-o de forma pública. Nela, estabelecem-se orientações e deveres (Artigo 9.º) por parte do Estado na sua relação com a Economia Social, no sentido de estimular e desenvolver atividades e assegurar o princípio da cooperação.

O século XXI tem representado um aumento efetivo de iniciativas em Portugal baseadas num conjunto de políticas e orientações estratégicas comunitárias e na-

² Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc19/os-ministerios/msss/documentos-oficiais/20150921-msess-fisco-instituicoes-sociais.aspx>>, consultado a 19.04.2016.

cionais. Em vigor entre 2007 e 2013, o Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN) contou com uma medida específica de qualificação dos profissionais da economia social. Em 2010, foram criados quatro organismos públicos dedicados ao setor, a saber: i) Cooperativa António Sérgio para a Economia Social (CASES); ii) Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Economia Social (PADES); iii) Conselho Nacional para a Economia Social (CNES); iv) Programa de Inserção Profissional de Jovens em Instituições da Economia Social (INOV-SOCIAL).

Os Programas dos últimos Governos Constitucionais têm mencionado e reconhecido o papel da economia social³, designadamente: i) na procura de «diálogo e de abertura à negociação» (Programa do XX Governo Constitucional, (2015-2019, liderado por Pedro Passos Coelho, p. 5); e ii) no seu papel enquanto agente empregador com responsabilidade por «cerca de 180 000 postos de trabalho» (Programa do XIX Governo Constitucional, (2011-2015, liderado por Pedro Passos Coelho, p. 88). O atual Governo Constitucional (XXI, 2015-2019, liderado por António Costa), refere no seu documento eleitoral⁴, o Programa Nacional de Apoio à Economia Social e Solidária ao encarar este setor como uma «forma de organização económica e de produção de serviços com um papel determinante na expansão do emprego, da igualdade de oportunidades e na promoção de bens sociais, ambientais e históricos que suportam o desenvolvimento local e regional» (Programa do XXI Governo Constitucional, p. 21)

A primeira Conta Satélite da Economia Social (CSES), publicada em 2013 apresenta um retrato do setor relativo ao ano de 2010 representando um papel relevante enquanto agente cultural, social, económico, empregador. É dado um destaque especial às IPSS, com apuramentos estatísticos específicos «dada a sua relevância e especificidade» (INE, 2013, p. 82). Estas representavam então 5022 unidades, correspondendo a 63,4% do emprego remunerado, 53,2% de Formação Bruta de capital e 50,1% do Valor Acrescentado Bruto (INE, 2013) da economia social em Portugal.

3 DE QUE FORMA SE OPERACIONALIZA A COOPERAÇÃO ENTRE O ESTADO E AS IPSS?

O estatuto das IPSS enquadra-se primeiramente na CRP, é explicitado na Lei de Bases da Segurança Social e especificado no Estatuto das IPSS. Logo após a instauração da democracia, a Constituição de 1976 já prevê a existência de instituições sem fins lucrativos na co-provisão do bem-estar social (Hespanha *et al.*, 2000; Almeida, 2011). O primeiro Estatuto das IPSS data de 1979 e «caracteriza

³ Para maior desenvolvimento, consultar Martinho (2011) na análise das medidas específicas espelhadas ao longo dos oito capítulos do Programa do XVIII Governo Constitucional (2009-2011, liderado por José Sócrates).

⁴ Programa do XXI Governo Constitucional (2015-2019, liderado por António Costa).

as IPSS como organizações sem finalidade lucrativa, criadas por iniciativas particulares e com o objetivo de facultar serviços ou prestações de segurança social» (Almeida, 2011, p. 132). A Lei de Bases da Segurança Social, de 1984, reconhece e estrutura a atividade dos serviços de ação social. Os fins das IPSS, numa fase inicial, estão efetivamente restringidos ao âmbito da segurança social mas vão sendo alargados a outros âmbitos de política social como «saúde, educação, formação profissional e habitação» (Hespanha *et al.*, 2000, p. 155).

A cooperação é operacionalizada em dois níveis, por via de protocolos e por acordos, ou seja, existe uma contratualização regulada por um conjunto de diplomas. Assim, o Estado reconhece o seu papel complementar na realização das finalidades sociais (Hespanha, 2000). O primeiro nível da celebração de protocolos de cooperação, representa o mais institucional, ao tratar-se de um instrumentos jurídico, de natureza instrumental e programática, que define as normas de enquadramento das relações entre Estado e IPSS e ainda fornece orientações no âmbito das políticas sociais (Almeida, 2011). Os protocolos existem desde 1992 e foram sendo celebrados anualmente até 2013 e bianualmente desde então, entre o Governo e as organizações de cúpula representativas das IPSS, a saber a CNIS, a União das Misericórdias Portuguesas e a União das Mutualidades. Outro nível de cooperação é o da operacionalização dos acordos estabelecidos essencialmente entre IPSS e Centros distritais da tutela. Segundo Almeida (2011) os acordos de cooperação são largamente maioritários nesta relação entre as partes, sendo dominantes os acordos típicos. Na década de 1990, verificaram-se alguns acordos de gestão, todavia atualmente são residuais.

O Estado delega nas IPSS grande parte da sua ação social, reconhecendo-lhes competência e acompanhando o trabalho que desenvolvem, designadamente por via da submissão obrigatória por parte das IPSS dos seus orçamentos e contas anuais junto da Segurança Social.

Os princípios da cooperação foram estabelecidos nos referidos Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de junho e na Portaria n.º 196-A/2015 de 1 de julho e estão presentes no Compromisso de Cooperação para o setor social e solidário para o biénio 2015-2016. Estes princípios foram celebrados entre as três organizações de cúpula representativas das IPSS e os Ministérios do Emprego e Segurança Social, Educação e Ciência e da Saúde. Pode ler-se no Compromisso de Cooperação que a relação Estado-IPSS assenta numa visão de um Estado «parceiro, cooperante e que confia»⁵ nas IPSS e está dividido em três áreas, a saber: i) Segurança Social e Formação Profissional; ii) Saúde; e iii) Educação.

⁵ <novo.cnis.pt/images_ok/Compromisso%20%20Cooperacao.pdf>, consultado em 10.05.2016.

4 QUE COOPERAÇÃO ENTRE O ESTADO E A ECONOMIA SOCIAL?

Desde o estabelecimento do Estado Social em Portugal que as organizações da economia social e solidária têm vindo a constituir-se como um pilar da política pública, podendo até ser classificadas como uma «extensão do Estado» no cumprimento dessas políticas (Parente, 2014, p.109). Em 2010, segundo dados do INE (CSES) existiam 5022 IPSS que acolhiam diariamente milhares de utentes em diversas respostas sociais, sobretudo de ação social. Parece assim claro que o papel destas organizações é crucial quer a nível social, quer económico ao representarem 50,1% do VAB e 42,6% das remunerações da Economia Social (CSES, INE, 2010). Apesar deste reconhecimento do sector e da afirmação de uma relação cooperativa no texto legal, qual a natureza dessa cooperação? De uma relação efetivamente igualitária, com corresponsabilidade no diagnóstico, desenho, implementação das políticas públicas de proteção social? Ou de uma relação de maior subalternidade em que as organizações da economia social apenas se constituem como agentes operacionais de intervenção das políticas decididas pelo Estado?

O conceito de cooperação está associado à relação entre o Estado e as organizações do setor da economia social e solidária. A regulamentação da relação entre as partes tem evoluído no sentido de um modelo de regulação mais diretiva para uma maior liberdade de atuação das IPSS, alargando a sua autonomia, designadamente desde a revisão de 1983 (Decreto-Lei n.º 119/83) (Hespanha *et al.*, 2000). O uso do vocábulo cooperação para qualificar esta relação é transversal aos diferentes diplomas e orientações. Vejamos, a título exemplificativo aspetos do Programa do XXI Governo Constitucional que dedica um ponto sobre a cooperação com o setor solidário, no seu capítulo intitulado «Mais Coesão, Menos Desigualdades». Começa por reiterar a importância das organizações então designadas de não governamentais e, como tal, da «particular atenção à cooperação com o setor solidário em domínios como o combate à pobreza, à atuação de proximidade no apoio às famílias e às comunidades, e à integração de grupos sujeitos a riscos de marginalização» (p. 238).

Podemos concluir que do ponto de vista discursivo, revela-se evidente uma procura de igualdade na relação entre o Estado e as IPSS. Todavia, estudos recentes (Ferreira, 2016; Parente, 2014) salientam que as organizações da economia social classificam esta relação como díspar. Com dados recolhidos junto de 89 organizações em 2011, o estudo sobre Empreendedorismo Social em Portugal (Parente, 2014) revela que a maioria das entidades inquiridas classifica essa relação como desigual, sendo reforçada a ideia de que o «Estado fomenta relações de dependência» (p. 347). Estes dados corroboram afirmações teóricas apresentadas por diversos autores (Birkerhoff, Kuhnle e Selle cit por Guerra e Santos, 2014). Para estes autores, a relação Estado/setor social e solidário é classificada como uma parceria por extensão em que o Estado ao financiar o setor exerce controlo

sobre este, o que dificulta ou impossibilita à economia social o exercício de poder na tomada de decisão. Importa destacar que segundo os dados da CSES, as IPSS apresentam recursos maioritariamente provenientes da produção, ou seja, da venda de bens e prestações de serviços (as quais incluem as participações por parte dos utentes/clientes, conforme os seus níveis de rendimento) em cerca de 64%. As transferências e subsídios representam apenas 27,5% do total do seu financiamento (INE, 2013, p. 39), muito abaixo das vendas e participações dos utentes/clientes nas áreas da saúde, educação e ação social. Face a estes dados, verificamos uma real dependência económica face ao Estado reduzida e consequentemente uma autonomia elevada. Paralelamente, o «excesso de burocracias» exigido pelo Estado a estas organizações, e conforme apontado pelos inquiridos do estudo sobre Empreendedorismo Social em Portugal (Parente, 2014), reforça o desequilíbrio na relação entre Estado e IPSS, na medida em que é o Estado quem determina as regras de funcionamento desta cooperação.

Outro estudo recentemente publicado sobre o impacto da Crise nas organizações da economia social (Santos, Veiga, Cruz, Lopes, Ferreira, 2015), aponta para uma perceção das IPSS de falta de cooperação por parte do Estado. Com dados recolhidos junto de 341 organizações no ano de 2014, o estudo revela algumas insatisfações sobre esta relação e indica dificuldades de negociação por parte das organizações. Na ótica das organizações da economia social, as instituições representativas do setor apresentam algumas dificuldades na reivindicação e defesa dos interesses das suas associadas perante o Estado. Alguns motivos apontados para este desequilíbrio de poder são: (i) a fraca capacidade técnica das organizações de cúpula; (ii) alguma fragmentação no interior do setor que apresenta uma identidade difusa e escassos espaços de participação das entidades associadas; e ainda (iii) um reconhecimento insatisfatório da relevância das organizações da economia social por parte do Estado. Os inquiridos reconhecem o mediatismo em torno das relações de cooperação entre ambos os lados, todavia contrastante com uma certa «subalternidade» do setor social e solidário em relação ao Estado, agravada quando comparada com o que se verifica na relação entre Estado e organizações privadas lucrativas (Santos, Veiga, Cruz, Lopes, Ferreira, 2015, p. 122).

Em síntese, o decreto-lei em análise reforça o paradigma da cooperação entre Estado e economia social que vem sendo reforçado a nível discurso por parte do Estado. Esta cooperação levanta todavia, algumas reservas na paridade entre as partes. Se é inquestionável o papel complementar das organizações da economia social face ao do Estado no cumprimento do seu desígnio de Estado Social, é também cada vez menos verdade que este setor é maioritariamente subsidiado pelo Estado. Como tal, questionamos a forma como esta relação vai evoluir, tendo em conta que a uma maior autonomia económica poderá corresponder uma maior independência por parte do setor social e solidário face ao Estado. Será necessário

acompanhar esta relação, por forma a compreender se essa independência levará a uma maior capacidade de negociação e a uma maior cooperação.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, VASCO (2011). *As Instituições Particulares de Solidariedade Social. Governação e Terceiro Sector*. Coimbra: Almedina
- Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de junho. *Diário da República, 1.ª série — N.º 125 — 30 de junho de 2015*.
- GUERRA, PAULA & SANTOS MÓNICA, «Representações das relações entre o Estado e as organizações do Terceiro Sector: algumas pistas de análise». In. Parente, Cristina (Ed.). *Empreendedorismo social em Portugal*. Porto: Universidade do Porto - Faculdade de Letras, (2014), pág. 332-356.
- HESPANHA, PEDRO *et al.* (2000). *Entre o Estado e o Mercado. As fragilidades das instituições de protecção social em Portugal*. Coimbra: Quarteto Editora
- INE (2013). *Conta Satélite da Economia Social 2010*. Lisboa: Portugal.
- MARTINHO, ANA LUISA (2011). *Culturas organizacionais: pistas para a aplicabilidade do conceito às organizações do Terceiro Sector* (Dissertação de Mestrado não-publicada). Faculdade de Letras da Universidade do Porto, Porto.
- PARENTE, CRISTINA (ed.) (2014). *Empreendedorismo Social em Portugal*. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto/A3S. Disponível em <http://repositorio-aberto.up.pt/>
- Portaria n.º 196-A/2015, de 1 de julho. *Diário da República, 1.ª série — N.º 126 — 1 de julho de 2015*.
- Programa do XX Governo Constitucional, 2015-2019
- Programa do XIX Governo Constitucional, 2011-2015
- Programa do XXI Governo Constitucional, 2015-2019
- SANTOS, ELIZABETH; VEIGA, FÁTIMA; CRUZ, PAULA; LOPES, MÓNICA; FERREIRA, SÍLVIA (2015). *O impacto social e institucional da crise económica e financeira nas Organizações do Terceiro Sector*. Porto: EAPNPortugal/Rede Europeia Anti-Pobreza

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 345-356
ISSN: 1130-2682

A ECONOMIA SOCIAL E *CROWDFUNDING* EM PORTUGAL
NOTAS A PROPÓSITO DA LEI N.º 102/2015, DE 24 DE AGOSTO

SOCIAL ECONOMY AND CROWDFUNDING IN PORTUGAL
SOME NOTES ON THE LAW N.º 102/2015, 24TH AUGUST

MARIA ELISABETE RAMOS ¹

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Correio postal: Av. Dias da Silva, 165, 3004-512 Coimbra, PORTUGAL. Correio eletrónico: mgramos@fe.uc.pt.

RESUMO

O artigo descreve, de forma sintética, os principais aspetos do regime jurídico do financiamento colaborativo, aprovado pela Lei n.º 102/2015, de 24 de agosto. Esta lei começa por prever disposições comuns para as quatro modalidades de financiamento colaborativo (donativo, recompensa, empréstimo, por capital). Em seguida, a lei trata diferenciadamente as condições do financiamento colaborativo, por um lado, por donativo e recompensa e, por outro lado, de capital e empréstimo. A Lei 102/2015 não refere expressamente as organizações da economia social. Interessa apurar em que medida as organizações da economia social, tal como estão caracterizadas pela Lei de Bases da Economia Social, podem servir-se do financiamento colaborativo seja como beneficiárias seja como investidoras. O artigo conclui que as organizações da economia social podem assumir a qualidade de investidoras ou de beneficiárias de iniciativas de crowdfunding.

PALAVRAS-CHAVE: financiamento colaborativo, modalidades de financiamento colaborativo, organizações da economia social.

ABSTRACT

This article briefly describes the main issues on the crowdfunding legal regime approved by the Law n.º 102/2015, 24th august. This law begins by providing for common legal issues associated with the four varieties of crowdfunding (donation, reward, lending and equity crowdfunding). The next section of the Law focuses on the specific rules applicable, one the one hand, to the crowdfunding by donation and reward and to the other the lending and equity crowdfunding. The Law n.º 102/2015 doesn't mention expressly the social economy organizations. It is relevant question if the social organizations, as they are identified in the Social Economy Framework, may benefit from the different varieties of crowdfunding, as contributors or as crowdfunding campaign creators. This articles argues that the social economy organizations may create crowdfunding campaigns and be investors in others' organizations crowdfunding fundraising.

KEY WORDS: crowdfunding, social economy organizations, varieties of crowdfunding

SUMÁRIO: 1. UM EXEMPLO DE SUCESSO. 2. A LEI N.º 102/2015, DE 24 DE AGOSTO. 3. DEFINIÇÃO E MODALIDADES DE FINANCIAMENTO COLABORATIVO. 4. A PLATAFORMA ELETRÓNICA. 5. O REGISTO DAS PLATAFORMAS DE FINANCIAMENTO COLABORATIVO. 6. OBRIGAÇÕES DE INFORMAÇÃO E DE PREVENÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES. 7. OS SUJEITOS INTERVENIENTES EM OPERAÇÕES DE CROWDFUNDING E ECONOMIA SOCIAL

CONTENTS: 1. A SUCCESSFUL EXAMPLE. 2. THE LAW N.º 102/2015, 24TH AUGUST. 3. DEFINITION AND VARIETIES OF CROWDFUNDING. 4. THE CROWDFUNDING PLATFORM. 5. THE REGISTER OF THE CROWDFUNDING PLATFORM. 6. REPORTING REQUIREMENTS AND PREVENTION OF CONFLICTS OF INTEREST. THE PARTICIPANTS IN CROWDFUNDING AND THE SOCIAL ECONOMY

I UM EXEMPLO DE SUCESSO

No dia 27 de outubro de 2015, o Museu Nacional de Arte Antiga (MNAA) lançou a campanha sugestivamente designada «Vamos Pôr o Sequeira no Lugar Certo», destinada a angariar 600 000 euros para a aquisição da pintura «A Adoração dos Magos», de Domingos António de Sequeira. Para tanto, a pintura foi dividida em dez milhões de pixéis, um por cada português. O objetivo, de acordo com o MNAA, «é garantir que 2015 fique inscrito na História como o ano em que, pela primeira vez, uma obra de arte foi comprada por todos os portugueses».

A campanha decorreu entre 27 de outubro de 2015 e 30 de abril de 2016. Trata-se de um caso de sucesso, pois na conclusão da campanha foram reunidos os necessários 600 000 euros à aquisição do reconhecido *capolavoro* da autoria de Domingos António de Sequeira, datado de 1828.

Esta iniciativa do MNAA e o êxito por ela alcançado contribuíram não só para o enriquecimento do acervo deste importante museu português, mas também para uma visibilidade mediática de modelos de financiamento internacionalmente conhecidos como «crowdfunding»².

² Sobre o relevo do *crowdfunding* na Europa, v. Parecer da Comissão de Assuntos Europeus e da Comissão da Economia e das Obras Públicas sobre a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Aproveitar o potencial do financiamento coletivo na União Europeia, COM (2014) 172, p. 3, disponível em: <http://ec.europa.eu/>, data de consulta a 30.5. 2015.

2 A LEI N.º 102/2015, DE 24 DE AGOSTO

Talvez menos visível do ponto de vista mediático, mas decisivo do ponto de vista jurídico, foi a publicação da Lei n.º 102/2015, de 24 de agosto, relativa ao regime jurídico do financiamento colaborativo (*crowdfunding*)³. Na verdade, como assinala a doutrina portuguesa, antes da Lei 102/2015 já eram conhecidas iniciativas de financiamento colaborativo na modalidade de donativo ou recompensa (para exemplos de anteriores iniciativas de *crowdfunding*, v. J. VIEIRA DOS SANTOS, «Crowdfunding como forma de capitalização das sociedades», RED, 2015, n. º2, pág. 1-39, (6, n. 7)⁴. Contudo, não eram permitidas, à luz da ordem jurídica portuguesa, as plataformas de financiamento colaborativo de capital ou por empréstimo, tendo em conta os constrangimentos legais existentes, designadamente as rigorosas normas que regem a oferta pública de valores mobiliários e a receção de depósitos (v. J. VIEIRA DOS SANTOS, «Crowdfunding como forma de capitalização das sociedades», cit., p. 17).

Outras ordens jurídicas dispõem de regulação específica dedicada a reger o *crowdfunding* de capital ou empréstimo, como sejam as normas estadunidenses, italianas e francesas (v. G. A. GIBSON, «Equity crowdfunding: all regulated but not equal», DePaul Business & Commercial Law Journal, 13 (2014-2015), pág. 359-409 (386, ss.)).

Apesar de algumas iniciativas da União Europeia (v. G. A. GIBSON, «Equity crowdfunding: all regulated but not equal», 376, s.), é correto afirmar-se que o financiamento colaborativo é, na União Europeia, uma matéria não harmonizada, ficando, por isso, na dependência de cada Estado-Membro a decisão sobre o sentido e o conteúdo da regulação a ser adotada.

3 DEFINIÇÃO E MODALIDADES DE FINANCIAMENTO COLABORATIVO

Na definição fornecida pelo art. 2º da Lei n.º 102/2015, «o financiamento colaborativo é o tipo de financiamento de entidades, ou das suas atividades e projetos, através do seu registo em plataformas eletrónicas acessíveis através da *Internet*, a partir das quais procedem à angariação de parcelas de investimento provenientes de um ou vários investidores individuais».

O art. 3º da Lei n.º 102/2015 identifica as quatro modalidades de financiamento colaborativo: *a)* através de donativo; *b)* com recompensa; *c)* de capital; *d)* por empréstimo. As duas primeiras modalidades de financiamento colaborativo

³ Esta Lei surge na sequência do Projeto de Lei n.º 419/XII, apresentado a 30 de abril de 2013, relativo ao regime jurídico do financiamento colaborativo.

⁴ O art. 24º da Lei 102/2015 determina que «a entrada em vigor da presente lei não prejudica as relações jurídicas de financiamento validamente constituídas em momento anterior à sua entrada em vigor».

estão vocacionadas para iniciativas de solidariedade ou de promoção de projetos sociais, culturais ou artísticos; as duas últimas estão pensadas para o apoio de projetos lucrativos.

Identificadas as quatro modalidades de financiamento colaborativo, a Lei 102/2015 apresenta no Capítulo II as «disposições comuns» às diversas modalidades de financiamento colaborativo. Segue-se o Capítulo III dedicado às «condições do financiamento colaborativo», distinguindo-se as regras relativas ao «financiamento colaborativo de donativo ou recompensa» (Secção I) e as disposições reguladoras do «financiamento colaborativo de capital ou empréstimo» (Secção II).

Esta distinção formal em matéria de «condições do financiamento colaborativo» corresponde, do ponto de vista substantivo, a *diferentes necessidades de tutela do investidor*. Na verdade, no financiamento colaborativo por donativo ou recompensa não há uma aplicação financeira do capital investido; o investidor não procura, através do seu investimento, obter um retorno financeiro. Justifica-se, pois, que a Lei 102/2015 não preveja um limite máximo de investimento a ser aplicado por cada investidor em caso de financiamento colaborativo por donativo e recompensa.

Já o *crowdfunding* financeiro (financiamento colaborativo de capital ou empréstimo) comporta o risco de o investidor não obter a contrapartida que foi anunciada e que determinou/influenciou a sua decisão de investir: seja a atribuição de participações sociais sejam a devolução e remuneração dos montantes mutuados. O *crowdfunding* financeiro, porque envolve atividades de natureza financeira, fica sob a supervisão da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) que será responsável pelo registo prévio das entidades gestoras das plataformas eletrónicas, condição de acesso à atividade de intermediação de financiamento colaborativo de capital ou por empréstimo (art. 15º da Lei 102/2015).

No *crowdfunding* financeiro, o art. 20º, n.º 1, da Lei 102/2015 determina que «os investidores estão sujeitos a um limite máximo de investimento anual em produtos adquiridos no quadro do financiamento colaborativo de capital ou por empréstimo». A concretização destes limites de investimento é remetida para regulamento da CMVM (v. Regulamento da CMVM n.º 1/2016 dedicado ao financiamento colaborativo de capital ou por empréstimo).

4 A PLATAFORMA ELETRÓNICA

Caraterístico do *crowdfunding* é o meio usado para publicitar a proposta/oferta de quem quer captar o investimento do público destinatário. Na verdade, não se trata só de captar aforro de um público alargado (*crowd*), mas sim de o fazer através de um intermediário (que promove o encontro entre o sujeito que lança

a oferta e os sujeitos disponíveis para investir) que é a *plataforma eletrónica* ou, até, as redes sociais.

A *essencialidade* da plataforma eletrónica para a caracterização do financiamento colaborativo manifesta-se, por um lado, na própria definição legal constante do art. 2º da Lei 102/2015, e, por outro, na regulação de diversos aspetos relativos à plataforma, como sejam a titularidade (arts. 4º, 12º), os deveres das entidades gestoras de plataformas (arts. 5º, 15º, 16º), os requisitos de que depende a válida adesão a uma plataforma (art. 6º), quem pode recorrer à plataformas (art. 7º) e as matérias relativas à prevenção de conflito de interesses (art. 21º).

A plataforma eletrónica de financiamento colaborativo é, por vezes, identificada como «sujeito» (J. VIEIRA DOS SANTOS, «Crowdfunding como forma de capitalização das sociedades», cit., p. 9) ou como «participante» (G. A. GIBSON, «Equity crowdfunding: all regulated but not equal», cit., p. 362). Em rigor, à luz da ordem jurídica portuguesa, a plataforma de financiamento colaborativo não é um sujeito, mas sim um instrumento, uma ferramenta cuja titularidade está na esfera jurídica de um *sujeito*. Unicamente a qualificação de sujeito será correta se referir o titular que a detém ou a entidade que a gere.

Em matéria de titularidade, o art. 4º, 1, da Lei 102/2015 determina que «podem ser titulares de plataforma de financiamento colaborativo quaisquer pessoas coletivas ou estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada». Desta norma retira-se que às *peçoas singulares* (que não sejam titulares de estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada) está vedado o acesso à titularidade de plataformas de financiamento colaborativo.

O estabelecimento individual de responsabilidade limitada (e.i.r.l.), regulado na lei portuguesa pelo DL 248/86, de 25 de agosto, *não é uma pessoa coletiva*, mas sim um *património autónomo* na titularidade de uma *pessoa singular* (v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I. *Introdução, atos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 255). O art. 1º, n.º 1, do DL 248/86, de 25 de agosto, determina que «qualquer pessoa singular que exerça ou pretenda exercer uma atividade comercial pode constituir para o efeito um estabelecimento individual de responsabilidade limitada».

O e.i.r.l. foi introduzido na ordem jurídica portuguesa quando ainda não eram admitidas as sociedades por quotas unipessoais e visou permitir que uma *pessoa singular* pudesse limitar a responsabilidade no exercício de «atividade comercial». No entanto, a figura não foi acolhida pelos empresários e, neste momento, é de escassa ou nula utilização no exercício da atividade comercial. Na verdade, em Portugal é mais barato e mais rápido constituir uma sociedade por quotas unipessoal do que um e.i.r.l. (v. M. ELISABETE RAMOS, «Constituição das sociedades

comerciais», in: J. M. Coutinho de Abreu (coordenação), *Estudos de direito das sociedades*, 12ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 44).

