



I
•
J

O presente trabalho foi realizado no âmbito das atividades do Grupo de Investigação “As PME’s: Promoção da Inovação, Crescimento e Competitividade” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projeto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR04643/2013)

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

PAGINAÇÃO

Experimenta Studio
mail@experimentastudio.pt | www.experimentastudio.pt

CAPA

Tito Andrade

IMAGEM

Rui Bessa

CONTACTOS

institutojuridico@fd.uc.pt | www.ij.fd.uc.pt
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8787-85-9

DEPÓSITO LEGAL

XXX

APOIO



CUATRECASAS.
GONÇALVES PEREIRA



COLABORAÇÃO



© SETEMBRO

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

CONGRESSO INTERNACIONAL

AS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS E O DIREITO

INSTITUTO JURÍDICO DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
ASSOCIAÇÃO DAS FACULDADES DE DIREITO LATINAS

COORDENAÇÃO
J. M. COUTINHO DE ABREU



Grupo 5
As PME: promoção da inovação,
crescimento e competitividade

AFDL
ASSOCIAÇÃO DAS FACULDADES DE DIREITO LATINAS

2017

APRESENTAÇÃO

Nos dias 6 e 7 de outubro de 2016, realizou-se o Congresso Internacional «As Pequenas e Médias Empresas e o Direito», inserido no âmbito das atividades do Grupo de Investigação «As PME's: Promoção da Inovação, Crescimento e Competitividade» do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projeto «Desafios Sociais, Incerteza e Direito» (UID/DIR/04643/2013), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia. O Congresso foi uma organização conjunta com a AFDL – Associação das Faculdades de Direito Latinas (sendo a FDUC sua associada fundadora) e beneficiou da colaboração do IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho.

Reúnem-se agora os textos que correspondem às conferências então proferidas, assim como o de uma outra que se desejaria ter proferido.

Coimbra, Faculdade de Direito, fevereiro de 2017

O Grupo de Investigação
Projeto UID/DIR/04643/2013



programa

6.outubro

09h00 **RECEÇÃO DOS PARTICIPANTES**

10h00 **ABERTURA**

AMÍLCAR FALCÃO (Vice-Reitor da Universidade de Coimbra)
RUI DE FIGUEIREDO MARCOS (Diretor da FDUC)
RUI MOURA RAMOS (Presidente do Conselho Coordenador do Instituto Jurídico da FDUC)
ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO (Presidente do Conselho Diretivo da AFDL)
JORGE M. COUTINHO DE ABREU (Coordenador do Congresso, Conselho Diretivo da AFDL)

10h30 **SESSÃO 1**

Moderação: **PEDRO MAIA** (Membro do Conselho Coordenador do Instituto Jurídico da FDUC)
LUIS VELASCO SAN PEDRO (Universidad de Valladolid — Espanha), *De la Societas Privata Europaea a la Societas Unius Personae en las propuestas europeas*
MIGUEL C. ARAYA (Universidad Nacional de Rosario — Argentina), *La pequeña y mediana empresa en el Código Civil y Comercial argentino (2015)*
ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (Universidade de Coimbra — Portugal), *Oportunismo da maioria, oportunismo da minoria: onde está a Virtude nas PME?*

14h30 **SESSÃO 2**

Moderação: **JORGE M. COUTINHO DE ABREU**
ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO (Universidad de Valladolid — Espanha), *La sucesión mortis causa de la empresa mercantil en el derecho español*
PHILIPPE ICARD (Université de Dijon — França), *Le co-financement des PMI dans le cadre des fonds structurelles européens*
JUAN JOSÉ HINOJOSA TORRALVO (Universidad de Málaga — Espanha), *La promoción de las PYMES en derecho financiero de la Unión Europea*
MICHELE CARPAGNANO (Università di Trento — Itália), *PYME y derecho de la competencia: desafíos y oportunidades*

17h00 **SESSÃO 3**

Moderação: **ALFREDO M. SOTO** (Vice-Decano da Facultad de Derecho da Universidad Nacional de Rosario)
JOÃO REIS (Universidade de Coimbra — Portugal), *Representação, negociação e conflito laborais na PME*
MARÍA SALAS PORRAS (Universidad de Málaga — Espanha), *La prevención de riesgos laborales en las microempresas y pymes. Su configuración jurídica desde Europa y España*
JOSÉ JOÃO ABRANTES (Universidade Nova de Lisboa — Portugal), *As pequenas e médias empresas e o direito do trabalho*



programa

7.outubro

09h30 SESSÃO 4

Moderação: **CÂNDIDO BITENCOURT DE ALBUQUERQUE** (Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará)
JOSÉ CASALTA NABAIS (Universidade de Coimbra — Portugal), *O regime fiscal das PME*
HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO (Universidade Federal do Ceará — Brasil), *A tributação das microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil*

11h00 SESSÃO 5

Moderação: **ANTÓNIO SANTOS JUSTO** (Professor Catedrático da FDUC)
IOAN LEŞ / ADRIAN CIRCA (Universitatea "Lucian Blaga" din Sibiu — Roménia), *Los procedimientos judiciales que facilitan el acceso a la justicia de las pequeñas y medianas empresas*
RICARDO COSTA (Universidade de Coimbra — Portugal), *A administração da sociedade PME e o sócio gestor*
JORGE M. COUTINHO DE ABREU (Universidade de Coimbra — Portugal), *PME: convergências e divergências internacionais*

13h00 ENCERRAMENTO

MANUEL CALDEIRA CABRAL (Ministro da Economia, Governo de Portugal)

ABERTURA

Cabe agora ao coordenador do congresso dizer três ou quatro palavras e desvelá-las mui brevemente.

Primeira: contentamento. Estamos contentes por receber, sob o manto da AFDL, abraços intelectuais e de afeto da latina Europa e da América Latina – da latinidade que, apesar dos vícios velhos, é desde os primórdios também universalidade.

Mas esta primeira palavra fica, infelizmente, só por meia: três dos conferencistas anunciados nos cartazes não podem comparecer. Ainda assim, o Prof. Philippe Icard, de Dijon, teve oportunidade de nos enviar o texto da projetada conferência (texto que entretanto vos foi enviado por e-mail). Já o Prof. Erasmo Valladão França, de São Paulo, que tanto entusiasmo punha no regresso a Coimbra, teve há dias de ser internado em hospital da sua terra. Que os bons dias regressem logo, caro Erasmo!

Segunda palavra: agradecimentos. Aos patrocinadores (FCT; Cuatrecasas, Gonçalves Pereira; Santander Totta; Abreu Advogados – a propósito, este Abreu não sou eu). Aos que estão nesta mesa da sessão de abertura e aos que aqui vão estar de seguida, hoje e amanhã, como moderadores e, em especial, como conferencistas. Aos colegas da comissão organizadora (Alexandre Soveral Martins, Carolina Cunha, Rui Dias e, em particular, seja-me permitido dizer, Ricardo Costa). A todos quantos (do IJ, do IDET, da FDUC) se empenharam no secretariado desta «empresa». E, claro, a todos vós, cuja presença nos recompensa e estimula.

Terceiras palavras: PME's e direito, o tema do congresso. São elas, de longe, os mais dos fios com que se tece o pano empresarial, aqui e ali mais e menos lustroso, mais e menos resistente, esburacado ou com nódoas. O direito não está nos caboucos nem no centro do mundo (empresarial ou não); mas pode fazer alguma coisa. E o tema merece mais do que pequenos e médios estudos (outro significado para PME...).

Sejam todos bem-vindos ao congresso «As Pequenas e Médias Empresas e o Direito»! Faça-se, saboreie-se e que a todos faça bom proveito.

J. M. Coutinho de Abreu

Coordenador do Congresso

Investigador Responsável do Grupo de Investigação «As PME's:
Promoção da Inovação, Crescimento e Competitividade»

SESSÃO I

De la *Societas Privata Europaea*
a la *Societas Unius Personae* en las propuestas europeas

LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO
(Universidad de Valladolid — Espanha)

Pequeñas y medianas empresas en el Código Civil y Comercial
de Argentina, en vigencia desde el 1/8/2015

MIGUEL C. ARAYA
(Universidad Nacional de Rosario — Argentina)

Oportunismo da maioria, oportunismo da minoria:
onde está a Virtude nas PME?

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS
(Universidade de Coimbra — Portugal)

DE LA *SOCIETAS PRIVATA EUROPAEA* A LA *SOCIETAS UNIUS PERSONAE* EN LAS PROPUESTAS EUROPEAS*



Luis Antonio Velasco San Pedro
Profesor Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

*From the Societas Privata Europaea to the Societas Unius Personae
in the European proposals*

Abstract: This paper examines critically the successive proposals carried out by the European Commission for a Regulation on the Statute for a *European Private Company* and a Directive on *single-member private limited liability companies*, respectively withdrawn and paralyzed nowadays, in context with their objectives to facilitate the operative of SMEs in relation to freedom

*Este trabajo se corresponde básicamente con la ponencia desarrollada por el autor el 6 de octubre de 2016 en el *Congreso Internacional “As pequenas e médias empresas e o Direito”*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coímbra, lo que explica el tono y el alcance limitado con el que se plantean los problemas, seguramente acreedores de un mayor estudio. No obstante, se ha considerado oportuno, para una mayor claridad y precisión, añadir notas explicativas y con referencias legales y bibliográficas.

of establishment, and the trends on Company Law in Europe and the World.

Keywords: European Company Law; freedom of establishment; *Societas Privata Europaea*; *Societas Unius Personae*; SMEs.

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Necesidad y conveniencia de instrumentos europeos relativos a las sociedades cerradas.
- III. Coincidencia con otros debates o tendencias más generales.
- IV. La Sociedad Privada Europea (SPE).
 - a. Antecedentes.
 - b. Principales características de la SPE.
 1. Tipo europeo.
 2. Sociedad cerrada.
 3. Sociedad contractual.
 4. Con especiales facilidades transfronterizas.
 5. Con facilidades de constitución.
 6. Con limitación de responsabilidad de los socios y sin capital mínimo.
- V. La Societas Unius Personae (SUP).
 - a. Antecedentes.
 - b. Principales características de la SUP.
 1. Tipo nacional de sociedad unipersonal.
 2. Sin especiales facilidades transfronterizas.
 3. Constitución electrónica estandarizada.
 4. Con limitación de responsabilidad del socio único y sin capital mínimo.
- VI. Conclusiones.

I. Introducción

En el presente trabajo se van a examinar las sucesivas propuestas de Reglamento de la *Societas Privata Europaea* (SPE) y de Directiva de la *Societas Unius Personae* (SUP), realizadas en los últimos años en el ámbito de la Unión Europea (UE), y que no han logrado ser culminadas, ya que la primera fue abandonada oficialmente en 2013, y los trabajos de la segunda están paralizados *de facto* desde 2015.

Abordar las dos propuestas conjuntamente tiene sentido en cuanto representan sendos intentos de conseguir directa o indirectamente un tipo uniforme de *sociedad cerrada* en Europa, apropiado para las pequeñas y medianas empresas (PYMES), pero también útil para vertebrar grupos de sociedades¹. Aunque en el trasfondo de ambas, como luego se verá, se trata de favorecer los *negocios transfronterizos*, como es lógico tratándose de instrumentos de la UE, las propuestas van mucho más allá de estos objetivos y, en línea con otras internacionales (la de la CNUDMI², particularmente) e internas, en diferentes países, pretenden asimismo favorecer la constitución y el funcionamiento de este tipo de sociedades, simplificando ambos aspectos, independientemente de que finalmente sean o no instrumentos para tales negocios transfronterizos.

En este ámbito, como es sabido, casi todos los ordenamientos a partir del siglo XIX han ido reconociendo al menos un tipo de *sociedad cerrada* con limitación de responsabilidad de los socios, claramente diferenciado del tipo de *sociedad abierta* por antonomasia que es la *sociedad anónima* o *por acciones*. Es el caso, por ejemplo, de

¹ La idoneidad de este tipo de sociedades para vertebrar grupos de sociedades, fue ya destacada hace bastantes años por L. C. ÁLVAREZ QUELQUEJEU, *La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de la concentración de empresas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1958.

² CNUDMI, *Proyecto de guía legislativa sobre la Entidad de Responsabilidad Limitada de la CNUDMI*, 25.6.2016, Nota de la Secretaria, A/CN.9/WG.I/WP.99 y A/CN.9/WG.I/WP.99/Add. 1 (http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/1MSME.html).

la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (*GmbH*) del Derecho alemán – primer ordenamiento donde se creó la figura³, y que luego ha influido directa o indirectamente en todos los demás –, de la *Private Limited Company* inglesa⁴ – término que parece generalizarse ahora para la denominación de este tipo de sociedades (*Sociedad Privada*) –, de la *société à responsabilité limitée* en Francia, de la *Società a responsabilità limitata* italiana, de la *Sociedade por Quotas* de Portugal, o de la *Sociedad de Responsabilidad Limitada* (SL) del ordenamiento español⁵, por citar algunos ordenamientos europeos⁶. Todas ellas, ciertamente, tienen características compartidas – especialmente la de ser precisamente sociedades cerradas –, debidas al influjo mutuo entre ordenamientos y a la dinámica de los negocios que exigen sociedades con estos rasgos, pero en ausencia de armonización europea las diferencias de régimen entre todas ellas siguen siendo bastante significativas.

II. Necesidad y conveniencia de instrumentos europeos relativos a las sociedades cerradas

En la actualidad no hay (apenas hay, si queremos hablar con mayor propiedad) instrumentos europeos relativos a las *sociedades cerradas*. En el ámbito de la armonización del Derecho de

³ En la Ley de 20.4.1892. Sobre los orígenes de la figura véanse A. HUECK, en BAUMBACH/HUECK, *GmbH-Gesetz*, 16.^a ed., Verlag C. H. Beck, München 1996, 1 s.; ULMER, P., *Principios fundamentales del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*, trad. española, Madrid 1998, 22 s.

⁴ En Inglaterra la figura se introdujo en la reforma de la *Companies Act* de 1907-1908, y al parecer también por influencia de la legislación alemana. Así se considera desde la propia doctrina británica en PALMER'S, *Company Law*, I, 24.^a ed. (by C. M. SCHMITTHOFF), Stevens, London 1987, 46-47.

⁵ Tardíamente regulada en España en la Ley de 17.7.1953, aunque desde finales del siglo XIX se venían constituyendo sociedades con el nombre de limitadas, al amparo de una práctica notarial inspirada en la legislación alemana, y admitida por la aparente libertad de configuración de tipos societarios que concedía el art. 122 del Código de comercio. Esta Ley fue sustituida por una de nueva planta de 23.3.1995, y finalmente su contenido refundido con la Ley de sociedades anónimas, en el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2.7.2010.

⁶ La figura también se expandió por Latinoamérica, entre otros países, en Brasil (donde se introdujo por el Decreto de 10.1.1919) y Argentina (introducida en la Ley de 8.10.1932).

sociedades, que se inició en los años 60 del pasado siglo, la mayoría de las directivas tienen por objeto las sociedades anónimas⁷. Tampoco hay tipo europeo de sociedad cerrada como, por contra, sí lo hay en relación con las sociedades anónimas – la *Societas Europaea* o *Sociedad Anónima Europea* (SE)⁸ –, e incluso con otras formas societarias, como la *Agrupación Europea de Interés Económico*⁹ y la *Sociedad Cooperativa Europea*¹⁰.

Esta circunstancia, como se acaba de indicar, provoca diferencias normativas entre los Estados Miembros (EE. MM.), que dificultan la *libertad de establecimiento*, en la medida en que cuando menos generan importantes costes de información y asesoramiento – conocer el ordenamiento extranjero, distinto del nacional de procedencia –, más difíciles de enfrentar para las PYMES debido a su menor fortaleza económica. Esto a la postre obstaculiza los negocios transfronterizos, como la constitución de filiales y de *joint ventures*¹¹, y en definitiva el avance hacia un definitivo *mercado único europeo*, que obviamente no solo debe ser de grandes empresas, sino también de PYMES y consumidores¹².

⁷ La excepción era la Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21.12.1989, *en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único*, actualmente sustituida por la 2009/102/CE, de 16.9.2009.

⁸ Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo de 8.12. 2001, *por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)*, y Directiva 2001/86/CE del Consejo, de la misma fecha, *por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*.

⁹ Reglamento (CEE) n.º 2137/85 del Consejo, de 25.7.1985, *relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE)*.

¹⁰ Reglamento (CE) n.º 1435/2003 del Consejo, de 22.7.2003, *relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE)* y Directiva 2003/72/CE del Consejo, de la misma fecha, *por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*.

¹¹ Véase datos sobre costes de constitución de filiales en diversos países en R. DRURY, “La SPE: un instrumento para la PYMES o un cambio de planteamiento de armonización de las sociedades de capital cerradas”, in C. ALONSO LEDESMA / A. ALONSO UREBA / G. ESTEBAN VELASCO, *La modernización del Derecho de sociedades en España*, I, Pamplona Aranzadi, 2011, 40.

¹² En este punto las propuestas coinciden en parte con la del *non nato* Reglamento de Compraventa Europea (CESL) que perseguía asimismo esos objetivos. Sobre este texto me permito remitirme a L. A. VELASCO SAN PEDRO, “La propuesta de Reglamento de Compraventa Europea: cuestiones generales, en especial su ámbito de aplicación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5/2 (Octubre 2013) 468 s.

A la espera de disponer de estos instrumentos europeos, se ha generado una *competencia entre legislaciones*, por la búsqueda por los operadores económicos de las que se consideran más apropiadas para hacer negocios. Este fenómeno ha sido legitimado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), en relación con la *movilidad de sociedades*, a partir de las sentencias *Centros*¹³, *Überseering*¹⁴, *Cartesio* (no respecto a la *lex societatis*)¹⁵, y *Vale*¹⁶. Esta jurisprudencia es acertada desde la óptica de la *libertad de establecimiento*, consagrada actualmente en los arts. 49 y 54 del Tratado de funcionamiento de la UE (TFUE), que exige el reconocimiento de la posibilidad tanto de fijar la sede social en otro Estado miembro diferente del que se está operando, como de trasladarla de un Estado a otro¹⁷. Pero plantea la duda de si no estará produciendo un *efecto Delaware*¹⁸ a la europea y, lo que es más preocupante, de si no estará conduciendo a una reducción inexorable de las garantías que razonablemente debería conceder el ordenamiento aplicable, sea éste el que sea, a los socios y terceros que se relacionan con una sociedad, en una suerte de inquietante *race to the bottom* entre legisladores. De momento tenemos algunos datos que así lo indican, como la *eliminación del capital mínimo* en este tipo de sociedades, con unos expedientes u otros, en ordenamientos que sí lo establecían como el alemán, el holandés, el italiano, el portugués o el español, siguiendo la senda del Derecho inglés, que nunca estableció tal regla¹⁹.

¹³ De 9.3.1999, asunto C-212/97 *Centros*.

¹⁴ De 5.11.2002, asunto C-208/00 *Überseering*.

¹⁵ De 16.11.2008, asunto C-210/06 *Cartesio*.

¹⁶ De 12.7.2012, asunto C-378/10 *Vale*.

¹⁷ Sobre este tema véanse L. A. VELASCO SAN PEDRO / J. M. SÁNCHEZ FELIPE, “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 19 (2002) 15 s.; y P. RODAS PAREDES, *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Comares, Granada, 2011.

¹⁸ Una buena exposición de ese conocido efecto que hace que la gran mayoría de las grandes corporaciones en Estados Unidos se constituyan conforme al Derecho de este pequeño Estado, en P. BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia internacional de sede social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, 53 s.

¹⁹ Curiosamente la primera Ley de sociedades de responsabilidad limitada española de 1953 no establecía un capital mínimo, que se introdujo en la reforma de 1989, fijándose en 500.000 ptas. (unos 3000 €).

Aunque luego volveremos sobre este problema, es obvio que esta carrera hacia el abismo únicamente se puede evitar con instrumentos comunes de carácter europeo, como los que se intentaban en las propuestas sobre la SPE y la SUP.

III. Coincidencia con otros debates o tendencias más generales

Para contextualizar debidamente el alcance de las propuestas *non natas* de SPE y SUP conviene poner de relieve que coinciden en el tiempo con otros debates o tendencias de fondo más generales del Derecho de sociedades, cuyos términos no han dejado de influir en la articulación de ambas, aunque con distinta intensidad según se verá.

El primero de estos debates es el de *simplificación y desregulación del Derecho de sociedades*. Desde hace tiempo en Europa se viene planteando la necesidad de simplificar la legislación – cada vez más compleja –, y desregular determinados sectores económicos en aras a una mayor libertad de competencia, legislando mejor. Estos debates también han alcanzado al Derecho de sociedades, y en diversas legislaciones se han simplificado, por poner ejemplos significativos, los sistemas de constitución de sociedades permitiendo su constitución electrónica, con la utilización de estatutos tipo, y con eliminación de controles que se estiman innecesarios o redundantes, como la característica intervención de notario. Otro ejemplo es la simplificación de la estructura financiera de las sociedades, con la superación del sistema del capital al permitir constituir sociedades a partir de 1 euro de capital²⁰.

Otro debate es el relativo al carácter que deben tener las normas del Derecho de sociedades. Tradicionalmente en la Europa continental estas normas han sido a lo largo del siglo XX fundamentalmente imperativas, lo que obedecía a la consideración de las sociedades como instituciones cuyos fines (el llamado interés social)

²⁰ Sobre estos procesos véanse, en la doctrina española, P. YANES YANES, “La simplificación del Derecho de sociedades: status quaestionis comunitario y perspectiva española”, en C. ALONSO LEDESMA / A. ALONSO UREBA / G. ESTEBAN VELASCO, *La modernización*, I, 99 s.; y S. HIERRO ANIBARRO, dir., *Simplificar el Derecho de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

estaban más allá del interés de los socios. Las últimas décadas del siglo XX y lo que va del actual siglo, han visto surgir con renovado auge posiciones *contractualistas*, que vuelven a poner el acento en el interés de los socios, con apoyo en las nuevas corrientes de análisis económico del Derecho, que conciben a la empresa como un entramado de contratos²¹. En el nuevo paradigma se defiende que las normas del Derecho de sociedades deberían ser fundamentalmente dispositivas, debiendo quedar en manos de los interesados (los socios) la configuración de las reglas societarias que consideren más apropiadas, de manera que el legislador solo debería intervenir fijando normas en aquellos supuestos en que no es posible establecerlas negociadamente (por costes de transacción o problemas de agencia)²². El debate también ha tenido alguna incidencia en las legislaciones, ampliando el ámbito reconocido a la autonomía de la voluntad en el Derecho de sociedades²³.

No por casualidad estos debates han coincidido temporalmente con la preponderancia de los patrones societarios procedentes del círculo anglosajón. Esto se ve de manera muy clara en el nuevo *corporate governance* que se genera a partir de los años 90 en Gran Bretaña y Estados Unidos, y que fue extendiéndose de manera imparable a los demás países, en particular a los europeos, en una especie de “*nouvelle vague*” anglosajona, como dijo un autor italiano²⁴. La fórmula

²¹ En la literatura española, véase B. ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, Marcial Pons, Madrid 1998.

²² Son trabajos representativos de esta tendencia en la doctrina española reciente, entre otros, los de C. PAZ ARES, “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, en AA.VV., *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I, McGraw Hill, Madrid, 1996, 65 s.; y “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)”, en C. PAZ ARES, coord., *Tratando de la Sociedad Limitada*, CG del Notariado, Madrid 1997, 163 s.; y J. ALFARO, “Imperialismo económico y dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Mercantil*, 233 (1999) 925 s.

²³ Sobre este debate me remito a L. A. VELASCO SAN PEDRO, “¿Institución o contrato? Reflexionando (una vez más) sobre el carácter imperativo o dispositivo que debiera tener el derecho de sociedades de capital”, en A. TOBÍO RIBAS / A. FERNÁNDEZ ALBOR / A. TATO PLAZA, ed., *Estudios de Derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, 323, con ulteriores referencias legales y bibliográficas.

²⁴ L. A. BIANCHI, “Corporate governance. Considerazioni introduttive”, *Rivista delle Società*, (1996) 412.

de este modelo se basa asimismo en modelos contractualistas, ya que la principal propuesta del proceso fue y sigue siendo que las sociedades – particularmente las grandes compañías cotizadas en bolsa – reforzasen sus sistemas de gobierno mediante *códigos voluntarios de buen gobierno societario*²⁵. Como han puesto de relieve los agudos análisis del profesor de Harvard Mark J. Roe, las nuevas fórmulas tienen en su base el modelo norteamericano de actuación en las sociedades a través de la regulación de los mercados de capitales, distinto del modelo europeo (alemán), de carácter más bien socialdemócrata, con normativa societaria imperativa y cogestión de trabajadores²⁶. Esto supone, en cierta manera, el triunfo, esperemos que momentáneo pero, en todo caso, inquietante, de lo que M. Albert llamó el “neocapitalismo” norteamericano, que revitalizaron las políticas ultraliberales del Presidente republicano Ronald Reagan (seguidas en Gran Bretaña por la Primera Ministra conservadora Margaret Thatcher), frente al modelo de capitalismo renano que venía siendo característico de Alemania y otros países europeos avanzados²⁷.

Otro debate significativo ha sido el del *capital social*. Esta institución jurídico-financiera ha venido siendo unos de los principios basilares del Derecho de las sociedades que, no en vano, se denominan como *sociedades de capital* en muchos ordenamientos²⁸, en aras principalmente de la debida protección de los acreedores sociales, que no cuentan con más respaldo que el de la misma sociedad, al no responder personalmente los socios de las deudas sociales. Desde hace ya bastantes años se viene hablando de la crisis del capital social, y denunciando doctrinalmente sus insuficiencias e incoherencias, puestas todavía más de relieve si cabe con la implantación de

²⁵ Entre la inabarcable literatura sobre este aspecto, destaca en España la obra colectiva de G. ESTEBAN VELASCO, coord., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons/Colección Garrigues & Andersen, Madrid, 1999.

²⁶ M. ROE, *Political Determinants of Corporate Governance. Political Context, Corporate Impact*, New York, 2002.

²⁷ M. ALBERT, *Capitalismo contra capitalismo*, trad. esp., Ediciones Paidós, Barcelona, 1992.

²⁸ En España esta denominación ha recibido rango legal con el relativamente reciente Texto refundido de la *Ley de sociedades de capital* de 2010, que unifica en un único texto legal la regulación de sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones (este último un tipo apenas utilizado en la práctica española).

los nuevos estándares de las normas internacionales de contabilidad y de información financiera (NIC/NIF). En este sentido, no faltan propuestas de superación, sobre todo sustituyendo o combinando el conocido como *test de balance*, que impide distribuciones a los socios cuando como consecuencia de ello el patrimonio neto descendiera por debajo de la cifra de capital que figura en el balance²⁹, por sistemas que se consideran más precisos como los *tests de solvencia y liquidez*, o valorizando el papel de los *financial covenants*, cuando se concierta endeudamiento con acreedores profesionales (como bancos y otras instituciones financieras)³⁰.

Como veremos enseguida, las sucesivas propuestas europeas de SPE y SUP están inequívocamente alineadas, en mayor o menor medida según los casos, con todas estas tendencias, aunque obviamente no se haga una profesión expresa de fe en ellas.

Ello suscita la duda de si no suponen un *Caballo de Troya* por el que ir introduciendo una nueva filosofía societaria, que acabe desmontando por completo el tradicional Derecho europeo de influencia alemana e impronta imperativa, con todas sus piezas, comenzado por la del capital social³¹. En todo caso, como luego se verá, el fracaso cosechado hasta el momento por las dos propuestas europeas de la SPE y la SUP, de alguna manera se ha producido por el rechazo a alguna de las manifestaciones de esa filosofía (capital, eliminación del control notarial...).

²⁹ Y al que se atiene la Directiva 2012/30/UE, de 25.10.2012 (*ex* segunda Directiva), en su art. 17.1 pero en relación únicamente a la sociedad anónima, ya que quedan fuera de su ámbito las sociedades privadas.

³⁰ Para todo este debate véanse, entre otros trabajos en distintas doctrinas, W. SCHÖN, “Balance Sheet Test or Solvency Test – or Both?”, *European Business Organization Law Review*, 7 (2006) 181 s.; C. ALONSO LEDESMA, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, I, Marcial Pons, Madrid, 2007, 127 s.; G. STRAMPELLI, *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, G. Giampichelli Editore, Torino, 2009; P. T. DOMÍNGUES, *Variações sobre o Capital social*, Almedina, Coimbra 2009; y L. A. VELASCO SAN PEDRO, “El tratamiento de las distribuciones a los socios”, en C. ALONSO LEDESMA / A. ALONSO UREBA / G. ESTEBAN VELASCO, *La modernización*, II, 171 s.

³¹ La expresión *Caballo de Troya* se ha utilizado por diversos comentaristas de estas propuestas europeas. Ad. ex. G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta de Directiva sobre la «Societas Unius Personae» (SUP): el nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 55 (2015) 135 nota 45.

IV. La Sociedad Privada Europea (SPE)

A. Antecedentes

La propuesta de Sociedad Privada Europea o *Societas Privata Europaea* (SPE) tiene un cierto recorrido previo anterior a su formulación por la Comisión Europea (CE). El primer hito fue un libro publicado por la jurista francesa Jeanne Boucourechliev en 1973, en pleno proceso de discusión de la SE, que solo vería la luz en 2001, donde se proponía configurar una figura semejante en relación con las sociedades cerradas (en Francia *société à responsabilité limitée*), idónea para las PYMES³². Posteriormente en el seno del *Centre de recherche sur le droit des affaires* (CREDA), de la Cámara de Comercio de París, se formó una comisión de juristas europeos, bajo la presidencia de Boucourechliev, que elaboró una propuesta articulada de estatuto en 1995³³. Estas propuestas extraoficiales fueron acogidas por la UE en los años 2000. Cuando la CE publica su comunicación de 2008 sobre la *Small Business Act* para Europa³⁴ (posteriormente revisada en 2011³⁵), se establece como uno de los objetivos, para facilitar la operativa de las PYMES en Europa, aprobar un Estatuto de una SPE. Esto es lo que se pretende iniciar con la propuesta de la CE de Reglamento de la SPE de la misma fecha (PRSPE)³⁶. Esta propuesta fue objeto de negociaciones entre representantes de los EE. MM. y la CE durante

³²J. BOUCOURECHLIEV, *Pour une SARL européenne*, Étude du CREDA, PUF, Paris, 1973.

³³Se reproduce en la obra de J. BOUCOURECHLIEV, *Une société de droit européen*, Presses de Sciences Po, Paris, 1999, 107 s.

³⁴“Pensar primero a pequeña escala” “*Small Business Act*” para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas, 25.6.2008, COM(2008) 394 final.

³⁵COM(2011) 78 final, de 23.2.2011.

³⁶Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, 25.6.2008, COM(2008) 396 final.

Sobre la figura, en la literatura en español, véase J. VIERA GONZÁLEZ, “La sociedad privada europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho Mercantil*, 270 (2008) 1331 s.; F. ALONSO ESPINOSA, “Sociedad Privada Europea: notas para la caracterización de una nueva forma de sociedad”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, 28 (2010) 1 s. (<https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/27222/1/sociedadprivadaeuropea.pdf>); y R. DRURY, “La SPE”, 37 s.

los años posteriores, hasta que entró en una fase de *stand by* ante la falta de acuerdo en temas claves como la desregulación de algunos aspectos considerados esenciales por algunos EE. MM., como el capital social y la escritura pública notarial. También parece ser que pesó el temor de que la nueva SPE acabase desplazando a los tipos nacionales, inaugurando una nueva etapa de competencia entre legislaciones, ahora directamente con los instrumentos europeos. Finalmente, ante el estancamiento, la CE retiró formalmente la propuesta en 2013³⁷.

B. Principales características de la SPE

En un examen de conjunto, las características principales de la SPE tal y como se delineaba en la propuesta de la CE, eran las que a continuación se señalan.

1. Tipo europeo

Siguiendo la senda de la SE, la SPE se configuraba como un tipo específicamente europeo, común a todos los EE. MM., y a añadir a los nacionales de cada Estado (Sociedad Anónima, Sociedad Limitada...). En este sentido, como ya se ha indicado, la PRSPE era una *propuesta de Estatuto para la SPE*, como ya sucedió anteriormente con la SE. Ahora bien, la “cura de adelgazamiento” que experimentó este Estatuto de la SE en el transcurso de los casi cuarenta años de discusiones que mediaron hasta su culminación en 2001, con múltiples remisiones a la legislación de los EE. MM., para hacerla digerible a los más críticos, se adoptó en la PRSPE de manera preventiva – antes de que lo reclamasen estos mismos –, seguramente con la misma finalidad, siendo bastantes los aspectos que se remitían a la legislación interna del Estado donde la sociedad fuera a tener su domicilio social³⁸. No obstante, el adelgazamiento

³⁷ En el anexo de la Comunicación sobre *Regulatory Fitness and Performance (REFIT, Programa de Adecuación y Eficacia de la Reglamentación): Resultados y próximas etapas*, COM(2013) 685, 2.10.2013.

³⁸ El art. 1.1.2 de la PRSPE señala que “cuando una materia no se contemple en los artículos del presente Reglamento ni en su anexo I, la SPE se regirá por la legislación, incluidas las disposiciones de incorporación del Derecho comunitario, que se aplique a las sociedades de responsabilidad

era bastante menos radical que en la SE, al ser considerablemente mayor el contenido sustantivo y las cuestiones reguladas en la PRSPE (o remitidas a la autonomía privada), que en el correspondiente Reglamento de la SE.

Como veremos enseguida, la SPE era un tipo social previsto para facilitar la actividad transfronteriza y, en definitiva, el ejercicio de la libertad de establecimiento en el espacio europeo, y en ello hay de nuevo coincidencia con el Reglamento de la SE. Sin embargo, a diferencia de esta última, donde en la situación de partida de la que surge la sociedad debe haber siempre implicadas sociedades y otras personas de al menos dos EE. MM., en la PRSPE no se exigía esta circunstancia, al poderse constituir *ex nihilo* por fundadores de un solo Estado, y por transformación, fusión o escisión de una sociedad nacional³⁹.

2. Sociedad cerrada

Nota esencial de la SPE era su configuración como *sociedad cerrada*, en correspondencia con los tipos sociales de este carácter que existen en los EE. MM. y muchos otros ordenamientos jurídicos (*GmbH*, *SL*, etc.). Lógico que se le confriera esta condición, especialmente apreciable en relación con las PYMES que cuando son negocios “colectivos”, suelen basarse en relaciones de confianza entre los socios (sociedades *intuitus personae*), cuando no directamente familiares. En este punto sería un tipo de contraste con la SE, en principio una *sociedad abierta*, aunque por la remisión a los Derechos de los EE. MM. que hace su Reglamento, quepa configurarla estatutariamente como sociedad cerrada estableciendo la vinculación de acciones o restricciones a su circulación.

Este carácter cerrado se denota ya en art. 1 (d) del PRSPE, cuando se señala que “[s]us participaciones no serán objeto de oferta pública ni de negociación pública”, con lo que supone de exclusión de los mercados organizados de capitales (bolsas, segundos mercados...), y pérdida de la facilidad de transmisión que confieren las acciones que sean admitidas en estos mercados. En todo caso, y como ya ocurría

limitada en el Estado miembro en el que la SPE tenga su domicilio social, en lo sucesivo denominada «legislación nacional aplicable»”.

³⁹ Art. 5 de la PRSPE.

en algunos ordenamientos como el alemán, donde no se preveía un régimen legal ni necesario de restricciones a la transmisión de las participaciones sociales, la PRSPE tampoco contenía tal previsión, aunque se contemplasen dichas restricciones como posible objeto de la “escritura de constitución” (*rectius* acto constitutivo⁴⁰), y el anexo I de la PRSPE reconociera, en este ámbito, una amplísima libertad para configurar *ad gustum* y *ad hoc* derechos preferentes, restricciones a la transmisibilidad, y cláusulas de arrastre y acompañamiento (*Drag Along* y *Tag Along*).

La fórmula, en todo caso, estaba abierta tanto para sociedades pluripersonales como unipersonales – figura ésta que desde la duodécima Directiva en materia de sociedades (actualmente sustituida por la Directiva 2009/102/CE) debe reconocerse en todos los EE. MM. en relación con las sociedades cerradas –, ya que el art. 1 (e) de la PRSPE señala que la SPE “*podrá ser constituida por una o varias personas físicas y/o entidades jurídicas, en lo sucesivo denominadas «socios fundadores»*”.

3. Sociedad contractual

Nota muy importante a mi juicio de la PRSPE, es que se optaba claramente por un modelo fundamentalmente *contractual*; esto es, de libre configuración por los socios. En este sentido, el art. 4.1 de la PRSPE, establecía el principio de que “[l]a SPE se regirá por lo dispuesto en el presente Reglamento y, asimismo, en lo referente a las materias enumeradas en el anexo I, por su escritura de constitución”, muy distinto de lo que resulta de la regulación de la SE⁴¹, y no digamos de algunas legislaciones societarias europeas, donde se limita drásticamente la libertad de autoconfiguración estatutaria (el paradigma máximo del Derecho

⁴⁰ La propuestas europeas, negociadas en inglés idioma oficial de facto de la UE, tienen algunos problemas en sus versiones castellanas, como el que se acaba de señalar, ya que en el Derecho español el término “escritura” sólo se aplica a documentos autorizados por un notario, que es precisamente uno de los requisitos de control que, como se verá seguidamente, se permitía suprimir.

⁴¹ Sobre este tema especialmente complejo por los equilibrios que hubo que hacer para que finalmente prosperase el Reglamento de la SE, nos permitimos remitirnos a L. A. VELASCO SAN PEDRO, “Una aproximación al sistema de fuentes de la Sociedad Anónima Europea”, en E. PÉREZ CARRILLO, coord., *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2005, 129 s.

imperativo es seguramente el alemán de sociedades anónimas⁴²).

Desarrollando este principio favorable a la autonomía de la voluntad, el anexo I del PRSPE confería una amplia y articulada libertad de pactos tanto en materia de participaciones, como de órganos e incluso de capital social.

Con todo la PRSPE no estaba huérfana de normas imperativas. Tal es el caso, entre otros, de sus arts. 17 y 18 que establecían reglas de *ius cogens* respecto a lo que, con mejor traducción que la versión oficial al castellano, llamaríamos la *exclusión y separación de socios*. Y que citamos expresamente porque no deja de extrañar que en un tema tan clásico de relaciones internas, donde razonablemente se debe dejar mayor ámbito a la autonomía privada, la propuesta se convierta en tan institucionalista⁴³.

4. Con especiales facilidades transfronterizas

Aunque como acaba de indicarse, la PRSPE no exigía para la constitución de la SPE la existencia de elementos transfronterizos, y de haber salido adelante podría perfectamente haberse utilizado por nacionales de un solo Estado miembro, su configuración sí introducía algunas facilidades para su uso en los negocios transfronterizos en el espacio europeo, siguiendo la estela del Reglamento de la SE y de la jurisprudencia del TJUE desde la sentencia *Centros*.

En este ámbito, en primer lugar, se admitía expresamente la posibilidad de que las futuras SPEs deslocalizaran la administración central o centro principal de sus actividades a un Estado miembro diferente del lugar donde fijasen su domicilio o sede social. En este sentido era bastante terminante el art. 7 de la PRSE, que señalaba:

⁴²La Ley de (sociedades por) acciones alemana de 1965 contiene dos elementos que en otro momento he denominado de ultra imperatividad, en los §§ 23.4 y 241.3. El primero señala que los estatutos únicamente pueden apartarse de lo dispuesto en esa Ley, cuando se admita expresamente por ella. El segundo, establece como causa de nulidad de los acuerdos sociales su incompatibilidad con la esencia (*das Wesen*) de la sociedad por acciones.

⁴³Con otra opinión, considera más apropiado este régimen que el establecido en el Derecho español de sociedades limitadas, A. J. VIERA GONZÁLEZ, “La sociedad privada”, 1364 s.

“La SPE tendrá su domicilio social y su administración central o centro de actividad principal en la Comunidad.

“La SPE no estará obligada en modo alguno a tener su administración central o su centro de actividad principal en el mismo Estado miembro en que tenga su domicilio social”.

Por otro lado, el capítulo VII de la PRSPE regulaba con cierta minuciosidad el traslado de domicilio a otro Estado miembro, en línea con lo que hace el Reglamento de la SE.

5. *Con facilidades de constitución*

Era también una característica reseñable de la PRSPE, la concesión de facilidades en la constitución de las sociedades, superando los sistemas tradicionales de fundación.

En este punto, sin embargo, la propuesta más que innovar lo que hace es incorporar sistemas ya previstos en los ordenamientos de algunos EE. MM. en la época, en el marco de los procesos de simplificación del Derecho de sociedades, y en todo caso también aconsejados en el ámbito europeo desde la Recomendación de la CE 97/344/CE *sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas*, de 22.4.1997⁴⁴.

En primer lugar aparecía la posibilidad de que las SPEs se constituyeran a través de un *procedimiento electrónico*, sistema que como ya he dicho incorporaban algunos ordenamientos como el español⁴⁵. Sin embargo, nada se decía de la posibilidad de predisponer *estatutos tipo*, imprescindibles si se quiere a la vez que facilitar, acelerar la constitución de sociedades por este sistema, haciendo superfluo o casi innecesario cualquier control de legalidad por parte de los organismos encargados del registro público de las sociedades⁴⁶.

Precisamente en esta última dirección se situaba el art. 10.4

⁴⁴ Véase S. HIERRO ANIBARRO, “La política comunitaria de simplificación del Derecho de sociedades”, en S. HIERRO ANIBARRO, dir., *Simplificar*, 91 s.

⁴⁵ Desde la reforma operada por la Ley de 1.4.2003, en la entonces Ley de sociedades de responsabilidad limitada, que creó la “Sociedad Limitada Nueva Empresa”, como subtipo de la sociedad limitada que podía constituirse por vía electrónica a través del “Documento Único Electrónico”.

⁴⁶ Y que también incorporó la reforma española citada en la nota anterior.

de la PRSPE, que sin imponer un sistema específico de control de la legalidad de la constitución, eliminaba el *doble control de legalidad* existente en algunos EE.MM., como es el caso de Alemania o España, donde al control notarial en el momento de la autorización de la escritura de constitución, se une el registral a través de la previa y preceptiva calificación antes de que la sociedad quede registrada y, por tanto, regularmente constituida⁴⁷. De haber prosperado, estos Estados tendrían que haber optado o por el control notarial o por el registral, pero no por ambos.

Concretamente el art. 10.4 señalaba:

“La inscripción de la SPE sólo podrá subordinarse a uno de los siguientes requisitos:

“(a) el control por un órgano administrativo o judicial de la legalidad de los datos y documentos de la SPE;

“(b) la certificación de los datos y documentos de la SPE”.

Pero tampoco aquí había novedad, porque ya algunos Estados miembros han dado pasos decididos hacia la eliminación de la escritura pública en el ámbito de las sociedades y, por tanto, hacia la supresión del control notarial. Tal es el caso, por ejemplo, de Portugal en el que ya no se exige escritura pública notarial para la constitución de sociedades⁴⁸.

6. Con limitación de responsabilidad de los socios y sin capital mínimo

La SPE mantenía la característica generalizada de las *sociedades privadas*, que en muchos ordenamientos se llaman precisamente *sociedades de responsabilidad limitada*, de limitación de la responsabilidad de los socios. En este sentido el art. 1 (b) de la PRSPE señalará que “[c]ada socio responderá exclusivamente hasta el límite del capital que haya suscrito o se haya comprometido a suscribir.” En

⁴⁷ En el Derecho español este doble control se establece en los arts. 119 del Código de comercio y 20 de la Ley de sociedades de capital.

⁴⁸ A raíz de la reforma operada en el art. 7 del Código das sociedades comerciais por el DL 76-A/2006. Véase M. E. RAMOS, in J. M. COUTINHO DE ABREU, coord., *Código das sociedades comerciais em comentário*, I, Almedina, Coimbra, 2010, *sub art.* 7, 133 s.

este contexto, es donde deben examinarse las disposiciones de la PRSPE sobre el capital social, en cuanto técnica de protección de los derechos de los acreedores sociales, que sirve de contrapeso a esta limitación de responsabilidad.

Dentro de estas disposiciones destaca lo relativo al *capital mínimo*. Establecida la exigencia de un capital social mínimo en el Derecho europeo armonizado solo para las sociedades anónimas, los Derechos de muchos EE. MM., en unas cuantías u otras, tradicionalmente había venido haciendo lo propio para las sociedades privadas, aunque fijando coherentemente uno menor para estas últimas al ser una fórmula apropiada para PYMES⁴⁹. Rompiendo con esta tradición el art. 19.4 de la PRSPE permitía constituir este tipo de sociedades con un capital desde 1 euro.

Con independencia del fundamento discutible que ha venido teniendo la exigencia de capital mínimo⁵⁰, está bastante claro que su supresión limita todavía más la discutida función del capital como medio de tutela de los acreedores sociales, y era probablemente una antesala para su abandono definitivo en el futuro en el Derecho europeo. Aunque se apunta a que ésta fue una de las razones del fracaso de la propuesta, curiosamente en esa lucha por la supervivencia de los Derechos societarios propios que enmarca la competencia entre legislaciones, diversas legislaciones europeas han seguido por esta misma senda eliminando el concepto o estableciendo un capital simbólico mínimo de 1 euro, desde la *Unternehmergeellschaft* alemana⁵¹, hasta la *Sociedad Limitada de formación sucesiva* española, pasando por otras propuestas semejantes, con unos rasgos u otros, como la holandesa,

⁴⁹ En España el capital mínimo en sociedades anónimas es de 60.000 € y el de las limitadas de 3000 €: art. 4 de la Ley de sociedades de capital.

⁵⁰ Véase el examen crítico de R. GARCÍA VILLAVARDE, “Capital mínimo”, en AA. VV., *Derecho de Sociedades Anónimas*, I, *La Fundación*, Editorial Cívitas, Madrid, 1991, 111 s.

⁵¹ Hace un cuidado estudio de este subtipo social, M. ZABALETA DÍAZ, “La simplificación del Derecho de sociedades en el marco de la competencia de los mercados y de la competencia entre ordenamientos: el caso alemán”, in S. HIERRO ANIBARRO, dir., *Simplificar*, 152 s.

la italiana⁵² o la portuguesa⁵³.

En este contexto, cobran especial importancia los mecanismos establecidos para el *control de las distribuciones a los socios*⁵⁴, que impidan erogaciones indebidas del patrimonio social a los socios en detrimento de los acreedores. A este respecto el art. 21.1 de la PRSPE establecía como mecanismo para ello un *test de balance*, al señalar lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24, la SPE podrá, sobre la base de una propuesta del órgano de administración, realizar una distribución a los socios, siempre que, tras la distribución, el activo de la SPE cubra plenamente su pasivo. La SPE no podrá distribuir aquellas reservas que no puedan ser distribuidas en virtud de su escritura de constitución.”

Sin embargo, el art. 21.2 permitía que el acto constitutivo añadiera un *test de solvencia*, al exigir que por los administradores se efectuara un llamado “certificado de solvencia” asegurando que la SPE después del reparto de las distribuciones “*se hallará en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento en el curso normal de la actividad, en el plazo de un año desde la fecha de la distribución*”.

Por mi parte nada que objetar al test de solvencia, máxime si se añade con carácter complementario al test de balance, pero no deja de extrañar que una cuestión que afecta sobre todo a los acreedores y, que por tanto, debiera considerarse indisponible, se deje al albur de lo que puedan acordar los socios a la hora de configurar la sociedad.

⁵² Véase G. FERRI JR., “Prime osservazioni in tema di società a responsabilità limitata semplificata e di società a responsabilità limitata a capitale ridotto”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 111/2 (2013) 135 s.

⁵³ Respecto a la solución portuguesa, véase P. T. DOMINGUES, “O novo regime do capital social nas sociedades por quotas”, *Direito das Sociedades em Revista*, 3/6 (2011) 97 s.

⁵⁴ El art. 1 (b) de la PRSPE, en línea con los planteamientos norteamericanos, mantiene un concepto de *distribución* amplio: “cualquier ventaja financiera obtenida directa o indirectamente de la SPE por un socio, en relación con las participaciones que posea, inclusive la transferencia de fondos o bienes, así como la asunción de una deuda”. Sobre el alcance de este concepto amplio, y los inconvenientes de aplicar a todas estas distribuciones el mismo régimen, me remito a las consideraciones que hice en L. A. VELASCO SAN PEDRO, “El tratamiento de las distribuciones a los socios”, 171 s.

Esta inconsistencia de la propuesta originaria, no obstante, llegó a corregirse a lo largo de las negociaciones entre la CE y representantes de los EE. MM. en versiones posteriores. Concretamente, en la última conocida⁵⁵ el art. 22.4 dejaba la cuestión en manos de los EE. MM., que es una solución más adecuada (aunque quizás lo mejor habría sido exigirlo en todo caso) al señalar lo siguiente:

“Los Estados miembros podrán requerir que al menos 15 días antes de que se acuerde por los miembros la realización de una distribución al amparo del artículo 28 (e), el órgano de administración tenga que certificar por escrito que, habiendo hecho una completa investigación sobre los negocios y las perspectivas de la SPE, los directores se han formado una opinión razonable de que la SPE será capaz de pagar sus deudas a su vencimiento en el normal desarrollo de sus negocios durante el año siguiente a la fecha de la propuesta de distribución (declaración de solvencia)”.

V. La *Societas Unius Personae* (SUP)

A. Antecedentes

La propuesta de la SUP nace en 2014 como un remedio para paliar el fracaso de la PRSPE que, como ya se ha dicho, ante la falta de acuerdo entre la CE y los EE. MM., fue abandonada definitivamente en 2013. Para esta nueva propuesta en lugar del reglamento, como se hacía en la precedente, se elegirá la directiva, estableciéndose como fundamento el art. 50 del TFUE que, con independencia de que sea o no el más apropiado para una iniciativa de este tipo, facilitaba su aprobación al ser posible ahora solo con mayoría cualificada⁵⁶. También es probable que en la elección de la directiva haya pesado el relativo fracaso de la SE que, habiéndose articulado a través de un reglamento, ha sido objeto de una utilización bastante modesta por los operadores económicos, centrada además en algunos EE. MM., entre los que no se encuentran los del sur de Europa⁵⁷.

⁵⁵ La última versión disponible es de 27.11.2009, referenciada con las siglas i6115/09, ADD 1, DRS 71, SOC 711, en texto inglés que traducimos oficiosamente.

⁵⁶ Sobre este fundamento, véanse las consideraciones de G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta”, 115 s.

⁵⁷ A 25.6.2010 (en los primeros 10 años de vigencia del Reglamento

La propuesta inicial de la CE era de 9.4.2014 (PDSUP)⁵⁸. Posteriormente se ha publicado un texto transaccional del Consejo de 28.5.2015⁵⁹. En el momento en que se escriben estas líneas su tramitación está *de facto* interrumpida. Parece que en ello están pesando los temores de que la fórmula, que extrema las facilidades para constituir *on line* SUPs, pueda acabar siendo, más que un instrumento para favorecer el funcionamiento de las PYMES, una nueva fórmula para las llamadas “empresas de buzón” y, a fin de cuentas, para la evasión fiscal, el blanqueo de capitales, etc.⁶⁰. También probablemente ha influido la oposición frontal de las asociaciones de notarios que, no sin razón, han venido apuntando estos peligros⁶¹, por más que la propuesta les perjudicase también como profesionales, al suprimir el control notarial existente todavía en diversos EE. MM. en relación con la constitución de sociedades.

B. Principales características de la SUP

Como se ha hecho con la SPE, a continuación se van a examinar las principales características de la SUP, tratando además de establecer las concomitancias y divergencias existentes con aquella.

de la SE), había registradas en Europa un total de 595 SEs, el 70 % en Alemania y Chequia, y sin apenas sociedades de este tipo en la Europa meridional. Véase Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Aplicación del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)*, 17.11.2010, COM(2010) 676 final, p. 3.

⁵⁸ *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada*, 9.4.2014, COM (2014) 212 final.

⁵⁹ 8811/15, LIMITE, DRS 39, CODEC 706. Precedentemente hay un documento de trabajo de 6.2.2015 del Parlamento Europeo, en el que aparece como ponente el diputado D. Luis de Grandes Pascual.

⁶⁰ Sobre estos temores véase G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta”, 137 s. Por otro lado, la paralización del proceso probablemente no por casualidad coincide con el famoso escándalo de los llamados “papeles de Panamá”, que ha puesto de relieve la utilización masiva de sociedades offshore en paraísos fiscales por relevantes personajes públicos de numerosos países.

⁶¹ *Position of the Council of the Notariats of the European Union concerning the proposal for a Directive on the single-member private limited liability company (SUP)*, 24.4.2014 ([http://www.notaries-of-europe.eu/files/position-papers/2014/Prise-position-finale-SUP_en%20\(1\).pdf](http://www.notaries-of-europe.eu/files/position-papers/2014/Prise-position-finale-SUP_en%20(1).pdf)).

1. *Tipo nacional de sociedad unipersonal*

A diferencia de la SPE, que era un intento de establecer un nuevo tipo *européo*, como lo es actualmente la SE, la SUP supondría la creación de un nuevo tipo societario pero de carácter *nacional*, que cada EE. MM. tendría que introducir en su legislación interna y regular dentro de los límites que permite la directiva correspondiente (y demás que eventualmente sean de aplicación). En todo caso, sería un tipo exclusivamente unipersonal, a diferencia de la SPE que podía ser tanto unipersonal como pluripersonal, y que, por otro lado, coexistiría con las demás sociedades unipersonales ya existentes en cada Estado⁶² – en España sociedades anónimas unipersonales y sociedades de responsabilidad limitada unipersonales –.

Al igual que sucedía con la SPE, la SUP está prevista para facilitar la actividad transfronteriza, particularmente de la PYMES, al permitir constituir con gran facilidad filiales con sede en otros Estados Miembros. Pero de igual manera que sucedía con la SPE no se exige tampoco ningún elemento transfronterizo, pudiendo constituirse *ex nihilo* y por transformación de otra sociedad, ni de dimensión, por lo que también podría utilizarse por grandes compañías.

2. *Sin especiales facilidades transfronterizas*

El art. 10 de la PDSUP presentada por la CE permitía, aunque de manera menos clara que en la PRSPE, la deslocalización de la administración central de la SUP o centro principal de sus actividades a un Estado miembro diferente del lugar donde fijasen su domicilio o sede social, al señalar que “[l]a SUP tendrá su domicilio social y su administración central o centro de actividad principal en la Unión”.

Sin embargo, en el ulterior texto transaccional del Consejo, desaparece esta regla, lo que supone que para esta cuestión, por el sistema de fuentes, debería aplicarse el correspondiente Derecho nacional⁶³. En el estado actual de muchos Derechos, que siguen la

⁶² La primera parte de la PDSUP contiene disposiciones para todas las sociedades unipersonales, que sustituyen a las de la vigente Directiva 2009/102/CE, que quedaría derogada.

⁶³ En relación con las fuentes el art. 7.4 del texto del Consejo, señala: “Las SUP se registrarán:

llamada *Sitztheorie* (Alemania, España..., etc.), esto no es posible⁶⁴.

Por otro lado, la PDSUP no se ocupa específicamente del traslado del domicilio a otro Estado miembro, que, sin embargo, será el objeto de la todavía *non nata* 14 Directiva sobre traslado de domicilio⁶⁵.

3. Constitución electrónica estandarizada

Quizás la característica más relevante de la SUP, y una de las que más atención ha suscitado, es la posibilidad de constituir la electrónicamente directamente por el fundador, utilizando una firma electrónica reconocida en un Estado miembro⁶⁶.

Esto supone la *eliminación del control notarial*—que en el caso de la SPE era opcional, pues podía mantenerse con tal de que fuera el único control—, y es lo que a fin de cuentas ha suscitado las mayores críticas a la figura, según se indicó anteriormente.

Por si hubiera dudas al respecto, el art. 14.3 de la PDSPU, señalará lo siguiente:

Art. 14.3: “Los Estados miembros velarán por que el procedimiento de registro para las SUP establecidas ex nihilo pueda ser cumplimentado por vía electrónica en su totalidad, sin que sea necesario que el socio fundador comparezca ante una autoridad del Estado miembro de registro (registro en línea).”

“a) por la legislación nacional adoptada por el Estado miembro en que la SUP esté registrada en cumplimiento de la presente Directiva, y

“b) en las materias no reguladas por la presente Directiva, por la legislación nacional aplicable en el Estado miembro en que esté registrada la SUP a las sociedades privadas de responsabilidad limitada por acciones que figuran en el anexo I”.

⁶⁴ En el Derecho español el art. 9 de la Ley de sociedades de capital, señala:

“1. Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación.

“2. Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España”.

⁶⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 2.2.2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas (2011/2046(INI)). DOUE C 239 E/18, 20.8.2013

⁶⁶ Véase el art. 14 de la PDSUP.

En esta misma línea el art. 13.2 de la PDSUP limitaba la información exigible al fundador a la hora del registro de la SUP, que se ha reducido todavía más en el texto del Consejo.

Siguiendo por otro lado orientaciones presentes ya en las legislaciones de algunos EE. MM., el art. 11 de la PDSUP preveía un modelo uniforme de “escritura de constitución” (*rectius* acto constitutivo), al que se podría acceder por vía electrónica y que sería establecido por la CE mediante un acto ejecutivo. En la propuesta transaccional del Consejo en el artículo homónimo el modelo o modelos – se admite además que sean varios – serían establecidos por los EE. MM., tratándose por tanto ya de modelos nacionales, lo que casa más con el carácter de la propuesta, que es de una directiva y no de un reglamento⁶⁷.

La predisposición de estos modelos supone, a fin de cuentas, la sustitución de los estatutos elaborados *ad hoc* por abogados o notarios, adaptándose, teóricamente al menos, a las necesidades y preferencias de los fundadores, por estatutos genéricos de aplicación general. En definitiva la sustitución de los viejos trajes a medida, elaborados artesanal e individualmente, por una especie de *prêt-à-porter* societario, donde la prenda está ya confeccionada.

No cabe duda de que estos modelos facilitan la constitución rápida de las sociedades, al aligerar considerablemente los costes y tiempos de elaboración de los estatutos y, sobre todo, del control de su legalidad (control registral). Pero esta técnica no deja de contrastar con las posturas contractualistas, teórico apoyo de las últimas iniciativas desreguladoras europeas, ya que poco o ningún papel reservan a los fundadores en la conformación de los estatutos, pues deben limitarse a elegir entre los modelos disponibles – en el caso de que haya varios –, y bien pudiera suceder, si seguimos con el símil textil, que no encuentren ninguno de su gusto o talla.

⁶⁷ Analiza con detalle y críticamente estos aspectos G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta”, 127 s.

4. *Con limitación de responsabilidad del socio único y sin capital mínimo*

La concepción que se mantiene en las propuestas sobre la SPU en relación con la responsabilidad del socio, el capital mínimo y el control de las distribuciones, es análoga a la que tenía la PRSPE, aunque con algunas diferencias – en este punto también divergen las propuestas de la CE y el texto del Consejo –, que hacen que estén algo más alineadas con la técnica tradicional del capital social⁶⁸.

Concretamente se mantiene la limitación de responsabilidad, en este caso, del socio único (art. 7.2 PDSUP). También la supresión del capital mínimo al poderse constituir la SPU desde 1 euro (o una unidad de la moneda del Estado miembro si no fuera el euro) (art. 16.1 PDSUP).

Por otro lado, el artículo 16.4 de la PRSUP insistía en reducir el papel de los fondos propios en la estructura financiera de la sociedad, al establecer lo siguiente:

“[L]os Estados miembros velarán por que la SUP no esté sujeta a normas que exijan a la sociedad constituir reservas legales. Los Estados miembros autorizarán a las sociedades para que constituyan reservas de conformidad con sus escrituras de constitución”.

Sin embargo, el art. 16.4 del texto transaccional del Consejo, en línea con lo que se exige en los Derechos de algunos EE. MM. para fórmulas análogas de inexistencia de capital mínimo, por la vía de ordenar, con unos mecanismos u otros, la formación de reservas legales, como sucede en Alemania con la *Unternehmergeellschaft*, y en España con la *Sociedad de Responsabilidad Limitada de formación sucesiva*, señalará lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán exigir a las SUP que constituyan reservas legales en forma de porcentaje de sus beneficios o como un máximo de la cantidad de capital social mínimo requerido a las sociedades privadas de responsabilidad limitada que figuran en el anexo I, o ambas condiciones.

“Los Estados miembros permitirán a las sociedades que constituyan reservas, sin perjuicio de la obligación de incluir las reservas, si las

⁶⁸ De nuevo analiza con detalle estos aspectos G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta”, 139 s.

hubiere, en la presentación del balance con arreglo al artículo 10 de la Directiva 2013/34/EU y de cualquier obligación de publicación en relación con la reservas establecida en la normativa nacional”.

Respecto al control del “reparto de beneficios” – ya no se habla del concepto más amplio de “distribuciones” que utilizaba la PRSPE – el art. 18 de la PDSUP exigía que se aplicase tanto un test de balance, como un test de solvencia. En el texto transaccional el art. 18 contempla ambos mecanismos, sin embargo, como alternativas, al señalar lo siguiente:

“1. Los Estados miembros velarán por que se establezcan mecanismos en la legislación nacional que impidan que las SUP se vean en la incapacidad de pagar sus deudas tras proceder a un reparto de beneficios.

“2. A efectos del apartado 1, los Estados miembros podrán estipular que una SUP no esté autorizada a proceder a un reparto de beneficios a su único socio si:

a) a fecha de cierre del último estado financiero, los activos totales tras deducción de los pasivos totales, como figuran en las cuentas anuales de las SUP sean, o pasen a ser tras dicho reparto de beneficios, inferiores a la cantidad de capital social más las reservas que no se puedan repartir en virtud de la normativa nacional que exija a las SUP constituir reservas legales con arreglo al artículo 16, apartado 4, si las hubiere, o en virtud de la escritura de constitución de la SUP;

y/o

“b) en caso de un reparto de beneficios en forma de pago de dividendos, la SUP dejara de tener capacidad para cumplir sus obligaciones a medida que vayan venciendo y deban abonarse durante el período de seis meses posterior al pago de dicho dividendo”.

VI. Conclusiones

Llegados a este punto, conviene insistir en que sigue habiendo problemas importantes que obstaculizan la libertad de establecimiento en el espacio europeo y, por tanto, el correcto funcionamiento del mercado interior.

Uno de estos problemas era el del *reconocimiento de personas jurídicas*, que trató de solventarse por un proyecto de Convenio internacional en 1968, pero que finalmente no prosperó. Sin embargo, este problema debe considerarse resuelto por la jurisprudencia del TJCE a partir de la sentencia de 5.11.2002, en el asunto *Überseering*.

Otro problema es el de la *lex societatis* – qué legislación se aplica a las sociedades en el tráfico transfronterizo –. En este punto, como es sabido, las legislaciones de los EE. MM. siguen tradicionalmente dos criterios distintos. Unos Estados la tesis de la sede social o *Sitztheorie* (Alemania, España..., etc.), conforme a la cual debe aplicarse la legislación donde la sociedad tenga su sede social. Otros, en cambio, la tesis de la incorporación o *Gründungstheorie* (RU...), que considera que se aplicaría la legislación conforme a la que se ha constituido. Quienes entendieron que la primera tesis era incompatible con el Derecho europeo tras la sentencia *Überseering*, hicieron probablemente una lectura apresurada de la misma, que la ulterior sentencia de 16.12.2008, en el asunto *Cartesio*, desmintió, al reafirmar que esta cuestión estaba encomendada a los Derechos nacionales⁶⁹.

Junto a estos problemas, hay que señalar el de la diversidad de legislaciones, que en materia de sociedades privadas, apenas está armonizado al día de la fecha. Esto genera dificultades y costes importantes como ya se indicó en la introducción.

En este contexto, los esfuerzos que representan las sucesivas propuestas de la SPE y la SUP, por encima del acierto o desacierto en alguna de sus formulaciones concretas, estaban más que justificados, y su no culminación exige que se siga intentando, acaso por otras vías. En este punto puede ser interesante ensayar una vía de armonización como la emprendida con la sociedad anónima, que además últimamente ha reverdecido un tanto, a raíz de la directiva sobre derechos de los accionistas⁷⁰ y las propuestas para su refor-

⁶⁹ Véase F. MARTÍNEZ RIVAS, “Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso *Daily Mail* al caso *Cartesio*. Veinte años no son nada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1/1 (Marzo 2009) 132 s., esp. 139 s.