Pese embora a escassa importância prática do e.i.r.l., a Lei 102/2015 faz-lhe referência. Em rigor, quando se diz, no art. 4º, 1, da Lei 102/2015, que o e.i.r.l. pode ser titular de plataforma de financiamento colaborativo está a dizer que a *persona singular* em cujo património seja destacado o património autónomo constituído pelo e.i.r.l. pode ser titular de plataforma de financiamento colaborativo. Convém recordar que o e.i.r.l. não tem personalidade jurídica própria.

Entre as *personas coletivas* que podem ser titulares de plataformas de *crowdfunding* podem estar sujeitos com *fins lucrativos* como são as sociedades (civis, comerciais e civis em forma comercial)⁵ ou sujeitos *sem fins lucrativos*, como sejam as associações ou as cooperativas. A Lei 102/2015 não impede que pessoas sem fins lucrativos sejam titulares de plataformas de financiamento colaborativo.

5 O REGISTO DAS PLATAFORMAS DE FINANCIAMENTO COLABORATIVO

As plataformas de financiamento colaborativo estão sujeitas a registo. A entidade junto de quem o registo é feito depende da modalidade de financiamento colaborativo. A plataforma que se dedica ao financiamento colaborativo através de *donativo* ou de *recompensa* (de modo exclusivo ou em complemento com outras modalidades de financiamento colaborativo) deve comunicar previamente o início da sua atividade à Direção-Geral do Consumidor (estrutura integrada na administração direta do Estado, no Ministério da Economia) – art. 12º, 1, da Lei 102/2015⁶.

No caso de financiamento colaborativo *de capital* ou por *empréstimo*, as regras são diferentes. Parece que, nestes casos, são as entidades gestoras de plataformas eletrónicas que estão sujeitas a registo prévio junto da CMVM (art. 15º da Lei 102/2015). É o que resulta do art. 15º, n.º 1, da Lei 102/2015 quando este prescreve que «o acesso à atividade de intermediação de financiamento colaborativo de capital ou por empréstimo é realizada mediante registo prévio das entidades gestoras das plataformas eletrónicas junto da CMVM, sendo esta a entidade responsável pela regulação e supervisão da sua atividade». Este registo prévio na CMVM tem como «função assegurar o controlo dos requisitos para o exercício da atividade pelas plataformas de financiamento colaborativo e permitir a organi-

⁵ Veja-se o caso da plataforma PPPL que, nos termos das condições de utilização, «é propriedade da Orange Bird Lda. (“Orange Bird”)».

⁶ V. Portaria 344/2015, de 12 de outubro, sobre as regras aplicáveis ao procedimento de comunicação prévia de início de atividade das plataformas de financiamento colaborativo nas modalidades de donativo e/ou com recompensa.

zação da supervisão, bem como assegurar o controlo da idoneidade de gestão dos operadores da plataforma» (art. 15º, 2, da Lei 102/2015).

A Lei 102/2015 não pormenoriza o processo de registo prévio de entidades gestoras de plataformas eletrónicas destinadas a captar financiamento colaborativo ou empréstimo. Todo o procedimento de registo é remetido para regulamento a ser elaborado pela CMVM (art. 15º, 2, da Lei 102/2015), ou seja o Regulamento CMVM n.º 1/2016.

Na sequência do poder regulamentar que lhe foi conferido pela Lei 102/2015, a CMVM emitiu o Regulamento n.º 1/2016 dedicado ao financiamento colaborativo de capital ou por empréstimo. Este regulamento, entre outros aspetos, identifica os *requisitos patrimoniais* de que depende o registo da entidade gestora de plataforma eletrónica de financiamento colaborativo. Assim, nos termos do art. 2º, n.º 1, «No momento da instrução do registo, a entidade gestora da plataforma eletrónica de financiamento colaborativo deve satisfazer, pelo menos, um dos seguintes requisitos patrimoniais: *a*) Um capital social inicial mínimo de EUR 50 000, realizado à data da constituição da sociedade; *b*) Um seguro de responsabilidade civil adequado à atividade, ou qualquer outra garantia equivalente, que cubra as responsabilidades resultantes de negligência profissional, que represente, no mínimo, uma cobertura de EUR 1 000 000 por sinistro e, globalmente, EUR 1 500 000 para todos os sinistros que ocorram durante um ano; *c*) Uma combinação do previsto nas alíneas *a*) e *b*) numa forma que resulte num grau de proteção equivalente ao conferido por qualquer uma das alíneas anteriores».

Nos termos do art. 9º do Regulamento 1/2016, cabe à CMVM avaliar a idoneidade dos membros do órgão de administração ou gestão das entidades gestoras das plataformas eletrónicas.

6 OBRIGAÇÕES DE INFORMAÇÃO E DE PREVENÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES

O *crowdfunding*, na medida em que visa a captação de investimento junto de um público alargado apresenta vantagens e, não menos importantes, riscos e perigos. Na verdade, como é repetidamente assinalado, o *crowdfunding* envolve um significativo risco de fraude aos investidores, pode ser degradado em ferramenta de branqueamento de capitais e comporta um potencial de ofensa aos direitos de propriedade industrial.

De modo a mitigar os riscos envolvidos, a Lei 102/2015, preocupa-se em prever *regras de conduta* (deveres) das entidades gestoras de plataformas eletrónicas (arts. 5º e 16º da Lei 102/2015), em particular, nas plataformas destinadas ao financiamento colaborativo *de capital* ou por *empréstimo*. Estão elas vinculadas, nos termos da lei, a «adotar as medidas necessárias à prevenção de situações de fraude» (art. 16º, *a*), da Lei 102/2015).

A Lei 102/2015 vinca, também, a preocupação em assegurar que os potenciais investidores estão em condições de *tomar decisões informadas*. Assim, em todas as modalidades de financiamento colaborativo, é acautelado que os beneficiários transmitem e mantêm atualizadas junto das plataformas com quem estabelecem a relação contratual as informações relativas à sua identificação, à natureza jurídica, aos contactos, à sede ou domicílio, bem como à identidade dos seus titulares de órgãos de gestão, quando aplicável. Tudo isto «para efeitos de transmissão de informação aos potenciais investidores» (art. 7º, 2, da Lei 102/2015).

Especificamente no que tange o financiamento colaborativo de donativo ou recompensa, o art. 14º da Lei 102/2015, além de identificar as informações que os beneficiários devem comunicar às plataformas, determina que «a informação prestada aos investidores deve ser completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita, permitindo aos seus destinatários formar juízos fundados sobre a oferta e sobre o beneficiário do investimento» (art. 14º, 2, da Lei 102/2015).

Mais extensa é a lista das «obrigações de informação» a cargo dos beneficiários de financiamento colaborativo de capital ou por empréstimo, previstas no art. 17º da Lei 102/2015. Assim, «para efeitos de informação aos investidores e à CMVM», os beneficiários de investimento colaborativo de capital ou por empréstimo devem comunicar às plataformas: «a) toda a informação financeira relevante sobre a entidade beneficiária, sobre o cumprimento das respetivas obrigações fiscais e contributivas e sobre a respetiva estrutura de capital; b) toda a informação relevante sobre os projetos a financiar, incluindo os riscos associados, adequada e proporcional ao montante de financiamento a angariar, de forma a assegurar o caráter informado da opção de investimento».

A estas informações acrescem as relativas à oferta (de investimento colaborativo por capital ou por empréstimo) que será, nos termos do art. 19º da Lei 102/2015, prestada em termos padronizados a definir por regulamento da CMVM.

De modo a proteger os interesses dos destinatários da oferta, o art. 19.º, 3, da Lei 102/2015 determina que «a informação prestada aos investidores, pelo beneficiário do investimento colaborativo, deve ser completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita, permitindo aos seus destinatários formar juízos fundados sobre a oferta e sobre o beneficiário de investimento».

Além disso, «os investidores devem declarar, no ato de subscrição, que compreendem as condições do negócio, nomeadamente quanto ao risco associado ao investimento e as relações que estabelecem com a plataforma de financiamento colaborativo e com os beneficiários do mesmo» (art. 8º da Lei 102/2015).

À prevenção do conflito de interesses é dedicado o art 11º da Lei 102/2015.

7 OS SUJEITOS INTERVENIENTES EM OPERAÇÕES DE *CROWDFUNDING* E ECONOMIA SOCIAL.

A Lei 102/2015 não tem qualquer norma dedicada especificamente às organizações ou às iniciativas da economia social. No entanto, a realidade social mostra-nos que, em particular, o financiamento colaborativo por donativo está tipicamente associado a iniciativas lançadas por organizações de economia social.

Tendo em conta, por um lado, a experiência sociológica e, por outro, o regime jurídico do financiamento colaborativo, interessa perceber, ainda que sinteticamente, em que medida as organizações de economia social podem, à luz da lei portuguesa, participar em operações de financiamento colaborativo, seja como investidores, seja enquanto beneficiários.

Os sujeitos envolvidos nas operações/iniciativas de *crowdfunding* são: *a*) os titulares de plataformas de financiamento colaborativo (art. 4º da Lei n.º 102/2015) e as entidades gestoras de tais plataformas (arts. 5º, 15º, 16º); *b*) o beneficiário do financiamento colaborativo (art. 7º, 1); *c*) os investidores (pessoas que, pela aplicação de recursos, concorrem para o financiamento colaborativo).

Nada impede que organizações de economia social (identificadas no art. 4º da Lei de Bases da Economia Social), enquanto *beneficiárias*, recorram ao financiamento colaborativo para obterem recursos necessários ao desenvolvimento de iniciativas ou de projetos. Seguramente que podem recorrer ao financiamento colaborativo através de donativo, sendo, por conseguinte, donatárias no contexto de um contrato de doação (art. 940.º do CCivil). Contrato para o qual têm capacidade de gozo, nos termos do art. 160º do Código Civil. Em regra, as organizações da economia social também parecem ter capacidade de gozo para *beneficiarem* de financiamento colaborativo, na modalidade de recompensa, «pelo qual a entidade financiada fica obrigada à prestação do produto ou serviço financiado, em contrapartida pelo financiamento obtido» (art. 3º, *b*), da Lei 102/2015).

O art. 4º da Lei de Bases da Economia Social não inclui expressamente as sociedades ou as sociedades comerciais na lista das organizações da economia social. No entanto, a alínea *h*) do art. 4º faz referência a «outras entidades dotadas de personalidade jurídica, que respeitem os princípios orientadores da economia social previstos no artigo 5.º da presente lei e constem da base de dados da economia social».

Em Portugal discute-se se as sociedades, por natureza vocacionadas para a obtenção e distribuição do lucro pelos sócios, podem ser consideradas organizações da economia social/empresas sociais (com opiniões divergentes, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Empresas sociais (nótulas de identificação)», *CES*, 37 (369-379), p. 369, ss.; D. SOARES FARINHO, «A sociedade comercial como empresa social – breve ensaio prospetivo a partir do direito positivo português», *RDS*, VII (2015), 2 (247-270), p. 247, ss.

O que parece claro é que associações e fundações não têm capital social, não têm fim lucrativo e não distribuem dividendos nem partilham lucros (v. art. 4º da Lei de Bases da Economia Social). Donde se conclui, sem dificuldade, que as estas organizações da economia social, *de natureza não societária*, não poderão ser beneficiárias de *financiamento colaborativo de capital*, «pelo qual a entidade financiada remunera o financiamento obtido através de uma participação no respetivo capital social, distribuição de dividendos ou partilha de lucros» (art. 3º, *c*), da Lei 102/2015).

A doutrina maioritária em Portugal defende que as cooperativas não são sociedades. Poder-se-á discutir se as cooperativas, enquanto pessoas coletivas de capital social variável (art. 2º do Código Cooperativo⁷), podem recorrer ao financiamento colaborativo de capital, permitindo que os investidores participem no seu capital social, através de subscrição de títulos de capital, designadamente admitindo, por esta via, membros investidores (art. 20º, 2, *a*), do Código Cooperativo).

Parece não haver objeções de fundo a que as organizações de economia social recorram, na qualidade de beneficiárias, ao financiamento colaborativo por empréstimo «através do qual a entidade financiada remunera o financiamento obtido através do pagamento de juros fixados no momento da angariação» (art. 3º, *d*), da Lei 102/2015). Na verdade, a capacidade de gozo de exercício, delimitada, em geral para as pessoas coletivas, no art. 160º do Código Civil, abrange os negócios de empréstimo que forem necessários ou convenientes à prossecução do fim das pessoas coletivas integrantes da economia social.

Também se pode pôr a questão da capacidade de gozo das organizações da economia social para, através de plataformas de financiamento, financiarem outras entidades, concedendo empréstimos e obtendo o rendimento resultante do pagamento de juros, pagos pela entidade financiada e que recebeu os montantes emprestados. Também aqui há que convocar o art. 160º do Código Civil sobre a capacidade de gozo das pessoas coletivas.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, J. M. COUTINHO DE, «Empresas sociais (nótulas de identificação)», CES, 37 pág. 369-379.
- ABREU, J. M. COUTINHO DE, *Curso de direito comercial*, vol. I. *Introdução, atos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*, Almedina, Coimbra, 2016.
- FARINHO, D. SOARES, «A sociedade comercial como empresa social – breve ensaio prospetivo a partir do direito positivo português», RDS, VII (2015), 2 pág. 247-270.
- GIBSON, G. A., «Equity crowdfunding: all regulated but not equal», *DePaul Business & Commercial Law Journal*, 13 (2014-2015), pág. 359-409.

⁷ Aprovado pela Lei 119/2015, de 31 de agosto.

RAMOS, M. ELISABETE, «Constituição das sociedades comerciais», in: J. M. Coutinho de Abreu (coordenação), *Estudos de direito das sociedades*, 12.^a ed., Coimbra: Almedina, 2015.

SANTOS, J. VIEIRA DOS, «Crowdfunding como forma de capitalização das sociedades», *RED*, 2015, n.º 2, pág. 1-39.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 357-366
ISSN: 1130-2682

ENQUADRAMENTO CONTABILÍSTICO DAS COOPERATIVAS
EM PORTUGAL: PONTO DE SITUAÇÃO FACE ÀS RECENTES
ALTERAÇÕES AO NORMATIVO CONTABILÍSTICO

*ACCOUNTING FRAMEWORK FOR COOPERATIVES
IN PORTUGAL: OVERVIEW FACE TO THE RECENT
CHANGES INTO THE ACCOUNTING NORMATIVE*

ANA MARIA BANDEIRA¹

¹ Professora Adjunta do Instituto Politécnico do Porto / ISCAP / CECEJ / CEPES. Correio eletrónico: bandeira@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

As alterações ao sistema contabilístico português, por via Decreto-Lei n.º 98/2015, visaram a redução das obrigações no que diz respeito à preparação e apresentação das demonstrações financeiras para o universo das entidades abrangidas pelo conceito de microentidades e pequenas entidades, incluindo as cooperativas. No entanto, as cooperativas, exceto as de solidariedade social, continuam a ter de seguir o normativo contabilístico como se fossem entidades com fins lucrativos, apesar de serem entidades que não têm um escopo lucrativo. Assim, conclui-se que, sob o ponto de vista contabilístico, as cooperativas deveriam ser classificadas como entidades do setor não lucrativo e, por conseguinte, deveriam aplicar o normativo contabilístico previsto para as Entidades do Sector não Lucrativo, com as necessárias adaptações decorrentes das suas especificidades.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperativas; Sistema de Normalização Contabilística; Entidades da Economia Social.

ABSTRACT

Changes to the Portuguese accounting system, introduced by the Decree-Law No. 98/2015, have reduced the obligations with regard to the preparation and presentation of financial statements for the universe of entities covered by the concept of micro and small entities, including cooperatives. However, cooperatives, except those of the social solidarity, follow again the accounting standards as if they were profit entities, although they do not have a lucrative scope. Thus, it can be concluded that, under the accounting point of view, cooperatives should be classified as non-profit organizations and therefore they should apply the accounting standards provided for non-lucrative entities, with the necessary adjustments arising from its specificities.

KEY WORDS: Cooperatives; System Accounting Standards; Social Economy Entities.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO NORMATIVO CONTABILÍSTICO. 3. O IMPACTO DESTAS ALTERAÇÕES NO SETOR COOPERATIVO. 4. ESCOPO MUTUALÍSTICO DAS COOPERATIVAS E O SEU EXCEDENTE. 5. REFLEXÕES FINAIS

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. PRINCIPAL CHANGES IN THE ACCOUNTING NORMATIVE. 3. THE IMPACT OF THESE CHANGES IN THE COOPERATIVE SECTOR. 4. SCOPE MUTUALISTIC OF COOPERATIVES AND THE RESPECTIVE SURPLUS. 5. CONCLUDING REMARKS

I INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei n.º 98/2015, de 2 de junho, transpõe para o sistema contabilístico português a Diretiva n.º 2013/34/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que se refere às demonstrações financeiras anuais e às demonstrações financeiras consolidadas.

Esta diretiva teve por base a preocupação de se adotarem medidas que diminuíssem o peso global da regulamentação. Medidas que consistissem na redução da carga burocrática, tendo como principal objetivo o aumento da produtividade das pequenas e médias empresas na economia da União Europeia (UE), já que estas empresas assumem um papel de extrema importância no contexto da mesma.

Pode assim dizer-se que os principais objetivos desta alteração ao normativo contabilístico português assentam: (i) na redução de encargos administrativos das pequenas e médias empresas; (ii) na simplificação de procedimentos de relato financeiro; (iii) na redução da informação nas notas anexas às demonstrações financeiras; (iv) na dispensa da preparação de demonstrações financeiras consolidadas para grupos de pequenas empresas.

2 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO NORMATIVO CONTABILÍSTICO

As principais alterações ao Sistema de Normalização Contabilística (SNC) consistem essencialmente:

(i) Nos limites para as categorias de entidades, classificando-as em microentidades, pequenas e médias entidades e grandes entidades;

O Decreto-Lei n.º 98/2015 classifica as entidades em microentidades, pequenas e médias entidades.

O artigo 9º, n.º 1, daquele diploma, considera que são microentidades aquelas que, à data do balanço, não ultrapassem dois dos três limites seguintes:

- (i) Total do balanço: 350 000 euros;
- (ii) Volume de negócios líquido: 700 000 euros;
- (iii) Número médio de empregados durante o período: 10.

Por sua vez, o n.º 2 do mesmo artigo classifica como pequenas entidades aquelas que, excluindo microentidades, à data do balanço, não ultrapassem dois dos três limites seguintes:

- (i) Total do balanço: 4 000 000 euros;
- (ii) Volume de negócios líquido: 8 000 000 euros;
- (iii) Número médio de empregados durante o período: 50.

No n.º 3, classificam-se as médias entidades, excluindo as situações referidas nos números anteriores, como sendo aquelas que, à data do balanço, não ultrapassem dois dos três limites seguintes:

- (i) Total do balanço: 20 000 000 euros;
- (ii) Volume de negócios líquido: 40 000 000 euros;
- (iii) Número médio de empregados durante o período: 250.

Esta classificação aplica-se a todas as entidades, incluindo as da economia social.

(ii) Normas contabilísticas e de relato financeiro (NCRF) aplicáveis por categorias de entidades.

Classificadas as entidades de acordo com os critérios já referidos, as entidades (artigo 9º C, do Decreto-Lei n.º 98/2015) devem aplicar a Norma Contabilística e de Relato Financeiro (NCRF) correspondente.

Refira-se que, com este diploma legal, todas as NCRF sofreram alterações, ainda que neste texto nos centremos apenas na NCRF – Microentidades (ME) e na NCRF – Pequenas Entidades (PE)

Assim, a partir de 1 de janeiro de 2016, as entidades classificadas como pequenas passaram a aplicar a NCRF destinada às Pequenas Entidades, designada por NCRF-PE, e que está compreendida no SNC. Alternativamente, estas entidades podem, por opção, adotar o restante normativo.

As Microentidades devem aplicar a NCRF para as Microentidades, designada por NCRF-ME. Todavia, estas entidades podem optar pela aplicação das NCRF ou da NCRF-PE, devendo tal opção ser identificada na declaração a que se refere a alínea b) do n.º 1 do artigo 117.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

A principal alteração à NCRF-ME refere-se à informação adicional a ser apresentada no balanço e na demonstração dos resultados, para melhor compreensão da posição financeira e do desempenho da sua atividade. Acresce que sempre que não existam quantias a apresentar, as linhas correspondentes do balanço devem ser suprimidas. Por outro lado, considerando que as ME estão dispensadas de apresentar o Anexo, foram retiradas as informações referentes às respetivas divulgações. Uma outra alteração relevante prende-se com os ativos intangíveis, com vida útil indefinida, que passaram agora a ser amortizados num período máximo de 10 anos (§ 8.17).

Quanto à NCRF-PE, foram várias as alterações introduzidas. Foram incluídos os capítulos 19 (Balanço), 20 (Agricultura) e 21 (Contratos de construção). Foi também incluído um parágrafo que estabelece que as propriedades de investimentos são reconhecidas como Ativo Fixo Tangível. Tal como na norma anterior para a ME, também nesta nova norma os ativos intangíveis com vida útil indefinida passaram a ser amortizados num período máximo de 10 anos. Ao nível dos custos de empréstimos obtidos que sejam diretamente atribuíveis à aquisição, construção ou produção de um ativo, passa a ser obrigatório que estes custos sejam imediatamente considerados parte do custo do ativo. No capítulo 17 (Instrumentos Financeiros) foram introduzidas alterações relativamente aos investimentos em subsidiárias, em associadas e em empreendimentos conjuntos, os quais podem ser mensurados pelo método da equivalência patrimonial, tal como previsto na NCRF13 – Interesses em Empreendimentos conjuntos e Investimentos em Associadas (§ 17.7). Ainda no capítulo 17 foi incluído um parágrafo identificando a forma de mensuração das perdas por imparidade dos ativos financeiros (§ 17.15) e foi ainda alterado o parágrafo que proíbe a reversão de perdas por imparidade em instrumentos de capital próprio de uma outra entidade que não sejam negociados conjuntamente (§ 17.17). A NCRF – PE permite o reconhecimento no capital próprio do capital subscrito e no ativo do capital subscrito não realizado.

Em relação à informação a ser apresentada no balanço e na demonstração dos resultados, permite-se que, no balanço, possam ser apresentados itens adicionais para melhor compreensão da posição financeira. Sempre que não existam quantias a apresentar, as linhas correspondentes do balanço devem ser removidas. Finalmente, é também indicado que as alterações das políticas contabilísticas passam a ser aplicadas retrospectivamente.

(iii) Limites para a dispensa de elaboração de contas consolidadas

Nas alterações realizadas ao nível dos grupos e da consolidação de contas, verifica-se uma maior abrangência. Tal implica um maior número de grupos sujeitos à elaboração e apresentação de contas consolidadas. Foi definido o conceito de “pequenos grupos” que ficam dispensados da consolidação de contas se, na sua

base consolidada, e à data do balanço da empresa-mãe não ultrapassarem dois dos três limites seguintes:

- i) Total do balanço: 6 000 000 euros;
- ii) Volume de negócios líquido: 12 000 000 euros e
- iii) Número médio de empregados durante o período: 50.

(iv) Publicação de instrumentos contabilísticos para o novo SNC

Na sequência da publicação do referido Decreto-Lei, foram também aprovados, durante o mês de julho de 2015, um conjunto de instrumentos contabilísticos do novo SNC, aplicados obrigatoriamente a partir de 1 de janeiro de 2016; concretamente:

- A Portaria n.º 218/2015, de 23 de julho, que aprovou a republicação do Código de Contas, o qual é constituído pelas seguintes componentes: 1. Quadro Síntese de Contas; 2. Código de Contas; 3. Notas de Enquadramento;
- A Portaria n.º 220/2015, de 24 de julho, que aprovou os novos modelos de demonstrações financeiras, os quais constituem um referencial que contempla a informação a apresentar pelas entidades que aplicam o SNC;
- O Aviso n.º 8254/2015, de 29 de julho, que veio homologar a Estrutura Conceptual do SNC;
- O Aviso n.º 8255/2015, de 29 de julho, que homologou a NCRF-ME do SNC;
- O Aviso n.º 8256/2015, de 29 de julho, que homologou as NCRF 1 à NCRF 28 do SNC;
- O Aviso n.º 8257/2015, de 29 de julho, que veio homologar a NCRF-PE do SNC;
- O Aviso n.º 8258/2015, de 29 de julho, que veio homologar as Normas Interpretativas (NI 1 e NI2) do SNC;
- O Aviso n.º 8259/2015, de 29 de julho, que veio homologar a Norma Contabilística e de Relato Financeiro para Entidades do Setor não Lucrativo (NCRF-ESNL) do SNC.

Todas estas alterações ao normativo contabilístico português visam claramente a simplificação e a clareza do relato económico e financeiro. Pode-se dizer que, com estas alterações, o universo das entidades abrangidas pelo conceito de microentidades, pequenas entidades, incluindo as cooperativas, passou a beneficiar de uma razoável simplificação e redução nas suas obrigações em matéria de preparação e apresentação das demonstrações financeiras.

Para além dos referidos conceitos de microentidades e de pequenas entidades, foram ainda introduzidos os conceitos de médias e grandes entidades. Classifi-

cam-se como grandes entidades todas aquelas que sejam consideradas de interesse público, independentemente dos montantes de volume de negócios, do total de balanço ou do número de empregados.

3 O IMPACTO DESTAS ALTERAÇÕES NO SETOR COOPERATIVO

Apesar das alterações introduzidas por este Decreto-Lei n.º 98/2015 serem bastante pertinentes para as cooperativas, classificadas como microentidades e pequenas entidades, é igualmente verdade que, no que se refere às suas especificidades, não foram feitas as devidas alterações.

O referido decreto acrescenta, no artigo 3.º, que apenas as cooperativas «*cujo ramo específico não permita sob qualquer forma, direta ou indireta, a distribuição de excedentes, designadamente as cooperativas de solidariedade social*» devem aplicar o Sistema de Normalização Contabilística (SNC) das Entidades do Setor Não Lucrativo (ESNL), usualmente designado por SNC-ESNL e que se dirige para as entidades da economia social, com a exceção das entidades que pertençam a outra atividade como é o caso dos setores segurador e financeiro.

Neste contexto, SNC-ESNL, o normativo contabilístico português para a generalidade das entidades da economia social, assenta num conjunto de normas contabilísticas constantes do Decreto-Lei n.º 36-A/2011, de 9 de março. Contudo, o n.º 2 do art. 5.º deste diploma excluiu expressamente as cooperativas da aplicação deste regime, agora com a exceção das cooperativas de solidariedade social.

Note-se que o Decreto-Lei n.º 98/2015 também introduziu alterações na NCRF-ESNL, mas apenas foram alteradas questões meramente técnicas, como as atrás referidas para as NCRF das ME e das PE. No que se refere às cooperativas, exceto as designadas de Solidariedade Social, as alterações não acrescentam nada de novo.

Por conseguinte, pode dizer-se que o mais recente diploma legal que alterou o sistema normativo contabilístico português não acrescenta nada de novo para as cooperativas, pois continua a obriga-las a seguir o normativo contabilístico aplicável às entidades com fins lucrativos, apesar das cooperativas serem entidades do sector não lucrativo. Mais, o facto de o legislador prever que somente as cooperativas que não podem, direta ou indiretamente, distribuir excedentes ficarão sujeitas ao regime contabilístico das ESNL, demonstra o desconhecimento relativamente às especificidades do seu regime jurídico, designadamente que estas não têm um escopo lucrativo nem distribuem ganhos económicos aos membros. Pior, não atende às especificidades resultantes do seu escopo mutualístico e do carácter variável do seu capital social, que decorre do direito de reembolso das entradas em caso de demissão do cooperador.

Para o SNC as demonstrações financeiras destinam-se a satisfazer as necessidades dos *stakeholders*. O objetivo principal das demonstrações financeiras é o

de proporcionar informação verdadeira e apropriada acerca da posição financeira, do desempenho económico e financeiro e dos fluxos de caixa de uma entidade, proporcionando assim informação acerca dos: i) Ativos; ii) Passivos; iii) Capital próprio ou fundos patrimoniais; iv) Rendimentos; v) Gastos; vi) Outras alterações no capital próprio ou nos fundos patrimoniais; e vii) Fluxos de caixa. Toda esta informação é necessária para avaliar o desempenho de uma entidade.

Neste contexto, estamos pois perante um problema para as cooperativas. Estas entidades, ao aplicarem o SNC como se de uma entidade capitalista se tratasse, fornecem a informação necessária para avaliar o seu desempenho desajustadamente das necessidades de informação dos seus utilizadores. Na verdade, como já foi referido, as cooperativas visam, a título principal, a satisfação das necessidades económicas, sociais e culturais dos seus membros (escopo mutualístico) e não a obtenção de um lucro. Apesar destas entidades serem, por definição, entidades sem fins lucrativos, cujo funcionamento se encontra sujeito a um conjunto de normas legais muito específicas, designadamente o Código Cooperativo (CCoop), em Portugal o seu relato financeiro assenta no mesmo normativo das demais entidades do setor privado com fins lucrativos.

4 ESCOPO MUTUALÍSTICO DAS COOPERATIVAS E O SEU EXCEDENTE

Da análise do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 98/2015 resulta que a principal razão para que a generalidade das cooperativas não aplique o SNC-ESNL reside na possibilidade da distribuição de excedentes. Tal permite deduzir que, para o legislador, será a distribuição de excedentes o que impossibilita a generalidade das cooperativas serem qualificadas sob o ponto de vista contabilístico como entidades do setor não lucrativo.

O artigo 2.º do Código Cooperativo (CCoop) consagra o escopo não lucrativo das cooperativas, referindo que a cooperativa visa atividades sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais dos seus membros. É o chamado escopo mutualístico das cooperativas, sendo este escopo o que permite distinguir as cooperativas das entidades com fins lucrativos, designadamente das sociedades comerciais. Ora, o objeto social da cooperativa, designadamente o seu escopo mutualístico, repercute-se nos diferentes tipos de resultados obtidos, nomeadamente os que são provenientes das operações com os cooperadores, os quais, quando positivos, se designam de excedentes e, quando negativos, se designam por perdas. Como defende Meira (2012),² estes excedentes não são verdadeiros lucros, traduzem um valor provisoriamente pago a mais pelos cooperadores à cooperativa, ou pago a menos pela cooperativa aos coope-

² Meira, D. (2012). *O regime jurídico do excedente Cooperativo*. In In Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra Coletiva de comentários e acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola (pp.359-387). Imprensa Nacional-Casa da Moeda.

radores, como contrapartida da participação destes na atividade da cooperativa. O excedente resulta assim de operações da cooperativa com os seus cooperadores e é um resultado gerado à custa destes.

De acordo com o CCoop., no artigo 100º, «*os excedentes anuais líquidos, com exceção dos provenientes de operações realizadas com terceiros, que restarem depois do eventual pagamento de juros pelos títulos de capital e das reversões para as diversas reservas, poderão retornar aos cooperadores.*», estando pois prevista a sua distribuição. Ainda de acordo com o CCoop., antes do retorno aos cooperadores, uma percentagem do excedente do exercício, resultante das operações com os cooperadores, reverterá para a reserva legal (art. 96º, n.º 2, do CCoop) e para a reserva para educação e formação cooperativa (art. 97º, n.º 2, al. b), do CCoop), assim como para o eventual pagamento de juros pelos títulos de capital (art. 100º, n.º 1, do CCoop). Por conseguinte, é necessário relevar contabilisticamente o efetivo excedente obtido (a débito) por contrapartida das reservas (a crédito) atrás referidas e do eventual pagamento de juros pelos títulos de capital.

Ora, a possibilidade da cooperativa fazer retornar uma parte dos excedentes aos seus membros não põe em causa a sua natureza de entidade sem fim lucrativo, pois a distribuição de excedentes não configura uma distribuição de dividendos. Ou seja, o escopo mutualístico e o retorno dos excedentes cooperativos não são motivos para não integrar as cooperativas no normativo contabilístico para as entidades da economia social em Portugal, o SNC-ESNL.

5 REFLEXÕES FINAIS

As alterações no normativo contabilístico português, por via do Decreto-Lei n.º 98/2015, visaram claramente a simplificação e a clareza do relato económico e financeiro. Estas alterações traduzem-se numa razoável simplificação e redução nas obrigações no que diz respeito à preparação e apresentação das demonstrações financeiras para o universo das entidades abrangidas pelo conceito de microentidades e pequenas entidades, incluindo as cooperativas.

No entanto, as cooperativas, exceto as de solidariedade social, continuam a ter de seguir o SNC como se fossem entidades com fins lucrativos, apesar de serem entidades que não têm um escopo lucrativo. Estas entidades não distribuem ganhos económicos ou financeiros aos respetivos membros, dado que os excedentes não são lucros e o retorno não é um dividendo. Os resultados provenientes de operações com terceiros são obrigatoriamente afetados a reservas irrepatriáveis, não sendo, portanto, suscetíveis de repartição entre os cooperadores.

Assim, considera-se que, sob o ponto de vista contabilístico, as cooperativas deveriam ser qualificadas como entidades do setor não lucrativo e, por conseguinte, o normativo contabilístico mais adequado à natureza destas entidades é o que

está previsto para as ESNL, com as adaptações decorrentes das especificidades das cooperativas.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 367-374
ISSN: 1130-2682

O NOVO REGIME JURÍDICO DAS CAIXAS ECONÓMICAS.
ANOTAÇÃO AO DECRETO-LEI N.º 109/2014, DE 10 DE JULHO

*CHANGES TO THE LEGAL REGIME OF SAVING BANKS.
NOTES ON DECREE-LAW 109/2014 OF JULY 10*

PAULO VASCONCELOS¹

¹ Professor Coordenador da Área Científica de Direito do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto. CECEJ. Advogado. Correio postal: Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Rua Jaime Lopes de Amorim, 4465-004 S. Mamede de Infesta, PORTUGAL. Correio eletrónico: paulo_v@iscap.ipp.pt / www.paulovasoncelos.pt.

RESUMO

Procede-se a uma análise sumária do Decreto-Lei n.º 190/2015, de 10 de setembro, que aprovou o novo regime jurídico das caixas económicas, revogando a anterior legislação e dividindo-as duas modalidades: as caixas económicas anexas e as caixas económicas bancárias.

PALAVRAS-CHAVE: Regime jurídico das caixas económicas, caixas económicas, caixas económicas anexas, caixas económicas bancárias.

ABSTRACT

Analysis of Decree No 190/2015 of 10 September, which approved the new legal regime of savings banks in Portugal, revoking the previous legislation and dividing them in two modes: the «*caixas económicas anexas*» and the «*caixas económicas bancárias*».

KEY WORDS: legal regime of savings banks, savings banks, «*caixas económicas anexas*», «*caixas económicas bancárias*».

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ANTECEDENTES. 3. O NOVO RJCE, APROVADO PELO DECRETO-LEI N.º 190/2015, DE 10 DE SETEMBRO. 4. CAIXAS ECONÓMICAS BANCÁRIAS. 5. CAIXAS ECONÓMICAS ANEXAS. 6. REGIME TRANSITÓRIO

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. BACKGROUND. 3. THE NEW RJCE, APPROVED BY DECREE N° 190/2015, OF 10 SEPTEMBER. 4. SAVING BANKS. 5. ANNEXED SAVING BANKS. 6. TRANSITIONAL ARRANGEMENTS

I INTRODUÇÃO

No passado dia 10 de setembro de 2015 foi publicado no Diário da República o Decreto-Lei n.º 190/2015, que aprovou o «regime jurídico das caixas económicas», doravante RJCE. Trata-se de um diploma inovador, que estabelece um novo regime para estas instituições de crédito da economia social, revogando o Decreto-Lei n.º 136/79, de 18 de maio.

Importa, começar por proceder ao enquadramento destas instituições.

2 ANTECEDENTES

No início do século XIX o Decreto de 17 de Agosto de 1836 atribuiu às caixas económicas a possibilidade de receberem depósitos, «*sendo os fundos recolhidos por uma «caixa de empréstimos» ou «monte de piedade» incumbido de, com eles, efetuar operações de empréstimo sobre penhores. Consagrou-se, assim, um escopo de beneficência, visando combater a prática da agiotagem que, então, proliferava*», como se refere no preâmbulo do agora revogado Decreto-Lei n.º 136/79 de 18 de maio.

Este escopo de beneficência associado às caixas económicas continua a atravessar a legislação posterior, inserindo-as no âmbito das associações mutualistas. Daí que se caracterizassem, por um lado, por ser instituições bancárias (ainda que com atividade restrita) e, por outro, por serem entidades com fins de solidariedade e, portanto, sem fins lucrativos.

Com o rodar dos tempos estas características tenderam a diluir-se e a aproximação ao regime geral das instituições de crédito foi passando a ser cada vez maior.

Em 1979, ainda no rescaldo da revolução de 74, foi publicado o já referido Decreto-Lei n.º 136/79, de 18 de maio, que estabeleceu o regime jurídico das caixas de crédito, revogando toda a legislação anterior, relativas às «caixas de empréstimos».

Nos termos deste diploma, as caixas económicas são definidas apenas pelo seu objecto, estabelecendo o artigo primeiro que «As caixas económicas são instituições especiais de crédito que têm por objeto uma atividade bancária restrita, nomeadamente recebendo, sob a forma de depósitos à ordem, com pré-aviso ou a prazo, disponibilidades monetárias que aplicam em empréstimos e outras operações sobre títulos que lhes sejam permitidas e prestando, ainda, os serviços bancários compatíveis com a sua natureza e que a lei expressamente lhes não proíba». Isto é, o que as caracteriza é o facto de se tratar de bancos especiais, em virtude de a sua atividade ser restrita.

Como se pode dizer então que são entidades do sector social? Essa marca advém do facto de o titular destas caixas económicas ter que ser necessariamente uma instituição de solidariedade social, uma vez que no artigo 2.º se estabelece que «A constituição de caixas económicas só pode ser autorizada com carácter excepcional pelo Ministro das Finanças e do Plano, ouvido o Banco de Portugal desde que se trate de caixas anexas ou pertencentes a associações de socorros mútuos, Misericórdias ou outras instituições de beneficência e se justifique devidamente a necessidade da sua existência». No número dois do mesmo artigo acrescenta-se que «Em caso algum podem ser constituídas novas caixas económicas sob a forma de sociedade comercial». Todavia, a lei assegura a plena vigência das caixas económicas que já existissem na forma de sociedades anónimas, apenas se exindio que as suas ações fossem nominativas e averbáveis apenas a pessoas singulares, a cooperativas ou a quaisquer outras pessoas colectivas sem fim lucrativo, e que nenhum sócios pudesse possuir participação superior a 5% do capital social (cf. artigo 4.º, n.º 1 e 2). Posteriormente, pelo Decreto-Lei n.º 182/90, de 6 de junho, a lei passou a admitir a derrogação destas exigências, por decisão do Ministro das Finanças, ouvido o Banco de Portugal (cf. n.º 3 do mesmo preceito). Este último diploma especificava mesmo as atividades bancárias que estavam abertas as estas entidades.

3 O NOVO RJCE, APROVADO PELO DECRETO-LEI N.º 190/2015, DE 10 DE SETEMBRO

O novo RJCE, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 190/2015, de 10 de setembro, embora mantenha parcialmente este regime, mas procede desde logo a uma alteração significativa: a partir de agora as caixas económicas têm que observar os princípios orientadores que regem a atividade das entidades da economia social, devendo ainda atender, na prossecução do seu objeto, aos princípios mutualistas, previstos no Código das Associações Mutualistas (Decreto-Lei n.º 72/90, de 3 de março), designadamente no seu artigo 8.º.

De resto, apenas as associações mutualistas, as misericórdias ou outras instituições de beneficência podem ser instituições titulares das caixas económicas. E para efeitos da nova lei considera-se instituição titular:

- a) Uma única entidade que seja titular da totalidade das participações, dos direitos de voto ou de um direito de propriedade exclusivo sobre uma caixa económica anexa;
- b) Uma única entidade que seja titular, direta ou indiretamente, da maioria das participações, dos direitos de voto ou de uma quota maioritária numa caixa económica bancária.

Quanto ao objeto, permanece a noção de que as caixas económicas são instituições de crédito que têm por objeto uma atividade bancária delimitada nos termos do seu regime jurídico e dos seus estatutos (cf. artigo 1.º).

Mas porventura a maior novidade que o novo RJCE introduziu foi a divisão das caixas económicas em duas modalidades diferentes: as «caixas económicas anexas» e as «caixas económicas bancárias».

A classificação como «caixa económica anexa» ou como «caixa económica bancária» vai determinar quer o âmbito das atividades que podem desempenhar, isto é, o seu objeto, quer o próprio regime legal aplicável.

A distinção entre as caixas económicas bancárias e as caixas económicas anexas faz-se em função dos seus ativos: se o seu ativo for igual a superior a € 50 000 000,00, será uma caixa económica bancária. Se for inferior, será uma caixa económica anexa (cf. artigo 4.º). Todavia, é admissível que uma caixa económica que não atinja aquele valor de ativos, mas que apresente um programa de crescimento para um horizonte de cinco anos, possa solicitar ao Banco de Portugal a sua constituição como caixa económica bancária (artigo 5.º). Vejamos, então, sumariamente, o que caracteriza cada uma destas modalidades de caixas económicas.

4 CAIXAS ECONÓMICAS BANCÁRIAS

As caixas económicas bancárias são para todos os efeitos equiparadas a bancos, e como tal, sujeitas ao regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, e respetiva legislação conexa, como determina o artigo 18.º do RJCE.

Estas caixas económicas são obrigatoriamente sociedades anónimas, com o capital mínimo previsto para os bancos, necessariamente representado por ações nominativas, devendo na firma conter a expressão «caixa económica bancária».

Importa ainda referir a preocupação do legislador em determinar que os órgãos de administração e fiscalização destas instituições, bem como os seus membros, tenham que ser distintos e independentes dos órgãos e membros da instituição

titular. Refira-se que a instituição titular, no caso destas caixas económicas, é uma única entidade que é detentora, direta ou indiretamente, da maioria das participações ou dos direitos de voto, como se referiu acima. Mas não tem que ser a única detentora das participações sociais. Exige-se apenas que tenha a maioria.

O que distingue então uma caixa económica bancária de um qualquer banco? A única marca distintiva decorre do facto de o seu sócio maioritário, direta ou indiretamente, ter que ser uma associação mutualista, uma misericórdia ou outra instituição de beneficência. Isto é, a instituição titular não pode ter fins lucrativos. Mas a caixa económica bancária terá fins lucrativos, até pelo facto de se tratar de uma sociedade anónima. Todavia, os seus lucros, uma vez entregues à entidade titular, servirão para a prossecução de fins de beneficência, de solidariedade social ou de entreatajuda dos seus membros.

5 CAIXAS ECONÓMICAS ANEXAS

As caixas económicas cujos ativos sejam inferiores a € 50 000 000,00 adotam a modalidade de «caixas económicas anexas», como determina o artigo 4.º, n.º 2, do RJCE.

Estas caixas económicas caracterizam-se por duas notas em especial: por um lado, são caixas económicas detidas a 100% por associações mutualistas, misericórdias ou outras instituições de beneficência; por outro, as atividades que podem prosseguir estão limitadas pela enumeração legal. Apenas podem receber depósitos, conceder empréstimos garantidos por penhor ou hipoteca, adquirir e deter títulos de dívida pública, prestar serviços de cobrança, efetuar transferências de numerário, aluguer de cofres, administração de imóveis e praticar operações cambiais. São, pois, instituições de crédito limitadas e pertencentes a entidades do sector social.

Na verdade, nos termos da lei, só podem ser constituídas para a «exclusiva prossecução dos fins de associações mutualistas, misericórdias ou outras instituições de beneficência» (artigo 7.º), devendo a sua firma incluir a expressão «caixa económica anexa».

Enquanto as caixas económicas bancárias são sociedades anónimas, que assim ficam sujeitas ao regime do CSC, as caixas económicas anexas estão sujeitas a um regime jurídico próprio, previsto neste diploma em análise.

De acordo com esse regime, os órgãos sociais das caixas económicas anexas são a assembleia geral, a direção e o conselho fiscal. Curiosamente a lei estabelece que à «eleição, composição e funcionamento da direção e do conselho fiscal aplicam-se ainda as normas constantes do Código das Sociedades Comerciais relativamente a sociedades anónimas que adotam a estrutura de administração e fiscalização prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 278.º daquele Código». No

que se refere à constituição, competências e funcionamento da assembleia geral, aplicam-se também as normas previstas no CSC para as sociedades anónimas.

Semelhante ao que sucede com as caixas económicas bancárias é a exigência feita quanto às caixas económicas anexas de que os seus órgãos de administração e fiscalização, bem como os seus membros, sejam distintos e independentes dos órgãos sociais da instituição titular, não sendo permitida a ocupação de cargos por inerência, nem podendo ser beneficiários de qualquer tipo de remuneração paga pela instituição titular ou por entidade com esta relacionada (cf. artigo 11.º, n.º 3).

A gestão da caixa económica anexa cabe à direção, constituída por um mínimo de três elementos, eleitos pela assembleia geral, por períodos de três anos. A reeleição é possível, desde que, a todo o momento, a maioria dos membros não se encontre em exercício dessas funções há mais de três mandatos consecutivos ou intercalados (artigo 13.º).

Por seu lado, a fiscalização compete a um conselho fiscal, constituído por três membros, eleitos em assembleia geral, devendo ainda ter dois suplentes. Importa referir a este propósito que, não sendo necessário que o conselho fiscal seja integrado por um revisor oficial de contas, certo é que, todavia, as contas anuais carecem de certificação legal, devendo conformar-se com as normas definidas pelo Banco de Portugal (artigo 15.º).

As caixas económicas anexas estão obrigadas a constituir duas reservas previstas na lei:

i) uma reserva geral, cujo limite mínimo corresponde a 30% da totalidade dos depósitos, a qual será anualmente alimentada por 20% do saldo apurado, depois de realizadas as amortizações e constituídas as provisões;

ii) uma reserva especial, para suportar prejuízos resultantes de operações correntes, para a qual será destinado 5% do mesmo saldo anual.

Podem ainda ser criadas reservas livres ou estatutárias com a finalidade de permitir uma regularidade na distribuição de resultados anuais.

Refira-se ainda que a lei não permite a distribuição de resultados «se as caixas económicas anexas se encontrarem em situação de incumprimento dos rácios e limites prudenciais obrigatórios» (cf. artigo 17.º, n.º 3).

6 REGIME TRANSITÓRIO

Pela sua importância imediata, ainda fazer uma referência ao regime transitório previsto neste diploma (artigos 6.º e 7.º do Decreto-Lei n.º 190/2015). De facto, como acima se referiu, este novo regime jurídico das caixas económicas dividiu-as nas duas modalidades já referidas, sendo necessário dispor sobre as consequências dessa inovação no que respeita às caixas económicas já existentes na data da sua entrada em vigor (10 de outubro de 2015).

Assim, esta lei veio determinar que as caixas económicas existentes à data da sua entrada em vigor, cujo ativo seja igual ou superior a € 50 000 000,00, fossem automaticamente consideradas caixas económicas bancárias, para todos os efeitos legais, podendo o Banco de Portugal determinar a sua transformação em sociedade anónima, num prazo razoável a fixar para esse efeito (devendo para tal consultar a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários se a caixa em causa desenvolvesse atividades de intermediação financeira) — cf. artigo 6.º, n.º 1 a 3. Caso o prazo assinalado não seja cumprido, o Banco de Portugal pode aplicar as medidas corretivas e as medidas de intervenção corretiva previstas no regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras. No n.º 4 do mesmo artigo são previstos todos os passos do processo de transformação determinada pelo Banco de Portugal.

Relativamente às caixas económicas cujo valor de ativos seja, na data da entrada em vigor deste diploma, inferior a € 50 000 000,00, o mesmo determina que deverão, no prazo de seis meses, promover as alterações estatutárias necessárias ao cumprimento pleno da nova lei, competindo ao Banco de Portugal emitir parecer prévio sobre a conformidade da proposta de alteração dos estatutos com o novo regime jurídico das caixas económicas (cf. artigo 7.º). Face a um não cumprimento do prazo de alteração estatutária, também se prevê que o Banco de Portugal possa aplicar as medidas corretivas e as medidas de intervenção corretiva previstas no regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras.

Cabe ainda sublinhar que, nos termos do artigo 8.º deste Decreto-Lei 190/2015, uma caixa económica anexa que tenha um ativo igual ou superior a € 50 000 000,00 durante dois anos consecutivos converte-se, a partir do terceiro ano, numa caixa económica bancária, podendo ser determinada a sua transformação em sociedade anónima pelo Banco de Portugal.

Este regime previsto no artigo 8.º, sob a epígrafe de «disposições finais» melhor seria ter sido introduzida no próprio RJCE, em vez de ter ficado no diploma preambular. Na verdade, cremos que a vontade do legislador será o de que a ultrapassagem do valor de referência para os ativos terá como consequência imediata a necessidade de adotar a modalidade de caixa económica bancária, em complemento do regime previsto no artigo 4.º do RJCE. Pode é perguntar-se se não deveria ter sido também prevista a situação inversa, isto é, o que sucede em caso de diminuição de ativos de uma caixa económica bancária. Não deverá nessa caso ser determinada a sua conversão em caixa económica anexa?

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 375-386
ISSN: 1130-2682

**SOCIEDADES DE EMPREENDEDORISMO
SOCIAL E FUNDOS DE EMPREENDEDORISMO
SOCIAL: A LEI 18/2015, DE 4 DE MARÇO**

*SOCIAL ENTREPRENEURSHIP COMPANIES
AND SOCIAL ENTREPRENEURSHIP FUNDS:
THE 18/2015 ACT OF THE 4TH OF MARCH*

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS¹

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Correio eletrónico: soveralm@fd.uc.pt.

RESUMO

O empreendedorismo social é reconhecido internacionalmente como um instrumento que pode ser validamente utilizado no combate à pobreza e exclusão social. A resiliência do sector em períodos de crise económica e financeira mostra que deve ser apoiado. Contudo, o acesso ao financiamento é uma dificuldade no âmbito das empresas sociais. A Lei 18/2015, de 4 de março, procura dar um enquadramento jurídico adequado em Portugal às sociedades de empreendedorismo social e aos fundos de empreendedorismo social, pois os investidores necessitam de certeza. Porém, muitas dúvidas subsistem.

PALAVRAS-CHAVE: empreendedorismo social, sociedades de empreendedorismo social, fundos de empreendedorismo social, acesso ao financiamento

ABSTRACT

Social entrepreneurship is internationally recognized as a useful tool to fight poverty and social exclusion. The resilience of social enterprises during economic and financial crisis periods proves that they should be supported. Despite of that, financing is a major problem for those enterprises. Taking in consideration that investors need certainty, the Portuguese Law 18/2015, of the 4th of march 2015, seeks to provide an adequate legal environment in what concerns social entrepreneurship companies and social entrepreneurship funds. However, many aspects remain unclear.

KEY WORDS: Social entrepreneurship, social entrepreneurship companies; social entrepreneurship funds, financing.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INVESTIMENTO EM EMPREENDEDORISMO SOCIAL. 3. AS SOCIEDADES DE EMPREENDEDORISMO SOCIAL. 3.1. Início de atividade. 3.2. Tipo e capital social. 3.3. Sede, administração central e denominação. 3.4. O objeto. 3.5. O património. Fundos próprios. 3.6. Comercialização de participações. 4. OS FUNDOS DE EMPREENDEDORISMO SOCIAL. 4.1. O problema da forma. 4.2. Só fundos de empreendedorismo social qualificado? 4.3. Entidade gestora. 4.4. Constituição. 4.5. Capital e unidades de participação. 4.6. Património. 4.7. Comercialização. 5. A CMVM

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. INVESTING IN SOCIAL ENTREPRENEURSHIP. 3. SOCIAL ENTREPRENEURSHIP COMPANIES. 3.1. Starting business. 3.2. Type of company and capital. 3.3. Seat, central administration and designation. 3.4. Object. 3.5. Assets. Own funds. 3.6. Marketing of shares. 4. SOCIAL ENTREPRENEURSHIP FUNDS. 4.1. Common fund or company? 4.2. Only qualifying social entrepreneurship funds are allowed? 4.3. Management. 4.4. Setting up. 4.5. Capital and units. 4.6. Assets. 4.7. Marketing. 5. THE CMVM

I INTRODUÇÃO

O empreendedorismo social desempenha um papel importante em momentos de crise económica e financeira. A resiliência das empresas sociais tem sido destacada², bem como a importância das mesmas para atenuar os problemas sociais ou, pelo menos, as suas consequências. No entanto, as empresas sociais enfrentam dificuldades acrescidas no acesso ao financiamento. Como não pretendem maximizar o lucro, podem suscitar desconfianças junto de muitos investidores³. A falta de um enquadramento jurídico adequado também não contribuirá para uma alteração desse panorama.

Certamente para tentar melhorar esse enquadramento, no dia 4 de março de 2015 foi publicada em Portugal, no Diário da República, a Lei 18/2015, que contém o Regime Jurídico do Capital de Risco, do Empreendedorismo Social e do Investimento Especializado (RJCREISIE)⁴. No que diz respeito ao empreendedorismo social, única vertente de que nos vamos ocupar aqui, a Lei 18/2015 assegura a execução do Regulamento (EU) n.º 346/2013, do Parlamento Europeu e do Con-

² V., p. ex., a Comunicação da Comissão «Iniciativa de Empreendedorismo Social. Construir um ecossistema para promover as empresas sociais no centro da economia e da inovação sociais», COM(2011) 682 final, p. 2.