⁷⁰ Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11.6.2007 *sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas*.

ma⁷¹ y de codificación de directivas en materia de sociedades⁷². Con ello además se evitaría algo que no me parece deseable: esa *race to the bottom* que desata la competencia entre legislaciones, y que se sabe como empieza, pero no como terminará.

Para evitar esto, sería conveniente que entre todas las instancias implicadas, comenzando por los EE. MM., establecieran algunas orientaciones de principio sólidas. Si yo fuera el encargado de definir estas orientaciones me atendería a un *contractualismo sensato, con protección de terceros*, pues las sociedades privadas son y serán siempre sociedades de base contractual, pero quienes se relacionan con ellas, por ejemplo como acreedores, no pueden tener menos derechos que los que lo hacen con grandes compañías, como parece dar a entender con obstinación la deriva de muchos Derechos nacionales hacia una supresión o, cuando menos, morigeración de los análogos de las sociedades anónimas. Claro me quedaría por definir los términos concretos de lo que yo entiendo por contractualismo sensato, pero esto sería ya tema para otros trabajos...⁷³

⁷¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobernanza empresarial*, 9.4.2014, COM(2014) 213 final.

⁷² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre ciertos aspectos del derecho de sociedades (codificación)*, 3.12.2015, COM(2015) 616 final

⁷³ Alguna pista de lo que yo pienso sobre estas cuestiones, se puede ver en mi trabajo L. A. VELASCO SAN PEDRO, “¿Institución o contrato?”, 335 s.

PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA, EN VIGENCIA DESDE EL 1/8/2015



Miguel C. Araya
Profesor Catedrático de Derecho Cormercial
Universidad Nacional de Rosario

*Small and medium-size enterprises in the Civil and
Commercial Code of Argentina, effective since 1.8.2015*

Abstract: In 2015, Argentina private law was unified into a sole Code, called “Civil and Commercial Code”. In relation to the small and medium companies, the new Code includes a provision aimed to solve the problems caused by the decease of the founder businessman (Article 1110). The new Code accepts as a preventive measure the agreements on future inheritance, subject to certain limitations.

Keywords: Civil and Commercial Code; decease of the founder of a small and medium-size company; agreements on future inheritance.

I. Introducción

La República Argentina, al igual que la mayoría de los países de América Latina, estructuró su régimen de derecho privado patrimonial, a partir de la división en dos Códigos: el Civil y el Comercial, siguiendo, como es bien sabido, el modelo francés que sancionara su Código Civil en 1804 y su Código de Comercio en 1807

Tuvo sin embargo una particularidad. En Argentina, primero se sancionó un Código de Comercio, obra compartida por dos juristas: Eduardo Acevedo, uruguayo, y Dalmacio Velez Sarsfield, argentino, que comenzó a regir en todo el país en 1862 y más tarde, el Código Civil, con vigencia a partir del año 1871, ahora obra exclusiva de Velez Sarsfield.

Esta especificidad, obligó a una reforma adicional en el año 1890, que eliminó del Código de Comercio, la materia general de obligaciones y contratos, que necesariamente debieron incorporar los codificadores comerciales en 1862, al no contar previamente con la sanción de un régimen civil.

Si el siglo XIX fue en Argentina el tiempo de la codificación, el siglo XX, en especial en la segunda mitad, fue el de la decodificación, a través de la sanción de numerosas leyes especiales, que afectaron la estructura de aquellos Códigos.

Este proceso se dio en forma generalizada en el sistema de codificación civil y comercial, ya que al decir de Irti, esas leyes especiales edificaron “a la par de la solemne arquitectura del Código, otro derecho más mutable, y tal vez más efímero, pero portador de exigencias y de criterios ignorados por el viejo sistema”¹.

Esa legislación especial afectó con mayor profundidad el Código de Comercio, sin dudas porque la materia regulada por éste, era más sensible a las modificaciones estructurales que impactaban en materia económica y social.

Tan es así que al momento de la derogación del Código de Comercio (2015) sólo subsistían de la sanción original que comprendía cuatro libros, escasos artículos en los libros I y II,

¹ Natalino IRTI, *L'età della decodificazione*, 11.

habiendo sido derogados en su totalidad (y en varias oportunidades), los dos restantes.

En palabras de los redactores de uno de los proyectos de reforma, “lo que se conoce como Código de Comercio es principalmente la presentación conjunta de una variedad de leyes especiales”²

A partir de este diagnóstico, en el año 1987 se inició un camino tendiente a la unificación del derecho privado, que paralelamente apuntaba a reformar algunas reglas de esta materia que era imperativo actualizar a los nuevos hechos.

Ese proceso, aunque fracasó en su primer intento, luego recobró un nuevo impulso, por obra de los proyectos elaborados por la Comisión designada por el PEN mediante decreto 468/92 y por la llamada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación en año 1993.

Ese propósito inicial – la unificación – se postulaba a partir de la sanción de un Código único, denominado “Civil”, que incluía actualizaciones importantes en el viejo Código de Velez Sarsfield. Se derogaba – además – el Código de Comercio.

A partir del año 1998, el desafío fue más significativo. El proyecto de reformas elevado en el año 1998, obra de una comisión de juristas creada por decreto No. 685/95, propuso la sanción de un nuevo Código Civil que unificara el derecho privado, con la derogación tanto del antiguo Código Civil como del Código de Comercio.

Aquí el proceso de reforma acentúa su afán transformador.

Ya no es sólo la unificación del derecho privado con actualizaciones, sino es su reforma integral, que incluye también su unificación.

Este proceso obtuvo éxito, por la labor de la comisión integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, quienes elaboraron una reforma integral del derecho privado, en un texto único unificando la materia civil y comercial. La sanción de ese proyecto se produjo en el año 2014, a través de la ley No. 26.994, con vigencia a partir del 1 de agosto de 2015.³

² Notas explicativas al Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión especial de unificación legislativa civil y comercial de la Cámara de Diputados de la Nación, año 1987.

³ Se han publicado ya valiosas obras que comentan el Código en forma integral. Entre ellos citamos a *Código Civil y Comercial Comentado*,

El Código consta de 2.671 artículos, divididos en un Título Preliminar y 6 Libros. El primero, Parte General, el segundo, Relaciones de Familia, el tercero, Derechos Personales, el cuarto Derechos Reales, el quinto, Transmisión de derechos por causa de muerte y el sexto, Disposiciones comunes a los derechos personales y reales.

Se agrega una modificación parcial de la Ley de Sociedades Comerciales (ley No. 19.550 y sus reformas), que pasa a ser ahora Ley General de Sociedades, al unificarse su régimen, sin distinguir entre sociedades comerciales y sociedad civil.

Hay que decir que la unificación del derecho privado no ha sido total, en una decisión sabia del legislador que ha contando con mi expreso apoyo.⁴

En efecto, así subsisten la Ley de Concursos y Quiebras (No. 24.522), la Ley de Sociedades Comerciales, (No. 19.550)⁵ Ley del Mercado de Capitales, (No. 26.831) Ley de Patentes, (Ley No. 24.481) Ley de Marcas, (No. 22.362) Letra de cambio, vale y pagaré, (d/ley No. 5965/63) Cheques, (Ley No.24.452) Ley de entidades financieras (No. 21.526 y sus reformas) todo lo que conforma un microsistema de la “empresa”, que ha sido expresamente reconocido en los fundamentos de presentación del Código.⁶

De resulta de esa unificación parcial, el derecho privado argentino se integra con un Código Civil y Comercial, que define los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento y además, los microsistemas, con su vida singular.⁷

Ricardo L. LORENZETTI, dir.; *Código Civil y Comercial. Comentado. Tratado Exegético*. Jorge H. ALTERINI, dir.; *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, Julio César RIVERA, dir.; *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Andrés SÁNCHEZ HERRERO, dir.

⁴ Ver Miguel ARAYA, “El contenido del Derecho Comercial a partir del Código Civil y Comercial, en *La Ley*”, tomo 2015 B, 1017.

⁵ Las reformas introducidas en esta materia, son escasas, como antes se ha anticipado. Sin perjuicio de ello, al operarse la unificación societaria, que impuso la derogación de la sociedad civil, esta ley, ahora pasa a denominarse “Ley General de Sociedades”.

⁶ Ver especialmente la opinión del Dr. Ricardo LORENZETTI, uno de los autores del Código, expuesta en su obra *Las normas fundamentales del Derecho Privado*, 14 s.

⁷ Otro de los microsistemas reconocidos por el Código es del “Consumidor” en la medida que subsiste, sólo con reformas parciales, su régimen derivado de la ley No. 24.240 y reformas.

Al subsistir tantas leyes especiales en el ámbito del derecho comercial, cabe preguntarse como funciona hoy esa relación entre el sistema de derecho privado, consagrado en el nuevo Código y los microsistemas de las leyes especiales.

Existe un criterio doctrinario claramente mayoritario que afirma que las leyes imperativas de los microsistemas prevalecen sobre las normas de igual rango del Código Civil y Comercial y lo mismo sucede con las reglas supletorias.⁸

La reforma ha reducido así la tensión clásica del proceso de decodificación entre las reglas de los Códigos y la legislación especial (microsistemas), sin que ello signifique que la resuelva definitivamente, tal vez porque no pueda resolverse.

Entiendo que esta es la razón fundamental por la cual la “empresa” como tal no ocupa un papel significativo en el nuevo Código, y se mantiene limitada como ordenador de un microsistema, lo que en principio aparece como desconcertante atento el rol tan significativo que ocupa en la realidad económica.

Por supuesto que se ha eliminado la figura del comerciante y la noción del acto de comercio, definiciones centrales en el derecho comercial decimonónico, pero, repito, en mi juicio, la empresa no ha recibido la importancia que merece en un proceso de actualización del derecho privado.⁹

En efecto, no existe en la reforma un libro especial dedicado a ella, como es característico en el Código Civil de Italia de 1942 (libro V)¹⁰, ni en el Código unificado de Brasil (Libro II de la Parte Especial).

Así la empresa aparece mencionada en disposiciones aisladas, pero repito, sin integrar ni un Libro, ni siquiera un Título específico.

Sin dudas, la norma más relevante en esta materia es la relativa a aquellos sujetos de derecho obligados a llevar contabilidad. Allí se consagra ese deber a “todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios” (art. 320 CCCN).

⁸ Así lo disponen los arts. 150 y 963 del Código Civil y Comercial.

⁹ Horacio FARGOSI, “La empresa y el proyecto de Código Civil y Comercial”, *La Ley*, t. 2012 F, 1361.

¹⁰ Es bien sabido que aunque el Libro V de este Código se denomina “Del trabajo”, en verdad regula la empresa, el empresario y la hacienda.

Este artículo distingue en relación al régimen de la contabilidad legal, a aquellas personas obligadas a cumplir tales reglas; a las personas expresamente excluidas de ese deber y a aquellas que voluntariamente pueden someterse a ellas.

Las primeras son aquellas personas jurídicas privadas que están enunciadas en el art. 148 del CCCN¹¹, destacándose en esta categoría, por su significación a las sociedades, ahora sin distinguir entre las antes llamadas sociedades comerciales de las sociedades civiles. En otras palabras, las sociedades regidas por la ley especial, denominada Ley General de Sociedades.

Y en cuanto a las personas humanas¹², impone esta obligación a “quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios”

Los conceptos “actividad económica organizada” y “empresa” en mi juicio aluden al concepto económico de empresa. Por su parte, el concepto de “establecimiento” se vincula con el sustento material de la empresa, es decir la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de aquella.¹³

Si bien entre “empresa” y “establecimiento” se presentan claras diferencias, al punto tal que pueden existir independientemente una de otra¹⁴, lo cierto es que en general, la empresa y el establecimiento se explican recíprocamente como un mismo fenómeno en el que el sujeto “empresario” aparece como titular.

Además, la calificación de la empresa o establecimiento como “comercial, industrial, agropecuario o de servicio” apunta a resaltar la distinción con el artesano, e indica la necesaria presencia de una organización, en contraposición al factor preponderante de la labor personal que caracteriza a este último¹⁵.

¹¹ Este artículo menciona como personas jurídicas privadas a las sociedades reguladas en la ley específica (No. 19.550, hoy Ley General de Sociedades), a las asociaciones con personería jurídica, simples asociaciones, fundaciones, cooperativas, mutuales, consorcio de propiedad horizontal.

¹² La denominación “personas humanas” en el nuevo Código sustituye a la tradicional “persona física”.

¹³ Pablo HEREDIA, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Ricardo LORENZETTI, dir., tomo II, 247.

¹⁴ Rodolfo FONTANARROSA, *Derecho Comercial Argentino*, tomo I, 201 s.

¹⁵ Pablo HEREDIA, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Ricardo LORENZETTI, dir., tomo II, 249.

II. Las pequeñas y medianas empresas en el nuevo derecho argentino

La importancia de las PYMES en la realidad económica y social argentina es muy significativa. Ellas aportan el 70 % del empleo, 50 % de las ventas y más del 30 % del valor agregado del país.¹⁶

En el año 1995 se sancionó la ley No. 24.467, Regimen de pequeñas y medianas empresas, luego reformada por la ley No. 27.264, Regimen de fomento para las micro, pequeñas y medianas empresas, (año 2016), cuyo objetivo es otorgar beneficios impositivos, de financiamiento y capacitación a esta clase de empresas.¹⁷

Más allá de este regimen especial, el Código Civil y Comercial incorpora algunas reglas que apuntan a mejorar la regulación de fondo de las PYMES, tema que es ajeno a la ley especial ante mencionada.

Esas reglas se incorporan, fundamentalmente, a favor de las empresas de familia. No todas las PYMES son empresas de familia, pero generalmente éstas son PYMES.

Mi participación apunta a destacar estas reformas. Me ocuparé de tres de esas reglas.

Una de los problemas fundamentales que afectan el desarrollo de las PYMES es la sucesión del fundador de la empresa.

Muchas empresas familiares han alcanzado a imponerse en el mercado y perdurar en el tiempo, pero entran en crisis cuando se produce la muerte del empresario creador, por la inexistencia de una regulación que armonice el derecho sucesorio con la necesidad de planificaciones a largo plazo.

Una de las innovaciones del Código es que apunta resolver ese problema, con una novedosa regulación del regimen sobre la herencia futura.

Si bien mantiene como regla general la prohibición de pactar sobre la herencia futura, se autoriza como excepción, el pacto

¹⁶ Datos del diario *La Nación*, del 25 de setiembre de 2016, Suplemento Economía, 4.

¹⁷ En el mismo orden de ideas, se encuentra en curso una reforma legislativa, que tiende a apoyar al emprendimiento y a la industria del capital emprendedor, que entre otras propuestas, consagraría un nuevo tipo legal denominado como “Sociedad por acciones simplificada”.

entre el causante y los futuros herederos o entre futuros herederos entre sí, cuando se busca garantizar el mantenimiento de las explotaciones productivas o participaciones societarias, conservando la unidad de gestión empresarial como prevención o solución de conflictos eventuales.¹⁸

Como se advierte los pactos permitidos en este texto, pueden referirse a dos tipos de bienes: una explotación productiva, agropecuaria, industrial o comercial o las participaciones societarias en cualquier tipo de sociedades.¹⁹

Los sujetos de estos pactos, pueden ser, tanto el titular de la explotación productiva o de las participaciones societarias y los legitimarios presuntivos al momento de su celebración, con la necesaria participación del cónyuge del disponente si se trata de bienes gananciales.

Pero lo realmente novedoso es que esos pactos también pueden celebrarse válidamente sin la participación del titular de tales bienes, sólo entre los herederos presuntivos o algunos de ellos, y aún así tendrán validez en la medida que no afecten la legítima hereditaria, el derecho del cónyuge o de terceros.²⁰

El propósito en cualquier caso, de estos pactos debe ser el mantenimiento de la gestión empresarial para asegurar la continuidad de la explotación productiva o de la sociedad en cuestión o la prevención o solución de posibles conflictos entre los futuros herederos en relación tales unidades económicas involucradas.

Y en este sentido, no sólo pueden referirse a pactos sobre administración que apunten a facilitar la continuidad de la gestión

¹⁸ El texto del artículo 1010, que nos ocupa dice así: “Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones a favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”

¹⁹ Francisco A. M. FERRER, “Aspectos de las sucesiones en el nuevo Código”, *La Ley*, t. 2015 E, 868.

²⁰ Francisco A. M. FERRER, “Aspectos de las sucesiones en el nuevo Código”, 868.

empresaria, sino que pueden también ser pactos distributivos de bienes, pero siempre con el mismo objetivo: asegurar la continuidad de la explotación o prevenir o solucionar posibles conflictos entre futuros herederos.²¹

Otra regla en el mismo sentido, luce en el art. 2380 del CCCN, que permite la atribución preferencial de un establecimiento en la partición sucesoria, y que cumple una doble función: una económica, pues impide el desmantelamiento de ciertas unidades de producción y familiar, pues también permite que el cónyuge o alguno de los coherederos conserve el inmueble donde tiene instalada su vivienda o los bienes e instrumentos necesarios para la continuidad de su actividad profesional, industria o comercio.²²

Esta regla altera el principio de igualdad en la partición, característico del derecho argentino, a favor de un coheredero sobre los demás en atención a sus condiciones personales o profesionales.²³

En lo que aquí interesa, el mantenimiento de una unidad productiva después de la muerte de su fundador, ya sea que el establecimiento se haya mantenido de su titularidad, ya sea que la explotación se realice a través de una sociedad, se consagra el derecho de atribución preferencial, a favor del cónyuge supérstite, o en favor de cualquier heredero, en la medida que haya participado en su formación.

No puede entenderse con estrechez esta última afirmación, sino que cabe interpretar que este derecho está también consagrado a favor de quien, no habiendo participado en la constitución original, participe en la explotación al momento del fallecimiento del titular.

²¹ Graciela MEDINA, “Pactos sobre herencia futura”, *La Ley*, t. 2015 E, 1144.

²² Art. 2380: “Atribución preferencial de establecimiento.

El cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si lo hay, del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica, en cuya formación participó.

En caso de explotación en forma social, puede pedirse la atribución preferencial de los derechos sociales, si ello no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con el cónyuge sobreviviente o con cada uno de los herederos.

El saldo debe ser pagado al contado, excepto acuerdo con contrario.”

²³ Francisco FERRER, *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, Jorge H. ALTERINI, dir., tomo XI, 419.

El solicitante tiene el cargo de abonar a los demás coherederos el saldo, si los hay, al contado.

Finalmente una regla de menor jerarquía práctica, que en verdad ya tenía su consagración en el derecho argentino, que es la que establece el derecho del testador de imponer la indivisión forzosa de la herencia que luce en el artículo 2330.²⁴

Se trata de una regla ya vigente en el derecho argentino, que aquí se mejora. Tiende, en línea con legislación comparada, a poner límites al derecho absoluto consagrado a favor de los herederos de pedir la partición.

En efecto, el Código consagra el derecho del testador de imponer la indivisión forzosa de un establecimiento de cualquier clase, que constituya una unidad económica, extendiendo el supuesto al caso que sea titular de partes sociales, cuotas o acciones de la cual sea principal socio o accionista.

El plazo máximo fijado por la ley es de diez años, admitiéndose como excepción la división total o parcial antes del vencimiento del plazo, por decisión del Juez, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad.

²⁴ Art. 2330:

“Indivisión impuesta por el testador.

El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años.

Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad: a) un bien determinado; b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituya una unidad económica; c) partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista.

En todos los casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a éste.

El Juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad.”

OPORTUNISMO DA MAIORIA, OPORTUNISMO DA MINORIA: ONDE ESTÁ A VIRTUDE NAS PME?*



Alexandre de Soveral Martins

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Membro e Investigador do Instituto Jurídico

* O tema da minha intervenção foi escolhido como uma forma de agradecer, à distância, ao Professor Holger Fleischer, Diretor-Executivo do Max-Planck Institut de Hamburgo, pelas preciosas orientações que me deu durante uma estadia para investigar naquela instituição durante o mês de abril de 2016. O Professor Holger Fleischer foi um dos autores de um texto sobre os conflitos de interesses entre os sócios de sociedades fechadas publicado em 2014 e que é adiante abundantemente citado. Devo muito a esse texto. A referida estadia contou com o apoio da Fundação Rangel de Sampaio e da Fundação Engenheiro António de Almeida.

A investigação realizada para a elaboração deste texto integra-se nas atividades do Grupo de Investigação “As PMEs: Promoção da Inovação, Crescimento e Competitividade”, do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Investigador Responsável: Prof. Doutor J. M. Coutinho de Abreu), no âmbito do Projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT).

*Opportunism of the majority, opportunism of the minority:
where is Virtue in SMEs?*

Abstract: Opportunistic behaviours are frequent in SMEs. Agency problems also occur, although with different characteristics, especially in what concerns closed corporations. The author identifies some strategies used by the shareholders to extract undue advantages from the corporation and how to try to avoid them.

Keywords: small and mid-size enterprises; opportunistic behaviour; agency costs; majority abuse; minority abuse; oppression; closed corporation.

1. Introdução: sobre a Virtude nas sociedades por quotas

Em Portugal as sociedades comerciais são, predominantemente, sociedades por quotas. Sendo elas sociedades com o capital fechado ao público, os conflitos de interesses entre os sócios ou entre estes e o órgão de administração dificilmente podem ser resolvidos «votando com os pés». As quotas não são valores mobiliários e não podem ser negociadas como estes últimos o são. Em situações limite pode sobrar ao minoritário, como única alternativa, a venda da participação aos outros sócios e, em particular, ao sócio maioritário.

Numa sociedade por quotas os sócios são, frequentemente, também gerentes, ou, pelo menos, acompanham de forma próxima a atividade destes últimos. A dificuldade em encontrar quem queira adquirir as quotas também pode forçar os sócios a ter aquelas funções na gerência¹. Daí que os conflitos entre os sócios e os gerentes (e desde logo os conflitos de agência) sejam, em regra, menos prováveis do que os conflitos entre sócios². Não é igualmente muito fácil imaginar que a gerência de uma sociedade por quotas vá atuar como mediadora de conflitos entre sócios ou como protetora das minorias³.

Não está, ainda assim, excluído que os conflitos surjam porque os sócios, não sendo eventualmente gerentes, querem participar *demasiado* na gestão dos negócios da sociedade⁴.

¹ Lembrando isso mesmo a propósito da *close corporation*, Gregor BACHMANN *et al.*, *Regulating the closed corporation*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2014, (ECFLR Special Volume, 4) 7. Por outro lado, quando se pretende que os gerentes sejam também sócios, limita-se o conjunto de potenciais interessados em gerir a sociedade: chamando a atenção para isto, Frank EASTERBROOK/Daniel FISCHER, «Close corporations and agency costs», *Stan.L.Rev.*, 38 (1985-1986) 271-301, a p. 274.

² Gregor BACHMANN *et al.*, *Regulating the closed corporation*, 8; Holger FLEISCHER, «Einleitung», in Holger FLEISCHER/Wulff GOETTE, hrsg., *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 2. Aufl., Beck (Beck online), München, 2015, n. 275.

³ No mesmo sentido, Gregor BACHMANN *et al.*, *Regulating the closed corporation*, 90.

⁴ Henry MANNE, «Our two corporation systems: law and economics», *Va.L.Rev.*, 53 (1967) 259-284, a p. 278, escreve coisa semelhante. Dando conta de legislação que admite que os *articles of incorporation* eliminem o

As reflexões que se seguem não esquecem que as sociedades por quotas, tal como as *close corporations*, as *GmbH*, as *LLC* e etc. não são todas idênticas. Uma são familiares, e nestas os comportamentos oportunistas são menos frequentes. Os laços afetivos e os comportamentos socialmente adequados justificam que assim seja. Mas os casos de divórcio, de reforma do patriarca ou de morte⁵ trazem muitas vezes ao de cima o pior da natureza humana. E também há sociedades por quotas que têm mais sócios, administradores ou trabalhadores e faturação ou capital mais elevados do que muitas anónimas.

A análise feita a alguma jurisprudência estrangeira mostra facilmente que os seres humanos, esses, são iguais em todo o lado. Os problemas que surgem nos casos *Donahue v. Rodd Electrotype Co.*⁶ (para os EUA), *Vitama*⁷, *Six*⁸ ou *Flandin*⁹ (para a França), *ITT*¹⁰, *Lynotype*¹¹ ou *Girmes*¹² (na Alemanha), são prova disso.

Nas sociedades por quotas, os sócios não são necessariamente virtuosos. Por um lado, podem formar-se maiorias que procuram retirar vantagens indevidas da sociedade ou prejudicar os minoritários de outra forma. Mas também as minorias não são sempre isentas de vícios. Basta pensar nos casos frequentemente relatados de *abuso de minoria*, com a criação de dificuldades à tomada de decisões vitais para a sociedade. A isto voltaremos¹³.

board of directors, permitindo «direct assumption of management powers by shareholders», J.A.C. HETHERINGTON, «Special characteristics, problems, and needs of the close corporation», *U.Ill.L.F.*, (1969) 8.

⁵ Lembrando esses três casos a propósito da *close corporation*, Frank EASTERBROOK/Daniel FISCHER, *The economic structure of corporate law*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts, 1991, 230.

⁶ Para uma descrição, EASTERBROOK/FISCHER, *The economic structure of corporate law*, 245 s.

⁷ *Rev. Soc.*, (1992) 44.

⁸ *RTDC*, (1993) 112.

⁹ *Rev. Soc.*, (1993) 403 s.

¹⁰ *NJW*, (1976) 191.

¹¹ V., p. ex., Marcus LUTTER, «Die Treupflicht des Aktionärs. Bemerkungen zur Linotype-Entscheidung des BGH», *ZHR*, 153 (1989) 446-471.

¹² Sobre a decisão, v., p. ex., HOLGER ALTMEPPEN, «Treuepflicht der Minderheitsaktionäre einer AG und Haftung des Stimmrechtsvertreters (Girmes). Anmerkung», *NJW*, (1995) 1739-1750.

¹³ Os comportamentos oportunistas não se limitam, evidentemente, ao mundo das sociedades: cfr., p. ex., Timothy MURIS, «Opportunistic Behaviour and the Law of Contracts», *Minn.L.Rev.*, 65 (1980-1981) 521-590.

2. Oportunismos da maioria

As *vantagens indevidas* alcançadas pela maioria são conhecidas: negócios com a sociedade em condições muito favoráveis (os chamados *sweetheart deals*, o *tunnelling*, nomeadamente através de contratos de prestação de serviços – eventualmente, com interposição de sociedades *off-shore*), elevadas remunerações dos gerentes que também são sócios (de tal forma elevadas que até há quem diga que estão a ser-lhes restituídas as entradas...¹⁴ Ou, pelo menos, a ser-lhes distribuídos dividendos de facto¹⁵), aproveitamento de oportunidades de negócio, utilização do direito de voto para promover estratégias que beneficiem outras sociedades em que também participa¹⁶, utilização de bens e informações da sociedade. Se a isso juntarmos a não distribuição de lucros¹⁷ e o despedimento de trabalhadores que são sócios minoritários¹⁸ pelos gerentes amigos da maioria, o panorama fica bastante colorido.

Mesmo deliberações que parecem simplesmente *emulativas* terão muitas vezes como objetivo obrigar o minoritário a sair da sociedade. Como não há um *mercado líquido* para a participação do minoritário, aquele comportamento da maioria pode ter como finalidade obrigar o minoritário a vender aos majoritários a participação por *preço vergonhoso*¹⁹. Muitas vezes, as deliberações ditas emulativas

¹⁴ Gregor BACHMANN *et al.*, *Regulating the closed corporation*, p. 63, referindo o caso *Re Halt Garage*. Levantando também a questão, Pedro RUBIO VICENTE, «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», *RdS*, 2 (2003) 102.

¹⁵ Sobre os «de facto dividends», Robert ART, «Shareholder rights and remedies in close corporations: oppression, fiduciary duties, and reasonable expectations», *J.Corp.L.*, 28 (2002-2003) 371-418, a p. 383.

¹⁶ Stephen BAINBRIDGE, *The new Corporate Governance in theory and practice*, Oxford University Press, New York, 2008, 230, embora a propósito de «public firms».

¹⁷ Gregor BACHMANN *et al.*, *Regulating the closed corporation*, 37 s.

¹⁸ FLEISCHER, «Einleitung», n. 291.

¹⁹ EASTERBROOK/ FISCHEL, «Close corporations and agency costs», 274 s., pronunciam-se sobre as consequências da falta de um «mercado ativo» quanto às participações em *close corporations*, lembrando, entre outras coisas, a dificuldade em encontrar um preço e os elevados custos de transação associados.

têm em vista alcançar essa vantagem. Isto, naturalmente, sem prejuízo de existirem sádicos também nas sociedades por quotas²⁰.

Embora não haja um mercado líquido para a participação do minoritário, é possível, por vezes, obrigar o maioritário a adquirir. Pense-se no regime da alienação potestativa previsto nos números 5 e 6 do art 490.º do CSC. Os acordos parassociais também podem prever opções de alienação (*put*). As cláusulas estatutárias podem conferir ao sócio o direito à amortização da quota ou à exoneração.

É certo, porém, que o direito de exoneração do sócio, conferindo-lhe um *exit right*, pode ser utilizado pela minoria de forma oportunista²¹: a doutrina alerta para o risco de comportamentos oportunistas por parte do minoritário se este pode obrigar a sociedade a adquirir as suas participações²². Os próprios credores da sociedade não verão com bons olhos um regime que torne muito fácil e bem paga a exoneração²³. Além disso, aquele direito de saída pode trazer problemas à sociedade que não tenha liquidez para pagar ao sócio que quer sair, e pode tornar mais difícil encontrar quem nela queira investir²⁴. O próprio maioritário pode pensar duas vezes em aumentar o seu compromisso com a sociedade se o minoritário pode depois tentar ficar com uma fatia do bolo maior do que seria normal²⁵. Para já não falar em todos os problemas relacionados com o valor da quota, tendo em conta que a inexistência de um mercado com liquidez dificulta essa avaliação²⁶.

A solução da *Companies Act* de 2006 quanto aos casos de *unfair prejudice*, permitindo que o tribunal ordene a aquisição das participações de qualquer sócio por qualquer outro sócio ou pela sociedade é merecedora de atenção para se encontrarem futuras soluções legais adequadas.

²⁰ Sobre deliberações emulativas, v., p. ex., Andrea MASSAMORMILE, *Minoranze. "Abusi" e remedi*, Giappichelli, Torino, 2004, 4; e Coutinho de ABREU, *Curso de direito comercial. Volume II: Das sociedades*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, 500 s.

²¹ EASTERBROOK/Daniel FISCHER, *The economic structure of corporate law*, 238.

²² EASTERBROOK/FISCHER, *The economic structure of corporate law*, 242.

²³ V., a propósito de um «unconditional right to withdraw capital from the firm», EASTERBROOK/ FISCHER, «Close corporations and agency costs», 290.

²⁴ Gregor BACHMANN *et al.*, *Regulating the closed corporation*, 82.

²⁵ EASTERBROOK/FISCHER, *The economic structure of corporate law*, 243.

²⁶ FLEISCHER, «Einleitung», Rn. 276.

A designação, pela maioria, de gerentes «amigos» mostra como é importante que a lei acautele a manutenção de certas matérias no âmbito da competência dos sócios. Se essa reserva for alargada (e a lei permite-o: art. 246.º, 1, do CSC), mesmo que a minoria não possa impedir deliberações que a prejudicam, *pode controlar melhor o que é decidido*²⁷.

A própria designação dos gerentes «amigos» pela maioria (ou a designação dos próprios maioritários como gerentes) revela a necessidade de procurar acautelar os direitos da minoria quanto a essas designações.

É certo que os gerentes «amigos» da maioria ou os próprios maioritários gerentes não são afastados da tutela da *business judgement rule*, na redação dada pelo art. 72.º, 2, do CSC²⁸. Porém, há doutrina a defender uma leitura mais restritiva daquela regra no caso dos gerentes sócios.²⁹ E há também quem considere que a *business judgement rule* não pode valer nos mesmos termos para todas as sociedades³⁰. Há até quem proponha uma redução teleológica do âmbito de aplicação da *business judgement rule* quando os sócios não podem diversificar os seus investimentos. O que justificaria aquela regra seria precisamente a aceitação de um comportamento mais audaz dos administradores devido à possibilidade de diversificação dos investimentos pelos sócios (que, por isso mesmo, estariam disponíveis para aceitar atuações mais arriscadas por parte dos gerentes)³¹. Não sendo possível essa diversificação, a regra não se aplicaria. E, na verdade, em muitas sociedades por quotas a referida diversificação não pode ter lugar: os sócios investiram tudo, ou quase tudo, na

²⁷ Gregor BACHMANN *et al.*, *Regulating the closed corporation*, 95.

²⁸ Para justificações da *business judgement rule*, v. Carsten JUNGSMANN, «Die Business Judgment Rule – ein Institut des allgemeinen Verbandsrecht?», *Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, Otto Schmidt, Köln, 2009, 834 s.; sublinhando a justificação que assenta nas sanções impostas pelo mercado, EASTERBROOK/FISCHEL, «Close corporations and agency costs», 291.

²⁹ Gregor BACHMANN *et al.*, *Regulating the closed corporation*, 100.

³⁰ Defendendo, para os EUA, a necessidade de não aplicar a *business judgement rule* da mesma forma na *close corporation*, Hodge O'NEAL, «Close corporations: existing legislation and recommended reform», *Bus. Law.*, 33 (1977-1978) 873-888, a p. 884 s.

³¹ Nesse sentido, JUNGSMANN, «Die Business Judgment Rule», 831-855, esp. p. 847.

sociedade. Com aquela redução teleológica a responsabilização dos gerentes «amigos» da maioria pode tornar-se menos difícil.

Encontramos igualmente quem defenda apenas uma leitura diferente da discricionariedade empresarial dos membros do órgão de administração da sociedade por quotas³². Por exemplo, quando o minoritário é trabalhador subordinado da sociedade e o gerente o despede, se esse contrato de trabalho é a principal fonte de rendimentos do minoritário e foi até o motivo central para a sua entrada na sociedade³³. Ainda assim, entre nós, o problema não se colocará com tanta intensidade na medida em que, muitas vezes, será possível identificar na atuação do gerente um qualquer interesse pessoal. Sobretudo quando também é sócio maioritário.

Se a amizade é muita e isso permite que os maioritários atuem como gerentes de facto, surge o risco de responsabilização dos mesmos por assim agirem. Mas, claro, há que ver se a atuação dos maioritários ultrapassa os limites legais. É que, nas sociedades por quotas sujeitas ao CSC, os gerentes devem respeitar as deliberações dos sócios e estes podem deliberar sobre matérias de gestão sem necessidade de prévia solicitação dos gerentes³⁴.

³² Holger FLEISCHER, «Das unternehmerische Ermessen des GmbH-Geschäftsführers und seine GmbH-spezifischen Grenzen», *NZG*, (2011) 525.

³³ FLEISCHER, «Das unternehmerische Ermessen des GmbH-Geschäftsführers und seine GmbH-spezifischen Grenzen», 527.

³⁴ Holger FLEISCHER, «Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe», *AG*, (2004) 524, afirma, pensando na sociedade anónima, que um sócio que se preocupa intensamente com assuntos da sociedade mas dentro dos poderes que lhe são conferidos pela sua participação social não pode ser considerado um órgão de facto. Para o autor, a qualidade de órgão de facto pressupõe que são exercidas funções especificamente orgânicas de modo tipicamente orgânico («die Wahrnehmung organspezifischer Funktionen in organotypischer Weise» – v., do mesmo autor, agora para as *GmbH*, «Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers», *GmbHR*, 2011, p. 341). Mas também lembra que é necessário ver onde termina a influência legítima e começa a interferência ilegítima (p. 526). Sobre os administradores de facto podem ver-se, entre nós, designadamente, Coutinho de ABREU/Elisabete RAMOS, “Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (Notas sobre o art. 379.º do Código do Trabalho)”, in *Miscelâneas do IDET*, 3, Almedina, Coimbra, 2004, 11 s.; Coutinho de ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Almedina/IDET, Cadernos 5, Coimbra, 2010, 99 s.; João Santos CABRAL, «A responsabilidade tributária subsidiária do administrador de facto», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I,

A maioria pode querer adotar comportamentos oportunistas que prejudicam os credores. Nomeadamente, em situação de crise empresarial e na proximidade de uma situação de insolvência. Se os sócios majoritários são também gerentes³⁵, não é difícil imaginar decisões operacionais tomadas com assimetria de informação³⁶ ou o atraso na entrega do requerimento de declaração de insolvência³⁷. Como também já foi dito, se os sócios controlam a sociedade, tendem a, como agora se diz, externalizar os riscos na direção dos credores³⁸.

Os majoritários procuram por vezes proteger a atuação dos gerentes através de uma deliberação dos sócios. Nesses casos, o dever de lealdade pode ser convocado para tutelar os minoritários. Quando a deliberação tomada com os votos dos majoritários põe em causa os interesses dos minoritários, deve recordar-se que os sócios majoritários de uma sociedade por quotas têm um dever de lealdade para com os minoritários³⁹.

O controlo pode ser feito, por exemplo, em casos em que o minoritário é destituído do cargo de gerente. Sendo certo que poderia muitas vezes ter procurado acautelar a sua situação no contrato de sociedade através de direitos especiais. Justifica-se também averiguar em que medida o dever de lealdade pode ser densificado com o recurso a acordos implícitos entre os sócios ou à identificação de expectativas de comportamento⁴⁰.

Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 275 s.; Ricardo COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014 (reimp.: 2016), IDEM, «Administrador de facto e representação das sociedades», *BFD*, 90/2 (2014) 719-758; Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Manual de governo das sociedades*, «Administração de facto: do conceito geral à sua aplicação aos grupos de sociedades e outras situações de controlo interempresarial», in *A designação de administradores*, Almedina, Coimbra, 2015, 228 s.

³⁵ Realçando os riscos envolvidos, FLEISCHER, «Einleitung», Rn. 277.

³⁶ FLEISCHER, «Einleitung», n. 277.

³⁷ Sobre isto, Gregor BACHMANN *et al.*, *Regulating the closed corporation*, 157.

³⁸ Edward ROCK, «Adapting to the new shareholder-centric reality», *U.P.A.L.Rev.*, 161 (2013) 1928.

³⁹ Para os EUA, admitindo que numa *close corporation* a maioria possa estar numa relação «fiduciária» para com a minoria, v. *Donabue v. Rodd Electrotrope Co.*; e Melvin EISENBERG, *The structure of the corporation. A legal analysis*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1976, 17.

⁴⁰ FLEISCHER, «Einleitung», Rn. 293.

Quem veja a sociedade como umnexo de contratos até pode aceitar uma norma que permita uma renúncia, no pacto social, ao dever de lealdade do sócio maioritário para com o minoritário. Mas esse não parece ser o caminho⁴¹. O direito não pode deixar de conferir um mínimo de proteção. Desde logo, porque numa PME é muito frequente ver o sócio, ainda que minoritário, a investir uma parte muito considerável do seu património na sociedade⁴². Embora também se veja, é certo, surgirem sociedades por quotas que contam com a participação de *business angels* e de *venture capital*⁴³.

Entre nós, o art. 58.º, 1, b), do CSC sanciona com a anulação as deliberações abusivas. Norma que, como destaca Coutinho de Abreu, tem semelhanças com o art. 115 da Lei das Sociedades Anónimas brasileira e vai buscar inspiração à *AktG* alemã (§ 243, 2). E podem estar então em causa deliberações que traduzem comportamentos oportunistas da maioria: nomeadamente, quando existe o propósito de um sócio conseguir vantagens especiais para si em prejuízo da sociedade ou de outros sócios. Além disso, o art. 58.º, 3, do CSC permite responsabilizar os sócios que votaram abusivamente, na leitura de Coutinho de Abreu.

Havendo situação de conflito de interesses entre o maioritário e a sociedade, os impedimentos de voto poderão ser invocados. A presidência da assembleia está sujeita ao regime do art. 248.º, 4, do CSC, o que dificulta a utilização daquela proteção. Mas a seguir poderá vir a impugnação da deliberação.

Nas sociedades por quotas, enquanto sociedades fechadas, o reduzido número de sócios torna mais fácil agir. A apatia racional

⁴¹ Para uma discussão sobre a importância das normas legais no direito das sociedades, v., p. ex., Lucian BEBCHUK, «The debate on contractual freedom in corporate law», *Col.L.Rev.*, (1989) 1395-1415, Frank EASTERBROOK/Daniel FISCHER, «The corporate contract», *Col.L.Rev.*, (1989) 1416-1448; Melvin EISENBERG, «The structure of corporation law», *Col.L.Rev.*, (1989) 1416-1525; Jeffrey GORDON, «The mandatory structure of corporate law», *Col.L.Rev.*, (1989) 1549-1598; John COFFEE, «The mandatory/enabling balance in corporate law: an Essay on the Judicial role», *Col.L.Rev.*, (1989) 1618-1691.

⁴² Gregor BACHMANN *et al.*, *Regulating the closed corporation*, 59.

⁴³ Lembrando isso quanto à *close corporation*, v. Frank EASTERBROOK/Daniel FISCHER, «Close corporation and agency costs», *Stan.L.Rev.*, 38 (1985-1986) 271-301, a p. 271, n. 3.

dos sócios é menos sentida⁴⁴. Isso pode facilitar a instauração de ações sociais para responsabilizar os sócios-gerentes majoritários. Aqueles cuja responsabilidade estiver em causa não podem votar na deliberação de que depende a instauração da ação de responsabilidade a propor pela sociedade (art. 75.º, 3).

3. O contrato de sociedade: impulsionador da Virtude?

A virtude nas sociedades por quotas pode ser acautelada através da redação do contrato de sociedade. Muitas das normas do nosso CSC relativas às sociedades por quotas têm natureza supletiva, nalguns casos fazendo lembrar o que já foi chamado de «paternalismo soft»⁴⁵. Referimos anteriormente as cláusulas de amortização ou de exoneração. Mas várias outras alternativas podem ser aqui trazidas.

O art. 250.º, 3, do CSC estabelece que as deliberações dos sócios se consideram tomadas, em regra, se obtiverem a maioria dos votos emitidos, não se considerando como tal as abstenções. Contudo, é possível incluir no contrato de sociedade uma disposição diversa. Uma disposição contendo um direito de veto, por exemplo. Ou exigências específicas quanto ao *quorum* relativamente a certas matérias.

Pense-se numa deliberação quanto à remuneração dos gerentes, que deve ser fixada pelos sócios (art. 255.º, 1). Mesmo que a maioria consiga fixar uma remuneração excessiva para o gerente, se este é sócio o art. 255.º, 2, do CSC permite expressamente que qualquer sócio, em inquérito judicial, procure obter a redução da mesma. E pode discutir-se se tal norma é aplicável, por analogia, a outras situações.

Nas sociedades por quotas, muitas são as alternativas quanto à redação do contrato de sociedade no que diz respeito ao consentimento para a cessão de quotas. A previsão de limites aos limites à transmissibilidade de participações sociais em certos casos⁴⁶ pode

⁴⁴ FLEISCHER, «Einleitung», Rn. 275.

⁴⁵ V., entre outros, Judd SNEIRSON, «Soft paternalism for close corporations: helping shareholders help themselves», *Wis.L.Rev.*, (2008) 899-940.

⁴⁶ Gregor BACHMANN *et al.*, *Regulating the closed corporation*, 77.

fazer sentido: justamente, perante certos comportamentos oportunistas da maioria. Isso facilitará a saída dos minoritários oprimidos.

Os acordos parassociais, com cláusulas estabelecendo a possibilidade ou até deveres de transmissão ou aquisição, e bem assim prevendo o recurso à arbitragem ou à mediação podem ser úteis. Quando é dada vida à sociedade será mais fácil negociar também o acordo parassocial.

Todas estas possibilidades e mais algumas devem ser ponderadas. Mas tem sido destacado que nas sociedades fechadas é muito frequente encontrar um *excessivo otimismo* na altura da sua constituição⁴⁷ e alguma *ignorância* por parte dos minoritários quanto aos problemas que poderão enfrentar⁴⁸. A doutrina chega mesmo a falar de uma *sistémica subvalorização dos custos e riscos futuros*⁴⁹. E os chamados *custos de transação* envolvidos na tentativa de negociação de todas as possíveis contingências seriam sempre demasiado elevados⁵⁰. Uma análise da relação custo-benefício pode afastar o interesse em encontrar apoio jurídico para elaborar o contrato de sociedade⁵¹. De qualquer modo nunca seria possível prever todas as situações futuras⁵².

4. Os minoritários e a Virtude

Os minoritários também não estão sempre do lado da virtude. A doutrina francesa tem, aliás, escrito páginas muito interessantes sobre os *abusos de minoria*, distinguindo entre abuso *positivo* e

⁴⁷ Gregor BACHMANN *et al.*, *Regulating the closed corporation*, 48.

⁴⁸ EASTERBROOK/FISCHEL, *The economic structure of corporate law*, 237, embora considerem que não é possível identificar a extensão dessa ignorância e acabem por não subscrever inteiramente a «ignorance theory».

⁴⁹ FLEISCHER, «Einleitung», Rn. 279.

⁵⁰ FLEISCHER, «Einleitung», Rn. 290. Em sentido próximo, Benjamin MEANS, «A contractual approach to shareholder oppression law», *Ford.L.Rev.*, 79 (2010-2011) 1161-1211, a p. 1163 s.

⁵¹ Gregor BACHMANN *et al.*, *Regulating the closed corporation*, 47.

⁵² Nesse sentido também, FLEISCHER, «Einleitung», Rn. 290.

abuso *negativo*⁵³. Coutinho de Abreu, no seu *Curso de direito comercial*⁵⁴, aborda igualmente o tema de forma desenvolvida e já antes, há 15 anos atrás, nesta mesma sala, nos brindou com uma análise cuidada do tema quando o IDET comemorou os 15 anos do CSC⁵⁵. Pedro Maia também nos questionou sobre as circunstâncias que permitem falar de abuso de minoria, contrapondo a este o abuso de direitos individuais dos sócios⁵⁶.

Um das vezes, o minoritário impede a tomada de uma deliberação essencial para a sobrevivência da sociedade (frequentemente, um aumento de capital, necessário para atingir mínimos legais ou para recompor os capitais próprios⁵⁷); outras vezes, exerce o direito de convocação de assembleia geral⁵⁸ e pretende destituir o sócio-gerente, invocando justa causa; outras vezes ainda, pretende que a sociedade delibere a instauração de ação contra o sócio-gerente maioritário; estão igualmente identificados casos em que a minoria abusa do seu direito de impugnar as deliberações sociais (designadamente, as de aprovação de contas ou de fusão). E muitas vezes fará tudo isso para conseguir vender mais cara a sua participação.

Quando o abuso de minoria impede a tomada de deliberações sociais (ou a tomada de deliberações positivas, se preferirmos), a doutrina e jurisprudência francesas⁵⁹, estando em causa decisões muito importantes para a sociedade, dividem-se, designadamente,

⁵³ Philippe MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 3.^a ed., Dalloz, Paris, 1992, 522; Gregor BACHMANN *et al.*, *Regulating the closed corporation*, 71 s.

⁵⁴ *Volume II: Das sociedades*, 290 s.

⁵⁵ «Abusos de minoria», in *Problemas do direito das sociedades*, Almedina/IDET, Coimbra, 2002, 65 s.

⁵⁶ «Abuso de minoria – Ac. do STJ de 11.1.2011, Proc. 801/06», *CDP*, 40 (outubro/dezembro 2012) 73-80.

⁵⁷ V. o caso *Société Arti Moul «SAAM» c/ M. Robert Couvaud*, *Rev. Soc.*, 1999, 344 s.

⁵⁸ No entanto, o art. 375.º, 3, deve ser aplicado por analogia: o requerimento deve ser feito por escrito e indicar «com precisão os assuntos a incluir na ordem do dia e justificando a necessidade da reunião da assembleia». O requerimento deve ser dirigido a quem tem, em regra, poderes para convocar a assembleia geral: qualquer um dos gerentes.

⁵⁹ A primeira decisão judicial em França a reconhecer a figura do abuso de minoria terá sido a proferida pela *Cour d'appel* de Besançon, em 5 de junho de 1957: v. Martine BOIZARD, «L'abus de minorité», *Rev. Soc.*, (1988) 365, n. 1.

entre os que preferem ver o juiz a proferir sentença *valant acte*⁶⁰ e os que optam pela nomeação de mandatário que substituirá o minoritário na emissão de voto⁶¹.

Se o abuso da minoria se traduz em votos nulos, essa nulidade pode levar a que a deliberação considerada tomada seja anulada. Há quem defenda que pode ser declarado pelo tribunal que a deliberação se considera tomada num certo sentido com os restantes votos. É a posição de Coutinho de Abreu, que cita em seu apoio doutrina alemã⁶².

Contudo, quando a lei exige maioria qualificada dos votos correspondentes ao capital social, o tribunal não poderá violar esse regime. E isso tem especial importância para as sociedades por quotas, atendendo ao art. 265.º do CSC. Coutinho de Abreu chama a atenção para isso mesmo quanto às deliberações de aumento de capital e enuncia a possibilidade de execução específica⁶³.

O comportamento oportunista do minoritário, como, aliás, o do maioritário, pode constituir fundamento para a exclusão judicial de sócio: será assim se tal comportamento é desleal ou gravemente perturbador do funcionamento da sociedade e lhe tenha causado ou possa vir a causar prejuízos relevantes. E o contrato de sociedade pode também prever casos respeitantes à pessoa ou comportamento do sócio que permitam a sua exclusão⁶⁴. A aquisição potestativa do art. 490.º CSC é usada para afastar minoritários oportunistas.

Mesmo os impasses ou *deadlocks*, bem como as situações de igualdade, podem gerar abusos: neste último caso, *abusos de igualdade*⁶⁵. Alerta-se até para o facto de o aumento de poder da minoria aumentar o risco de impasse⁶⁶.

É certo que foram encontrados mecanismos que poderão

⁶⁰ V., p. ex., Martine BOIZARD, «Regard sur l'abus de minorité», *Rev. Soc.*, (1999) 346 s.

⁶¹ Lembrando, entre nós, o «lugar paralelo» que o art. 263.º, 3, do CSC constitui, Hélder BRANCO, *O abuso do direito da minoria societária*, Almedina, Coimbra, 2014, 76.

⁶² *Curso de direito comercial*, 294.

⁶³ *Curso de direito comercial*, 295.

⁶⁴ Lembrando a possibilidade, Pedro RUBIO VICENTE, «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», 99.

⁶⁵ Sobre estes v., p. ex., Bruno PETIT, *Droit des sociétés*, 6.ª ed., Lexis-Nexis, Paris, 2015, 91 s.

⁶⁶ EASTERBROOK/FISCHEL, «Close corporations and agency costs», 279.

permitir sair de muitos desses impasses. A arbitragem pode ser útil aqui. Os acordos parassociais podem conter cláusulas relativas ao exercício do direito de voto se antes foi atingida uma situação de bloqueio. Mas, como também já foi escrito, quanto mais fácil for ultrapassar o impasse, mais impasses haverá⁶⁷. Por outro lado, diz-se igualmente que, quanto mais caro for sair da situação de impasse, menos impasses haverá⁶⁸.

Uma cláusula de dissolução enfrenta o problema do regime consagrado no art. 270.º, 1, do CSC: «A simples vontade de sócio ou sócios [...] não pode constituir causa contratual de dissolução». Mas sempre se poderá perguntar se uma situação de impasse não poderá tornar impossível, de facto, a atividade que constitui o objeto contratual (art. 142.º, 1, b), do CSC).

Ainda assim, a dissolução pode implicar uma considerável destruição de valor. Aliás, a previsão no contrato de sociedade de outras causas de dissolução para além das legais surge associada à diminuição do investimento e à desconfiança dos credores⁶⁹.

E ao falarmos da dissolução também nos ocorre uma outra questão, bem ligada ao problema dos abusos de minoria: o sócio minoritário não tem o direito de querer que a sociedade acabe⁷⁰? Pura e simplesmente? E que limites conhece esse direito? O sócio minoritário que não quer votar a favor da medida que salva a sociedade tem que propor, antes, a dissolução? Ou até a apresentação à insolvência?

5. Tributo a Somerset Maugham

Somerset Maugham lembrava, na *Servidão Humana*, que se dizia serem necessárias três gerações para fazer um *gentleman*⁷¹. No

⁶⁷ EASTERBROOK/ FISCHER, *The economic structure of corporate law*, 233.

⁶⁸ EASTERBROOK/ FISCHER, *The economic structure of corporate law*, 240.

⁶⁹ Indicando as objeções, FLEISCHER, «Einleitung», n. 294.

⁷⁰ Marcus LUTTER, «Die Treupflicht des Aktionärs», *ZHR*, (1989) 449, depois de analisar o caso *Lynotype*, afirma que não existe um interesse juridicamente protegido da *Korporation* em permanecer viva para sempre («Es gibt kein rechtlich geschütztes Interesse der Korporation selbst, stets und immer am Leben zu bleiben; die Liquidation ist per se eine Entscheidung gegen die Gesellschaft»).

⁷¹ «Não me poderia dar mais alguns detalhes? – pediu Weeks. Philip corou mas, cada vez mais zangado, já nem se importava de se expor ao ridí-

caso das sociedades por quotas não será necessário esperar tanto para nelas vermos algumas Virtudes. Aquelas sociedades podem até nascer muito virtuosas graças ao trabalho de filigrana que pode estar na base da redação do contrato de sociedade. Já o que nasce torto, tarde ou nunca se endireita.

culo. Posso até dar-lhe muitos – Lembrou-se do que o tio costumava dizer, que são precisas três gerações para fazer um cavalheiro: era um provérbio que se coadunava com o que dizia que não se pode fazer uma bolsa de seda com uma orelha de porco» (Somerset MAUGHAM, *A Servidão Humana*, trad. Ana Maria Chaves, 6.^a ed., Asa, Alfragide, 2016, 130).

SESSÃO II

La transmisión *mortis causa* de la empresa mercantil

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO

(Universidad de Valladolid — Espanha)

Le cofinancement des PME par les fonds structurels européens

PHILIPPE ICARD

(Université de Bourgogne — França)

La promoción de las PYMES en el derecho financiero
de la Unión Europea

JUAN JOSÉ HINOJOSA TORRALVO

(Universidad de Málaga — Espanha)

LA TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA EMPRESA MERCANTIL



Andrés Domínguez Luelmo
Profesor Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

The mortis causa transfer of a commercial company

Abstract: The *mortis causa* transfer of a commercial company as a unity may provoke problems depending on the wide or narrow freedom of will in the succession regulation. A legal system, like the Spanish one, with a strict system of legal rights for successors (two thirds of the estate must be reserved for descendants) has to rule these special situations, so all the assets might be transferred to one of them, who would be obliged to reimburse to his brothers or sisters the economical value of their legal rights.

Keywords: *mortis causa* transfer; succession.

SUMARIO

- I. Problemas que plantea la transmisión *mortis causa* unitaria de una empresa mercantil.
 1. La continuidad de la empresa.
 2. La conservación de la empresa.
 3. La transmisión del pasivo de la empresa.
- II. Los límites a la libertad de testar: la legítima en el Código Civil español.
- III. La partición hecha por el testador: el art. 1056.2 CC.
 1. Posibilidad de adjudicar la explotación a un nieto en vida de sus padres.
 2. La posición de los terceros no legitimarios.
 3. Posibilidad de adjudicar la explotación económica a más de un legitimario.
 4. El requisito del interés de la familia o la finalidad de conservación de la empresa.
 5. El objeto de la partición realizada por el testador.
 6. Partición en la que se incluye una empresa de carácter ganancial.
 7. Situación jurídica del adjudicatario de la explotación.
 8. Posición jurídica del resto de los legitimarios y cuantía que deben percibir en metálico.
- IV. El régimen de los artículos 841 a 847 del Código Civil.
 1. Presupuestos para la aplicación de los arts. 841 a 847 CC.
 2. La adjudicación y de la orden de pago en metálico.
 3. Facultades del testador, del contador-partidor y del contador-partidor dativo en orden a la conmutación.
 4. Liquidación de las cantidades a pagar.
 5. Pago en metálico y consecuencias del impago.
 6. Posibilidad de realizar una interpretación extensiva de la solución adoptada por los arts. 841 y ss.
- V. Fallecimiento del empresario con hijos menores: el artículo 831 del Código Civil.

I. Problemas que plantea la transmisión *mortis causa* unitaria de una empresa mercantil

El problema de la transmisión *mortis causa* de la empresa mercantil se encuentra a caballo entre dos zonas diferentes del ordenamiento jurídico: el Derecho Sucesorio y el Derecho Mercantil. Esta problemática, enfocada desde la perspectiva de la organización empresarial de las explotaciones comerciales, no es desde luego nueva, sino que desde hace tiempo ha llamado la atención de la doctrina por las numerosas especialidades que plantea¹. Ya en su momento Díez-Picazo puso de relieve que confluyen aquí dos direcciones: «por una parte las normas de Derecho Mercantil que regulan el estatuto jurídico del empresario y la ordenación jurídica de la empresa como complejo fenómeno sucesorio, pero que no piensan – ni tienen por qué pensar – en lo que ocurre o en lo que debe de ocurrir cuando el empresario muere. Por otra parte, las normas civiles del Derecho de Sucesiones, que, por una curiosa paradoja, no piensan que el objeto de la sucesión pueda ser una empresa mercantil»².

Debe destacarse, no obstante, que la mayor parte de los problemas se plantean con las explotaciones comerciales gestionadas a título individual por un empresario. Ello no quiere decir que no existan problemas con las empresa colectivas a través de la transmisión *mortis causa* de las acciones o participaciones sociales; pero las cuestiones a resolver en uno y otro caso son diferentes³. De hecho,

¹ Así, aparte de la referencias en las obras generales, cfr. A. CALVO ALFAGEME, «La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos», *AAMN*, 1 (1945) 511 s.; A. Robles ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, «El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria», *RCDI*, (1947) 585 s.; J. DÁVILA GARCÍA, «La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria», *AAMN*, 3 (1948) 569 s.; J. PUIG BRUTAU, «El testamento del empresario», *RDP*, (1960) 845 s.; E. POLO, «La transmisión *mortis causa* de la empresa en el Derecho catalán», *RDM*, 123 (1972) 7 s.; L. DÍEZ-PICAZO, «La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil», in *Estudios de Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1980, 315 s.

² Cfr. DÍEZ-PICAZO, «La sucesión por causa de muerte», 315.

³ Cfr. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, «La transmisión de

la transmisión de la posición de predominio de un causante en una sociedad mercantil no tiene lugar la mayor parte de las veces por vía de sucesión *mortis causa*, sino mediante la transmisión *inter vivos* de tales acciones o participaciones. En cuanto a las sociedades civiles, la regulación del contrato de sociedad permite algunos pactos que pueden incidir en la sucesión de una persona en cuanto a las relaciones derivadas de su condición de socio, de manera que el destino *post mortem* de dicha condición, o de la participación social a ella conectada, se establece a través de una voluntad negocial manifestada *inter vivos*. Este es el sentido del art. 1704 CC que permite dos tipos de cláusulas: las de continuación en sentido estricto de la sociedad entre los socios que sobrevivan, y las de continuación con los herederos del socio fallecido⁴.

De la transmisión hereditaria de la explotación individual organizada empresarialmente, en términos generales, se pueden destacar tres aspectos que quedan sin resolver a la muerte de su titular. En primer término está el de la continuidad de la empresa. En segundo lugar, el de la conservación de la misma, evitando que el fenómeno sucesorio provoque su disolución y liquidación entre los herederos. Y por último, el de la transmisión del pasivo de la empresa⁵. Parece claro que en la solución de estos tres problemas tienen una importancia capital las previsiones del empresario, y que la dificultad será menor en los casos de testador con un capital suficiente y cómodamente divisible, entre el cual se encuentre la empresa en cuestión. Sin embargo, el supuesto que nos interesa es precisamente aquél en que la empresa constituye el único o el bien principal del patrimonio hereditario, de manera que no es posible su división sin

participaciones de la sociedad limitada: limitaciones estatutarias», in V. M. GARRIDO DE PALMA, dir., *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Civitas, Madrid, 1995, 195 s., esp. 230 s.

⁴ Por todos, vid. F. CAPILLA RONCERO, «Comentario al art. 1704 CC», in *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XXI-1.º, Edersa, Madrid, 1986, 647 s.; C. PAZ ARES, «Comentario al art. 1704 CC», *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 150 s.; K. J. ALBIEZ DOHRMAN, *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs, Barcelona, 1998, 250 s.; R. SÁNCHEZ ARISTI, *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada, 2003, 205 s.

⁵ Cfr. POLO, «La transmisión *mortis causa*», 10-11; Díez-PICAZO, «La sucesión por causa de muerte», 316; ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, «El principio», 589 s.

merma del rendimiento económico de la misma, o sin provocar su disolución o liquidación.

Desde esta perspectiva, si prescindimos de la posibilidad de creación de una persona jurídica impuesta como carga en el testamento⁶, una de las vías que se ofrecen al empresario testador es la de la atribución unitaria de la empresa a uno solo de sus descendientes. Dependiendo de que el Derecho aplicable asuma o restrinja la libertad de testar, la solución puede ser muy diferente. Cuanta mayor libertad de testar exista, mayores van a ser las posibilidades del testador de organizar su sucesión de la manera que tenga por conveniente. Los sistemas que incorporan un rígido sistema de legítimas, perjudican seriamente la transmisión unitaria de la empresa.

Es cierto que existen diversos cauces para atribuir en bloque la explotación a uno de los sucesores, pero siempre existirá el problema de la necesidad de que el adjudicatario afronte el pago en metálico de la cuota hereditaria de los demás legitimarios. En el concreto caso del sistema legitimario del Código civil español, es necesario acudir a algunas de las figuras que permiten pagar en dinero la porción correspondiente a los no adjudicatarios de la misma. Aunque a lo largo del articulado del CC podemos encontrarlos con varios preceptos aplicables, dependiendo de cómo quiera el causante ordenar su sucesión, lo cierto es que en la práctica la cuestión puede ser problemática.

1. La continuidad de la empresa

En primer lugar, por lo que respecta al capítulo de la continuidad de la empresa, se hace necesario destacar que no siempre el nombrado heredero se hará cargo inmediatamente de la misma, lo cual puede provocar una paralización en su funcionamiento que en nada beneficiaría al futuro de aquélla. Además de ello, el llamado a la herencia puede encontrarse con la dificultad añadida de que los actos que realice para administrar y conservar la empresa pueden ser entendidos como una aceptación tácita de la misma; e incluso, que se sancionen con la pérdida del beneficio de inventario, habida

⁶ Cfr. DÁVILA GARCÍA, «La empresa mercantil», 576; Díez-PICAZO, «La sucesión por causa de muerte», 316.

cuanta de que para continuar con las actividades mercantiles del *de cuius* es necesaria la compra y venta de mercaderías, el pago de salarios, la utilización de los medios de financiación de la empresa, etc., actos que a primera vista exceden de la mera administración y que encajarían entre los actos de naturaleza dispositiva.

Estaríamos en realidad ante la aparente colisión entre los arts. 999, ap. 4.º y 1024.2.º CC, que tanto ha preocupado a la doctrina clásica, y en la que domina la idea de que el peculiar caso de la empresa mercantil hace que tales actos no impliquen una *pro herede gestio*, siempre y cuando los mismos se realicen dentro del giro o tráfico del establecimiento⁷. De esta manera, el llamado a quedarse con la explotación, con la carga de abonar en metálico le legítima de sus hermanos, podría continuar ininterrumpidamente con la dirección de la misma, sin que ello supusiera aceptación. No obstante, como seguidamente veremos, esto es más fácil de mantener en el caso del art. 1056.2 CC, pues en otros supuestos, en los que se ofrecen al testador soluciones similares, pero no idénticas, como ocurre con los arts. 841 y ss., dado que al heredero adjudicatario se le ofrece la opción de llevar a cabo la conmutación de las legítimas o de someterse a una partición según las reglas generales, parece que deberán ser todos los descendientes los que continúen con la administración de la empresa, mientras el llamado a quedarse con la totalidad de los bienes no manifieste su intención de excluir a sus hermanos de la participación en los mismos.