³ Cfr. a Comunicação referida na nota anterior, p. 5.

⁴ Sobre a entrada em vigor da lei, v. o seu art. 5.º. As normas referidas neste texto sem outra menção pertencem ao RJCREISIE, salvo quando resulte do contexto que não é assim.

selho, de 17 de abril, relativo aos fundos europeus de empreendedorismo social⁵ e, em particular, designa a autoridade competente para a supervisão das entidades gestoras dos fundos europeus de empreendedorismo social ou EuSEF (v. o art. 1.º, 1, b), 2 e 3, da Lei 18/2015)⁶. Embora exista em Portugal um Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo (RGOIC), aprovado pela Lei 16/2015, de 24 de fevereiro, o seu art. 1.º, 2, a), já estabelecia que se regem por legislação especial os «fundos de empreendedorismo social».

Entretanto, foi publicado o Regulamento da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) n.º 3/2015, de 15 de outubro, sobre Capital de Risco, Empreendedorismo Social e Investimento Alternativo Especializado. Segundo o art. 4.º, 7, do RJCRESIE, às «sociedades de empreendedorismo social e aos fundos de empreendedorismo social são aplicáveis as regras previstas para as sociedades de capital de risco e para os fundos de capital de risco previstas no título II, com as especificidades previstas em regulamento da CMVM». Aquele Regulamento contém, designadamente, regras sobre avaliação dos ativos, património, comercialização (quem é considerado investidor qualificado, como ser investidor qualificado a pedido, entidades comercializadoras de unidades de participação, comercialização junto de investidores não qualificados) e informação.

Uma parte muito significativa do regime aplicável às *sociedades de empreendedorismo social* e aos *fundos de empreendedorismo social* encontra-se nos preceitos que no RJCRESIE são dedicados, respetivamente, às *sociedades de capital de risco* «abaixo dos limites relevantes» e aos *fundos de capital de risco* também previstos no título II do Regime. Este Título II tem, justamente, por epígrafe «Atividade das sociedades de capital de risco abaixo dos limiares relevantes e dos investidores em capital de risco».

Quanto aos fundos de empreendedorismo social geridos por sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário, o art. 4.º, 8, manda aplicar o disposto no capítulo IV do título III, mas no art. 58.º encontra-se uma remissão para os capítulos I e IV do título II.

⁵ A Lei também assegura a execução do Regulamento (EU) 345/2013, relativo aos fundos europeus de capital de risco, e transpõe parcialmente as Diretivas 2011/61/EU, relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos, e 2013/14/EU, relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos no que diz respeito à dependência excessiva relativamente às notações de risco. A Comissão abriu entre 30.9.2015 e 6.1.2016 um processo de consulta pública sobre a revisão dos Regulamentos 345 e 346/2013. O próprio *Action Plan on Building a Capital Markets Union*, COM(2015) 468 final, p. 8-9, dava a entender que ambos os Regulamentos poderão vir a ser alterados.

⁶ Porém, no Considerando (4) do Regulamento 346/2013 pode ler-se que o mesmo «não deverá aplicar-se aos regimes nacionais em vigor que permitem investir no empreendedorismo social e não utilizam a designação “EuSEF”».

2 O INVESTIMENTO EM EMPREENDEDORISMO SOCIAL

De acordo com o art. 4.º, 1, do RJCREISIE entende-se por investimento em empreendedorismo social «a aquisição, por período de tempo limitado, de instrumentos de capital próprio e de instrumentos de capital alheio em sociedades que desenvolvem soluções adequadas para problemas sociais, com o objetivo de alcançar incidências sociais quantificáveis e positivas»⁷.

É esse investimento em empreendedorismo social que deve constituir o objeto principal das sociedades de empreendedorismo social (art. 4.º, 2). Por outro lado, o art. 8.º, 1, do Regulamento CMVM 3/2015 também considera «elegíveis para integrar o património das sociedades e dos fundos de empreendedorismo social as sociedades que, *desenvolvendo soluções adequadas para problemas sociais, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 4.º do Regime Jurídico*, cumpram as condições previstas na alínea d) do artigo 3.º do Regulamento (UE) n.º 346/2013» (itálico nosso).

Estas últimas condições são exigentes. No art. 3.º, d), do Regulamento 346/2013 vemos que é necessário que a «empresa elegível», antes de mais, «não esteja admitida à negociação num mercado regulamentado ou num sistema de negociação multilateral» (i) e que «tenha como principal objetivo alcançar incidências sociais quantificáveis e positivas [...] em que [?] a empresa: - forneça serviços ou bens a pessoas vulneráveis, marginalizadas, desfavorecidas ou excluídas, – utilize um modo de produção de bens ou serviços que concretize o seu objetivo social, ou – forneça apoio financeiro unicamente a empresas sociais na aceção de qualquer dos dois primeiros travessões» (ii). Encontramos ali ainda exigências quanto à utilização dos lucros, quanto à gestão e quanto ao local de estabelecimento.

3 AS SOCIEDADES DE EMPREENDEDORISMO SOCIAL

3.1. Início de atividade

O início da atividade da sociedade de empreendedorismo social deve respeitar os requisitos estabelecidos para as sociedades de capital de risco no título II (art. 4.º, 7). É, assim, necessário o registo prévio na CMVM (art. 7.º, 1), embora também esteja prevista a possibilidade de optar pela autorização do título III (art. 7.º, 17). É também a CMVM a autoridade competente para registar as sociedades de empreendedorismo social que pretendam utilizar a designação «EuSEF» na

⁷ Sobre métodos de avaliação do impacto social, v., p. ex., GECES Sub-group on Impact Measurement: Proposed Approaches to Social Impact Measurement in the European Commission legislation and practice relating to: EuSEFs and the EaSI, e Janet Kerr, «Sustainability meets profitability: the convenient truth of how the business judgment rule protects a board's decision to engage in social entrepreneurship», 29, *Cardozo L. Rev.*, 2007-2008, 623-668, p. 643 e ss..

comercialização dos fundos constituídos nos termos do art. 7.º do RJCRESIE e do Regulamento (UE) 346/2013 (art. 66.º, 1, RJCRESIE).

3.2. Tipo e capital social

Por força da remissão feita no art. 4.º, 7 para o regime das sociedades de capital de risco, as sociedades de empreendedorismo social serão sociedades comerciais que devem adotar o tipo «sociedade anónima» (n.º 1 do art. 11.º) e o seu capital mínimo será de 125.000 euros, representado por ações nominativas (art. 11.º, 3). As entradas em espécie conhecem limitações (art. 11.º, 4), sendo admissíveis aumentos de capital por incorporação de reservas.

O Regulamento da CMVM 3/2015 contém normas relativas à subscrição de participações em sociedades de empreendedorismo social. Das mesmas decorre que essa subscrição pode ter lugar por investidores qualificados (art. 10.º) e, mediante o cumprimento de requisitos específicos, por investidores não qualificados (art. 12.º).

3.3. Sede, administração central e denominação

As sociedades de empreendedorismo social cujo exercício de atividade é regulado pelo RJCRESIE devem ter sede e administração central em Portugal (art. 2.º, 2). A denominação (firma-denominação) das sociedades de empreendedorismo social deve conter a expressão «Sociedade de Empreendedorismo Social» ou a abreviatura «SES» (art. 4.º, 4).

3.4. O objeto

Como vimos, as sociedades de empreendedorismo social têm como objeto principal a realização de investimentos em empreendedorismo social. No desenvolvimento dessa atividade, podem não só gerir fundos de empreendedorismo social (aí se incluindo os fundos europeus de empreendedorismo social, ou EuSEF), como também «realizar as operações previstas no n.º 1 do artigo 9.º»⁸.

Outras sociedades também podem gerir fundos de empreendedorismo social: as sociedades de capital de risco e as sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário estão autorizadas a desenvolver essa atividade (arts. 4.º, 5, 9.º, 2, b)). Apesar do seu objeto, as sociedades de empreendedorismo social não são consideradas intermediários financeiros (art. 2.º, 1).

⁸ O art. 8.º, 2, do Regulamento da CMVM 3/2015 dispõe que os «limites referidos nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 9.º do Regime Jurídico não são aplicáveis às sociedades e fundos de empreendedorismo social caso existam limitações legais ou estatutárias ao investimento em capital social nas entidades elegíveis para integrar o referido património».

No que diz respeito às atividades que as sociedades de empreendedorismo social podem ou não desenvolver, é necessário contar, mais uma vez, com a remissão para o regime das sociedades de capital de risco. Os termos dessa aplicação é que poderão suscitar dúvidas.

O art. 4.º, 6, admite que uma sociedade de empreendedorismo social *especializado* não seja autogerida e, nesse caso, que seja gerida por sociedade gestora de fundos de investimento mobiliário. Mas teria sido bom tornar claro o critério que permite distinguir aqui o empreendedorismo social *especializado* do *não especializado*⁹.

3.5. O património. Fundos próprios

O art. 8.º, 1, do Regulamento da CMVM 3/2015 só considera «elegíveis para integrar o património das sociedades e dos fundos de empreendedorismo social as sociedades que, desenvolvendo soluções adequadas para problemas sociais, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 4.º do Regime Jurídico, cumpram as condições previstas na alínea d) do artigo 3.º do Regulamento (UE) n.º 346/2013».

Atendendo à remissão para o regime das sociedades de capital de risco, parecem aplicáveis às sociedades de empreendedorismo social os limites quanto aos ativos sob gestão que vigoram para as primeiras (art. 6.º, 2). E é certo que todo o investimento em empreendedorismo social deverá ser «por período de tempo limitado» (art. 4.º, 1).

O Regulamento da CMVM 3/2015 apresenta regras para a avaliação dos ativos que integram o património das sociedades de empreendedorismo social. Destaca-se a necessidade de utilização do método do justo valor (art. 2.º, 1), sendo este «obtido de acordo com as melhores práticas em vigor no setor do investimento social, tomando em consideração o impacto ou incidência social positiva quantificável dos investimentos realizados» (art. 6.º, 1).

O art. 12.º, 1, impõe às sociedades de capital de risco, em regra (mas v. o n.º 2), a constituição de um montante suplementar de fundos próprios em certos casos: quando o valor líquido global das carteiras sob gestão exceder € 250 000 000. Se isso acontecer, terão que constituir um montante suplementar de fundos próprios igual a 0,02% «do montante em que o valor líquido global das carteiras sob gestão exceda tal montante». A exigência parece valer também para as sociedades de empreendedorismo social, atendendo à remissão do art. 4.º, 7.

⁹ O art. 5.º, 2, do RJCREISIE considera que as sociedades de investimento alternativo especializado e fundos de investimento alternativo especializado são «organismos de investimento alternativo fechados». Mas o investimento alternativo especializado é o que consiste na «aquisição por período de tempo limitado de ativos de qualquer natureza [...]».

3.6. Comercialização de participações

A comercialização de participações nas sociedades de empreendedorismo social está sujeita ao disposto no art. 4.º, 7, que, como sabemos, manda aplicar às referidas sociedades as regras previstas para as sociedades de capital de risco do título II, com as especificidades do Regulamento da CMVM 3/2015.

Este último Regulamento identifica no art. 10.º quem pode ser considerado investidor qualificado. Por sua vez, o art. 12.º estabelece requisitos para que a comercialização possa ter lugar junto de investidores não qualificados: é necessário que invistam «um montante máximo de € 5 000» (ou melhor, que não invistam mais do que € 5 000), e que declarem por escrito estarem conscientes dos riscos associados ao investimento previsto¹⁰.

Além disso, o Regulamento da CMVM estabelece no art. 14.º, 2, deveres de informação que as sociedades de empreendedorismo social devem cumprir relativamente aos seus investidores «antes de estes tomarem decisões de investimento», remetendo para o art. 14.º do Regulamento (UE) 346/2013.

4 OS FUNDOS DE EMPREENDEDORISMO SOCIAL

4.1. O problema da forma

O RJCRESIE também regula o exercício da atividade de investimento através de fundos «de empreendedorismo social, incluindo os fundos europeus de empreendedorismo social designados “EuSEF”, nos termos e para os efeitos previstos no Regulamento (UE) n.º 346/2013 [...]» (art. 1.º, g), daquele Regime). A remissão para o Regulamento 346/2013, tal como está formulada, faz surgir dúvidas. A colocação das vírgulas na frase reproduzida dá a entender que os fundos de empreendedorismo social visados pelo RJCRESIE são *apenas* os que têm os «termos» e os «efeitos» previstos no Regulamento mencionado¹¹.

O art. 4.º, 3, considera os fundos de empreendedorismo social *organismos de investimento alternativo*. No Regulamento (UE) 346/2013 há várias normas que revelam não ser ali exigido que aqueles *fundos* tenham a natureza de *património autónomo*: v., p. ex., o art. 3.º, 1, b), de acordo com o qual o *fundo* europeu de empreendedorismo social qualificado é um «organismo de investimento coletivo»; ou o art. 3.º, 1, i), que considera comercialização certas operações que tenham

¹⁰ Os requisitos do art. 12.º, 1, do Regulamento da CMVM não são aplicáveis aos dirigentes, diretores ou empregados «que participem nas atividades de gestão de fundos ou sociedades de empreendedorismo social quando invistam nos fundos ou sociedades por si geridos» (art. 12.º, 2, do Regulamento CMVM).

¹¹ Tanto mais que no art. 1.º, 1, b), da Lei 18/2015 se lê que aquele diploma assegura «a execução, na ordem jurídica interna, do [...] Regulamento (UE) n.º 346/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril, relativo aos fundos europeus de empreendedorismo social»

por objeto não só unidades de participação, mas também *ações* de um *fundo* de empreendedorismo social qualificado; ou o art. 6.º, que faz referência à comercialização de *ações* de *fundos* de empreendedorismo social qualificados¹².

Porém, o art. 4.º, 7, considera aplicáveis aos *fundos de empreendedorismo social* as regras previstas para os *fundos de capital de risco* do Título II, embora com as especificidades do Regulamento CMVM 3/2015 (quanto aos fundos de empreendedorismo social geridos por sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário, v. o art. 4.º, 8). E os fundos de capital de risco são concebidos como «patrimónios autónomos, sem personalidade jurídica, mas dotados de personalidade judiciária, pertencentes ao conjunto dos titulares das respetivas unidades de participação» (art. 15.º, 1).

Ou seja: quanto aos *fundos de empreendedorismo social*, o RJCRESIE dá a entender, numa primeira leitura, que só podem ter a forma de *património autónomo sem personalidade jurídica*¹³. Mas talvez se possa sustentar a necessidade de uma interpretação restritiva quanto a essa remissão.

4.2. Só fundos de empreendedorismo social qualificado?

A redação do art. 1.º, g), obriga-nos a enfrentar ainda uma outra dificuldade. Como já foi dito, ali é feita referência aos fundos de «empreendedorismo social, incluindo os fundos europeus de empreendedorismo social designados “EuSEF”, nos termos e para os efeitos previstos no Regulamento (UE) n.º 346/2013 [...]». A colocação das vírgulas suscita a questão de saber se o RJCRESIE tem apenas em vista os fundos de empreendedorismo social abrangidos pelo Regulamento mencionado ou não.

Do Regulamento resulta que os «fundos de empreendedorismo social qualificado» não têm que ser comercializados sob a designação «EuSEF»¹⁴. Mas aqueles

¹² V. tb. o art. 15.º, 1, b), 22.º, 1, b).

¹³ Os *fundos* de empreendedorismo social são considerados organismos de investimento coletivo (OICs) pelo RGOIC. O RGOIC, no seu art. 1.º, 2, a), estabelece que os *fundos* de empreendedorismo social se regem por legislação especial. Mas no art. 2.º, aa), ii), abrange nos organismos de investimento alternativo (OIA) os fundos de empreendedorismo social. Os OIA não deixam de ser organismos de investimento coletivo: «instituições, dotadas ou não de personalidade jurídica, que têm como fim o investimento coletivo de capitais obtidos junto de investidores, cujo funcionamento se encontra sujeito a um princípio de repartição de riscos e à prossecução do exclusivo interesse dos participantes». Mas isso não significa, só por si, que os fundos de empreendedorismo social possam ter personalidade jurídica. O que parece também de destacar é o facto de o próprio art. 1.º, 2, a), do RGOIC não excluir expressamente do seu âmbito de aplicação as *sociedades* de empreendedorismo social.

¹⁴ O Regulamento 346/2013 permite distinguir entre fundos de empreendedorismo social qualificados, fundos de empreendedorismo social qualificados que podem ser comercializados com a designação «EuSEF» e fundos de empreendedorismo social qualificados comercializados com a designação «EuSEF»: v. no Regulamento o art. 3.º, 1, b), o Cap. II (epígrafe: «Condições de utilização da designação “EuSEF”») e o art. 15.º.

fundos devem respeitar os requisitos estabelecidos no próprio art. 3.º, 1, b), do Regulamento: tem que se tratar de um OIC que «i) tencione investir pelo menos 70% do total das suas entradas de capital e do seu capital subscrito não realizado em ativos que constituem investimentos elegíveis, calculados na base dos montantes investíveis após dedução de todos os custos relevantes, disponibilidades de caixa e equivalentes de caixa, dentro do prazo previsto no seu regulamento interno ou nos seus documentos constitutivos, ii) não utilize mais de 30% do total das suas entradas de capital e do seu capital subscrito não realizado na aquisição de ativos que não sejam investimentos elegíveis, calculados na base dos montantes investíveis após dedução de todos os custos relevantes, disponibilidades de caixa e equivalentes de caixa; iii) esteja estabelecido no território de um Estado-Membro».

Se apenas estes fundos podem ser considerados «fundos de empreendedorismo social» no âmbito do próprio RJCRESIE, pareceria que *a restante atividade de investimento em empreendedorismo social* terá que ser desenvolvida com outro enquadramento: não no âmbito de fundos de empreendedorismo social. Porém, até isto não é claro.

4.3. Entidade gestora

Os fundos de empreendedorismo social podem ser geridos por *sociedades de empreendedorismo social*. Mas não só. Com efeito, o art. 4.º, 5, permite que os referidos fundos sejam igualmente geridos por *sociedades de capital de risco* e por *sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário*¹⁵.

4.4. Constituição

A remissão para o regime dos fundos de capital de risco obriga a ter em conta que o art. 7.º, 1, estabelece como regra que a constituição daqueles fundos está dependente de registo prévio na CMVM e essa exigência valerá para os fundos de empreendedorismo social. No entanto, o art. 7.º 14, também apresenta a possibilidade de, em certos casos, ter lugar apenas a mera comunicação prévia.

4.5. Capital e unidades de participação

Vimos que é discutível se todos os fundos de empreendedorismo social têm que ser patrimónios autónomos. Desde logo porque o Regulamento 346/2015 admite que os fundos europeus de empreendedorismo social qualificados tenham forma societária.

¹⁵ O art. 289.º, 1, c), iv), do CVM considera atividade de intermediação financeira a gestão de organismos de empreendedorismo social.

Se o fundo de empreendedorismo social tem a forma de património autónomo, há que ter em conta a remissão feita no art. 4.º, 7 quanto ao seu capital e unidades de participação.

4.6. Património

A propósito do património das sociedades de empreendedorismo social foi já dito que o art. 8.º, 1, do Regulamento da CMVM 3/2015 só considera «elegíveis para integrar o património das sociedades e dos fundos de empreendedorismo social as sociedades que, desenvolvendo soluções adequadas para problemas sociais, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 4.º do Regime Jurídico, cumpram as condições previstas na alínea d) do artigo 3.º do Regulamento (UE) n.º 346/2013». O investimento em empreendedorismo social deverá ser «por período de tempo limitado» (art. 4.º, 1, RJGRESIE).

O método do justo valor previsto nos arts. 2.º e 6.º do Regulamento da CMVM 3/2015 vale também aqui. Porém, tratando-se de fundos de empreendedorismo social geridos por sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário há que contar com a remissão feita no art. 4.º, 8, do RJGRESIE para o capítulo IV do título III.

A remissão do art. 4.º, 7, para o regime dos fundos de capital de risco deve ser lida com algum cuidado, tendo em conta a necessidade de articular disposições legais.

4.7. Comercialização

De acordo com o art. 4.º, 3, do RJGRESIE os fundos de empreendedorismo social podem ser comercializados junto de: a) Investidores qualificados; b) Investidores não qualificados nas condições definidas no Regulamento CMVM 3/2015 (v. o seu art. 12.º, já acima referido). O art. 10.º do Regulamento CMVM 3/2015 contém requisitos que devem ser cumpridos para se poder falar de «investidor qualificado».

As entidades comercializadoras das unidades de participação surgem identificadas no art. 11.º do Regulamento CMVM 3/2015. Tendo em conta a remissão do art. 4.º, 7, para as regras previstas para os fundos de capital de risco no título II, há que contar também com o que vamos aí encontrar relativamente à comercialização de unidades de participação.

No que diz respeito à comercialização dos fundos de empreendedorismo social qualificados abrangidos pelo Regulamento 346/2013, o respetivo art. 15.º trata do registo dos gestores daqueles fundos que pretendam utilizar a designação «EuSEF» na comercialização daqueles fundos. Esse registo, que em Portugal será efetuado pela CMVM, também «é válido em todo o território da União e permite

aos gestores de fundos de empreendedorismo social qualificados comercializar fundos de empreendedorismo social qualificados sob a designação “EuSEF” em toda a União» (art. 15.º, 3, do Regulamento 346/2013).

5 A CMVM

O RJGRESIE considera a CMVM a autoridade competente para vários efeitos. Já vimos alguns dos seus poderes para efetuar registos, para conceder autorizações e para receber comunicações. Cabe-lhe ainda a supervisão do RJGRESIE (art. 67.º, 1), a regulamentação de diversas matérias e a supervisão de várias entidades gestoras. Além disso, é a CMVM que tem competência para processar as contraordenações previstas naquele Regime, aplicar as coimas, sanções acessórias e medidas cautelares (art. 76.º).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 387-394
ISSN: 1130-2682

MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE
LAS ENTIDADES ASOCIATIVAS PRIORITARIAS
DE LA LEY DE FOMENTO DE LA INTEGRACIÓN
DE COOPERATIVAS Y DE OTRAS ENTIDADES
ASOCIATIVAS DE CARÁCTER AGROALIMENTARIO.

*MODIFICATIONS OF THE LEGAL SYSTEM OF THE PRIORITY
ASSOCIATIVE ENTITIES PRESCRIBED BY LAW OF PROMOTION
OF INTEGRATION OF COOPERATIVES AND OTHER
ASSOCIATIVE ENTITIES WITH AGRIBUSINESS CHARACTER*

MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ¹

¹ Abogado del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Lugo. Dirección de correo electrónico: cabelloabogados@hotmail.com.

RESUMEN

Tras las consideraciones del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 85/2015, de 30 de abril, se modifica la Ley 13/2013, de 2 de agosto, “*de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario*”, a través de la Ley 25/2015, de 28 de julio, “*de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*”. Consiguientemente se hace preciso adaptar 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*”; adaptación que tendrá lugar mediante el Real Decreto 1151/2015, de 18 de diciembre.

PALABRAS CLAVE: Sociedades cooperativas, Entidad Asociativa Prioritaria, procedimiento de reconocimiento, Registro Nacional.

ABSTRACT

After the considerations of the Constitutional Court, in its Judgment 85/2015, of April 30, the Law 13/2013, of August 2, “*of promotion of integration of cooperatives and other associative entities with agribusiness character*”, is modified, across the Law 25/2015, of July 28, “*of mechanism of the second opportunity, reduction of the financial load and other measurements of social order*”. Therefore it becomes necessary to adapt the 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 Law 13/2013*”; adaptation that will take place by means of the Royal Decree 1151/2015, of December 18.

KEYWORDS: Cooperative societies, Priority Associative Entity, recognition procedure, National Register.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA LEY 13/2013, DE 2 DE AGOSTO, Y EL REAL DECRETO 550/2014, DE 27 DE JUNIO. 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 85/2015, DE 30 DE ABRIL, Y SUS CONSECUENCIAS: LA LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO. 3. LA ADAPTACIÓN DEL REAL DECRETO 550/2014: EL REAL DECRETO 1151/2015

CONTENTS: 1. GENERAL EXPOSITION: THE LAW 13/2013, OF AUGUST 2, AND THE ROYAL DECREE 550/2014, OF JUNE 27. 2. THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT 85/2015, OF APRIL 30, AND ITS CONSEQUENCES: THE LAW 25/2015, OF JULY 28. 3. THE ADAPTATION OF THE ROYAL DECREE 550/2014: THE ROYAL DECREE 1151/2015

I PLANTEAMIENTO GENERAL: LA LEY 13/2013, DE 2 DE AGOSTO, Y EL REAL DECRETO 550/2014, DE 27 DE JUNIO

El asociacionismo agrario, como fenómeno general, y las cooperativas, en particular, han sido y son protagonistas del gran cambio experimentado en el sector agroalimentario español, contribuyendo a la vertebración del territorio al dar continuidad a la actividad agraria, fomentando el empleo rural, y presentando una especial capacidad para ser motor de desarrollo económico y social, favoreciendo, en definitiva, la viabilidad y sostenibilidad de nuestras zonas rurales.

Se trata, sin embargo, de un sector que se caracteriza por una fuerte atomización, que está provocando que las entidades que forman parte del mismo, incluso las mejor estructuradas, no vean rentabilizados sus esfuerzos e inversiones. Parece necesario, en este sentido, poner en marcha medidas que fomenten la integración y la potenciación de grupos comercializadores de base cooperativa y asociativa, con implantación y ámbito de actuación superior al de una comunidad autónoma, que resulten capaces de operar en toda la cadena agroalimentaria, y que contribuyan a mejorar la renta de los agricultores, consolidando así un tejido industrial agroalimentario en las zonas rurales.

El impulso y el fomento de la integración de entidades asociativas agroalimentarias constituyen unas herramientas de gran importancia para favorecer su competitividad, redimensionamiento, modernización e internacionalización. No cabe duda de que el fortalecimiento de las estructuras asociativas y el incremento de su dimensión facilitarán el desarrollo de la innovación y la incorporación de nuevas tecnologías, aumentará su productividad y eficiencia y mejorará su capacidad de competir más eficazmente, tanto en el mercado nacional como en los mercados internacionales.

Pues bien, con este planteamiento, en parte expresamente recogido en su Preámbulo, fue aprobada la Ley 13/2013, de 2 de agosto, “*de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario*”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. Tras definir esta nueva figura, en esta Ley 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.

En cumplimiento del mandato previsto en esta Ley, y en desarrollo de la misma, se aprobó el Real Decreto 550/2014, de 27 de junio, “*por el que se desarrollan los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias y para su inscripción y baja en el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias, previsto en la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario*”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 y baja en el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias.

2 LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 85/2015, DE 30 DE ABRIL, Y SUS CONSECUENCIAS: LA LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO

Con anterioridad al Real Decreto 550/2014, concretamente el 25 de octubre de 2013, mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Constitucional, el Abogado de la Generalitat de Cataluña, en la representación que ostenta, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 3, apartados 2 y 3 («*condiciones para el reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias*»), y 5 («*creación y funcionamiento del Registro Nacional de Entidades As-*

² Boletín Oficial del Estado del 3 de agosto de 2013; corrección de errores en el de 18 de septiembre. Sobre esta Ley, *vid.* CABELLO LÓPEZ, M. L., “A Lei de Fomento da Integración de Cooperativas e doutras Entidades Asociativas de carácter agroalimentario”, *CES* 35 (2012-2013), págs. 97 y sigs.

³ Boletín Oficial del Estado del 17 de julio de 2014. Sobre este Real Decreto, *vid.* CABELLO LÓPEZ, M. L., “Requisitos y procedimiento para el reconocimiento, la inscripción y la baja en su Registro, de las Entidades Asociativas Prioritarias, previstas en la Ley de Fomento de la Integración de Cooperativas y de otras Entidades Asociativas de carácter agroalimentario”, *CES* 37 (2014-2015), págs. 423 y sigs.

ciativas Prioritarias») de la citada Ley 13/2013, “*de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario*”.

El Abogado de la Generalitat de Cataluña, tras poner de manifiesto que la materia concernida es la agricultura, en su consideración como sector de la actividad económica en el que se persigue realizar una actividad de fomento estatal, recordó la competencia exclusiva autonómica en agricultura y ganadería en los términos del artículo 116, apartado 1, del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En este sentido, con argumento en dos Sentencias del Tribunal Constitucional⁴, consideró que no resultaba justificada la atribución en exclusiva a las instancias administrativas estatales de la realización de las funciones de carácter ejecutivo previstas en la Ley13/2013, pues el sector agroalimentario (agrario y ganadero) está materialmente atribuido a la competencia exclusiva autonómica.

De acuerdo con lo anterior, las cuestiones impugnadas se concretaron en la centralización de las funciones ejecutivas en el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente que prevén los artículos 3, apartados 2 y 3⁵, y 5⁶

⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional 104/2013, de 25 de abril (Boletín Oficial del Estado del 23 de mayo de 2013), y 135/2012, de 19 de junio (Boletín Oficial del Estado del 9 de julio de 2012).

⁵ El Abogado de la Generalitat estimó inconstitucional la atribución a la Administración del Estado de la realización de las funciones ejecutivas relativas al reconocimiento, control y registro de las Entidades Asociativas Prioritarias que se deriva de los apartados 2 y 3 del artículo 3 y del artículo 5 de la Ley 13/2013. El artículo 3, apartado 2, atribuye al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente la facultad para realizar el reconocimiento de la condición de Entidad Asociativa Prioritaria, a solicitud de la interesada y de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente. Por tanto, se trata de una función ejecutiva que tiene como objeto permitir que la entidad afectada pueda participar en todos los procesos de convocatoria de las ayudas públicas a los que se refiere la Ley, disfrutando de una situación de preferencia. A continuación, el artículo 3, apartado 3, establece que las entidades asociativas agroalimentarias reconocidas como Prioritarias, las entidades que las integren, así como los productores que formen parte de las mismas, no podrán beneficiarse de las ayudas si no cumplen los requisitos exigidos para mantener su condición y acreditan su mantenimiento. De ello deduce el Abogado que el artículo 3, apartado 3, atribuye tácitamente al Ministerio la función ejecutiva relativa al seguimiento y control de las entidades por él reconocidas como Entidades Prioritarias en orden a que acrediten que mantienen los requisitos para serlo. Con la citada regulación se produce, a su juicio, el inconstitucional resultado de que las cooperativas y entidades agrarias que se integren en entidades de ámbito supraautonómico pasen a depender de la Administración del Estado, lo que va en contra del bloque de la constitucionalidad, que atribuye a las Comunidades Autónomas las competencias de carácter ejecutivo en esta materia, en relación con las cooperativas y entidades agrarias del respectivo territorio. Esta centralización no cumpliría, a juicio del Abogado de la Generalitat, los requisitos exigidos para el desdoblamiento autonómico de la función ejecutiva, de manera que la Comunidad Autónoma debe poder ejercer las facultades de gestión y ejecución con respecto a las entidades que operan en el sector agroalimentario, lo que incluye “*la aplicación de la legislación estatal con la finalidad de llevar a cabo el reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias*” [cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2015, de 30 de abril (Boletín Oficial del Estado del 8 de junio de 2015)].

⁶ En cuanto al artículo 5, en la demanda se consideraba que con él se crea un nuevo registro en el que deberán inscribirse las entidades que sean reconocidas como Prioritarias, en aplicación de lo dis-

por no ajustarse a los límites que para el artículo 149, apartado 1, 13.^a de la Constitución Española⁷ derivan tanto del bloque de la constitucionalidad como de la propia jurisprudencia, siendo uno de dichos límites el ejercicio de las funciones ejecutivas de gestión por las Comunidades Autónomas que resultan competentes en razón de la materia afectada, cuando su traslado a instancias estatales no resulte indispensable para la obtención de los objetivos perseguidos, sin que dicho traslado pueda justificarse tampoco en la finalidad de fomento de la norma, pues la potestad de gasto del Estado no es un título atributivo de competencias, ni tampoco lo es la supraterritorialidad que se prevé en los artículos 1 y 3, apartado 1 b), de la Ley 13/2013, al exigir que las Entidades Asociativas Prioritarias deban “*tener implantación y un ámbito de actuación económico que sean de carácter supraautonómico*”⁸.

Pues bien, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 85/2015, de 30 de abril⁹, ha anulado el apartado 2 del artículo 3 y eliminado la referencia “*al Ministerio*” en los apartados 3 y 4 del artículo 5, de la citada Ley 13/2013, de 2 de agosto. En esta Sentencia el Tribunal Constitucional no cuestiona el uso del título competencial del artículo 149, apartado 1, 13.^a de la Constitución Española, sino que a través de él no se haya justificado la asunción de funciones ejecutivas por la Administración General del Estado en base a la supraterritorialidad y la exclusión de las

puesto en la misma Ley y en el futuro reglamento que la desarrolle. El sistema registral de naturaleza administrativa que establece el precepto se configura así en torno a la relación entre el Ministerio y las entidades del sector reconocidas como Prioritarias, pero no distingue en su ámbito de aplicación sino que comprende todas las entidades asociativas que reúnan esta condición, con independencia del hecho de que desarrollen principalmente su actividad en una Comunidad Autónoma concreta. De la misma manera que en el artículo 3 se determina que el reconocimiento corresponderá a la Administración estatal, en el artículo 5 el conjunto de funciones de inscripción, comunicación, mantenimiento y actualización de los datos registrales se atribuye a esa misma Administración, que operará como único enlace con las entidades del sector que obtengan el carácter Prioritario. Esta configuración, a juicio del Abogado de la Generalitat, omite cualquier tipo de intervención autonómica sin aportar ningún elemento del que se deduzca la necesidad de centralizar las funciones ejecutivas de carácter registral. En la demanda cita la Doctrina Constitucional en materia de registros administrativos y concluye que el artículo 5 de la Ley 13/2013. “*puesto que centraliza las funciones registrales de naturaleza ejecutiva en la Administración estatal, sin motivo que justifique la necesidad imprescindible de hacerlo para la consecución de la finalidad de la Ley, vulnera las competencias de la Generalitat según dispone el artículo 116.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Todo ello, sin perjuicio del lógico deber de comunicación de la información a efectos de la debida colaboración interadministrativa*” (cfr. la Sentencia del Tribunal constitucional 85/2015, de 30 de abril).

⁷ “*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*”.

⁸ Con cita de la Doctrina de las Sentencias del Tribunal Constitucional 38/2012, de 26 de marzo (Boletín Oficial del Estado del 27 de abril de 2012), y 194/2011, de 13 de diciembre (Boletín Oficial del Estado del 11 de enero de 2012).

⁹ Boletín Oficial del Estado del 8 de junio de 2015.

Comunidades Autónomas en relación al procedimiento de reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias.

En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional ya mencionada, una vez justificada en las Cortes Generales la necesidad de asunción por el Estado de tales funciones ejecutivas, al no resultar posible fijar un punto de conexión territorial, dada la estructura, naturaleza y dimensión de las estructuras organizativas que se trata de promover, y atendiendo a los fundamentos jurídicos de la Sentencia, se procedió a modificar la citada Ley 13/2013, dando cauce de participación a las Comunidades Autónomas en la fase de reconocimiento mediante su consulta.

Es precisamente en la Ley 25/2015, de 28 de julio, “*de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*”¹⁰, en su disposición final décima, donde se incorporó una modificación de la Ley 13/2013, a los efectos de adecuar el texto de esta Ley al contenido de la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2015, de 30 de abril, facilitando la participación, mediante su consulta, de las Comunidades Autónomas afectadas territorialmente en el procedimiento de reconocimiento realizado por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, quedando, a su vez, informadas sobre las modificaciones de las condiciones de reconocimiento, y simplificando el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias.

En concreto, con esta norma se modifica el artículo 3 de la Ley 13/2013, recogiendo la previa consulta a las Comunidades Autónomas afectadas por su carácter supra-autonómico, y estableciendo la obligación de los responsables de las Entidades Asociativas Prioritarias de comunicar al Ministerio los cambios que pudieran afectar a su condición de Prioritarias cuando se produzcan, así como a las Comunidades Autónomas afectadas por su carácter supra-autonómico. También se modifica su artículo 5, por el que se crea en el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, con carácter informativo, adscrito a la Dirección General de la Industria Alimentaria, un Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias, en el que se inscribirán las entidades de esta naturaleza reconocidas de acuerdo con lo establecido en la citada Ley y en su Reglamento de desarrollo.

3 LA ADAPTACIÓN DEL REAL DECRETO 550/2014: EL REAL DECRETO 1151/2015

Teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto resulta fácil concluir que resulta inexcusable adaptar la actual regulación prevista en el ya citado Real Decreto 550/2014, de 27 de junio, a la nueva normativa que modifica la Ley 13/2013, de 2 de agosto; adaptación que tendrá lugar mediante el Real Decreto 1151/2015,

¹⁰ Boletín Oficial del Estado del 29 de julio de 2015.

de 18 de diciembre, “*por el que se modifican el Real Decreto 550/2014, de 27 de junio, por el que se desarrollan los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias y para su inscripción y baja en el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias, previsto en la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario, y el Real Decreto 1079/2014, de 19 de diciembre, para la aplicación de las medidas del programa de apoyo 2014-2018 al sector vitivinícola*”¹¹.

En particular, mediante el artículo primero se procede a dar una nueva redacción a los artículos 5, 7 y 8 del Real Decreto 550/2014. Así, atendiendo a los fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2015, se incluye la participación de las Comunidades Autónomas afectadas territorialmente en la fase o procedimiento de reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias, y se refleja la naturaleza jurídica del Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias con carácter meramente informativo.

Igualmente, y a modo de mejora técnica, fruto de la experiencia en su gestión y para mayor claridad y seguridad jurídica de los interesados, se introduce, en el artículo 3 del Real Decreto 550/2014, una precisión de la información a suministrar en el caso de reconocimientos genéricos, relativa a los productos para los que se solicita reconocimiento.

¹¹ Boletín Oficial del Estado del 19 de diciembre de 2015. Por exceder claramente del objeto de estas líneas, no aludimos en esta ocasión a la modificación de los artículos 58 y 96 del Real Decreto 1079/2014, de 19 de diciembre, “*para la aplicación de las medidas del programa de apoyo 2014-2018 al sector vitivinícola*” (Boletín Oficial del Estado del 20 de diciembre de 2014).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 395-403
ISSN: 1130-2682

COMENTARIO A LA LEY 31/2015, DE 9 DE SEPTIEMBRE,
POR LA QUE SE MODIFICA Y ACTUALIZA LA
NORMATIVA EN MATERIA DE AUTOEMPLEO, Y SE
ADOPTAN MEDIDAS DE FOMENTO Y PROMOCIÓN DEL
TRABAJO AUTÓNOMO Y DE LA ECONOMÍA SOCIAL

*COMMENT TO THE LAW 31/2015, SEPTEMBER 9TH,
THAT MODIFIES AND UPDATES THE REGULATION
FOR AUTO EMPLOYMENT, AND THERE ARE ADOPTED
MEASURES OF PROMOTION AND PROMOTION OF THE
AUTONOMOUS WORK AND OF THE SOCIAL ECONOMY*

ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ¹

¹ 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 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo, y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, pretendió el impulso del autoempleo individual como colectivo y unificar la diversidad legislativa existente en esta materia. Se trata de una Ley de Economía Social y se centra en ámbitos laborales colectivos precisos como las cooperativas, las sociedades laborales, los centros especiales de empleo, las empresas de inserción, y los empleados de las fundaciones, las asociaciones, las mutualidades y otras entidades que se enmarcan en la Economía Social. La Ley modificativa de la normativa de empleo en el marco de la Economía Social, se presentó en el año 2015 como un impulso unificador de la legislación existente en materia de autoempleo individual colectivo, con la unívoca pretensión de crear empleo estable, de calidad y en colectivos con mayores dificultades.

PALABRAS CLAVE: Ley economía social España

ABSTRACT

The Law 31/2015, of September 9, that modifies and updates the regulation of auto employment, adopted measures of promotion of the autonomous work and of the Social Economy. It tried the impulse of the individual as collective auto employment and to unify the legislative existing diversity in this matter. It is a question of a Law of Social Economy and labor, aimed at areas and precise groups like the cooperatives, the labor companies, the special centers of employment, the organizations of social insertion, and the employees of the foundations, the associations, the mutualities and other entities that place in the Social Economy. The modificative Law of the regulation of employment in the frame of the Social Economy, it appeared in the year 2015 as an impulse unifier of the existing legislation as for individual collective auto employment, with the univocal pretension to create stable employment, of quality and in groups with major difficulties.

KEYWORDS: social economy Spanish Law

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES. 2. LA LEY 31/2015. 3. REFLEXIONES FINALES

CONTENTS: 1. *PRECEDENTS*. 2. *THE LAW 31/2015*. 3. *FINAL REFLECTIONS*

I ANTECEDENTES

La Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo, y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, publicada en el Boletín Oficial del Estado n.º 217, el 10 de septiembre de 2015, Sección I. Página 79.824, pretende el impulso del autoempleo individual como colectivo y unificar la diversidad legislativa existente en esta materia. El primero es un objetivo que ha sido uno de los ejes centrales de las políticas en materia de empleo en los últimos años y, el segundo, una necesidad de la situación creada por la crisis económico y financiera.

Las políticas desarrolladas han dado lugar a diferentes actuaciones dirigidas a colectivos concretos como los trabajadores por cuenta propia, que en el último lustro ha superado los tres millones, lo que supone una magnitud que se acerca al 20 por ciento del total de los trabajadores dados de alta en la Seguridad Social. En consecuencia, el trabajo autónomo supone un relevante porcentaje del mercado de trabajo que, si bien, durante los años de crisis experimentó un significativo descenso,² ha demostrado una importante capacidad de recuperación.³ En realidad, la Ley 31/2015 que modifica la normativa de empleo en el marco de la Economía Social, y que comentamos, pretende poner en práctica una realidad constatada: los trabajadores por cuenta propia aglutinan un enorme potencial de generación de empleo.⁴ Es sabido que en España el tejido productivo se compone esencialmente de trabajadores por cuenta propia y por pequeñas y medianas empresas, ambos verdaderos generadores de empleo. Ello se ha manifestado en la legislación aprobada en el reciente pasado, entre otras, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que introdujo el contrato de Apoyo a los Emprendedores; la Estrategia de Emprendimiento y

² Entre enero de 2008 y diciembre de 2012 el número de autónomos afiliados a la Seguridad Social se redujo en 387.448 personas.

³ En 2014 el número de autónomos creció en 75.465 personas y entre diciembre de 2011 y diciembre de 2014 el número de trabajadores por cuenta propia ha registrado un incremento de 54.137 afiliados.

⁴ Entre 2012 y 2015 el número de asalariados contratados por autónomos se ha incrementado en un total de 95.145 personas, lo que representó un crecimiento del 14 por ciento.

Empleo Joven 2013-2016, que dio lugar a la puesta en marcha de la Tarifa Plana de 50 euros en la cotización a la Seguridad Social para nuevos autónomos; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización; o el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de Segunda Oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

Los autónomos y los emprendedores han ocupado, por tanto, un lugar destacado en las políticas legislativas de empleo en los últimos años. Unas políticas entre cuyos objetivos se encuentra también el fomento del emprendimiento colectivo y el apoyo e impulso a la

Economía Social, cuyas entidades a lo largo de la crisis económica han demostrado una importante capacidad para la creación y mantenimiento del empleo. Consciente de ello, el legislador en la Ley 31/2015, que modifica la normativa de empleo en el marco de la Economía Social y que comentamos, se dirige al ámbito laboral que identifica como Economía Social, y que concreta en cooperativas y sociedades laborales que dan empleo directo a casi 335.000 personas, a los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción que emplean a más de 75.000 trabajadores, y se dirige al resto de los empleos de la Economía Social como las fundaciones, las asociaciones, las mutualidades o, por ejemplo, las cofradías de pescadores. La Ley define este empleo como estable, señalando en el Preámbulo que entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto trimestre de 2013, la destrucción de empleo en las cooperativas ha sido casi seis puntos inferior en términos de afiliación a la Seguridad Social al del resto de las empresas.⁵

Existe consenso doctrinal en que la Economía Social, además de fuente de creación de empleo estable y de calidad no deslocalizable, es una importante fórmula de acceso al empleo para aquellos que, por sus especiales circunstancias, encuentran mayores dificultades de inserción laboral, o que se encuentran en riesgo de exclusión social. En este sentido, la Ley que comentamos, en su espíritu, constituye un elemento relevante de cohesión social, que se presenta como una necesidad tras la larga crisis económica y financiera.

2 LA LEY 31/2015

Las políticas públicas de empleo de los últimos años han dado lugar a la configuración de un nuevo escenario que aumenta, si cabe, la ya detectada necesidad de actualización y sistematización de la normativa existente en materia de autoempleo y en el ámbito de la Economía Social, ya que desde la aprobación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo y de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, y la aplicación en la práctica de sus preceptos,

⁵ Las entidades de la Economía Social han tenido un buen comportamiento, en términos de empleo, desde el inicio de la recuperación. En 2014, y después de 11 trimestres consecutivos de caída, las cooperativas han creado empleo en términos interanuales.

la pluralidad normativa ha constatado la existencia de regulación ineficaz o susceptible de mejora o de desarrollo.

Resultaba necesario, y eso es lo que hace la Ley 31/2015 que comentamos, sistematizar el marco vigente de incentivos al trabajo autónomo y a la Economía Social, reuniendo en un solo texto las medidas e incentivos establecidos en favor de estos colectivos, mejorando, armonizando y ampliando los ya existentes, e implementando otros nuevos. Ya la Ley 20/2007, de 11 de julio, en su artículo 27, prevé que los poderes públicos adoptarán políticas de fomento del trabajo autónomo dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, lo cual se ve reforzado por las disposiciones finales segunda y tercera del mismo cuerpo legal, que facultan al Gobierno para dictar las medidas necesarias para que se logre la convergencia en aportaciones y derechos de los trabajadores autónomos, en relación con los establecidos para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, así como cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de dicha Ley.

No podemos obviar que en el ámbito de la Economía Social la propia Constitución Española, en el apartado 2 del artículo 129, recoge el mandato de que *“los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas”*, o lo establecido en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, que, en su disposición adicional cuarta, recoge la necesidad de que el Gobierno integre a las empresas de la Economía Social en las estrategias para la mejora de la productividad y, en su disposición final segunda, habilita al Gobierno para dictar las disposiciones de aplicación y desarrollo de dicha norma.

De igual modo, el artículo 121 del Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, habilita al Gobierno a llevar a cabo una reordenación normativa de los incentivos al autoempleo en el ámbito de empleo y Seguridad Social. Con este fin sugiere que se incluyan en una sola disposición todos los incentivos y las bonificaciones y reducciones en la cotización a la Seguridad Social.

Así, en el ámbito específico del trabajo autónomo, la normativa citada introduce nuevos incentivos y bonificaciones en la cotización al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, mejorando algunos de los ya existentes, al tiempo que se unifica en un único texto los incentivos al autoempleo, para dotar de transparencia y mayor seguridad jurídica al marco regulatorio vigente.

La Ley 31/2015 que comentamos, que modifica la normativa de empleo en el marco de la Economía Social es un nuevo impulso en la promoción de políticas de apoyo y reconocimiento a las empresas de inserción y a los centros especiales de empleo, como entidades prestadoras de servicios de interés económico general.

Este reconocimiento supone que las subvenciones concedidas a estas entidades deben estar sometidas al al Reglamento 360/2012 de la Comisión, de 25 de abril de 2012, y puedan alcanzar los 500.000 euros en un período de tres años, cuando hasta entonces el máximo era de 200.000 euros en el mismo periodo.⁶

La referida Ley objeto de análisis, incorpora nuevas actuaciones como la creación de incentivos para facilitar el tránsito de los trabajadores desde el empleo protegido a la empresa ordinaria, así como otras medidas destinadas a fomentar el impulso y mantenimiento del autoempleo en su vertiente colectiva, como la ampliación de las posibilidades de capitalización de la prestación por desempleo para la participación en sociedades cooperativas, o las ayudas a la contratación para la sustitución de socios de dicho tipo de sociedades. En esencia, se trata de medidas legislativas que coadyuvan a reforzar políticas públicas en materia de autoempleo y empleo colectivo social.

Dicha política, como se sabe, se articula en torno a tres ejes: impulsar el autoempleo, individual o colectivo; apoyar a aquellos que ya han emprendido, para que puedan consolidar y hacer crecer sus proyectos; y avanzar en la mejora de la protección social de los autónomos, con el objetivo de salvar la brecha que existe entre los trabajadores por cuenta propia y los trabajadores asalariados.

La Ley que comentamos constituye, como señala su Preámbulo “*la cristalización de los objetivos*” a los que se refiere, dado que para su elaboración se ha consultado a las asociaciones intersectoriales representativas del trabajo autónomo y de la economía social, así como a las organizaciones sindicales y empresariales.

En lo que se refiere a la estructura del cuerpo normativo, La Ley 31/2015 consta de seis artículos, una disposición adicional única, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. El artículo primero desarrolla las modificaciones incluidas en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, e incluye las novedades que se introducen en la ley, mediante catorce apartados. Este primer artículo procede a la actualización de la normativa del trabajo autónomo, adaptándola a las novedades legislativas que afectan a los trabajadores por cuenta propia, a la vez que se modifican aquellos aspectos que se consideran susceptibles de mejora. En este ámbito se considera necesario destacar la autorización a los Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes, para la contratación de trabajadores por cuenta ajena, en aquellos supuestos en los que la interrupción de la actividad por causas vinculadas a la conciliación de su actividad profesional con su vida familiar, pudiese ocasionar la resolución del contrato con su cliente. De esta manera, se viene a subsanar la falta de protección existente respecto a aspectos relativos a la conciliación de la vida

⁶ Esta ha sido una acción respaldada por la propia Comisión Europea, al considerar que la inclusión social y laboral es un Servicio de Interés Económico General, y que estas entidades deben centrar su actividad en los colectivos más desfavorecidos y en torno al concepto del empleo protegido.

profesional y personal de este colectivo de profesionales, toda vez que venía permitiéndose resolver el contrato suscrito entre el trabajador autónomo y su cliente, por voluntad de este, en supuestos de maternidad y paternidad del trabajador por cuenta propia, siempre y cuando supusiese un perjuicio importante para el cliente.

La medida legislativa que comentamos, la Ley 31/2015, promulga la capacidad auto organizativa del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente, dando un paso más en su diferenciación respecto al trabajador por cuenta ajena, eliminando así los posibles espacios de difícil delimitación entre ambas categorías. Respondiendo a la necesidad de unificar en un texto normativo el conjunto de medidas de fomento del trabajo autónomo.⁷

La Ley 31/2015, que modifica la normativa de empleo en el marco de la Economía Social, introduce la modificación de las medidas de fomento del autoempleo a través de la prestación por desempleo, con el objeto no sólo de facilitar al trabajador por cuenta propia el inicio de la actividad, sino también garantizarle que, en caso de la no viabilidad de su empresa profesional, dispondrá de la protección por desempleo que dejó de percibir al causar alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social.

El artículo segundo de la Ley 31/2015 referida, modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con la misma filosofía que preside la presente norma, esto es, el fomento del autoempleo, al adoptar medidas que permitan la suspensión de la prestación por desempleo durante un periodo más amplio que el existente hasta entonces, en aquellos supuestos en los que se desarrolle un trabajo por cuenta propia.

Por su parte, el artículo tercero tiene como objeto la modificación de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, para incluir incentivos a la contratación de personas que, por su situación tengan un menor índice de acceso al mercado laboral. Además, se unifican en esta norma las distintas medidas de capitalización de desempleo y bonificación, en contratos de interinidad previstos para sujetos de la Economía Social.

En el artículo cuarto se modifica la disposición adicional quinta del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto

⁷ La Ley que comentamos tiene entre sus objetivos principales unificar, clarificar y mejorar la promoción del trabajo por cuenta propia. Así, es destacable la mayor claridad respecto a la cuota a ingresar por el trabajador autónomo en aquellos supuestos en los que durante el inicio de su actividad, se acoja a la denominada "Tarifa Plana para autónomos", al fijarse no como un porcentaje, sino como una cantidad fija y estable, que permita al profesional conocer en todo momento, y con seguridad y certeza, la cuantía a satisfacer, sin hacerla depender de las posibles modificaciones en las bases y los tipos de cotización durante el disfrute de esta medida. Además, se prevé la posibilidad de actualización de esta cifra a través de las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado, con el objeto de poder adecuarla a las circunstancias de cada momento.

Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, para permitir la reserva de la participación en procedimientos de adjudicación de contratos a las empresas de inserción. Y, en el quinto, se modifica la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, relativa a las bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad, dándole nueva redacción.

Por su parte, y como último artículo, el sexto modifica la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, incorporando un nuevo párrafo tercero al apartado 5 del artículo 2, estableciéndose un nuevo incentivo para el supuesto de contratación de personas en situación de exclusión social, por empresas que no tengan la condición de empresas de inserción ni de centros especiales de empleo, cuando dichos trabajadores han prestado sus servicios para una empresa de inserción.

La disposición adicional única de la Ley 31/2015, prevé que las medidas desarrolladas en esta norma no supondrán un incremento de gastos de personal para llevarlas a cabo, dada la situación económica.

En las disposiciones transitorias se recogen relevantes aspectos, en concreto en la disposición transitoria primera se prevé la transitoriedad de las medidas de fomento del autoempleo que se vienen disfrutando, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2015 y que son objeto de modificación, además de permitir a sus beneficiarios el disfrute de las mejoras previstas en las modificaciones respecto a la regulación anterior. La disposición transitoria segunda prevé la aplicación de los nuevos plazos previstos para la suspensión de la prestación por desempleo a aquellos beneficiarios que, a la entrada en vigor de la ley 31/2015, tuviesen suspendida dicha prestación por la realización de un trabajo por cuenta propia.