Sin embargo, no parece que mientras dure la comunidad, ésta constituya una sociedad mercantil, pues para ello sería necesario cumplir los requisitos exigidos en la legislación mercantil⁸, salvo que se acepte la doctrina del *estoppel* en el sentido que señalan algunos autores⁹. No obstante, como mantiene Díez-Picazo¹⁰, sería posible admitir que el testador impusiera la sociedad como carga de la atribución testamentaria, en cuyo caso se podría pensar que la

⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO, «La sucesión por causa de muerte», 318-319; PUIG BRUTAU, «El testamento del empresario», 853 s. Con dudas, pero en el mismo sentido, aunque referida la cuestión al Derecho civil catalán, POLO, «La transmisión *mortis causa*», 16 s.

⁸ Cfr. ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, «El principio», 596.

⁹ Cfr. PUIG BRUTAU, «El testamento del empresario», 856, n. 45.

¹⁰ Cfr. DÍEZ-PICAZO, «La sucesión por causa de muerte», 324 s.

sociedad nace por la declaración de voluntad del testador contenida en su testamento, junto con las declaraciones de voluntad de sus herederos contenidas en los negocios jurídicos de aceptación de la herencia. Desde luego no existe ningún problema para admitir que los herederos pueden expresamente constituir con la herencia una sociedad mercantil. La cuestión radica en considerar si, a falta de tal manifestación de voluntad, el comportamiento concluyente consistente en explotar conjuntamente una empresa, implica o no una efectiva *affectio societatis*, es decir, un verdadero contrato de sociedad, a lo que se podrían responder en sentido positivo considerando que cuando varias personas suscitan con su conducta la impresión de que una determinada situación jurídica existe entre ellas, esta situación jurídica debe considerarse válida frente a ellas.

2. La conservación de la empresa

Por lo que se refiere a la problemática que suscita la conservación de la empresa mercantil, parece que la atribución unitaria de la misma puede solucionar también el peligro de que se proceda a su disolución y liquidación. En este punto, la doctrina tradicional ha acudido con profusión a figuras ya conocidas: la mejora en cosa determinada del art. 829 CC, o la partición realizada por el testador al amparo del art. 1056.2 CC. Parece claro que una explotación, del tipo que sea, organizada empresarialmente constituye una unidad en el tráfico jurídico que, como tal, puede ser objeto de mejora en cosa determinada. En este sentido, la STS de 13 de marzo de 1943 (RJ 1943\308) afirma que «la empresa es una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición, que, pese a la condición de cada uno de ellos, puede ser *en su conjunto* objeto de tráfico jurídico»¹¹. En cuanto al art. 1056.2 CC, la aplicabilidad del mismo a cualquier tipo de empresa mercantil parece evidente, ya que el legislador utiliza la expresión «explotación económica», lo que obedece a la idea de englobar en este particular régimen sucesorio cualquier tipo de explotación.

Tras la reforma operada en el CC por Ley 11/1981, de 13

¹¹ En el mismo sentido la STS de 13 de enero de 1944 (RJ 1944\120), y la STS de 7 de diciembre de 1945 (RJ 1945\1290).

de mayo, todas estas posibilidades se ampliaron mucho más con los arts. 841 a 847 CC, a través de los cuales el empresario testador puede, si así lo desea, conciliar dos objetivos aparentemente dispares: el de la atribución a todos sus hijos del mismo beneficio patrimonial, y el de conservación de la unidad de la unidad de la empresa.

3. La transmisión del pasivo de la empresa

Por último, el problema de la transmisión del pasivo queda bastante mitigado en el caso que nos ocupa. No es el momento ahora de profundizar en la problemática de si las denominadas «deudas de la empresa» son deudas de la herencia y, por tanto, siguen el régimen de las demás deudas del empresario causante, o si, por el contrario, es el heredero a quien haya sido adjudicada la empresa quien queda exclusivamente obligado al pago de sus deudas. Parece claro que las «deudas de la empresa» son deudas de la herencia y que, por consiguiente, la sucesión *mortis causa* de una empresa no puede hacer variar la responsabilidad solidaria que impone el art. 1084 CC. Cuestión diferente es entender, como hace un sector doctrinal¹², que la unidad orgánica de la empresa puede conducir a que en el aspecto interno el heredero a quien le haya sido adjudicada quede exclusivamente obligado al pago de sus deudas respecto a los demás coherederos, aunque generalmente la empresa constituirá todo o la mayor parte del patrimonio hereditario¹³.

Por otra parte, el empresario testador puede ya en vida arbitrar formas que aseguren la continuidad de la empresa a su muerte. Así puede nombrar factor al hijo que quiere que continúe con la misma, sobre todo porque conforme al art. 290 C. de c., «los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueren expresamente revocados, no obstante la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma

¹² Cfr. DÁVILA GARCÍA, «La empresa mercantil», 586; ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, «El principio», 596 s.; CALVO ALFAGEME, «La empresa», 533 s.; PUIG BRUTAU, «El testamento del empresario», 851

¹³ Cfr., recogiendo el estado de la cuestión en la doctrina, PALAZÓN GARRIDO, *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 439 s.

lo hubiere recibido»¹⁴. De esta manera, en caso de modificación del testamento en el sentido de nombrar heredero adjudicatario a otro de sus hijos, podría revocar los poderes conferidos al primer factor, otorgándoselos al instituido en acto de última voluntad como continuador de la empresa. No obstante, frente a la posición que adopta en este punto el Código civil, en España los Derechos civiles autonómicos admiten con generosidad la posibilidad de pactos sucesorios, que permiten en vida del empresario ordenar su futura sucesión en vida, pactando el régimen aplicable con la persona o personas que van a continuar con el ejercicio de la actividad comercial. Ello con constituye sin duda una ventaja cuya eficacia futura va a depender del régimen jurídico aplicable a estos pactos.

II. Los límites a la libertad de testar: la legítima en el Código Civil español

La transmisión *mortis causa* unitaria de una empresa mercantil plantea problemas muy diferentes dependiendo de que el régimen sucesorio aplicable amplíe o restrinja la libertad de testar. Indudablemente un sistema que consagre una amplia libertad de testar facilita enormemente que el empresario pueda ordenar su sucesión de la manera que tenga por conveniente, y a favor de quien considere más idóneo para continuar con la empresa tras su fallecimiento. Por el contrario, los ordenamientos que regulan una legítima muy amplia a favor de determinados parientes dificultan la transmisión unitaria de la empresa.

La legítima se configura en el CC español como una limitación a la libertad de testar del causante, que la ley contempla a favor de determinados parientes. Según su art. 806 la legítima es una *porción de bienes*. Ello significa que, como regla general, la legítima debe ser pagada con bienes de la herencia, *in natura*, salvo en los supuestos en que el propio CC prevé excepcionalmente que pueda pagarse con dinero extrahereditario.

Desde el punto de vista cuantitativo, existiendo descendientes,

¹⁴ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, «La sucesión por causa de muerte», 318; y ampliamente PALAZÓN GARRIDO, *La sucesión por causa de muerte*, 156 s.

su legítima es de dos tercios del caudal hereditario: los hijos excluyen a ulteriores descendientes. El otro tercio se considera de libre disposición (pudiendo ir destinado a personas ajenas al círculo de legitimarios). De los dos tercios de legítima (denominados legítima *amplia* o *larga*), el testador puede disponer de uno de ellos en concepto de mejora (art. 823), con la finalidad de desigualar a sus legitimarios descendientes. El tercio de mejora supone una unidad contable que posibilita desigualar a los legitimarios, y constituye el máximo de dicha desigualdad. La legítima de los descendientes no varía en función del número de hijos existentes, como ocurre con el art. 2159 del CC portugués. Existiendo un solo hijo, éste tiene derecho a los dos tercios de legítima. No obstante, La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia admiten la posibilidad de mejorar a los nietos en vida de sus padres, bien entendido que los nietos no son legitimarios sino destinatarios de bienes en concepto de mejora¹⁵. La denominada *legítima estricta* debe ir necesariamente destinada a descendientes que tengan la condición de legitimarios.

Teniendo en cuenta lo anterior, el sistema español es muy estricto desde el punto de vista cuantitativo: la legítima de los hijos es excesivamente amplia, y no parece razonable si pensamos en la posibilidad de que exista un claro distanciamiento con el hijo o hijos, o una absoluta falta de contacto. La única manera de sortear este problema es plantear la posibilidad de que exista una causa de desheredación (arts. 848 y ss. del CC)¹⁶.

Pero frente al rigor de la ley respecto a la cuantía de la

¹⁵ M. ALBALADEJO GARCÍA, *La mejora*, Servicio de Estudio del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, 95; M.T. ÁLVAREZ MORENO, *La mejora a favor del nieto en el Derecho sucesorio*, Edisofer, Madrid, 2003, *passim*; RDGRN 15 junio 1898 (JC 84, núm. 114, 519 s.) y STS 28 septiembre 2005 (RJ 2005\7154).

¹⁶ Recientemente la STS de 3 junio 2014 (RJ 2014\3900) ha interpretado el art. 853.2.º CC (que recoge como causa de desheredación de hijos y descendientes «haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra») en el sentido de que el maltrato psicológico a los padres es justa causa para desheredar a los hijos, entendiéndose que es asimilable al «maltrato de obra». Se trata de un caso en que se admite la justa causa de desheredación de dos hijos que incurrieron en maltrato psíquico y reiterado contra su padre, considerado «del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación». Este criterio se confirma en la STS 30 enero 2015 (RJ 2015\639), y se extiende a la posibilidad de revocar donaciones por ingratitud en la STS 20 julio 2015 (JUR 2015\244613).

legítima, desde el punto de vista cualitativo el legislador contempla varios supuestos en que se prevé la posibilidad de que los bienes se adjudiquen a uno o varios hijos, con la carga de abonar en metálico extrahereditario la porción correspondiente a sus hermanos. Es decir, se excepciona con ello la regla general conforme a la cual la legítima debe ser pagada en especie, con bienes de la herencia. En alguno de estos supuestos está presente la idea de indivisibilidad (art. 821 CC), o se contempla expresamente la finalidad de conservar indivisa una explotación económica, o bien de mantener el control de una sociedad de capital o un grupo de éstas (1056 CC). Hay además un grupo de preceptos (arts. 841-847 CC) en los que, sin necesidad de concurrir ningún requisito objetivo, se contempla con carácter general la posibilidad adjudicar todos los bienes de la herencia a uno de los hijos, y que este pague con dinero propio (no hereditario) la parte de sus hermanos, apartados de los bienes.

III. La partición hecha por el testador: el art. 1056.2 CC

El art. 1056,1 CC establece la necesidad de pasar por la partición hecha por el testador. En el ap. 2.º del mismo precepto se incorporaba en la redacción inicial una excepción al principio de que la legítima debía ser pagada en principio con bienes de la herencia, al decir: «el padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos».

Tras la Ley 7/2003, de 1 de abril, la redacción actual del art. 1056.2, en comparación con la originaria del Código civil ofrece las siguientes particularidades: a) Sustituye la palabra «padre» por la de *testador*. b) Ya no habla del pago en metálico de la legítima de «los demás hijos», sino de la de los *demás interesados*. c) Sustituye la expresión «explotación agrícola, industrial o fabril», por la de *explotación económica*. d) Junto con el interés de la familia se incluye la necesidad de *conservación de la empresa*. e) No sólo se refiere a la intención de conservar (ahora *preservar*) indivisa una explotación, sino también la de *mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas*. f) Se

refiere expresamente a la posibilidad de que *no exista metálico suficiente en la herencia para el pago*. g) Permite al testador o al contador-partidor establecer un *aplazamiento* para el pago de estas cantidades, que no puede exceder de cinco años computados desde el momento de la apertura de la sucesión. h) Admite el cumplimiento de esta obligación por cualquiera de las vías que producen la extinción de las obligaciones. i) Habla de la no aplicación de lo dispuesto en los arts. 843 y 844.1 CC. j) Permite que cualquier legitimario exija su legítima en bienes de la herencia cuando *no se hubiere establecido la forma de pago*.

La nueva redacción introduce novedades poco meditadas, y otras que deben ser valoradas positivamente. En este último sentido parece acertado que se haya incluido una referencia a la finalidad de mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas, y que se reconozca la posibilidad de aplazamiento de las cantidades a pagar. Parece evidente que ya antes de la reforma no era aplicable al supuesto regulado en el art. 1056.2 lo dispuesto en los arts. 843 y 844 CC. Por otro lado no se entiende en una primera lectura la posibilidad de que cualquier legitimario exija su legítima en bienes de la herencia, y desde luego es difícil averiguar el papel que puede jugar la figura del contador-partidor en un supuesto en que no llega a nacer la comunidad hereditaria por haber realizado la partición el propio testador. No obstante, es preciso detenerse en algunos de los problemas de interpretación que plantea la nueva redacción del precepto.

1. Posibilidad de adjudicar la explotación a un nieto en vida de sus padres

El hecho de que se haya sustituido la expresión «padre», por la de *testador*, y se hable de pagar en metálico, no la legítima de «los demás hijos», sino la de los *demás interesados*, hace que nos planteemos si un ascendiente puede adjudicar la explotación a un nieto, en vida de sus padres. La cuestión está íntimamente ligada con quiénes pueden ser, por un lado, adjudicatario de la explotación económica y, por otro, destinatarios del metálico.

La posibilidad de adjudicar la explotación a un nieto cuando previamente ha fallecido su padre o madre, hijos del testador, parece clara por cuanto en este caso el nieto es legitimario de su abuelo

testador. El problema aparece al tratar de aplicar la misma solución a los nietos cuando sus padres están vivos y no incurrir en causa de indignidad sucesoria ni han sido desheredados. Creemos que se puede adjudicar la explotación económica al nieto en vida de sus padres, de manera que aquél quede obligado a pagar en metálico la porción correspondiente a *todos* los legitimarios, ya que puede ser destinatario del tercio entero de mejora y, de manera indudable, del tercio de libre disposición.

Podría encontrarse alguna limitación en la alusión al interés de la familia que se hace en el precepto, aunque lo cierto es que la nueva redacción del art. 1056.2 se refiere igualmente como alternativa a que el testador utilice esta facultad *en atención a la conservación de la empresa*, y nadie mejor que el testador para entender que la conservación de la empresa pasa por no adjudicar la misma a ninguno de sus hijos. Por otro lado, el precepto se refiere ahora literalmente a que se pague en metálico la legítima «de los demás interesados», no la de «los demás hijos», por lo que ya no se impone necesariamente la interpretación de que el adjudicatario debe ser una persona perteneciente al círculo de legitimarios. Además de ello, apoya esta opinión la interpretación que el Tribunal Supremo realiza de la expresión «hijos», que se extiende genéricamente a todos los descendientes en sentido amplio¹⁷.

2. La posición de los terceros no legitimarios

Tras las anteriores puntualizaciones, nos queda por analizar la situación en que pueden encontrarse los terceros, ajenos al círculo de legitimarios. Debemos plantearnos ahora si un no legitimario puede ser adjudicatario de la explotación económica por la vía del art. 1056.2, o si puede ser destinatario del metálico extrahereditario, desde luego no en pago de ninguna legítima, sino como posible destinatario de la parte de libre disposición, total o parcialmente.

No parece posible adjudicar la explotación a un extraño con

¹⁷ Cfr. STS de 30 de abril de 1981 (RJ 1981\1786). En este mismo sentido, E. FOSAR BENLLOCH, «La explotación agrícola y el párrafo 2.º del art. 1056 del Código civil», *ADC*, (1963) 384; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, INEJ, Madrid, 1955, 212, n. 270; DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989, 49 s.; ALBALADEJO GARCÍA, *La mejora*, 95 s.

la carga de abonar todas las legítimas en metálico extrahereditario. El tenor literal del precepto parece recoger esta idea cuando habla de pagar en metálico «su legítima a los demás interesados», con lo que se nos quiere dar a entender que la explotación debe adjudicarse a un legitimario, para que éste pague en dinero las legítimas *de los demás*, es decir, de aquéllos que no van a recibir bienes en pago de su legítima. En caso contrario quebraría el principio de intangibilidad cualitativa global de la legítima, que debe ser respetado en todo caso, de manera que la totalidad de los bienes siempre queden en manos de, al menos, un legitimario. Ni siquiera en el supuesto regulado en el art. 841 CC, mucho más flexible que el art. 1056.2, cabe esta posibilidad ya que se señala expresamente que la adjudicación debe ser hecha “a alguno de los hijos o descendientes”.

Es posible, no obstante, plantear la posibilidad de que se instituya al extraño conjuntamente con alguno de los herederos forzosos (v.gr. a un hijo del testador y a su esposa), atribuyendo a ambos conjuntamente la explotación económica, obligándose al pago de las legítimas de los demás. La respuesta es dudosa. Al adjudicarse la explotación a un extraño y a alguno de los legitimarios, realmente se sigue respetando la intangibilidad cualitativa global de la legítima colectiva, ya que una parte de los bienes irá a parar a un sector de los legitimarios. Además, al ser la cosa indivisible, no habría problemas en que al destinarse todo o una parte del tercio de libre disposición a favor del extraño, éste entrara conjuntamente con el legitimario en la titularidad de la explotación. Por ello, parece que este supuesto sí tiene encaje en el art. 1056.2, sobre todo por la eficacia directa de la partición realizada por el testador que evita el nacimiento de la comunidad hereditaria.

Finalmente, con relación a los extraños, se puede plantear si éstos pueden ser destinatarios del metálico por la vía del art. 1056.2 CC, en cuanto eventuales destinatarios de disposiciones testamentarias con cargo a la parte libre. Es decir, si el testador que adjudica a un legitimario la explotación económica, que agota todo el caudal partible, puede establecer que éste pague en dinero el valor de la parte disponible. La nueva versión del precepto, como la anterior, habla de pagar en dinero las legítimas, sin referirse a la parte libre. Pero lo hace porque el art. 1056.2 CC constituye una excepción a la

regla general, según la cual las legítimas deben ser pagadas en principio con bienes de la herencia. Como la misma regla no existe para la parte de libre disposición, en realidad esa posibilidad siempre la tiene en sus manos el testador, no a través del art. 1056, sino por la vía del legado de cantidad, que podría configurarse como un legado de cosa del gravado del art. 863. Así podría ordenar un legado de cosa del legitimario, concretamente de dinero, dejando siempre a salvo la legítima. O incluso, si existen más bienes en la herencia además de la explotación, ordenando un legado alternativo de dinero extrahereditario o de alguno de los bienes hereditarios.

3. Posibilidad de adjudicar la explotación económica a más de un legitimario

Una última posibilidad que nos resta por analizar es si el testador puede al amparo del art. 1056.2 adjudicar la explotación económica a más de un legitimario, con la carga de que paguen en metálico extrahereditario las legítimas de los demás. A mi juicio no existiría ningún problema para ello, de manera que en este caso se crearía una comunidad exclusivamente entre los adjudicatarios. Con esta decisión incluso podría resultar más asequible el pago de las compensaciones en metálico, ya que serían dos o más pagadores, y además, la porción de la legítima a pagar en dinero sería siempre menor que en el caso de adjudicar la explotación a uno sólo de los legitimarios. No obstante, el testador debe ser consciente de los problemas futuros que puede plantear una situación de indivisión, valorando adecuadamente su decisión¹⁸.

4. El requisito del interés de la familia o la finalidad de conservación de la empresa

Con relación a la redacción anterior del precepto se observa en sus requisitos un cambio de relativa importancia. Anteriormente se hablaba del «padre que *en interés de su familia* quiera conservar

¹⁸ Estudia ampliamente la atribución de la explotación a una pluralidad de sucesores, PALAZÓN GARRIDO, *La sucesión por causa de muerte*, 331 s.

indivisa una explotación...» Ahora el artículo se refiere al «testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación...» Como se puede observar, junto con el interés de la familia, aparece ahora la intención de conservar una empresa, pero con carácter alternativo, no cumulativo. Como se ha destacado, hoy el interés no tiene por qué ser familiar, sino que puede consistir en conservar la empresa porque el testador quiera preservar indivisa la explotación¹⁹.

En el caso de partición realizada por el testador, el interés de la familia está en estrecha relación con el interés de los hijos o descendientes, que van a ser los destinatarios de la explotación o, en su caso, del metálico extrahereditario. Es indiferente que estemos ante una familia matrimonial o extramatrimonial. En el caso de las parejas no casadas habrá que atender a datos fácticos aunque, dependiendo de los casos, se podrán tener en cuenta las Leyes Autonómicas aplicables sobre la materia. El conflicto se puede plantear cuando el testador tenga hijos matrimoniales y no matrimoniales. No parece existir ningún obstáculo para que la explotación económica se adjudique a un hijo extramatrimonial, si éste forma parte de la familia actual del testador, y que pague en dinero las legítimas de sus hermanos, matrimoniales desde el punto de vista jurídico, pero que no forman parte de la familia que el testador puede haber creado independientemente del vínculo matrimonial anterior que le unía a otra persona con la que ya no convive. En cualquier caso, la redacción actual del precepto permite utilizar el mismo en atención sólo a la conservación de la empresa, prescindiendo de otras consideraciones en torno a la familia²⁰.

¹⁹ Cfr. M. M. BERMEJO PUMAR, «La legítima (función y estructural)», in J. F. DELGADO DE MIGUEL / M. GARRIDO MELERO, ed., *Instituciones de Derecho privado*, vol. V-3. *Sucesiones: las atribuciones legales*, Civitas, Madrid, 2005, 502.

²⁰ Para A. BALLARÍN MARCIAL, «La sucesión *mortis causa* de la explotación agraria», *Rev. Jur. Not.*, 38 (2001) 28 s., el interés de la familia debía combinarse en todo caso con el interés general Y en el caso concreto de las explotaciones agrarias recurría a la idea de un mínimo para que las mismas merecieran ser conservadas (a su juicio, cuando tuvieran viabilidad para producir dos o tres rentas).

5. *El objeto de la partición realizada por el testador*

Antes de la reforma operada por la Ley 7/2003, el objeto de la partición del art. 1056.2 era una «explotación agrícola, industrial o fabril». Con la redacción actual del precepto queda aún más claro, si cabe, que el objeto de la partición puede ser cualquier explotación económica que se quiera mantener indivisa.

6. *Partición en la que se incluye una empresa de carácter ganancial*

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido tradicional la doctrina según la cual la partición hecha por el testador al amparo del art. 1056 CC no puede incluir bienes gananciales²¹. El motivo de fondo para mantener esta postura estriba en que el ap. 1.º de este precepto utiliza la expresión partir «sus bienes», con lo que aparentemente se está refiriendo sólo a aquéllos que sean propiedad exclusiva del testador, quedando excluidos por tanto los bienes gananciales, al no ser privativos de ninguno de los cónyuges. En este sentido se afirma en la RDGRN de 13 de octubre de 1916 que «si bien conforme a los términos del art. 1056 CC, cuando el testador hiciese por acto entre vivos o por última voluntad la partición *de sus bienes*, se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima a los herederos forzosos, es necesario, para dar efectividad a tales disposiciones, que los bienes distribuidos sean propios del causante; es decir, estén en su disponibilidad, pues de otro modo, las facultades concedidas al mismo para dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio, se harían extensivas a derechos ajenos, con el pretexto de hallarse íntimamente ligados a los suyos».

Como se puede observar, teniendo en cuenta que el régimen de gananciales es el supletorio en el Código civil, los problemas se pueden plantear en numerosos casos, hasta el punto de que se ha

²¹ Cfr. STS de 12 de diciembre de 1959 (RJ 1959\4499); STS de 20 de mayo de 1965 (RJ 1965\2602); STS de 25 de noviembre de 1966 (RJ 1966\5548); STS de 17 de mayo de 1974 (RJ 1974\2068); STS de 3 de marzo de 1980 (RJ 1980\1016); STS de 5 de junio de 1985 (RJ 1985\3095); STS de 7 de diciembre de 1988 (RJ 1988\9301); STS de 18 de marzo de 1991 (RJ 1991\2264); STS de 22 de febrero de 1997 (RJ 1997\1191).

llegado a mantener que resulta «jurídicamente imposible que ninguno de los esposos pueda hacer uso separado del art. 1056 durante la comunidad conyugal en cuanto a los bienes consorciales»²². Con la incorporación al CC de los arts. 1379 y 1380 tras las reformas de 1981, el planteamiento debe ser diferente. Estos preceptos se refieren a todo tipo de disposiciones testamentarias, tanto las realizadas a título de herencia como de legado. Por ello, no existe ningún impedimento para el testador incluya en la partición de sus bienes, al amparo del art. 1056 CC una explotación económica de carácter ganancial; aunque tal disposición particional estará supeditada a los resultados de la liquidación de la sociedad de gananciales y, en todo caso, deberá respetar el límite cuantitativo previsto en el art. 1379 CC, es decir, la mitad de lo que le pueda corresponder en los gananciales tras la liquidación del haber común.

Sobre la base del art. 1056 CC, mediante la partición del testador se evita el nacimiento de la comunidad hereditaria. Admitir, por tanto, que se pueden incluir en la partición bienes de naturaleza ganancial supone que la partición será siempre parcial. Por ello, como se ha destacado, tras la liquidación y división del haber común, dicha partición «ofrecería una ventaja digna de atención: el poder compensarse, con los bienes que correspondieran al causante en la liquidación de la sociedad conyugal, los defectos de la partición hecha por él – impugnable por lesión conforme al artículo 1075 del Código civil –, respecto de las cuotas por el mismo señaladas en el testamento»²³. Llevando hasta el final esta argumentación, cuando el testador realiza la partición, el efectivo cumplimiento de ésta en cuanto a los bienes gananciales está supeditado a que éstos sean adjudicados en su lote tras la liquidación y división del haber conyugal. Es aconsejable por ello que el causante prevea que tales bienes se adjudiquen en el lote de su cónyuge, y arbitre de algún modo la suerte que deben correr tales disposiciones.

La disposición al amparo del art. 1056 siempre tendrá como límite cuantitativo la participación que corresponda al causante en el patrimonio común, motivo por el que su eficacia estará supeditada a

²² Cfr. F. SANCHO REBULLIDA, «Partición de herencia», in *Estudios de Derecho Privado*, I, Eunsa, Pamplona, 1978, 522.

²³ Cfr. SANCHO REBULLIDA, «Partición de herencia», 524.

los resultados de la liquidación de la sociedad conyugal. Así, una vez practicada esta liquidación ya nada puede impedir que se cumplan las previsiones del testador, de manera que la eficacia definitiva de la disposición (*in natura* o en valor) dependerá finalmente del lote en que se adjudiquen los bienes gananciales de que aquél dispuso por testamento. Aunque la liquidación y división de la sociedad de gananciales sea una operación previa y diferente a la de la partición de la herencia de uno de los cónyuges, lo cierto es que en la práctica se suelen hacer juntas, lo que puede facilitar el resultado final en el sentido defendido anteriormente. Ello no quiere decir que el hecho de que el testador señale bienes gananciales concretos en su testamento vincule al otro cónyuge o a los herederos que liquidan y dividen a la vez la sociedad de gananciales y el patrimonio hereditario, pero desde luego si no existe ningún tipo de conflicto parece mucho más práctico cumplir las previsiones del testador. Acaso por esta vía se pueda encontrar alguna razón de ser a la misteriosa aparición en la nueva redacción del art. 1056.2 del *contador-partidor*: es decir, que se le nombre con la misión de liquidar y dividir junto con el cónyuge supérstite la sociedad de gananciales, justificándose su nombramiento en que la partición en la que se incluyen bienes gananciales no evita que surja la comunidad hereditaria sobre la parte que al testador le corresponda en los gananciales.

7. Situación jurídica del adjudicatario de la explotación

Cuando el testador, a través del art. 1056.2 adjudica una empresa mercantil, que agota prácticamente su patrimonio, a uno de sus sucesores con la intención de preservarla indivisa, dicho sucesor debe ser considerado heredero. Lo habitual será que sea investido de esta cualidad en el testamento, pero aunque el testador lo nombre legatario, debe entenderse que estamos ante una institución de heredero, ya que el adjudicatario va a recibir la totalidad del caudal hereditario. Es cierto que en el art. 768 CC, cuando lo que se deja es una cosa determinada, se contiene una presunción favorable a la existencia de legado, pero en los casos en que se deja prácticamente la totalidad o parte muy principal de una herencia, debe

interpretarse que estamos ante una institución de heredero²⁴.

Teniendo en cuenta que el adjudicatario debe afrontar el pago de las legítimas, parece de todo punto conveniente que el testador mejore expresamente al destinatario de la empresa y le asigne toda la parte libre. De esta manera se evita que las cantidades a pagar en metálico extrahereditario sean excesivamente elevadas y gravosas, pues se reducirían a las legítimas estrictas del resto de legitimarios. Los problemas aparecen cuando el testador se limita a adjudicar en su favor la explotación por vía particional, sin especificar nada más. No obstante, parece que el dato de elegir como adjudicatario a uno de los descendientes es suficiente para entender que éste ha sido mejorado tácitamente²⁵. Teniendo en cuenta lo anterior, y el rendimiento futuro de la explotación, el testador puede establecer un aplazamiento del pago de las legítimas que no puede ser superior a cinco años computados desde el momento de la apertura de la sucesión. Lógicamente, cuanto mayor sea la cuota hereditaria que reciba el adjudicatario de la explotación, a través de una mejora efectiva y de la atribución del tercio libre, menores serán las cantidades que deba abonar en metálico.

8. Posición jurídica del resto de los legitimarios y cuantía que deben percibir en metálico

La cuantía que debe ser pagada en dinero por el adjudicatario de la explotación está en estrecha relación con la postura defendida en cuanto a la situación jurídica de aquél. El art. 1056.2 CC se limita a decir que el testador puede disponer por esta vía «que se pague en metálico su legítima a los demás interesados». No se especifica si esta legítima es la larga o la corta, pero si hemos defendido la necesidad de considerar mejorado al adjudicatario, parece que lo que se debe pagar en metálico son las legítimas estrictas de los demás. Con esta solución se evita el excesivo endeudamiento del obligado, ya que tendrá que afrontar el pago de menores cantidades

²⁴ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, 146 s.

²⁵ Cfr. TORRES GARCÍA, «La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión *mortis causa* del titular. Artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario», *ADC*, (1980) 364.

de dinero, con lo que se facilita la continuidad de la empresa. Lógicamente, admitido que los nietos pueden ser mejorados en vida de sus padres, de atribuírsele la explotación económica a un nieto en concepto de mejora, éste sólo tendrá que pagar en metálico la legítima estricta, pero en este caso la de *todos* los legitimarios, ya que al no ser heredero forzoso no acredita derecho alguno en el tercio de legítima estricta.

En cuanto a la valoración de las cantidades a pagar el precepto no regula cómo se valoran las cuotas de los perceptores del metálico, ni quién debe realizar la correspondiente valoración, a pesar de la importancia que tienen ambas cuestiones, ya que de la correcta valoración depende en definitiva que se cubra o no la legítima de quienes no son adjudicatarios de la empresa. Si se entiende que el derecho de los perceptores del metálico es una *pars valoris bonorum*, se hace preciso valorar adecuadamente la explotación económica, que normalmente agotará el caudal hereditario, lo cual nos dará la medida de las cantidades a pagar con arreglo a las legítimas individuales que correspondan a cada uno. Los destinatarios del metálico no tienen que recibir necesariamente unas cantidades idénticas porque, una vez obtenida la base de cálculo de la legítima con arreglo al art. 818 CC, es preciso realizar las correspondientes operaciones de imputación de lo que cada uno de ellos haya recibido por vía de donación o legado.

Los legitimarios deben participar de las alteraciones de valor de la explotación económica hasta que se fije la cuantía que deben percibir. El hecho de que queden excluidos *ab initio* de la comunidad hereditaria no supone ningún obstáculo para defender que el importe de lo adeudado se refiere a un valor variable, referido al que tenga la explotación económica en el momento en que se realice la liquidación. Hasta ese momento existe una deuda de valor a cargo del adjudicatario, valor que opera en sustitución de la cuota legitimaria a que va referido²⁶. De una manera similar a lo previsto en el art. 847 CC, habrá que entender que, una vez fijadas las cantidades a pagar, hasta que se produzca el pago efectivo en el plazo que señala el art. 1056.2 CC, tales cantidades devengan el interés legal.

²⁶ Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, 171 s.

Teniendo en cuenta las anteriores afirmaciones, parece que en principio la fijación de las cantidades a pagar debe realizarse de común acuerdo entre el adjudicatario de la explotación y el resto de los legitimarios. De no llegarse a tal acuerdo se podría acudir al proceso declarativo correspondiente, sin que quepa acudir al procedimiento para la división de la herencia de los arts. 782 y ss. LEC porque la partición ya está realizada, al tener eficacia directa la practicada por el testador.

La posibilidad de una valoración de la explotación económica por el propio testador es discutible, aunque desde luego es un perfecto conocedor de las condiciones de la explotación que transmite²⁷. Su admisión parece más acorde con la eficacia directa que tiene la partición realizada por el testador, y está respaldada por el art. 15 LH, que resulta a mi juicio aplicable a este supuesto para garantizar a los legitimarios el pago en metálico. En este sentido, en el ap. 5.º *b*), núm. 1 y 2 de este precepto, se alude a que el causante no haya fijado el importe de las legítimas, o que se haya limitado a asignar una cantidad cierta para pago de las mismas. Con ello el legislador parece presuponer que el testador tiene la posibilidad de valorar tales cuotas.

No obstante, la valoración por el testador plantea un problema evidente: que transcurra demasiado tiempo entre el testamento y el momento de apertura de la sucesión, lo cual puede afectar a los parámetros que se tuvieron en cuenta a la hora de hacer la valoración. Para salvar esta dificultad Fosar Benlloch plantea la posibilidad de que se nombre un albacea específico con funciones liquidatorias, cuya misión no sería partir, ya que la partición ya ha sido realizada por el testador, sino sólo computar y valorar las cuotas a pagar a los legitimarios²⁸. Con esta solución se evitan los problemas a que hemos hecho referencia en cuanto a la posible falta de acuerdo entre el heredero adjudicatario y los legitimarios sobre la manera de valorar la explotación económica, de manera que todos los interesados deberían pasar por la valoración hecha por el tercero. Desde esta perspectiva se puede encontrar algún significado a la aparición en escena de la figura del contador-partidor designado por el testador que se

²⁷ Cfr. TORRES GARCÍA, «La explotación agrícola familiar», 369.

²⁸ Cfr. FOSAR BENLLOCH, «La explotación agrícola», 395 s.

ha introducido en la nueva redacción del art. 1056.2 CC. Parece evidente que en este caso no tiene la función de partir, dada la eficacia directa de la partición realizada por el testador, sino únicamente la de «contar», la de valorar adecuadamente las cuotas a pagar a los legitimarios. En este sentido, parece posible que el testador valore la explotación en el testamento, pero que nombre un contador para rectificar en su caso, tras la apertura de la sucesión, la liquidación correspondiente y ajustar debidamente las cuotas.

Igualmente, nada impide que el testador establezca unos criterios sobre la manera de realizar tal valoración. Esta solución viene avalada por el art. 786.1 LEC, a tenor del cual, “El contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; *pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas*, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos. Procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas”.

Finalmente, otra posibilidad que puede brindarse a los interesados es que sean ellos quienes nombren a un tercero para que proceda a valorar las correspondientes cuotas. Acaso cabría aplicar analógicamente lo dispuesto en el art. 1057 CC para el contador-partidor dativo sobre el nombramiento del mismo, aunque como en el caso anterior, su única misión sería la de valorar las cuotas a pagar a los interesados, quedando vinculado igualmente, en su caso, por las instrucciones dadas por el testador sobre la manera de practicar la liquidación.

IV. El régimen de los artículos 841 a 847 del Código Civil

Los arts. 841-847 se incorporan al CC con la Ley 11/1981. Según el art. 841 CC, «el testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios». Como se puede ver, se regula aquí con mucha

mayor flexibilidad una vía diferente para atribuir mortis causa unitariamente todo el patrimonio del testador.

1. *Presupuestos para la aplicación de los arts. 841 a 847 CC*

Desde el punto de vista objetivo, en el art. 841 CC no se exige la indivisibilidad o incómoda división de los bienes. Por este motivo, el testador no se ve limitado por el concepto de explotación, ni el de unidad orgánica de explotación²⁹. Puede incluir en la adjudicación cualesquiera bienes, sin que la misma afecte a los legados de cosa específica ni a las disposiciones particionales del testador señaladas en cosa determinada (arts. 845 y 846).

Desde el punto de vista subjetivo, el art. 841 se refiere a hijos o descendientes del testador, excluyendo la posibilidad de utilizar los mismos a favor de legitimarios ascendientes³⁰. Parece claro, además, que un tercero ajeno al círculo de legitimarios no puede ser por esta vía adjudicatario de la totalidad de los bienes que componen la herencia, con excepción de los nietos en vida de sus padres, por las mismas razones apuntadas con anterioridad³¹.

Por otro lado, no es necesario que el metálico destinado al pago sea hereditario, lo que se deduce del propio art. 841 cuando contempla la posibilidad de adjudicar «todos los bienes hereditarios» pues si ello se hace con la carga del abono en metálico es porque éste no existe en la herencia. La redacción del art. 1056.2 CC abona esta interpretación al decir expresamente que «no será necesario

²⁹ Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, 97 s.; C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La conmutación de la legítima*, Tecnos, Madrid, 1989, 46 s.; PALAZÓN GARRIDO, *La sucesión por causa de muerte*, 309 s. En contra, C. VATTIER FUENZALIDA, «El pago en metálico de la legítima de los descendientes. Estudio de los arts. 841 y 844 del Código civil», *RDP*, (1983) 465.

³⁰ Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, 91 s. En contra, F. PANTALEÓN, «Comentario a los arts. 841-847 CC», in *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, II, Tecnos, Madrid, 1984, 1430 s.; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La conmutación de la legítima*, 32 s. Esta última autora plantea el supuesto del descendiente soltero (y sin descendencia), hijo de padres divorciados, que es cotitular de una empresa de su familia paterna, constituyendo este negocio la mayor parte de su patrimonio.

³¹ En contra, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La conmutación de la legítima*, 32.

que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario». Por otro lado, a diferencia de lo establecido en el art. 1056.2 CC, en este caso el pago en metálico no se limita a las legítimas de los demás, sino a la «porción hereditaria» que les corresponda. Ello significa que el adjudicatario de los bienes no tiene que ser cuantitativamente mejorado, de manera que será posible la conmutación de una porción superior a la legítima de los demás. La cuestión debe ser ponderada por el testador, que puede distribuir cuantitativamente sus bienes de una manera igualitaria entre sus hijos. Pero desde luego, si no existe mejora efectiva, lo elevado de las cantidades cuyo pago debe afrontar el adjudicatario puede hacerle desistir de continuar adelante con la facultad de conmutación.

2. La adjudicación y de la orden de pago en metálico

Desde el punto de vista particional, parece claro que a través de los arts. 841 y ss. no se evita *ab initio* el nacimiento de la comunidad hereditaria, como sucede en el caso del art. 1056.2. El testador concede a los legitimarios a quien desea atribuir los bienes de la herencia una opción: la de quedarse con los mismos, con la carga de pagar en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios, o bien la de dividir la herencia según las reglas generales sobre la partición. El art. 845 habla de «opción» y el art. 844.2 de «facultad conferida a los hijos y descendientes». Por ello tiene pleno sentido que, si la decisión de pago en metálico no se comunica en el plazo de un año, la facultad se extinga.

Es este el sentido en el que debe entenderse lo dispuesto en el art. 842 CC cuando dice que si alguno de los descendientes que tiene en sus manos tal facultad no quiere hacer uso de ella, entonces se procede a repartir la herencia según las reglas generales. De esta manera, inicialmente surgirá una comunidad hereditaria sobre todos los bienes, y ésta durará hasta el momento en que se haga uso de dicha facultad, en el cual los perceptores del metálico quedarán excluidos de la misma. Esta comunidad se rige, en principio por las reglas generales, aunque ofrece la especialidad de que sólo uno o algunos de los comuneros – los así señalados en el testamento

– tienen en sus manos la posibilidad de hacerla cesar: bien sometiéndose a las reglas de la partición ordinaria, o quedándose con todos los bienes con la carga de abonar el valor de las cuotas que a sus hermanos les hubieran correspondido.

Desde esta perspectiva, los arts. 841 y ss. no parecen una vía adecuada para la transmisión unitaria de una empresa mercantil. En todo caso, siempre cabe la posibilidad de que el designado como adjudicatario notifique inmediatamente la decisión de pago en metálico. A mi juicio, esta comunicación es irrevocable y extingue la opción prevista en el art. 842 CC. Además, produce los siguientes efectos: a) Constituye el *dies a quo* del cómputo del plazo para realizar el pago. b) Impide a los legitimarios acudir al procedimiento para la división de la herencia de los arts. 782 y ss. de la LEC, y reclamar el pago en dinero mientras no transcurra el nuevo plazo de un año, a que se refiere el art. 844. c) Marca el día a partir del cual se pueden solicitar las garantías mobiliarias o inmobiliarias pertinentes. d) Al excluir a los legitimarios de la comunidad hereditaria, transforma su pretensión en una *pars valoris bonorum*, aunque no elimina definitivamente la reserva de *pars bonorum* del art. 806, como se desprende de lo dispuesto en el ap. 2.º del art. 844 CC³².

3. *Facultades del testador, del contador-partidor y del contador-partidor dativo en orden a la conmutación*

De acuerdo con el tenor literal del art. 841 CC quienes pueden adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios, son: el testador, el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, y el contador-partidor dativo a que se refiere el art. 1057 CC. No obstante, dentro de la denominada orden de conmutación cabe distinguir varios actos jurídicos que no se corresponden por igual a los tres sujetos ordenantes. En este sentido, siguiendo a Vallet se pueden

³² Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, 153 s.; A. REAL PÉREZ, *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Civitas, Madrid, 1988, 80 s. Desde otra perspectiva diferente, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La conmutación de la legítima*, 59 s.

distinguir los siguientes: a) Elección del adjudicatario de todos o parte de los bienes hereditarios. b) Distribución de estos bienes en caso de ser varios los adjudicatarios de los mismos. c) Determinación de la justa valoración de la parte que deba pagarse en metálico a los legitimarios que no sean adjudicatarios. d) Formalización de las adjudicaciones³³.

La elección del adjudicatario/s de los bienes sólo puede proceder del testador, ya sea de forma nominativa o señalando las circunstancias que el elegido/s debe reunir, sobre todo porque en cuanto adjudicatario de la totalidad de los bienes que componen la herencia debe ser considerado como heredero, y los perceptores del metálico como simples legatarios de cantidad. De permitirse la elección al contador-partidor se entraría de lleno dentro de la prohibición del art. 670 CC³⁴. El contador-partidor, sea testamentario o dativo, lo que sí podrá hacer es valorar la porción pagadera en dinero y formalizar las correspondientes adjudicaciones.

³³ Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XI, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1982, 497.

³⁴ Cfr. con diferentes argumentos, VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil*, XI, 497 s.; DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, 130 s.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La conmutación de la legítima*, 49 s.; PALAZÓN GARRIDO, *La sucesión por causa de muerte*, 314 s.; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones*, II-1.º, 434 s.; BERMEJO PUMAR, «La legítima (función y estructural)», 479 s. En contra, considerando que el contador-partidor puede elegir al adjudicatario de los bienes, PANTALEÓN, «Comentario a los arts. 841-847 CC», 1426 s., seguido por M. CARBALLO FIDALGO, *Las facultades del contador-partidor testamentario*, Civitas, Madrid, 1999, 200 s.

A mi juicio, la única salvedad en cuanto a la posibilidad de designar adjudicatario de los bienes puede aparecer en el caso de que se delegue en el cónyuge la facultad de mejorar sobre la base de lo dispuesto en el art. 831.1 CC. Como analizaré al final de este trabajo, la redacción dada a este precepto por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, es ahora mucho más permisiva, teniendo en cuenta que se puede conferir al cónyuge la facultad de realizar «mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar».

4. Liquidación de las cantidades a pagar

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 847 CC, a los efectos de fijar la suma que haya de pagarse a los hijos o descendientes, se debe atender al valor que tengan los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos y rentas producidos hasta entonces. Aunque, a partir de la notificación de la voluntad de conmutación, los descendientes no favorecidos con los bienes quedan excluidos de la comunidad hereditaria, ello no es obstáculo para que el importe adeudado se refiera a un valor variable: el que tengan los bienes en el momento de liquidación. Desde esta perspectiva, la cantidad debida a los legitimarios se puede configurar como una deuda de valor. No obstante, una vez que se liquiden las cantidades correspondientes, pasa a ser una deuda de cantidad de dinero, sometida al principio nominalista, por lo que el inciso final del art. 847 establece con buen criterio que, desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal.

En orden a la fijación definitiva de las cantidades a pagar, el art. 843 CC, tras la modificación operada en el mismo por Ley 15/2015 dispone ahora que «salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación por el Secretario Judicial o Notario». De acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional primera de la LO 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la actualidad debe entenderse que todas las referencias que se hacen en la legislación hipotecaria y en las leyes procesales a los «Secretarios judiciales», se realizan a los que han pasado a denominarse «Letrados de la Administración de Justicia». Aunque el art. 843 CC se refiere a la partición, lo que se exige en el mismo es un acuerdo en cuanto a la liquidación de las cantidades a pagar que, de no conseguirse, debe ser suplido por la aprobación judicial; pero no en cuanto a la elección del medio de pago, que sólo compete a los herederos adjudicatarios, sino respecto a las valoraciones que se realicen de las cuotas a pagar. La

disconformidad con la conmutación ordenada es sólo disponible, conforme al art. 842, por cualquiera de los adjudicatarios, en el sentido de poder exigir que se proceda a partir la herencia según las reglas generales, pero no por los demás legitimarios no favorecidos con los bienes. No obstante, cuando las operaciones liquidatorias son realizadas por un contador-partidor, la aprobación a que se refiere el art. 843 CC deja de tener sentido. A mi juicio, cuando el testador nombra a un contador-partidor y lo inviste de las facultades previstas en el art. 841, lo que pretende es evitar los conflictos que en las valoraciones puedan surgir entre los hijos o descendientes. Si se interpretara que las operaciones liquidatorias realizadas por aquél necesitan la confirmación de todos los legitimarios o, ante la falta de acuerdo entre éstos, la aprobación judicial, se estaría en realidad restando toda virtualidad práctica a la función de contador-partidor, que carecería entonces de utilidad. Lo mismo debe mantenerse en los casos de contador-partidor dativo³⁵.

Sin embargo, el criterio del legislador es imponer en tales casos la aprobación por el Letrado de la Administración de Justicia o por el Notario. Cuando la aprobación la hace el Notario, el art. 661.d) LN dispone que el Notario autorizará escritura pública « Para la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios». En tales casos es competente el Notario que tenga su residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También se podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente.

³⁵ Cfr. M. DE LA CÁMARA, «El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la Ley de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 11 (1983) 159 s.; PANTALEÓN, «Comentario a los arts. 841-847 CC», 1436 s.; DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, 182 s.; PALAZÓN GARRIDO, *La sucesión por causa de muerte*, 318 s. En contra, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La conmutación de la legítima*, 74 s.

A mi juicio, la aprobación del Letrado de la Administración de Justicia o del Notario, solo va referida a la valoración de las cantidades a pagar, y no a los requisitos de aplicación de los arts. 841 y ss.³⁶

5. *Pago en metálico y consecuencias del impago*

A partir del momento de la comunicación de la decisión de pago en metálico, según el art. 844 CC los beneficiarios de los bienes disponen del plazo de un año para verificar el pago, salvo pacto en contrario. No existe ningún problema para pactar plazos diferentes con unos y otros perceptores del metálico, solución que puede redundar en beneficio de todos los interesados, al permitir con mayor facilidad la obtención del metálico y su entrega en términos diferentes. En cualquier caso, parece criticable que el plazo subsidiario sea sólo de un año, lo que contrasta con el plazo de cinco años que recoge ahora el art. 1056.2 CC, bien es verdad que computados desde el momento de la apertura de la sucesión.

Aparte de las garantías que pueden solicitar los futuros perceptores del metálico para garantizar la efectividad de su derecho³⁷, resulta fundamental detenerse en las consecuencias del impago dentro del plazo correspondiente. Según el ap. 2.º del art. 844, en este caso se debe proceder a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición. Desde la perspectiva de mantener indiviso un patrimonio, este resultado choca con la voluntad del testador, pero no cabe duda de que es la consecuencia necesaria del impago, tanto en este supuesto como en el previsto en el art. 1056.2 CC. Como mal menor, si consideramos a la empresa como un bien

³⁶ En contra, considerando que el Notario debe realizar una comprobación exhaustiva de los presupuestos de aplicación de los arts. 841 y ss. del CC, C. PÉREZ RAMOS, «Aprobación del pago en metálico de la legítima salvo confirmación expresa de todos los hijos y descendientes», in C. P. BARRIO DEL OLMO, coord., *Jurisdicción voluntaria notarial. Estudio práctico de los nuevos expedientes en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley Hipotecaria y Ley de Navegación Marítima*, Thomson Reuters – Aranzadi, Madrid, 2015, 639 s.

³⁷ Sobre el tema, ampliamente, DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, 194 s.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La conmutación de la legítima*, 97 s.; PALAZÓN GARRIDO, *La sucesión por causa de muerte*, 324 s.; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones*, II-1.º, 446 s.; BERMEJO PUMAR, «La legítima (función y estructural)», 495 s.

jurídicamente indivisible, o que desmerece mucho por su división, cabría acudir a la solución prevista en el art. 1062 CC. De acuerdo con este precepto, podría adjudicarse la explotación a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, aunque basta que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga³⁸.

6. Posibilidad de realizar una interpretación extensiva de la solución adoptada por los arts. 841 y ss.

Teniendo en cuenta que en los arts. 841 y ss. se prescinde del requisito de la indivisibilidad o incómoda división de los bienes que componen la herencia, sí que es posible utilizar estos preceptos para solucionar otros problemas conexos, que servirán para ayudarnos a solventar algunas de las vicisitudes que puede plantear la transmisión unitaria del patrimonio empresarial. El dato de que no se exija el presupuesto objetivo de la indivisibilidad de los bienes para que pueda tener lugar el pago de las legítimas en metálico, permite extraer la conclusión de que lo que realmente le interesa al legislador es que el legitimario reciba, no bienes *in natura*, sino un valor, referido al que tendrán esos mismos bienes, de los que el dinero no es más que un sustituto. En este sentido, en cuanto a la posibilidad de interpretar extensivamente la facultad de pago en metálico de la legítima de los descendientes, parece que podrá admitirse siempre y cuando exista una previsión del testador al efecto, y los bienes se queden en manos de, por lo menos, uno de los descendientes.

Si se respetan estos dos límites, cabrá dicha interpretación extensiva en los casos de reducción de disposiciones inoficiosas, ya sean legados o donaciones. Desde esta perspectiva, es conveniente que el testador determine si, en caso de ejercicio de estas acciones, su voluntad es que los bienes permanezcan en manos del legatario o donatario que sea legitimario, debiendo éste pagar en metálico la medida de la inoficiosidad a quien reclama. Por esta vía, siempre y cuando exista una previsión testamentaria al efecto, en vida del causante se podría proceder a la atribución de los elementos que

³⁸ Cfr. PALAZÓN GARRIDO, *La sucesión por causa de muerte*, 428 s.

conforman el patrimonio empresarial a través de donaciones al legitimario elegido como continuador de la explotación. La previsión testamentaria tendría un resultado claro: si en el momento de la apertura de la sucesión, tales donaciones, o una parte de las mismas, son inoficiosas con arreglo a lo establecido en el art. 818 CC, la reducción no tendría que hacerse *in natura* atomizando el patrimonio empresarial, sino que se permitiría al donatario quedarse con la totalidad de los bienes, satisfaciendo en metálico la medida de la inoficiosidad.

V. Fallecimiento del empresario con hijos menores: el artículo 831 del Código Civil

Al problema de las legítimas de los descendientes, debe añadirse el que se plantea cuando el empresario fallece, y sus hijos son menores de edad. Incluso siendo, mayores de edad, puede fallecer sin conocer cuál de ellos tiene mejores aptitudes para continuar con la empresa. El CC español regula en el art. 831 la delegación de la facultad de mejorar (en sentido amplio) en el cónyuge viudo, lo que puede facilitar las cosas en la práctica. A través de este precepto se permite al cónyuge viudo canalizar los bienes de la herencia, vía mejora, al hijo que mejor responda a las expectativas que permitan la continuación de la empresa.

En este sentido se prevé la delegación en testamento de facultades al cónyuge para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar. Se le puede señalar al efecto un plazo y, en caso contrario, dispone de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes. Mientras no se haga uso de esta delegación, corresponde al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes a los que afecte.

El favorecido con la delegación es quien sea cónyuge en el momento del encargo, aunque no mantenga esta condición cuando

se ejercite la facultad, salvo que el testador haya dispuesto lo contrario. Pero también puede serlo la persona con la que el comitente tenga descendencia común, aún cuando nunca hubieran estado casados, o ni siquiera hubieran convivido de hecho³⁹. Los sujetos favorecidos con la delegación, son los hijos y descendientes comunes a delegante y delegado, sin que sea obstáculo alguno la existencia de otros descendientes del causante que no lo sean del cónyuge supérstite.

³⁹ Cfr. M. P. GARCÍA RUBIO, «Comentario al art. 831», in A. DOMÍNGUEZ LUELMO, dir., *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, 950.

LE COFINANCEMENT DES PME PAR LES FONDS STRUCTURELS EUROPÉENS*



Philippe Icard

Centre de Recherche et d'Étude en Droit et Science Politique (CREDESPO)
Université de Bourgogne

The co-financing of SMEs by the european structural funds

Abstract: Small and medium-sized enterprises (SMEs) are attracting increasing interest from European institutions. Indeed, the period is marked by an economic mutation generating waves of unemployment. However, these SMEs represent about 98% of EU companies, create jobs and are considered innovative. Their contribution to employment is remarkable, as in 2012, according to Eurostat figures, more than two thirds (67.1%) of the workforce in the non-financial market economy of the European Union worked in an SME. Sectorally,

* Texto elaborado para esta publicação, considerando a impossibilidade de comparência do Autor no congresso.

23.4 million people are involved in the commercial sector, 17.8 million in manufacturing and 11.1 million in construction. The European Union has therefore decided to focus its efforts on leveraging the economy of the EU-28, SMEs. The envisaged angle of this funding is innovation and research considered “the essential engines of socio-economic prosperity and sustainable development”. However, besides this actual will many issues are raised. Indeed, the first of them relates to the reduction of the heterogeneity of the structures hiding behind the banner of SMEs. In addition, corporate cultures are very varied among the 28 countries. Secondly, access to this funding is complex, the files are heavy, the conditions to be fulfilled difficult to gather. As a result, these companies often refrain from soliciting this type of financing for lack of know-how and sometimes even ignorance of their existence. The aim is for the European Union to raise awareness of the types of funding available. The discourse on the need to rely on the fabric of SMEs in order to boost growth can no longer suffice. At European level, it is up to these SMEs to benefit from the benefits of European integration.

Keywords: access to finance; aids; co-financing; competitiveness; control; economic growth effectiveness; efficiency; environment; European Commission; European Union; evaluation; Financial Framework; financial instruments; financing; innovations; internationalization; jobs; loans; medium-sized companies; mounting of files; new technologies; partnership; programs; regions; research; small companies; states; strategy; structural funds.

Longtemps les oubliées du droit de l’Union européenne, les Petites et moyennes entreprises (PME) croisent aujourd’hui un regard attendri des instances européennes. En effet, la période est marquée par une mutation économique engendrant des vagues de chômage. Or, ces PME représentent environ 98% des entreprises de l’UE, génèrent des emplois et sont considérées comme innovantes¹. Leur contribution à l’emploi est remarquable puisqu’en 2012, selon les chiffres

¹ Guide de la Commission européenne, «La nouvelle définition des PME : guide de l’utilisateur et modèle de déclaration », office de publication de l’Union européenne, série : entreprises et industries, 2008, 52 p.

d'Eurostat plus des deux tiers (67,1 %) de la main-d'œuvre présente dans l'économie marchande non financière de l'Union européenne travaillaient dans une PME. Sur le plan sectoriel, 23,4 millions de personnes interviennent dans le domaine commercial, 17,8 millions dans l'industrie manufacturière et 11,1 millions dans la construction. Mais, la difficulté réside dans la capacité pour le droit de définir ce qu'est une PME.

Il n'offre pas une définition unique en raison même de l'hétérogénéité de la catégorie. La technique souvent utilisée demeure celle des critères, mais là encore certains mettent l'accent sur la dimension quantitative, notamment le nombre de salariés, le chiffre d'affaires, d'autres soulignent l'aspect qualitatif comme la personnalisation de la gestion, le type de management. En réalité, il est difficile de trouver une définition faisant l'unanimité des observateurs².

Le droit de l'Union européenne fournit une définition de la PME par le croisement de plusieurs critères. Le premier vise le nombre de salariés dont le chiffre plafond est de 250 salariés³. Le

² Pour des tentatives de définitions, voir notamment : Robert Witterwulche, « *La PME : une entreprise humaine* », éd. De Broeck, universitaire, Bruxelles, 1998 ou encore David, J. Storey, « *Understanding the small business sector* », Londres, International, Thomson Business Press, 1994 ; Gilles Lecointre et Patrick Haim, « *Le grand livre de l'économie des PME* », Paris, éd. Gualino, Lextenso, 2014.

³ La catégorie des PME est elle-même divisée en trois types d'entreprises : les micro entreprises moins de 10 salariés ; les petites entreprises entre 10 à 49 et les moyennes entreprises de 50 à 250. Le critère du nombre de personnes occupées (ci-après dénommé «critère de l'effectif») reste certainement l'un des plus significatifs et doit s'imposer comme critère principal, mais l'introduction d'un critère financier est un complément nécessaire pour appréhender la véritable importance d'une entreprise, ses performances et sa situation par rapport à la concurrence. Il ne serait pas souhaitable pour autant de retenir comme seul critère financier celui du chiffre d'affaires, notamment parce que le chiffre d'affaires des entreprises du commerce et de la distribution est par nature plus élevé que celui du secteur manufacturier. Le critère du chiffre d'affaires doit donc être combiné avec celui du total du bilan qui reflète l'ensemble de la richesse d'une entreprise, l'un des deux critères pouvant être dépassé.

Selon l'article 5 de l'annexe de la recommandation de la Commission, 6 mai 2003, concernant la définition des micros, petites et moyennes entreprises, (JOUE, L124, 20 mai 2003, p. 36), l'effectif correspond au nombre d'unités de travail par année (UTA), c'est-à-dire au nombre de personnes ayant travaillé dans l'entreprise considérée ou pour le compte de

second est fondé sur le chiffre d'affaires qui ne doit pas dépasser 50 millions d'euros⁴. Enfin, est également retenu le bilan fixé à 43 millions d'euros. Un dépassement de seuil ne produit des effets qu'après deux années consécutives.

Ce dispositif juridique est repris en France dans le décret du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique⁵. Sur la base de ces critères, entrer

cette entreprise à temps plein pendant toute l'année considérée. Le travail des personnes n'ayant pas travaillé toute l'année, ou ayant travaillé à temps partiel, quelle que soit sa durée, ou le travail saisonnier, est compté comme fractions d'UTA. L'effectif est composé:

- a) des salariés;
- b) des personnes travaillant pour cette entreprise, ayant un lien de subordination avec elle et assimilées à des salariés au regard du droit national;
- c) des propriétaires exploitants;
- d) des associés exerçant une activité régulière dans l'entreprise et bénéficiant d'avantages financiers de la part de l'entreprise.

Les apprentis ou étudiants en formation professionnelle bénéficiant d'un contrat d'apprentissage ou de formation professionnelle ne sont pas comptabilisés dans l'effectif. La durée des congés de maternité ou congés parentaux n'est pas comptabilisée.

⁴ Recommandation de la Commission de l'Union européenne (C-2003/1422) du 6 mai 2003 concernant la définition de la micro, petites et moyennes entreprises, JOUE, L124, 25 mai 2003, p. 36.

⁵ Décret 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique :

Article 2 «Les données retenues pour déterminer la catégorie d'entreprise au sein de laquelle une entreprise doit être affectée pour les besoins de l'analyse statistique et économique sont celles afférentes au dernier exercice comptable clôturé et sont calculées sur une base annuelle. Elles sont prises en compte à partir de la date de clôture des comptes et se conforment aux définitions suivantes : l'effectif correspond au nombre d'unités de travail par année (UTA), c'est-à-dire au nombre de personnes ayant travaillé dans l'entreprise considérée ou pour le compte de cette entreprise à temps plein pendant toute l'année considérée. Le travail des personnes n'ayant pas travaillé toute l'année, ou ayant travaillé à temps partiel, quelle que soit sa durée, ou le travail saisonnier, est compté comme fractions d'UTA; le chiffre d'affaires retenu est calculé hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et hors autres droits ou taxes indirects, pour le montant des facturations effectuées à l'endroit de personnes physiques et de personnes morales extérieures au périmètre de définition de l'entreprise, au sens de l'article 1^{er} du présent décret, le total de bilan est considéré pour sa valeur consolidée au sein du périmètre de définition de l'entreprise, au sens de l'article 1^{er} du

dans la catégorie suppose d'apporter des réponses à des situations parfois complexes concernant l'organisation économique et structurelle de l'entreprise. En effet, les entreprises en question peuvent détenir des participations dans d'autres sociétés ou à l'inverse être détenues par d'autres. Aussi, le droit introduit d'autres notions comme les entreprises partenaires, liées ou autonomes susceptibles de fournir quelques précisions. Ainsi, est considérée comme partenaire une entreprise qui détient entre 25 et 50 % du capital de l'autre. La qualification d'entreprise « liée » est possible lorsqu'une entreprise détient la majorité des droits de vote dans l'autre. Dans ce cas, l'intégralité des données de cette entreprise s'ajoute à celles de l'entreprise liée. Enfin, l'autonomie est consacrée à la suite de la réunion de trois conditions : l'absence de participation de plus de 25% dans une autre entreprise, la non détention par une autre entreprise de plus de 25 % de son capital par une autre entreprise ou par un organisme public ou encore conjointement par plusieurs entreprises liées ou organismes publics, le non établissement de comptes consolidés ou repris dans des entreprises qui établissent des comptes consolidés⁶. Le degré d'autonomie constitue un critère essentiel afin de déterminer la qualification juridique de l'entreprise. Le croisement de ces différents critères permet de construire une catégorie « les PME » même si le contenu demeure volatile car la situation ne saurait être figée.

A partir de cette base permettant d'identifier la PME, il

présent décret », JORF, 20 décembre 2008, p. 19544. Décret d'application de la loi n° 2008-76 du août 2008 de modernisation de l'économie, JORF, 5 août 2008, p. 12471. V. notamment l'article 51 « Pour les besoins de l'analyse statistique et économique, les entreprises peuvent être distinguées selon les quatre catégories suivantes : les microentreprises ; les petites et moyennes entreprises ; les entreprises de taille intermédiaire ; les grandes entreprises. Un décret précise les critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise. »

⁶ Ces seuils de 25 % peuvent toutefois être dépassés si l'entreprise est détenue par des universités, centres de recherche, investisseurs institutionnels. Il en est de même si l'entreprise est détenue par des sociétés publiques de participation, des sociétés de capital à risque, des personnes physiques ou groupes de personnes physiques ayant une activité régulière d'investissement en capital risque qui investissent des fonds propres dans des entreprises non cotées en bourse, mais à condition que le total de l'investissement dans une même entreprise ne dépasse pas 1 250 000 euros.

revient ensuite de recenser les problèmes spécifiques rencontrés par ce type de structures. Dans cette recherche, il ressort que la PME connaît de nombreux obstacles pour se financer. Or, selon son stade de développement, elle a besoin d'obtenir des financements afin de prospérer, d'évoluer, ou d'améliorer ses prestations.

L'UE a donc décidé d'intervenir sur cet aspect en proposant des cofinancements dont peuvent bénéficier spécifiquement les PME⁷.

Plusieurs sources de financement sont possibles en fonction de la nature de l'activité envisagée et des programmes européens sollicités. L'Union européenne par le biais de la Commission souhaite pour la période 2014 – 2020 aider les PME considérées comme la base du tissu économique de l'ensemble des Etats membres. Cette politique spécifique se dessine dès 2011 lorsque la Commission met en place le 7 décembre un plan d'action en faveur des PME avec comme objectif d'apporter un soutien aux 23 millions de PME implantées sur le territoire de l'Union européenne⁸. Deux sources de financement sont alors proposées, soit directement par l'UE sous la forme d'un appel à projet, soit indirectement via des structures nationales ou locales. L'idée est de permettre à ce type d'entreprises «*d'améliorer leur environnement*» et d'«*exploiter leur potentiels*»⁹. Pour atteindre cet objectif 4 programmes sont envisagés :

⁷ Rapport, Grégoire Chertok, Pierre Alain de Malleray et Philippe Pouletty, « Le financement des PME », La documentation Française, 2009, Paris, 159 p.