Por su parte la disposición derogatoria única prevé la derogación de determinadas disposiciones, al objeto de adaptar la legislación vigente a lo dispuesto en el proyecto; y la disposición final primera prevé el título competencial, en virtud del cual se dicta la hoy comentada Ley 31/2015. La disposición final segunda establece la entrada en vigor de la Ley, las modificaciones de la Ley 20/2007, de 11 de julio, y del Estatuto del Trabajo Autónomo.

Por último, es preciso mencionar que la Ley 31/2015 ha necesitado de una corrección legislativa de errores, publicada en el Boletín Oficial del Estado n.º 12, el 14 de enero de 2016, en la que se enmiendan hasta 12 errores significativos, y que han de ser tenido en cuenta en su estudio e implementación como política pública.

3 REFLEXIONES FINALES

Así, y a modo de conclusiones, la Ley 31/2015 que comentamos, lo es de Economía Social y se centra en ámbitos laborales colectivos precisos como las cooperativas, las sociedades laborales, los centros especiales de empleo, las empresas de inserción, y los empleados de las fundaciones, las asociaciones, las mutualidades y otras entidades que se enmarcan en la Economía Social. La Ley modificativa de la normativa de empleo en el marco de la Economía Social, se presentó en el año 2015 como un impulso unificador de la legislación existente en materia de autoempleo individual colectivo, con la unívoca pretensión de crear empleo estable, de calidad y en colectivos con mayores dificultades.

La Ley que comentamos indefectiblemente fomenta el trabajo autónomo, siendo consciente de que representa una relevante parte del mercado de trabajo y que, en la actualidad y tras la crisis, está dando muestras de una alta capacidad de recuperación y un alto potencial de creación de empleo. Se enmarca, pues, entre las políticas de empleo de los últimos años, cuyos objetivos siempre han tenido en cuenta, en mayor o menor grado, con mayor o menor acierto, el emprendimiento colectivo y el apoyo de la Economía Social. Políticas Públicas no exentas de dificultades en su implementación y que no siempre han sido productivas, sino sociales, y que, como ha sido el presente caso, no han podido dotarse del suficiente impulso económico presupuestario, dado el marco temporal de salida de crisis y de reducción del gasto, que imperaba en el momento de su aprobación y en la actualidad.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), págs. 405-414
ISSN: 1130-2682

LA NUEVA LEY DE COOPERATIVAS DE CATALUÑA

A NEW COOPERATIVES ACT IN CATALONIA

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ¹

¹ Dr. en Derecho. Miembro del IDIUS y el CERGI, de la USC. Dirección de correo electrónico: jarmiguez@gmail.com.

RESUMEN

La Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas es la tercera ley dedicada a la regulación de estas sociedades de economía social en la Comunidad Autónoma de Cataluña. Esta nueva regulación incorpora interesantes aportaciones a su régimen jurídico, con las que se trata de dar respuesta a cinco objetivos básicos: 1) Fomentar la creación de nuevas cooperativas y la consolidación de las ya existentes; 2) Simplificar y eliminar cargas administrativas; 3) Reforzar las fuentes de financiación de cooperativas; 4) Mejorar la gestión empresarial de las cooperativas y 5) Lograr un mayor dimensionamiento del mundo cooperativo.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas, economía social, Responsabilidad limitada.

ABSTRACT

The Cooperatives Act 12/2015, of July 9, is the third one dedicated to the regulation of these social economy companies in Catalonia, one of the seventeen Autonomous Governments of Spain. This new regulatory framework incorporates interesting contributions to their legal status, and its development tries to answer five basic objectives: 1) To promote the creation of new cooperatives and consolidation of existing ones; 2) Simplify and eliminate administrative burdens; 3) Strengthen cooperative funding sources; 4) Improve the business management of cooperatives and 5) To achieve greater dimensioning of cooperatives.

KEY WORDS: Cooperatives, Social Economy, Limited Liability.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 2. LOS OBJETIVOS DEL NUEVO CAMBIO NORMATIVO. 3. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA NUEVA LEY DE COOPERATIVAS DE CATALUÑA. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN O VALORACIÓN GLOBAL

SUMMARY: 1. PRESENTATION. 2. THE OBJECTIVES OF THE NEW REGULATORY CHANGE. 3. MAIN INNOVATIONS OF THE NEW COOPERATIVES ACT OF CATALONIA. 4. CONCLUSION OR OVERALL ASSESSMENT

I PRESENTACIÓN

El BOE núm. 194, de 14 de agosto de 2015² publicaba la nueva Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas (en adelante, «Ley 12/2015» o «LCC»), aprobada por el Parlamento de Cataluña³, que como su predecesora, la Ley 18/2002, de 5 de julio, de cooperativas, abandona la precisión «de Cataluña» o de «la Comunidad Autónoma de Cataluña», algo no infrecuente en la legislación autonómica, que como el abandono del término «general» de la legislación estatal en la materia, no facilita, sin duda, la comprensión de un ámbito normativo como el cooperativo que en España viene siendo especialmente prolífico⁴.

La nueva norma, que se adopta en desarrollo del Artículo 124 del vigente Estatuto de autonomía de dicha Comunidad Autónoma⁵, que atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de cooperativas, desarrollando de manera pormenorizada el alcance de dicha competencia exclusiva, tanto en materia de cooperativas probamente dichas, como de la denominada «Economía Social», se compone de 194 artículos, distribuidos en cinco títulos, siete disposiciones adicionales, seis transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales.

² Corrección de errores, BOE núm. 97, de 22 de abril de 2016. El alcance de la corrección se limita a la redacción del apartado 3 del Artículo 143 (Consideración de una cooperativa como de iniciativa social).

³ DOGC núm. 6914 de 16 de Julio de 2015.

⁴ Se trata de la tercera vez que el Legislador autonómico catalán acomete la regulación de esta materia adoptando norma con rango de Ley, pues esta ley fue precedida por Ley 4/1983, de 9 de marzo, de cooperativas de Cataluña y la Ley 18/2002, de 5 de julio, de cooperativas. No se trata, sin embargo, en algo excepcional en el ámbito del cooperativismo en España, ya que, por ejemplo, Andalucía, antes de la vigente Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, había adoptado también dos leyes, la Ley 2/1985, de 2 de mayo, y la Ley 2/1999, de 31 de marzo, ambas, de Sociedades Cooperativas Andaluzas.

⁵ Cfr. Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña BOE núm. 172 de 20 de julio de 2001.

2 LOS OBJETIVOS DEL NUEVO CAMBIO NORMATIVO

La publicación de esta nueva norma se justifica, como se declara en su Preámbulo, «no obstante» no haber transcurrido diez años desde que se aprobó la Ley 18/2002, en la «nueva realidad social y económica en la que las empresas cooperativas deben operar» que aconsejaría «una nueva revisión normativa, justificada para configurar el marco jurídico cooperativo catalán como un régimen jurídico flexible con diferentes alternativas empresariales, a fin de que cada empresa cooperativa pueda escoger la fórmula que mejor se adapte a su realidad y la haga más competitiva en el mercado.»

Su elaboración trata de dar respuesta a cinco objetivos básicos: 1) Fomentar la creación de nuevas cooperativas y la consolidación de las ya existentes; 2) Simplificar y eliminar cargas administrativas; 3) Reforzar las fuentes de financiación de cooperativas; 4) Mejorar la gestión empresarial de las cooperativas y 5) Lograr un mayor dimensionamiento del mundo cooperativo.

Para conseguirlo, se incorporan numerosas innovaciones, que de manera resumida vamos a exponer a continuación de manera resumida⁶.

3 PRINCIPALES NOVEDADES DE LA NUEVA LEY DE COOPERATIVAS DE CATALUÑA

La Ley 12/2015 incorpora interesantes cambios en la legislación catalana de cooperativas, para exposición utilizaremos la actual sistemática del texto, opción que consideramos más útil que la de tratar de jerarquizar su grado de interés o importancia.

La mayoría de las novedades se introducen en el extenso Título I («De las sociedades cooperativas»), en el que, a lo largo de 11 capítulos, —varios de ellos divisados en secciones— y con un total de 144 artículos se establece la nueva regulación sustantiva de las cooperativas catalanas. Debemos precisar que, de acuerdo con el Artículo 3 LCC («Ámbito de aplicación»), esta regulación es de aplicación a las cooperativas «que llevan a cabo principalmente en Cataluña su actividad, cooperativizada con sus respectivos socios, sin perjuicio de la actividad con terceras personas o de la actividad instrumental o personal accesoria que puedan realizar fuera de Cataluña.»

⁶ Completamos, en este punto, las interesantes aportaciones que del comentario de esta norma se hace en DURÁM-SINDEU, «La nueva Ley de Cooperativas Catalanas», en <<http://www.duransindreu.com/la-nueva-ley-de-cooperativas-catalanas/>>.

3.1. Disposiciones generales

a) El “Sitio web corporativo”

La primera de las novedades se introduce ya en el Capítulo I («Disposiciones generales») tiene como objetivo la incorporación de las cooperativas catalanas en la llamada «Sociedad de la Información», al regularse los efectos de la creación de un “Sitio web corporativo”, atribuyéndole diversas funciones en materia de publicidad y dotando de seguridad y autenticidad a sus contenidos, una vez inscrita en el Registro de Cooperativas (cfr. Artículos 7 y 8 LCC). Se produce así una cierta asimilación con la figura de la «sede electrónica» que en materia de sociedades de capital es también voluntaria, desde 2011, salvo para las cotizadas (cfr. Artículos 11bis a 11 *quáter* LSC). En la misma línea, se regulan las c Comunicaciones por medios electrónicos (cfr. Artículo 9 LCC).

b) Régimen social

En lo relativo al «Régimen social» (Capítulo III), la novedades son diversas y de calado. Por una parte, se admite que puedan adquirir la condición de socio las comunidades de bienes, «salvo que por la clase de cooperativa de que se trate o por la actividad cooperativizada no se admita alguna de ellas y las «herencias yacentes, en el caso de socios colaboradores, de acuerdo con lo establecido por el artículo 26.3.» referencia esta última a la figura de los «socios colaboradores» (cfr. Artículo 22.1.c y d. LCC).

Se regula *ex novo* la figura del «socio temporal» (cfr. Artículo 27 LCC), con una duración máxima de cinco años.

Respecto de la «Admisión como socio» o la denegación de tal condición (cfr. Artículo 29 LCC), se prevé no sólo que se deba dar cuenta a la Asamblea General, sino que se establece un régimen de silencio positivo de tres meses («Transcurrido el plazo de tres meses sin haber notificado la resolución a la persona interesada, la solicitud se entiende estimada». cfr. Artículo 29.2 *in fine* LCC).

La Ley 12/2015 entra también en el delicado tema de la «Baja voluntaria» (cfr. Artículo 31 LCC). En este delicado tema se acota temporalmente (la LCC prevé cinco años, según o el plazo que determinen los Estatutos o el Reglamento de Régimen Interno) la actividad cooperativizada a considerar para determinar, cuando así lo prevean los Estatutos Sociales, la responsabilidad de los socios que se den de baja de la cooperativa en cuanto a las inversiones hechas y no amortizadas por la cooperativa.

c) *De la sociedad*

En materia de órganos sociales («Capítulo IV. Órganos de la sociedad»), las novedades son diversas y se incluyen en las correspondientes secciones dedicadas a cada uno de ellos.

En lo que respecta a la Asamblea General («Sección primera. La asamblea general»), las novedades se centran, por una parte, en el refuerzo de la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos relativos a la creación, incorporación o separación de una cooperativa de segundo grado, que es ahora de dos tercios de los votos de los asistentes (cfr. Artículo 43.4 LCC). En relación con las convocatorias (cfr. Artículo 44.4 LCC) se admite que la Asamblea General pueda celebrarse fuera del propio domicilio de la cooperativa, siempre que sea dentro de correspondiente término municipal.

En línea con la adaptación a las nuevas técnicas de la sociedad de la información, ya aludida, el nuevo Artículo 46 LCC, destinado a la «Constitución de la asamblea» admite que las Asambleas Generales se celebren mediante videoconferencia u otros medios de comunicación, determinando un marco mínimo legal para la aplicación de los mismos (en el mismo sentido, para el Consejo Rector, vid. Artículo 57 LCC).

Respecto de la toma de acuerdos, el nuevo Artículo 47 LCC («Adopción de acuerdos»), define qué se entiende por «mayoría simple» a tal efecto. Conforme al Artículo 47.1 *in fine* LCC: «Se entiende que existe mayoría simple si los votos a favor superan los votos en contra, sin contar las abstenciones, los votos en blanco ni los nulos.». Aunque pueda considerarse una mención innecesaria, pero sin duda contribuye a dotar de claridad al sistema y evitar eventuales conflictos, tras los que debe estar, precisamente, la inclusión de esta definición.

El ejercicio del derecho de voto es también objeto de atención por el legislador catalán, introduciendo como novedad en el Artículo 48.2 LCC («Derecho a voto») que «2. La cooperativa debe poner a disposición de sus socios la información sobre el número de votos sociales que corresponde a cada socio, o bien en el sitio web corporativo o bien en el domicilio social de la cooperativa desde el momento del anuncio de la convocatoria de la asamblea general. Los socios interesados pueden solicitar al consejo rector las correcciones que sean pertinentes hasta veinticuatro horas antes de la celebración de la asamblea.»

La sección dedicada a los administradores («Sección segunda. Administración de la cooperativa») incorpora novedades relevantes, como la posibilidad de «consejeros independientes», al prever, en el precepto dedicado a la composición del consejo rector (Artículo 55.1 LCC):, junto a la regla general de que las personas que formen parte del consejo rector deban tener la condición de socio de la cooperativa, la posibilidad de que los estatutos permitan conferir tal condición a no socios («Las personas que forman parte del consejo rector deben tener la condición

de socio de la cooperativa salvo que los estatutos sociales hayan previsto la existencia de miembros que no sean socios, los cuales en ningún caso pueden superar en número la cuarta parte del total de miembros del mismo. Asimismo se admite que « Excepcionalmente, el consejo rector puede designar con carácter provisional un sustituto de un miembro cuando este deba cesar por causa de fuerza mayor y no hubiera ningún suplente nombrado. En todo caso, en la primera asamblea que se convoque es necesario que se ratifique el nombramiento del sustituto por el tiempo que le quedaba de mandato al sustituido o se acuerde el cese del sustituto y el nombramiento de un nuevo socio como miembro del consejo rector.» (cfr. Artículo 56.2 LCC).

En el funcionamiento del Consejo Rector, la LCC impone la obligación de que se celebre al menos una vez al trimestre, salvo que la Asamblea General determine, por Estatutos Sociales, una periodicidad mayor (cfr. Artículo 57.1 LCC), así como la responsabilidad del Consejo Rector en relación a las facultades que tenga delegadas (Artículo 58.2 LCC), afirmar que «2. Aunque haya delegado facultades u otorgado apoderamientos, el consejo rector continúa siendo el titular de las facultades delegadas, y es responsable ante la cooperativa, los socios y terceros de la gestión llevada a cabo por los miembros delegados. No obstante, la persona en quien se delegan las facultades es responsable ante la cooperativa y los socios, en los términos que establece el Código civil.» y a su responsabilidad por daños y perjuicios si (i) no se celebran las Asambleas Generales en los plazos legales y (ii) los acuerdos inscribibles no se presentan al Registro de Cooperativas dentro de los 6 meses siguientes a la aprobación del acta (Artículo 59.2 y 3 LCC).

La LCC atribuye carácter voluntario a la figura de los interventores, regula el nombramiento de auditor de cuentas por parte del Registro de Cooperativas en determinados supuestos y por el Registro Central de Cooperativas, en la Sección tercera. Dedicada «La intervención de cuentas y el comité de recursos» (cfr. Artículos 65-67 LCC).

d) Régimen económico

La reforma afecta también al «Régimen económico» de las cooperativas catalanas (Capítulo V. Régimen económico), estableciendo, como se anticipa en el propio Preámbulo de la LCC «el régimen único de responsabilidad limitada de los socios con relación a terceros, sin perjuicio de la responsabilidad del socio hacia la cooperativa en los términos y condiciones que esta» (cfr. Artículo 69 LCC, «Responsabilidad de los socios por las deudas sociales.»).

Conforme a dicho precepto, «Los socios deben responder de las deudas sociales de forma limitada a las aportaciones al capital social suscritas, tanto si son desembolsadas como si no lo son, sin perjuicio de las responsabilidades de las que, en su caso, deban responder en los términos establecidos por el artículo 41.3

y 4». En dichas previsiones se recoge, por una parte, que los «estatutos pueden establecer que, en caso de baja, los socios respondan ante la cooperativa, durante el plazo que establezcan los propios estatutos, que nunca puede ser superior a cinco años, de las inversiones realizadas y no amortizadas, en proporción a su actividad cooperativizada de los últimos cinco años o, en su caso, del plazo fijado a estos efectos por los estatutos o por el reglamento de régimen interno.» En dicho caso: «a) Esta responsabilidad no está vinculada o limitada por la aportación del capital social» y «b) Esta medida no es de aplicación si el consejo rector ha considerado que la baja del socio es justificada por causa de fuerza mayor.» (cfr. Artículo 41.3 LCC).

Por su parte, en el Artículo 41.4 LCC se añade que, «Sin perjuicio de otros tipos de responsabilidades que les sean imputables, los socios responden ante la cooperativa con su patrimonio personal, presente o futuro, del incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de las obligaciones sociales correspondientes que por su naturaleza no se extingan con la pérdida de su condición de socio.»

Se incluye también la posibilidad de que las aportaciones al capital de los socios sea diferente en función del tipo de socio y se establece que toda aportación que supere los límites de aportación obligatoria tenga el carácter de aportación voluntaria (cfr. Artículo 71 LCC, «Aportaciones obligatorias» y Artículo 73 LCC, «Aportaciones voluntarias»).

Respecto de la aplicación de los excedentes (Artículo 81 LCC), se reduce el porcentaje de dotación mínima al Fondo de Reserva Obligatorio, sobre el excedente cooperativo, que pasa del 30 al 20%, mientras que en la imputación de pérdidas (cfr. Artículo 82 LCC), se amplía el límite hasta el 50% de imputación de pérdidas al Fondo de Reserva Obligatorio, si se ha realizado una dotación superior al mínimo legalmente establecido en ejercicios anteriores.

El cuanto al destino y disponibilidad del fondo de reserva obligatorio, regulado en el Artículo 83 LCC, se considera repartible solo en caso de liquidación de la cooperativa, si los Estatutos Sociales lo prevén expresamente y hasta el máximo del 50% de su importe. (cfr. Artículo 84 LC) y se prevén nuevos destinos para el «Fondo de Educación y Promoción Cooperativa» (cfr. Artículo 85 LCC).

e) Los libros y la contabilidad

En el Capítulo VI, dedicado a los libros y la contabilidad de las cooperativas catalanas, se abre la posibilidad de la presentación de los libros sociales al Registro de Cooperativas y de las cuentas anuales al Registro General de Cooperativas por medios electrónicos (cfr. Artículo 88 LCC).

f) Modificación de los estatutos sociales y fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación de las sociedades cooperativas

Al regular la modificación de los estatutos sociales, la fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación de las sociedades cooperativas, en el Capítulo VII, la LCC trata de lograr la mayor concreción y simplificación de los trámites, regulando la reactivación de la cooperativa (Artículo 103 LCC).

g) Clases de cooperativas de primer grado

La LCC incorpora en la Sección undécima del Capítulo VIII, dedicado a las clases de cooperativas de primer grado, la figura de las «Cooperativas integrales» (Artículo 136 LCC). Conforme al apartado 1 de dicho precepto, «es la cooperativa de primer grado que tiene por objeto actividades económicas o sociales propias de diferentes clases de cooperativas o las del artículo 109.2. Si la cooperativa integral tiene producción agraria y el resto de actividades económicas, servicios o actividades empresariales están dirigidas a la promoción y mejora del medio rural, la cooperativa puede adoptar la denominación de cooperativa rural.»

h) Cooperativas de segundo grado

En la misma línea de definir concepto, *ex novo* o ya existentes, la LCC reserva de forma expresa la denominación “«grupo cooperativo» a las cooperativas de segundo grado que se constituyan «con la finalidad de integrar empresas» (cfr. Artículo 137.2, dedicado al objeto de las cooperativas de segundo grado, en el Título IX, dedicado a su regulación).

i) De la administración pública y el cooperativismo

En materia de promoción, en el Título III, dedicado a la administración pública y el cooperativismo, la LCC dedica su Capítulo II. Promoción cooperativa, incluyendo, en el Artículo 155 LCC («Medidas especiales de fomento cooperativo»), un derecho de preferencia en caso de empate para las cooperativas en las ofertas económicas que presenten en procedimientos de licitación para la ejecución de obras o provisión de servicios convocados por las administraciones públicas. Así se afirma en el apartado 4 del referido Artículo 155 LCC que «Las cooperativas tienen derecho de preferencia en casos de empate en las ofertas económicas correspondientes a procedimientos licitatorios para la ejecución de obras o provisión de servicios convocados por las administraciones públicas.»

4 A MODO DE CONCLUSIÓN O VALORACIÓN GLOBAL

A pesar de ser necesariamente breve, el examen de la nueva Ley de Cooperativas de Cataluña nos lleva a contemplar con interés las aportaciones que cada

esfuerzo legislativo lleva consigo y desear que, demostrada su eficacia, se puedan generalizar.

Es preciso añadir, no obstante, que nuestra experiencia en el ámbito de la «unidad de mercado», especialmente tras la aprobación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado⁷, nos hace reparar en la paradoja de las reformas y evolución de la legislación cooperativa en España, guiada, por lo general, en el objetivo de dotarlas de mayor agilidad y facilitar que adquieran mayor dimensión no contemple adecuadamente los problemas derivados de una excesiva fragmentación normativa, en la que la legislación estatal tiene una incidencia casi anecdótica, y los cambios normativos autonómicos se llevan a cabo mediante normas con rango de Ley y ámbito autonómico.

Parecería más racional que el sistema se dotara de una ley de verdadera aplicación general en todo el territorio nacional, dotada de la necesaria flexibilidad para adaptarse a los cambios y abierta a puntuales adaptaciones, que no tendrían que revestir el rango de ley formal, para permitir las adaptaciones a posibles singularidades cuya generalización no fuera necesaria o aconsejable. Con ello no sólo haríamos el sistema mucho más comprensible y dinámico, -requisitos imprescindibles de la mejor técnica normativa-, sino que posibilitaríamos que el fenómeno cooperativo sea, por fin, la realidad que hasta ahora sólo hemos podido vislumbrar fragmentariamente.

⁷ BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 415-424
ISSN: 1130-2682

**UN NUEVO MARCO LEGAL PARA LAS
SOCIEDADES LABORALES Y PARTICIPADAS**

A NEW LEGAL FRAME FOR EMPLOYEE-OWNED COMPANIES

M.^a JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ¹

¹ Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Pontevedra. Dirección de correo electrónico: mjrmiguez@mundo-r.com.

RESUMEN

La Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas impulsa la modernización de las sociedades laborales sin olvidar su carácter de entidades de «economía social».

PALABRAS CLAVE: Derecho de Sociedades; Sociedades laborales; Beneficios fiscales.

ABSTRACT

Law 44/2015, of October 14th, relative to Employee-Owned Companies, brings forward the modernization of the latter without forgetting their character as «social economy» entities.

KEY WORDS: Corporate Law; Employee-Owned Companies; Tax Profits.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ESTRUCTURA DE LA NORMA. 3. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA NORMA. 4. VALORACIÓN

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. STRUCTURE OF LAW 44/2015. 3. MAIN CHANGES. 4. ASSESSMENT

I INTRODUCCIÓN: LA NECESARIA MODERNIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES

El pasado 15 de octubre de 2015 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado Núm. 247, la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (en adelante «Ley 44/2015» o «LSLP»), se dicta al amparo del artículo 149.1 de la Constitución Española, apartados 6.^a y 7.^a, que atribuyen al Estado, respectivamente, las competencias exclusivas sobre legislación mercantil y laboral, «sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas, así como al amparo del apartado 17.^a, que atribuye la competencia exclusiva al Estado en materia de régimen económico de la Seguridad Social, en lo que respecta a la disposición final primera.»

La nueva norma, que derogada de manera expresa a la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales, que había sido la primera que recogiera esta forma societaria de economía social nacida a principios de los sesenta y cuyo reconocimiento constitucional había dado carta de naturaleza propia, responde, en realidad, como se recoge en el propio Preámbulo de esta nueva norma, a la «la necesidad de actualizar su marco normativo con el objetivo de dar un nuevo impulso a las sociedades laborales por su condición de empresas participadas por los socios trabajadores y abiertas a la integración como socios de los demás trabajadores de la empresa.»

Esta premisa nos sitúa pues, ante lo que podríamos considerar como un esfuerzo del Legislador por «rejuvenecer» un tipo societario cuya importancia resulta indudable q pero que al amparo de su legislación precedente había perdido impulso y atractivo ante la amalgama de tipos societarios que progresivamente se han ido incorporando a nuestro «catálogo societario», en la práctica ya realmente amplio.

Como se señala claramente en el citado Preámbulo, las sociedades laborales son «sociedades de capital por su forma», lo que tras la evolución de nuestra legislación mercantil les atribuye de modo indudable su «mercantilidad». La consecuencia directa de tal condición es que a las sociedades laborales les es de aplicables las normas relativas a las sociedades anónimas y limitadas y, por lo

tanto la hasta ahora vigente ley que las regulaba de modo específico, la ya citada Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales, se viera afectada por los cambios introducidos en nuestra legislación de sociedades, entre otras: la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal; la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales; la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, o el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, con las sucesivas modificaciones introducidas en las mismas.

Estos cambios y la necesidad de adecuar la ley de sociedades laborales a la nueva sistemática introducida en materia de anónimas y limitadas introducida por ley de sociedades de capital, al reconocer que la distinción principal entre las sociedades de capital no es ya tanto su forma como su condición o no de sociedad cotizada.

La nueva regulación, sin embargo, no olvida sino que incide de manera especial en el hecho de que las sociedades laborales son por sus fines y principios orientadores, entidades de la «economía social», como señala explícitamente la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de economía social, Tal reconocimiento implica que deben ser «acreedoras de sus políticas de promoción, entre las que figura el mandato a los poderes públicos de crear un entorno que fomente el desarrollo de iniciativas económicas y sociales en el marco de la economía social.»

La participación de los trabajadores en la vida de las sociedades es, o debe ser, mucho más intensa que en otras formas de sociedades, siguiendo así el rastro de otras legislaciones como la de Alemania y, por su impulso en la propia Unión Europea, a partir del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (DO L 294, 10.11.2001, p. 1) y la Directiva del Consejo 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DO L 294, 10.11.2001, p. 22), cuya adaptación a España se produjo a través de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España (BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 2005).

2 ESTRUCTURA

La Ley 44/2015 se estructura en sólo tres capítulos, poniendo en evidencia en su contenido las dos grandes dimensiones de este tipo societario: las singularidades de su regulación institucional (Capítulo I. Régimen societario, arts. 1 a 16); su régimen fiscal (Capítulo II. Beneficios fiscales, art. 17) y el reconocimiento de las «Sociedades participadas por los trabajadores» (Capítulo III, arts. 18 a 20).

La norma incorpora seis disposiciones adicionales, dedicadas, respectivamente a la «Colaboración y armonización entre Registros», al «Derecho de asociación»,

a los «Efectos de la modificación de la calificación de las sociedades», la introducciones de «Medidas de fomento para la constitución de sociedades laborales y la creación de empleo», la mención expresa de la «Ausencia de gasto público» y, por razones de engarce institucional, la referencia al «Régimen fiscal vasco». Dos disposiciones transitorias, una derogatoria y seis disposiciones finales, entre las que destaca por su alcance general, la «Disposición final primera. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.»

3 PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS

De forma necesariamente sucinta vamos a abordar a continuación las principales novedades que la Ley 44/2016 representa para la economía social, modernizando una figura societaria cuya revitalización resultaba, sin duda necesaria. Para ello seguiremos la propia estructura del texto y su distribución en capítulos.

3.1. Regulación básica (Capítulo I, Disposiciones generales)

Como ya anticipamos, el capítulo I establece el régimen societario, y regula en un único artículo el concepto de sociedad laboral y los rasgos esenciales que caracterizan este tipo societario.

Sin duda su rasgo más sobresaliente es la necesidad de que los trabajadores sean los que posean la mayoría del capital social, exigiéndose además que ningún socio pueda tener acciones o participaciones que representen más de la tercera parte del capital social.

Conforme al Artículo 1: «Concepto de «sociedad laboral».

1. Las sociedades laborales son aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que se someten a los preceptos establecidos en la presente ley.
2. Podrán obtener la calificación de «Sociedad Laboral» las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que cumplan los siguientes requisitos:
 - a) Que al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido.
 - b) Que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que:

La sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento,

con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido en este apartado.

Se trate de socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social. [...]»

Como puede observarse del texto transcrito, la nueva norma amplía las excepciones a estas exigencias, destacando la posibilidad de constituir sociedades laborales con dos socios, siempre que ambos sean trabajadores y tengan distribuida de forma igualitaria su participación en la sociedad.

En el mismo precepto (artículo 1.2, tres último párrafos y apartado 3) se flexibiliza el marco de contratación de trabajadores no socios y los plazos de adaptación en los supuestos de transgresión de los límites de capital y contratación de trabajadores no socios exigidos para no perder la condición de sociedad laboral.

La competencia administrativa para la calificación de las sociedades laborales (Arts. 2 y 3) se mantiene en los mismos términos que ya recogía la Ley 4/1997, de 24 de marzo; si bien, se simplifica la documentación necesaria para su constitución en los supuestos de sociedades preexistentes y se incorpora la necesidad de armonización y colaboración entre los distintos registros administrativos estatal y autonómicos y, por supuesto, el Registro Mercantil, pues todos ellos intervienen en la creación de las sociedades laborales. En esta línea se sitúa la posibilidad de implantar medios electrónicos y telemáticos para obtener la calificación e inscripción.

También se reducen las obligaciones administrativas de las sociedades laborales al suprimir la exigencia de comunicar periódicamente al registro administrativo las transmisiones de acciones o participaciones, limitándola a los casos en los que se alteren los límites exigidos para obtener la calificación de laboral.

Por su parte, el artículo 5 mantiene la dualidad de las clases de acciones y participaciones existentes entre «laboral» y «general», en función de que su propietario sea o no socio trabajador. Así, conforme al Artículo 5.2:

«2. Las acciones y participaciones de las sociedades laborales se dividirán en dos clases: las que sean propiedad de los trabajadores cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido y las restantes. La primera clase se denominará «clase laboral» y la segunda «clase general». La sociedad laboral podrá ser titular de acciones y participaciones de ambas clases.»

Con la finalidad de facilitar la gestión y transmisión de las mismas, la Ley 44/2015 exige que sean de igual valor nominal y que confieran los mismos dere-

chos, lo que permite evitar posibles divergencias entre la propiedad del capital y el control efectivo de la sociedad

La nueva norma (Artículo 6) trata de agilizar la transmisión voluntaria de acciones y participaciones tanto de la clase general como de la laboral, simplificando el complejo sistema de adquisición preferente regulado con anterioridad, gracias a la reducción de plazos y la del colectivo con derechos de preferencia al suprimirse el derecho que ostentaban los trabajadores de duración determinada.

Por su parte, el Artículo 7 regula la valoración de las acciones y participaciones, a los efectos de transmisión y amortización, permitiendo que la valoración de las mismas pueda referirse a un sistema previsto estatutariamente, aunque no tendrá efectos retroactivos. El artículo 9 regula la transmisión de acciones y participaciones en los supuestos de extinción de la relación laboral, ampliando los casos en los que pueden establecerse normas especiales e incorpora como novedad que en los supuestos de embargo de acciones o participaciones de la sociedad o de ejecución en prenda sobre las mismas, las notificaciones previstas en el artículo 109 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se hagan también a los trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido.

También se puede considerar novedosa la regulación que en el Artículo 12 se hace de la adquisición por la sociedad de sus propias acciones y participaciones. Conforme a dicho precepto:

- «1. La adquisición por la sociedad laboral de sus propias acciones y participaciones sociales en los supuestos contemplados en la presente ley, deberá efectuarse con cargo a beneficios, a la reserva especial o a otras reservas disponibles.
2. Las acciones y participaciones propias adquiridas por la sociedad deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido en el plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de su adquisición, conforme al procedimiento y valoración previsto en los artículos 6 y 7.
3. Transcurrido dicho plazo, las acciones o participaciones no enajenadas deberán ser amortizadas mediante reducción del capital social, salvo que en su conjunto las acciones o participaciones propias no excedan del veinte por ciento del capital social.
4. Las sociedades laborales podrán anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías o facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias acciones o participaciones por los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido que no sean socios.

5. El régimen aplicable a las acciones y participaciones propias será el previsto en la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y no computarán a los efectos de determinar si se cumple el requisito del artículo 1.2.a) de la presente ley.»

El órgano de administración (Artículo 13) es también objeto de previsiones especiales.

«1. Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad. En el caso de que los administradores deleguen la dirección y gestión de la sociedad, o confieran apoderamientos con esta finalidad, deberán adoptar medidas para delimitar claramente sus competencias y evitar interferencias y disfunciones.

2. Si la sociedad laboral estuviera administrada por un Consejo de Administración, los titulares de acciones o participaciones de la clase general podrán agrupar sus acciones o participaciones sociales para nombrar a sus miembros conforme al sistema de representación proporcional previsto en el artículo 243 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

3. La actuación de los administradores debe ser diligente, leal, responsable, transparente y adecuada a las peculiaridades de la sociedad laboral como modelo de sociedad específico. Deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

4. Asimismo, adoptarán políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia.»

En materia patrimonial, el Artículo 14, dedicado a la «reserva especial», amplía los fines a los que se puede destinar ya que además de compensar pérdidas, podrá aplicarse a la adquisición de autocartera por parte de la sociedad con el objeto de facilitar su posterior enajenación por los trabajadores, respondiendo, como se anticipa en el Preámbulo, «en línea con uno de los objetivos principales de la ley que es la articulación de mecanismos para procurar el acceso de los trabajadores a la condición de socios.»

La obligación de dotar de dicha reserva se limita hasta que alcance una cuantía de al menos una cifra superior al doble del capital social.

El artículo 15 regula una cuestión esencial en este tipo de sociedades, la pérdida de la calificación de la sociedad como laboral, de modo que, conforme al Artículo 15.1, serán causas legales de pérdida de la calificación como «Sociedad Laboral»:

«1.^a La superación de los límites establecidos en el artículo 1, sin perjuicio de las excepciones previstas en el mismo.

2.^a La falta de dotación, la dotación insuficiente o la aplicación indebida de la reserva especial.»

De los supuestos de de separación y exclusión de socios, que no estaban con anterioridad se ocupa el Artículo 16.

3.2. Los beneficios fiscales de las Sociedades Laborales (Capítulo II. Beneficios fiscales, art. 17)

El capítulo II, regula los beneficios fiscales, exigiendo ya como único requisito para gozar de los mismos la calificación de «laboral» de la sociedad.

La norma, un único precepto de la Ley 44/2016, es en realidad una reducción o bonificación en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pues el Artículo 17 se limita a señalar:

«Las sociedades que sean calificadas como laborales gozarán, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de una bonificación del 99 por 100 de las cuotas que se devenguen por modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, por la adquisición, por cualquier medio admitido en Derecho, de bienes y derechos provenientes de la empresa de la que proceda la mayoría de los socios trabajadores de la sociedad laboral.»

Como uno de los comentarista de esta norma ha señalado ya, -en concreto el que se publica en la web de [notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com)²-, debemos reconocer que son «Escasos beneficios si lo que el legislador pretende es estimular la creación de estas sociedades.»

² Cfr. <<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-mercantil/otros-temas-o-m/resumen-de-la-ley-de-sociedades-laborales-y-participadas/>>.

3.3. Las «Sociedades participadas por los trabajadores» (Capítulo III)

El capítulo III regula las «sociedades participadas por los trabajadores», definiendo por primera vez en nuestro país dicho concepto.

Conforme al Artículo 19.1 de la Ley 44/2015 («Concepto de Sociedad Participada por los Trabajadores»), tendrán tal consideración «las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos establecidos en el capítulo I, pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores, y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que cuenten con trabajadores que posean participación en el capital y/o en los resultados de la sociedad.
- b) Que cuenten con trabajadores que posean participación en los derechos de voto y/o en la toma de decisiones de la sociedad.
- c) Que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.
- d) Que promuevan los principios recogidos en el artículo anterior.»

Su actuación, conforme al Artículo 19.2 deberá ser «diligente, leal, responsable y transparente, y deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.» exigiéndoles además al Legislador (Artículo 19.3), que adopten «políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia.»

4 VALORACIÓN

Se trata sin duda de un esfuerzo más del Legislador español, al compás del Europeo, de impulsar los modelos de economía social, tan necesarios en épocas de crisis como la actual, ante la pérdida de vigor del modelo anterior de sociedades laborales. Tal vez los incentivos no sean los más adecuados por insuficientes, pero sin duda el modelo de participación y copropiedad de los trabajadores debe dar más de sí, especialmente cuando consiguen asumir el doble rol de empresario y trabajador, cuya colaboración es esencial para el éxito de cualquier iniciativa empresarial y sin el cual, ninguna subvención o incentivo sería suficiente y nunca podrá reemplazar.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 425-436
ISSN: 1130-2682

EL NUEVO RÉGIMEN APLICABLE A LA EMISIÓN DE
OBLIGACIONES POR SOCIEDADES COOPERATIVAS

*THE NEW REGIME APPLICABLE TO THE ISSUES
OF BONDS BY SOCIETIES CO-OPERATIVES*

MANUEL J. BOTANA AGRA¹

¹ Catedrático jubilado de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela. Dirección de correo electrónico: manuel.botana@usc.es.

RESUMEN

Este estudio hace referencia a la captación de recursos económicos que prevé la Ley 27/1999, de Cooperativas la cual, en aras de facilitar su propio desarrollo empresarial, autoriza a estas sociedades a emitir obligaciones. Por virtud de la Ley 5/2015, de Fomento de la Financiación Empresarial, la emisión de obligaciones por las sociedades cooperativas ha pasado a regirse por las disposiciones del título XI de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas, financiación, emisión de obligaciones, nuevo régimen.

ABSTRACT

This paper makes reference to the securing of financing included in the Cooperatives Act 27/1999, which in order to facilitate business development in this business format empowers these societies to issue bonds. By virtue of the Act 5/2015, of Promotion of Business Financing, the issuance of bonds by Cooperatives is governed by the rules of the XI Title of the Societies Capital Act, approved by RD-Legislative 1/2010, of 2 July.

KEY WORDS: Co-operatives, financing, bonds emission ,news rules.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. RÉGIMEN APLICABLE. 2.1. Órgano competente. 2.2. Límite del total importe de las emisiones. 3. GARANTÍAS QUE EXCEPCIONAN LA APLICACIÓN DE ESTE LÍMITE. 3.1. Hipoteca. 3.2. Prenda de valores. 3.3. Aval de entidad pública. 3.4. Aval solidario de entidad de crédito. 3.5. Aval solidario de Sociedad de Garantía Recíproca. 4. EL COMISARIO. 5. LA ASAMBLEA DE OBLIGACIONISTAS

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. REGIME APPLICABLE. 2.1. Competent Organ. 2.2. Limit of the totality value of the issues. 3. GUARANTIES TO EXEMPT THE APPLICATION OF THIS LIMIT. 3.1. Hypothec. 3.2. Security of values. 3.3. Guarantee of public entity. 3.4. Solidary guarantee of credit entity. 3.5. Solidarity guarantee of society of reciprocal guaranty. 4. THE COMMISAR. 5. THE ASEMBLY OF BONDHOLDERS

I INTRODUCCIÓN

Entre los instrumentos de financiación empleados en general por los empresarios, siempre ha ocupado un puesto destacado la emisión de obligaciones (bonos) concebidas como valores representativos de un empréstito colectivo. A través de la emisión de estos valores, los empresarios realizan una invitación a los inversores para obtener, mediante la pertinente suscripción, los fondos o recursos económicos que necesitan para el desarrollo de sus actividades empresariales. Ahora bien, el numerario que proporcionan los obligacionistas no tiene carácter gratuito o de mera liberalidad; antes, por el contrario, convierten al emisor de las obligaciones en deudor, haciendo surgir a favor de los suscriptores un derecho de crédito, que comprende el nominal suscrito, que el emisor habrá de reembolsar dentro del plazo o plazos convenidos, y los intereses a abonar en la cuantía que se fije.

Ciertamente, el recurso a la emisión de obligaciones como medio de obtener financiación externa, es un asunto que pertenece en última instancia al ámbito de discrecionalidad del ente emisor. Mas, sin perjuicio de esto, de ordinario se suele echar mano de esta forma de financiación atendiendo a diversas circunstancias, entre las que cabe resaltar la concreta situación patrimonial del emisor, el montante de los costes de la operación, el propósito por mantener intacta la cifra del capital social o la posición de los socios, etc.

2 RÉGIMEN APLICABLE

En cuanto al régimen aplicable a la emisión de obligaciones por sociedades cooperativas, el artículo 54.1 de la Ley 27/1999, de Cooperativas, en la nueva redacción dada al mismo por la Ley 5/2015, de Fomento de la Financiación Em-

presarial (BOE,101, de 28 de abril) establece que tal régimen será el contenido en la Ley de Sociedades de Capital, cuyo texto refundido ha sido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, con las adaptaciones que resulten necesarias. En este punto, pues, se ha producido un cambio sustancial respecto del régimen a que estaba sometida la emisión de obligaciones por las sociedades cooperativas, hasta tanto se produjo la entrada en vigor de la modificación del artículo 54. de la Ley 27/1999, de Cooperativas por virtud de la mencionada Ley 5/2015. Aquel régimen, como es sabido, estaba establecido básicamente en la Ley 211/1964, de 24 de diciembre, *sobre regulación de la emisión de obligaciones por sociedades que no hayan adoptado la forma de Anónimas, Asociaciones u otras personas jurídicas y la constitución del Sindicato de Obligacionistas* (BOE, 311, de 28 de diciembre de 1964). Por su parte, y en línea con las modificaciones introducidas en el señalado precepto de la Ley 27/1999, de Cooperativas, la propia Ley 5/2015 se ocupa en la *Disposición final quinta* de determinar “el régimen aplicable a las emisiones de obligaciones realizadas por sociedades distintas de las sociedades de capital, asociaciones y otras personas jurídicas”. Según esta Disposición ese régimen comprende como piezas específicas las siguientes: a) la fijación del “capital desembolsado” como límite máximo del importe total de las emisiones realizadas por sociedades distintas de las sociedades de capital ; b) la exención de este límite en los casos en que la emisión de obligaciones esté garantizada con hipoteca, prenda de valores, garantía pública o aval solidario de entidad de crédito, o con aval solidario de una sociedad de garantía recíproca, en cuyo supuesto el límite y demás condiciones del aval quedarán determinados por la capacidad de garantía de la correspondiente SGR en el momento de prestarlo, de conformidad con su normativa específica; c) y en lo no específicamente previsto en los dos apartados anteriores, será aplicable con carácter supletorio y con las modificaciones que sean precisas, el régimen contenido en el título XI del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el RD-Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

Sin duda, la extensión a las cooperativas del régimen jurídico aplicable a la emisión de obligaciones por sociedades de capital, representa un paso más en el proceso de aproximación de las sociedades cooperativas a estas sociedades; aproximación que sin llegar todavía a una plena equiparación entre ambas modalidades societarias, viene a reforzar la tesis, ampliamente aceptada, de que si en su esencia identitaria la cooperativa no forma parte todavía de la tipología societaria propiamente mercantil, su estructura y funcionamiento han de ser considerados como si de una sociedad de este tipo se tratara..

Sin poder acometer aquí un estudio más detenido y global del régimen aplicable actualmente a la emisión de obligaciones por sociedades cooperativas, en los epígrafes que siguen se da cuenta de las novedades y cambios más relevantes que la Ley 5/2015 ha introducido en esta materia, tanto en el marco de la legislación

cooperativa como en el propio de las sociedades de capital; legislación esta última que, en lo no específicamente previsto en aquélla, se aplica con carácter supletorio a la emisión de obligaciones por las sociedades cooperativas.

I ÓRGANO COMPETENTE

En relación con el órgano social competente para decidir sobre la emisión de obligaciones por sociedades cooperativas, la Ley 5/2015 ha introducido sustanciales modificaciones en el régimen aplicable hasta la entrada en vigor de la misma. Como bien se sabe, en el texto originario del artículo 21.2 de la Ley 27/1999, de Cooperativas, se atribuía con carácter exclusivo a la Asamblea general la toma de acuerdos sobre, entre otras materias, “la emisión de obligaciones, títulos participativos y participaciones especiales u otras formas de financiación mediante emisiones de valores negociables” (letra e) del art.21.2). Pues bien, por virtud de la modificación llevada a cabo en este precepto de la Ley 27/1999, el apartado (uno) del artículo 44 de la mencionada Ley 5/2015 ha limitado la competencia de la Asamblea general de la cooperativa a la “emisión de títulos participativos y participaciones especiales”.

Sustraída, pues, de la competencia de la Asamblea general la emisión de obligaciones, el apartado (dos) del citado artículo 44 de la Ley 5/2015 modificó el artículo 32.1 de la Ley 27/1999 en los siguientes términos: “asimismo le corresponde al Consejo Rector acordar, salvo disposición contraria en los Estatutos sociales, la emisión de obligaciones y otras formas de financiación mediante emisión de valores negociables, siempre y cuando no se trate de títulos participativos o participaciones especiales cuya competencia está atribuida a la Asamblea General”. Y esta atribución de competencia al Consejo Rector en materia de emisión de obligaciones aparece reiterada en la modificación que el apartado (tres) del artículo 44 de la Ley 5/2015 lleva cabo en el artículo 54.1 de la indicada Ley 27/1999 de Cooperativas. Según este precepto, tras su modificación, las Cooperativas podrán emitir obligaciones por acuerdo del Consejo Rector, salvo disposición contraria en los Estatutos sociales.

Sin duda, la transferencia competencial que en punto a la emisión de obligaciones por Cooperativas se hace de la Asamblea general al Consejo Rector parece tener su justificación en los mismos motivos que ha llevado a la Ley 5/2015 a emplazar en el órgano de administración de las sociedades de capital la competencia para la emisión de obligaciones no convertibles en el ámbito de estas sociedades. Y así, en términos similares a los contenidos en su artículo 44(tres), la Ley 5/2015 modifica en su artículo 45(cuatro) el artículo 406.1 de la LSC estableciendo que, salvo disposición contraria en los Estatutos sociales, “el órgano de administración será competente para acordar la emisión de obligaciones y la admisión a nego-

ciación de obligaciones, así como para acordar el otorgamiento de garantías de la emisión de obligaciones”.

Ciertamente, la referencia expresa al Consejo Rector de la Cooperativa puede llevar a pensar que para la emisión de obligaciones es presupuesto inexcusable que el órgano de administración de la Cooperativa emisora ha de estar configurado como tal Consejo Rector. Sin embargo, y dado que en general la legislación específica permite que las sociedades cooperativas articulen su órgano de administración de forma distinta a la de Consejo Rector, parece que la competencia que la Ley confiere al Consejo para acordar la emisión de obligaciones se extiende, con carácter general, al órgano de administración de la Cooperativa, al margen de que el mismo esté o no configurado como tal órgano colegiado.

Es de señalar, por último, que la norma legal atributiva de la competencia para emitir obligaciones en la Cooperativa, deja a salvo la posibilidad de que por vía estatutaria se prohíba la emisión o en su caso, se mantenga la competencia exclusiva de la Asamblea general. De este modo, la norma estatutaria será en este punto de preferente aplicación. Por lo que respecta concretamente a una cláusula estatutaria prohibitiva de la emisión de obligaciones, la misma puede servir de oportuna compuerta para controlar arriesgadas decisiones de Consejos rectores proclives a endeudar innecesariamente el patrimonio cooperativo mediante la emisión de obligaciones. Téngase en cuenta que, en último término, la emisión de obligaciones constituye una emisión de deuda que en su momento habrá de satisfacerse en su montante principal y con los intereses convenidos.

2 LÍMITE DEL TOTAL IMPORTE DE LAS EMISIONES

Como instrumento destinado a ofrecer una suficiente seguridad a los potenciales suscriptores de las obligaciones, la emisión de éstas está sujeta con carácter general a un límite cuantitativo máximo. En efecto, según el apartado 1 de la citada *Disposición adicional quinta*, “el importe total de las emisiones de obligaciones tendrá como límite máximo el capital desembolsado si se trata de sociedades distintas de las sociedades de capital”; límite al que quedan sometidas, por tanto, las sociedades cooperativas. Habrá pues que ver en cada caso el importe del capital desembolsado de la cooperativa emisora para determinar el tope máximo del límite.

El elemento determinante del límite lo constituye exclusivamente el importe del “capital desembolsado”. Se excluyen, pues, otros elementos que, aparte del capital desembolsado, puedan integrar los fondos propios de la cooperativa emisora (por ejemplo, reservas, fondos voluntarios). De otra parte, para determinar si se respeta el límite del importe del capital desembolsado se ha de atender, en primer lugar, al importe total de las obligaciones que se hallan en circulación o no amortizadas y, en segundo lugar, el importe de la emisión que se proyecta realizar.

En consecuencia, la suma del importe total de las obligaciones en circulación y del importe de la emisión proyectada, no podrá exceder de la cuantía del capital desembolsado existente en el momento de la emisión.

Cabe preguntarse si para el cálculo del total importe de las obligaciones en circulación habría de excluirse el correspondiente a las obligaciones que estén garantizadas mediante alguna de las garantías que eximen del cumplimiento del límite cuantitativo de la emisión. (por ejemplo, con hipoteca, con garantía pública o con prenda de valores). Pues bien, al estar estas obligaciones liberadas del límite cuantitativo, parece lógico que el importe de las mismas se excluya del total importe de las obligaciones en circulación a tener en cuenta a los efectos de cumplir con el referido límite.

A igual conclusión habrá que llegar en el supuesto de emisión de obligaciones con prima. En estos casos, el factor decisivo lo constituye el valor nominal de la obligación, y no el precio de suscripción (que por estar primado, es inferior al valor nominal); lo que realmente interesa a estos efectos es el importe de numerario que tendrá que pagar la cooperativa emisora al vencimiento de las obligaciones.

3 GARANTÍAS QUE EXCEPCIONAN LA APLICACIÓN DE ESTE LÍMITE

En el párrafo segundo del apartado 1 de la *Disposición Adicional quinta* de la Ley 5/2015 se establece que no será aplicable la limitación prevista en el párrafo anterior cuando “la emisión está garantizada con hipoteca, con prenda de valores con garantía pública o con aval solidario de entidad de crédito”-

Si, como queda dicho, la limitación cuantitativa se fundamenta en el propósito de asegurar que el importe total de la emisión de obligaciones tenga un soporte patrimonial efectivo, evitando que la cooperativa emisora se endeude por encima de la cifra de su capital desembolsado, este fundamento pierde fuerza en los casos en que la emisión se asegure por medio de determinadas garantías. En tales supuestos, la Ley ha optado por liberar la emisión de la señalada limitación cuantitativa, toda vez que los titulares de las obligaciones *especialmente* garantizadas cuentan con elementos patrimoniales o con compromisos de terceros que aseguran suficientemente el cumplimiento de las responsabilidades asumidas por la sociedad emisora.

Las garantías que excluyen la limitación son la hipoteca, la prenda de valores, la garantía pública y el aval solidario de una entidad de crédito. Por su parte, se contempla otra garantía que permite superar el importe de la limitación, pero sin llegar a excluirla: es la consistente en un aval solidario de sociedad de garantía recíproca. En este supuesto el límite y demás condiciones del aval estarán determinados por la capacidad de garantía de la sociedad en el momento de prestarlo, de acuerdo con su normativa específica (párrafo tercero del apartado 1 de la *Disposición adicional quinta* de la Ley 5/2015).

3.1. Hipoteca

Aunque la citada *Disposición Adicional* menciona la “hipoteca” sin adjetivarla, es indudable que dentro de este término queda comprendida la hipoteca inmobiliaria y la mobiliaria; así lo exige la remisión que se hace en el apartado 2 de la *Disposición adicional* a lo previsto en el título XI de 1 TRLSC, en cuyo artículo .404.1,a) se alude expresamente a ambas modalidades de hipoteca.

La hipoteca inmobiliaria ha sido tradicionalmente la garantía más utilizada en la emisión de obligaciones. Mas, dicho esto, debe indicarse que, por exigencia de su función garante de la emisión de estos valores, este tipo de hipoteca presenta ciertas especialidades. Así, en primer lugar, la fe pública registral y la legitimación por el Registro no se extienden directamente del derecho real de hipoteca al crédito garantizado; de ahí que la inscripción registral de la hipoteca carece de valor probatorio absoluto respecto de la hipoteca misma, puesto que su existencia, exigibilidad y valor garantizado se acreditan en función del estado de cumplimiento del plan de amortización de las obligaciones por parte de la cooperativa emisora. En segundo lugar, la hipoteca se constituye a favor de una potencial pluralidad de sujetos, lo que lleva a plantearse si, a la hora de su constitución, se trata de una única hipoteca o de tantas hipotecas cuantas sean las obligaciones suscritas.; y si bien parece que la hipoteca es única, resulta incuestionable que cada obligacionista se erige en titular de un derecho de crédito, autónomo de cualesquiera otros, frente a la sociedad emisora de las obligaciones. Se comprende de este modo que aunque solo una parte de los acreedores ejecute la hipoteca, ésta queda subsistente frente a los obligacionistas- acreedores que no optaron por la ejecución.