⁸ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité des régions et au Comité économique et social européen relatif à un plan d'action pour faciliter l'accès des PME au financement, Sec (2011) 1527 final.

⁹ Ibid., p. 1.

Cosme¹⁰, Horizon 2020¹¹, les fonds structurels et le plan Juncker¹².

L'Union européenne a donc décidé de porter son effort sur un levier de l'économie de l'Europe des 28¹³, les PME. L'angle envisagé de ce financement est l'innovation et la recherche considérées comme « les moteurs essentiels de la prospérité socio-économique et du développement durable ».¹⁴ Toutefois, à côté de cette volonté réelle de nombreuses questions sont soulevées. En effet, la première d'entre elles est relative à la réduction de l'hétérogénéité des structures se cachant derrière la bannière de PME. Selon les Etats membres, les éléments constituant la catégorie présentent des caractéristiques fort différentes. Par ailleurs, les cultures d'entreprise sont très variées entre les 28 pays. Ensuite, l'accès à ces financements est complexe, les dossiers sont lourds, les conditions à remplir difficiles à réunir. Aussi, ces entreprises renoncent souvent à solliciter ce type de financement par manque de savoir faire et parfois même par méconnaissance de leur existence. Il s'agit pour l'Union européenne de mieux faire connaître les types de financements accessibles. Le discours sur la nécessité de s'appuyer sur le tissu des PME afin de relancer la croissance ne peut plus suffire. Il revient, à l'échelle européenne, de permettre à ces PME de véritablement bénéficier des apports de l'intégration européenne.

¹⁰ Complémentaire à Horizon 2020, le programme pour la compétitivité des entreprises et les P.M.E., COSME, a pour objectif de renforcer la compétitivité et le développement durable des entreprises européennes.

¹¹ Le programme «horizon 2020 regroupe en son sein dans un même instrument l'ensemble des actions innovantes concernant le secteur entrepreneurial avec une volonté de rationaliser les financements. Dans ce cadre un instrument financier est consacré aux PME dont l'objectif vise à aider les PME innovantes à mettre en œuvre leurs projets et à s'internationaliser. La Commission européenne a ouvert le 26 novembre 2015 l'appel à propositions de l'instrument P.M.E. 2016. Il sera doté d'un budget de 33 millions d'euros pour les candidatures de l'année 2016.

¹² Proposition présentée par la président de la Commission de l'Union européenne fin 2014 et qui donna lieu à la création en 2015 d'un Fonds européen d'investissement stratégique dont les entreprises sont destinataires et en particulier les PME.

¹³ Le vote positif du retrait du Royaume-Uni n'est pas prise en compte ici dans la mesure où la procédure de désengagement n'est n'a pas encore débutée.

¹⁴ Livre vert de la Commission de l'Union européenne, «Quand les défis deviennent des chances: vers un cadre stratégique commun pour le financement de la recherche et de l'innovation dans l'UE », Bruxelles, 15 février 2011, COM (2011) 48 final/2.

Cette cible PME, redoutable à cerner en raison de sa diversité, présente également entre les pays des différences marquées tant sur le plan de données objectives comme le nombre de salariés, les parts de marchés détenues, les types de produits fabriqués ou la nature des services proposée que sur la base de critères plus subjectifs comme les types de gestion des personnels, l'organisation des services ou encore la personnalisation de la gestion. Dès lors, il est délicat de mener une politique commune susceptible de satisfaire toutes les demandes des Etats membres. En effet, les PME en Allemagne, par exemple, sont des structures dont le nombre de salariés dépasse très souvent 200, alors qu'en France, elles sont majoritairement en dessous de 30 salariés¹⁵. Il est évident que l'on ne doit pas traiter de la même façon ces entreprises destinataires des cofinancements de l'Union européenne. C'est pourquoi, une première distinction s'opère entre les micros entreprises et les autres PME¹⁶. Cette volonté de distinguer en fonction des types de PME constitue une bonne orientation à condition toutefois que les démarches pour bénéficier des financements ne soient pas trop pesantes pour les très petites entreprises sous peine de voir ces mesures dépourvues d'efficacité.

L'ensemble de ces paramètres rend la situation particulièrement complexe pour organiser des cofinancements européens en faveur des PME (I) nécessitant une panoplie d'actions d'accompagnements susceptible de les rendre plus accessibles et efficaces (II).

¹⁵ Rapport bpi France de l'observatoire des PME, Rapport 2014 sur l'évolution des PME, 232 p.

¹⁶ Recommandation de la Commission, 6 mai 2003, concernant la définition des micros, petites et moyennes entreprises, précitée, notamment, le point 4 précise « Le critère du nombre de personnes occupées (ci-après dénommé « critère de l'effectif ») reste certainement l'un des plus significatifs et doit s'imposer comme critère principal, mais l'introduction d'un critère financier est un complément nécessaire pour appréhender la véritable importance d'une entreprise, ses performances et sa situation par rapport à la concurrence. Il ne serait pas souhaitable pour autant de retenir comme seul critère financier celui du chiffre d'affaires, notamment parce que le chiffre d'affaires des entreprises du commerce et de la distribution est par nature plus élevé que celui du secteur manufacturier. Le critère du chiffre d'affaires doit donc être combiné avec celui du total du bilan qui reflète l'ensemble de la richesse d'une entreprise, l'un des deux critères pouvant être dépassé. »

I. Une situation complexe des financements européens pour les PME

L'Union européenne depuis plus d'une dizaine d'années met en place des programmes spécifiques pour favoriser l'environnement économique et financier des PME. Plusieurs axes sont envisagés visant à la fois des aides relatives à la restructuration de ces entreprises, à orienter leurs choix notamment vers la recherche et l'innovation et enfin pour faciliter leur accession aux marchés financiers. En effet, l'objectif est à la fois d'agir directement par des formes d'aides à conditions de respecter les principes de la libre concurrence en économie de marché et de créer dans un contexte économique difficile une meilleure prise en compte des besoins spécifiques de ce type d'entreprises. Aussi, l'Union européenne offre une série de cofinancements issue d'une batterie de programmes.

Le soutien aux PME passe par diverses initiatives de nature à favoriser le rôle économique et social des PME. Dans ce contexte, l'UE peut aider directement ces entreprises par des financements directs comme la participation à un projet d'amélioration de l'organisation interne de la structure ou encore à une action de valorisation des produits ou des services ou à des projets innovants. Elle a également la possibilité de proposer sa contribution plus indirecte comme faciliter l'accès des PME au marché financier par le biais d'instruments techniques comme la mise en place de caution pour obtenir des prêts ou de services intermédiaires. En réalité, trois catégories d'aides peuvent être distinguées : Les financements thématiques (A), les instruments financiers (B) et l'accompagnement à l'internationalisation (C).

A. *Les financements thématiques*

Il s'agit pour l'UE d'apporter des soutiens liés à des objectifs spécifiques s'inscrivant dans un thème comme la recherche et le développement, l'environnement ou encore l'éducation.

Dans son livre vert relatif au financement de la recherche et de l'innovation, la Commission européenne consacre un titre

entier sur «améliorer la compétitivité» et un paragraphe spécifique relatif aux PME. A cette occasion, elle précise «qu'une approche renforcée à l'égard des PME pourrait tirer profit de l'expérience acquise dans le cadre des actions actuelles en faveur des PME, en tenant compte des besoins d'innovation et de croissance des différents types de PME et du fait qu'un soutien à l'échelon régional, notamment par les fonds de la politique de cohésion, est la manière la plus efficace de répondre aux besoins de nombreuses PME »¹⁷. Cette prise de conscience d'agir spécifiquement en faveur des PME afin de favoriser leur développement trouve véritablement une traduction avec le programme « Horizon 2020 ». Aussi, le budget de la recherche dans le cadre financier pluriannuel (CFP) bénéficie d'une forte augmentation dont sont destinataires les PME. Sur cette base, l'Union européenne décide de proposer une série d'actions en faveur des PME. Ainsi, plusieurs types de cofinancements sont aujourd'hui proposés. Parmi eux, l'aide aux PME innovantes où est débloquée une enveloppe de 8 milliards d'euros sur 7 ans. En effet, l'innovation devient un facteur clé du développement, d'où la nécessité d'aider financièrement les PME pour atteindre cet objectif¹⁸.

Dès 2007, avait été mis en place un programme d'initiative communautaire (PIC)¹⁹ susceptible d'aider les PME innovantes.

Le programme Horizon 2020 accentue cette stratégie en mettant l'accent sur la recherche et le développement. Il est doté de près de 80 milliards d'euros sur la période 2014-2020, dont 8,9 Md € dédiés aux PME. Il a pour but le soutien des projets tout au long de la chaîne de l'innovation, depuis la première idée de recherche fondamentale

¹⁷ Livre vert précité, p. 11.

¹⁸ Annie Geai, «Libérer la croissance des PME par l'innovation», *Vie & Science de l'entreprise*, 2007/3, (n° 176-177), p. 173-180.

¹⁹ Les programmes d'initiative communautaire servent à répondre à une difficulté rencontrée dans un domaine spécifique à l'échelle du territoire de l'Union européenne comme ce fut le cas en matière de coopération transfrontière entre les régions avec le programme INTERREG ou encore afin d'améliorer la situation des habitants des quartiers considérés comme défavorisés des grandes villes avec le programme URBAN. Ils sont financés par les fonds structurels européens : FEDER, FSE. Pour la période 2007 à 2013 un programme-cadre pour l'innovation et la compétitivité fut proposé comprenant deux axes : le programme pour l'innovation et l'esprit d'entreprise et le programme d'appui stratégique en matière de technologie de l'information et de la communication (TIC). 728 millions d'euros furent alloués.

jusqu'au nouveau produit, service ou procédé pour le marché et la société. Il contribue à réaliser l'espace européen de recherche ainsi qu'à mettre en œuvre la Stratégie Europe 2020 et son initiative phare Union pour l'innovation. Il s'agit de stimuler la croissance et la création d'emplois, en rendant l'économie européenne plus compétitive grâce à des innovations. Horizon 2020 finance essentiellement des projets collaboratifs de recherche et d'innovation. Les bénéficiaires sont sélectionnés sur la base d'appels à propositions annuels pour la plus grande partie du programme. Le programme Horizon 2020 se décline en trois piliers complémentaires : L'excellence scientifique, la primauté industrielle et les défis sociétaux.

Dès lors, il est proposé aux PME de concourir à des financements portant sur des idées novatrices dans le cadre d'horizon 2020 dont le seul critère sélectif est l'excellence. Il s'agit d'attirer des « cerveaux » en Europe ou encore d'organiser des collaborations ayant pour objet principal des échanges entre les scientifiques d'où une volonté d'association entre les entreprises et les universités. Les PME qui s'associent à ce mouvement peuvent prétendre à des financements de l'UE²⁰. C'est pourquoi l'UE dégage une enveloppe budgétaire spécifique pour la « recherche au profit des PME ». Le but consiste à « renforcer les capacité d'innovations des PME européennes et leur contribution au développement de produits et de marchés basés sur de nouvelle technologies »²¹. Ce cofinancement de l'UE doit, en principe, servir de catalyseur pour attirer des capitaux privés. En effet, l'UE ne finance jamais intégralement un projet, la PME doit trouver d'autres partenaires prouvant ainsi

²⁰ Par exemple un programme d'Eco-innovation

Objectif: Construction d'une installation pilote intégrant des processus innovateurs de recyclage des métaux avec un potentiel significatif de reproduction dans le secteur de l'ingénierie de surface.

Résultats: système de récupération des métaux Atouts: Processus innovant et recyclage (industrie des métaux)

Consortium formé de manière complémentaire

1 PME française (finition de métaux) 2 PME anglaises (traitement des eaux, usine et équipement environnementaux) 2 fournisseurs de technologie (anglais et espagnol) 1 fédération professionnelle

Durée du projet: 3 ans Coût du projet: 1,2 Million d'EUR Subvention européenne: 720 000 EUR (60% du coût du projet).

²¹ Programme-cadre de recherche et développement technologique, environ 3 milliards d'euros sont prévus.

l'intérêt de son activité. C'est pourquoi, des coopérations sont encouragées avec les universités, d'autres entreprises, des collectivités et des établissements publics.

Par ailleurs, dans le 7^{ème} programme cadre de recherche et de développement technologique, les PME peuvent obtenir des financements en s'inscrivant dans 4 thèmes spécifiques : « Coopérations », « Idées », « personnes » et « Capacités ». En réalité, l'UE incite les PME à participer à l'un des axes forts défendus par l'UE, la recherche & développement comme source de croissance économique. C'est pourquoi, sont débloquées des aides afin que les PME s'inscrivent dans des projets de recherche en coopération comme ceux relatifs aux initiatives technologiques conjointes²².

Ce thème de l'innovation est repris dans le plan dit « Junker » qui prévoit une action en faveur des PME innovantes se traduisant par des prêts financés²³ grâce à la garantie du Fonds européen d'investissement²⁴.

Pour la France, les nouveaux prêts s'intitulent « Innovation » et « Amorçage Investissement ». Ils sont proposés par Bpifrance²⁵.

²² Joint technology initiatives – JTIs. 7 initiatives furent proposées en 2014 : en matière ferroviaire, les nouveaux systèmes de gestion du trafic aérien, les bio-industries, Hydrogène et piles à combustibles, aéronautique, électronique, médicaments innovants.

²³ Il est prévu une enveloppe de 440 millions d'euros pour la France.

²⁴ Le Fonds européen d'investissement, créé en 1994, est la filiale de la Banque européenne d'investissement (BEI) spécialisée dans l'amélioration de la croissance économique et la réduction du chômage dans l'UE. Le FEI soutient notamment les PME par l'apport de fonds propres à des fonds de capital à risque ou par des accords avec les banques finançant des PME.

²⁵ Il s'agit d'un organisme français de financement et de développement des entreprises. Elle regroupe Oséo, Caisse des Dépôts et Consignations (CDC) Entreprises, le Fonds stratégique d'investissement (FSI) et le FSI Régions. Ce dernier est une filiale de CDC Entreprises et d'OSEO spécialisée dans le financement en fonds propres et quasi-fonds propres des PME de croissance. Elle a également pour rôle d'accompagner les PME et de les orienter dans leur recherche de financement. FSI Régions est présent sur tout le territoire français avec 14 implantations régionales. Le FSI est créé par l'Etat français le 19 décembre 2008, il s'agit d'un fonds souverain intégré à Bpifrance en juillet 2013. L'OSEO est un établissement public national à caractère industriel et commercial, doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière créée par l'ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 relative à la création de l'établissement public OSEO et à la transformation de l'établissement public Agence nationale de valorisation de la

Il s'agit de satisfaire à deux types de besoins des PME innovantes.

Le premier vise le lancement industriel et la mise sur le marché d'innovations issues des PME. La somme susceptible d'être empruntée peut s'élever à 5 millions d'euros pour Prêt Innovation (PI). Cet instrument financier, doté de 320 millions d'euros est garanti à hauteur de 50 % par le FEI.

Le second a pour but de renforcer la structure financière des jeunes entreprises qui réalisent une levée de fonds auprès d'investisseurs avisés. Ce prêt permet de les accompagner dans leur développement en leur apportant un financement complémentaire jusqu'à 500 000 euros pour le Prêt Amorçage Investissement (PAI). Il est doté d'une capacité de financement de 100 millions d'euros et garanti à hauteur de 40 % par le FEI.

Parmi les autres projets retenus par le FEI et la BEI, figurent des investissements dans le domaine de la recherche sur les soins de santé en Espagne, l'agrandissement d'un aéroport en Croatie, la construction de 14 nouveaux centres de santé en Irlande et l'appui à l'innovation industrielle.

A côté de ce premier thème très largement soutenu financièrement par l'UE, un autre domaine offre également des perspectives de financements partiels, l'environnement, l'énergie et le transport. Le plus connu des programmes est sans doute Life²⁶ contribuant à financer trois volets spécifiques : Nature et biodiversité, politique de l'environnement et gouvernance et information et communication²⁷. Les PME sont associées comme structures

recherche en société anonyme.

²⁶ Règlement (UE) n° 1293/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 relatif à l'établissement d'un programme pour l'environnement et l'action pour le climat (LIFE) et abrogeant le règlement (CE) no 614/2007, JOUE, L 347 du 20 décembre 2013, p. 185. V. également : Complété par la décision d'exécution de la Commission du 19 mars 2014 concernant l'adoption du programme de travail pluriannuel LIFE pour 2014-2017 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (2014/203/UE), JOUE, L116 du 17 avril 2014, p. 1.

²⁷ Il s'agit de l'instrument financier pour l'environnement (LIFE) qui a été instauré en 1992 afin de soutenir des actions dans l'UE et dans certains pays candidats et pays voisins. La quatrième phase du programme, appelée LIFE+, dans première version a couvert la période 2007-2013 et fut dotée d'un budget de 2,143 milliards d'euros. La moitié au moins de ce bud-

susceptibles de porter des projets dans les cadres proposés. Ils sont gérés soit directement par la Commission de l'UE, soit par des agences nationales. Le financement de l'Union peut prendre les formes juridiques suivantes: subventions, marchés publics, contributions aux instruments financiers ou encore toute autre intervention nécessaire aux fins de la réalisation des objectifs généraux posés par le règlement. En vertu de l'article 3 il s'agit de:

«a) Contribuer à opérer une transition vers une économie efficace dans l'utilisation des ressources, à faible intensité de carbone et résiliente aux effets du changement climatique, à protéger et à améliorer la qualité de l'environnement, et à stopper et à inverser le processus d'appauvrissement de la biodiversité, en appuyant le réseau Natura 2000 et en luttant contre la dégradation des écosystèmes;

b) améliorer l'élaboration, la mise en œuvre et le contrôle de l'application de la politique et de la législation de l'Union en matière d'environnement et de climat et catalyser et promouvoir l'intégration sur les plans politique et financier des objectifs en matière d'environnement et de climat dans les autres politiques de l'Union et dans les pratiques des secteurs public et privé, y compris par un renforcement des capacités des secteurs public et privé;

c) contribuer à une meilleure gouvernance en matière d'environnement et de climat à tous les niveaux, grâce notamment à une meilleure participation de la société civile, des ONG et des acteurs locaux;

d) soutenir la mise en œuvre du 7^e programme d'action pour l'environnement».

Ce programme est doté d'un budget de 3,4 milliards d'euros pour la période 2014 / 2020. Il se divise en deux axes, l'un relatif à l'environnement (2,1 milliards d'euros)²⁸ et l'autre concernant les actions pour le climat (0,69 milliards d'euros)²⁹. Le cofinancement

get a financé des projets axés sur la nature et la biodiversité et l'autre moitié a été consacrée à des projets portant sur l'environnement et la sensibilisation à l'environnement. Il retrouve pour la période 2014-2020 son intitulé initial.

²⁸ Cet axe comporte 3 thèmes : environnement et utilisation efficace des ressources, nature et biodiversité et gouvernance et information. Il représente 75% du budget LIFE.

²⁹ Cet axe comporte 3 thèmes : atténuation du changement climatique, adaptation au changement climatique et gouvernance et information, il

prévu s'élève au maximum à 60% des dépenses éligibles avec une possibilité de couvrir 75% lorsque les espèces ou les habitats sont protégés au titre de la directive 92/43/CEE concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvage³⁰. Sur cette base, des projets sont financés et les PME sont conviées à y participer. Au-delà des projets classiques portant sur les thèmes proposés, il est également prévu des financements pour des projets spécifiques relatif au renforcement des capacités environnementales existantes, à la phase préparatoire à des actions environnementales et enfin aux projets intégrés³¹ présentant une certaine envergure et s'inscrivant dans les stratégies de l'UE dans la protection de l'eau, de l'air, des sols, protection de la nature et traitement des déchets³². Pour les actions menées, les cofinancements ne dépassent pas, en principe, 60%³³.

Le financement de la dimension environnementale est également présent dans le programme-cadre pour l'innovation et la compétitivité (CIP). Il a été créé en 2006 afin de satisfaire aux objectifs de la stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi³⁴. Il aujourd'hui remplacé pour la période 2014/2020 par le programme

représente 25% du budget LIFE.

³⁰ Texte premier : JOUE, L 206, 22 juillet 1992, p. 7. Ce texte a été plusieurs fois modifié, notamment : Directive 97/62/CE du Conseil du 27 octobre 1997, JOUE L305, 8 novembre 1997, p. 42 ; Règlement CE, n° 1882/2003 du Parlement européen et du Conseil, 29 septembre 2003, JOUE L284, 31 octobre 2003, p. 1 ; Directive 2006/105/CE du Conseil, 20 novembre 2006, JOUE, L363, 20 décembre 2006, p. 368.

³¹ 30% du budget du projet LIFE.

³² Parmi les types de projets éligibles : la mise en réseau de villes concernant la qualité de l'air ou encore

³³ Il est à signaler que pour les projets traditionnels, pour le second programme à partir de 2018, le cofinancement ne peut dépasser 55% des dépenses éligibles.

³⁴ Ce programme incitait notamment à une utilisation plus large des énergies renouvelables et au renforcement de l'efficacité énergétique. Avec un budget total de 3,621 milliards d'euros, le CIP couvrait la période 2007 à 2013. Il était composé de trois programmes opérationnels. Chaque programme possédait des objectifs spécifiques, visant à contribuer à la compétitivité des entreprises et à leur capacité d'innovation dans leurs propres domaines, tels que les TIC ou les énergies durables : Programme pour l'innovation et l'esprit d'entreprise (PIE), programme d'appui stratégique en matière de technologies de l'information et de la communication (TIC), programme Énergie intelligente pour l'Europe (EIE).

COSME (programme for the competitiveness of enterprises and SMEs). Il est destiné essentiellement aux PME et constitue un complément au programme horizon 2020. L'un de ses objectifs est de renforcer le développement durable des entreprises européennes. Ce programme se voit allouer un budget de 2,3 millions d'euros dont 60% sont destinés aux instruments financiers. Ainsi, les PME intégrant l'aspect environnement dans leurs actions peuvent bénéficier d'un cofinancement à condition d'entrer dans les objectifs internes du programme. Il s'agit d'améliorer l'accès au financement, de favoriser les règles susceptibles de garantir la compétitivité et la pérennité de toutes les entreprises de l'UE et de faciliter l'accès au marché unique et de promouvoir l'entrepreneuriat et la culture entrepreneuriale. Pour l'année 2016, 28 actions sont prévues avec un budget de 270 millions d'euros. Sont, ainsi cofinancés des projets portant sur l'éco-innovation. L'accent est mis sur les éco technologies susceptibles de protéger l'environnement tout en permettant la compétitivité de l'entreprise et la croissance économique. Par ailleurs, dans le programme COSME concernant l'accès au marché un axe « énergie intelligente pour l'Europe »³⁵ est introduit offrant la possibilité pour les PME d'obtenir des cofinancements pour des projets concernant des énergies renouvelable ou encore visant à promouvoir la diversité de l'énergie.

Ce même programme s'intéresse au tourisme en cofinçant des projets consacrant un tourisme durable et responsable. En effet, ce secteur est en pleine expansion³⁶, il faut donc veiller à réduire les

³⁵ Le programme « énergie intelligente pour l'Europe (EIE) » trouve son origine dans le programme cadre pour l'innovation et la compétitivité qui s'est appliqué durant la période 2007 à 2013. Il s'agissait d'allouer quelque 727 millions d'euros. Il finançait des mesures visant à accroître l'adoption et la demande d'une énergie plus efficace, à promouvoir les sources d'énergie renouvelables et la diversification de l'énergie, et à stimuler la diversification des carburants et l'efficacité énergétique dans les transports. Ces actions étaient menées dans le programme esprit d'entreprise et innovation (PIE) issu du CIP.

³⁶ Le tourisme est un des secteurs économiques à plus forte croissance dans le monde. Il est attendu que le nombre de touristes internationaux passe de 1,035 milliards à plus de 1,8 milliards en 2030. A ces chiffres il convient d'ajouter les touristes nationaux et chacun comprendra qu'il s'agit d'un secteur clef pour nos sociétés que l'on se trouve dans un pays dit industrialisés, en développement ou dans un pays en transition. De plus,

risques pour l'environnement. C'est pourquoi l'UE a décidé de fournir un effort financier spécifique à destination des PME. Les actions visées portent sur le transport, l'hébergement, les aménagements sur des territoires particuliers ou encore l'économie de la consommation d'énergie ou d'eau. Ainsi, la Commission en juillet 2014 a lancé un appel à projet dont le thème est « diversifier l'offre et les produits touristiques européens : des produits transnationaux et durables ».³⁷

D'autres programmes en matière environnementale sont financés par l'Union européenne notamment en matière de transport où l'objectif est de diversifier le mode de transport des marchandises avec l'objectif de désengorger les voies routières. En l'occurrence, il s'agit de poursuivre le programme Marco Polo³⁸ dont le bilan

même si historiquement les pays développés ont été les principales destinations touristiques, cette tendance est en train de changer et, à partir de 2015, les économies émergentes recevront pour la première fois plus d'arrivées de touristes internationaux que dans les économies avancées.

Ce secteur représente plus de 5% du PIB mondial, plus de 235 millions d'emplois dans le monde et environ 30% des exportations mondiales de services. Le tourisme est devenu d'année en année l'un des principaux secteurs du commerce international et c'est aussi l'une des principales sources de devises étrangères pour de nombreux pays en développement sans compter que pour bon nombre de pays industrialisés il reste un des piliers de tout développement territorial.

³⁷ Le budget de l'appel à propositions est de 1 million d'euros. La somme proposée par projet est de 250000 euros. 4 à 5 projets sont envisagés. Pour être éligible ils faut réunir plusieurs critères : au moins 5 pays représentés, dont 4 États membres de l'UE, au moins deux partenaires du consortium doivent être des PME du secteur touristique, au moins un partenaire du consortium doit être une autorité publique locale, régionale ou nationale.

³⁸ Marco Polo est le programme de financement de l'Union Européenne pour les projets qui aident à faire passer le transport de fret de la route à la mer, au rail et aux canaux et rivières. Cela signifie des camions de moins sur la route et ainsi moins de congestion, moins de pollution et un transport plus fiable et efficace des marchandises. Le deuxième programme de Marco Polo s'est déroulé de 2007-2013 et est une suite du premier programme de Marco Polo, qui a fonctionné sur la période 2003-2006. Texte fondateur : Règlement du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 établissant le deuxième programme «Marco Polo» pour l'octroi d'un concours financier communautaire visant à améliorer les performances environnementales du système de transport de marchandises («Marco Polo II»), et abrogeant le règlement (CE) no 1382/2003, JOUE L 328 du 24 novembre 2006, p. 1, modifié par le règlement (CE) du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant le règlement (CE) n° 1692/2006 établissant le deuxième programme «Marco Polo» pour l'octroi

reste en demi teinte³⁹. Il a fusionné avec le programme proposé pour la période 2014-2020 d'interconnexion en Europe (MIE)⁴⁰. Ce dernier fixe les conditions, méthodes et procédures pour l'octroi d'un concours financier de l'UE aux réseaux transeuropéens. Le but est de soutenir des projets d'intérêt commun réalisés dans le secteur des infrastructures de transport, des télécommunications et de l'énergie et de tirer parti des synergies potentielles entre ces secteurs pour les années 2014-2020. L'enveloppe financière pour la mise en œuvre du MIE s'élève à 33 milliards d'euros⁴¹. En ce qui concerne les financements, les taux varient en fonction de la nature des actions. Ainsi, les études sont subventionnées à 50% des coûts éligibles alors que les travaux le sont à hauteur de 20% avec une possibilité d'un taux à 40% dans des cas précis⁴².

d'un concours financier communautaire visant à améliorer les performances environnementales du système de transport de marchandises («Marco Polo II»), JOUE L 326, 9 octobre 2009, p. 1.

³⁹ Rapport spécial n° 3/2013 de la Cour intitulé «Les programmes Marco Polo ont-ils contribué efficacement au transfert du trafic routier vers d'autres modes de transport ?», cette dernière précise que ce programme est inefficace et propose une batterie de modifications. Le Conseil européen du 28 janvier 2014 a pris acte de ce constat et a demandé à la Commission de reprendre les recommandations de la Cour des comptes.

⁴⁰ Règlement (UE) N° 1316/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 établissant le «Mécanisme pour l'interconnexion en Europe – (MIE) » ou « Connecting Europe facility – (CEF)», JOUE, L 348, 20 décembre 2013, p. 129.

⁴¹ L'enveloppe financière du MIE se ventile ainsi : 23 174 000 000 euros, y compris 10 000 000 000 euros pour les pays relevant du fonds de cohésion (transport), 5 126 000 000 euros (énergie), 1 000 000 000 euros (télécommunications).

⁴² Concernant les réseaux ferroviaires, et les réseaux routiers dans le cas des États membres ne disposant pas de réseau ferroviaire sur leur territoire, ou dans le cas d'un État membre ou d'une partie de celui-ci, dont le réseau est isolé, sans possibilité de transport ferroviaire de marchandises à longue distance, 20 % des coûts éligibles; le taux de financement peut être porté à un maximum de 30% pour des actions relatives aux goulets d'étranglement et à 40 % pour des actions relatives aux tronçons transfrontaliers et pour des actions visant à renforcer l'interopérabilité ferroviaire; concernant les voies navigables: 20 % des coûts éligibles; le taux de financement peut être porté à un maximum de 40 % pour des actions relatives aux goulets d'étranglement et à un maximum de 40 % pour des actions relatives aux tronçons transfrontaliers; concernant le transport intérieur, la desserte et le développement de plateformes logistiques multimodales comprenant la desserte des ports intérieurs et maritimes et des aéroports, ainsi que le développement des ports: 20 % des coûts éligibles; concernant des actions visant à réduire les

Dernier thème susceptible d'assurer aux PME un cofinancement de l'UE, l'éducation et la formation professionnelle. L'UE a mis en place un programme «pour l'éducation et la formation tout au long de la vie» dont peuvent bénéficier les PME. Cette volonté de cofinancement des actions menées dans ce cadre par les États a trouvé une traduction dans une décision du Parlement européen et du Conseil de novembre 2006⁴³. L'objectif est de contribuer au développement de la Communauté en tant que société de la connaissance conformément aux objectifs de la stratégie de Lisbonne. Il s'agissait, d'appuyer et de compléter les actions mises en place dans les États membres. Plusieurs programmes sont alors proposés⁴⁴. Cet ensemble est aujourd'hui introduit dans Erasmus pour tous (2014

nuisances sonores causées par le fret ferroviaire, y compris en transformant le matériel roulant existant; 20% des coûts éligibles ; concernant l'amélioration de l'accessibilité des infrastructures de transport pour les personnes handicapées: 30 % du coût éligible des travaux d'adaptation, n'excédant en aucun cas 10 % du coût total éligible des travaux; concernant des actions soutenant les nouvelles technologies et l'innovation pour tous les modes de transport, 20 % des coûts éligibles et concernant des actions visant à soutenir des tronçons routiers transfrontaliers: 10 % des coûts éligibles.

⁴³ Décision n° 1720/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 établissant un programme d'action dans le domaine de l'éducation et de la formation tout au long de la vie, JOUE L 327, 24 novembre 2006, p. 45.

⁴⁴ La décision 1999/382/CE du Conseil a établi la deuxième phase du programme d'action communautaire en matière de formation professionnelle «Leonardo da Vinci». La décision no 253/2000/CE du Parlement européen et du Conseil a établi la deuxième phase du programme d'action communautaire en matière d'éducation «Socrates». La décision no 2318/2003/CE du Parlement européen et du Conseil a établi un programme pluriannuel pour l'intégration efficace des technologies de l'information et de la communication (TIC) dans les systèmes d'éducation et de formation en Europe («apprendre en ligne»). La décision no 791/2004/CE du Parlement européen et du Conseil a établi un programme d'action communautaire pour la promotion des organismes actifs au niveau européen et le soutien d'activités ponctuelles dans le domaine de l'éducation et de la formation. La décision no 2241/2004/CE du Parlement européen et du Conseil a instauré un cadre communautaire unique pour la transparence des qualifications et des compétences (Europass). La décision no 2317/2003/CE du Parlement européen et du Conseil a établi un programme pour améliorer la qualité de l'enseignement supérieur et promouvoir la compréhension interculturelle au travers de la coopération avec les pays tiers (Erasmus Mundus) (2004-2008).

– 2020)⁴⁵. Durant cette période un budget de 14 milliards d'euros est alloué pouvant bénéficier tant à la formation qu'à l'éducation des jeunes européens. Dans cette même veine s'inscrit le programme Erasmus pour les jeunes entrepreneurs dont le but est de faire découvrir ce métier auprès d'un patron chevronné d'une PME⁴⁶. Ce programme fut initié par l'Union européenne en 2009. Il offre une assistance pratique et financière aux jeunes entrepreneurs qui souhaitent passer un peu de temps dans une entreprise d'un autre pays de l'UE et ainsi profiter de l'expérience d'entrepreneurs plus aguerris. Le programme vise à encourager l'échange d'idées, d'expériences et d'informations entre les entrepreneurs, à améliorer l'accès au marché et à faciliter l'identification de partenaires potentiels pour les nouvelles entreprises situées dans d'autres pays de l'UE. Ce programme cofinancé par l'UE dispose d'un budget total de quelque 4,3 millions d'euros et couvre les frais de voyage et de logement. Une aide financière octroyée au créateur d'entreprise contribue aux frais de voyage et de subsistance au cours du séjour. Cette aide est versée par le point de contact local choisi par le nouvel entrepreneur lors de l'inscription en ligne. Le nouvel entrepreneur et son point de contact local doivent signer une convention qui détermine le montant de l'aide octroyée pour toute la durée du séjour, ainsi que les modalités pratiques de versement (par exemple, paiement partiel au début du séjour, paiement mensuel, etc.). Le montant de l'aide est calculé chaque mois en tenant compte du coût de la vie dans le pays de séjour. Le séjour peut durer entre 1 et 6 mois.

A côté de ces cofinancements thématiques, d'autres aides aux PME sont également possibles par le biais des instruments financiers européens.

⁴⁵ Erasmus + est le programme pour l'éducation, la formation, la jeunesse et le sport dont s'est dotée l'Union Européenne pour la période 2014-2020. Il a été signé par le président du Parlement européen le 11 décembre 2013 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014 dans tous les États membres.

⁴⁶ Un «Small Business Act» pour l'Europe, COM (2008) 394 du 25 juin 2008, p.5.

B. Les instruments financiers

Il ne s'agit pas de financements directs pour les PME, il est nécessaire de passer par des intermédiaires financiers comme des banques, des établissements financiers ou des fonds d'investissements. Le règlement financier applicable au budget de l'UE définit les instruments financiers comme:

« les mesures de soutien financier prises par l'Union et financées à titre complémentaire sur le budget pour réaliser un ou plusieurs objectifs précis de l'Union. Ces instruments peuvent prendre la forme de participations, de quasi-participations, de prêts ou de garanties, ou d'autres instruments de partage des risques, et peuvent, le cas échéant, être associés à des subventions »⁴⁷.

Ce règlement précise également les buts qui leurs sont assignés: pallier les défaillances ou les insuffisances du marché et favoriser un effet de levier.⁴⁸

Trois catégories d'instruments financiers sont à la disposition des PME. Tout d'abord, ceux à destinations des entreprises innovantes et à forte croissance dont l'objectif est d'augmenter l'apport de fonds propres aux PME innovantes dans les phases de

⁴⁷ Article 2 du règlement n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, JOUE, L 298, 26 octobre 2012, p. 1.

⁴⁸ Article 222 et 223 du règlement financier : « *Les instruments financiers visent à remédier aux imperfections ou aux défaillances des marchés, ou encore à une inadéquation de ceux-ci en matière d'investissements, et n'apportent un soutien qu'aux destinataires finaux qui sont jugés économiquement viables au moment où l'Union octroie un concours au moyen d'un instrument financier.* »

« Les instruments financiers fournissent aux destinataires finaux un soutien proportionné. Le traitement préférentiel des investisseurs fournissant des co-investissements ou partageant des risques est, en particulier, justifié et proportionné aux risques pris par les investisseurs dans un instrument financier et se limite au minimum nécessaire pour garantir leur investissement ou le partage des risques. »

« Les instruments financiers visent à produire un effet de levier à partir de la contribution de l'Union, en mobilisant un investissement global excédant le montant de cette contribution. L'effet de levier des fonds de l'Union équivaut au montant à financer en faveur des destinataires finaux éligibles, divisé par le montant de la contribution de l'Union. »

démarrage et d'expansion. Cet instrument financier partage le risque et la rémunération avec des investisseurs privés en créant un important effet de levier pour l'apport de fonds propres à des entreprises innovantes.

Ensuite, des garanties supplémentaires sont fournies aux PME afin d'augmenter le financement par emprunt aux PME. Il concentre son action sur la correction des défaillances du marché dans quatre domaines: l'accès des PME ayant un potentiel de croissance aux prêts (ou aux substituts de prêt tels que le crédit-bail), la mise à disposition de microcrédits, l'accès aux fonds propres ou quasi-fonds propres, la titrisation. Enfin, un instrument financier susceptible d'aider spécifiquement certains Etats membres pour renforcer le dispositif initial de soutien aux financeurs intermédiaires.

Une initiative conjointe de la Commission de l'UE et du fonds européen d'investissement (FEI)⁴⁹ issu de la Banque européenne d'investissement (BEI)⁵⁰ a donné lieu à la création de l'instrument financier « JEREMIE »⁵¹. Il s'agit d'améliorer l'accès aux marchés financiers aux micros entreprises et aux PME. Le champ d'application est large, allant du microcrédit, à des garanties en passant par l'offre de capital à risque. Cet instrument financier peut également proposer des formes de financement spécifique en matière d'innovation. Ce fond peut être géré soit directement par le FEI, un organisme financier national, soit indirectement à la suite d'une adjudication d'un marché financier à une institution financière. Sur cette base, JEREMIE soutient

⁴⁹ Ce fonds a été créé en 1994, il se spécialise dans la garantie de prêts aux PME et sur les investissements de capital-risque. La BEI est l'actionnaire majoritaire du FEI (59,9%), y participe également la Commission de l'UE (28,1%) et des banques privées (12%).

⁵⁰ La BEI est fondée en 1958 à Bruxelles, puis s'installe en 1968 à Luxembourg. Elle assure une activité de prêts s'élevant pour l'année 2015 à 77,5 milliards d'euros. La banque collabore avec 150 pays. Son assise financière est de 243 milliards d'euros au 1^{er} juillet 2013.

⁵¹ Joint European Resources for Micro to Medium-sized Enterprises. Memorandum of understanding in respect of a coordinated approach to improving access finance for micro to medium enterprises in the régions supported by the European Regional development Fund between the European Commission and the European investment Fund, 30 mai 2006. Council regulation (EC) n° 1083/2006 of 11 July 2006 laying down general provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund and the Cohesion Fund and repealing Regulation (EC) n° 1260/1999.

« la création de nouvelles entreprises ou l'extension d'entreprises existantes; l'accès aux capitaux d'investissement par les entreprises (en particulier, les PME) en vue de moderniser et de diversifier leurs activités, de développer de nouveaux produits, ainsi que d'assurer et d'accroître leur présence sur le marché; les activités de recherche et de développement axées sur les entreprises, le transfert des technologies, l'innovation et l'entrepreneuriat; la modernisation technologique des structures de production pour aider à atteindre les objectifs d'une économie à faibles émissions de CO₂; les investissements productifs permettant la création ou le maintien d'emplois durables ».

Le mécanisme mis en place vise à réinjecter le rendement des investissements dans les PME aboutissant à la réutilisation à plusieurs reprises des crédits, en recyclant les fonds publics. Le but est de créer un effet de levier sur les capitaux en augmentant la durabilité et l'impact des ressources allouées aux PME⁵². Les autorités de gestion ont choisi le FEI pour agir en tant que gestionnaire holding de fonds dans le cas de 11 des fonds de participation (représentant un montant de 1,161 M €), tandis que 30 autres fonds de participation ont été mis en place avec les institutions financières nationales ou régionales. L'un des rôles du fonds de participation (gestionnaire) est d'organiser des appels à manifestation d'intérêt et sélectionner les intermédiaires financiers et/ou gestionnaires de fonds, tels que les fonds de capital-risque, des fonds de garantie ou des fonds de prêts. Les intermédiaires financiers sélectionnés et les gestionnaires de fonds à leur tour fournissent des fonds aux PME.

La Commission voyait dans « JEREMIE » un catalyseur de coopération entre les pays, les régions, le FEI, la BEI, ainsi que d'autres banques et investisseurs en vue d'améliorer l'accès au financement pour les entreprises, en particulier les PME⁵³. Il n'est pas certain que ce but soit atteint.

Ce premier instrument financier est complété par JASMINE⁵⁴.

⁵² En fin d'année 2010, un montant total de 8,369 millions € du FEDER et les contributions nationales (privées et publiques) a été légalement engagée à 386 fonds, que ce soit par le biais de fonds à participation ou directement à des fonds spécifiques.

⁵³ <http://ec.europa.eu/regional_policy/fr/funding/special-support-instruments/jeremie/#4>.

⁵⁴ Joint Action to Support Microfinance Institutions in Europe. V. document de l'Union européenne : « Supporting micro-credit providers

Il s'agit d'une initiative conjointe de la Commission européenne et du Fonds européen d'investissement avec la Banque européenne d'investissement. Elle vise à accroître l'offre de microcrédit en Europe par le biais de deux grandes actions : en fournissant une assistance technique aux institutions de micro-financement pour les aider à être des intermédiaires financiers crédibles et obtenir plus facilement des capitaux, et en finançant les opérations d'institutions non bancaires afin qu'elles puissent accorder davantage de prêts. L'objectif de ce programme est d'améliorer l'accès au financement des petites entreprises, des chômeurs ou des personnes actuellement sans emploi qui souhaitent exercer une activité indépendante, mais qui n'ont pas accès au financement bancaire traditionnel. Le programme a été lancé en 2008 avec un capital de départ de 50 millions d'euros⁵⁵.

D'autres instruments financiers sont proposés aux PME sur le plan européen comme les prêts de la BEI ou encore les micro financements Progress.

Les prêts BEI⁵⁶ sont octroyés par des intermédiaires tels que les banques commerciales. Ils servent à soutenir les investissements matériels⁵⁷ ou immatériels⁵⁸ des PME. Ces prêts contribuent, également, à fournir des fonds de roulement stables aux PME. En l'occurrence, il s'agit de prendre en compte les prêts

with Jasmine », Office de publication de l'UE, Luxembourg, 2010, 12 p.

⁵⁵ <http://www.eif.org/what_we_do/microfinance/JASMINE/index.htm>.

⁵⁶ En 2011, le Groupe BEI a accordé 13 milliards d'EUR de financements aux PME et aux entreprises de taille intermédiaire (ETI). Ce sont au total plus de 120 000 PME qui ont bénéficié de concours du Groupe BEI l'année dernière sur tout le territoire européen. Sur la seule année 2015, le Groupe BEI a financé des PME et des ETI du monde entier à hauteur de 28,4 milliards d'EUR (Groupe BEI).

⁵⁷ Il faut entendre par prêt sur les investissements matériels l'achat d'équipement ou de biens immobiliers. En principe l'achat de terrain foncier est exclu sauf s'il est vital pour l'investissement mais l'achat de terres agricoles est exclu totalement.

⁵⁸ Les prêts concernant les investissements immatériels visent le financement des dépenses liées directement à des activités de recherche et développement, la constitution ou la reprise de réseaux de distribution, y compris dans un autre pays membre de l'Union européenne, le dépôt ou l'achat de brevets ou les dépenses induites lors de la transmission d'une entreprise lorsque celle-ci permet le maintien de l'activité économique (lorsque l'acheteur et l'entreprise mise en vente sont des PME et le montant de financement de la transmission n'excède pas 1 million d'euros).

accordés pour financer le passif lié au cycle d'exploitation des PME. Il s'agit d'un révélateur des besoins de financement. La durée des prêts varie généralement entre 2 et 12 ans et le montant maximum soutenu ne saurait dépasser 12,5 millions d'euros par prêt, une même entreprise peut obtenir au maximum entre les divers prêts consentis 25 millions d'euros. Ils peuvent soutenir des investissements dans tous les secteurs de l'économie, sauf l'armement, les jeux d'argent, le tabac, les activités impliquant des expériences sur les animaux, les activités dont l'impact sur l'environnement ne peut être largement atténué ou compensé, les secteurs moralement ou éthiquement controversés (comme le clonage humain), ni la seule promotion immobilière.

Sont également exclues les transactions purement financières (par exemple le rachat d'entreprises) à l'exception des transmissions d'entreprises dans des cas spécifiques.

Pour autant, il peut s'agir de prêts dont le montant est faible, aucune limite plancher n'est posée. Il revient aux banques commerciales de sélectionner les entreprises qu'elles souhaitent financer. Il est possible que la BEI intervienne en partage de risque avec le partenaire bancaire ou à travers d'opérations dites « mezzanines »⁵⁹.

L'instrument financier « Progress »⁶⁰ vise, pour sa part, es-

⁵⁹ Les contrats de prêts pour cette dette sont assez contraignants, permettant aux organismes prêteurs de s'assurer la primeur de versement des dividendes. Le porteur de projet devra donc en tenir compte quotidiennement dans son plan de développement.

Dans certains cas, il convient de faire appel à d'autres types de dettes, et ce pour maximiser l'effet de levier. C'est la dette mezzanine.

⁶⁰ Décision n° 1672/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 établissant un programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale – Progress, JOUE n° L315, 15 novembre 2006, p. 1. Selon l'article 11 de la décision

« Les types d'activités peuvent être financés :

a) un contrat de services passé à la suite d'un appel d'offres, auquel cas les procédures d'Eurostat s'appliquent à l'égard de la coopération avec les instituts nationaux de statistique;

b) un soutien partiel accordé à la suite d'un appel de propositions, auquel cas le cofinancement communautaire ne peut, en règle générale, dépasser 80 % du total des coûts exposés par le bénéficiaire. Tout soutien financier d'un montant supérieur à ce plafond ne peut être accordé que dans des circonstances exceptionnelles et après un examen attentif ».

Voir également, proposition de décision du Parlement européen

sentiellement des micros crédits. Il est destiné à des toutes petites entreprises voire à des personnes au chômage souhaitant créer leur entreprise. Il a été mis en place en 2010 avec un budget initial de 200 millions d'euros. Ce dernier est alimenté par des fonds issus du budget de la Commission de l'UE et par la BEI. L'ensemble est géré par le FEI. Son but est d'augmenter l'offre de micro crédit dont le prêt maximal par structure est de 25 000 euros.

Il ne finance pas directement les entrepreneurs, mais permet à des organismes de microcrédit sélectionnés dans l'UE de leur proposer plus de crédits⁶¹. Deux mécanismes sont prévus soit l'octroi de garanties, afin de partager les risques de pertes avec l'organisme, soit la fourniture d'un financement pour accroître le volume de microcrédit⁶².

Les organismes de microcrédit peuvent être des banques privées ou publiques, des établissements non bancaires et des organismes de microcrédit sans but lucratif.

Les conditions imposées aux entrepreneurs (montant, durée, taux d'intérêt, frais et délai d'obtention) dépendent de chaque organisme de microcrédit⁶³.

Le financement au titre de Progress ne peut être utilisé pour couvrir des lignes de crédit telles que des découverts ou des crédits renouvelables à court terme. L'avis de la Commission de l'emploi et

et du Conseil modifiant la décision n° 1672/2006/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale – Progress COM (2009) 340 final du 02/07/2009.

⁶¹ Tous les organismes publics et privés fournissant des prêts et/ou des garanties de microfinancement à des travailleurs indépendants ou à des microentrepreneurs établis dans les 28 pays de l'UE.

⁶² Voir par exemple, la signature du premier accord PROGRESS MICROFINANCE pour la France entre le FEI et l'IMF Créa-Sol pour le soutien des micro-entreprises, le 20 février 2012. Cet accord permet à l'IMF Créa-Sol d'octroyer des prêts pouvant aller jusqu'à 10.000 euros à des personnes exclues du crédit bancaire classique et souhaitant créer leur propre activité en région PACA, la Corse et l'Île de la Réunion.

⁶³ Le Fonds européen d'investissement (FEI), filiale de la Banque européenne d'investissement (BEI), et Initiative France (1er réseau français de financement et d'accompagnement des créateurs d'entreprises) ont signé en février 2014 une convention de partenariat. Par cet accord, le FEI apporte sa garantie à Initiative France dans le cadre de son nouveau prêt d'honneur Initiative Remarquable. Initiative France est un réseau associatif, fondé en 1985, reconnu d'utilité publique.

des affaires sociales du Parlement européen a mis en avant l'intérêt de tel instrument financier⁶⁴ tout en souhaitant une augmentation des crédits accordés.

Dernière financement sur lequel l'UE porte son effort est l'internationalisation des PME.

C. Les cofinancements à l'internationalisation

Cet aspect conduit l'UE a fournir aux PME des aides indirectes comme l'offre de financement par des intermédiaires telles que des banques et des collectivités publiques. Afin de rendre cet apport efficace pour les PME, un ciblage par zone géographique est organisé. Ainsi, plusieurs programmes sont proposés en fonction des marchés investis par les entreprises. L'action est divisée en trois régions géographiques, les pays voisins, l'Amérique et l'Asie.

Pour l'UE, l'échange entre les opérateurs économiques hors Europe des 28 trouve d'abord une illustration dans le cadre des politiques de voisinage. Les mécanismes de cofinancement ne touchent pas directement les PME. Il s'agit surtout de faire bénéficier les Etats membres ou des intermédiaires financiers de soutien de l'UE. Ces institutions, ensuite, mettent en place dans le cadre national ou régional des programmes pour lesquels sont éligibles les PME. C'est ainsi, que fut instauré l'instrument d'aide de préadhésion (IAP) qui intervient financièrement dans 5 domaines : aide à la transition et renforcement des institutions, coopération transfrontalière, développement régional, ressources humaines et développement rural.

Les pays bénéficiaires de l'IAP sont répartis en deux catégories, d'une part les pays candidats à l'adhésion (Turquie, Albanie, Monténégro, Serbie et l'ancienne République yougoslave de Macédoine), qui sont éligibles aux cinq volets de l'IAP et d'autre part les pays candidats potentiels appartenant aux Balkans occidentaux (Bosnie-Herzégovine, Kosovo selon le statut défini par la résolution

⁶⁴ 3 252 microcrédits pour une valeur de 124,6 millions d'euros ont été accordés, soit légèrement moins que l'objectif de 142,4 millions d'euros, Rapport sur la mise en œuvre de l'instrument financier Progress, Commission des affaires sociales et de l'emploi du Parlement européen, 17 novembre 2015, document de séance (2015/2042/INI).

1244/99 du Conseil de sécurité des Nations unies), qui ne sont éligibles qu'aux deux premiers volets. Pour la période 2014 – 2020, l'IAP a été revu afin de mieux répondre aux besoins des intéressées. Il est qualifié d'IAP II dans le règlement du 15 mars 2014⁶⁵. Entré en vigueur le 16 Mars 2014, il est applicable rétroactivement à partir du 1er Janvier 2014. Le règlement IAP II est complété par le règlement d'exécution commun (CIR), adopté par la Commission le 5 mai 2014⁶⁶ dont le but est de simplifier et d'harmoniser la mise en œuvre des règles et des procédures déclenchant la mise en œuvre des instruments financiers.

Préparé en partenariat avec les bénéficiaires, IPA II définit un nouveau cadre pour fournir de l'aide de pré-adhésion. La nouveauté la plus importante de l'IAP II est son orientation stratégique. Il met en place des documents de planification stratégique spécifique pour chaque bénéficiaire pour la période de 7 ans. En principe, cette nouvelle démarche doit permettre «une plus forte appropriation par les bénéficiaires grâce à l'intégration de leurs propres programmes de réforme et de développement». Un document de stratégie multi-pays aborde les priorités pour la coopération régionale ou la coopération territoriale.

IPA II vise des réformes dans le cadre des secteurs prédéfinis. Ces secteurs couvrent des domaines étroitement liés à la stratégie d'élargissement, comme la démocratie et la gouvernance, la primauté du droit, la croissance et la compétitivité. Cette approche sectorielle favorise les réformes structurelles. Elle permet une évolution vers une aide plus ciblée, en assurant l'efficacité, la durabilité et de se concentrer sur les résultats.

IPA II permet également une utilisation plus systématique de l'appui budgétaire sectoriel. Enfin, il donne plus de poids à la mesure du rendement. Quoiqu'il en soit les indicateurs sont convenus avec les bénéficiaires. Les bénéfices que peuvent tirer les

⁶⁵ Règlement (UE) n° 231/2014 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2014 instituant un instrument d'aide de préadhésion (IAP II), JOUE n° L77, 15 mars 2014, p. 11.

⁶⁶ Règlement d'exécution (UE) n° 447/2014 de la Commission du 2 mai 2014 relatif aux règles spécifiques de mise en œuvre du règlement (UE) no 231/2014 du Parlement européen et du Conseil instituant un instrument d'aide de préadhésion (IAP II), JOUE, n° L 132, 3 mai 2014, p. 32.

PME de cet instrument financier se trouvent dans la dimension « coopération territoriale » dans la mesure où l'annexe III prévoit des cofinancements afin « d'améliorer la compétitivité, l'environnement des entreprises et le développement des petites et moyennes entreprises, le commerce et l'investissement »⁶⁷. Il s'agit de promouvoir et soutenir l'esprit d'entreprise, en particulier dans les petites et moyennes entreprises et de développer les marchés transfrontières.

Par ailleurs, il est également prévu de « renforcer la recherche, le développement technologique, l'innovation et les technologies de l'information et des communications, notamment en promouvant la mutualisation des ressources humaines et des équipements pour la recherche et le développement technologique »⁶⁸.

Le financement est assuré par deux dotations pluriannuelles couvrant respectivement une période de quatre ans pour la première et de trois ans pour la seconde.

Dans ce cadre, les PME implantées dans l'UE doivent, en réalité, s'inscrire dans les projets transnationaux prévus dans les programmes opérationnels nationaux et acceptés par la Commission. Par le biais d'IPA II, des aides indirectes sont allouées (garanties de prêts, aides à la formation) qui peuvent alors servir les PME. Les représentants de ces entreprises doivent, donc, être vigilants concernant les programmes nationaux et régionaux. L'enveloppe financière globale pour ces actions s'élève à environ 12 milliards d'euros⁶⁹. Seulement 4% de la somme est versée pour les missions à caractère transfrontière. L'un des objectifs de nature à fournir un appui pour drainer un cofinancement dans le cadre d'IPA II pour les PME vise à faciliter et à soutenir les relations économiques et commerciales avec les pays partenaires notamment par la promotion d'un environnement sûr pour les investissements et les entreprises, y compris la protection des droits de propriété intellectuelle⁷⁰. Ce financement indirect des PME des pays éligibles est assuré

⁶⁷ Point g de l'annexe 3 du règlement n° 231/2014 du 15 mars 2014, précité.

⁶⁸ Point h de l'annexe 3 du règlement n° 231/2014 du 15 mars 2014, précité.

⁶⁹ Article 15 du règlement du 15 mars 2014, précité.

⁷⁰ Règlement (UE) n° 234/2014 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2014 instituant un instrument de partenariat pour la

par la Commission européenne en leur facilitant l'accès aux prêts, au crédit-bail et aux fonds propres, grâce à une coopération renforcée avec les institutions financières internationales comme la BEI et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD)⁷¹. Les intermédiaires financiers lors de l'acceptation du cofinancement fondé sur l'IPA s'engagent à mener des actions en faveur des PME.

La politique du voisinage sert également de fondement à des soutiens financiers de l'UE au profit des PME. Ainsi, le programme «Facilité d'investissement pour le voisinage» permet d'obtenir des financements par le biais d'opérations de capital à risque. Il s'agit d'instaurer une collaboration privilégiée avec les pays voisins de l'UE, par le biais d'une relation politique et d'une intégration économique plus poussées. Débutée en 2004, cette politique du voisinage a permis à des PME de participer à des projets d'envergure notamment concernant les infrastructures. Dans le cadre du nouveau cadre financier pluriannuel (CFP) 2014-2020, le Parlement et le Conseil ont adopté un nouveau règlement instituant « l'instrument européen de voisinage » dont le montant total s'élève à 15,4 milliards d'euros pour 7 ans⁷². En effet, des subventions et des prêts sont consentis par la Commission de l'UE aux initiatives du secteur privé. Les projets soutenus par la FIV devenue Instrument européen de voisinage (IEV) doivent poursuivre l'un des objectifs dégagés par l'accord comme établir de meilleures interconnexions d'infrastructures dans les secteurs de l'énergie et des transports entre l'UE et ses pays voisins et entre les pays voisins eux-mêmes.

La mise en œuvre de ces objectifs nécessite des moyens

coopération avec les pays tiers, JOUE n° L 77, p. 77 et plus particulièrement l'annexe relative à « Priorités thématiques prévues par l'instrument de partenariat : cadre général de programmation ».

⁷¹ La BERD dont le siège est à Londres a pour vocation de « favoriser la transition vers des économies de marché » et de « promouvoir l'initiative privée et l'esprit d'entreprise ». Cet objectif est son principe directeur depuis la création de la Banque le 29 mai 1990, Ses investissements s'élèvent à 8,5 milliards d'euros en 2013. Elle rassemble en 2016 65 actionnaires pour l'essentiel des Etats mais également la BEI. Aujourd'hui, la BERD exerce ses activités dans plus de 30 pays de l'Europe et de l'Asie centrale ainsi que dans la partie méridionale et orientale du bassin méditerranéen.

⁷² Règlement (UE) n° 232/2014 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2014 instituant un instrument européen de voisinage, JOUE n° L77, 15 mars 2014, p. 27.

financiers considérables. C'est pourquoi l'IEV vise à créer un partenariat en mettant en commun des subventions provenant du budget de l'UE et de ses États membres et en obtenant, par effet de levier, des prêts d'institutions financières européennes et des contributions propres des pays partenaires de la PEV. Pour bénéficier d'une intervention au titre de l'IEV, les projets doivent être financés par une institution financière européenne éligible. Des programmations pluriannuelles et des programmes d'association sont conclus afin de prévoir les actions et les financements assortis. Il revient aux PME de voir dans leurs États respectifs, les enveloppes dévolues et la part réservée aux secteurs privés.

Des cofinancements sont également possibles pour les PME qui décident de mener une politique d'internationalisation sur d'autres continents que l'Europe comme l'Amérique latine ou l'Asie. Ainsi, un programme est intervenu afin d'établir un réseau d'opérateurs d'Europe et d'Amérique latine (AL-invest) qui coopèrent pour organiser des rencontres entre des entreprises actives dans le même secteur de part et d'autre de l'Atlantique. Les représentants des entreprises participantes reçoivent un soutien leur permettant de mettre en place des rencontres soit en raison de la nature de leurs produits, soit en fonction des profils des structures. Le financement est versé à des organisations non lucratives comme les chambres de commerce ou des associations ou des agences en charge de la promotion des exportations. Le but est d'organiser des réunions et de mettre en place une coopération. Une nouvelle campagne est lancée en 2016 avec AL-Invest 5. En l'occurrence, les PME d'Amérique latine continueront à bénéficier d'une formation et une assistance technique pour améliorer leur productivité et de la compétitivité, de participer à des réunions d'affaires dans les foires commerciales, et avoir accès à une information et des conseils de qualité comme sur les opportunités des marchés, les clients potentiels ou les partenaires d'affaires. Par ailleurs, les PME d'Amérique latine peuvent également bénéficier d'une bonne information concernant la législation de l'UE et les politiques publiques mises en place⁷³. Pour mener ces

⁷³ AL-INVEST 5.0 est mis en œuvre par un consortium international dirigé par la Cámara de Industria, Comercio y Turismo de Santa Cruz de Bolivie (CAINCO) à laquelle les entités suivantes : Asociación Guate-

opérations, le consortium reçoit un cofinancement de 25 millions d'euros de l'UE. Parmi ces 25 millions, au moins 15 millions d'euros ont été réservés pour l'appel de propositions afin d'élargir la participation des différentes organisations dans le programme. En outre, AL-INVEST 5.0 est complété par un projet sur les « Politiques de croissance optimales » pour les PME en Amérique latine qui est mis en œuvre par la Commission économique des Nations Unies pour l'Amérique latine et les Caraïbes.⁷⁴ Les entreprises peuvent participer directement à des événements. Les frais d'organisation sont pris en charge par la Commission européenne, qui contribue au financement du programme proposé.

Cet effort de l'UE a cofinancé les relations internationales des PME vaut également pour le continent asiatique avec le programme « passerelle » dont la première période couvre les années 2008-2015⁷⁵. Le but est d'introduire des produits européens sur les marchés japonais et sud-coréen, de compléter et d'apporter une valeur ajoutée aux activités de promotion des exportations menées par les différents États membres de l'UE dans des secteurs d'activité de l'Union européenne qui présentent un potentiel élevé au Japon ou en Corée (soins de santé et technologies médicales, matériaux et technologies de construction, technologies de l'information et des communications, technologies environnementales et liées à la production d'énergie, architecture d'intérieur, mode). Les PME participantes peuvent recevoir un soutien indirect grâce à l'organisation de missions commerciales afin de faciliter la coopération, mais aussi une assistance financière et logistique. Le programme avait pour but d'organiser 30 missions au Japon et 15 en Corée. Les missions sont organisées en fonction de secteurs économiques. En réalité le bilan semble positif puisque 40 entreprises européennes ont peut

malteca de Exportadores (AGEXPORT), Bolsa de Comercio de Uruguay, Cámara de Comercio e Industria de El Salvador, Cámara de Comercio de Lima, Chambre de Commerce et d'Industrie de Région Paris Ile-de-France (DGA AIE), Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil, Cámara de Comercio de Costa Rica, Inter-American Development Bank, SEQUA – Partner of German Business.

⁷⁴ Pour le bilan AL-invest 4 : <http://ec.europa.eu/europeaid/regions/latin-america/al-invest-regional-aid-programme_en>.

⁷⁵ Ce type de programme existe depuis 1994 notamment avec l'action intitulée : EXPROM (Export Promotion)

bénéficiaire de missions au Japon et 30 pour la Corée⁷⁶. Pour 2016, le programme Gateway subventionne des missions de prospection au Japon ou en Corée. Il s'agit pour les entreprises retenues d'évaluer le marché local et d'élaborer une stratégie commerciale en adéquation avec les besoins et les modes de consommation. Sont financées les actions portant sur les opportunités commerciales, l'identification des potentiels des partenaires commerciaux, la nécessité de faire connaître leurs marques. Ces missions sont gérées par les instruments de politique étrangère (IPE) de l'Union européenne. Le budget alloué à l'ensemble des activités du Service des IPE s'élevait à 733 millions d'euros en 2014.

La relation entre l'UE et le Japon se traduit également pour les PME dans le programme de coopération industrielle. L'aide est indirecte notamment par le biais d'un accompagnement à la formation sur le Japon. Ce programme se décline en plusieurs propositions pour lesquelles les PME peuvent opter. A cet égard sont dénombrés 4 actions possibles. Le programme de formation des ressources humaines (HRTP) qui vise à aider des directeurs de PME européennes à participer étroitement aux relations de leur entreprise avec le Japon afin d'approcher ce marché. Lors d'un séjour de cinq semaines au Japon, ils étudient la langue et la culture du pays, suivent des conférences et des séminaires ciblés, et visitent des entreprises. Par ailleurs, le *Distribution & Business Practices* (DBP) propose aux responsables d'entreprises européennes la possibilité de réaliser une mission d'une durée de 5 à 8 jours au Japon afin d'acquérir une compréhension pratique du système de distribution japonais. Dans le même esprit, le FDI (*Foreign Direct Investment*) permet aux participants européens de partir 5 jours au Japon afin d'acquérir une compréhension pratique de la manière dont les entreprises européennes

⁷⁶ Les secteurs d'activité économique sont pour le Japon : les technologies de l'Information et de la Communication, les technologies médicales, les technologies pour la construction et les bâtiments, le design pour la mode, le design d'intérieur ; pour la Corée : les technologies liées à l'environnement et à l'énergie les technologies médicales, les technologies pour la construction et les bâtiments.

Les entreprises européennes peuvent participer jusqu'à trois « business missions ». Les participants seront coachés par une équipe de professionnels spécialisés dans le domaine de l'environnement et les autres secteurs économiques clés.

peuvent tirer parti de la politique japonaise en matière d'investissements directs étrangers pour démarrer ou développer leurs activités au Japon par l'acquisition d'actifs locaux.

Enfin, une mission de 5 à 8 jours (WCM : *World-Class Manufacturing*) donne les moyens aux responsables de PME de découvrir des méthodes permettant d'améliorer la productivité et de réduire les coûts dans le secteur de la fabrication. La mission comprend la visite d'entreprises comptant parmi les plus avancées au monde

Concernant la Chine, des actions en faveur des PME sont également prévues dans le cadre d'un programme «comprendre la Chine» dont l'objectif est de mieux cerner l'économie chinoise et à améliorer leur compétitivité sur ce marché. La gestion est confiée en grande partie à Euro chambre avec un cofinancement de la Commission de l'UE.

Ce tour d'horizon des cofinancements issus de l'UE révèle une multiplication des programmes susceptibles de bénéficier aux PME. Cette situation rend particulièrement difficile leur connaissance pour les PME, d'où la nécessité d'un accompagnement des PME pour qu'ils soient efficaces.

II. Une nécessaire amélioration de l'accessibilité des cofinancements

Cette quiriade de cofinancements avec ses propres conditions, ses divers organes financeurs et ses multiples règles à respecter rend le parcours à suivre pour les PME tortueux, obscur, et dévastateur dans l'énergie à mobiliser pour un résultat souvent limité. C'est toute l'équation à résoudre. Comment rendre compréhensibles les procédures déterminant les PME retenues afin de mieux toucher les destinataires ? La simplification des règles applicables est-elle possible pour que des PME non formées au dépôt de dossiers complexes puissent véritablement en bénéficier d'autant que les financements de ces programmes transitent par les canaux des fonds structurels, eux même régis par des normes spécifiques. Aussi, cette quête d'aides financières demeurent peu accessibles pour les PME (A) d'où une interrogation sur leurs réels efficacités (B).

A. *Une difficile connaissance du financement par les fonds structurels*

Les fonds structurels créés dans le cadre de la politique régionale servent à réduire les disparités territoriales sur le territoire de l'UE. Après, le traité de Maastricht, ils prennent une ampleur particulière car il s'agit de mettre en place un marché unique d'où le passage à une politique de cohésion économique, sociale et territoriale avec comme support financier ces fameux fonds⁷⁷. Afin d'atteindre cet objectif, l'UE souhaite surtout accompagner les Etats membres dans cette mutation. C'est dans cet esprit, que les actions en faveur des PME sont cofinancées. L'idée consiste à favoriser l'environnement des PME plutôt que de les aider directement via les fonds structurels. Ainsi, le cofinancement par ces fonds s'attachent surtout à apporter un soutien en matière de formation, de création d'incubateur d'entreprises, de transfert de technologies, de mise en place de services d'aides aux entreprises. En réalité, l'objectif est de créer un « effet de levier » dans la région où sont implantées les PME.

Ces fonds sont régis par un règlement général dont l'objectif est de fixer un cadre commun de cofinancement des programmes

⁷⁷ Pour la période 2014-2020, les fonds intervenants dans le financement des PME sont le Fond européen pour le développement économique régional (FEDER), le Fonds social européen (FSE), le fonds de cohésion (FDC) et le Fond européen pour le développement rural (FEADER). Règlement (UE), n° 1301/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au Fonds européen de développement régional et aux dispositions particulières relatives à l'objectif "Investissement pour la croissance et l'emploi", et abrogeant le règlement (CE) n° 1080/2006, JOUE, n° L 347, 20 décembre 2013, p. 289. Règlement (UE) no 1304/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au Fonds social européen et abrogeant le règlement (CE) n° 1081/2006 du Conseil, JOUE, n° L 347, 20 décembre 2013, p. 470 ; Règlement (UE) n° 1300/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au Fonds de cohésion et abrogeant le règlement (CE) n° 1084/2006 du Conseil, JOUE n° L 347, 20 décembre 2013, p. 281 ; Règlement (UE) n° 1305/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) et abrogeant le règlement (CE) n° 1698/2005 du Conseil, JOUE, n° L347, 20 décembre 2013, p. 487.

proposés par l'UE dans lesquels s'inscrivent les Etats membres et les collectivités territoriales et plus généralement des personnes morales publiques ou privées⁷⁸. Ainsi, selon ce règlement Les Fonds apportent un soutien, à travers des programmes pluriannuels, en complément des interventions nationales, régionales et locales, à la réalisation de la stratégie de l'Union pour une croissance intelligente, durable et inclusive ainsi qu'à travers des missions spécifiques des Fonds. Ces derniers doivent respecter les objectifs définis par le traité, y compris la cohésion économique, sociale et territoriale, en tenant compte des lignes directrices intégrées de la stratégie Europe 2020. Cette participation au financement d'actions nationales ou régionales implique également l'application du principe de subsidiarité. Des objectifs précis font l'objet d'un cofinancement notamment celui relatif à «L'investissement pour la croissance et l'emploi» où peuvent se mobiliser des PME selon leur lieu d'implantation. En effet, la participation financière des fonds varie en fonction du lieu d'implantation. Trois zones géographiques sont dégagées : les régions les moins développées, dont le PIB par habitant est inférieur à 75 % du PIB moyen de l'UE-27, les régions en transition, dont le PIB par habitant est compris entre 75 % et 90 % du PIB moyen de l'UE-27 et les régions les plus développées, dont le PIB par habitant est supérieur à 90 % du PIB moyen de l'UE-27. Le montant global des financements transitant par les fonds structurels s'élève à 313 197 435 409⁷⁹. Les enveloppes allouées à chaque objectif ne sont pas transférables. Les cofinancements de l'UE dans le cadre « investissement pour la croissance et l'emploi » reposent sur des

⁷⁸ Règlement (UE) n° 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant dispositions générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, et abrogeant le règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil, JOUE L 347, 20 décembre 2013, p. 320.

⁷⁹ 52,45 % (soit un total de 164 279 015 916 EUR) pour les régions les moins développées, 10,24 % (soit un total de 32 084 931 311 EUR) pour les régions en transition et 15,67 % (soit un total de 49 084 308 755 EUR) pour les régions plus développées ; Article 92 du règlement général 1303/2013, précité.

programmes opérationnels négociés dans chaque Etat membre, puis ensuite accepté par la Commission de l'UE. Un programme opérationnel se compose d'axes prioritaires. Un axe prioritaire concerne, en principe, un fonds et une catégorie de régions⁸⁰.

Par ailleurs, l'article 37 relatif aux instruments financiers du règlement général des fonds structurels précise dans les points 4 et 5 que

« Lorsque les instruments financiers soutiennent le financement aux entreprises, y compris aux PME, un tel soutien doit cibler la création de nouvelles entreprises, le capital initial, c'est-à-dire le capital d'amorçage et le capital de départ, le capital d'expansion, le capital pour le renforcement des activités générales d'une entreprise ou la réalisation de nouveaux projets, la pénétration de nouveaux marchés ou de nouveaux développements dans des entreprises existantes, sans préjudice des règles de l'Union relatives aux aides d'État et conformément aux règles spécifiques des Fonds. Ce soutien peut comprendre des investissements dans des actifs corporels ou incorporels ainsi que les fonds de roulement, dans les limites fixées par les règles applicables de l'Union en matière d'aides d'État et dans le but d'encourager le secteur privé à contribuer au financement des entreprises. Il peut également inclure les frais de transfert des droits de propriété à des entreprises, pourvu que ce transfert ait lieu entre investisseurs indépendants. Les investissements devant bénéficier du soutien d'instruments financiers ne doivent pas être matériellement achevés ou totalement mis en œuvre à la date de la décision d'investissement ».

Le champ d'application des frais susceptibles d'être financés est assez large, à condition toutefois que les actions menées font faces à une défaillance du marché ou à des situations d'investissements non optimales cadrant avec les objectifs de la politique de cohésion économique et sociale.

Concernant spécifiquement les financements des PME, la Commission et la BEI se livrent sur la base des données disponibles à une analyse des besoins de financement des PME au niveau de l'Union, à l'examen des conditions de financement. Elles prennent en compte les diverses indications relatives au déficit de financement des PME dans chaque État membre et le profil de la

⁸⁰ Le fonds de cohésion fonctionne sur des bases un peu différents permettant le financement par deux fonds d'un même programme.

situation économique et financière du secteur des PME au sein de l'Etat membre visé. Enfin est déterminée la masse critique des contributions agrégées. Une estimation du volume total des prêts générés par ces contributions, et la valeur ajoutée engendrées sont également retenues pour fixer le niveau de cofinancement consenti.

Cette approche générale du financement par les fonds structurels ne doit pas faire oublier les conditions particulières imposées par chacun d'eux. Ainsi, en vertu de l'article 176 du TFUE, « Le Fonds européen de développement régional est destiné à contribuer à la correction des principaux déséquilibres régionaux dans l'Union par une participation au développement et à l'ajustement structurel des régions en retard de développement et à la reconversion des régions industrielles en déclin ». Cet objectif conduit alors à cofinancer des actions en faveur des PME. Selon l'article 3 du règlement FEDER, ce fonds soutient :

- « a) les investissements productifs, qui contribuent à la création et à la sauvegarde d'emplois durables, par des aides directes aux investissements dans les PME ;
- b) les investissements productifs, quelle que soit la taille de l'entreprise concernée, qui contribuent aux priorités d'investissement (...) lorsque ces investissements impliquent une coopération entre de grandes entreprises et des PME ;
- c) les investissements dans des infrastructures offrant des services de base aux citoyens dans les domaines de l'énergie, de l'environnement, du transport et des TIC ;
- d) les investissements dans des infrastructures sociales, sanitaires, de recherche, d'innovation, commerciales et d'enseignement ;
- e) les investissements dans le développement d'un potentiel endogène à travers des investissements fixes dans les équipements et les petites infrastructures, y compris les petites infrastructures du tourisme culturel et durable, les services aux entreprises, le soutien aux organismes du secteur de la recherche et de l'innovation et les investissements dans les technologies et la recherche appliquée dans les entreprises ;
- f) la création de réseaux, la coopération et l'échange d'expériences entre les autorités régionales, locales, urbaines et autres autorités publiques compétentes, les partenaires économiques et sociaux, et

les organismes pertinents représentant la société civile, les études, les actions préparatoires et le renforcement des capacités ».

« Afin d'atteindre ces objectifs, la politique de cohésion économique, sociale et territoriale est dotée d'un budget à l'échelle de l'UE de 15,5 milliards d'euros (FEDER et FSE) dont 14,4 milliards au titre des programmes français et 1,1 milliard concernant la coopération territoriale européenne (CTE). Par ailleurs, la politique européenne de développement rural (FEADER) reçoit se voit allouer un budget de 11,4 milliards d'euros. Enfin, une somme est débloquée spécifiquement à la France visant l'emploi des jeunes de 330 millions d'euros. »

Le financement par les fonds structurels passent par les pouvoirs publics (organismes d'Etat ou structures régionales) qui organisent dans leur secteurs d'intervention des actions tant en matière d'infrastructures que de formation⁸¹. Les PME sont alors conviées à participer à ces actions voire en être les instigatrices. Il s'agit d'une intermédiation d'organes publics au service du secteur privé⁸².

Dans ce cadre, les PME peuvent bénéficier d'une partie de ces financements au sein de programmes nationaux ou régionaux. Chaque programme définit la stratégie d'utilisation des fonds en cohérence avec les objectifs dégagés. En effet, l'UE a décidé de fixer des buts précis aux destinataires des cofinancements s'inscrivant dans une concentration des thématiques prévue à l'article 18 du règlement général sur les fonds structurels européens⁸³. Sur cette

⁸¹ C. CROUCH, «Capitalist Diversity and change : Recombinant Gouvernance and institutional Entrepreneurs », Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 111.

⁸² Catherine SPIESER, «Les fonds structurels européens : quels outils pour faire face aux restructurations ? Expériences et réalisations passées», *Revue internationale de droit économique*, 2008, t. XXII, 2, p. 213.

⁸³ Article 18 concentration thématique : « Les États membres axent le soutien, conformément aux règles spécifiques des Fonds, sur les interventions qui sont porteuses de la plus grande valeur ajoutée par rapport à la stratégie de l'Union en matière de croissance intelligente, durable et inclusive, en tenant compte des grands défis territoriaux des différents types de territoires conformément au CSC, des enjeux mentionnés dans les programmes nationaux de réforme, le cas échéant, et des recommandations pertinentes spécifiques à chaque pays visées à l'article 121, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et des recommandations correspondantes du Conseil adoptées en vertu de l'article 148, paragraphe 4, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les dispositions relatives à la concentration thématique au titre des règles spécifiques des Fonds ne s'appliquent pas à l'assistance technique. » ; Règlement (UE)

base, chaque Etat membre de l'UE propose à la Commission un programme opérationnel fondé sur les règlements FEDER et FSE. Ainsi, la France a dégagé une perspective visant une stratégie régionale de l'innovation pour une spécialisation intelligente, notamment en renforçant la compétitivité des PME et la création des entreprises. Ce faisant, les projets innovants servant les PME peuvent faire l'objet d'un financement FEDER. De même, sont éligibles toutes les actions visant à renforcer le potentiel des PME comme l'atteinte de nouveaux marchés, l'inclusion de nouvelles technologies dans le processus productif, le conseil en matière d'ingénierie financière. Il est également possible d'obtenir des cofinancements pour les PME via le FEDER si elles proposent des projets en matière de création de pôles de développement ou de promotion de l'efficacité énergétique⁸⁴ ou de développement des énergies renouvelables⁸⁵. En outre, l'amélioration de l'environnement régional et local pour les PME peut se traduire par le cofinancement de projets favorisant l'accès au capital pour les PME en phases de démarrage et de croissance, la création d'infrastructures et de services d'appui aux PME, la mise en place de services de recherche et développement technologique ou encore augmentant les capacités d'innovation aux niveaux régional et local des PME. En collaboration avec les organismes des États membres et internationaux de normalisation, la Commission est sur le point de lancer un dialogue visant à déterminer et classer par ordre de priorité les domaines dans lesquels les normes et objectifs pourraient avoir les plus grands effets. Les domaines susceptibles d'être inclus sont le traitement des déchets, l'eau potable, les matériaux de

n° 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant dispositions générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, et abrogeant le règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil, JOUE, L347, 20 décembre 2013, p. 320.

⁸⁴ Il peut s'agir de la réduction de la consommation énergétique des bâtiments, soit par leur rénovation, soit par le renforcement des connaissances et le développement d'expérimentations de nouvelles solutions techniques.

⁸⁵ Bois, Biogaz dans la part de production de l'énergie ou à leur utilisation dans les réseaux de chaleur.

construction durables et l'isolation des bâtiments. Le financement du secteur public est essentiel pour accélérer l'éco-innovation dans le secteur privé, en particulier dans les PME.

Le FEDER finance également le tourisme devenu l'une des priorités de son action. Son ainsi, éligibles les projets des collectivités territoriales notamment dans le cadre d'une collaboration avec l'ensemble des personnes intervenant dans ce domaine dont les PME qui peut s'initier dans des programmes comme INTERREG ou ERASMUS+. En bourgogne par exemple le programme opérationnel dans le cadre du FEDER obtient un financement utile au PME dans le domaine «stratégie régionale pour l'innovation» pour les entreprises innovantes à fort potentiel de débouché sur le marché. Dans le même esprit des aides sont allouées à ces PME afin qu'elles améliorent leur compétitivité⁸⁶. Les *länder* allemands obtiennent des financements issus du FEDER dans le cadre des programmes «investissement dans les territoires intégrés ». Ainsi, le Schleswig-Holstein a obtenu une participation financière pour un projet ayant pour thèmes les transports, les énergies renouvelables, le tourisme, la démographie et le personnel qualifié ainsi qu'un site industriel spécial (*Brunsbüttel*). Cette initiative permet l'obtention d'une somme de 30 millions d'euros entre 2014 et 2020.

A côté de ce premier fonds, le FSE participe également aux financements des PME sur un segment particulier la formation et l'emploi. Les projets s'intéressant spécifiquement à l'emploi des jeunes connaissent un sort très favorable. Il en va ainsi des projets dont l'objet est l'augmentation du taux de qualification par l'apprentissage. Les demandeurs d'emploi sont aussi visés par les FSE, les PME peuvent à cet égard bénéficier d'aides via les actions menées par les régions dans le cadre de la formation tout au long de la vie. Ainsi, selon l'article 3 a) du règlement relatif au FSE ce dernier

⁸⁶ V. document l'Europe s'engage en Bourgogne élaboré sur la base « Les territoires français au regard de la Stratégie Europe 2020 », collection *Préparer la génération 2014-2020 des programmes européens*, septembre 2013, CGET, p. 2.

« soutient les priorités d'investissement suivantes:

Pour l'objectif thématique «promouvoir un emploi durable et de qualité et soutenir la mobilité de la main-d'œuvre»:

I) l'accès à l'emploi pour les demandeurs d'emploi et les personnes inactives, notamment les chômeurs de longue durée et les personnes qui se trouvent les plus éloignées du marché du travail, également grâce à des initiatives locales en faveur de l'emploi et au soutien à la mobilité professionnelle;

II) l'intégration durable sur le marché du travail des jeunes, en particulier ceux qui ne travaillent pas, ne font pas d'études ou ne suivent pas de formation, y compris les jeunes exposés à l'exclusion sociale et ceux issus de groupes marginalisés, en mettant notamment en œuvre la garantie pour la jeunesse;

III) l'emploi indépendant, l'entrepreneuriat et la création d'entreprises, y compris les micro, petites et moyennes entreprises innovantes;

IV) l'égalité entre les hommes et les femmes dans tous les domaines, notamment en matière d'accès à l'emploi et d'avancement dans la carrière, la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée ainsi que la promotion du principe "à travail égal, salaire égal";

V) l'adaptation au changement des travailleurs, des entreprises et des entrepreneurs;

VI) le vieillissement actif et en bonne santé;

VII) la modernisation des institutions du marché du travail, telles que les services publics et privés de l'emploi, de façon à mieux répondre aux besoins du marché du travail, y compris par des actions visant à améliorer la mobilité professionnelle transnationale ainsi qu'en faisant appel à des programmes de mobilité et à une meilleure coopération entre les organismes et les parties prenantes concernées. »⁸⁷

Dans ce cadre, des rapports de la Commission fournissent quelques exemples de cofinancement par le FSE notamment lors de restructuration d'un secteur d'activité. Ainsi, au Danemark, une

⁸⁷ Règlement (UE) n° 1304/2013 du Parlement et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au Fonds social européen et abrogeant le règlement (CE) no 1081/2006 du Conseil, JOUE n° L 347, 20 décembre 2013, p. 470.

entreprise de transport a sollicité et obtenu un financement FSE afin de former ses salariés aux nouvelles technologies dans un but de réorganiser leur action et à rendre la structure compétitive. De même, en Irlande deux organismes publics chargés de la réinsertion professionnelle ont organisé des formations de requalification et de réévaluation de compétences cofinancées par le FSE. A la suite de ces formations, un certificat était obtenu par les stagiaires leur permettant une mobilité inter entreprises. Pour prendre un dernier exemple, en Finlande le FSE a financé un consortium dont l'objet est d'aider les employés d'une PME du secteur de la métallurgie à se convertir. La plupart des Etats mobilisent les deux fonds (FEDER et FSE) afin d'obtenir des cofinancements utiles ensuite à l'ensemble du territoire et notamment aux PME. Aux Pays-Bas, le financement par les fonds structurels et notamment le FSE vise à améliorer la coopération entre les opérateurs économiques locaux. Dans le cadre d'horizon 2020, des actions spécifiques sont organisées dans des quartiers en difficulté sur le plan économique. Il s'agit de mettre en avant le développement local par les «acteurs» du territoire. Aussi, les PME ont dans ce processus un rôle à jouer. Ainsi, l'implication de ces entreprises, de la population locale et des autres personnes intéressées dans le développement du quartier aboutissent à des aides du FSE⁸⁸.

Le FSE en complément du FEDER cofinance également des missions concernant les projets qualifiés «Investissements territoriaux intégrés (ITI)» dans lesquels les PME peuvent trouver un moyen de prospérer. Ainsi dans le projet ITI en Flandre, sont financés les initiatives dont l'objet est de relever l'économie locale par l'implantation d'entreprises dotées de projets innovants. Le FSE apporte 26,7 millions d'euros⁸⁹. Ce fonds veille à la mise en place de la stratégie, assiste à la préparation et exerce un contrôle en cours

⁸⁸ Document du Bundesinstitut für Ban-, Stadt und Raumforschung (BBSR), « Des nouveaux instruments pour financer un développement régional et urbain durable », agenda 2020, BBSR Publikation, n°16/2015, p. 27.

⁸⁹ Document Ibid, p. 37. En Finlande, l'approche ITI est utilisée dans les six plus grandes villes du pays (Helsinki, Espoo, Vantaa, Oulu, Tampere, Turku). Environ 30 % de la population de la Finlande y vit. Ces villes sont des centres pour la recherche, le développement et l'innovation et sont caractérisées par des conditions similaires.

et en fin d'exécution. Dans une même démarche la Roumanie s'est fondée sur un projet ITI permettant aux PME de s'inscrire dans les projets proposés reposant sur la dimension développement durable. La zone choisie est le delta du Danube avec une volonté d'améliorer les conditions de vie des populations et d'assurer un développement des zones urbaines du territoire avec une forte présence de PME. Le financement est organisé sur une base multi fonds dont le FEDER, le FSE, le FEADER, le FEAMP et le FC⁹⁰.

Cette complémentarité FEDER et FSE est également présente en Angleterre dans le projet «développement dans les villes», pour la période 2014/2020 pour lesquels sont éligibles des PME souhaitant améliorer leur compétitivité et mettant en place des démarches innovantes. Ainsi, selon les autorités publiques Les régions urbaines défavorisées sont principalement concernées. Régions qui présentent des disparités économiques vis-à-vis des autres régions moins défavorisées. Ces disparités concernent par exemple le taux d'emploi, l'entrepreneuriat, la compétitivité des petites et moyennes entreprises, l'accès au marché du travail ou le produit intérieur brut. Le projet doit permettre d'éliminer ces disparités en soutenant les démarches innovantes en faveur du développement économique local dans ces zones urbaines⁹¹.

Dernier fonds envisagé comme financeur des programmes en faveur des PME le Fonds pour le développement rural (FEADER)⁹². Il participe au financement de tous les programmes et actions concernant le second pilier de la politique agricole commune (PAC).

Pour la période 2014-2020, la France a reçu une enveloppe FEADER de 11,4 milliards d'euros⁹³. Elle est la mieux dotée des 28

⁹⁰ FEDER 709,62 millions d'euros, FSE 76 millions d'euros, FEADER 168 millions d'euros, FEAMP 50 millions d'euros, FC 107,64 millions d'euros.

⁹¹ Information : Department for Communities and Local Government - United Kingdom (UK) (2015a); Department of Work and Pensions – UK (2014); Document du Bundesinstitut für Ban-, Stadt und Raumforschung, précité, p. 27.

⁹² Règlement (UE) n° 1305/2013 DU Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) et abrogeant le règlement (CE) no 1698/2005 du Conseil, JOUE, n° L347, 20 décembre 2013, p. 487.

⁹³ 118 projets de développement rural ont été adoptés pour les 28 pays dont 30 pour la France. Site : <<http://ec.europa.eu/agriculture/rural-develop->

Etats membres. Cette dotation obtenue cofinance des projets s'inscrivant dans trois thèmes précis : L'installation des jeunes agriculteurs, les paiements en faveur des zones soumises à des contraintes naturelles ou à des contraintes spécifiques de types agro-environnementales et climatiques.

Les PME sont visés par le règlement comme des destinataires du fonds⁹⁴. Ainsi le point 18 du FEADER affirme que

« Les PME constituent l'épine dorsale de l'économie rurale de l'Union. Le développement des activités agricoles et non agricoles devrait viser à assurer la promotion de l'emploi et la création d'emplois de qualité dans les zones rurales, le maintien des emplois existants, la réduction des fluctuations saisonnières de l'emploi et le développement de secteurs non agricoles en dehors de l'agriculture et de la transformation des produits agricoles et des denrées alimentaires., Dans le même temps, il devrait favoriser l'intégration des entreprises et les liens intersectoriels locaux. Il y a lieu d'encourager les projets rassemblant l'agriculture et le tourisme rural – par la promotion d'un tourisme durable et responsable en milieu rural –, et le patrimoine naturel et culturel, de même que les investissements dans les énergies renouvelables. »

Les projets proposés par les autorités publiques en faveur PME doivent contenir, par exemple, pour bénéficier d'un cofinancement du FEADER une dimension conseil à ces entreprises dans le domaine des performances économiques ou en matière environnementale⁹⁵. Tous ces financements de l'UE sont orientés vers la compétitivité du marché intérieur. Dès lors, l'aspect social demeure l'oublié. Dans l'article 5 du règlement FEADER, il est prévu que les programmes précisent la description de l'approche fixant les principes applicables à l'établissement des critères de sélection des opérations et des stratégies locales de développement, en prenant en considération les objectifs détaillés pertinents. Ce faisant, l'encouragement à la diversification des zones agricoles est un axe de cofinancement du FEADER. Peut obtenir une aide, par exemple, toute mesure favorisant l'implantation de PME non agricole. Dans ce contexte, les États membres peuvent prévoir d'accorder la prio-

ment-2014-2020/country-files/common/number-of-rdp-per-country>.

⁹⁴ V. Art. 2 du règlement n°1305/2013, précité.

⁹⁵ V. Art. 15, point 6 g du règlement n°1305/2013, précité.

rité à des PME liées au secteur de l'agriculture et de la foresterie. Parfois, il est difficile de déterminer si les investissements de la PME entre dans les cofinancements prévus par le règlement FEADER. Cette difficulté est intervenue concernant l'éligibilité des aides octroyées par l'Etat dans le cadre du FEADER pour l'achat de matériel d'occasion. La Commission considère qu'un matériel d'occasion ne peut pas relever de l'objectif d'innovation et de compétitivité. Aussi, elle écarte certaines dépenses éligibles au motif du non respect du règlement. Une action en annulation de cette décision est introduite par la République de Finlande devant le tribunal. Le juge considère que

« l'objectif principal du règlement n° 1698/2005 est de permettre une modernisation et une amélioration des performances économiques des entreprises, dont notamment les petites et moyennes entreprises (PME), dans le secteur agricole, notamment, en favorisant l'adoption de nouvelles technologies et l'innovation. Toutefois, cette finalité ne requiert pas nécessairement, à titre exclusif, l'investissement dans du matériel ou de l'équipement neuf ou innovateur en ce qui concerne les PME. Certes, le financement d'un tel investissement est susceptible de promouvoir la modernisation et la compétitivité des PME, ce qui présente également un lien avec l'objectif de contribuer à l'amélioration de la qualité de la vie et du travail en milieu rural, à la promotion de la diversification des activités économiques et à la protection de l'environnement au moyen de technologies innovantes. Il n'en demeure pas moins que, dans le cas des PME, qui constituent la majorité des opérateurs actifs dans ce secteur, ciblés au considérant 23 in fine du règlement n° 1698/2005, et dont les moyens financiers sont généralement moindres par rapport à ceux dont disposent les grandes entreprises, l'investissement dans de l'équipement neuf n'est pas toujours susceptible de contribuer à atteindre ces objectifs. Ainsi, il peut s'avérer que l'achat de matériel d'occasion d'un niveau technique élevé, mais à un prix réduit, voire d'un niveau technique meilleur par rapport à celui de certains équipements neufs, satisfasse également aux besoins de ces entreprises et contribue même davantage à leur développement technologique et économique au sens de la modernisation envisagée du secteur agricole »⁹⁶.

⁹⁶ Tribunal, 11 décembre 2015, République de Finlande c Commission, aff. T-124/14, non publié au recueil.

Ainsi, les dispositions du droit de l'UE laisse la part à l'interprétation et se révèle d'une grande complexité pour les PME afin de déterminer si leurs actions relèvent ou pas d'un cofinancement issu des fonds structurels avec le risque de ne pas recevoir l'aide prévue ou de subir une décision de répétition de l'indu.

Certes, les fonds financent l'amélioration de l'environnement des PME, mais encore faut-il que les principes fondamentaux de l'UE comme la libre concurrence, l'égalité de traitement et la non discrimination soient respectées. Aussi, le régime des aides aux PME est strictement encadré afin que le cofinancement sollicité ne soit pas contraire au droit de l'UE. Ainsi, la France a soumis à la Commission et accepté par elle un cadre des aides licites. En effet, sur cette base un régime d'exemption de notification de l'aide à la Commission est organisé⁹⁷. Dès lors, sont susceptibles d'être aidé et donc cofinancé par les fonds structurels. Sur cette base, les interdictions posées ne s'appliquent pas soit à des types d'aides, soit à certains secteurs. Sont donc admises comme licites et donc susceptibles de s'ajouter à un financement de l'UE, les aides en faveur d'activités liées à l'exportation vers des pays tiers ou un Etat membre⁹⁸, les aides subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence aux produits importés, les mesures d'aide qui, par elles-mêmes, par les modalités dont elles sont assorties ou par leur mode de financement, entraînent de manière indissociable une violation du droit de l'Union européenne (UE)⁹⁹, les aides en faveur

⁹⁷ Régime cadre exempté de notification N° SA.40453 relatif aux aides en faveur des PME pour la période 2014-2020, adopté sur la base du règlement général d'exemption par catégorie n° 651/2014 de la Commission européenne, 17 juin 2014, déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, JOUE n° L187, 26 juin 2014, p. 1.

Décret n° 2014-758 du 2 juillet 2014 relatif aux zones d'aide à finalité régionale et aux zones d'aide à l'investissement des PME pour la période 2014-2020, conforme à la décision de la Commission européenne SA.38182 (2014/N) du 7 mai 2014 approuvant la carte française des zones d'aides à finalité régionale.

⁹⁸ Il s'agit d'aides qui sont directement liées aux quantités exportées, et aux aides servant à financer la mise en place et le fonctionnement d'un réseau de distribution ou d'autres dépenses courantes liées à l'activité d'exportation.

⁹⁹ 1) Les mesures d'aide dont l'octroi est subordonné à l'obligation

d' une entreprise faisant l' objet d' une injonction de récupération non exécutée, émise dans une décision antérieure de la Commission déclarant des aides illégales et incompatibles avec le marché intérieur, les aides aux entreprises en difficulté.

Par ailleurs le régime d'exemption vise également des secteurs comme la transformation et la commercialisation de produits agricoles¹⁰⁰, la pêche et l'aquaculture. Cette exclusion de notification ne s'applique pas aux aides à l'innovation, ainsi qu'aux aides en faveur des jeunes pousses et aux aides aux services de conseil.

Toutefois, ces aides ne peuvent être octroyées qu'à condition de respecter le dispositif réglementaire régissant les fonds structurels¹⁰¹. En effet, Il s'agit de la question particulière de l'articulation entre les aides de l'Union européenne versées au titre des fonds structurels et les aides d'État, voire des collectivités territoriales qui viennent en complément de ces aides européennes. Les fonds structurels reposent, en effet, sur le principe du cofinancement : toute aide de l'UE vient en complément d'un financement national.

Le cumul est donc ici le principe : l'aide de l'État complète celle perçue au nom de la politique de cohésion économique et sociale. Les aides publiques accordées dans ce cadre doivent, néanmoins, respecter les règles en matière d'aides d'État. À ce titre, la

pour le bénéficiaire d'avoir son siège dans l'État membre concerné ou d'être établi à titre principal dans ledit État membre. Il est toutefois autorisé d'exiger que le bénéficiaire ait un établissement ou une succursale dans l'Etat membre qui octroie l'aide au moment du versement de l'aide ;

2) les mesures d'aide dont l'octroi est subordonné à l'obligation pour le bénéficiaire d'utiliser des biens produits sur le territoire national ou d'avoir recours à des prestations de services effectuées depuis le territoire national ;

3) les mesures d'aide limitant la possibilité pour les bénéficiaires d'exploiter les résultats des activités de recherche, de développement et d'innovation obtenus dans d'autres États membres.

¹⁰⁰ C'est le cas d'aide est fixé sur la base du prix ou de la quantité des produits de ce type achetés à des producteurs primaires ou mis sur le marché par les entreprises concernées, ou lorsque l'aide est conditionnée au fait d'être partiellement ou entièrement cédée à des producteurs primaires.

¹⁰¹ Point 5 du régime d'exemption : les aides allouées au titre des fonds européens structurels et d'investissement sont octroyées dans les formes prévues par le règlement n° 1303/2013 du 17 décembre 2013 portant dispositions communes au FEDER, au FSE, au FEADER, au FEAMP sous réserve de l'application d'autres dispositions relatives aux fonds européens structurels et d'investissement plus restrictives.

Commission rappelle que

«les décisions relatives aux programmes opérationnels financés par les Fonds structurels contiennent une clause standard précisant que «toute aide publique accordée en application du présent programme doit être conforme aux règles de procédure et aux conditions matérielles applicables aux aides d'État à la date de l'octroi de l'aide publique».

Il incombe aux autorités de gestion de veiller à ce que cette condition soit remplie.

La Commission veille, notamment, à ce que la totalité des ressources publiques, dont font partie les fonds structurels et leur cofinancement national, ne dépasse pas le montant maximum autorisé au titre de la réglementation en matière d'aides d'État. Si une telle opération violait le dispositif normatif alors une action serait engagée par la Commission contre l'Etat afin qu'il récupère les aides illégalement versées¹⁰².

De même, il est certain, qu'une PME qui participe à une opération financées par un fonds structurel doit respecter les règles de passation des marchés publics. Ainsi, il est constant que dans le dispositif textuel en matière de cofinancement rappelle cette obligation. La Commission précise qu'

« Afin de garantir le succès des actions menées par des promoteurs publics ou privés, les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour : / - vérifier régulièrement que les actions financées par la Communauté ont été menées correctement, / - prévenir et poursuivre les irrégularités, / - récupérer les fonds perdus à la suite d'un abus ou d'une négligence. Sauf si l'Etat membre et/ou l'intermédiaire et/ou le promoteur apportent la preuve que l'abus ou la négligence ne

¹⁰² Règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis, JOUE n° L 352, 24 décembre 2013, p. 1. Circulaire française relative à l'application du règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis, 14 septembre 2015, service du Premier ministre, Commissariat général à l'égalité des territoires, consulté le 4 septembre 2016 : <http://www.adcf.org/files/THEME-Developpement-economique/Instruction-relative-au-reglement-de-minimis-n1407_2013-circulaire-CGET-14092015.pdf>.

leur est pas imputable, l'Etat membre est subsidiairement responsable du remboursement des sommes indûment versées (...) ».

Ce faisant, la Cour de justice admet que lorsque le bénéficiaire d'une subvention octroyée au titre du FEDER est un pouvoir adjudicateur au sens de la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, et que le montant du contrat de marché public de services passé pour la réalisation de l'opération faisant l'objet de cette subvention dépasse le seuil de 200 000 euros, si des négligences sont commises alors il revient à l'Etat de tout mettre en œuvre pour récupérer cette somme indûment perçue. Cette répétition de l'indu n'est possible que si est apportée la preuve de la violation des règles régissant la passation des marchés publics. Il peut s'agir par exemple d'un défaut de publication d'un avis. Toutefois, le juge administratif français est vigilant concernant la motivation de l'acte sollicitant la récupération de la somme versée. Dans une affaire *Ministre de l'intérieur c/ CCI de l'Indre*, le Conseil d'Etat français fait une stricte application des obligations qui pèsent sur les destinataires des fonds et précise que

« Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la CCI de l'Indre n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Limoges a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation du titre de perception d'un montant de 60 979,60 euros émis à son encontre et de la décision implicite rejetant son opposition à ce titre »¹⁰³.

Il est certain que les destinataires finaux de ces cofinancements doivent s'assurer que les sommes perçues pour l'exécution de leurs prestations ne violent pas le droit de l'UE, sous peine de subir une obligation de remboursement. Cette tâche de vérification demeure particulièrement lourde pour une PME.

Il est incontestable que les autorités publiques multiplient les actions en faveur des PME et l'UE participe à cet objectif. Toutefois, une grande complexité entoure ces financements et leurs efficacités sont souvent remises en cause.

¹⁰³ CE, 21 mars 2012, aff. 308 601, *Ministre de l'intérieur, de l'outre mer et des collectivités territoriales c/ CCI de l'Indre*, non publié au recueil Lebon ; v. également Cour AA de Lyon, 9 octobre 2012, *Commune de Pradines*, aff. 12LY00260, non publié au recueil Lebon.

B. L'efficacité des cofinancements

Il est généralement admis que les cofinancements de l'UE, notamment par les fonds structurels présentent des avantages non négligeables :

- l'effet de levier. Les instruments financiers sont supposés attirer des ressources publiques ou privées additionnelles grâce à des incitations spécifiques et à une réduction du risque, permettant ainsi de multiplier l'effet total sur l'investissement ;
- la soutenabilité budgétaire. Contrairement aux subventions, les instruments financiers constituent des aides remboursables et permettent ainsi le réinvestissement des fonds initiaux dans d'autres projets, éventuellement majorés d'intérêts. Ce «recyclage» des fonds sur le long terme apparaît particulièrement intéressant en période budgétaire très contrainte ;
- la moindre dépendance des entreprises aux aides publiques. Le caractère remboursable des aides accordées au travers d'instruments financiers permettrait également d'éviter ou de minimiser la dépendance des entreprises nouvellement créées ou de certains secteurs aux aides publiques ;
- l'assurance d'une compatibilité avec la législation de l'UE sur les aides d'État. Les instruments financiers européens doivent en effet se conformer à un cadre réglementaire et, lorsqu'ils font l'objet d'une adaptation, être soumis à une évaluation *ex ante* ;
- une plus grande rapidité de mise en oeuvre et une moindre charge administrative, en particulier s'il y a recours à un intermédiaire financier, chargé d'octroyer le prêt ou la garantie ou de gérer le fonds d'investissement.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Rapport d'information, Sénat n°768 (2015-2016) de François Marc fait au nom de la Commission des finances, le 6 juillet 2016, « Financement des PME : quelle mobilisation des instruments financiers européens ? », 90 p.

Pour autant, l'efficacité d'une politique publique se mesure sur la base de divers critères souvent dégagés par des textes de l'UE. Selon le règlement général des fonds, chaque Etat doit se doter des moyens nécessaires pour évaluer l'efficacité et l'efficience des programmes¹⁰⁵. L'intérêt de l'évaluation ici est essentiellement, en cours d'exécution du programme et ex post, afin de connaître le nombre des PME ayant obtenu un cofinancement et si les objectifs déterminés sont atteints. Selon l'article 56 du règlement général

« Pendant la période de programmation, l'autorité de gestion veille à ce que des évaluations de chaque programme soient effectuées, y compris des évaluations visant à en évaluer l'efficacité, l'efficience et l'impact, sur la base du plan d'évaluation, et que chacune de ces évaluations fasse l'objet d'un suivi correct, conformément aux règles spécifiques de chaque Fonds. Une évaluation porte, au moins une fois pendant la période de programmation, sur la manière dont le soutien accordé par les Fonds ESI a contribué à la réalisation des objectifs pour chaque priorité. Toutes les évaluations sont examinées par le comité de suivi et envoyées à la Commission ».

Sur les mêmes bases des évaluations ex post sont opérées soit par la Commission, soit par les Etats à condition de travailler étroitement avec elle¹⁰⁶. La date limite de rendu des rapports est le 31 décembre 2024.

Poser le principe de l'évaluation¹⁰⁷ n'est pas une assurance « tous risques » de la qualité du rendu. De nombreuses critiques sont formulées à l'égard du cofinancement par l'UE des PME. Une grande majorité déplore la parcimonie des enquêtes relatives aux effets des financements sur les PME, ensuite la difficulté pour connaître les types de cofinancement et enfin la complexité des dossiers à fournir pour être éligible.

Ainsi, est mis en avant par les destinataires des aides la grande complexité de la procédure pour une PME. Certes, la volonté de

¹⁰⁵ V. Art. 54, Chapitre II, du règlement général, n° 1303/2013, précité.

¹⁰⁶ Art. 57 du règlement général, n° 1303/2013, *ibid.*.

¹⁰⁷ Bernard Perret, « L'évaluation des politiques publiques », éd. La découverte, 2008 ; également, Rapport de la Direction générale « Emploi, affaires sociales et inclusion, de la Commission européenne, « Interim evaluation of the european progress microfinance facility », nov. 2014, publication officielle de l'Union européenne, 2015, 134 p.

simplification est constamment brandie, par la Commission de l'UE et par les organismes gestionnaires, pour autant la réalité confond cette volonté. Il n'est pas nié par les représentants des PME que les cofinancements par les fonds structurels servent le secteur. Toutefois, une enquête révèle qu'ils demeurent difficiles d'accès même si les Etats multiplient les actions d'informations. Par ailleurs, selon ces mêmes sources, il ressort qu'aucune évaluation fiable ne permet de mesurer l'effet des aides européennes sur les PME. Une autre remarque est formulée concernant l'opacité sur la source de la décision, la Commission renvoyant vers les Etats, les régions ou tout autre organe gestionnaire et inversement ces instances nationales renvoient vers la Commission. En réalité un manque de transparence est souvent constaté. Certains représentants des PME à Bruxelles considèrent qu'aucune évaluation fine n'est menée par l'UE sur l'impact et l'efficacité des fonds visant les PME.¹⁰⁸ Par ailleurs, Selon l'UEAPME, entre 5 et 10% des fonds structurels sont en général consacrés aux PME, proportion très modeste lorsque ce chiffre est mis en relation avec le nombre d'emplois créés par les PME, environ 85% du total à l'échelle de l'UE, pour l'année 2010. Pour les micro et les petites entreprises, leurs responsables déclarent être exclus des financements de l'UE en raison de l'extrême complexité de la procédure de recevabilité des dossiers¹⁰⁹. Les responsables estiment que « la plupart des entrepreneurs savent qu'il existe des financements européens, mais ils ne savent pas comment faire une demande »¹¹⁰.

Les institutions européennes relèvent également, cette insuffisance de connaissance des possibilités de cofinancement. Ainsi, le Parlement européen et plus particulièrement, la Commission de l'emploi et des affaires sociales dans son rapport sur le programme « Progress » souligne la nécessité de « (...) veiller à ce que l'instrument

¹⁰⁸ Francesco Longu de l'Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME), qui représente 12 millions de PME à Bruxelles, in Julian Schorpp / EurActiv.fr, publié le jeudi 24 mai 2012 par localtis.

¹⁰⁹ Jeremy Fleming, « Des représentants de l'entrepreneuriat pour niveler les performances des PME », 17 octobre 2012, site : consulté le 11 septembre 2016 : <<http://www.euractiv.fr/section/all/news/des-representants-de-l-entrepreneuriat-pour-niveler-les-performances-des-pme>>.

¹¹⁰ Déclaration de Patrick Gibbels, représentant à Bruxelles de la European Small Business Alliance.

et ses modalités d'accès fassent l'objet de plus de publicité et d'informations, ainsi qu'à s'efforcer de simplifier la procédure et de rendre plus flexibles et plus aisément compréhensibles les accords entre les intermédiaires des microfinancements et le FEI, ce qui permettrait d'accélérer l'accès au marché d'intermédiaires de plus petite dimension »¹¹¹. Des enquêtes, en France, menée sur le degré de connaissances des modes de financements par le FEDER et le FSE, révèlent une absence d'informations des chefs d'entreprises relatives aux programmes proposés par les instances de l'UE¹¹². Certes ces derniers, ont une bonne opinion de l'UE pourtant, plus de deux interviewés sur trois (68%) déplorent un déficit d'information sur les actions aidées par l'Europe. Ce sentiment est particulièrement fort pour les dirigeants de PME-TPE : 79% se déclarent « mal informés » sur les actions pouvant bénéficier d'une subvention en provenance de l'UE. Parmi l'ensemble des destinataires de ces cofinancements, ce sont les chefs d'entreprises qui connaissent le moins les aides fournies par les programmes de l'UE¹¹³. Par ailleurs,

¹¹¹ Parlement européen, point 24 du rapport de la Commission de l'emploi et des affaires sociale du 17 novembre 2015 sur la mise en œuvre de l'instrument européen de microfinancement Progress, doc. de séance, (2015/2042 (INI)), p. 21.

¹¹² Enquête de l'IFOP, « Connaître les programmes européens – Enquête d'opinion auprès des bénéficiaires potentiels des fonds structurels européens », sollicité par la Délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale (DATAR) en décembre 2011, 12 p. L'échantillon comportait 2904 dirigeants de TPE-PME de moins de 250 salariés. Si 75% des personnes interrogées déclarent avoir eu connaissance de projets locaux appuyés financièrement par l'UE, la communication sur les actions aidées par l'Europe doit encore être renforcée. Les élus locaux sont 84% à souhaiter recevoir davantage d'informations, notamment sur le type de projets financés (55%), les conditions d'attribution des Fonds (41%) et les personnes ou organismes auxquels s'adresser (36%). Par ailleurs, les dirigeants des TPE-PME tirent l'essentiel de leurs informations des médias traditionnels : la presse régionale et nationale notamment (40%), mais aussi la télévision (35%) et la radio (19%). De façon plus fréquente que la moyenne, les chefs d'entreprises citent les panneaux ou plaques sur un projet déjà financé (25% et 31% pour les entreprises œuvrant dans le secteur de la construction).

¹¹³ Quasiment tous les dirigeants des pôles de compétitivité (97%) ont déjà eu vent d'une telle aide de Bruxelles à destination de projets régionaux (92% en ont même entendus parler « plusieurs fois »). Les dirigeants de laboratoires (91%), d'associations (86%) ou les élus locaux (86%) et seu-

les fonds traditionnels comme le FEDER et le FSE sont très mal connus des responsables des PME et des TPE¹¹⁴. Dès lors, il n'est pas étonnant que les demandes de cofinancement de projets soient très bas puisque seulement 7% des dirigeants de PME sollicite une aide européenne. Les explications d'un tel résultat sont multiples : un tiers des dirigeants de PME-TPE estime qu'ils ne sont pas éligibles (31%), qu'ils n'ont pas de projet en cours (30%) ou qu'ils ne peuvent pas bénéficier d'une aide (22%). En réalité, la sollicitation des institutions européennes n'est pas entrée dans les mœurs des entreprises modestes¹¹⁵. Les lourdeurs de la procédure ne constituent un frein que pour une faible part d'entre eux : 19% évoquent des démarches trop complexes et 12% des formalités trop lourdes. A cet égard, un rapport du Parlement européen de la Commission des affaires économiques et monétaires souligne également que «les PME souffrent particulièrement de la complexité de la réglementation et de la charge administrative dans l'accès aux Fonds ESI, notamment des coûts de gestion disproportionnés par rapport à la taille de l'entreprise et des obstacles au traitement opportun des demandes de financement et des paiements qui en découlent»¹¹⁶. Aussi, est réclamée une profonde simplification. Elle passe par une meilleure explication de l'articulation entre la réglementation des fonds structurels (ESI) et celles des aides d'Etat. Il peut être également utile de mettre en place des agences de développement local et régional afin de faciliter l'accès des PME aux instruments financiers issus tant des fonds que des prêts BEI.

Ce constat d'un manque d'information est aujourd'hui à tempérer avec la création en 2013 d'un portail unique à destination des entreprises afin qu'elles puissent prendre connaissance des conditions d'accès aux financements du FEDER et du FSE¹¹⁷.

lement 65% des chefs d'entreprise des TPE et PME.

¹¹⁴ 33% pour le FEDER et 31% pour le FSE.

¹¹⁵ 22% citent le fait que la demande de subvention ne fait pas partie de leur culture et 17% n'y ont pas pensé.

¹¹⁶ AVIS de la commission du développement régional à l'intention de la commission des affaires économiques et monétaires sur « l'accès des PME au financement et le renforcement de la diversité des financements aux PME dans une union des marchés de capitaux », Rapporteur : Marc Joulaud, 26 mai 2016, (2016/2032(INI)), doc. PE580.519v02-00.

¹¹⁷ IMemo de la Commission de l'UE, « mproving access to finance

En principe, des informations claires sont plus accessibles pour les PME. En effet, des réseaux se sont créés favorisant l'échange d'informations. Ainsi, Le réseau «Enterprise Europe Network» est le plus grand réseau européen de soutien aux entreprises et d'innovation. Il fournit des services intégrés de haute qualité. Le réseau a pour mission de fournir des informations, une coopération interentreprises et des services de transfert d'innovation et de technologies intégrés afin de soutenir les petites entreprises et les PME innovantes.

L'une des principales activités du réseau consiste à informer les entreprises sur la législation, les programmes et les opportunités des financements européens ainsi qu'à fournir à la Commission un retour d'informations de la part des PME afin de garantir que les législations actuelles et futures répondent à leurs besoins. Les membres du réseau disposent d'une expertise dans des domaines particulièrement intéressants aux yeux des entreprises, dont: les acquisitions publiques, la coopération interentreprises, le financement, l'innovation, le transfert de technologies, les études de marché, le droit de la propriété intellectuelle et la législation européenne. Les membres du réseau aident également les entreprises à poser leur candidature dans le cadre de projets de recherche européens de la Commission et à s'acquitter de formalités administratives. Ils sont en contact direct avec la Commission européenne.

Dans toutes les recherches de financement, un constat s'impose même dans le cadre des PME innovantes, un effort de la part des Etats membres de l'Union concernant un allègement des démarches administratives auxquelles sont confrontés les demandeurs lorsqu'ils «souhaitent accéder aux fonds mis à leur disposition par l'Union».¹¹⁸

D'autres critiques sont formulées relatives à l'insuffisance de connaissances sur l'utilisation des financements par les fonds structurels. Elles sont considérées comme fragmentaires ou incomplètes. Lors de contrôles spécifiques sur l'affectation des cofinancements, il apparaît qu'un nombre important de demandes n'aboutit pas. Il serait souhaitable que soit mis en place un instrument d'analyse des raisons de l'échec, afin de sérier les difficultés rencontrées et

for SMEs: key to economic recovery », 2 mai 2013, site : <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-393_en.htm>.

¹¹⁸ Rapport point 19, *ibid.*, p. 21.

de tenter de les réduire. En effet, sur un plan quantitatif, plus de 2000 demandes dans le cadre de micro crédits ont été rejetées avec une motivation certes présente mais lacunaire. Il est simplement précisé que ces demandeurs, personnes physiques ou entreprises, se trouvaient en surendettement. La période actuelle est justement porteuse d'un tel risque et l'objet de ce type de financement devrait permettre de passer un cap difficile. Il paraît souhaitable que lors des décisions de rejet des explications plus fournies soient adressées accompagnées de solutions possibles afin de faire face à la situation.

En outre, sur l'efficacité, certains programmes cofinancés par l'UE ou garantis par la BEI semblent n'avoir pas atteint tous les objectifs espérés. Ainsi, pour le programme «Progress», le premier bilan laisse apparaître que les attentes en terme de créations d'emplois sont inférieures aux chiffres escomptés. Certes, la situation actuelle sur le plan économique peut expliquer en partie ce résultat, toutefois, d'autres raisons sont également pointées comme la rigidité du mécanisme mis en place et la rigueur des critères retenus. Pour autant, il est également mis en exergue un effet de levier de ces programmes sur les PME. En effet, la Commission des finances du Sénat français dans son rapport de juillet 2016 considère que l'effet de levier des financements, varie de 6 à 20 selon les caractéristiques de chaque dispositif. Selon le FEI, l'effet de levier minimum pour la facilité garantie du programme COSME est estimé à 20, c'est-à-dire qu'un euro de garantie du budget de l'UE permet de mobiliser, en moyenne, 20 euros de prêt pour les PME¹¹⁹. En outre, si l'on tient compte, comme dans le cadre du plan Juncker, du deuxième multiplicateur externe, lié aux investissements additionnels permis par le financement mobilisé, l'effet de levier global sur l'investissement est encore plus élevé. Globalement, l'effet multiplicateur moyen du « volet PME » du FEIS sur l'investissement, tous instruments confondus, est estimé à 15¹²⁰. Ces résultats récents sont dus à une

¹¹⁹ Au 31 décembre 2015, 275 millions d'euros de garanties avaient été distribuées au titre du programme COSME, ce qui devrait entraîner un financement total de 7 milliards d'euros en faveur des PME – soit environ 1 % du volume annuel de nouveaux prêts accordés aux PME de la zone euro – dont 1,2 milliard d'euros avait déjà été alloué à 51 000 PME dans 13 pays.

¹²⁰ Rapport du sénat fait au nom de la Commission des finances, précité, p. 77.

modification du contrôle ex ante évitant ainsi les effets d'aubaine dénoncés en 2011 par la Cour des comptes européennes¹²¹ démontrant que la valeur ajoutée des prêts BEI n'était pas probante¹²². Il n'est pourtant pas certain que le risque d'effet d'aubaine soit totalement levé. En effet, ce soutien par les intermédiaires financiers eut-il été le même sans des garanties publiques ? En d'autres termes, n'est-ce pas, par ce biais, un transfert du risque vers des autorités publiques ? D'ailleurs, à la suite d'une évaluation menée à l'occasion de l'influence du Programme cadre pour la compétition et l'innovation (CPI)¹²³, une majorité de PME interrogées indiquait que le soutien financier apporté par le programme européen avait été la seule option pour obtenir les fonds nécessaires à leur projet, tandis qu'un quart des personnes interrogées répondait que d'autres options de financement étaient disponibles mais qu'elles ne permettaient pas de couvrir le montant total de financement souhaité¹²⁴.

En outre, pour la France l'initiative PME de l'UE est intervenue à contretemps du calendrier politique et administratif français. En effet, au moment même où s'opérait le transfert de l'autorité de gestion des fonds structurels de l'État aux régions par la loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (MAPTAM), le débat sur le financement par les fonds structurels des programmes de l'UE intervenait. La nouvelle gestion décentralisée a alors semblé incompatible avec la nécessité de créer un programme centralisé dans le cadre de l'initiative PME. En revanche, les expériences espagnoles semblent

¹²¹ Cour des comptes européennes, Audit du mécanisme de garantie pour les PME, rapport spécial n° 4, 2011.

¹²² L'audit de la Cour porte sur les périodes de programmation 2000-2006 et 2007-2013, périodes au cours desquelles cette pratique s'est développée. Selon la Cour, celle-ci a occasionné des «retards fréquents» dans le versement des aides aux PME, et s'est avérée d'une qualité «médiocre» pour lever des investissements privés. La Cour recommande de renforcer le cadre réglementaire afin qu'il soit possible de s'assurer de la fiabilité des évaluations de déficit de financement des PME, de fixer des exigences minimales en ce qui concerne l'effet de levier, d'accélérer la mise en oeuvre et de réduire les frais de gestion.

¹²³ Cette nouvelle initiative a succédé au programme multi-annuel pour les entreprises (MAP).

¹²⁴ Center for strategy and evaluation services, Final evaluation of the Competitiveness and Innovation framework programme, décembre 2011, p. 115.

démontrer les effets positifs de ce changement. En effet, 79 % de l'enveloppe nette de fonds structurels avaient été alloués à des intermédiaires financiers fin mars 2016. Le volume total de prêts effectivement accordés atteignait 1,4 milliard d'euros pour environ 14 000 PME. Environ la moitié des prêts accordés financent le fonds de roulement des PME, tandis que l'autre moitié finance des projets d'investissement. L'analyse par région indique que la totalité des enveloppes de fonds structurels a déjà été allouée dans certaines régions, par exemple en Catalogne ou dans le Pays Basque, et que le volume de prêts accordés dépasse parfois l'effet de levier minimal de quatre. En revanche, certaines régions ont davantage de difficultés, en particulier l'Estrémadure. L'expérience espagnole montre que l'initiative PME est un instrument financier relativement bien calibré de nature à réduire les critiques formulées dans les périodes précédentes¹²⁵.

Plus globalement, Il est à regretter, toutefois, l'absence ou le caractère résiduel d'autres critères que la performance économique. Sont en partie, oubliés les critères sociaux. En effet, dans son rapport sur le projet progress les membres de la Commission du Parlement européen montre qu'un effort doit être porté sur la prise en compte de l'aspect social et

« déplore que, du fait de l'absence d'établissement bien défini de rapports sur la situation sociale, l'incidence sociale de l'instrument ne soit pas mesurée plus précisément sur le plan de la création d'emplois, de la viabilité des entreprises et du soutien aux groupes minoritaires; invite dès lors la Commission à respecter les normes relatives à la mesure de la performance sociale de manière empirique afin de garantir la meilleure incidence sociale, également pour ce qui est des objectifs de la stratégie Europe 2020, et d'évaluer si la définition des groupes cibles, dont les personnes handicapées, doit être encore précisée; (...) »¹²⁶.

¹²⁵ À l'exception de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), la plupart des grands groupes bancaires espagnols participent à l'initiative PME. Fin mai 2015, six banques avaient signé un accord avec le FEI, s'engageant à accorder un volume de prêts global de 4,3 milliards d'euros. La signature de deux autres accords est attendue dans les prochains mois, pour un montant de prêts d'environ 350 millions d'euros. Compte tenu de ces accords, l'objectif de 3,2 milliards d'euros de prêts aux PME devrait donc être dépassé en Espagne et vraisemblablement atteindre à minima 4,3 milliards d'euros.

¹²⁶ Rapport de la Commission du Parlement européen concernant l'emploi et les affaires sociales, point 16.

Il semble utile notamment d'élargir la base des critères d'évaluation par exemple les avantages de ces cofinancements concernant les femmes, et plus particulièrement l'égalité Femmes/Homme en élaborant un ratio cible dans ce domaine. La même remarque s'impose concernant la précarité sociale ou territoriale. Dans le même esprit, il ressort de l'examen de ce type de financement que les PME intervenant dans le domaine social sont insuffisamment financés par les fonds structurels de l'UE.

Un aspect plus technique n'est pas exempt de critique. En effet, des lacunes sont persistantes concernant le montage des projets d'ingénierie financière. Diverses évaluations révèlent un déficit d'expertise et de compétences techniques et juridiques pour la conception et le pilotage des instruments financiers (IF) sur le plan local, national, voire européen. Par ailleurs, les buts premiers de ces instruments seraient détournés afin d'éviter les dégagements d'office¹²⁷. Enfin, l'articulation entre ces cofinancements de l'UE et le régime des aides d'Etat est souvent mal comprise. La réglementation est méconnue et cette nébuleuse qui entoure les régimes d'aide constitue un frein dans les montages financiers susceptibles de bénéficier aux PME. Cinq contraintes sont de nature à perturber l'efficacité des soutiens aux entreprises telles que : la définition du capital de démarrage, le flou entourant les prêts participatifs, la participation d'investisseurs privés, l'éligibilité des dépenses de gestion, les incertitudes tenant aux « temps différents » du cycle de vie des fonds et de la période de programmation (en entrée et en sortie).

Pour la France, il est certain que la plupart des régions françaises mènent déjà des actions de soutien aux PME grâce à leurs fonds structurels et au moins huit d'entre elles utilisent des instruments financiers pour un montant total de 223,4 millions d'euros, soit 2,6 % de l'enveloppe de FEDER allouée à la France pour la période 2014-2020. On constate néanmoins que d'autres régions n'ont pas recours aux instruments financiers pour les PME et sont moins avancées dans leur programmation.

¹²⁷ Mickaël Vaillant, « Les instruments d'ingénierie financière et le financement des PME sur les territoires », *Réseau rural*, 12 mars 2013, site: <http://www.reseaurural.fr/files/130311_if__reseau_rural_v2.pdf>.

Conclusion

Cette prise en considération des PME par l'Union européenne constitue une bonne initiative. Toutefois, même si des efforts dans l'accessibilité des cofinancements sont à noter entre la période 2000-2013 et 2014-2020, les dirigeants des PME peinent encore pour en bénéficier. Il revient tant aux institutions européennes qu'aux Etats et surtout aux régions d'accompagner ces entreprises dans le montage des dossiers et dans le suivi ensuite de l'exécution des programmes. Une simplification est sans doute nécessaire car les dossiers sont souvent lourds et chronophages, en même temps rendre plus simple des relations toujours plus complexes demeure parfois illusoire.

Par ailleurs, l'Union européenne doit également mettre en place des instruments d'évaluation faisant le point réel de la situation. Les critères exclusivement économiques ne sont pas de nature à rendre compte de l'ensemble des enjeux. Des critères sociaux apparaissent comme essentiels pour mesurer l'influence de ces cofinancements, tant concernant l'accès à l'emploi, mais également la nature du contrat de travail et les effets sur la précarité sociale. L'oubli de tels critères est d'ailleurs révélateur des lacunes plus globales de l'Union européenne.

LA PROMOCIÓN DE LAS PYMEs EN EL DERECHO FINANCIERO DE LA UNIÓN EUROPEA



Juan José Hinojosa Torralvo
Profesor Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Málaga

The promotion of SMEs in the financial law of the European Union

Abstract: The definition of SMEs in European rules could and should be of a sufficiently standard nature to permit their harmonised regulation despite the existence of very different criteria applied in Member States.

The institutions of the European Union have intervened on numerous occasions in relation to the financing of SMEs, but nearly always with acts devoid of any obligation with the result that no defined fiscal policy exists for them, neither from the point of view of the income they generate, in the absence of fiscal measures other than those relating to their setting-up and development, nor from the point of view of expenditure, in the absence of any financial policy as to promotion, despite

the fact that the acknowledged importance of SMEs is crying out for a more incisive fiscal policy.

Some regulatory interventions (Commission Regulation (EU) 651/2014) and non-regulatory interventions (European Parliament Resolution of 15 September 2016) have shed a ray of light on the issue, but only to a necessarily limited extent for the moment.

Keywords: SME; EU; financing; promotion; tax system; state aid.

I. Introducción: una necesaria aclaración previa o la “inexistencia” de un concepto unificado de PYME en el ordenamiento europeo

El término PYME (a veces en plural se usa PYME e incluso PYMES) es un acrónimo que identifica a las llamadas “pequeñas y medianas empresas” (SME “Small and Medium-sized Enterprises” por sus siglas en inglés, como son más conocidas en el Derecho de la Unión Europea – en adelante UE-). El término es usado de modo generalizado ya en todos los países occidentales y también en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo – OCDE –, a pesar de que no en todos ellos existen definiciones precisas ni siquiera en el ámbito mercantil de qué son estas empresas, sino que se suelen delimitar por su dimensión relativa al número de trabajadores, al volumen o cifra de negocios o al montante de su patrimonio, a veces conjuntando varias de estas características, otras veces en función de una sola de ellas. Pero ni siquiera dentro de un mismo ordenamiento jurídico nacional el concepto de PYME es siempre homogéneo.¹

¹ Así ocurre, por ejemplo, en el caso español. En el ámbito mercantil, existe un Plan general específico para las PYMES desde el año 2007 que engloba en este concepto a todas las empresas, cualquiera que se su forma jurídica, individual o societaria, que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, dos de tres circunstancias que identifica, a saber: tener un activo no superior a 2.850.000 €, un importe neto de la cifra de negocios no superior a 5.700.000 € y no más de 50 trabajadores; ahora, desde el 1 de enero de 2016 (a pesar de que la norma que lo regula es el RD 602/2016, de 2 de diciembre), el total del activo ha de ser inferior a los 4.000.000 €, la cifra de negocios anual a los 8.000.000 € y ha de tener menos de 50 trabajadores). Sin embargo, en el ámbito bancario,

El ordenamiento de la UE definió a las pequeñas y medianas empresas en la Recomendación 96/280/CE y posteriormente en la Recomendación 2003/361/CE. Ahora, la definición se encuentra en el Anexo I del *Reglamento (UE) 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado*, instrumento normativo este el reglamento que, al contrario que las recomendaciones, es inmediatamente aplicable conforme al orden de fuentes normativas del Derecho europeo. Conforme a este, es empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. Entre ellas se identifica la categoría de las PYME, que está formada por microempresas y pequeñas y medianas empresas, conforme a estas características:

- La categoría PYME en sentido amplio es la que:
 - ocupa a menos de 250 trabajadores
 - volumen de negocios no exceda de 50 millones €
 - balance general anual no exceda de 43 millones €
- Dentro de aquella categoría general, la PEQUEÑA EMPRESA es la que:
 - ocupa menos a menos de 50 trabajadores
 - volumen de negocios o balance no supera 10 millones €
- Y finalmente, siempre dentro de la categoría general, la MICROEMPRESA es la que:
 - ocupa menos 10 trabajadores
 - volumen negocios o balance anual no supera 2 millones €

De modo que, en realidad, se definen tres PYMES en función de los límites que se señalan: la microempresa, la pequeña empresa y, por exclusión, cuando se supera cualquiera de los límites de esta última, la mediana empresa. Volveré sobre esta norma más tarde, porque presenta un notable interés.

una circular del Banco de España de 2013 adoptó para las entidades financieras españolas a efectos de su acceso al crédito bancario específico para las PYMES la clasificación de la Recomendación 2003/361/CE, a la que se hace referencia en el texto. Por su parte, en el ámbito fiscal, el legislador tributario del Impuesto sobre Sociedades ha establecido un régimen especial de este impuesto para las que denomina “empresas de reducida dimensión”, que se aplica a aquellas empresas cuyo importe neto de la cifra de negocios en el período impositivo inmediato anterior sea inferior a 10.000.000 €.