Con respecto a la hipoteca mobiliaria, aunque en algún momento ha suscitado alguna prevención por considerarse que los bienes sobre los que la misma se constituye pueden no alcanzar el importe suficiente en caso de ejecución, la LSC admite expresamente esta modalidad de garantía. Baste señalar al respecto que el artículo 18 de la Ley de hipoteca mobiliaria impone al deudor hipotecante unas especiales medidas a favor de los acreedores.

3.2. Prenda de Valores

El principal objetivo a que responde esta garantía reside en la facultad que asiste al acreedor-obligacionista de resarcirse del impago de su crédito mediante la realización de los valores pignorados en un mercado secundario organizado (arts.333 Cdc y 1872 CC).

La constitución de esta garantía exige cumplir determinadas formalidades y requisitos; así la garantía ha de constituirse de forma coetánea a la emisión de las obligaciones en póliza intervenida por notario (art.320 Cdc), con las peculiaridades previstas en el artículo 321 Cdc, según que los valores sean nominativos o al portador o, si se trata de valores representados en anotaciones en cuenta, según

lo dispuesto al respecto en el RD 116/1992 (arts.13, 39 53). Además, los valores pignorados habrán de estar depositados en una entidad de crédito; entidad que deberá ser elegida de común acuerdo por la cooperativa emisora y el comisario de los obligacionistas (art. 1863CC), siendo el depositante el comisario y no la entidad emisora.

3.3. Garantía de entidad pública

Se trata de una garantía personal, no real, que puede ser prestada por una entidad pública; entidad que, conforme al artículo 404.1 d) de la LSC, puede ser el Estado, una Comunidad Autónoma, Provincia o Municipio. En la práctica, se trata de una garantía de no fácil utilización fuera de las emisiones efectuadas por sociedades públicas o de economía mixta.

No es preciso que la garantía tenga carácter solidario; de ahí que quepa este tipo de garantía en los casos incluso de que la misma se preste con carácter subsidiario.

El régimen aplicable a esta garantía hay que buscarlo en las correspondientes normas reguladoras del patrimonio y de los presupuestos del Estado o de la Comunidad autónoma de que se trate o, para el caso de que la entidad garante sea una Provincia o un Municipio, habrá que estar a las normas que disciplinan las Haciendas Locales.

Aunque la LSC no lo aclara, parece que la forma que ha de revestir la garantía pública habrá de ser la de aval, cuya regulación no será la establecida en la Ley 19/1985, *Cambiaria y del Cheque*, sino la prevista en las pertinentes normas públicas y, cuando proceda, la contenida sobre la fianza en el CC (arts.1822 y ss.).

3.4. Aval solidario de entidad de crédito

El avalista ha de ser necesariamente una entidad que tenga la condición de entidad de crédito, de conformidad con la normativa aplicable (en especial, la Ley. 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de las Entidades de Crédito*=BOE, 156, de 27 de junio). El aval, además, ha de constituirse con carácter solidario. Significa esto, pues, que la entidad de crédito avalista asume responder frente al acreedor (obligacionista) de igual forma y en los mismos términos que la entidad emisora avalada; responde directamente del pago de la totalidad de las prestaciones debidas por la entidad emisora (principal, intereses, primas, premios, etc.), sin que pueda acogerse al beneficio de la excusión, de orden o de división.

Por supuesto, nada impide que la emisión de obligaciones sea garantizada, como coavalistas o cofiadores, por dos o más entidades de crédito. En estos supuestos, si bien la responsabilidad de cada una de ellas es solidaria frente a la

sociedad emisora de las obligaciones, entre los coavalistas o cofiadores la regla general es la de la mancomunidad (art.1844 CC). En la práctica de las entidades de crédito es relativamente frecuente, incluso, el pacto de solidaridad, de modo que la entidad de crédito que paga la deuda garantizada puede reclamar de cualquiera de los cofiadores la totalidad correspondiente a éstos.

3.5 Aval solidario de sociedad de garantía recíproca

Se trata también de una garantía personal. y el rasgo característico de esta garantía reside propiamente en que la misma no siempre excluye la aplicación de la limitación cuantitativa de la total emisión de obligaciones; su principal efecto consiste en superar el límite del capital desembolsado sólo hasta una cierta cantidad, en función de la capacidad de garantía que tenga la SGR en el momento de prestar el aval.

El aval prestado, que en realidad no es sino una fianza mercantil, se regirá en primer lugar por los pactos particulares y, en segundo lugar, por las condiciones generales contenidas en los estatutos de la SGR, siempre que ni unos ni otros sean contrarios a normas legales imperativas (a falta de pactos y de condiciones generales, la garantía se regirá por lo establecido en el art.442 Cdc y, en lo que sea de aplicación, por lo establecido en los arts.1822 y ss. del CC).

El aval o fianza prestado por la SGR habrá de tener carácter solidario. Además, para que la garantía permita rebasar el límite general del capital desembolsado, es preciso que, en el momento de prestar el aval o fianza, la SGR tenga una capacidad de garantía que exceda del importe del de la emisión garantizada; capacidad que vendrá fijada en función del límite máximo de las deudas a garantizar durante cada ejercicio, así como del importe máximo de las garantías a prestar a favor de cada socio.

4 EL COMISARIO

Entre las condiciones necesarias de la emisión de obligaciones, y siempre que así se prevea en la legislación aplicable a estas emisiones, se encuentra la designación por la cooperativa emisora de una persona física o jurídica que, con el nombre de *comisario*, concurra al otorgamiento del contrato de emisión en nombre e interés de los futuros obligacionistas(art.403 LSC conforme a la redacción dada por la Ley 5/2015): El comisario presenta los caracteres de un fiduciario, si bien este carácter se debilita desde el momento en que la asamblea de obligacionistas lo confirme en el cargo o designe a persona distinta, toda vez que la inicial relación de fiducia con la sociedad cede ante la nueva relación de representación que se establece entre el comisario y los obligacionistas..Precisamente, en ejercicio de esta representación se impone al comisario(art.427.2 LSC) el deber de tutelar los intereses comunes de los obligacionistas y de ejercer las facultades que a tal fin le

hayán sido conferidas en la escritura de emisión, así como las que le atribuya la asamblea general de obligacionistas..En esta línea, la Ley(art.527.4 LSC) otorga al comisario el rango de representante legal del sindicato de obligacionistas y de órgano de relación entre la cooperativa emisora y los obligacionistas; y en tal condición, se le faculta para asistir, con voz y sin voto, a las deliberaciones de la Asamblea general de la cooperativa emisora, para informar a ésta sobre los acuerdos del sindicato de obligacionistas y para requerir de aquélla los informes que interesen a los obligacionistas. Por lo demás, la Ley impone también al comisario la obligación de presenciar los sorteos que hubieren de celebrarse, así como la vigilancia del reembolso del nominal y del pago de intereses por la parte de sociedad deudora. (art.427.5 LSC).

A estos deberes y facultades que la Ley confiere al comisario, han de sumarse las especiales competencias que se le atribuyen en los supuestos de intervención y de ejecución de garantías. Por lo que respecta a los supuestos de intervención, el artículo 428 LSC faculta al comisario para examinar, en caso de emisiones de obligaciones no especialmente garantizadas, los libros de la cooperativa emisora y de asistir a las reuniones del Consejo Rector; y, además, el comisario podrá proponer a este Consejo la suspensión de cualesquiera de los administradores y convocar la Asamblea general de la cooperativa, en los casos en que la sociedad deudora se haya retrasado en más de seis meses en el pago de los intereses vencidos o en la amortización del principal. Y por lo que concierne a la ejecución de garantías, la LSC(art.429) faculta al comisario para ejecutar los bienes que constituyan la garantía en los casos en que ésta consista en hipoteca o en prenda y la sociedad se hubiese demorado en más de seis meses en el pago de intereses; facultad cuyo ejercicio habrá de estar precedida del correspondiente acuerdo favorable de la asamblea de obligacionistas.

5 LA ASAMBLEA DE OBLIGACIONISTAS

La asamblea de obligacionistas constituye el órgano soberano de decisión en los asuntos que afecten a los intereses comunes de los obligacionistas. En principio, esta asamblea goza de competencias para acordar todo lo necesario a la mejor defensa de los legítimos intereses de los obligacionistas frente a la cooperativa emisora. Sin perjuicio de tomar acuerdos sobre otros asuntos, la LSC(art.421) fija como materias de aprobación necesaria por la asamblea las de censurar o aprobar la gestión de comisario y establecer el reglamento interno del sindicato de obligacionistas ajustándose a lo previsto en la escritura de emisión.

Dando por sabidos los puntos que regula la LSC en su redacción de 2010 en sus artículos 422(facultad y obligación de convocar la asamblea) y 424(competencia de la asamblea), las novedades que la Ley 5/2015 ha introducido sobre la

asamblea de obligacionistas están referidas a la forma de convocatoria, a la asistencia, al derecho de voto a la adopción de acuerdos y a la impugnación de éstos.

En lo tocante concretamente a la adopción de acuerdos, el nuevo texto dado al artículo 425 LSC dispone que los acuerdos adoptados por la asamblea vincularán a todos los obligacionistas, incluso a los no asistentes y a los disidentes. Además, los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los votos emitidos, salvo que se trate de acuerdos sobre modificación del plazo o condiciones del reembolso del valor nominal o de la conversión o del canje de obligaciones, en cuyo caso será precisa la mayoría de de las dos terceras partes de los votos correspondientes a las obligaciones en circulación. Finalmente, estarán legitimados para la impugnación de los acuerdos los obligacionistas, en los mismos términos que los previstos para la impugnación de los acuerdos de la Asamblea general de la cooperativa emisora (v. por ejemplo, el art.31 de la Ley 27/1999, de Cooperativas).

IV RECENSIONES

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 439-445
ISSN: 1130-2682

CO-OPERATIVE PRINCIPLES AND CO-OPERATIVE LAW

HANS-H. MÜNKNER

**LIT VERLAG GMBH & CO. KG WIEN
ZÜRICH 2015 SECOND, REVISED EDITION**

DEOLINDA A. MEIRA¹

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

Esta interessante obra, da autoria do Professor Hans-H. Münkner, escrita em 1973, aparece agora numa edição revista, publicada em 2015.

Professor Universitário e Investigador, autor de várias obras escritas (livros, capítulos de livros e artigos em revistas), o Professor Hans-H. Münkner é uma das maiores referências a nível internacional no domínio do direito cooperativo.

A edição revista desta obra é justificada pelo Autor pelo contexto de mudança que se viveu no mundo cooperativo nas últimas décadas, por razões históricas — como sejam o fim do período colonial e do estado soviético, e a delimitação do conceito de «identidade cooperativa» pela Aliança Cooperativa Internacional, em 1995 (em cujo processo o Autor participou ativamente) —, por alterações legislativas — destacando-se a legislação supranacional de 15 de maio de 2011 do OHADA (Organização Internacional destinada a promover o desenvolvimento económico em 17 países centro-africanos), o Regulamento (CE) n.º 1435/2003, do Conselho, de 22 de julho de 2003 sobre o *Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (ESCE)*, o Estatuto das Cooperativas da América do Sul, aprovado em 28 de abril de 2009 pelo Parlamento do Mercado Comum da América do Sul (denominado «Mercosur») —, e pelo surgimento de grupos de investigação, como o *Study Group on European Cooperative Law (SGECOL)* que elaborou os *Principles of European Cooperative Law (PECOL)*, grupo este que integra estudiosos de direito das cooperativas, entre os quais o Autor.

A obra divide-se em três partes.

Na primeira parte, o Autor decidiu manter a Introdução da 1.ª edição, anterior à mais recente formulação dos princípios Cooperativos pela Aliança Cooperativa Internacional, em 1995, em Manchester, aquando da delimitação do conceito de «Identidade Cooperativa». Acrescentou uma «Introdução à 2.ª edição», na qual, partindo da referida *Identidade Cooperativa* — a qual assenta num conjunto de princípios (os Princípios Cooperativos), num conjunto de valores (os Valores Cooperativos) que enformam aqueles princípios e numa Noção de Cooperativa —, elege um conjunto de princípios e práticas cooperativas, que serão depois desenvolvidas na Parte II da obra, e que terão naturalmente impacto na legislação cooperativa. Tais princípios e práticas são: o escopo mutualístico, assente na solidariedade e na cooperação interpessoal; a autoajuda e o princípio da identidade entre proprietário e utente (ou princípio da dupla qualidade); a promoção dos interesses dos membros; a eficiência económica; a associação voluntária; o princípio da adesão voluntária e livre; a gestão e controlo democráticos; a autonomia na definição dos objetivos e no processo de decisão; a distribuição justa e equitativa

dos resultados; as reservas irrepartíveis; a promoção da educação; e a neutralidade política e religiosa.

A questão do impacto da «identidade cooperativa», com particular destaque para os princípios cooperativos, na legislação cooperativa reveste extrema atualidade, tendo em conta que a Aliança Cooperativa Internacional, em 2013 — no seu documento *Blueprint for a Co-operative Decade 2012-2020* —, destacou que, ainda que os valores cooperativos sejam imutáveis, a aplicação dos princípios cooperativos necessita de uma reavaliação constante que acompanhe as mudanças e os desafios económicos, sociais, culturais, ambientais e políticos. Os princípios cooperativos são formulados pela *Aliança Cooperativa Internacional* em termos vagos, sendo, por isso, suscetíveis de diferentes densificações e concretizações históricas, pelo que esta obra assume um papel muito importante ao procurar densificar esses mesmos princípios, tendo em conta, por um lado, a necessidade de preservar a identidade cooperativa e, por outro lado, os desafios com os quais as cooperativas se confrontam no mundo de hoje.

Na Parte II da obra — *In wight way are the Co-operative Principles reflected in the provisions of a Co-operative Law?* — o Autor reflete, numa perspetiva crítica e de direito comparado, sobre as soluções concretizadoras dos princípios adotadas pelo legislador de diversos ordenamentos. Começa por se centrar no conceito de cooperativa, cuja delimitação assenta, antes de mais, no seu objeto, traduzido na promoção dos interesses dos seus membros, enfatizando os novos desafios que, nesta matéria, o regime jurídico cooperativo enfrenta nos tempos atuais, com particular destaque para o surgimento, em alguns ordenamentos jurídicos, de uma nova espécie de cooperativas, chamada de *cooperativas de interesse geral* (*general interest co-operatives*), de que são exemplo as cooperativas sociais italianas ou as *community interest co-operatives*. Quanto aos tipos de cooperativas, o Autor destaca a diversidade de soluções jurídicas dos diversos ordenamentos e, a propósito da classificação mais minimalista, parece inclinar-se para uma classificação assente em quatro tipos: consumo, produção, trabalho e serviços. Em matéria de operações das cooperativas com os seus membros e com terceiros, na prossecução do seu objeto social, é feita uma referência particular ao conceito latino-americano de «ato cooperativo». Também a doutrina cooperativa alemã propõe uma construção jurídica que enquadra tais operações e que assenta numa distinção entre as operações que a cooperativa desenvolve com e para os seus membros, na prossecução do seu objeto social (designadas de *Zweckgeschäft*), e as operações que a cooperativa realiza com terceiros não membros (*Gegengeschäft*), as quais assumem um carácter excecional, podendo ser proibidas pelos estatutos. Esta distinção vem acompanhada de uma outra: o chamado mercado interno (*internal market*), no âmbito do qual se desenvolverão as operações tipicamente cooperativas, e o mercado externo (*external market*) no âmbito do qual se desenvolvem as operações da cooperativa com os terceiros.

São referidos, igualmente, os desvios que existem, em certos ordenamentos jurídicos, quanto ao princípio da identidade e da promoção dos interesses dos membros, em virtude da admissibilidade de uma heterogeneidade de membros, nomeadamente dos membros investidores.

São também destacados os novos desafios com que se depara o princípio da gestão e controlo democráticos com o reconhecimento, ainda que a título excepcional e com limites, do voto plural e com a admissibilidade das assembleias gerais de delegados em cooperativas de grande dimensão.

A eficiência económica da cooperativa merece particular atenção por parte do Autor. No caso das cooperativas, ela é medida pelo grau de satisfação das necessidades económicas e sociais dos membros, tendo em conta, não apenas os puros resultados económicos, mas também outras atividades que se incluem no objeto social da cooperativa, tais como as de educação, formação e informação quer dos membros, quer da comunidade em que a cooperativa se insere. Neste contexto, segundo o Autor, haverá que ter sempre presente as especificidades dos objetivos de uma cooperativa (promoção dos interesses dos membros) face aos de uma sociedade comercial (obtenção de um lucro). No entanto, em ambas as entidades, a eficiência económica refere-se à capacidade de uma empresa usar os seus recursos limitados de tal forma que, sob determinadas condições, se obtenham os melhores resultados possíveis, reduzindo os custos gerais e evitando riscos desnecessários. Ora, o Autor enfatiza que tal só pode ser conseguido com a profissionalização da gestão, o que implicará desvios à regra clássica de que os membros do órgão de administração da cooperativa são eleitos exclusivamente de entre os cooperadores. O Autor justifica este mecanismo clássico pelo facto de o mesmo permitir que os interesses dos cooperadores estejam diretamente representados no órgão de administração e, deste modo, os dirigentes da cooperativa, orientados pela sua própria experiência, terem permanentemente presentes os interesses dos cooperadores, não se desviando da finalidade principal da cooperativa.

Todavia, é destacado que o legislador cooperativo não pode ser indiferente à necessidade de qualificação dos titulares dos órgãos responsáveis pela administração da cooperativa, devendo permitir-se que não-membros integrem o órgão de administração da cooperativa, salvaguardando que a maioria dos titulares seja de cooperadores, solução que o Autor considera a mais eficaz para alcançar a necessária profissionalização na gestão da cooperativa, nomeadamente nas cooperativas de maior dimensão. Impõe-se, assim, uma gestão profissional, assente num adequado planeamento, organização, direção, processos decisórios, controlo, coordenação e comunicação.

O Autor refere, igualmente, que o surgimento de cooperativas de grande dimensão com o conseqüente incremento de complexidade, quer quanto ao volume de negócios, quer quanto à complexidade da gestão, levou a um alargamento do

elenco dos modelos de governação das cooperativas em diversos ordenamentos jurídicos.

A eficiência económica passou, também, pela admissibilidade de novos instrumentos financeiros e pela imposição de um capital social mínimo (por via legal ou estatutária), o qual funcionará como um limite à variabilidade do capital social (decorrente do princípio da adesão voluntária e livre que o autor analisa com desenvolvimento) e como dissuasor da constituição imprudente de cooperativas.

Neste contexto, o Autor fala de uma «*economisation*» do regime jurídico das cooperativas.

A propósito do princípio da adesão voluntária e livre — que o Autor analisa nas suas duas vertentes: liberdade na adesão (no sentido de que qualquer cooperativa deve estar preparada para admitir novos membros sem restrições artificiais ou discriminatórias); e liberdade na saída (o direito dos membros se demitirem da cooperativa quando sentem que já não estão em condições de utilizar os serviços da cooperativa ou em desenvolver o trabalho que a integração na cooperativa implica) —, e com a conseqüente variabilidade da composição societária e do capital social, o Autor refere a instabilidade, nomeadamente em termos de segurança económica e financeira, o que tem levado à consagração, por via legal ou estatutária, e em diversos ordenamentos jurídicos, de mecanismos de atenuação dos efeitos de tal princípio.

Quanto ao princípio da autonomia, interna (autonomia na definição dos objetivos e na tomada de decisões) e externa (autonomia face ao Estado, no sentido de garantir que as relações das cooperativas com o Estado não conduzam à sua instrumentalização), o Autor aponta vários caminhos no sentido de a mesma ser assegurada.

Em matéria de distribuição de resultados, o Autor destaca que a mesma se deverá fundamentar na ideia geral de equidade (o que exclui a possibilidade de uma pessoa obter um ganho à custa de outra) e na prudência nos negócios (*business prudence*), analisando as diferentes possibilidades e caminhos seguidos pelos legisladores dos diversos ordenamentos jurídicos.

No entanto, o Autor alerta para a necessidade de a prática cooperativa observar sempre a regra de uma remuneração limitada do capital social (quantos exista) e a regra de que a distribuição dos resultados económicos entre os membros será proporcional ao volume de transações destes com a cooperativa.

Refira-se, também, a atenção dada pelo Autor às diversas soluções em matéria de reservas obrigatórias nas cooperativas, à importância e fundamentos da regra da irrepartibilidade de tais reservas obrigatórias, bem como das reservas constituídas com resultados provenientes de operações com terceiros, quer durante a vida da cooperativa, quer no momento da dissolução da mesma.

A promoção da educação cooperativa e as vias seguidas pelo legislador no sentido da sua concretização é também objeto de reflexão, bem como a neutralidade política e religiosa que caracterizam a prática cooperativa.

A obra encerra com as conclusões vertidas na Parte III.

Em suma, estamos perante um verdadeiro tratado de direito cooperativo, de linguagem clara, concisa e precisa, como é apanágio do Autor.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 38 (2015-2016), páxs. 447-451
ISSN: 1130-2682

COOPERAÇÃO E SOLIDARIEDADE UMA
HISTÓRIA DA ECONOMIA SOCIAL

ÁLVARO GARRIDO

TINTA DA CHINA, LISBOA, 2016, 320 PÁGINAS

EDUARDO GRAÇA¹

¹ Presidente da direção da CASES.

Tendo sido uma iniciativa da Cooperativa António Sérgio para a Economia Social (CASES), em parceria com a Fundação Montepio, a obra em apreço, pelo seu ineditismo em Portugal, representa um passo significativo na direção da criação de uma linha de investigação, transversal mas, no essencial, integrada na disciplina da história, pois como escreve o autor na Introdução *«Neste como noutros temas habitados por um denso imaginário, parece faltar história a tanta memória.»*

A investigação história desempenha, por outro lado, no processo de reconhecimento da economia social um papel não negligenciável sendo este um contributo para iluminar o caminho de todos os que estudam e se empenham no movimento da economia social na academia e nas entidades da economia social, sejam cooperativas, mutualidades, associações, fundações, misericórdias, IPSS s ou outras entidades identificadas no art.º 4.º da Lei da Bases da Economia Social (LBES) portuguesa.

Quando em finais de 2014 convidamos o Prof. Álvaro Garrido a escrever uma história da economia social fizemo-lo por sentirmos a necessidade de dar alento à produção de trabalhos de investigação, com particular enfoque na história de um sector com tradição antiga mas cujas abordagens históricas surgem, quase sempre, mais como adorno, ou ilustração, e menos como aprofundada busca das suas raízes autênticas, correspondendo à necessidade, desde sempre identificada, de densificar o conhecimento e promover a reflexão acerca da economia social em Portugal.

O resultado final apresentasse-nos, espreado em 314 páginas (num livro irrepreensível no plano estético e editorial), como uma digressão clara, feita de escrita fina e aturado estudo, que informa educando, acerca de um tema que nas últimas décadas, mesmo após a longa ditadura de quase 50 anos, foi subalternizado em todas, ou quase todas, as instâncias do poder e do saber, desde a administração à academia ao invés do que havia acontecido um século atrás, contraste que é uma das marcas de água da investigação de Garrido, trazida à ribalta por esta obra.

Esta é uma obra que permite assinalar a emergência da economia social, e o seu papel crescentemente relevante na economia e na ação social, papel que se não compadece mais com o esquecimento e a subalternidade que, a mais das vezes, tem sido votada apesar da sua consagração constitucional e legal em Portugal, nem com a rasura a que tem sido sujeita pela escola pública que quase a não considera como disciplina de estudo, apesar de crescentes meritórios empenhos e iniciativas.

O autor aprofunda os caminhos seguidos pelo setor da Economia Social na fundação de dois empreendimentos históricos incontornáveis: a «proteção social»

e o «associativismo livre». A «proteção social» nascida como resultado da necessidade da coroa através da igreja católica, no século XV, responder à extrema miséria de uma imensa multidão de desvalidos. O «associativismo livre» nascido da revolução industrial, nos séculos XVIII e XIX, que criou uma multidão de explorados que se auto-organizaram para prover às suas necessidades materiais básicas (através de cooperativas e mutuas), à defesa dos seus interesses laborais (através de sindicatos) à urgência de representação política (através de partidos).

Não poderá também ser omissa o destaque que a obra atribui à doutrina produzida em torno da economia social e aos seus protagonistas mais relevantes que, no período pós 25 de abril de 1974, em coerência com uma militância persistente e resistente, viram acender-se uma luz para a concretização das suas utopias tão soezmente crucificadas pelos estrénuos defensores do corporativismo e vigiadas por todas as doutrinas antiliberais (ou anti libertárias) que os totalitarismos sempre segregam.

«Graças à combatividade dissidente de António Sérgio, Henrique de Barros e outros, o cooperativismo tomou na Constituição portuguesa de 1976 um lugar semelhante ao dos grandes problemas nacionais. Na sua conceção de democracia direta, participativa e verdadeiramente popular, Sérgio vira um cooperativismo capaz de promover a emancipação da “grei”, um socialismo libertário que se deveria transformar em libertador. Na verdade, liberto da opressão autoritária do interminável Estado Novo e beneficiando da vontade revolucionária de instaurar uma sociedade socialista, o cooperativismo encontra na Constituição democrática de 1976 uma expressão inédita, sendo o sector cooperativo encarado em pé de igualdade com os sectores público e privado.»

Outra faceta relevante deste trabalho é uma especial atenção dedicada a um eixo de análise que o autor qualifica de atualidade e que corresponde à *«tensão histórica entre uma economia social muito ciosa da sua independência e da sua expressão associativa, por um lado, e um Estado social que desde a sua frágil versão liberal mostrou que assumir uma função social-previdente implicava enquadrar o mutualismo voluntário e vigiar o cooperativismo, por outro.»*

O livro integra ainda uma vasta bibliografia de autores portugueses e estrangeiros que, pela sua diversidade e riqueza, demonstra que a economia social é um tema desde há muito estudado, sob os mais diversos ângulos, em todo o mundo e, em particular, no mundo ocidental mas de forma escassa através da disciplina da história.

Somos adeptos de uma política de abertura ao debate da questão conceptual do que se entende por economia social contribuindo este livro para minguar a incompreensão, e ignorância, acerca da sua natureza e papel na sociedade portuguesa. O autor assume que este trabalho não aborda a questão da história das entidades, ou organizações, da economia social, na especificidade das suas diversas «famílias»,

o que anuncia «*deverá ser a segunda peça deste trabalho*», cuja concretização auguramos apoiar para seja dada a conhecer o mais breve possível.