II. Las razones sociales y económicas para abordar una política de las PYMES en Europa

Ahora me interesa señalar el nivel de preocupación que las instituciones y las normas europeas han manifestado por las PYMES, porque entiendo que son la antesala y el criterio interpretativo para cualquier proposición que se haga en una materia como la que aquí se aborda, que es el análisis de la forma y los medios con los que el Derecho Financiero Europeo en sentido amplio favorece o protege y, en última instancia, promueve a las PYMES.

Las instituciones europeas han venido poniendo de manifiesto desde hace muchos años el interés que las PYMES tienen para la economía de la Unión, algo que contrasta, por cierto, con las normas de alcance real y efectivo que las promueven o favorecen y con la falta de determinación política para abordar la cuestión.

En la ficha técnica informativa y divulgativa del Parlamento Europeo denominada *Las pequeñas y medianas empresas* se hace un repaso de los actos e intervenciones del Parlamento Europeo en relación con las PYMES y se confiesa abiertamente la importancia que tienen y se postulan líneas futuras de actuación. Se fundamenta jurídicamente en que: “Las PYME operan principalmente a escala nacional, ya que hay relativamente pocas que emprendan negocios transfronterizos dentro de la UE. No obstante, independientemente del alcance de sus operaciones, la legislación de la UE afecta a las PYMES en varios ámbitos, como la fiscalidad (artículos 110 a 113 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE), la competencia (artículos 101 a 109 del TFUE) o el Derecho de sociedades (derecho de establecimiento, artículos 49 a 54 del TFUE). La Comisión adoptó una nueva definición de PYME en su Recomendación 2003/361/CE”. Y partiendo de la constatación de que: “Las microempresas y las pequeñas y medianas empresas constituyen el 99 % de todas las empresas de la UE. Existen en torno a 21 millones de PYME, que emplean a más de 33 millones de personas, y son una fuente esencial de espíritu empresarial e innovación, fundamental para la competitividad de las empresas europeas”, postula que la política de la UE en favor de las PYME tiene como fin garantizar que las políticas y acciones de la UE defiendan a las pequeñas empresas

y contribuyan a aumentar el atractivo de Europa como lugar para la creación y desarrollo de empresas”².

Ya en 2007, una encuesta realizada en la UE ponía de manifiesto algunos datos de sumo interés³. Posteriores encuestas han ido matizando algunos de estos extremos, como la de 2016⁴, pero sustancialmente los datos aportados son extraordinariamente importantes y de hecho fueron obtenidos inmediatamente antes de la iniciativa *Small Bussines Act* (SBA) de 2008, acto relevante al que se hará referencia inmediatamente.

²Ficha técnica del Parlamento Europeo *Las Pequeñas y Medianas Empresas*, suscrita por F. GOUARDÈRES, actualizada a septiembre de 2016.

³*Diario Expansión*, 20 de noviembre de 2007: El resultado de la encuesta revela que el 84 por ciento de las PYMES europeas consideran la fiscalidad como el principal freno para su crecimiento. Otros obstáculos importantes para su desarrollo son las cargas administrativas, la rigidez de los mercados laborales, la regulación excesiva, la falta de personal cualificado, la necesidad de financiación adecuada y la dificultad de penetrar en los mercados extranjeros. A pesar de todo esto, la encuesta realizada entre 840 pequeñas y medianas empresas de la UE, revela que la confianza persiste entre las PYMES. Un 35 por ciento prevé un crecimiento de su facturación entre 5-10 por ciento, casi un 30 por ciento logrará aumentar su facturación entre 10-20 por ciento y un 18 por ciento piensa aumentar su negocio en más de un 20 por ciento. Solo un 17 por ciento prevé un crecimiento menor al 5 por ciento en su facturación. La encuesta muestra también que la financiación de su desarrollo futuro no parece preocupar demasiado a las PYMES europeas. Un 73 por ciento piensa realizarlo gracias a su propio “cash flow”, un 67 por ciento emitirá sus propias acciones, un 50 por ciento recurrirá a créditos bancarios y un 44 por ciento lo realizará gracias al capital riesgo o a su propia emisión de acciones. Otros obstáculos: además las PYMES europeas planean salir al extranjero. Sin embargo esos planes se enfrentan a una serie de obstáculos, que subsisten en el mercado interior. El 47 por ciento de las PYMES estiman que todavía hay importantes barreras tarifarias y no-tarifarias, el 45 por ciento se lamenta de los obstáculos fiscales, el 43 por ciento teme sobretodo las restricciones legales, el 42 por ciento teme por la protección de sus propias patentes, el 41 por ciento estima que no tienen suficiente información sobre la manera de hacer negocios en el extranjero, el 40 por ciento se queja de la falta de instrumentos de apoyo a las PYMES para salir al extranjero y un 35 por ciento se queja de las restricciones a la inversión. Sin embargo por otro lado muchas PYMES consideran que deben salir al extranjero. Esto lo justifican por los bajos costes de producción, la proximidad de los consumidores, el rápido crecimiento de esos mercados, la situación fiscal más favorable, las bajas cargas administrativas y la presencia de mano de obra altamente cualificada.

⁴BANCO CENTRAL EUROPEO, *Informe sobre los resultados de la encuesta sobre el acceso a la financiación de las empresas de la zona euro – octubre 2015-marzo 2016* –, de 1 de junio de 2016, traducción al español del Banco de España.

III. Actuaciones emprendidas en el marco de la Unión Europea

La UE ha venido adoptando a lo largo de los años algunas actuaciones relacionadas con las PYMES y en particular con su financiación, casi siempre con escasa eficacia debido al carácter no normativo de los instrumentos en los que se han acordado (resoluciones, dictámenes, recomendaciones, informes o comunicaciones). Por eso, una referencia a las de la última década serán posiblemente suficientes para hacernos una idea de la evolución de esas actuaciones, de su estado actual y, quizá también, de sus perspectivas de futuro.

La primera gran iniciativa europea relativa a las PYMES fue la llamada *Small Business Act*, COM (2008) 394.

Aunque es cierto que fue el Parlamento el que en 1983 proclamó el «Año Europeo de las Pequeñas y Medianas Empresas y del Artesanado» y puso en marcha una serie de iniciativas para fomentar su desarrollo y desde entonces, y de que el Parlamento ha seguido demostrando su compromiso con el fomento del desarrollo de las PYMES europeas, sus posibilidades de intervención e influencia han sido y siguen siendo limitadas, a pesar de lo cual veremos que tiene algunas muy significativas. Por eso, sin perjuicio de los propósitos confesados en su parte expositiva, el Parlamento es un buen intérprete (externo, pero legitimado) de la propia SMA. La ficha de Gouardères a la que se ha hecho referencia dice con acierto que: “El objetivo de la SBA es crear un nuevo marco político que integre todos los instrumentos existentes y desarrollar los contenidos de la «Carta Europea de la Pequeña Empresa», así como de la Comunicación «Una política moderna de la PYMES para el crecimiento y el empleo». *Para ello, propone una «auténtica asociación política entre la UE y los Estados miembros» en lugar de un enfoque exclusivamente comunitario.* La SBA pretende mejorar el enfoque integral de la empresa en la UE a través de la máxima «pensar primero a pequeña escala». Y continúa señalando que esto se consigue a través de lo que denominada una

normativa (disciplina) inteligente⁵, y mediante el acceso a la financiación: “A menudo, las PYMES no conseguían la financiación necesaria a través de los mercados financieros. En los últimos años se ha avanzado en relación con la mejora de la disponibilidad de financiación y créditos para las PYMES, gracias a la concesión de préstamos, garantías y capital de riesgo. Las instituciones financieras europeas (el Banco Europeo de Inversiones y el Fondo Europeo de Inversiones) han aumentado sus operaciones relativas a las PYMES. Sin embargo, la SBA todavía señala que el acceso a la financiación sigue siendo el segundo mayor problema al que se enfrentan las distintas PYMES. Entre 2007 y 2013 se movilizaron más de 1.000 millones € del Programa Marco para la Innovación y la Competitividad, con lo que las instituciones financieras pudieron facilitar un total de 30.000 millones de euros a unas 400.000 PYMES. Además, también se contemplaba la mejora de la disponibilidad de los microcréditos.”

Convencida de la necesidad de resolver este problema, en noviembre de 2011, la Comisión propuso en una comunicación un *Plan de acción para mejorar el acceso a financiación de las PYMES* (COM (2011) 870).

Una *Revisión de la Small Business Act para Europa* realizada por la Comisión Europea en 2011 determinó que se han adoptado la mayoría de las iniciativas; que de las cuatro propuestas legislativas, sólo no se ha adoptado el Estatuto de la Empresa Privada Europea; que existían diferencias en los enfoques de aplicación de los países de la UE y resultados distintos; y que la mayoría de los países de la UE ha adoptado objetivos para reducir las cargas administrativas, pero no todos los han conseguido⁶.

La revisión también proponía nuevas acciones destinadas a integrar la SBA en la *Estrategia Europa 2020*. Entre esas acciones se incluyeron: a) el fomento del principio de «solo una vez» en los organismos administrativos al solicitar información o documentos; b) la mejora del acceso a la financiación mediante garantías de préstamos que ayuden a las PYMES a afrontar los retos de la globalización y

⁵“La reducción del papeleo y la burocracia en el marco de la SBA es una prioridad fundamental para la Comisión. Mejorar la capacidad de respuesta de las administraciones públicas a las necesidades de las PYME puede contribuir en gran medida a su crecimiento. El proceso de aplicación de la Directiva de servicios (Directiva 2006/123/CE)”.

⁶Cfr. *Revisión de la “Small Business Act” para Europa* COM (2011) 78 final.

el cambio climático; y c) una base consolidada común del impuesto de sociedades para ayudar a las empresas en el mercado único. Se trata del Programa BICCIS (Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades, CBBT por sus siglas en inglés), que surgió con un gran impulso y que está en una fase de hibernación, de la que puede salir de la mano de otras iniciativas tomadas con posterioridad (BEPS de la OCDE y paquete de medidas fiscales anti-fraude o anti-abuso).⁷

Una *consulta pública* de 2014 sobre la SBA concluyó que se había progresado, pero que las cargas administrativas y jurídicas seguían siendo el principal motivo de preocupación; que el acceso a la financiación seguía siendo difícil a pesar de las medidas adoptadas; y que debía hacerse más para facilitar el acceso a los mercados, en particular, mejorando los vínculos entre los programas de la UE existentes. A raíz de esta consulta, la Comisión propuso: “favorecer la adopción por los Estados miembros de sistemas fiscales simplificados para las empresas de reciente creación durante la fase de desarrollo, con el fin de reducir la carga administrativa y acelerar su puesta en marcha”.⁸

Después de la SBA, la Comisión avanzó una Comunicación al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones denominada *Hacia un Acta del Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva*, COM(2010) 608 final, de 27 de octubre de 2010, que contenía cincuenta propuestas de trabajo y el reconocimiento de la función capital de las cooperativas en el futuro desarrollo de la Unión europea), conocida por sus siglas en inglés como *Single Market Act (SMA)*.

⁷ *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades* COM (2011) 121 final, de 16 de marzo (*Common Consolidate Corporate Tax Base, CCCTB*, siglas inglesas de escaso uso en textos españoles; Proyecto BEPS de la OCDE (julio de 2013) *Base Erosion and Profit Shifting, Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios*, sin siglas en español que hayan causado fortuna por el momento; y finalmente el llamado Paquete Fiscal presentado por la Comisión el 28 de enero de 2016 que ha dado lugar a la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo de 12 de julio de 2016, *por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior*.

⁸ Cfr. *Una sólida política europea de apoyo a las PYME y los empresarios en 2015-2020. Consulta pública sobre la Iniciativa SBA (“Small Business Act”)*, publicada el 8 de septiembre de 2014.

En particular, la propuesta n.º 36 reconoció la empresa social (normalmente una PYMES) como modelo que hay que apoyar y desarrollar, porque se trata de organizaciones que promueven proyectos que, sin renunciar a la lógica de la ganancia, ofrecen soluciones a importantes problemas sociales, a menudo causados por una situación de exclusión por el mercado o por el envejecimiento de la población, como son: el acceso a los alimentos, el acceso a la vivienda, a la salud, al mercado laboral, a los servicios bancarios, a la integración de las personas con discapacidad.⁹

Con la propuesta N.º 12 se pretendió adoptar un plan para mejorar el acceso de las PYMES a los mercados de capitales, con la finalidad última de incrementar la visibilidad y viabilidad de estas ante los inversores para animarles a apoyar y encauzar proyectos de innovación en el plano social y económico, e incluso tecnológico (propuesta N.º 37). Para ello se propuso la revisión de las Directivas contables (propuesta N.º 14), con el fin de simplificar las obligaciones de información financiera y reducción de las exigencias administrativas que recaen sobre las PYMES. En España, como también ocurre en Europa, la relación entre PYMES y las cooperativas y empresas sociales es muy intensa, también a nivel contable.¹⁰

Finalmente, el SMA puso también de manifiesto el carácter esencial de la fiscalidad de cara a los objetivos propuestos, sobre todo en los impuestos sobre los beneficios sociales y en el IVA, que provocan distorsiones y fraude y suponen una carga administrativa excesiva para las PYMES (propuestas N.º 19 y 20).

Abundando en estas demandas, la Comunicación de la Comisión de 20 de diciembre de 2010 *Eliminar las barreras fiscales transfronterizas en beneficio de los ciudadanos de la UE* (COM (2010) 769 final, había identificado un año antes los problemas más importantes de estos desde el punto de vista fiscal: las doble imposiciones, la discriminación fiscal, la dificultad de acceso a la información y la falta

⁹ En España, la *Ley de Empresas de Inserción* (Ley 44/2007, de 13 de diciembre) y la *Ley de Economía Sostenible* (Ley 2/2011, de 4 de marzo) y la *Ley de Economía Social* (Ley 5/2011, de 29 de marzo) han pretendido dotar a aquellas de un marco jurídico apropiado a su dimensión social.

¹⁰ Cfr. la Orden EHA/3360/2010, por la que se aprueban las normas contables de las cooperativas para adecuarlas a las IFRS (*International Financial Reporting Standard*).

de información clara, que lleva una confesión expresa de la propia Comisión en el sentido de necesitar el apoyo del Consejo, el parlamento y los Estados miembros.

El Consejo Económico y Social, en su *Dictamen* de 2011 sobre el SMA, acogió positivamente la propuesta de mejorar el acceso de la PYMES a los mercados de capitales y la apertura del mercado único a los fondos de capital-riesgo (propuestas núms. 12, 14 y 37 antes mencionadas). Y en relación a las núms. 19 y 20, abogó por aplicar los principios de la “legislación inteligente”, pero sobre todo también por la rápida aplicación de la base imponible común consolidada de la imposición sobre sociedades y la revisión de las directivas de IVA para impulsar las operaciones transfronterizas de las empresas.¹¹

La conclusión de los debates fue el documento de la Comisión *Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza “Juntos por un nuevo crecimiento”*, COM (2011) 206 final.

La primera de las prioridades es el acceso de las PYMES a la financiación y la medida clave incorporada es una “legislación que facilite que los fondos de capital-riesgo que estén establecidos en un Estado miembro puedan invertir en cualquier otro Estado miembro sin obstáculos ni exigencias suplementarias”. En particular: “En cuanto a las PYMES en proceso de desarrollo, es fundamental facilitarles el acceso a las fuentes de financiación dado que estas empresas y, en especial, las innovadoras desempeñan un papel de capital importancia para la consecución de una economía innovadora y sostenible. Con el fin de obtener los fondos que precisan para comercializar sus innovaciones, es frecuente que esas empresas traten de acceder a los mercados de capitales más allá del crédito bancario. Los mercados de capital riesgo pueden proporcionar los capitales necesarios, pero no están aún suficientemente desarrollados en Europa. La heterogeneidad de los regímenes nacionales de reglamentación y las barreras fiscales hacen que los fondos de capital riesgo se enfrenten a importantes dificultades para atraer capitales en el extranjero y efectuar operaciones transfronterizas. Esta medida clave se pondrá en marcha en estrecha colaboración con el Foro de Financiación de las PYMES”.

La segunda (prioridad 8.^a) en el documento se refiere a las empresas sociales y la medida clave es: “Legislación por la que se

¹¹ Cfr. *Dictamen del CESE sobre la Comunicación* relativa al SMA 2011/C 132/08, de 15 de marzo de 2011.

crea un marco europeo que facilite el desarrollo de los fondos de inversión solidaria”. En particular señala: “Para poder desarrollarse y responder a sus objetivos, el sector de la economía social en el mercado interior deberá poder adoptar unas formas de organización dotadas de un estatuto jurídico especial. El sector cooperativo, por ejemplo, está hoy más vivo que nunca (las cooperativas representan por sí solas más de 4,8 millones de empleos), pero es preciso evaluar los motivos de la escasa adhesión que tiene el estatuto de la cooperativa europea. Aunque las mutuas actúen en sectores fundamentales para los ciudadanos (salud, banca, seguros, etc.), es poco frecuente que ofrezcan sus servicios en varios Estados miembros; y, sin embargo, con el 25 % del mercado de los seguros y el 70 % del número total de empresas del sector, no pueden ser ignoradas por el mercado único. Las fundaciones, por su parte, hacen una importante contribución a la financiación de iniciativas innovadoras y de interés general, pero se enfrentan a dificultades para establecerse en otros Estados miembros o para poner en común sus distintos medios más allá de las fronteras. Con objeto de eliminar esas dificultades, la Comisión presentará una propuesta de reglamento por el que se establezca el estatuto de la fundación europea.”

En materia de fiscalidad, la prioridad 9.^a introdujo como medida clave “revisar la directiva sobre la fiscalidad de la energía” e “introducir el sistema BICCIS” y la comisión presentó en 2011 sendas propuestas. La idea central era de la de facilitar la interrelación y el crecimiento de las empresas en la UE y facilitar las relaciones entre las administraciones de los Estados miembros.

Otra de las prioridades es la relativa a revisar el sistema de IVA al objeto de poder definir de manera precisa cuál habrá de ser el régimen aplicable a las operaciones transfronterizas, que inciden sobremanera en las PYMES. Por ahora, el gravamen de las adquisiciones intracomunitarias de bienes (AIB) sigue inalterable.

La 11.^a medida hace referencia a la simplificación de la contabilidad que afectan a las PYMES, pero en materia de fiscalidad sólo se recoge una medida relativa a la energía (9.^a medida).

Contemporáneamente, también en 2011, el Parlamento Europeo, en una Resolución llamada *Unión por la innovación: transformar*

Europa para un mundo postcrisis (P7_TA (2001) 0236 de mayo de 2011), propuso medidas a favor de la PYMES, entre ellas para favorecer su internacionalización y su acceso al I+D+I con más fondos al efecto (pár. 96), destacando que una gran parte de los fondos de cohesión no llegan a emplearse debido a un mal aparato gestor y abogó por la reforma de los Fondos Estructurales para que los agentes económicos afectados, en particular las PYMES, puedan acceder a ellos con miras a su reestructuración. Al mismo tiempo destaca la necesidad de aplicar nuevas medidas de apoyo a las PYMES en el marco de una Ley de Pequeña Empresa (SBA) revisada. Con ello no hacía más que insistir en la propuesta formulada en 2010 en la resolución sobre *Política comunitaria de innovación en un mundo cambiante* (DOC C 236 E 12.08.11), en la que había pedido a los Estados incentivos financieros, empresariales, administrativos y fiscales para las PYMES. Con posterioridad aprobó otra resolución sobre Política industrial para la era de la mundialización (DOC C 199 E 7.7.12), instando a la Comisión a incrementar la tasa de participación de las PYMES en los programas de investigación y desarrollo.

La Comisión, seguramente imbuida de este espíritu, a finales de ese mismo año elaboró un *Plan de acción para mejorar el acceso a la financiación de las PYMES* COM (2011) 870, de 7 de diciembre. Sin embargo, en 2012 la misma Comisión, a través de su Comunicación llamada *Acta del Mercado Único II. Juntos por un nuevo crecimiento* (nótese la similitud de subtítulo con otra anteriormente citada), COM(2012) 573 final, estableció unas medidas más generales sobre las que no interesa detenerse por razones de especialidad.

En 2013, el Parlamento, en el Informe sobre la *Reindustrialización en Europa para promover la competitividad y la sostenibilidad* (2013/2006 (INI) 18.12.2013) insistió en la necesidad de programas específicos de apoyo y acompañamiento a las PYMES, entre otras formas, estudiando nuevas vías alternativas y creativas de financiación.

Con todo, es el *Programa para la Competitividad de las Empresas y para las Pequeñas y Medianas Empresas* conocido por sus siglas en inglés COSME (2014-2020)¹², recogido en una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo (COM (2011) 834/2), el que ha provocado mayores expectativas. Inmediatamente

¹² *Programme for the Competitiveness of Enterprise and Small and Medium-sized Enterprises.*

después, el Parlamento aprobó una dotación presupuestaria inicial de 2.300 millones € en 2013.¹³ COSME tiene los siguientes objetivos generales, confesadamente proyectados sobre las PYMES:

- mejorar el acceso de las PYMES a la financiación, en forma de capital y de deuda; un mecanismo de capital para inversión en la fase de crecimiento así como un mecanismo de garantía de préstamos que ofrecerá a las PYMES directa o indirectamente acuerdos de reparto de riesgo con intermediarios financieros a fin de cubrir los préstamos. Una parte del presupuesto de COSME (1.400 millones EUR) se ha asignado a instrumentos financieros;
- mejorar el acceso a los mercados dentro de la Unión y a escala mundial: se prestarán servicios de apoyo a las empresas orientados al crecimiento a través de la red Enterprise Europe Network, a fin de facilitar la expansión de la actividad empresarial dentro y fuera del mercado único y fuera de la UE.
- apoyar al emprendimiento: las actividades incluirán el desarrollo de capacidades y actitudes empresariales, especialmente entre los nuevos empresarios, los jóvenes y las mujeres.

Según la Comisión, se espera que el programa ayude anualmente a 39.000 empresas a crear o mantener 29.500 empleos y a lanzar 900 nuevos productos, servicios o procesos.¹⁴

En un programa de seguimiento por parte de la Comisión de la *Consulta a las PYMES sobre las diez medidas más gravosas de la normativa de la UE*, la correspondiente comunicación de la Comisión al PE, al CE, al CESE y al CR (Com (2103) 446 final de 18.6.2013, aquella ha hecho algunas observaciones directas sobre el IVA como impuesto común europeo que son de gran interés.¹⁵

¹³ Para 2016 se previeron 270E y 28 acciones distintas (*Annex to the Commission implementing Decision* de 18.1.2016 C (2016) 63 final.

¹⁴ De nuevo, ver la *Ficha técnica* del Parlamento elaborada por F. GOUARDÈRES.

¹⁵ En particular merece la pena destacar dos de ellas, ambas relacionadas con el IVA (se reproducen literalmente).

Sobre la Directiva IVA (2006/112/CE). *Observaciones de las PYME*: “El sistema es muy complejo: hay distintas normas procedimentales nacio-

Posteriormente, el Parlamento, en su *Resolución de 17 de abril de 2014* sobre esa consulta (P7_TA (2014) 0459, hizo las siguientes observaciones:

“4. Pide a la Comisión que, con carácter de urgencia, intensifique sus esfuerzos para garantizar que se fomente el auge de las PYMES, en especial de las innovadoras, gracias a la simplificación administrativa y la prestación de apoyo específico en todas las políticas;

nales y falta una declaración del IVA sencilla y uniforme, lo cual disuade a las PYME de realizar actividades transfronterizas. Deben generalizarse los números de identificación a efectos del IVA. La obligación de las empresas que realizan actividades transfronterizas de registrarse en todos los Estados miembros a los que desean exportar supone cargas adicionales. La inexistencia de un límite máximo de los tipos del IVA aumenta la complejidad del sistema. No se dispone de información ni orientación adecuadas.” *Respuesta de la Comisión*: “Para el final de 2013 se prevé una propuesta de declaración de IVA normalizada que facilitará el cumplimiento de la normativa por parte de las empresas que realicen actividades en varios Estados miembros. Además, se ha empezado a trabajar con los Estados miembros sobre la aplicación de un «minirrégimen de ventanilla única» para los servicios electrónicos y los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones. La introducción del «minirrégimen de ventanilla única» en 2015 se ha previsto de forma que coincida con la introducción de las nuevas normas sobre el lugar de prestación. La Comisión trabajará con los Estados miembros para velar por que se proporcione un buen apoyo a las empresas desde el principio. La Comisión está a favor de ampliar el sistema, como ya lo planteó en su propuesta de 2004. No obstante, en conclusiones recientes del Consejo sobre el futuro del IVA se afirma que solo se podrá efectuar la ampliación tras una evaluación del minirrégimen de ventanilla única. Se intensificará la labor de desarrollo del portal web del IVA de la UE, de modo que facilite a su debido tiempo información precisa y fiable sobre la aplicación del régimen del IVA de la UE en los diferentes Estados miembros. Ello se realizará en consulta activa con los Estados miembros y las PYME, a fin de satisfacer mejor las necesidades de las PYME de que haya soluciones prácticas, incluidas disposiciones proporcionadas para el acceso a las versiones lingüísticas, sobre la base de la información detallada de la página web ya existente.”

Y sobre la Directiva relativa a la devolución del IVA (2008/9/CE): *Observaciones de las PYME*: “Están preocupadas por la falta de respuestas de los Estados miembros a las solicitudes de devolución del IVA y por los retrasos de la recepción de las devoluciones”. *Respuesta de la Comisión*: “La Comisión celebró una conferencia en 2012 sobre la mejora de las modalidades de devolución del IVA. Según la información de que dispone actualmente la Comisión, se han resuelto los problemas iniciales con el sistema de devolución del IVA. La Comisión está dispuesta a garantizar un seguimiento rápido y efectivo si surgen nuevos problemas”.

12. Considera que las cargas derivadas de las nuevas propuestas deben compensarse con reducciones de, como mínimo, una magnitud similar;

15. (...) Celebra la conclusión del Programa de Doha para el Desarrollo en la novena Conferencia Ministerial de la OMC de diciembre de 2013 y tiene la esperanza de que el acuerdo facilite mejores oportunidades para el comercio, en particular, a las PYMES; acoge favorablemente, en este contexto, la voluntad de la Comisión de proponer una declaración estándar del IVA y considera que toda estandarización de los impresos de declaración del IVA no debe resultar más compleja que la forma más sencilla a la que sustituya”.

Y después de ello, un largo silencio, hasta que el Parlamento, seguramente inducido por otras intervenciones de la Comisión¹⁶, ha aprobado un nuevo acto, la *Resolución de 15 de septiembre de 2016 sobre el acceso a la financiación y al aumento de la diversidad de la financiación de las PYMES en la Unión de los Mercados de Capitales (2016/2032(INI))*, en el que destaca las diversas posibilidades de financiación de este tipo de empresas, como los créditos bancarios y las fuentes no bancarias.

IV. La financiación privada. Un apunte sobre las dificultades que presenta

Son conocidas las dificultades de financiación de las PYMES en general y en particular de las entidades de economía social en términos comparativos respecto a otras empresas, singularmente las de carácter capitalista, sean o no competidoras en el mercado. Adicionalmente, dadas las limitaciones estructurales a las que están sometidas, se trata de entidades cuyos títulos representativos no suelen acceder al mercado secundario (mercados bursátiles) ni tampoco es muy factible ni ágil la posibilidad de obtener recursos en los mercados primarios (emisión de capital-deuda o capital-riesgo,

¹⁶ Véanse la Comunicación de la Comisión, de 22 de julio de 2015, titulada «Trabajar juntos por el crecimiento y el empleo: el papel de los bancos nacionales de fomento (BNF) en el apoyo del Plan de Inversiones para Europa» COM (2015)0361, y el Informe de la Autoridad Bancaria Europea (ABE) sobre el factor de apoyo a las PYMES EBA/OP/2016/04, de 23 de marzo de 2016.

acciones y obligaciones, por ejemplo); por su parte, la vía de los mercados paralelos no se supone una alternativa sólida, dada su oficiosidad y el alto componente de riesgo que incorporan. Y, en fin, las actuaciones de la llamada banca ética o banca solidaria presentan, junto a muchas ventajas, el inconveniente de su limitada capacidad cuantitativa.

Un modelo mixto, de origen público – porque se financiaría con cargo al Presupuesto General de la Unión Europea –, pero de gestión también privada – el instrumento está abierto a organismos públicos y privados, de carácter nacional, regional o local, que proporcionan financiación a personas y a microempresas en los Estados miembros – ha sido el proyecto de microcrédito para el empleo y la inclusión social denominado “Progress”, que debería facilitar el acceso a la microfinanciación, entre otras, a microempresas, (*Decisión 283/2010/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 25 de marzo, por la que se establece un instrumento europeo de microfinanciación para el empleo y la inclusión social – Progress*).¹⁷ El Reglamento 1296/2013, de las mismas instituciones, de 11 de diciembre de 2013, relativo a un Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Innovación Social (EaSI) lo modificó y para el período 2014-2020, esta iniciativa se ha incluido ya en el EaSI.¹⁸

Más actual se presenta en el ideario de la Comisión otro mecanismo de financiación bancaria de inevitable recurrencia en estos tiempos; se trata de la micro-financiación colectiva o *crowdfunding*. En efecto, en el documento de trabajo titulado *Crowdfunding in the EU Capital Market Union* (La micro-financiación colectiva en la Unión de los Mercados de Capitales de la UE, SWD (2016) 0154 final), se destaca el papel crucial de este instrumento de financiación

¹⁷ Pero su carácter de mínimos está inducido no sólo por su propia denominación, que parece razonable, sino por su montante máximo (25.000 €) y su destino a microempresas (las que empleen a menos de 10 trabajadores, incluidos los trabajadores por cuenta propia, y no tengan un volumen de negocios superior a 2 millones € anuales, como se ha definido ya al principio). Por otra parte, tampoco es seguro que ayude el hecho de que no financia directamente a los empresarios, sino que permite a unos algunos proveedores de microcréditos ampliar los préstamos mediante la emisión de avales, compartiendo de esta manera el riesgo de pérdidas.

¹⁸ Dentro del EaSI, la microfinanciación Progress cuanta ahora con un 21% de su total, lo que equivale a casi 200 millones de euros en 7 años.

como una nueva vía para aumentar y diversificar los recursos de las empresas europeas para mejorar el crecimiento y la creación de empleo en Europa.¹⁹ Para la Comisión, esta micro-financiación procura un pequeño pero rápido desarrollo y considera que si está bien regulada, será potencialmente una fuente clave de financiación de las PYMES durante largo tiempo, razón por la que anima a los Estados miembros a que tomen medidas de apoyo y protección adecuadas al sector.²⁰

¹⁹ El documento hace un importante análisis de la situación actual del crowdfunding en la UE, de la que se destacan a título de ejemplo estos tres párrafos: “Crowdfunding has been developing rapidly in some Member States. It is estimated that EUR 4.2 billion were successfully raised through crowdfunding platforms in 2015 across the EU, of which EUR 4.1 billion were raised through crowdfunding models entailing a financial return. Table 1 shows details of total and average amounts pledged, number of campaigns, and number of platforms for each type of crowdfunding.

The study commissioned by the Commission analysed data from crowdfunding platforms across the EU. Data coverage was approximately 68% by EUR volume of the estimated total market size for the time period under consideration (2013-14).¹⁹ Data covered loans, equity, rewards, donations and other crowdfunding models. However, the coverage of the study varies considerably between Member States, due to the number of active platforms, and the accessibility and suitability of data.

By defining cross-border activity as crowdfunding where the project country differs from the platform’s most active country, the study identified almost EUR 180 million of cross-border funding for successful projects by participating platforms in the scope period (compared to a total of EUR 2.3 billion for all successful projects, i.e. 8% of the total). Most cross-border activity was on non-EU platforms operating within the EU, and EU platforms operating outside the EU. Cross-border activity within the EU amounted to EUR 16.9 million of projects by participating platforms in 2013-14.”

²⁰ Y en sus conclusiones destaca precisamente su capacidad para transformar el sistema financiero y pide a los Estados que tomen medidas reguladoras que favorezcan su desarrollo: “Crowdfunding is one of many technological innovations that have the potential to transform the financial system. Therefore, crowdfunding warrants consideration as part of our broader approach to FinTech and the digitalisation of financial services, which is being looked at further in the Green Paper on Retail Financial Services.

As demonstrated in this report, to promote the growth of crowdfunding and appropriately protect investors, EU Member States have put in place a range of measures to regulate crowdfunding – either using the EU legislative framework where appropriate or via national regimes. These national frameworks are broadly consistent in terms of the objectives and outcomes they seek to achieve, but are tailored to local markets and domestic regulatory approaches.

Pero hay también medidas no bancarias. En particular, merece una especial referencia la apuesta hecha por la *Resolución del Parlamento de 15 de septiembre de 2016*, sobre el *Acceso de las PYMES a la financiación y al aumento de la diversidad de la financiación de las PYMES en la Unión de los Mercados de Capitales 2016/2032(INI)*, cuyos puntos 44 y 45 se refieren al aspecto fiscal y a las ayudas públicas. El hecho de que el Parlamento se haya detenido sobre estos dos aspectos de la financiación pública de las PYMES resulta altamente significativo y contrasta con la política seguida en la UE de ausencia de una fiscalidad eficaz y persecución de las ayudas estatales de un modo casi discriminado. Pero ahora el Reglamento de 2014 y esta resolución aportan algún rayo de esperanza al respecto. Merece la pena, por tanto, insistir en ellos, retomando ideas que ya he tenido ocasión de mencionar en otro lugar a la luz de estas nuevas intervenciones de las instituciones europeas.

V. La financiación pública de las PYMES: instrumentos fiscales y presupuestarios

Aunque la financiación privada es necesariamente la principal fuente de obtención de recursos de pequeñas de poco tamaño, la financiación pública resulta, hoy por hoy, casi insustituible. Además, en casi todos los países hay o ha habido entidades financieras públicas cuyos clientes son las PYMES y las entidades del tercer sector. Este modelo es ciertamente recomendable y, en aquellos países en los que no existen, han dejado de existir o tenían un papel secundario, se está demandando su creación, su reinstauración o su reconversión.²¹

Given the predominantly local nature of crowdfunding, there is no strong case for EU level policy intervention at this juncture. Crowdfunding is still relatively small and needs space to innovate and develop. Given the dynamism of crowdfunding and the potential for future cross border expansion, it will be important to monitor the development of the sector and the effectiveness, and degree of convergence of, national regulatory frameworks.”

²¹ En España, por ejemplo, ante la grave situación económica y las exigencias tan rigurosas de la banca privada, el Gobierno propuso que el Instituto de Crédito Oficial (ICO) pudiera conceder préstamos a las empresas de hasta 200.000 € con una cobertura total del riesgo, como si de una entidad privada se tratase (Propuesta presentada por la ministra española de

Pero la vía de los créditos públicos no es la única manera de financiar públicamente el fomento de la economía social. Hay otros caminos que pueden resultar también muy eficaces porque están directamente relacionados con la actividad económica que llevan a cabo las entidades de economía social. Se trata de los mecanismos fiscales y de los mecanismos presupuestarios.

1. Por una parte, la política fiscal puede ser un instrumento eficaz de financiación para las PYMES y entre ellas, en particular, para las entidades de economía social. Se trata de una financiación impropia o indirecta, desde luego, en la medida que produce un ahorro de gastos fiscales para la entidad, aunque la aplicación efectiva de medidas de política fiscal encuentra obstáculos que es necesario remover, como la prohibición de las ayudas de Estado selectivas en la Unión europea. Los análisis más recientes ponen de manifiesto que este tipo de políticas, bien articuladas, son adecuadas y proporcionadas a la incidencia económica y a la dimensión social de las PYMES, de las cooperativas y las entidades del tercer sector y pueden ser un mecanismo eficaz para compensar la internalización de costes sociales en el seno de las mismas, a la vez que para fomentar su constitución y desarrollo.

A pesar de ello, las normas o iniciativas europeas no han puesto de manifiesto hasta 2016 (resolución del Parlamento de 15 de septiembre, citada y sobre la que volveremos más adelante) una decisión firme y contundente de favorecer la aplicación de la política fiscal para promover el desarrollo de las PYMES.²²

Economía y Hacienda el 1 de marzo de 2010).

²²No obstante, algunos documentos (como el *Informe del Comité Económico y Social Europeo sobre los distintos tipos de empresas*, 1454/2009, de 1 de octubre de 2009, o el *Informe para la elaboración de una ley de fomento de la economía social*, Ciriéc-España, diciembre 2009, el *Acta del Mercado Único – Hacia un Acta del Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva*, de 27-10-210, transformada posteriormente en *Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza: “juntos por un nuevo crecimiento”*, de 13-04-2011; *Dictamen del CESE sobre el tema Cooperativas y desarrollo agroalimentario*, de 11-7-2011) pusieron de manifiesto que este tipo de políticas, bien articuladas, son adecuadas y proporcionadas a la incidencia económica y a la dimensión social de las entidades del tercer sector y pueden ser un mecanismo eficaz para compensar la internalización de costes sociales en el seno de las mismas, a la vez que para fomentar su constitución

Por lo que se refiere a las PYMES, aunque no existen normas europeas de obligado cumplimiento, casi todos los Estados miembros han introducido regímenes fiscales beneficiosos, a veces corrigiendo las bases imponibles de beneficios obtenidos, otras, introduciendo tipos de gravamen reducidos y otras concediendo medidas de favor fiscal, como una mayor libertad de amortización o algunas deducciones concretas.

Es cierto, no obstante, que hubo algunos actos jurídicos sin fuerza de obligar como la recomendación 94/390/CEE sobre régimen fiscal de las PYMES, que fue bastante bien adaptada a los ordenamientos de los Estados miembros.

Por su parte, las cooperativas han tenido, y siguen teniendo en muchos países, un régimen fiscal específico y pretendidamente beneficioso respecto de otras empresas.

La justificación de tal discriminación favorable se ha fundamentado en muchas razones, todas ellas relacionadas con el papel de estas entidades en sectores productivos de especial valor social y en las limitaciones que su propia estructura empresarial y su funcionamiento interno han puesto a su desarrollo y sus posibilidades de expansión, así como en la singularidad de su capital y de sus beneficios sociales. Aunque es bien cierto que en la actualidad algunas cooperativas agrupadas han logrado sortear esas dificultades y se han expandido de un modo extraordinario, la cooperativa como fuente o yacimiento primario de empleo sigue siendo una realidad y aquellos fundamentos continúan teniendo vigencia.²³ Este papel de las cooperativas y también estas limitaciones han sido reconocidos reiteradamente en varios

y desarrollo.

²³ Son ya clásicas las razones que Rafael Calvo Ortega apuntó en 2005 como avales de la conveniencia de una fiscalidad específica favorable para las entidades de economía social en general y para las cooperativas en particular. Se trata de tres razones que no por reiteradas dejan de tener vigencia. En primer lugar, destaca la obligación constitucional que tienen las instituciones competentes europeas de poner en práctica una política social y de buscar la cohesión económica y social. En segundo lugar, señala que las actividades de las entidades de economía social se inscriben dentro de aquellas finalidades y, por tanto, tienen interés general. Y en tercer lugar, evidencia las limitaciones en gestión y disposición de los propios bienes de estas entidades respecto de las sociedades mercantiles.

textos emanados en el seno de la Unión Europea.²⁴

Pues bien, de modo más claro y directo – no sabemos si definitivo o decisivo –, la *Resolución del Parlamento de 15 de septiembre de 2016* antes citada, en su parágrafo 44: “Destaca la influencia que ejercen sobre la capacidad de financiación interna de las PYMES el diseño de las estructuras de los impuestos de sociedades y sobre la renta y las eventuales facilidades fiscales; señala que la fiscalidad de las PYMES y de algunas empresas multinacionales presenta grandes diferencias en muchos Estados miembros, lo que tiene efectos adversos en la competitividad de las PYMES y reduce considerablemente la eficacia de su financiación a partir de fuentes distintas; señala que, debido a las prácticas fiscales desleales de algunas empresas multinacionales, las PYMES deben hacer frente a una imposición un 30 % más elevada que la que deberían soportar si no se dieran tales prácticas, con los consiguientes efectos para su capacidad de financiación interna; celebra, en este contexto, el paquete de medidas contra la elusión fiscal presentado por la Comisión con el fin de establecer un sistema fiscal más sencillo, justo y eficaz en la Unión Europea; señala que los Estados miembros deberían comprometerse

²⁴ Así, en el documento *Las cooperativas en la Europa de las empresas*, de 7 de diciembre de 2001, la Comisión ya entendió que existían diferencias significativas entre las sociedades cooperativas y las sociedades típicamente capitalistas, diferencias que se justificaron en el Reglamento (CE) 1435/2003, Consejo, de 18 de agosto de 2003, del *Estatuto de la sociedad cooperativa europea*, hasta el punto que en la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el fomento de las cooperativas en Europa*, de 23 de febrero de 2004, la propia Comisión entendió que tales diferencias podrían justificar un tratamiento fiscal específico, siempre y cuando, en todos los aspectos relativos a la legislación sobre cooperativas, se respetase el principio según el cual cualquier protección o beneficio concedidos a un tipo específico de entidad debe ser proporcional a las limitaciones jurídicas, al valor social añadido o a las limitaciones inherentes a dicha fórmula societaria y no debe ser, en ningún caso, una fuente de competencia desleal. El 1 de diciembre de 2009, el Consejo Económico y Social Europeo (CESE) aprobó el ya citado *Dicamen sobre distintos tipos de empresa*, en el que de manera más decisiva aboga por la introducción de medidas fiscales sectoriales que compensen a estas empresas sobre la base de su utilidad pública comprobada o de su contribución constatada al desarrollo regional. El 7 de julio de 2012 se aprobó por el CESE el documento titulado *Cooperativas y desarrollo agroalimentario*, que contiene propuestas en materia de fiscalidad.

con el establecimiento de una fiscalidad justa, eficaz y transparente que atraiga las inversiones y la financiación, con el fin de facilitar la creación y el crecimiento de las PYMES; destaca la necesidad de introducir exenciones financieras para las PYMES, especialmente en su fase inicial, con el fin de consolidar su base financiera para que puedan abordar las etapas siguientes de su ciclo de vida; destaca la necesidad de una política fiscal que reduzca la carga tributaria general y la que pesa en particular sobre los trabajadores y las empresas; hace hincapié en la importancia de corregir el sesgo fiscal existente entre la deuda y los fondos propios”.

Parece que el Parlamento ha tomado aquí una iniciativa que, en caso de ser reconocida y seguida, debería llevar a un replanteamiento importantes de las políticas fiscales de los Estados miembros en materia de fiscalidad de las PYMES.

2. Hay, desde luego, medidas de posible implantación que no harían sino incentivar el modelo PYME. Pero para que puedan ser aceptables y no considerarse discriminatorias habrían de justificarse también en las singularidades del régimen jurídico de las cooperativas en particular o, en su caso, de las PYMES en general.

En particular, se están planteando medidas tales como la recuperación del IVA soportado no deducible, los incentivos a la inversión innovadora o la compensación de costes sociales. Una de las cuestiones más preocupantes es la imposibilidad de recuperación del IVA soportado por parte de un buen número de entidades que realizan actividades exentas del impuesto. Esto ocurre singularmente en las actividades de carácter sanitario o asistencial, cada vez más frecuentes en el sector cooperativo. La situación es aún más lacerante si se tiene en cuenta que normalmente estas actividades, en la medida en que están promovidas y favorecidas por el sector público, se contratan con las administraciones públicas competentes a tanto alzado. La imposibilidad de recuperar el IVA supone un coste importantísimo para las cooperativas. Es cierto que este asunto tiene muchos perfiles que no es posible ahora plantear, pero no lo es menos que su consideración como empresas con derecho a deducción les aliviaría en gran medida ese coste. Y, al fin y al cabo, este parece un tema más político que técnico, puesto que la normativa europea sobre el IVA contempla supuestos de derecho a deducción

para determinadas operaciones exentas, ya que parece que la renuncia a la exención perjudicaría notablemente a los beneficiarios de la exención, es decir, los prestatarios de los servicios.²⁵

La cuestión de los incentivos a la inversión y al desarrollo debe plantearse también desde la perspectiva de las PYMES y otras entidades similares. La realidad actual es que, tal como están estructuradas, las medidas de apoyo público a las actividades privadas de inversión en I+D+i (investigación más desarrollo más innovación) favorece fundamentalmente a las grandes empresas, que son las que tienen mayor capacidad y posibilidades de llevarlas a efecto. Esto genera desventajas competitivas respecto a las pequeñas empresas. Por eso, el dictamen del CESE sobre *Distintos tipos de empresa* aboga por introducir desgravaciones fiscales extraordinarias para inversiones múltiples en I+D, devoluciones en caso de inexistencia de beneficios o de pérdidas.²⁶

Por otro lado, la compensación de los costes sociales que supone su actividad es un ámbito en el que la toma de decisiones es tan difícil como necesaria. El mencionado dictamen del CESE es consciente de ello y lo enfoca excluyendo cuestiones relativas al falseamiento de la competencia. En efecto, también el derecho de la competencia tiene que ser equitativo, lo que significa que no hay un modelo único que asegure la libre competencia. De hecho, algunas de las políticas de competencia no son precisamente neutrales y eso exige medidas diferenciadoras de carácter fiscal, entre otras.²⁷

²⁵ En España, el tema ha sido objeto de discusión en vía administrativa y el Tribunal Económico Administrativo Central ha negado la posibilidad de renuncia a la exención contemplada en el art. 20.1. 12.ª de la Ley 3771992, del IVA español, según la interpretación del art. 13.1.A.1 de la sexta directiva, entonces aplicable (Resolución TEAC de 29 de marzo de 2006).

²⁶ Aunque “con diferencia, el impacto más importante que tienen estos programas es la manera en que pueden respaldar el desarrollo de pequeñas y medianas empresas especializadas en I+D durante los primeros años de su existencia” (Dictamen del CESE sobre *Distintos tipos de empresa*, de 1 de diciembre de 2009, pár. 4.5.2, *in fine*).

²⁷ Partiendo de la consideración que “algunas empresas se ven sometidas a situaciones de desigualdad competitiva por causas ajenas a los procesos productivos propiamente dichos y que se derivan de fallos de asignación del mercado, es decir, de situaciones en las que el propio mercado es ineficiente, asignando los recursos de manera no óptima” el CESE pide a la Comisión “que anime a los Estados a conceder medidas compensatorias a

En este contexto, conviene no olvidar tampoco el coste que para algunas de estas empresas, las cooperativas en particular, suponen los fondos obligatorios no repartibles ni recuperables en caso de transformación, obligación que no incumbe a ninguna otra forma jurídica societaria.²⁸

Todo ello sin olvidar que es precisa que una fiscalidad más equitativa permita orientar el consumo hacia una utilización eficiente de los recursos, para tener más en cuenta el contenido de cada producto en términos socio-ambientales y el valor social añadido en base a la fórmula cooperativa. A partir de un marco fiscal específico, los incentivos fiscales y las ayudas de compensación son algunos de los instrumentos más directos y que tienen con mayor potencial para la consecución de los logros previstos. Como demuestra la experiencia previa en diferentes Estados miembros, la adopción de un tratamiento fiscal diferenciado promueve la autonomía e independencia financiera pero, al igual que algunas de las iniciativas antes propuestas, requiere de un análisis previo de su incidencia.

3. Por otra parte, la política presupuestaria de gastos directos viene siendo una constante vía de financiación para las PYMES y las empresas de la economía social en países de nuestro entorno, que llevan a cabo políticas económicas sectoriales en las que aquellas empresas resultan beneficiadas. Por ejemplo, los programas de asistencia o protección sociales, o de fomento del empleo. Pero los presupuestos

las empresas sobre la base de su utilidad pública comprobada o de su contribución constatada al desarrollo regional” (p. 4.5.1).

²⁸ Adicionalmente, desde sectores científicos cercanos a la economía social se están sugiriendo otras medidas de no escasa importancia. Así, por ejemplo, el *Informe para la elaboración de una Ley de fomento de la economía social*, gestado en el seno de Ciriéc-España propuso, entre otras medidas, las siguientes: a) una política tributaria de fomento de la constitución de entidades de economía social (exención o desgravación del gravamen sobre Operaciones Societarias); y b) políticas tributarias durante la vida de estas entidades (libertad de amortización, reducción de tipos del gravamen sobre los beneficios de las sociedades, entre otras). Y rechaza, además, que unas políticas tributarias como estas incidan negativamente en la competencia. Por su parte, el dictamen del CESE “Cooperativas y desarrollo agroalimentario (dictamen de iniciativa)” de 11 de julio de 2102 puso de manifiesto algunas evidencias como el papel del cooperativismo en el carácter sostenible del desarrollo económico, la reforma estructural de los mercados y la inmediatez de estos.

estatales difícilmente contienen partidas de gastos específicamente destinados a financiar proyectos promovidos en concreto por las PYMES y si lo hacen es de modo muy limitado.²⁹ Hay que descender a niveles territoriales más bajos para encontrarlos. Así, en España, casi todas las Comunidades Autónomas contemplan créditos presupuestarios destinados a promover o desarrollar algunas iniciativas de economía social, fundamentalmente cooperativas.³⁰

A nivel europeo, ya se ha visto que no existe una política clara y decidida de apoyo a las PYMES desde el punto de vista de la financiación directa, aunque están activos los mecanismos de financiación del programa COSME, InnonFin Horizonte 2020, Europa Creativa, para PYMES de los sectores cultural y recreativo, EaSI (Programa para el Empleo y la Innovación Social), además de los Fondos EIE (Fondos Estructurales y de Inversión Europeos) y los del Banco Europeo de Inversiones y el Fondo Europeo de Inversiones.³¹ Ocurre, sin embargo, que estos mecanismos de financiación, aun siendo públicos, son de carácter financiero y se articulan mediante préstamos; no son, por tanto, auténticos mecanismos de financiación directa ni tampoco subvenciones en sentido puro.

A este respecto, conviene traer a colación nuevamente la *Resolución de 15 de septiembre de 2016*, del Parlamento, en cuyo párrafo 45: “Señala que las ayudas públicas directas que no distorsionen las ventajas de la competitividad son a veces necesarias para garantizar la financiación de las empresas de nueva creación, las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, en especial cuando las condiciones socioeconómicas no permiten otra fuente de acceso a la financiación; destaca la importancia que reviste la transparencia con respecto a los planes públicos y las ayudas públicas de apoyo a

²⁹ En España, la Dirección General de Industria y de la PYME (observe la denominación tan rocambolesca) tiene algunos programas de financiación a través de la Empresa Nacional de Innovación SA (ENISA).

³⁰ La Comunidad Autónoma de Andalucía tiene un programa de incentivos para las PYMES o empresarios individuales del sector industrial o de otros sectores siempre que creen al menos cinco empleos, además de un relativamente importante conjunto de ayudas dirigidas a fomentar el desarrollo de las empresas de economía social que tengan carácter innovador, competitivo y emprendedor.

³¹ Puede consultarse el sitio web de la UE: <http://ec.europa.eu/growth/access-to-finance_es>.

la inversión en las PYMES, así como la aparición de nuevas entidades de inversión y financiación”.

Aparentemente, este pronunciamiento es un espaldarazo a la pretensión de ayudas directas del sector, tanto a nivel europeo como a nivel interno -sobre todo en éste-, al tiempo que permitiría interpretar el art. 107 TFUE de un modo más mucho más restrictivo de lo que hasta ahora lo está haciendo la Comisión, como se expondrá a continuación.

VI. El papel de la prohibición de las ayudas de Estado

1. La posibilidad de aplicar un régimen fiscal específico y diferenciado para las PYMES en la UE se encuentra también sometida a inconvenientes de gran calado. Ello es así porque la Comisión parece haber enfocado la cuestión de su régimen fiscal desde la perspectiva de su compatibilidad con las ayudas de Estado prohibidas por el artículo 107 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) – antes artículo 87 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) – con una posición maximalista y una concepción muy amplia del carácter selectivo de las medidas, lo que, en última instancia, puede perjudicar seriamente las expectativas inicialmente creadas sobre la compatibilidad de ciertos regímenes fiscales especiales y el Derecho europeo.

Como se sabe, las ayudas de Estado son ayudas concedidas a determinadas empresas, entidades o personas mediante fondos estatales, bien directos (subvenciones), bien indirectos (beneficios fiscales). Estas ayudas pueden ser compatibles o incompatibles con el Tratado; son incompatibles si de cualquier forma falsean o amenazan la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

El caso de las actuaciones emprendidas contra algunos regímenes fiscales específicos para las cooperativas es posiblemente el ejemplo que más paradigmáticamente puede ilustrar la situación a la que tiene que enfrentarse un régimen fiscal favorable para las PYMES, porque además pone de manifiesto el cambio de criterio de la Comisión.

En un primer momento, la Comisión, en la *Decisión relativa a las medidas ejecutadas por España a favor del sector agrario tras el alza de los precios de los carburantes*, de 11 de diciembre de 2002 (2003/293/

/CE) ligó los beneficios fiscales concedidos a las cooperativas españolas con la naturaleza y la economía del sistema, dado que los retornos cooperativos soportaban una carga fiscal mayor que la de los dividendos de las sociedades mercantiles, como consecuencia de las dotaciones obligatorias a los fondos de reserva obligatoria y de educación y formación y el modelo de corrección de la doble imposición entre sociedad cooperativa y socio. Esta posición resultaba además coherente con la *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación del régimen de ayudas de Estado a las medidas de fiscalidad directa de las empresas* (DOCE C 384, 10 de diciembre de 1998), que había establecido que estas ventajas constituían un beneficio excepcional al régimen general excluido del artículo 87 TCE.

Pero la Decisión de 2002 relativa al régimen español había sido recurrida ante la jurisdicción europea, iniciándose un procedimiento (T-146/03), que concluyó el 12 de diciembre de 2006, con una sentencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI) que anuló el artículo 1 de la Decisión de 11 de diciembre de 2002 en cuanto que declaraba que las modificaciones del Real Decreto Ley 10/2000 no constituían una ayuda de Estado conforme al artículo 87.1 TCE. Posteriormente, el proyecto de decisión, fechado el 14 de abril de 2008, no resultó nada halagüeño para los intereses de las cooperativas y menos aún lo fue la definitiva decisión de 15 de diciembre de 2009, a la que me referiré más adelante. Hay que notar que la resolución tuvo una justificación puramente formalista, a saber, la falta de motivación del carácter no selectivo – afirmado en la propia Decisión – en relación con la justificación de los beneficios fiscales españoles que afectan al ITPAJD, al IAE y al IBI.³²

Las legislaciones de algunos Estados miembros de la UE

³² Naturalmente, el pronunciamiento del TPI es más extenso en sus argumentaciones y más explícito en los detalles, pero en orden a sus efectos posteriores hay que destacar lo siguiente: en primer lugar, que la sentencia no rechazó el régimen fiscal español aplicable a las cooperativas, algo lógico si se tiene en cuenta que no era eso lo que se cuestionaba en el asunto, al menos de modo directo. Y en segundo lugar, que la sentencia anula una disposición de la Comisión porque ésta no había razonado suficientemente su afirmación de que las medidas fiscales más beneficiosas de las cooperativas en el ITPAJD, el IAE y el IBI no tenían carácter selectivo a efectos de su caracterización o no (en este caso, no) como ayuda de Estado. Por tanto, hubiera bastado una justificación en ese sentido.

(singularmente Bélgica, Italia, Portugal y España) contienen una fiscalidad para todas o algunas cooperativas que, en términos generales, resulta más favorable que la de las sociedades de capital. La posición de la Comisión Europea acerca de los regímenes fiscales favorables para las cooperativas en los Estados miembros de la Unión Europea no ha sido aún definitivamente establecida y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) parece que tampoco. En el momento de tomar aquella Decisión se encontraban abiertos expedientes contra España, Francia e Italia.³³

La Comisión planteó en sus análisis preliminares que el sistema fiscal específico de las cooperativas españolas debe ser considerado, por definición, como ayuda de Estado.³⁴ Las razones que

³³ En el caso de España, la denuncia se dirigió contra la distribución de carburantes a terceros no socios por parte de las cooperativas agrarias, distribución autorizada por un Real Decreto-ley (RDL) del año 2000, año de fuertes subidas en el precio de los carburantes. Se refiere el caso en el texto. Respecto a Francia, el expediente se centró en el régimen fiscal de las cooperativas dedicadas a la comercialización y transformación de productos agrícolas, después de la denuncia presentada por la Confederación francesa de distribución al por mayor e internacional. En el caso italiano, había dos procedimientos abiertos: el primero lo ha sido a instancias de la Comisión como consecuencia de dos denuncias (referidas una a la banca cooperativa y otra a las cooperativas de consumo más importantes del país); el segundo derivaba de una cuestión prejudicial que la *Corte di Cassazione* italiana ha presentado ante el TJUE; el alto tribunal italiano considera que el régimen fiscal de las cooperativas en su conjunto podría constituir una ayuda de Estado incompatible con el Tratado; este asunto, como es obvio, es el que más ha alarmado al sector. Hay sentencia, de 8 de septiembre de 2011. Junto a éstos, se abrió otro expediente informativo contra Noruega, iniciado por el Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio, que estudiaba la pretensión noruega de reintroducir (ya estuvo vigente desde 2002 hasta 2006) un régimen fiscal favorable para las cooperativas consistente en una deducción especial en el impuesto sobre sociedades de la parte de los beneficios obtenidos de operaciones con socios que se destine al capital social.

³⁴ El cuestionamiento del régimen fiscal de las cooperativas en España ante la Unión Europea comenzó en el año 2000, a raíz de la denuncia presentada por dos asociaciones de empresarios de estaciones de servicio (de Madrid y de Cataluña) contra algunas medidas introducidas por el Real Decreto-ley 10/2000, de 6 de octubre; en particular, este RDL eliminó la prohibición hasta entonces establecida de distribuir gasóleo B a terceros no socios por parte de las cooperativas agrarias.

La polémica se centraba en la posibilidad de cualquier cooperativa de suministrar o distribuir productos petrolíferos – posibilidad vedada desde la Ley 34/1998, de 7 de octubre –, a no ser que la cooperativa interesada

avalarián esta posición se centran en las siguientes:

1. en primer lugar, las cooperativas son entidades que están presentes en el mismo mercado que el resto de empresas y podrían generar distorsión de la competencia;
2. en segundo lugar, no es fácil establecer la relación entre el régimen fiscal favorable – o de algunas de sus medidas – y las limitaciones jurídicas a que están sometidas las cooperativas.

No obstante ello, también hay que decir que la decisión comunitaria se muestra comprensiva con un tratamiento diferenciado de las operaciones mutuales (entre el socio y la cooperativa), que podría ser compatible con el Tratado con tal que las cooperativas pudieran ser caracterizadas dentro de la categoría de pequeñas o medianas empresas. De consolidarse finalmente esta tesis, será necesario que los Estados prescindan de los regímenes privilegiados que ahora tienen sus cooperativas o bien que promulguen nuevas normas que, sin perjuicio de reconocer las especialidades de la cooperativa, no puedan ser consideradas como ayudas de Estado incompatibles con el renombrado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Después de iniciado el expediente, la Comisión europea tuvo ocasiones para pronunciarse sobre el papel de las empresas de economía social en Europa. El más significativo fue en el documento llamado *Las cooperativas en la Europa de las empresas*, de 7 de diciembre de 2001, en el que se reconocieron los efectos beneficiosos de las empresas de economía social para la consecución de los objetivos comunitarios, al mismo tiempo que se pusieron sobre el tapete las debilidades que padecen frente a las entidades de capital. Si a ello se une que en otro documento (Libro verde *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, de 18 de julio de ese mismo año 2001) se apuntó la posibilidad de que gozaran de un cierto trato

formalizase esa distribución mediante una sociedad ajena a la propia cooperativa; esta exigencia no habría sido significativa de no ser porque eso suponía automáticamente la sumisión de esta rama de su actividad al tipo general del Impuesto sobre sociedades. Por el contrario, desaparecida la exigencia de constituir una sociedad instrumental, es posible mantener el régimen fiscal privilegiado de las cooperativas a pesar de realizar esa actividad.

especial para compensar las desventajas consustanciales a su forma jurídica, se podrá comprender que la posición inicial de la Comisión habría de ser favorable – o al menos no desfavorable – a los intereses de las cooperativas.

Con posterioridad, la *Comunicación sobre el fomento de las cooperativas en Europa* (23 de febrero de 2004) estableció que un régimen fiscal beneficioso para las cooperativas sería aceptable para el Derecho comunitario siempre que fuese proporcional a sus limitaciones jurídicas, al valor añadido de las cooperativas y a las limitaciones económicas inherentes a dicha fórmula.

Sin embargo, las cosas no han sido así. Eso se dedujo ya del proyecto de decisión de abril de 2008. La tardanza en la elaboración del borrador (casi un año y medio desde la sentencia del TPI) no fue debida tanto a la lentitud de los procedimientos en la corte bruselese, cuanto al cambio de orientación de esta decisión respecto a la anterior. No puede obviarse la incidencia de las nuevas cuestiones prejudiciales y procedimientos abiertos por la Comisión a otros países, pero lo cierto es que la situación que ha surgido de todo ello es bien distinta a la de 2002.³⁵

³⁵ En concreto, las líneas maestras del borrador, que evidenciaron ya el cambio de tendencia, fueron las siguientes:

1.^a La ampliación del elenco de operaciones de las cooperativas con terceros sin perder los beneficios fiscales es una ayuda de Estado de carácter fiscal porque supondrá necesariamente una pérdida de ingresos fiscales para el Estado correlativa con una menor tributación de las beneficiadas, que obtendrán así una ventaja impositiva.

2.^a Esta ayuda fiscal afecta a la competencia dentro de la Unión, porque las cooperativas agrarias realizan una actividad económica que consiste, en gran parte, en intercambios entre operadores económicos de los Estados miembros.

3.^a Las ayudas en cuestión tienen carácter selectivo, porque en relación a los impuestos propios de su régimen fiscal (IS, ITPAJD, IBI) la situación jurídica de las cooperativas no difiere sustancialmente del resto de sociedades sujetas al régimen general, de modo que el beneficio es específico de las cooperativas por exclusión del resto de entidades.

4.^a Los apartados a) y b) del artículo 87.3 TCE no son aplicables a este caso, así que no puede justificarse que la medida esté motivada por las distorsiones del mercados producidas por la subida de los carburantes. Por supuesto, ni siquiera cabe plantearse su justificación por el motivo de la letra d) y de la letra e) no ha sido contemplado.

5.^a La justificación al amparo de la letra c) – “las ayudas destinadas a

La Decisión de 2009 fue más lejos porque no sólo mantuvo el carácter selectivo del régimen fiscal de las cooperativas españolas, sino que además:

1.º En primer lugar, optó por el criterio del “mutualismo puro” para entender justificadas las medidas de favor, es decir, sólo son aceptables dichas medidas favorables respecto de las actividades de las cooperativas con sus propios socios, sin establecer porcentajes liberatorios de operaciones con terceros y eliminando toda referencia al carácter de pequeña o mediana empresa de la cooperativa como indicador justificante de la adecuación de la medida al derecho comunitario. En las operaciones que no sean puras desde este punto de vista mutualista, la cooperativa – se afirma por la Comisión – actúa como las otras empresas y, por tanto, no debe merecer trato alguno de favor en la imposición sobre sociedades.

2.º En segundo lugar, pareció haber entendido que el régimen es una ayuda de Estado y además ilegal, por no haberse comunicado su elaboración a la Comisión, lo que obliga a su devolución.

Es destacable que no se pusiera en cuestión la avenencia del régimen fiscal de las cooperativas con el Tratado cuando se aplica a operaciones cooperativizadas. Ahora bien, la realidad es que actualmente las operaciones con terceros no socios forman parte imprescindible de las actividades cooperativas, como también es cierto que la mayoría de estas entidades pueden ser consideradas, por volumen de negocios, como pequeñas o medianas empresas.

La decisión, como antes se dijo, fue recurrida con fecha 4 de abril de 2010 ante el Tribunal General, que abrió la causa T-156/10,

facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común” – podría aplicarse en la medida en que las cooperativas cumplen los objetivos del artículo 33 del Tratado y, por tanto, contribuyen al interés general, pero para ello necesitan ser proporcionadas, en el sentido recogido en la Decisión sobre el fomento de las cooperativas, de 23 de febrero de 2004. Es decir, para la Comisión, parece que sólo las medidas que se enmarcan en el carácter mutualista están justificadas, mientras que las que afectan a operaciones realizadas con no socios solamente resultarán compatibles con el Tratado si tienen un impacto limitado – en el sentido de no apreciable – sobre la competencia. La propia Comisión propuso dónde está esa medida: en que las cooperativas cumplan las condiciones necesarias para ser consideradas como pequeñas o medianas empresas.

cerrada en falso mediante el Auto de 23 de enero de 2014 y ello a pesar de las importantes razones que avalaban el recurso.³⁶ La razón de tal pronunciamiento es puramente formal: considera que las entidades demandantes impugnan en su propio nombre sin tener legitimación para ello – par. 39 del Auto –, que no está demostrado que las situaciones jurídicas de las entidades demandantes esté en riesgo de verse afectada por una orden de recuperación (de las ayudas) – par. 60 del Auto –, lo que supone que, sin que exista esa orden, las citadas entidades no siguen manteniendo interés en la anulación de la Decisión impugnada – pár. 61 – ni está dicho que tuvieran interés en el caso de que otras ventajas fiscales que no superen el nivel *de minimis* (mínimo para no ser considerado ayuda de Estado) en el momento de su concesión pudieran en lo sucesivo ser consideradas ilegales – pár. 63 –, razones todas ellas por las cuales el Tribunal General declara la inadmisibilidad del recurso.

2. Contra la disciplina italiana de beneficios tributarios para las cooperativas vigente desde 1973 hasta 2004 se han seguido ante el TJUE tres causas acumuladas (C-78/08 a C-80/08) a instancias de la *Corte di Cassazione* italiana que ha cuestionado ante el órgano europeo si el régimen italiano constituye una ayuda de Estado ilegítima que obligue a su devolución y si la utilización de la forma

³⁶ Ante todo, es incongruente en sentido procesal y procedimental, porque no responde a las exigencias planteadas por la sentencia del TPI de la que trae causa; no se olvide que la Comisión ya decidió en 2002 que el régimen español no constituía ayuda de Estado y que el TPI anuló la decisión pidiéndole que explicara los motivos en que basaba su decisión; pero no le exigió que hiciera otra cambiando de criterio. A consecuencia de lo anterior, podría sostenerse que es contraria a los criterios más elementales de seguridad jurídica. Por su parte, la opción del mutualismo puro choca frontalmente con la realidad actual del modelo cooperativo y no está basada en ninguna norma europea, ni siquiera de *soft law*. Asimismo, ignora que el régimen especial del Impuesto sobre sociedades no se aplica a las operaciones con terceros no socios y que la incidencia de los otros impuestos (Impuesto sobre bienes inmuebles, Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados e Impuesto sobre actividades económicas) es mínima. Y, por concluir, en términos muy gruesos, desconoce la trayectoria legislativa española sobre el régimen fiscal de las cooperativas y el significado de la ley 20/1990 y el carácter proporcionado de las medidas en relación a las sociedades mercantiles lucrativas, dada la desigual situación en la que se encuentran respecto a estas.

jurídica societaria de cooperativa constituye un abuso de derecho.

Las cooperativas italianas se consideran sociedades de capital y están sujetas a una imposición sobre la renta estatal y a otra local. Hasta 2004, la imposición general sobre las sociedades de capital en Italia se basaba en el llamado principio de imposición única, según el cual los beneficios de la sociedad se gravaban en el impuesto de esta (IRPEG) a tipos proporcionales así como a un impuesto local sobre la renta (ILOR), pero los útiles distribuidos a los socios se gravaban al tipo progresivo del impuesto personal de estos (IRPEF); la doble imposición que pudiera producirse se eliminaba mediante un crédito de impuesto concedido al socio en su impuesto personal, crédito igual a la cantidad correspondiente pagada por los útiles por él recibidos en el impuesto societario. En la actualidad, los beneficios de las sociedades de capital se sujetan también a un impuesto proporcional (IRES, con un tipo del 27% hasta 2016 y del 24% a partir de 2017) y los útiles distribuidos se siguen sometiendo al impuesto que grava la renta de las personas físicas, el IRPEF, pero no por su totalidad, sino de modo reducido al 49,72% (40% si dividendos anteriores a 2008).³⁷

La sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011, recaída en esas causas, se separa del planteamiento del abogado general (éste había sugerido en primer lugar la inadmisión de las cuestiones), aunque no exactamente de sus conclusiones, ya que terminando a entender que bien pueden no ser ayudas de Estado, aunque deja esa decisión en manos del juez nacional. Lógicamente, para actuar así, se pronuncia previamente sobre algunos aspectos que son indispensables para que dicho juez interno pueda tomar una decisión fundada y razonada, al tiempo que respetuosa con el Derecho comunitario y, en particular, le suministra los elementos de interpretación de las condiciones que exige el art. 87.1 TCE (ahora 107.1 TFUE) necesarios para facilitar su pronunciamiento, a saber:

³⁷ A partir de 1973, las rentas de las cooperativas de producción y de trabajo regidas por principios mutualistas y sus consorcios quedaron exentas de la imposición sobre la renta, tanto estatal como local, siempre que la suma de las retribuciones efectivamente satisfechas a los socios no fueran inferiores al sesenta por ciento de la suma total de los gastos, excepto los correspondientes a materias primas y asimilados. La exención se reducía a la mitad si esa relación bajaba del sesenta por ciento, pero no era inferior al cuarenta.

cuándo hay una medida financiera estatal prohibida por el Tratado, qué significa que la medida distorsione la competencia y en qué consiste la selectividad de la medida controvertida.

Respecto a la primera condición, decide que las medidas nacionales cuestionadas son reconducibles a una financiación estatal. Respecto a la segunda, el Tribunal considera que un beneficio fiscal como el italiano es susceptible de incidir en los intercambios entre Estados y de falsear la competencia a efectos del derecho comunitario. Y respecto a la tercera condición, vistas las características propias de las cooperativas en cuestión, estima que no puede considerarse, en vía de principio, que las cooperativas italianas de producción y de trabajo se encuentren en una situación jurídica o fáctica análoga a la de las sociedades mercantiles habida cuenta que operan en interés de sus socios y mantienen con estos una relación no puramente comercial, sino en la que participan activamente y tienen derecho a una equitativo reparto de sus resultados económicos; por este motivo, se considera que una medida tributaria favorable puede justificarse si el Estado miembro puede demostrar que tal medida descende directamente de los principios basilares de su sistema tributario.

Así pues, las medidas italianas cumplen dos de las tres condiciones para ser consideradas como ayudas de Estado (suponen una financiación pública y pueden incidir en la competencia), pero no abiertamente la tercera (la selectividad). Y a pesar de que el abogado general había dicho claramente que las medidas de favor a las cooperativas italianas no eran selectivas respecto de las entidades lucrativas, porque la razón de ser de estas últimas es la distribución de beneficios, mientras que para las cooperativas existe una prohibición generalizada en tal sentido (prohibición que es condición *sine qua non* para la aplicación del régimen particular), el TJUE deja al tribunal italiano la decisión acerca de si este requisito se da y acerca de si, en el hipotético caso de una respuesta afirmativa, la medida no obstante estaría justificada en virtud de principios informadores del sistema tributario italiano.

En el recurso de casación interpuesto el 26 de febrero de 2013 por la *Cooperativa tra i Lavoratori* contra el Auto del Tribunal

General del 12 de diciembre de 2012 se alegó principalmente que el Estado italiano decidió invertir la carga de la prueba, contrariamente a lo establecido en la jurisprudencia comunitaria, porque según el legislador italiano, no corresponde al Estado sino a las concretas empresas beneficiarias de las ayudas concedidas en forma de desgravación acreditar que las ventajas en cuestión no falsean la competencia ni inciden en los intercambios comerciales entre los Estados miembros.³⁸ Sin embargo, el Auto del tribunal de Justicia de 4 de septiembre de 2014,³⁹ desestimó el recurso, considerando que el Tribunal General había juzgado correctamente que la decisión controvertida estaba suficientemente motivada y que no ha cometido ningún error de derecho declarando su procedencia – par. 20 y 24 –.⁴⁰

3. Aunque ha sido inusual hasta ahora, la Comisión Europea ha emanado el Reglamento (UE) 651/2014 COM, de 17 de junio, por el que *se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado*.

Al margen de establecer una definición y delimitación de empresa y de PYME en su anexo 1 – ya mencionada al principio –, lo que interesa destacar es que el Reglamento reconoce la singularidad de las PYMES y sus desventajas específicas, lo que la lleva a establecer que podrían aplicarse diferentes intensidades básicas de ayudas y bonificaciones.

En concreto, las ayudas que se declaran compatibles con el TFUE son las siguientes:

- Para servicios de consultoría (sin exceder el 50% costes subvencionables); no deben ser permanentes o estables.
- Para participación en ferias comerciales (no superior al 50%).
- Para costes en que incurran por participación en proyectos de cooperación territorial europea.

³⁸ Asunto C-94/13 P.

³⁹ Asunto C-94/13 P, C-95/13 P y otros.

⁴⁰ El idioma del procedimiento es el italiano, aunque el auto ha sido publicado también en francés. Se reproducen los párrafos citados: “20. Applicando questi principi, il Tribunale ha giustamente giudicato che la decisione controversa era sufficientemente motivata. 24. Dalle precedenti considerazioni risulta che il Tribunale non ha commesso nessun errore di diritto giudicando che la Commissione aveva adempiuto gli obblighi di motivazione relativi alla decisione controversa, di modo che il primo motivo dev’essere respinto in quanto manifestamente infondato.”

- Para el acceso de las PYME a la financiación (capital, préstamos, garantías, riesgo).
- Para ayudas destinadas a nuevos proyectos empresariales.
- Para plataformas de negociación alternativas especializadas en PYME
- Para costes de prospección.
- Para investigación y desarrollo e innovación.

Podría pensarse que no es la norma definitiva que se habría deseado. Pero seguramente también habrá que reconocer que este es un tema que no puede ni debe resolverse en un reglamento general porque para eso ya está el art. 107 TFUE, de modo que, a pesar de su limitado alcance, es una norma bien venida.

Conclusiones

1.^a Aunque el término PYME está generalizado en la UE, los criterios para definirla son distintos entre Estados y aun para diferentes sectores jurídicos dentro del mismo Ordenamiento interno, lo que comporta no pocos problemas de claridad que sería deseable evitar. La definición de la normativa europea podría y debería ser un adecuado marco normativo, toda vez que está recogida en un reglamento comunitario desde 2014.

2.^a Las instituciones de la UE han intervenido en múltiples ocasiones en relación con la financiación de las PYMES, pero casi siempre mediante actos sin fuerza de obligar, de modo que aunque las fundamentaciones están más que razonadas, llevarlas a la prácticas resulta muy complicado.

3.^a No existe una política fiscal definida para las PYMES. Ni desde el punto de vista de los ingresos (ausencia de medidas fiscales distintas de promoción de su constitución y desarrollo) ni desde el punto de vista de los gastos (ausencia de política financiera de promoción). La mayoría de las medidas adoptadas en las muchas iniciativas existentes están dirigidas a los Estados, a los que se recomienda adoptarlas. Se aplica, por tanto, de modo casi universal, el principio

de subsidiariedad del Derecho europeo, a pesar de que la reconocida relevancia de las PYMES demanda una política fiscal más decisiva.

4.^a Cualquier régimen fiscal especial que se aplique a un sector o a un grupo de empresas estará siempre sometido a revisión y será puesto continuamente en cuestión. El Derecho europeo, al amparo del artículo 107 del TFUE, es un marco de ineludible referencia al respecto. Es cierto que el entramado jurídico que gira alrededor de esta figura llamada ayudas de Estado (ayudas otorgadas por el Estado, según el Tratado) se está haciendo cada vez más complejo y la jurisprudencia, obligada a analizar caso por caso, tanto está sirviendo para aclarar como para complicar su correcta comprensión.

5.^a La última resolución del Parlamento europeo de 15 de septiembre de 2016 debería suponer un incentivo para una regulación más adecuada de la financiación pública, indirecta (vía tributos) o indirecta (vía ayudas), en la medida en que expresamente reconoce el papel favorable que esta financiación juega en el futuro del desarrollo del mercado europeo a través de las PYMES.

SESSÃO III

Representação e negociação coletiva nas PME

JOÃO REIS

(Universidade de Coimbra — Portugal)

La prevención de riesgos laborales en microempresas y PYMEs.

Configuración jurídica desde Europa y España

MARÍA SALAS PORRAS

(Universidad de Málaga — Espanha)

As pequenas e médias empresas e o direito do trabalho

JOSÉ JOÃO ABRANTES

(Universidade Nova de Lisboa — Portugal)

REPRESENTAÇÃO E NEGOCIAÇÃO COLETIVA NAS PME



João Reis

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Membro e Investigador do Instituto Jurídico

Collective representation and negotiation in SMEs

Abstract: Our reflection analyses the legal regime of the collective representation structure of workers and collective bargaining in portuguese labor law, especially in the field of micro and small-sized enterprises. After characterizing the workers' representatives in the enterprise and their rights, the adequacy of such a regime is questioned for SMEs.

Some changes of legal regime are proposed, although it is understood that the cause of the difficulties of SMEs does not result from labor law. The crisis of SMEs derives from economic and financial reasons.

Keywords: micro, small and medium-sized enterprises (SMEs); collective labour law; unitarian workers' representatives in the enterprise; works council; union representative; shop steward; collective bargaining.

SUMÁRIO

1. Introdução
 - 1.1. Tipo de empresa
 - 1.2. Instâncias de representação
 - 1.3. Negociação coletiva
2. Um direito do trabalho em função da dimensão da empresa
3. Diferenciação do regime em função da dimensão da empresa
 - 3.1. Regime da OIT
 - 3.2. Regime nacional
 - 3.2.1. Comissão de trabalhadores
 - 3.2.2. Representação sindical
 - 3.2.3. Direitos
4. Contratação coletiva
5. Observações

1. Introdução

O objeto da nossa reflexão situa-se na área das relações coletivas de trabalho na empresa¹. Mais propriamente, incidirá sobre as estruturas de representação coletiva dos trabalhadores e a negociação coletiva existentes nas empresas². Não em todas. Apenas naquelas que não entram na categoria das grandes empresas e que doravante vamos designar por PME, sigla que abrange a pequena e

¹Sobre a noção de empresa e as suas várias abordagens e conceções, cfr. Coutinho de ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 7.^a ed., Almedina, 2009, 201 s., IDEM, *Da Empresarialidade, As Empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996, 303, 306; Orlando de CARVALHO, *Empresa e lógica empresarial*, Sep. BFD, *Número Especial: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Vol. III, Coimbra, 1997.

²Para efeitos laborais, no seguimento de Coutinho de ABREU, *Da Empresarialidade, As Empresas no Direito*, 299, pode entender-se por empresa, a «organização de meios que constitui um exercício relativamente continuado de uma actividade de produção, cujos trabalhadores estão sujeitos, individual e coletivamente, ao regime do direito do trabalho».

a média empresa, mas também a chamada microempresa. Quais são as regras laborais mais importantes nesta área? Serão elas adequadas? Tem sentido construir um direito do trabalho diferente para as empresas de menor dimensão?

Estas difíceis interrogações serão o fio condutor da nossa indagação. Desta fica fora, toda a área do direito individual do trabalho, onde têm sentido o mesmo tipo de interrogações. E onde existem normas laborais que refletem a dimensão da empresa³. Contudo, são regras de direito coletivo do trabalho sobre a representação dos trabalhadores na empresa que ocuparão a nossa atenção.

Pretende-se antes de mais dar a conhecer tais normas. Mas também e sobretudo refletir criticamente acerca delas, de modo a contribuir modestamente para uma melhoria do quadro jurídico-laboral da PME.

Para uma melhor compreensão do tema que vamos abordar, convém ter presente o quadro legal sobre o tipo de empresa que vai ser o nosso ponto de referência, sobre as estruturas de representação existentes na empresa, bem como alguns traços essenciais sobre a negociação coletiva.

1.1. Tipo de empresa

Incide este estudo sobre as estruturas de representação e de negociação coletiva nas micro, pequenas e médias empresas, doravante designadas por PME. Não existem muitos. Aqueles que existem

³ A dimensão da empresa releva em termos regimentais no Código do Trabalho, entre outras, nas seguintes situações laborais individuais: no regime da alteração do horário de trabalho (art. 217.º, n.º 2), nos limites de duração do trabalho suplementar (art. 228º), na marcação das férias (art. 241.º), no regime da recusa de concessão de licença sem retribuição para formação prisional (art. 317.º, n.º 3, al. d), no procedimento a seguir em caso de encerramento total e definitivo da empresa (art. 346.º, n.º 3 e n.º 4), no procedimento previsto para a cessação de contratos num processo de insolvência e recuperação de empresa (art. 347.º, n.º 4), no procedimento disciplinar em caso de despedimento imputável (art. 358º), na noção de despedimento coletivo (art. 359.º, n.º 1), na oposição à reintegração de trabalhador ilicitamente despedido (art. 392.º) Sobre a análise de algumas das normas referidas, cfr. Leal AMADO, “Microempresa e Direito do Trabalho: o dilema dimensional”, in *Temas Laborais*, 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 28-31.

têm normalmente a empresa em geral como ponto de referência. Mas a importância de estudos laborais virados para as empresas de menor dimensão salta à vista. Basta dizer que elas predominam no tecido empresarial português⁴. Espalham-se pelos mais variados setores de atividade económica⁵. Empregam a maioria da população⁶. Assumem maioritariamente a forma de empresas individuais e não de sociedades.

Importa, pois, ter presente os diferentes tipos de empresa relevantes para o direito do trabalho. Dado que temos uma classificação assumida pelo direito positivo, negligenciaremos outras possíveis classificações doutrinárias. Na verdade, atendendo ao número de trabalhadores da empresa, o art. 100.º do CT distingue entre as micro, as pequenas, as médias e as grandes empresas. Segundo o critério ocupacional, as primeiras empregam até nove trabalhadores, as segundas até quarenta e nove, as terceiras até duzentos e quarenta e nove e as quartas as que empregam a partir de duzentos e cinquenta trabalhadores⁷.

O volume do emprego, para enquadrar a empresa num dos quatro tipos referidos, é calculado atendendo à média de trabalhadores existentes no ano civil anterior (art. 100.º, n.º 2, do CT) e no primeiro ano releva o número de trabalhadores empregados “no dia da ocorrência do facto” (art. 100.º, n.º 3, do CT). Salvo disposição em contrário, devem ser tomados em consideração todos aqueles que estão ligados à empresa por um contrato de trabalho.

⁴De acordo com dados do INE e PORDATA, atualizados em 2015, em Portugal, no ano de 2013, existiam 1.077.294 de microempresas, 35.446 de pequenas empresas e 5.687 de médias empresas, perfazendo o total de 1.118.427. O número máximo de PME foi atingido em 2008, 1.260.993, cabendo às microempresas 1.207.743, às pequenas 46.398 e às médias 6.852.

⁵O maior número de PME, em 2014, enquadrava-se no setor do comércio por grosso e a retalho (221.673), da agricultura, produção animal, caça, silvicultura e pesca (128.757), do alojamento, restauração e similares (84.078), atividades de saúde humana e apoio social (83.682), construção (77.792) e, só para mencionar mais um setor, na educação (55.314). (PORDATA)

⁶Em 2013, o número de empregados era de 2.758.702, assim distribuídos: 1.613.327 nas microempresas, 646.510, nas pequenas empresas e 498.865 nas médias empresas. Representavam uma percentagem de emprego de 99,9 %, dividido entre 96,2% para as microempresas, 3,2% para as pequenas empresas e 0,5 % para as médias empresa. (PORDATA)

⁷Para uma análise aprofundada sobre a classificação das empresas em função da sua dimensão, Catarina CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, Dissertação para Doutoramento, Escola de Direito do Porto, 2008, 61 s. Esta obra é, entre nós, de referência obrigatória quanto às implicações da dimensão da empresa no direito do trabalho português.

A heterogeneidade das empresas abrangidas pela sigla PME – onde, como referimos, incluímos as microempresas – é assim significativa. Não só, entre outros fatores, pelo tipo de organização e pela influência no mercado, mas também atendendo ao número de trabalhadores ocupados. Interessa não perder esta realidade de vista. Não se deve procurar distinguir apenas entre as grandes empresas, por um lado, e as PME, por outro. Ao nível destas tem igualmente sentido perguntar se há espaço para regimes laborais diferenciados.

Só não concordará com este ponto de vista quem assumir que as PME não necessitam de nenhum regime laboral diferenciado do regime comum e que o direito do trabalho deve ser uniformemente aplicado, independentemente do tamanho da empresa.

Ora, este é justamente um ponto controverso. Ponderar se o direito laboral deve refletir a estrutura dimensional da empresa e, sendo a resposta afirmativa, como e até onde pode ou deve ir, é uma problemática que engloba várias e intrincadas dimensões jurídicas, que vão desde aspetos técnico-jurídicos a aspetos de fundo, como por exemplo o próprio sentido e função do direito do trabalho. É, na verdade, uma questão complexa. Se a ela não poderemos fugir, também se deve clarificar, desde já, que não há espaço nem tempo para a aprofundar convenientemente. Se constituir uma pequena contribuição crítica para um tema pouco explorado doutrinamente entre nós, o resultado já será satisfatório.

1.2. Instâncias de representação

As estruturas de representação coletiva dos trabalhadores vêm previstas no art. 404.º do CT. Elas existem, nas palavras da lei, para “a defesa e prossecução coletivas” dos direitos e interesses dos trabalhadores. A sua existência e atividade correspondem à efetivação do desiderato da “intervenção democrática na vida da empresa” – vertente da “democracia empresarial” ou da “democracia industrial” –, um objetivo constitucionalmente desejado⁸.

⁸ Propósito que é explicitamente afirmado em relação às comissões de trabalhadores no art. 54.º da CRP, mas que deve valer para qualquer estrutura representativa dos trabalhadores. A razão de ser destas estruturas, de todas elas, repousa exatamente na defesa dos interesses dos seus representados.

Algumas das estruturas de representação elencadas são exteriores à empresa, como é o caso das associações sindicais; outras são desenhadas legalmente para intervirem no interior da empresa, como sucede com as comissões de trabalhadores e as subcomissões de trabalhadores. Acresce que, para além das organizações mencionadas, verdadeiras associações, prevêm-se representantes dos trabalhadores para a segurança e saúde no trabalho, os quais não têm de ser pessoas coletivas⁹.

Segundo o art. 404.º, al. d), para além dos conselhos de empresas europeus¹⁰, devem ainda ser tomados em conta o conselho de trabalhadores na sociedade anónima europeia, em sociedade cooperativa europeia e em sociedade de responsabilidade limitada resultante de fusão transfronteiriça, previsto em legislação específica proveniente do direito societário comunitário¹¹

Como veremos, encontram-se exemplos em que o regime jurídico português é sensível à dimensão da empresa. Mas a lei não prevê de forma genérica particulares formas de representação em função da dimensão da empresa. Mesmo quando certas organizações representativas, como os conselhos de empresa europeus, impliquem empresas ou grupo de empresas que pressuponham um número de trabalhadores que as enquadra na grande empresa, como é o caso da empresa de dimensão comunitária ou do grupo de dimensão comunitária, o que explica a existência dessa organização só para certas empresas não é tanto o número de trabalhadores empregados – ainda

⁹ Sobre o representante do trabalhador para a segurança e saúde, M. Rosário RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Coletivas*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, 154-157.

¹⁰ Cfr. a L. 96/2009, de 3 de Setembro, que transpôs a Diretiva n.º 2009/38/CE, de 6 de maio. Sobre o Conselho de Empresa Europeu, M. Rosário RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III*, 135-144.

¹¹ Cfr. o DL n.º 215/2005, de 13 de Dezembro, que transpôs a Diretiva n.º 2001/86/CE, de 8 de outubro e a L. n.º 8/2008, de 18 de fevereiro, que transpôs a Diretiva n.º 2003/72/CE, de 22 de julho de 2005, a propósito do conselho de trabalhadores previsto para a sociedade anónima europeia e a sociedade cooperativa europeia, e a L. n.º 19/2009, de 12 de maio, que transpôs a Diretiva n.º 2005/56/CE, de 26 de outubro, quanto à representação dos trabalhadores na sociedade de responsabilidade resultante de fusão transfronteiriça. Sobre as estruturas de representação coletiva dos trabalhadores, cfr. M. Rosário RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III*, 145-153.

que este fator não seja irrelevante -, mas principalmente a estrutura e a organização da empresa ou grupo de empresas.

Embora possam existir no interior da empresa diversas estruturas representativas, podemos falar genericamente numa representação dual, para evidenciar a diferença entre a representação sindical e a representação unitária. A primeira, como o próprio nome indica, é aquela que é realizada por uma associação sindical escolhida, num regime de liberdade sindical, voluntariamente pelos trabalhadores e que, em princípio, só representa os trabalhadores nela filiados. A segunda, é realizada por uma entidade representativa (comissão de trabalhadores, subcomissão de trabalhadores, conselho de empresa europeu, conselho de trabalhadores e representantes dos trabalhadores para a segurança e saúde no trabalho) em nome e no interesse de todos os trabalhadores da empresa, não implicando nenhum ato de adesão do trabalhador à estrutura representativa em causa.

Apesar da diversa natureza da representação, todas as estruturas devem agir no interesse dos trabalhadores representados, não sendo lícito estabelecer uma hierarquia entre elas. Não significa isto que a lei não possa delimitar as funções e competências de cada uma das organizações e atribuir-lhes direitos e deveres distintos, o que, de resto, sucede no ordenamento português com alguma frequência. Significa que, existindo várias organizações representativas na empresa, em relações a assuntos laborais para os quais elas tenham competência para intervir, não deve haver tratamento discriminatório entre elas.

Nos termos do art. 5.º da Conv. n.º 135.º da OIT¹², devem mesmo ser «tomadas medidas apropriadas ... a fim de se evitar que a presença dos representantes eleitos possa servir para enfraquecer a situação dos respectivos sindicatos ou dos seus representantes».

A preocupação central deste preceito parece ser o de evitar que se favoreça a representação unitária ou outra representação eleita no interior da empresa em detrimento da representação sindical. Mas a força do princípio da igualdade e a própria igual dignidade constitucional reconhecida à liberdade sindical e à liberdade das comissões de trabalhadores, como resulta do confronto

¹² Esta convenção foi aprovada em 1971, entrou em vigor na ordem internacional em 30 de junho de 1973, e foi ratificada em Portugal pelo Decreto n.º 263/76, de 8 de abril, publicado no DR, I Série, n.º 84/76.

entre os artigos 54.º e 55.º da CRP, leva também a reconhecer que as associações sindicais não podem ser privilegiadas em relação às organizações não sindicais. De acordo com este artigo, nem mesmo a concorrência entre as organizações de trabalhadores existentes na empresa deve ser promovida. Bem pelo contrário, devem ser tomadas medidas para «... encorajar a cooperação entre os representantes eleitos e os sindicatos e seus representantes, em todos os assuntos pertinentes».

Ao abrigo da sua autonomia coletiva, a comissão de trabalhadores e os representantes sindicais na empresa podem fundir-se numa organização informal na empresa, passando a constituir uma Organização Representativa dos Trabalhadores (ORT), respondendo deste modo aos anseios dos trabalhadores no sentido de que as suas organizações representativas unam esforços e conjuguem atividades para melhor alcançar os seus objetivos.

As associações sindicais e as comissões de trabalhadores são concretizações do exercício de direitos fundamentais, previstos nos arts. 54.º e 55.º, os quais gozam, é conveniente não esquecer, da proteção reforçada reconhecida ao regime dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, nomeadamente, entre outros atributos, eles «... são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas»¹³.

No interior da empresa, para o exercício da atividade sindical podem ser formadas secções sindicais, comissões sindicais, uma comissão intersindical e eleitos delegados sindicais. Estas estruturas estão definidas no art. 442.º do CT, nas alíneas e) a h). Avulta a figura do delegado sindical, o qual é eleito e destituído nos termos do art. 462.º do CT.

A Comissão de Trabalhadores, uma organização representativa dos trabalhadores mais recente, um órgão colegial ao qual foi reconhecido personalidade jurídica, é objeto de uma regulamentação extensa nos arts. 415.º a 439.º do CT. Nos estabelecimentos “geograficamente dispersos” que fazem parte da mesma empresa podem ser criadas subcomissões de trabalhadores (art. 415.º, n.º 2, do CT).

¹³ Sobre a caracterização constitucional destes direitos, cfr. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 714-738.

Em cada empresa, em matéria de segurança e saúde no trabalho, os trabalhadores podem eleger representantes, nos termos do art. 282.º, n.º 4, do CT, diploma que no art. 284.º remete o desenvolvimento desta matéria para legislação específica¹⁴.

Importa averiguar o que se passa com as estruturas de representação dos trabalhadores nas PME. Mormente se há aqui regimes jurídicos diferenciados e se existem razões substanciais justificativas para uma diversidade de regimes.

1.3. Negociação coletiva

A negociação coletiva laboral pode assumir várias formas e procedimentos (convenções coletivas, acordos sociais, acordos, protocolos, etc.). Pode também ser realizada por diferentes sujeitos coletivos: empregador, empregadores e associação de empregadores, de um lado; associações sindicais, comissões de trabalhadores, grupos de trabalhadores, etc., do outro¹⁵.

Contudo, a negociação coletiva formal, aquela que conduz a uma fonte de direito – a convenção coletiva –, tem sujeitos e procedimentos determinados na Constituição e na lei. Corresponde a um direito reconhecido aos trabalhadores enquanto membro de um grupo. O seu exercício é constitucionalmente reservado às associações sindicais (art. 56.º, n.º 3, da CRP).

Em empresas com pelo menos 150 trabalhadores, a associação sindical pode delegar poderes noutras estruturas representativas da empresa, como, por exemplo, na comissão de trabalhadores, para, em relação aos seus associados, negociar coletivamente e contratar com o empregador (art. 491.º, n.º 3, do CT).

Mesmo nesta situação, a instância representativa de trabalhadores delegada não exerce um direito seu. Não negocia em nome próprio. O direito de contratação coletiva continua a pertencer à associação sindical que delegou os poderes. E fora da situação

¹⁴ O regime da promoção da segurança e saúde no trabalho está hoje regulado na L. n.º 102/2009, de 10 de setembro.

¹⁵ Acerca dos vários sentidos da expressão “negociação coletiva”, Jorge LEITE, “O sistema português de negociação colectiva”, in P. FORJAZ / F. SILVA / /A. MADEIRA / N. CORREIA, coord., *Temas Laborais Luso-Brasileiros*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 129 s.

prevista no art. 491.º, n.º 3, as associações sindicais estão legalmente impedidas de delegar os seus poderes de negociação coletiva noutras organizações representativas dos trabalhadores.

O próprio legislador ordinário não tem credencial constitucional para atribuir o exercício do direito de contratação coletiva a uma organização de trabalhadores que não seja uma associação sindical. A isso se opõe o art. 56.º, n.º 3, da CRP¹⁶.

Não significa o que se acabou de dizer que uma comissão de trabalhadores, por exemplo, não possa negociar coletivamente condições de trabalho. Claro que pode. A defesa dos direitos e dos interesses dos trabalhadores – objetivo cimeiro destas comissões – pode aconselhar ou até reclamar práticas negociais em nome dos trabalhadores. Só que esta negociação coletiva não tem de seguir o figurino legalmente previsto, nem o acordo alcançado tem a natureza de uma convenção coletiva de trabalho.

Outro exemplo. A lei prevê que certos grupos representativos de trabalhadores celebrem acordos com o empregador sobre condições de trabalho. Pense-se no acordo previsto no art. 361.º, n.º 1, do CT, concluído durante um procedimento para o despedimento coletivo. Este acordo, que pode ser concluído pela comissão de trabalhadores, pela comissão intersindical (art. 360.º, n.º 1, do CT), ou, na falta destas, por uma comissão *ad hoc* entretanto constituída (art. 360.º, n.º 3, do CT), não vale, no entanto, como convenção coletiva, nem corresponde ao exercício do direito de contratação coletiva constitucionalmente previsto.

Do regime constitucional sobre a contratação coletiva resultam, entre outras, duas diretrizes importantes: a lei deve promover a contratação coletiva e deve ser garantida uma reserva de convenção coletiva de trabalho. Na verdade, parecem ser estas as decorrências mais significativas da prescrição, prevista no art. 56.º, n.º 3, da CRP.

Vistos alguns dos traços jurídicos do regime da convenção coletiva, importa ponderar este regime em relação às PME. Será o

¹⁶ «Na atribuição da competência para exercer o direito de contratação coletiva – diz Jorge LEITE, “O sistema português de negociação colectiva”, 141 – a Lei Fundamental Portuguesa faz, assim, uma opção por instâncias estruturadas, estáveis, permanentes e, sobretudo, externas à empresa ...».

regime geral da negociação coletiva adequado às PME? Deveriam existir outros sujeitos negociadores? Estas questões assumem hoje grande importância e atualidade.

2. Um direito do trabalho em função da dimensão da empresa?

A questão acabada de formular não é nada simples. Pagar menos a um trabalhador por simplesmente laborar numa PME é algo de bastante problemático e, desde logo, de constitucionalmente duvidoso. O trabalho não é menos digno e não vale menos, e o trabalhador não merece menos consideração e proteção. Acresce que o montante salarial é, essencialmente, calculado em função da quantidade, qualidade e espécie do trabalho em causa, e, claro, também da mais-valia criada. Não é calculado em função do tamanho da empresa.

Para um empregador entranhado numa concorrência empresarial sem quartel, não é fácil ter de aceitar que um seu concorrente tenha menos custos laborais só porque a empresa dele é de pequeno porte ou mais pequena do que a sua. Tenderá a considerar tal situação como uma injusta distorção da concorrência. Até porque crescer e tornarem-se grandes faz parte do *ADN das PME*. É o que normalmente os seus detentores desejam. Se as regras do jogo são estas, as condições de concorrência deveriam ser idênticas para todos. Permitir regimes laborais mais favorecidos às PME falsearia a concorrência leal, a “mola” vital da sacrossanta economia de mercado. A questão tem muito de ideológico, já se vê, mas tem sentido no tipo de organização económica implantado na nossa sociedade.

Estamos, pois, perante uma opção de grande fôlego, cujo juízo de valor se presta naturalmente à controvérsia.

A grande imbricação ente a empresa e o direito do trabalho tem sido, com razão, evidenciada pela doutrina¹⁷. Ela constitui, para Orlando de Carvalho, o “princípio energético” do direito laboral, e marca indelevelmente a característica básica deste ordenamento

¹⁷Neste sentido, entre outros, Leal AMADO, “Microempresa e Direito do Trabalho”, 23 s.

jurídico, na medida em que «é com a conflitualidade intrínseca à empresa capitalista – e com o carácter patente e agudo (antagónico e agónico) que a conflitualidade aí exhibe – que o direito de trabalho se afirma»¹⁸. Contudo, talvez valha a pena salientar um outro aspeto. O Direito do trabalho nasceu e, apesar das suas significativas mudanças e diversificação, está ainda centrado na grande empresa. Deve ainda muito ao chamado “modelo fordista” da grande empresa industrial¹⁹. Este tem sido o seu principal modelo referencial²⁰. As suas regras aplicam-se genericamente a toda a empresa. Tanto à grande como à pequena.

Se a ligação do direito do trabalho à grande empresa é um dado normalmente aceite, também as particularidades das PME têm sido salientadas. Entre a grande e a pequena empresa existem diferenças justificadoras de um tratamento jurídico diversificado. Tais diferenças parecem induzir a uma disciplina jurídica própria em vários campos do direito. Só esta valoração pode justificar algumas referências constitucionais particulares às PME. O apoio destas deve ser um dos objetivos essenciais da política industrial (art. 100.º, al. d) da CRP)²¹ e da política agrícola (art. 97.º da CRP). E para o que agora nos interessa particularmente, um dos domínios onde se fazem sentir particularidades importantes é o laboral, como, por exemplo, no do tipo de relacionamento entre o empregador e os trabalhadores.

¹⁸ “Empresa e Direito do Trabalho”, in *Temas de Direito do Trabalho* (IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho), Coimbra Editora, Coimbra, 1990, 12.

¹⁹ Entre muitos, Alain SUPIOT, *et al.*, *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 17 s.

²⁰ «A empresa, sobretudo a grande empresa – ... o lugar central da relação salarial fordista – e o trabalho subordinado que nela se presta são, pois, o modelo da regulamentação. Tudo o mais, ou não é regulado ou só o é por exceção, e sempre com o sentido de regulamentação marginal», salientam Boaventura S. SANTOS, J. REIS / Maria Leitão MARQUES, “O Estado e as transformações recentes da relação salarial”, in *Temas de Direito do Trabalho* (IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho), Coimbra Editora, Coimbra, 1990, 146.

²¹ O critério para um apoio distinto às PME parece ser exclusivamente a sua dimensão, pois, para apoiar as empresas em geral o que conta, à luz do mesmo preceito, é o seu contributo para criar emprego, para exportar ou diminuir a importação. Critérios estes bem distintos do tamanho da empresa.

Com efeito, nas PME, mormente nas microempresas, a pessoalidade do vínculo conta mais. É normal o contacto diário entre o empregador e os trabalhadores. A regularidade e a intensidade da relação transforma frequentemente a relação profissional numa relação de amizade, fazendo esquecer as características jurídicas típicas da relação de trabalho. À convivência profissional acresce frequentemente a convivência social e até a religiosa e a política. O empregador e os seus trabalhadores entram num circuito de proximidade e de convivialidade, o qual tende a obscurecer a oposição de interesses entre eles existente. Ainda que os resultados empresariais não sejam distribuídos igualmente, nem se confunda quem manda e quem obedece, às vezes cria-se a ideia de uma ilusória comunhão de interesses. De uma relação laboral familiar. Outras vezes, não há lugar para ilusões deste tipo. Prepondera uma relação de poder e de autoritarismo intenso. Mas, mesmo quando isto sucede, o carácter do vínculo pessoal não desaparece.

Por outro lado, às PME associa-se normalmente uma capacidade organizativa, profissional e financeira mais débil e, por isso, a maiores dificuldades em cumprir as regras laborais com implicações mais significativas nos custos empresariais.

Isto mesmo não passou despercebido na União Europeia. Com o intuito de alcançar os objetivos de política social enunciados no art. 151.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, portanto, numa área de eleição do direito do trabalho, o Parlamento Europeu e o Conselho podem adotar as diretivas pertinentes. Contudo, «Essas directivas devem evitar impor disciplinas administrativas, financeiras e jurídicas contrárias à criação e ao desenvolvimento de pequenas e médias empresas» (art. 153, n.º 2, al. b)). Caso tenham influência na “criação e desenvolvimento” das PME, as medidas laborais com incidência significativa nas despesas da empresa são de incluir na *ratio* deste preceito²².

A exigência de maior flexibilidade, defendida há já longos anos em relação ao direito do trabalho em geral, vem em certos

²² Sobre o significado e sentido do art. 153.º do TFUE, Jorge LEITE, *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Manuel Lopes PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO, coord., Almedina, Coimbra, 2012, 670-673.

discursos doutrinários associada às regras laborais aplicáveis à PME²³. Para estas empresas, o direito laboral deveria ser menos garantístico e possibilitar uma autonomia mais lata para a intervenção conformadora do poder do empregador. Este deveria ter menos entraves no uso e na disponibilidade da força de trabalho. A liberdade de cessar o contrato de trabalho também deveria ser facilitada. Tudo em nome da competitividade das PME e da sua aptidão para a criação do emprego. Objetivos valiosos estes que justificariam constitucionalmente regimes laborais diferenciados²⁴.

Este desiderato não é posto em causa pelo princípio da igualdade. Este não considera a dimensão da empresa como um critério arbitrário para diversificar o regime laboral aplicável na empresa²⁵. Embora, só por si, possa não ser suficiente para fundar um direito do trabalho inteiro só para as PME. Aptidão para fundar um direito do trabalho autónomo para as PME é uma coisa; outra, é a aptidão para nalgumas matérias justificar um regime mais ou menos distinto.

O princípio da igualdade deve ser chamado a desempenhar aqui um papel de extrema importância. Na sua vertente de que se deve tratar desigualmente o que é desigual na medida da desigualdade existente.

O problema central é, pois, o de saber até onde a dimensão da empresa justifica um tratamento diferente. Por outras palavras, o problema é delimitar a fronteira entre os regimes laborais diferenciados justificados ou impostos em função do tamanho da empresa e os regimes laborais diferenciados que já constituem uma violação do princípio da igualdade²⁶.

Todavia, a diversa realidade empresarial já não vai ao ponto de justificar o afastamento do direito do trabalho das microempresas. Uma coisa é um direito ajustado às características das PME e

²³ Sobre este ponto, entre outros, Leal AMADO, “Microempresa e Direito do Trabalho”, 34-35.

²⁴ Cfr. Catarina CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, 889-891.

²⁵ Neste sentido, entre outros, Catarina CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, 888-889.

²⁶ Fala Leal AMADO (“Microempresa e Direito do Trabalho: o dilema dimensional”, 35) a este respeito num “dilema dimensional”.

outra é a sua erradicação²⁷. O afastamento puro e simples do direito do trabalho em empresas de pequeno porte não teria arrimo constitucional. Seria uma solução radical que não respeitaria a dimensão da proporcionalidade demandada pelo princípio da igualdade. Mas seria mais do que isto. A uma categoria de trabalhadores não se aplicaria o direito do trabalho, o que seria um contra-senso. Seria o mesmo que não aplicar o direito comercial a comerciantes, o direito de família à família, os direitos reais às coisas, etc.

A condição de trabalhador implica um determinado estatuto laboral. Ainda que mínimo. Por isso, nos parece que a tentativa de construir um direito autónomo e independente para as pequenas empresas, com uma lógica e uma “alma”, diferente do direito laboral que conhecemos, parece esbarrar com a proteção constitucional dispensada ao trabalho subordinado, independentemente do local onde é realizado e da medida da empresa.

A partir do reconhecimento de um estatuto mínimo a todo e qualquer trabalhador, é que pode ter sentido construir regimes diversificados em função da grandeza da empresa. E, na verdade, não é de afastar que a menor envergadura da empresa justifique adaptações no regime laboral. Todavia, estas especificidades devem ser sujeitas a um apertado controlo, atendendo ao fim tido em vista, e devem obedecer ao critério da necessidade, adequação e proporcionalidade.

Em suma, o direito do trabalho deve refletir o tipo de relações de produção existentes na PME e, simultaneamente, garantir a proteção laboral ligada à dimensão pessoal da relação laboral. Deve seguir a sua bússola orientadora: a procura de um equilíbrio entre a eficiência económica da PME e as exigências pessoais e sociais do ser humano no trabalho. É ele, direito do trabalho, que traça o quadro do mercado de trabalho; não é este que deve traçar a orientação e os limites do direito do trabalho. Num estado de direito, a economia não pode capturar o direito; este é que deve controlar a economia.

Tão ou mais importante do que contribuir para a promoção de PME, o direito do trabalho deve contribuir para a tutela dos trabalhadores dessas empresas. Pode fazê-lo ajustando as suas normas laborais. Porém, o apoio à PME deverá ser impulsionado

²⁷ Sustentada por António MOREIRA, “Código do Trabalho – Anteprojecto. Breve apreciação crítica”, *Minerva – Revista de Estudos Sociais*, 1 (2002) 20.

principalmente através de instrumentos de áreas não laborais. A consciência de que a nossa economia em geral, para lá do défice orçamental, padece de vários défices, como o energético, o tecnológico e o de bens de equipamento, o de formação profissional, e de que, no plano interno, apresenta um elevado grau de dependência da economia internacional, inserindo-se numa periférica especialização produtiva, com fraco valor acrescentado, deveria estar presente quando se pretende tutelar a PME.

E mais especificamente em relação à PME, há que indagar se certos fatores como a dificuldade de acesso ao financiamento, os custos fiscais e administrativos, bem como os de energia, de transportes, de comunicações, não condicionarão bem mais a atividade e os resultados empresariais do que as regras laborais. O próprio baixo poder de compra da população e as dificuldades na aquisição de bens e de serviços por parte da Administração pública, no contexto português são fatores restritivos a ter em conta.

Não é por acaso que no centro das preocupações dos micro, pequeno e médio empresários tem estado a reivindicação de medidas extralaborais, tais como crédito com juros mais baixos e prazos de pagamento mais facilitados, IVA pago após boa cobrança às empresas, um regime de contra-corrente entre a PME e a autoridade tributária, de molde a que o acerto de contas fiscal possa ir sendo realizado, taxas mais reduzidas de IVA na energia elétrica e no gás natural, a par de benefícios na área da segurança e de maior simplificação no cumprimento de obrigações administrativas²⁸.

²⁸ A ideia de que a promoção da PME deve ser realizada mais por instrumentos de ordem económica do que ordem laboral costuma ser sustentada na doutrina. Neste sentido, entre outros, Catarina CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, 902. A autora acolhe «a possibilidade de consagração de regimes laborais que se traduzem num tratamento *in pejus* dos trabalhadores das PME, desde que estas medidas se mostrem, em concreto, adequadas ao fim visado e seja observado o requisito da proporcionalidade. Simplesmente, nestas hipóteses, a determinação dos fundamentos do tratamento diferenciado deve ser mais exigente» (902-903). Nas condições avançadas, também não excluimos a hipótese de um tratamento *in pejus*. Mas para tal suceder, o tratamento de inferioridade deve ser necessário, adequado e proporcional para a tutela de bens ou valores com assento constitucional e não pode ir ao ponto de vulnerar o núcleo essencial de direitos fundamentais dos trabalhadores ou da dignidade humana.

3. Diferenciação do regime em função da dimensão da empresa

3.1. Regime da OIT

A Conv. n.º 135 da OIT, sobre a proteção e facilidades a conceder aos representantes dos trabalhadores, estimula a presença de representantes de trabalhadores na empresa. Tanto dos representantes sindicais como dos representantes unitários²⁹. Contudo, não impõe um patamar mínimo de trabalhadores na empresa a partir do qual devam existir representantes.

Não atende ao fator dimensional. Reporta-se à empresa em geral. Não exclui, pois, a existência de representantes nas PME. A proteção, cautelosamente, é remetida para os sistemas jurídicos nacionais³⁰, com a reserva de que estes não devem conceder uma proteção que dificulte “o funcionamento eficaz da empresa” (art. 2.º, n.º 3, da Conv. 135).

A existência de estruturas coletivas de representação unitária dos trabalhadores em todas as empresas apresenta-se como uma questão controversa. Ainda que com algumas dúvidas, parece razoável exigir um número mínimo de trabalhadores. A fixação deste não é, porém tarefa fácil. Até onde a relação direta e individual entre o empregador e os seus trabalhadores possibilite um relacionamento próximo e eficaz no tratamento das condições de trabalho, o instituto da representação, em princípio, deveria ser dispensado.

A tutela dos interesses e direitos pelo próprio titular, em princípio, é mais diligente e responsável. E evitam-se custos em empresas economicamente frágeis e a propagação de instâncias

²⁹ Art. 2.º, n.º 1, «Na empresa devem ser estabelecidas facilidades aos representantes dos trabalhadores, de forma a permitir-lhes desempenharem rápida e eficazmente as suas funções».

³⁰ Art. 2.º, n.º 2, «... deve-se ter em conta as características do sistema de relações profissionais vigente no país, assim como as necessidades, a importância e as possibilidades da empresa».

representativas para coletividades reduzidas de trabalhadores. A organização do pessoal na empresa não é sobrecarregada e burocratizada com estruturas dispensáveis. Estas razões, contudo, já não valem para a representação sindical no seu todo³¹. Esta é uma representação que vem de fora da empresa e cujo raio de ação ultrapassa o âmbito empresarial. Justifica-se, por isso, independentemente do número de trabalhadores existentes em cada empresa. Basta um trabalhador. Este já justifica a atividade sindical na empresa.

A inexistência de outros trabalhadores faz com que não se possa falar, é certo, em grupo e em interesse coletivo dos trabalhadores na empresa, mas, ainda assim, apesar de isolado na empresa, o trabalhador faz parte do grupo dos trabalhadores formados na associação sindical e, desta forma, participa no interesse coletivo por ele formado.

Nalguns sistemas jurídicos, a representação colegial de trabalhadores apenas existe nas empresas que atinjam um número mínimo de trabalhadores. Aquém deste número a representação cabe a um representante individual. É o que sucede em Espanha. Com mais de 10 e menos de 50 trabalhadores, a representação cabe ao delegado de pessoal (art. 62, n.º 1, do *Estatuto de los Trabajadores*)³²; acima dos 49 trabalhadores cabe ao comité de empresa (art. 53.º, n.º 1, do ET).

Em geral, mais nuns países do que noutros, a doutrina chama a atenção para o défice acentuado de instâncias de representação coletiva dos trabalhadores no interior da empresa³³.

³¹ Estamos agora a excluir a representação sindical que se traduz na existência de estruturas coletivas no interior da empresa, como a comissão sindical e a intersindical. Mas não já, evidentemente, a existência de filiados num sindicato ou mesmo, a partir de um certo número de trabalhadores, de delegado sindical.

³² Pode ainda existir delegado de pessoal nas empresas que tenham entre 6 e 10 trabalhadores, caso os trabalhadores decidam neste sentido por maioria (art. 62.º, n.º 1, do ET).

³³ Diz Catarina CARVALHO (*Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, 910) que «O problema “clássico” ... comum aos diversos países europeus, reconduz-se à estrutural subrepresentação colectiva dos trabalhadores nas PME ...».

3.2. Regime nacional

3.2.1. Comissão de trabalhadores

Para a tutela dos seus interesses e para a intervenção democrática na vida da empresa, os trabalhadores gozam do direito fundamental de criar comissões de trabalhadores (art. 54.º, n.º 1, da CRP, art. 415.º, n.º 1, do CT, e art. 320 da L. n.º 35/2014, de 20-6 – doravante designada por LGTFP). São constituídas por deliberação dos trabalhadores da empresa, através de voto direto e secreto (art. 54.º, n.º 2, da CRP, art. 430.º do CT e art. 330.º da LGTFP).

Sendo um ato dependente da autonomia coletiva dos trabalhadores da empresa, a lei não impõe a sua constituição obrigatória. A verificação de um patamar mínimo para a sua constituição não é juridicamente imposto.

A empresa e o estabelecimento constituem as unidades de referência para a constituição e a atuação das comissões de trabalhadores. Mas fenómenos como o grupo de empresas ou a pluralidade de empregadores (art. 101.º do CT), justificam a existência de estruturas coletivas de trabalhadores com capacidade de representação ao nível da unidade económica ou laboral entretanto formada.

Trata-se de um órgão colegial e pluripessoal. Pelo menos é assim desenhado legalmente³⁴. É certo que a lei não se preocupa em fixar o número mínimo de membros da comissão de trabalhadores. Antes pelo contrário, a sua preocupação é precisamente fixar o número máximo de membros por empresa.

E para estes efeitos releva o número de trabalhadores na empresa. Quanto mais trabalhadores, mais membros protegidos pode ter a comissão de trabalhadores; a composição desta pode variar entre 2 e 11 membros.

³⁴ Muitas das normas reportadas à comissão de trabalhadores só fazem sentido na pressuposição de que se trata de um órgão colegial. Registe-se, no entanto, que a função da subcomissão de trabalhadores pode ser desempenhada por um só trabalhador nos estabelecimentos ou unidades orgânicas com menos de 50 trabalhadores (art. 417.º, n.º 3, do CT e art. 321.º, n.º 3, da LGTFP).

Até 50 trabalhadores, não podem ser mais de dois os membros da comissão de trabalhadores (art. 417.º, n.º 1, al. a). Embora o intuito desta norma seja restringir o máximo de membros permitidos na comissão de trabalhadores, é de admitir, neste caso, que dois membros seja igualmente o número mínimo exigido. Estamos em crer que se o legislador admitisse a constituição da comissão de trabalhadores com um único trabalhador teria sinalizado tal hipótese no art. 417.º do CT³⁵.

Portanto, nas micro e pequenas empresas a comissão de trabalhadores deve ser composta por dois membros. Será este um número inultrapassável? Julgamos que não. A imperatividade de um número máximo de composição da comissão de trabalhadores só tem sentido em relação ao número de trabalhadores que gozam da proteção legal reconhecida. Atendendo a vários fatores, onde avultam os custos empresariais derivados da proteção concedida, é razoável a fixação de limites legais. Se o número de membros da comissão de trabalhadores não se reflete numa maior ou menor carga para o empregador, não vemos razão para que os limites estabelecidos no art. 417.º do CT e no art. 320.º da LGTFP sejam imperiosamente acatados. Esta solução não acarreta prejuízo para o empregador e, ainda por cima, está em consonância com o espaço que deve ser reservado à autonomia coletiva dos trabalhadores, um princípio básico que só deve ser postergado para a salvaguarda de valores constitucionais de patamar superior.

A figura do delegado de pessoal constava do art. 14.º, n.º 2 e n.º 3 da proposta de lei da Assembleia da República³⁶, mas não viria a ser acolhida no diploma entretanto aprovado, a L. n.º 46/79, de 12 de setembro, a primeira regulamentação da comissão

³⁵ Em sentido diferente, admitindo a comissão de trabalhadores “singular”, ou seja, só com um membro, Catarina CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, 458.

³⁶ Decreto n.º 93/I de 27 de Julho de 1977, cujo art. 12.º, n.º 2, dispunha o seguinte: «2. Nas empresas com menos de 20 trabalhadores cujo volume de vendas anuais não seja superior a 30 000 contos, existirá um delegado dos trabalhadores, eleito nos termos e com as formalidades previstas para a eleição das comissões de trabalhadores». Este decreto viria a ser considerado inconstitucional pela Resolução n.º 244/77, do Conselho da Revolução, aprovada em 16-09-77 (Diário da República, 1.ª série, n.º 230, de 4 de Outubro de 1977).

de trabalhadores em Portugal. Nas empresas com menos de 10 trabalhadores e com um volume de vendas anuais inferior a 30 000 contos, o legislador preferiu admitir a figura da comissão de trabalhadores com uma composição não superior a dois membros.

Embora admitindo que a figura do delegado de pessoal era de constitucionalidade duvidosa, a Comissão Constitucional considerou-a conforme à constituição, «desde que apareça como sucedânea da comissão de trabalhadores e no exercício dos direitos a esta pertencentes»³⁷.

Todavia, o direito português não viria a fazer uso deste tipo de representante³⁸.

3.2.2. *Representação sindical*

Neste plano releva o fator dimensional, não do número de trabalhadores na empresa, mas do número de filiados da associação sindical na empresa.

O número de delegados sindicais que goza do regime de proteção legalmente estabelecido depende do número de trabalhadores filiados (art. 463.º do CT). Até 50 trabalhadores, portanto nas micro e pequena empresas, apenas se prevê um delegado sindical. A secção sindical, constituída por todos os trabalhadores da empresa filiados no sindicato (art. 442.º, n.º 1, al. e), não tem de atingir um limiar mínimo para que se possa eleger um delegado sindical. Mas como este tem de ser eleito³⁹, e a escolha só tem sentido se houver mais do que um trabalhador, parece que o legislador está a presupor a existência de vários trabalhadores para que se justifique o delegado sindical na empresa.

³⁷ Parecer n.º 25/77, de 14 de setembro, disponível no site do Tribunal Constitucional.

³⁸ Para maiores desenvolvimentos, Catarina CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, principalmente p. 455-457.

³⁹ Como resulta dos arts. 442.º, n.º 1, al. f) e 462.º do CT. Nos termos deste último artigo, a eleição e a destituição é feita de acordo com o estabelecido nos estatutos da associação sindical. Mas trata-se de uma matéria que não integra o conteúdo estatutário obrigatório, como se deduz do art. 450.º do CT.

3.2.3. *Direitos*

Aos representantes dos trabalhadores, enquanto membros de estruturas de representação coletiva de trabalhadores, é reconhecida uma proteção geral donde fazem parte vários direitos. Constam da Secção I (Disposições gerais sobre estruturas de representação colectiva dos trabalhadores), do capítulo I (estruturas de representação colectiva dos trabalhadores) do Subtítulo I (Sujeitos) do Título III (Direito colectivo).

Entre eles está o crédito de horas (art. 408.º do CT), o qual é remunerado e conta como serviço efetivo (art. 408.º, n.º 2, do CT). A sua duração varia consoante o tipo de representante em causa⁴⁰.

Embora pertençam a organizações da mesma natureza, a duração mensal do crédito de horas para o exercício da função representativa varia: para os membros da subcomissão de trabalhadores é de 8 horas, para os das comissões de trabalhadores é de 25 horas e para os da comissão coordenadora é de 20 horas (art. 422.º, n.º 1, do CT).

Porém, o crédito de horas destes representantes diminui para metade nas microempresas (art. 422.º, n.º 2, do CT). O volume ocupacional da empresa determina assim uma redução temporal significativa quanto ao exercício deste direito. O legislador terá partido da ideia de que as empresas com menos trabalhadores são economicamente mais frágeis e que, por isso, têm uma dificuldade maior em suportar os encargos inerentes à concessão deste direito, o que correspondendo à realidade em muitas situações, não será algumas vezes inteiramente rigoroso. Uma microempresa pode ser económico e financeiramente sólida ou mais sólida que uma pequena, média ou grande empresa. A consideração exclusiva do critério do número dos trabalhadores pode conduzir aqui a injustiças. Mas talvez deva acrescer aqui uma outra explicação: é de presumir que a representação de um número maior de trabalhadores requeira mais tempo.

Qualquer membro da direção de associação sindical goza de um crédito de 4 dias por mês para o exercício da atividade sindical

⁴⁰ Para uma caracterização jurídica do crédito de tempo, Jorge LEITE, “Crédito para o desempenho de funções – um crédito mal amado?”, in *Questões Laborais*, 42/número especial: *Vinte Anos de Questões Laborais*, (2013) 9 s.

(art. 468.º, n.º 1). A duração deste crédito não muda em função da dimensão do sindicato. Mas já o número de dirigentes sindicais a quem é reconhecido o crédito de horas e o direito a faltar não é independente dos trabalhadores sindicalizados em cada empresa. Quanto mais sindicalizados a empresa tem, mais trabalhadores dessa empresa podem ser dirigentes sindicais abrangidos pela proteção conferida pela lei (art. 468.º, n.º 2, do CT). Para empresas onde o sindicato tenha poucos filiados, o crédito é conferido apenas a um dirigente; para aquelas que tenham dez mil filiados, crédito poder ser atribuído até ao limite máximo de 12 dirigentes. Entre estes limites mínimo e máximo, a correspondência entre sindicalizados e membros de direção com direito ao gozo deste direito vai aumentando proporcionalmente.

Caso a empresa tenha menos de 50 trabalhadores filiados no sindicato, então só um trabalhador dessa empresa que venha a ser dirigente sindical gozará do crédito de tempo e do direito a faltar. Podem outros trabalhadores da empresa ser eleitos para a direção do mesmo sindicato, mas a lei já não lhe concede idêntica proteção⁴¹.

As micro e pequenas empresas podem suportar o crédito de tempo de 4 dias por mês e o direito a faltar em benefício de um trabalhador seu que desempenhe o cargo de dirigente sindical.

A duração do crédito de horas do delegado sindical não varia em consonância com o número de filiados da associação sindical na empresa. É de cinco horas por mês no emprego privado, a menos que o delegado sindical faça parte da comissão intersindical, caso em que é de oito horas (art. 467.º do CT), e de 12 horas no emprego público (art. art. 344.º da LGTFP). Mas já o número de delegados que beneficia da proteção legal reconhecida depende, tal como sucede com os dirigentes sindicais, do número de filiados na empresa (art. 463.º do CT) ou no órgão ou serviço (art. 342.º da LGTFP).

Nas micro e pequenas empresas poderá existir apenas um delegado com direito ao crédito de tempo remunerado. Na média empresa com um máximo de 99 sindicalizados, dois delegados; na média empresa até 199 filiados, três delegados; na média empresa até 249 sindicalizados, seis delegados sindicais (art. 463.º, n.º 1, do CT).

⁴¹ Os instrumentos de regulamentação coletiva podem, contudo, estabelecer um regime diferente, como se retira, aliás, do art. 468º, n.º 2, do CT.

Nas empresas com 150 ou mais trabalhadores, o delegado sindical pode requerer um local adequado ao exercício das suas funções, a título permanente, no interior ou na proximidade da empresa (art. 464.º do CT). Assim sendo, este direito não é reconhecido ao delegado sindical na micro e na pequena empresa e nalgumas médias empresas, aquelas que ocupem até 149 trabalhadores. Embora se trate de um direito de natureza sindical, o critério acolhido neste preceito é o do número de trabalhadores e não o do número de sindicalizados.

A comissão e a subcomissão de trabalhadores, como o delegado sindical, também têm um direito a “instalações adequadas”, mas goza de um benefício superior: o empregador deve disponibilizar «... meios materiais e técnicos necessários ao exercício da sua função» (art. 421.º, n.º 1, do CT). Esta norma não condiciona os direitos nela previstos à dimensão da empresa. Deste modo, as microempresas não estão excluídas.

A CRP reconhece o direito à informação às comissões de trabalhadores (art. 54, n.º 5, a) da CRP) e a todos os representantes eleitos, a quem também é reconhecido o direito à consulta (art. 55.º, n.º 6, da CRP)⁴². O direito ordinário dá grande relevo a estes direitos. Para a comissão de trabalhadores, confronte-se os arts. 423.º a 425.º do CT e 326 a 327.º da LGTFP; para o delegado sindical, os arts. 466.º do CT e 343.º da LGTFP; e para o representante para a segurança e saúde, os arts. 282.º, n.º 1 e n.º 2, do CT, 19.º e 24.º, n.º 2, da L. n.º 102/2009, de 10 de setembro.

Diversamente do que sucede com a comissão de trabalhadores, o direito à informação e à consulta reconhecido ao delegado sindical não vale para todas as empresas. Nos termos do art. 466.º, n.º 3, do CT, não é garantido na micro e na pequena empresa. Portanto, o legislador entende que este direito só tem sentido em empresas com mais de 50 trabalhadores.

O art. 55.º da CRP atribui o direito de informação e consulta aos representantes eleitos dos trabalhadores em geral. Portanto, também para os delegados sindicais existentes na micro e na pequenas empresa. Ou, dizendo o mesmo por outras palavras, não restringiu o direito em função do número de trabalhadores

⁴²O direito à consulta – à consulta obrigatória em certas matérias – é reconhecido à comissão de trabalhadores (art. 425.º do CT).

ocupados na empresa. O art. 466.º, n.º 3, do CT, restringe de modo inequívoco o âmbito de aplicação do art. 55.º, n.º 6, da CRP. Trata-se de um direito que goza da proteção reforçada atribuída ao regime dos direitos, liberdades e garantias (art. 17.º da CRP) e que só pode ser restringido “nos casos expressamente previstos na Constituição” ... (art. 18.º, n.º 2, da CRP). Consequente, a restrição constante do art. 466.º, n.º 3, do CT infringe o comando constitucional.

Admite-se que o juízo sobre a conformidade constitucional do preceito aqui em causa possa ser mais complexo. Nomeadamente, o espaço de conformação deixado ao legislador ordinário para densificar e concretizar o exercício do direito à informação e à consulta dos representantes dos trabalhadores não deve ser, pura e simplesmente, anulado. A própria garantia do direito exige uma regulamentação a elaborar pelo legislador ordinário.

Admitindo esta linha de argumentação, o passo seguinte é perguntar se existem fundamentos materiais, com ressonância constitucional, para afastar o direito de informação e consulta dos delegados sindicais na micro e na pequena empresa. É caro reconhecer este direito? A debilidade económica e financeira das PME aumenta? Atrapalha o processo decisório? Mesmo que acarrete algum custo financeiro para o empregador, o custo deste direito analisa-se essencialmente no dispêndio de tempo. E “Time is money”, recordarão alguns. Mas não serão raros os casos em que a vantagem alcançada pela promoção da informação e consulta sobrelevará ao “tempo perdido”. A pacificação laboral e a consideração pessoal e profissional passam muito pela informação e consulta. O conflito laboral pode sair bem mais caro. Nos países onde a informação e a consulta estão mais enraizadas do que em Portugal (países nórdicos, Alemanha, etc.), as empresas, incluindo as PME, apresentam índices de eficiência e produtividade superiores aos das empresas portuguesas.

As razões de ordem económico-financeira dificilmente explicarão ou fundamentarão a diferença do regime. Mas mesmo que tenham alguma relevância, elas são manifestamente insuficientes para afastar a aplicabilidade de um direito fundamental de um âmbito tão vasto como é o das PME. Estas, como vimos, predominam no tecido empresarial português. Se este direito não se aplicar neste domínio, então ele não se aplicará na esmagadora maioria das

situações. A anulação de um direito fundamental com o pretexto de que custa “uns tostões”, será constitucionalmente degradante.

Acresce que, do ponto de vista da tutela dos interesses dos trabalhadores, se numa microempresa, na medida em que a relação direta e pessoal entre o empregador ou quem o represente e os trabalhadores pode ser fácil e, por isso, se pode prescindir, sem prejuízo maior, de uma instância de representação, o número de trabalhadores e de sindicalizados existente numa pequena empresa já pode justificar uma instância permanente de representação. Neste caso, a relação laboral entre o empregador e os trabalhadores, sobretudo no plano coletivo, pela ponderação, arrumação e coordenação de interesses que implica, pode justificar uma relação institucionalizada.

E para que esta relação tenha sentido, para que possa fluir e “a intervenção democrática dos trabalhadores na vida da empresa”, constitucionalmente desejada, não seja letra morta, é mister que os trabalhadores sejam informados e consultados, através dos seus representantes, neste caso pelos delegados sindicais, acerca dos aspetos laborais mais relevantes. Um delegado sindical eleito numa pequena empresa, pode ter vários meios ao seu dispor, mas se não tiver acesso pelo menos à informação, é o mesmo que não ter acesso à atividade sindical em geral, pois, não se vê como pode ele atuar conscientemente desconhecendo a situação laboral da empresa. E o delegado sindical é uma figura central da representação dos trabalhadores na empresa⁴³. Incluindo ans PME. Para estes efeitos, uma empresa com 5 trabalhadores não pode ser equiparada a outra que tenha 40 trabalhadores.

O exercício da atividade sindical na empresa (art. 55.º, n.º 2, al. d) da CRP, incluindo pois, a micro e a pequena empresa, implica que o delegado sindical tenha acesso à informação e à consulta previstas no art. 466.º, n.º 1, e que possa ter acesso ao regime previsto no art. 466.º, n.º 2, do CT. Sem estes direitos, o delegado sindical não realizará ou não desempenhará cabalmente a tutela dos interesses dos trabalhadores, a sua missão constitucional. Eles constituem como que o “núcleo essencial”, o substrato para o exercício sindical no interior da empresa. Inclínamo-nos, deste

⁴³ Não é por acaso que o art. 460.º do CT, ao reportar-se ao direito à atividade sindical na empresa, destaca, justamente, a figura do delegado sindical.

modo, para considerar que o art. 466.º, n.º 3, do CT, infringe o direito fundamental à liberdade sindical, atentando contra o art. 55.º, n.º 6, e n.º 2, al. d).

Existe um conjunto de direitos previstos cujo regime não é influenciado pela maior ou menor envergadura da empresa. É o caso do direito de assembleia ou reunião geral dos trabalhadores (arts. 419.º e 461.º do CT), de afixação e distribuição de informação sindical (art. 465.º) ou de outra informação relativa aos trabalhadores (art. 421.º, n.º 2, do CT), de proteção em caso de despedimento (art. 410.º), de proteção em caso de transferência de local de trabalho (art. 411.º do CT).

Quanto à assembleia realizada ao abrigo da atividade sindical, para além de um certo número mínimo de trabalhadores, ela pode ser convocada ou por um determinado número de trabalhadores ou pela comissão sindical ou intersindical (art. 461.º, n.º 1, do CT). Como já vimos, em empresas com menos de 50 trabalhadores, só é previsto um delegado sindical com proteção legal (art. 463.º, n.º 1, do CT). Como uma comissão sindical ou intersindical pressupõe mais do que um delegado sindical, poderá parecer que na micro e na pequena empresa a reunião geral nunca poderá ser convocada pelas entidades sindicais referidas. Ora, não temos esta conclusão por líquida. Quando a lei prescreve que em empresa até 50 trabalhadores só pode haver um delegado sindical, está a dizer que só a um delegado sindical é reconhecida a proteção legal por ela concedida a esta categoria de representantes de trabalhadores. Mas não faz sentido que esteja a proibir a existência de mais delegados sindicais. Esta matéria faz parte da organização interna da associação sindical, uma liberdade constitucionalmente protegida (art. 55.º, n.º 2, al. c) da CRP). E ao abrigo do seu princípio de autorregulamentação e de auto-organização interna, uma associação sindical pode estabelecer, por exemplo, que numa empresa com dois estabelecimentos de 20 trabalhadores existam dois delegados sindicais. Não se vislumbram interesses e valores constitucionais suficientemente ponderosos para restringir esta dimensão importante da liberdade sindical.

Mais consentânea com o princípio da liberdade sindical constitucionalmente acolhido é a interpretação de que «Fora da regalia de crédito de tempo, não há limite legal para o número de

delegados sindicais em cada empresa ou unidade laboral»⁴⁴. Embora não seja para nós seguro que o limite legal valha apenas em relação ao crédito de tempo, parece-nos que numa empresa até 50 trabalhadores pode ser constituída uma comissão sindical ou intersindical, a qual releve para efeitos do art. 461.º, n.º 1, do CT.

4. Contratação coletiva

Para concluir esta reflexão, importa considerar, em termos sumários, duas ou três notas sobre a negociação e a contratação nas PME.

Entre nós é tradicional e predominante a negociação setorial⁴⁵, levando à celebração de contratos coletivos de trabalho. A negociação ao nível empresarial é menos significativa⁴⁶. Não porque haja impedimento jurídico ou um regime jurídico mais dificultoso. Uma das modalidades da convenção coletiva é precisamente o acordo de empresa, o qual é concluído entre uma associação sindical e um empregador para vigorar no âmbito da empresa ou estabelecimento (art. 2.º, n.º 3, al. c)). Não existe, porém, um quadro jurídico diferenciado para a negociação que atenda à dimensão da empresa. Tão-pouco existe qualquer regime especial de contratação coletiva para a microempresa.

A deslocação da negociação do setor para a empresa, na

⁴⁴ Coutinho de ALMEIDA, in Jorge LEITE / Coutinho de ALMEIDA, *Colectânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, 391.

⁴⁵ Segundo dados da DGERT, em 2015, foram publicados 65 contratos coletivos, 20 acordos de empresa e 53 acordos de empresa (cfr. *Relatório anual sobre a evolução da negociação coletiva em 2015*, editado em 2016 pelo Centro de Relações Laborais, p. 37). O número de convenções coletivas publicadas em 2008 foi de 296. A partir deste ano foi sempre a baixar. Em 2012, foram publicadas apenas 85 convenções coletivas. Sobre a tendência para o enfraquecimento da negociação coletiva setorial na Europa e em Portugal, Maria P. C. LIMA, “O desmantelamento do regime da negociação coletiva em Portugal, os desafios e as alternativas”, *Cadernos do Observatório – CES*, 8 (Setembro de 2016), 7 s.

⁴⁶ No ponto 12 do “sumário executivo” do *Relatório anual sobre a evolução da negociação coletiva em 2015*, editado pelo Centro de Relações Laborais em junho de 2016, refere-se que no «âmbito geográfico predominam largamente as convenções de âmbito nacional, que representam quase 75% das convenções publicadas em 2015».

busca da descentralização da negociação, tem sido uma das propostas mais insistentes por parte de setores doutrinários importantes, nacionais e comunitários. A concertação social também tem abraçado este objetivo⁴⁷.

A adaptação de regimes laborais gerais às concretas condições laborais tem sido, ao longo dos tempos, uma das grandes vantagens da convenção coletiva. E esta virtude da convenção coletiva não se faz sentir apenas ao nível do setor de atividade ou da profissão. É particularmente adequada ao nível da empresa. Em relação a muitas condições de trabalho é possível moldar a regra legal, por princípio geral e abstrata, às específicas situações laborais da empresa. Flexibilizar é isto. E pode ser de uma utilidade extrema para as PME.

Mas a maleabilidade, a flexibilidade e a adequação laboral facilitada pela convenção coletiva não tem de significar o mesmo que retrocesso de condições de trabalho. Há anos que sob o auspício da flexibilidade e da desregulamentação e em nome de um revigoração da autonomia individual e até da autonomia coletiva se vem assistindo à degradação das condições de trabalho. Valoriza-se a autonomia coletiva como instrumento para estabelecer piores condições para quem trabalha do que as estabelecidas por lei.

Nesta senda, a promoção da negociação coletiva na empresa, sobretudo nas PME, - em si um valor positivo - é facilmente associada à ideia de tentativa de fuga aos regimes protetores dos trabalhadores. Assim como, diversamente da negociação setorial, intersetorial ou profissional, é também vista como um instrumento criador de desigualdade salarial. Se negociar ao nível da PME significa piorar condições estabelecidas noutras fontes laborais (lei, convenção de setor, etc.), não é de augurar um futuro promissor nesse domínio. Os trabalhadores da PME não podem ser vistos, muito menos pelas associações sindicais, como trabalhadores de segunda.

O uso da convenção coletiva como se de um mero contrato se tratasse, onde os outorgantes acordam o conteúdo que lhes aprouver, quadra mal com a perspetiva constitucional que faz dela

⁴⁷ Cfr., por exemplo, o Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego, de 22 de março de 2011, celebrado no seio da Comissão Permanente de Concertação Social, onde os parceiros apostaram numa passagem da negociação setorial para uma negociação ao nível da empresa.

um produto de um direito dos trabalhadores, a exercer pelas associações sindicais em benefício dos seus representados.

O sentido e a função do direito à contratação coletiva não deve ser invocado como um obstáculo ao desenvolvimento da negociação coletiva na empresa. Eles não se opõem a regimes convencionais mais flexíveis. Opõem-se, sim, a uma flexibilidade exclusivamente orientada no sentido da pauperização das condições de trabalho. Mas ainda que com este limite – o qual constitui o “preço” mínimo a pagar por um estado social que constitucionalizou direitos fundamentais dos trabalhadores –, fica aberto um amplo espaço para a negociação séria e equilibrada na PME.

Assim, vários aspetos relativos à retribuição, ao tempo de trabalho, à formação profissional, à transferência de local de trabalho, à flexibilidade funcional, à informação e consulta, às estruturas de representação coletiva dos trabalhadores, à carreira profissional, etc., cuja ponderação à luz do tipo de atividade e de estrutura empresarial é de extrema importância, continuam a poder ser negociados.

Há sempre pontos a melhorar num regime jurídico. Com certeza que isto também se passa com a regulamentação da negociação coletiva. Mas, mesmo no quadro atual, sem operar qualquer mudança, há uma dimensão central do regime da negociação coletiva, radicado na autonomia coletiva comum do empregador e da associação sindical, donde irradia um potencial enorme que pode ser usado na promoção da negociação coletiva na PME. Assim os sujeitos coletivos queiram aproveitá-lo.

Já vimos que no quadro constitucional apenas as associações sindicais têm legitimidade para o exercício do direito de contratação coletiva, consagrado no art. 56.º, n.º 3, da CRP. A alteração deste regime não se afigura como urgente. Não é fator indispensável ou de utilidade inequívoca para um desenvolvimento da negociação coletiva na PME.

Contudo, de um ponto de vista da aproximação a outros sistemas europeus e, sobretudo, de revalorização de outras estruturas de representação dos trabalhadores, talvez seja positivo diversificar os sujeitos coletivos da contratação coletiva, nomeadamente, atribuir à comissão de trabalhadores um direito de contratação coletiva próprio. Num cenário deste tipo, o direito de contratação coletiva

reconhecido à instância de representação unitária não pode obstaculizar ou dificultar o exercício do direito de contratação coletiva pelas associações sindicais⁴⁸.

A comissão de trabalhadores pode ter, atualmente, algum papel na negociação coletiva. Mas é um poder delegado pela associação sindical, circunscrito aos filiados na associação sindical delegante, e que apenas pode operar em empresas com 150 trabalhadores ou mais (art. 491.º, n.º 3, do CT). As comissões de trabalhadores, bem como outras estruturas de representação dos trabalhadores existentes na micro e na pequena empresa, e até em muitas médias empresa - aquelas que ocupem até 149 trabalhadores -, estão excluídas deste poder delegado.

5. Observações

O que se foi expondo merece-nos as seguintes observações finais. A dimensão da empresa, aferida através do número de trabalhadores nela ocupados, constitui um critério que contribui para um direito do trabalho mais diversificado, e surge associada a regimes mais leves e simplificados na PME.

O critério do número de trabalhadores para distinguir os diferentes tipos de empresa (art. 100.º do CT), tendo os seus méritos no plano das relações coletivas de trabalho, como, por exemplo, na matéria das estruturas de representação coletiva de trabalhadores, para uma abordagem multifuncional deveria ser complementado com outros critérios, como o dos rendimentos empresariais, para possibilitar uma melhor “radiografia” da empresa.

Tem sentido em vários aspetos da relação de trabalho diversificar os regimes laborais. Nomeadamente, aliviar certos procedimentos e certas exigências legais nas empresas com uma mão-de-obra mais reduzida. Bem como ponderar as implicações de certos direitos dos trabalhadores nos custos empresariais. Desde que não estejam em causa direitos fundamentais ligados ao núcleo essencial à dimensão pessoal da relação de trabalho ou da função representativa. Estes direitos não podem estar sob reserva de conveniências mercantilistas.

⁴⁸ Este regime resulta do art. 3º, n.º 2, da Conv. n.º 154 da OIT.

Todavia, uma coisa é as condições laborais particulares existentes nas empresas mais pequenas justificarem um regime com peculiaridades, um tratamento desigual; outra, é partir da constatação da diversidade de condições para justificar um outro direito do trabalho, diferente do direito de trabalho aplicável às empresas maiores. Um direito autónomo, baseado num paradigma em que o seu objeto já não fosse propriamente o trabalho subordinado juridicamente, ou então, se ainda o fosse, um objeto em que o trabalho não assumisse uma subordinação tão marcada. Um direito certamente já mais próximo do direito civil, onde a real desigualdade entre as partes fosse mascarada por uma relação de colaboração entre iguais ou então centrado na tutela da figura do empreendedor. Um direito do trabalho deste tipo seria ainda mais mistificatório do que o atual. Não há como esconder: a relação de trabalho na pequena empresa, tal como na grande, é uma relação de poder, por vezes fortemente autoritária, cujo conflito de interesses básico pressupõe um direito do trabalho alicerçado em moldes idênticos ao da grande empresa.

O regime das estruturas de representação coletiva dos trabalhadores na PME – um dos que mais reflete a dimensão da empresa – é menos exigente quanto ao número de trabalhadores que devem ocupar tais estruturas. Compreende-se que assim seja, pois, quanto menos trabalhadores tem a empresa, menos complicado é o desempenho da missão representativa.

Na microempresa ou mesmo em pequena empresa de baixa ocupação de trabalhadores (até 12? 15? 20?) poderia ser instituída a figura do delegado de pessoal. Julga-se que uma entidade representativa singular poderia ser suficiente em empresas de pequeno porte. Evitaria alguma burocracia inerente à constituição e funcionamento da comissão de trabalhadores. Dever-lhe-iam ser reconhecidos os direitos hoje atribuídos à comissão de trabalhadores e aos seus membros e não deveria ter um tratamento preferencial ou inferior ao dos representantes sindicais na empresa.

Parece de ponderar a hipótese de estabelecer um número mínimo de trabalhadores a partir do qual se justificaria a constituição de uma comissão de trabalhadores. Esta hipótese ganha mais sentido caso se admita que abaixo de um certo número de trabalhadores a representação pode ser feita pelo delegado de pessoal.

Em face do regime constitucional acolhido para o direito à informação e consulta dos representantes eleitos dos trabalhadores (ar.º 55.º, n.º 6, da CRP), não se compreende que os delegados não possam exercer este direito na micro e na pequena empresa. Julga-se que esta restrição é inconstitucional, pelo que deve ser eliminada.

Até agora o nosso enfoque foi essencialmente jurídico. Percorremos alguns pontos do regime vigente das relações coletivas de trabalho com o intuito de surpreender algumas particularidades em função da dimensão da empresa. Sobretudo procurámos averiguar se o regime das estruturas de representação coletiva dos trabalhadores na empresa e da negociação coletiva apresentava particularidades na PME. Será ele adequado às características da PME? Estamos em crer que, grosso modo, a resposta deve ser positiva. Não é por causa do regime laboral que a PME está atravessando tempos difíceis.

As dificuldades existentes na concorrência com empresas de maior dimensão devem ser encontradas noutras esferas. Vai sendo tempo de deixar de responsabilizar o direito do trabalho pela crise da PME. Talvez esta se deva encontrar antes nos elevados custos não laborais (eletricidade, transportes, administrativos), na dificuldade de aceder ao crédito, na dificuldade de modernização tecnológica, no nível de formação e de conhecimentos dos seus dirigentes, etc. Mas não vale a pena desenvolver mais este tipo de argumentação, pois entramos já na análise económica e de mercado, e a nossa reflexão circunscreve-se à área laboral.

No entanto, ainda que fora do domínio jurídico, mas com ele interligado, gostaríamos de focar mais um ponto. Nas PME existe uma cultura tradicional avessa à existência de estruturas de representação dos trabalhadores. Estas são vistas como portadoras do conflito e logo fator de instabilidade empresarial. A empresa é, por vezes, ainda vista como um simples objeto de uma *plena in re potestas*. A democracia fica à porta da empresa. Discutir e dialogar com os trabalhadores é visto como um sinal de fraqueza do poder de direção.

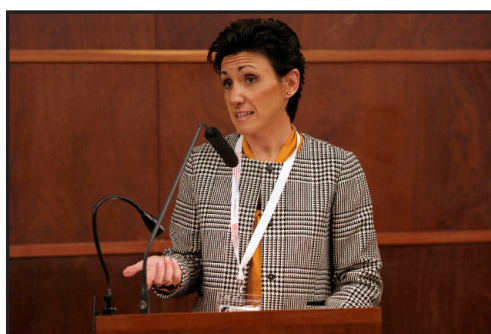
Normalmente, a taxa de sindicalização na PME é baixa. A atividade das associações sindicais parece privilegiar mais as grandes empresas. A taxa de cobertura das convenções coletivas na PME

também é baixa. Este déficit só através da portaria de extensão tem sido combatido.

Em suma, estão reunidas as condições sociológicas, ideológicas e sindicais para que seja difícil o desenvolvimento de relações coletivas fortes na PME. E é nestas condições, mais do que em aspetos de índole propriamente jurídica, que se deve encontrar a explicação para a falta de pujança do direito coletivo do trabalho na PME.

O enriquecimento da vida democrática no interior da PME não contraria o desenvolvimento e consolidação destas. A participação e o envolvimento dos trabalhadores e das suas estruturas representativas não têm de significar ineficiência produtiva ou menor produtividade. Bem pelo contrário, pode contribuir para uma maior motivação do trabalhador e ajudar à inovação e crescimento da PME. Não é por acaso que países onde o envolvimento e a participação dos trabalhadores e suas entidades representativas na empresa apresentam índices de produtividade superior aos dos países onde tal envolvimento é menor. Devíamos tentar perceber porquê. Não apenas para perceber. Mas igualmente para mudar o que está mal.

LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN MICROEMPRESAS Y PYMEs CONFIGURACIÓN JURÍDICA DESDE EUROPA Y ESPAÑA*



María Salas Porras

Profesora del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Málaga

*The prevention of occupational risks in micro-enterprises and SMEs.
Its legal configuration from Europe and Spain*

Abstract: Recent reports published by the European Agency for Occupational Safety and Health and by the Spanish Foundation for Occupational Safety and Health, indicate a high rate of accidents among workers employed in SMEs and micro-enterprises, whose number also it is in an unprecedented growth both in Spain and Europe as a whole.

* Este trabajo ha sido realizado durante el desarrollo de una estancia trimestral en la Biblioteca de la Oficina Internacional del Trabajo con sede en Ginebra, Suiza, durante los meses de agosto, septiembre y octubre de 2016. La realización de la estancia ha sido posible gracias al apoyo económico e institucional de la Universidad de Málaga, así como a la inestimable ayuda de Dña. Richelle Van Snellenberg, Dña. Sonia Sánchez Cubero y Dña. Susana Cardoso.

Undoubtedly, this justifies the interest of the labour legal perspective in the study of this subject, especially when we consider whether both trends could be constituting clear signs of the new production paradigm in which the Age of Digital-Robotization takes us into, according to which it would be producing an abandonment – voluntary or not – of the subordinated productive relationship traditionally elected by the citizens, in favour of self-employment or entrepreneurship. If this were the case, Labor Law, and therefore the prevention of occupational risks, are required to meet and adapt to these new realities to continue to seek both protection of the citizen and promoting the good life.

In this process of adaptation it is to be observed, as will be seen in the study, replacement of the mandatory rules by volitional ones that neoliberal currents have implemented as a natural prerequisite for prosperity of markets and SMEs, so that the attitude of the owner of the company, workers and their representatives, as well as the government, comes to assume the role before the laws intended. The “culture of prevention” to the extent that it is called to awaken those attitudes, now plays a major role in modulating and management behaviours. However few are even the public policies related to occupational safety and health, which want or are able to recognize this alteration.

Keywords: micro-enterprises; SMEs; occupational safety and health; preventive culture.

SUMARIO

Introducción

1. Realidades y desafíos de las empresas micro, pequeñas y medianas
2. Europa: Desde el derecho originario hasta las estrategias políticas para la promoción de la seguridad y salud de los trabajadores en micro, pequeñas y medianas empresas
3. La prevención de riesgos laborales en microempresas y PYMES: España
 - 3.1. Tratamiento jurídico-normativo a nivel nacional
 - 3.2. Tratamiento jurídico-normativo a nivel autonómico

Conclusiones

Introducción

El auge en la importancia de las microempresas y PYMES como agentes económicos en la Unión Europea así como el desafío que supone para ellas integrar medidas de seguridad y salud laboral son, sin duda, las causas justificativas de nuestra elección para su estudio en un Congreso Internacional dedicado, como este, a su tratamiento jurídico.

Ciertamente esa importancia es demostrable cuando se clasifican según el número de empresas que operan en el mercado económico europeo. Así, los datos reflejan que, al menos en el año 2013, las microempresas constituyeron más de nueve de cada diez (92,4%), mientras que las pequeñas representaron el 6,4%, las medianas el 1,0% y las grandes sólo el 0,2%. Sin embargo, cuando nos detenemos en datos como, por ejemplo, el valor añadido, la productividad o los empleos creados, en parte disminuye su trascendencia debido a los cuantitativamente inferiores resultados que arrojan las estadísticas que las representan.

En este sentido, en lo que respecta al valor añadido y a la productividad, las microempresas a pesar de su elevado número, representan sólo un poco más del 20% del valor añadido total existente en todo el territorio de la Unión, mientras que las PYMES representan algo menos del 20% y las grandes empresas son responsables del 40% restante. Por último, la creación de puestos de trabajo depende casi en su mayoría de las grandes empresas, que representan el 42% del empleo total de la fuerza laboral de la UE a pesar de su reducido número, mientras que las micro empresas son responsables de la contratación de 29% de la población activa, las pequeñas empresas del 20% y las medianas empresas del 17%.

De estas estadísticas presentadas si bien en unos términos tan sencillos y generales, se deriva que mientras las PYMES constituyen claramente una parte importante de la economía de la UE, su importancia es atribuible, especialmente, al número que representan, y no tanto a su valor agregado, a la productividad del trabajo o al empleo total que generan.

Pues bien, es precisamente el incremento en el número total de microempresas y PYMES lo que despierta la atención de nuestra aproximación jurídico-laboral, dado que puede identificarse un importante viraje de lo que ha sido hasta hace una década, la tendencia tradicional de la ciudadanía. Esto es, la apuesta fuerte por ser trabajador asalariado parece estar sustituyéndose por la de ser empresario, autónomo o, como mínimo, emprendedor. Las causas que han generado o están provocando este cambio no son objeto de estudio en este trabajo por exceder con mucho el tema propuesto, sin embargo, querríamos dejar apuntada en estas primeras líneas, la conexión que pueda entrecerse con la aparición de un nuevo paradigma, el de la digital-robotización, marcado por la abundancia, la accesibilidad, la conectividad y la participación ciudadanas, desarrolladas a unas escalas nunca antes vistas.

La reconocida doctrinalmente como *cuarta revolución industrial* podría, por tanto, estar presentando como síntoma, precisamente, la intensificación del interés por la “*emprenditoría*”, con el consecuente adelgazamiento de las relaciones laborales de subordinación. Ello, sin duda, ha de ser tenido en cuenta por el Derecho del Trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, incluida, claro está, esta que nos

ocupa, relativa a la protección de la seguridad y salud. La cual, para afrontar las nuevas circunstancias socio-productivas con esquemas de pensamiento adecuados y herramientas válidas, capaces no solo de proteger, sino de promocionar la vida buena, ha de acostumbrar su enfoque a los retos y desafíos que rodean la actual tendencia.

Este es, por tanto, el objeto del trabajo que presentamos. Analizar el ordenamiento europeo y el nacional español, con la finalidad de conocer los mecanismos normativo-jurídicos utilizados en la configuración de las medidas de seguridad y salud laboral en las microempresas y PYMES. De esta forma pretendemos desvelar debilidades y fortalezas del planteamiento utilizado en su implementación, así como contribuir a preparar el terreno para afrontar, jurídicamente, los retos socio-económicos que se avecinan.

1. Realidades y desafíos de las empresas micro, pequeñas y medianas

Los estudios elaborados en el año 2015 por investigadores participantes en la 104.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo¹, así como en el Proyecto Internacional SESAME² dirigido por la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo³ (AESST, en adelante), han puesto de manifiesto algunas

¹ En esa Conferencia Internacional se presentó el IV Informe de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) que tenía como objeto de discusión “Pequeñas y medianas empresas y creación de empleo decente y productivo”, cuyo texto está disponible en <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_358292.pdf>, accesible a fecha de 25/09/2016.

² Se trata del Grupo de Investigación del Proyecto sobre Seguridad en las Microempresas y las Pequeñas empresas (SESAME), encargado de elaborar para la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, el Informe que lleva por título “Contexts and arrangements for occupational safety and health in micro and small enterprises in the EU”, disponible en <<https://osha.europa.eu/sites/.../files/.../637%20-%20MSEs%20summary%20-%20ES>>, accesible a fecha de 25/09/2016.

³ Recordemos que esta Agencia fue creada a tenor del Reglamento (CE) n.º 2062/94 del Consejo, de 18 de julio de 1994, publicado en el Diario Oficial n.º L 216 de 20/08/1994. Este Reglamento ha sido objeto de dos modificaciones. La primera en virtud del Reglamento (CE)

de las luces y sombras que circundan a estos tipos de entidades empresariales, destacando, tanto la importante carencia de investigaciones que aborden de forma completa los contextos sociales, políticos y económicos de las micro, pequeñas y medianas empresas, así como los obstáculos que genera la realidad en que se insertan.

En este sentido, de entre la variedad de temas tratados en esos estudios, consideramos clave subrayar aquí una serie de obstáculos que bien podrían agruparse en aspectos *económicos*, *actitudinales*, y *relacionales*, los cuales van a ayudarnos a comprender el modo en que tales dificultades condicionan la gestión de la prevención de riesgos laborales en estas entidades concretas.

La incidencia que los impedimentos inscritos en el ámbito económico tienen sobre la implementación de las medidas de seguridad y salud de microempresas y pymes, está justificada en las siguientes razones. De un lado, el ajustado presupuesto con que normalmente cuentan estas entidades, así como su generalmente corto plazo de vida productiva – establecido como promedio en 5 años –, las obliga a priorizar los ámbitos de inversión, siendo, la prevención de riesgos uno de los preteridos. De otro lado, parece⁴ existir una consistente conexión inversamente proporcional entre el menor o mayor grado de dependencia de la micro o pyme respecto de otras empresas y su capacidad para adoptar y organizar un adecuado programa de prevención. Así, a mayor grado de dependencia, – esto es, mientras más afecten las decisiones productivas de otras empresas a su propia supervivencia –, menores facultades tendrá la pyme o microempresa para configurar las necesarias medidas de seguridad y salud laboral. Este grado de conexión se ha elevado especialmente a raíz del auge que las

n.º 1643/95 del Consejo, de 29 de junio de 1995, publicada en el Diario Oficial n.º L 156 de 07/07/1995, y la segunda por el Reglamento (CE) n.º 1654/2003 del Consejo, de 18 de junio de 2003, publicado en el Diario Oficial n.º L 245/38 de 29/09/2003.

⁴ En este sentido se pronuncian no solo los Informes de la OIT y de la AESST ya mencionados, sino otros anteriores como el “Priorities for occupational safety and health research in Europe: 2013-2020” – también solicitado y apoyado económicamente desde la AESST pero en el año 2013 y el Informe sobre la “EU Strategic Framework on Health and Safety at Work 2014-2020”, publicado el 26.10.2015 (2015/2107(INI)) por el Comité Europeo de Empleo y Asuntos Sociales –.

denominadas “cadenas de valor” y el “outsourcing”⁵ que en ellas se practica. La externalización supone un incremento del grado de complejidad en las estructuras de las empresas matrices dada la fragmentación del trabajo y la división de tareas a favor de las micro y PYMES, siendo su tamaño precisamente el que permite que, cada vez más, se integren en las redes de negocio y las relaciones económicas de las grandes empresas, las cuales pueden llegar a influir, no solo sobre su modo de producción, sino también sobre la forma en que gestionan las medidas y procesos relativos a la salud y la seguridad de sus trabajadores. O lo que es lo mismo, la externalización no se produce exclusivamente a efectos de la producción, sino también, y esto debe ser lo más preocupante, respecto de los riesgos profesionales en la medida en que la debilidad de las PYMES – en términos de lo ajustado de su presupuesto – se convierte en la baza de las grandes empresas que, para aumentar su competitividad y reducir costes, externalizan – entre otros aspectos – , la responsabilidad en medidas de seguridad y salud.

Otros obstáculos detectados pueden incluirse, como indicamos, en el ámbito que hemos denominado *actitudinal*. Con ello queremos referirnos a la influencia que la *actitud* de la persona propietaria o gerente de las microempresas y las PYMES puede llegar a tener en la implementación de las medidas de prevención, así como lo trascendente de promover – mediante normas o políticas – un contexto social que contribuya a desarrollar esa actitud – sea en sentido positivo o negativo –. En efecto, una pieza clave en el cumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud es el titular de la empresa debido, de un lado, a la carencia de suficientes recursos humanos, materiales y técnicas de control adecuadas, con que cuentan los servicios de inspección nacionales. Y, de otro, a causa de la desregulación que, en general, se está produciendo en el ordenamiento jurídico laboral, la cual afecta ya a la materia

⁵ Un estudio en profundidad de las consecuencias de la externalización, las cadenas de valor y las relaciones laborales se hacen por Ursula Huws (2012): “Outsourcing and the fragmentation of employment relations: the challenges ahead” en ACAS Future of Workplace Relations Discussion Workpapers Series, disponible en <<http://www.acas.org.uk/media/pdf/p/8/Outsourcing-and-the-fragmentation-of-employment-relations-the-challenges-ahead.pdf>>, accesible a fecha de 25/09/2016.

de la prevención de riesgos en el trabajo. Justificada en planteamientos neoliberales – conforme a los cuales las normas positivas que contienen prescripciones se consideran un obstáculo para el crecimiento empresarial-, se está produciendo una paulatina desregulación en virtud de la cual se sustituyen reglas imperativas por otras disposiciones de carácter voluntario o “*soft law*” que, en el caso de la prevención de riesgos laborales, se hace coincidir con el tamaño de la empresa. De esta forma, con la finalidad de evitar “sofocar” sus posibilidades de supervivencia, a las empresas consideradas micro, pequeñas y medianas, se las exime de su cumplimiento, con la consiguiente cesión en manos del/la propietario/a de la entidad, de la responsabilidad de integrar, si lo desea, las previsiones en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Si a este contexto normativo desregulador o voluntarista, sumamos la insuficiencia de inspectores antes mencionada, tenemos como resultado una coyuntura que en absoluto anima al cumplimiento, sino todo lo contrario.

Los problemas que hemos circunscrito en el ámbito *relacional*, se refieren tanto al modo en que interaccionan trabajador y empresario como a la participación de aquellos en la empresa. Así, se ha subrayado en las investigaciones existentes al respecto, que una de las notas esenciales de las micro y PYMES es, justamente, la proximidad que hay entre los trabajadores y las labores de gestión y/o dirección, lo cual genera un sentido de integración y pertenencia fortísimos, especialmente cuando, trabajadores y empresario, pertenecen a la misma familia, grupo étnico o clase social. Ello conduce a situaciones en que, o bien reinan la satisfacción y el compromiso – provocando, así, efectos beneficiosos para adoptar medidas de seguridad y salud laborales –, o bien, se producen coyunturas de conflicto, desánimo y descontento – con la consiguiente inaplicación, incumplimiento de las actuaciones de prevención y el consecuente aumento de los riesgos y los daños –. Por otra parte, debido al escaso número de trabajadores que, por definición, poseen estas entidades empresariales, los mecanismos de participación intra-empresarial son nulos o escasos, debilitándose entonces las garantías de exigencia – al empresario – del cumplimiento de la normativa específica. Además, la dispersión

geográfica de las micro y PYMES reduce mucho las posibilidades de configurar una asociación u organización inter-empresarial o supra-empresarial que asuma las funciones de representante de los trabajadores, y que coadyuve, al banco patronal, a implantar mecanismos de prevención y ordenación de la seguridad y salud laborales.

Bosquejadas así las realidades y desafíos que circundan a estos tipos de empresas, en los apartados siguientes analizamos el tratamiento jurídico que la prevención de riesgos laborales recibe desde el ámbito europeo y el nacional español, si bien en ese análisis utilizaremos como criterios guía para determinar su validez los tres aspectos señalados en estas líneas, en la medida en que contribuirán a marcar la senda adecuada que habrían de seguir las normas, políticas y estrategias adoptadas desde esos niveles administrativos para alcanzar la efectiva implementación de las medidas de seguridad y salud laboral en microempresas y PYMES.

2. Europa: Desde el derecho originario hasta las estrategias políticas para la promoción de la seguridad y salud de los trabajadores en micro, pequeñas y medianas empresas

La seguridad y salud laboral en las empresas de tamaño micro, pequeño y medio ha sido una temática recurrente en el ámbito normativo y político europeo que, sin embargo, ha alcanzado cuotas de éxito insatisfactorias, tal y como señaló en 2014 la Comisión, en el texto del Marco Estratégico de la Unión que sobre esta materia se aprobó⁶. La detección de algunas de las causas que provocan esas bajas tasas de resultados es, precisamente, a lo que dedicaremos este

⁶ El documento más reciente en que aparece esta reflexión acerca de la insuficiencia de las medidas adoptadas por parte de la Unión Europea para mejorar la implementación de la prevención de riesgos laborales es la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativo a la elaboración de un Marco Estratégico de la Unión Europea en materia de seguridad y salud en el trabajo 2014-2020 (Bruselas 06/06/2014, COM (2014)332 final), disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014AR4330>>, accesible a fecha de 26/09/2016.

apartado, comenzando, para ello, por presentar el marco jurídico-normativo diseñado por el derecho originario y el derivado.

En concreto, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷ en su artículo 153, apartados 1 y 2⁸, heredero directo y sin modificaciones del artículo 21 del Acta Única Europea⁹, no observa en sus disposiciones una dicción clara respecto de la promoción o protección de la seguridad y salud laborales en las microempresas y PYMES, sino que se limita a advertir de los riesgos que entraña, para su supervivencia económica, una excesiva reglamentación en esta materia. Es decir, es un enfoque exclusivamente productivo y economicista el aplicado por el Tratado de derecho originario, en la medida en que contempla la seguridad y salud laborales en las empresas micro, pequeñas y medianas como potencial traba que hay que evitar, en lugar de buscar ab ovo un equilibrio lógico y coherente con un derecho fundamental como es el de la salud y la vida de los trabajadores. Con este punto de partida, lógico parece que el resto de normas y políticas de desarrollo mantengan – empeoren, incluso – esta impostación de corte radicalmente neoliberal. Correlación natural es, por tanto, que la Directiva 89/391/CEE¹⁰ relativa a la

⁷ Como se sabe, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, junto al Tratado de la Unión Europea, son los dos textos que hoy componen el Tratado de Lisboa, en vigor desde el 01/12/2009.

⁸ Este artículo 153, apartados 1 y 2, haciéndose eco de las previsiones contenidas en otros textos normativos anteriores en el tiempo como la Carta Social Europea – artículo 3 –, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores – artículo 19 – y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión – artículos 31 y 32 –, expresamente dispone que para proteger la seguridad y salud de los trabajadores, la Unión Europea apoyará y complementará la acción de los Estados miembros mediante Directivas que, en todo caso, evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y desarrollo de las PYMES.

⁹ Solo como recordatorio sirva esta nota para indicar que el Acta Única Europea fue publicada en el DOCE L 169, de 29 de junio de 1987.

¹⁰ Se trata de la Directiva del Consejo de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (89/391/CEE), publicada en el DO L n° 183, de 29 de junio de 1989, en cuyo artículo 9.2 indica que “Habida cuenta el carácter de las actividades y el tamaño de las empresas, los Estados miembros definirán las obligaciones que deberán cumplir las diferentes categorías de empresas, relativas a la elaboración de los documentos previstos en las letras a) y b) del apartado 1 y en el momento de elaborar los documentos previstos en las letras c) y d) del apartado 1”.

promoción de la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores, así como la Directiva 89/654/CEE¹¹ sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, solo de pasada, reiteren la versión negativa de la prevención contenida en el Tratado.

Con esta impostación no es de extrañar que a partir del año 1987 en la entonces Europa de los 12, el número de accidentes de trabajo iniciara una imparable tendencia al alza¹² que solo se estancaría a partir del año 1995 y que conllevaba, anualmente, unos costes en indemnizaciones valorados en 20000 millones de euros. Las presiones políticas por las evidentes importantes pérdidas económicas, tuvieron como consecuencia la aprobación de una serie de Decisiones del Consejo¹³ cuya expresa finalidad era organizar medidas de promoción, investigación y proyectos sobre la prevención de riesgos laborales que, sin embargo, solo tangencialmente se centraron en apoyar económicamente acciones que favoreciesen el análisis y la propuesta de soluciones que permitieran a microempresas y PYMES adoptar medidas de seguridad y salud, con la finalidad de evitar así tan cuantitativas mermas.

Para aliviar la preocupación que señalamos, el Reglamento n.º 2062/94 del Consejo, de 18 de julio, creó la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, siendo una de sus funciones – mantenida impertérrita a pesar de las distintas modificaciones de que ha sido objeto la institución –, “contribuir a elaborar una

¹¹ Nos referimos a la Directiva del Consejo de 30 de noviembre de 1989 relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo (Primera Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), (89/654/CEE) (DO L 393, de 30 de diciembre de 1989), en el segundo de cuyos considerandos dispone que “(...) estas directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas (...)”.

¹² Así puede derivarse de la lectura y los datos contenidos en los Anuarios de Estadísticas del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1982 a 1991; en la Encuesta de las fuerzas de trabajo de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (Eurostat) de 1982 a 1989; en las Bases de datos Cronos y SOCI; en los Anuarios de los Institutos Nacionales de Estadística de la CEE.

¹³ La primera de ellas fue la Decisión del Consejo sobre programa de acciones relativo al año europeo de la seguridad, la higiene y la salud en el lugar de trabajo (91/388/CEE).

normativa específica sobre la prevención de riesgos laborales en las microempresas y PYMES”¹⁴. En este sentido y a partir de ese momento, desde la Agencia se ha promovido un importante número de actuaciones¹⁵ de entre las que destacamos aquí, por ser la más reciente, el Proyecto Internacional SESAME mencionado en las primeras líneas de este trabajo, cuya finalidad es profundizar en el estudio e investigación de lo que, aun hoy, es un campo de relaciones sociales, laborales y económico-productivas con bastantes lagunas para la propia Europa.

La proliferación, en la última década, de microempresas, el incremento de trabajadores autónomos, así como la aparición de entidades que, sin apenas estructura física o corporativa, desarrollan su función productiva a extrarradios de la economía formal¹⁶, ha dado lugar a un incremento del interés por parte de la Unión en conocer este nuevo ámbito socio-económico y productivo que surge alentado por la “Knowledge-Based Economy”¹⁷. Ejemplo de esa inclinación es la aprobación de tres disposiciones que pretenden fomentar esas incipientes realidades. Nos referimos a la *European Charter of Small Enterprises*¹⁸, a la *Small Business Act*¹⁹ – revisada en

¹⁴ Así se contempla en el artículo 3.1, letras e) y h) del citado Reglamento.

¹⁵ Las acciones de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo pueden seguirse en <<https://osha.europa.eu/es/tools-and-publications/seminars>>, disponible a fecha de 26/09/2016.

¹⁶ Klaus SCHWAB (2016): *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Geneve, 50-62; Manfred WEISS (2011): “Re-inventing Labour Law?”, en Guy DAVIDOV / Brien LANGILLE, ed., (2011): *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, London, 45. Un completísimo análisis ha presentado Arun SUNDARARAJAN en 2016, titulado *The Sharing Economy. The End of Employment and the Rise of Crow-Based Capitalism*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts.

¹⁷ Este término ha sido acuñado desde la OIT en su publicación Trabajo. En concreto en el número especial de 2015, titulado *El futuro del trabajo*. En este sentido, una reflexión general sobre el concepto y sus connotaciones puede encontrarse en el artículo de Raymond Torres, Director del Departamento de Investigación de la OIT, “Un mundo laboral en transformación”, p. 11.

¹⁸ Elaborada el 13 de junio del año 2000, durante el Consejo Europeo celebrado en Santa María de Feira, Portugal. El texto de la Carta está disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TX-T/?uri=URISERV%3An26002>>, accesible a fecha de 27/09/2016.

¹⁹ La Carta de la Pequeña Empresa fue fruto de la Comunicación

el año 2011 y en próxima revisión –, y al *Entrepreneurship Action Plan 2020*²⁰. A través suyo se pretende crear un marco global para la política de la UE sobre pequeñas y medianas empresas, mejorar el enfoque de la iniciativa empresarial en Europa, simplificar su marco regulador y de políticas, y eliminar las barreras restantes para su desarrollo. El silencio que en esos textos se guarda respecto de la prevención de riesgos laborales o de la protección de la salud de los trabajadores, no hace más que mantener la tendencia iniciada por el Tratado de Derecho originario, lo cual redundará en la persistencia y agravamiento del desequilibrio existente entre alcanzar las metas productivas y obviar las humanas.

Justo es reconocer, sin duda, que algunas actuaciones se han llevado a cabo para paliar la debilidad social de la política europea. Ejemplo de ello es la aprobación, en el año 2003, de la Recomendación del Consejo sobre la protección de la salud y seguridad en el trabajo de los trabajadores autónomos²¹, donde, observando los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en adelante), la Unión Europea identifica las dificultades que este colectivo encuentra en la implementación de las medidas de seguridad y salud. En general, tales obstáculos coincidían con los que, a posteriori, detectó el estudio presentado en el Grupo de Investigación del Proyecto SESAME antes citado, e igualmente,

de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Pensar primero a pequeña escala” – “Small Business Act para Europa: Iniciativa en favor de las pequeñas empresas” {SEC(2008) 2101} {SEC(2008) 2102}, Bruselas, 25/06/2008, COM (2008) 394 final cuyo texto es accesible en <https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/small-business-act_en>, disponible a fecha de 27/09/2016.

²⁰ El texto de esta iniciativa procede de la Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic And Social Committee and the Committee of the Regions “Entrepreneurship 2020 Action Plan: Reigniting the Entrepreneurial Spirit in Europe”, Brussels, 09/01/2013 COM(2012)795 final, accesible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52012DC0795>>, disponible a fecha de 27/09/2016.

²¹ Se trata de la Recomendación del Consejo relativa a la mejora de la protección de la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores autónomos (2003/134/CE), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 53/45 de 28 de febrero de 2003.

con los presentados por el Informe evaluador del año 2015 que más adelante se menciona. Según se recomendaba, los problemas detectados necesitaban soluciones que habrían de pasar por facilitar herramientas que les permitieran, sin apenas costes, realizar verdaderas evaluaciones de riesgos – incidiendo escasamente en los obstáculos incluidos en el ámbito económico –; por alentar la participación inter empresarial y supra empresarial – con lo que se reconocía la existencia de obstáculos insertos en el ámbito relacional –; así como por destinar incentivos a la formación, a la sensibilización, a la concienciación, y a la elaboración de una legislación inteligente que, desde las especialidades de estas micro entidades, le permitiese integrar medidas de seguridad y salud – afrontándose así, solo parcialmente, las dificultades existentes en el ámbito actitudinal –.

De forma paralela a esas medidas normativas, la Unión también ha elaborado varias Estrategias de duración cuatrienal – sobre la prevención de riesgos laborales – que han contribuido a determinar prioridades, objetivos comunes, y han proporcionado un marco para la coordinación de las políticas de los Estados miembros, configuradas, desde 2012, en programas nacionales para la seguridad y la salud laboral. En esas Estrategias europeas, las microempresas y PYMES, si bien no se les ha otorgado un lugar destacado, al menos sí que se les ha mencionado. En concreto, la Resolución 2002/C161/01 que aprobó la Estrategia para los años 2002-2006, estimó objeto de ayuda económica las actuaciones incluidas en el ámbito actitudinal, teniendo como finalidad el asesoramiento, la asistencia y la formación en materia de prevención a estas entidades; y de forma más amplia, la Resolución 2007/C145/01 – marco jurídico para la Estrategia 2007-2012 –, previó subvencionar con cargo a los fondos estructurales, acciones con incidencia en el ámbito antes citado, cuyo objeto, además de los anteriores, fuera aumentar los recursos personales en los servicios de inspección nacionales, así como otras medidas que influyesen en los obstáculos del ámbito económico, relativas a mejorar el acceso gratuito de las empresas micro, pequeñas y medianas a los servicios de prevención y a herramientas online. En este sentido, se lanza el OiRA – *Online Interactive Risk Assessment*²² –, una plataforma virtual de acceso libre y gratuito que permite

²² La herramienta está disponible en <<http://www.oiraproject.eu/>>, accesible a fecha de 26/09/2016.

realizar valoraciones de riesgos en las PYMES y microempresas atendiendo a su sector de producción. La última de estas iniciativas es el Marco Estratégico 2014-2020²³ desde el que se identifican como principales retos a alcanzar por la Unión Europea, actuaciones muy genéricas que presentan importantes dificultades en su materialización. En concreto, el texto menciona acciones destinadas a reforzar la capacidad de las microempresas y PYMES para poner en marcha medidas y acciones que contribuyan a prevenir el riesgo; facilitar el cumplimiento de la legislación en materia de seguridad y salud laboral; proporcionar herramientas prácticas que permitan el cumplimiento de la legislación; elaborar informes de buenas prácticas para estas entidades a nivel nacional y europeo, así como reducir la carga administrativa y financiera que soportan.

El apoyo económico que, sin embargo, se ordena para materializar tales actuaciones, sorprendentemente se destina a sufragar gastos que, relacionados con la formación, solo inciden muy tangencialmente en el ámbito actitudinal, dejando en el olvido el resto de ámbitos, donde se circunscriben aspectos reconocidos ya como deficitarios por los distintos informes existentes al respecto. Este es el caso de las carencias de participación, de aptitud, de investigaciones y los problemas de dependencia económica. Ello se ha puesto de manifiesto en el Informe elaborado en el año 2015 que, bajo el auspicio y la previsión del Marco Estratégico mencionado, se realizó con la finalidad de evaluar la implementación de las medidas previstas para sus dos primeros años de vigencia. Entre otras muchas conclusiones, destaca, precisamente, la detección de importantes dificultades que encuentran microempresas y PYMES para implementar las medidas de seguridad y salud laboral. Dificultades que, de nuevo, redundan en los aspectos económicos, actitudinales y relacionales, los cuales en absoluto son novedosos para la Unión dada su reiteración en los análisis realizados en el año 2003, en concreto en la mencionada Recomendación sobre mejora en la seguridad y salud del trabajador autónomo y, posteriormente, en el Informe del Grupo SESAME correspondiente al año 2016.

²³ Previsto en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativo a la elaboración de un Marco Estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 (Bruselas, 06/06/2014, COM (2014) 332 final).

Este desencuentro, consciente y voluntario, entre retos, medidas y finalidades, nunca podrá tener como resultado elevados índices de implementación de las normas de seguridad y salud laborales, mucho menos contribuir a aumentar la productividad así como a reducir los riesgos y los daños en el lugar de trabajo de las entidades empresariales micro, pequeñas y medianas. A nuestro juicio, el verdadero desafío no se ha afrontado aun, dado que la Unión, empeñada en impregnar todas sus actuaciones de la ideología neoliberal, ha perdido de vista el auge sin precedentes que se está produciendo de las relaciones laborales y productivas atípicas, así como de la economía informal. Cómo se va a garantizar la protección de la seguridad y la salud cuando ejércitos de ciudadanos solo puedan –o decidan- sobrevivir siguiendo los cauces alternativos que les ofrecen la digitalización, la robótica y fórmulas mercantiles, donde el elemento de la subordinación está tan difuso que se desconoce quién trabaja para quién; dónde los límites entre el tiempo de descanso y el de trabajo no existan y dónde la inestabilidad laboral alcance cuotas de espontaneidad en la prestación.

3. La prevención de riesgos laborales en microempresas y PYMEs: España

En España existen, según los datos estadísticos del año 2016²⁴, 3.114.361 empresas, de las cuales 130.642 son PYMES y 2.979.880 microempresas, representando el 95,8% del total. Ello coloca a nuestro país 3,4 puntos por encima de la estimación disponible para el conjunto de la UE en 2013, estimado en el 92,4%.

Respecto de la siniestralidad laboral, las estadísticas²⁵ reflejan

²⁴ Los datos que aquí se presentan proceden del ejercicio de contraste realizado por nuestra parte entre las estimaciones del Directorio Central de Empresas – entidad dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social –, accesibles en <http://www.ipyme.org/publicaciones/retrato_pyme_2015.pdf>, (disponible a fecha de 28/09/2016), y el trabajo “Evolución del Tejido Empresarial” publicado en enero de 2016 por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, cuyo texto es accesible en <http://contenidos.ceoe.es/resources/image/evolucion_teji-do_empresarial_2016_01.pdf>, disponible a fecha de 28/09/2016.

²⁵ El índice de accidentes de trabajo de todos los sectores de acti-

una mayor prevalencia de los accidentes de trabajo en las empresas tamaño micro, pequeño y mediano, lo que se debe, atendiendo al informe que sirvió de base a la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el trabajo para el periodo 2015-2020 (EESST, en adelante), a factores que, bien podrían incluirse, entre los ámbitos señalados en el apartado anterior como claves para profundizar en el conocimiento de los retos y deficiencias que tienen que afrontar las microempresas y PYMES en la incorporación medidas de prevención. En el caso español, de forma paralela al europeo, los obstáculos incluidos en el ámbito económico, están identificados con lo ajustado de su presupuesto y la brevedad, como característica general, de sus ciclos de vida; en el ámbito actitudinal, se incluyen la menor concienciación del titular de la entidad y de sus trabajadores sobre la importancia de la prevención de riesgos laborales, el mayor desconocimiento de las disposiciones legales que les son exigibles y la insuficiencia de recursos humanos y materiales de los servicios de inspección nacionales para hacer cumplir las normas. Por último, el ámbito relacional se hace coincidir con la necesidad de configurar órganos consultivos y de participación – a nivel intra-empresarial y supra-empresarial – que promuevan la investigación, la formación en esta materia y favorezcan la coordinación entre administraciones públicas y agentes sociales.

vidad ha experimentado en la última década en España una tendencia decreciente y, lo que es más importante, constante. Pero a pesar de ello, cada año se producen más de 500.000 accidentes de trabajo con baja, más de 500 accidentes mortales y más de 17.000 partes notificados de enfermedades profesionales. Por sectores, el de la Construcción, a pesar de la significativa reducción de la siniestralidad experimentada desde el año 2000, continúa siendo el que presenta un mayor índice de incidencia, superando en más del doble la media de los índices sectoriales. Le sigue Industria con un valor también superior a la media y, por debajo, los sectores Agrario y de Servicios. Las actividades con mayores incidencias son: la silvicultura y explotación forestal, la pesca y acuicultura, dentro del sector Agrario; las industrias extractivas, la fabricación de productos metálicos, las actividades de descontaminación y gestión de residuos en el sector Industria; la ingeniería civil en Construcción; y las actividades relacionadas con el transporte en el Sector Servicios. Así puede leerse en la p. 14 de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020, disponible en <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/ESTRATEGIA%20SST%2015_20.pdf>, accesible a fecha de 28/09/2016.

Por todo ello, y teniendo en cuenta los elevados niveles de siniestralidad que existen entre las PYMES que configura nuestro tejido empresarial, su disminución se ha previsto como una meta prioritaria a alcanzar desde los programas de actuación en materia de seguridad y salud en el trabajo. El modo en que se configura su tratamiento jurídico-normativo, así como las políticas configuradas desde el nivel nacional y el autonómico para la implementación de la prevención de riesgos, son el objeto de estudio y reflexión de los siguientes apartados.

3.1. Tratamiento jurídico-normativo a nivel nacional

La preocupación del legislador español por hacer frente a la problemática relacionada con los riesgos del trabajo, los accidentes laborales y las enfermedades profesionales, data, siguiendo a la más reputada doctrina²⁶, de los primeros años del siglo XX, siendo continuación de ello, la introducción en el texto de nuestra Carta Magna de un precepto que, específicamente, encomienda a los Poderes Públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo – artículo 40.2 Constitución Española –, otorgándole, en este sentido, competencia legislativa exclusiva al Estado, mientras que las Comunidades Autónomas podrán ejecutar lo prescrito por el nivel estatal²⁷ – artículo 147.1.7 CE –. A esto ha de sumarse la ratificación del Convenio de la OIT n.º 155²⁸ sobre seguridad y salud de los trabajadores, así

²⁶ Solo como ejemplo traemos a colación aquí los completísimos trabajos de Francisco CASTELLANOS MANTECÓN *et al.* (2007): *Historia de la Prevención de Riesgos Laborales en España*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Fundación Largo Caballero e Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, Madrid; de Joaquín APARICIO TOVAR / Antón SARACÍBAR SAUTÚA, cord. (2007): *Historia de la prevención de riesgos laborales en España*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo; y de Cristián CERÓN TORREBLANCA (2011): “Historia de la prevención de riesgos Laborales en España desde el Tardofranquismo a la transición”, *Baetica. Estudios de Arte, Geografía e Historia*, 33.

²⁷ Detenernos ahora en presentar los problemas de distribución competencial en función de la materia, excede con mucho la finalidad de este trabajo. Por ello remitimos a la lectura, entre otras, de la emblemática Sentencia del Tribunal Constitucional español 195/1996, de 28 de noviembre.

²⁸ El instrumento de ratificación de este Convenio se publicó en el BOE n.º 270, de 11 de noviembre de 1985.

como la aprobación, en el año 1995, de la Ley n.º 31 de Prevención de Riesgos Laborales²⁹. La norma que, siendo transposición de la Directiva europea 89/391/CEE, ordena, por primera vez, todo el sistema nacional de prevención.

Más concretamente, en lo que respecta a la prevención de riesgos en las microempresas y PYMES, nuestro país ha ratificado el Convenio de la OIT número 187³⁰ que prevé en la letra h) del apartado 3 de su artículo 4, la necesidad de que los Estados firmantes ordenen en sus sistemas nacionales, mecanismos de apoyo para la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en empresas tamaño micro, pequeño y mediano, así como en la economía informal. Y también ha realizado, tal y como se indica desde Europa, reformas de cierto calado³¹ para facilitarles el cumplimiento de la normativa, adoptando una serie de medidas dirigidas a la simplificación de la actividad preventiva y a la asunción personal de la prevención por parte del propio empresario – cuando la empresa tenga una plantilla inferior a 6 trabajadores –, que han exigido la modificación³² de la Ley 31/1995. En esa misma línea el Real Decreto 337/2010³³, que altera el Reglamento de los Servicios de Prevención³⁴, concreta que las empresas de hasta 50 trabajadores, que no desarrollen actividades del anexo I del citado Reglamento, podrán reflejar en un único documento el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva. Ese procedimiento de simplificación documental³⁵, además, las exonera de efectuar

²⁹ Se trata de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, publicada en el BOE n.º 269, de 10 de noviembre.

³⁰ En esta ocasión se publicó en el BOE n.º 187, de 4 de agosto de 2009.

³¹ Un estudio en este sentido presenta la Profesora Miren Edurne LÓPEZ RUBIA (2013): “La aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en las pymes: Últimas modificaciones normativas”, *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 28 (2013-I), 259-260.

³² La modificación se introdujo por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como “Ley Omnibus”), publicada en el BOE n.º 308, de 23 de diciembre.

³³ Se trata del Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, publicado en el BOE n.º 71, de 23 de marzo.

³⁴ Este es el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, publicado en el BOE n.º 27, de 31 de enero.

³⁵ Este procedimiento se ha fomentado desde el Instituto Nacional

auditorías siempre que realicen la prevención con recursos propios. De esta forma se sigue la línea promovida por Europa – errónea a nuestro juicio –, que pretende aligerar los obstáculos de las microempresas y PYMES exclusivamente mediante la desregulación o la cesión de la observancia de las normas a la voluntad del empresario, sin que los poderes públicos se preocupen por alentar esa voluntariedad. En consecuencia, no solo deja de incentivarse el cumplimiento de la normativa – el ámbito actitudinal seguiría sin corregirse – sino que, además, se condena a los trabajadores a estar y pasar por situaciones de riesgo incontrolado, dada la inexistencia de auditorías – por dispensa legal- y de inspecciones administrativas – por falta de recursos humanos y materiales –. Es evidente, por tanto, que en materia de seguridad y salud laboral, España quiere subirse, o se ha subido ya, al carro de la “legislación inteligente”, sin embargo, su válida implementación ha de pasar, necesariamente, por promover simultáneamente todo un elenco de programas, que construyan y ejerciten la voluntad positiva del titular de la empresa en conjunción con las de los trabajadores, – grandes olvidados, por cierto, en las políticas europeas y españolas de prevención de riesgos laborales –.

Esta idea relativa a incidir en el ámbito actitudinal mediante la sustitución de las reglas de “*hard law*” por otras de “*soft law*”, es la que parece dominar el marco jurídico que engloba a las políticas públicas de seguridad y salud laboral, siendo reflejo de ello los distintos programas que, en la última década, se han desarrollado en España. Así, en el año 2005, el Gobierno aprobó el “Plan de actuación para la mejora de la seguridad y salud en el trabajo y la reducción de los accidentes de trabajo” que contemplaba la necesidad de elaborar una Estrategia Española para establecer el marco general de las políticas preventivas a corto y medio plazo. Dos años más tarde se aprobó la primera Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012, que tenía como objetivos generales reducir de manera constante y significativa la siniestralidad laboral, y mejorar de forma continua y progresiva las condiciones de seguridad y salud

de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT, en adelante) mediante la elaboración de una guía técnica sobre “Simplificación Documental”. La guía, de carácter no vinculante, recoge orientaciones para la elaboración de un documento único que contenga el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva.

en el trabajo. El balance de esa Estrategia³⁶ recoge las medidas llevadas a cabo para la consecución de los objetivos acordados, entre las cuales, las más numerosas afectaban, justamente, a las actitudes del ciudadano. Ejemplo de ellos son la modificación de la normativa para facilitar su aplicación mediante la asunción personal del titular empresario – antes mencionada –, la potenciación de la formación en prevención de riesgos laborales, tanto en el ámbito educativo como en el laboral, la mejora de los sistemas de información inter-empresarial para difundir las buenas prácticas, y los criterios de calidad de los servicios de prevención atendiendo a ramas de producción. Mientras que las menos numerosas se incardinaban en el ámbito *relacional*, estando dirigidas a impulsar la participación de los interlocutores sociales y administraciones públicas en el diseño de la Estrategia y en la ejecución de las medidas que la materializaban. Por último, en el ámbito *económico*, solo se impulsó la organización de programas de asesoramiento técnico gratuito a las empresas, entre los que subrayamos “Prevencion10.es”³⁷, por constituir, a nuestro juicio, un buen ejemplo de lo que habría de ser un tratamiento adecuado de los retos que circundan a microempresas y PYMES a la hora de implementar la prevención de riesgos laborales en sus estructuras. Dado que, como a continuación se presentará, con este tipo de programas se busca – y se alcanza – el deseado equilibrio entre los aspectos económicos de la empresa y los actitudinales del titular.

El citado programa permite el asesoramiento público y sin costes para las empresas de hasta 10 trabajadores, apoyando la organización de actividades preventivas mediante la consulta de los empresarios y considerando las peculiaridades y riesgos específicos de cada actividad. Desde este programa no solo se quiere impulsar la asunción por el empresario de la gestión de las actividades

³⁶ Cuyo texto está disponible en <<http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Comision/GruposTrabajo/ficheros/Balance%20FINAL%20EESST.pdf>>, accesible a fecha de 29/09/2016.

³⁷ El marco en el que se desarrolla y ejecuta el portal Prevención10.es, es el de la Seguridad Social. Se financia con recursos de la Seguridad Social, a través de una encomienda de gestión y es gestionado desde el INSHT, en colaboración con las CCAA. Para el desarrollo del proyecto con las CCAA se ha creado un marco de trabajo común MEYSS-CCAA que permite la participación activa de las distintas administraciones con competencia en materia de prevención de riesgos laborales.

preventivas sino, además, proporcionarle ayuda técnica gratuita para aquellas actividades que por su complejidad o riesgo lo requieran. De manera que, la prevención, deja de constituir un lastre económico para el presupuesto de su entidad y pasa a convertirse en un “*input*” que le otorga *valor añadido*. Dentro de “Prevención10.es” se han implementado dos líneas de acción. De un lado, un sistema web denominado “EVALUA-T”³⁸ que permite, a través de internet, la gestión de riesgos laborales a las empresas de hasta 10 trabajadores. Y, de otro lado, se ha configurado un sistema de atención telefónica a consultas sobre la materia, denominado “STOP riesgos laborales”. Desde este servicio se pretende contribuir al desarrollo de la cultura preventiva a través de acciones de divulgación y difusión de la normativa en prevención de riesgos laborales y se resuelven dudas sobre la aplicación y uso de “EVALUA-T”. Además, se canalizan todas las consultas que, en esta materia, planteen los empresarios hacia los órganos competentes de la Administración Pública, mejorando la coordinación entre las distintas administraciones competentes. Actualmente, asimismo, se está trabajando en la aplicación formativa denominada “T-FORMAS”, dirigida a facilitar la formación del empresario de empresas de hasta 10 trabajadores, para que puedan asumir personalmente la prevención de riesgos laborales.

Y, en esa misma línea, pero aun con mayores beneficios en la medida en que el ámbito relacional también es incentivado, se crea “PREVEA”³⁹, un programa voluntario de ayuda, asesoramiento y apoyo para la reducción de accidentes, dirigido a empresas de alta siniestralidad laboral, llevado a cabo en colaboración entre las

³⁸ Esta actividad se incorporó al Plan de reducción de cargas administrativas y de mejora de la regulación del Estado (aprobado en 2008). El desarrollo de la aplicación se ha implementado a través de una metodología común para las autoevaluaciones que cubren 31 actividades económicas según Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE). Esto supone que el servicio potencialmente puede prestarse al 42% de este tipo de empresas españolas (según los datos del DIRCE 2010). El servicio está disponible a través del link <<https://www.prevencion10.es/site-web/home.seam>>, accesible a fecha de 29/09/2016.

³⁹ Aprobado por el Pleno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, el 15 de octubre de 2008, su aplicación se realizó con carácter experimental, con el fin de hacer un informe de evaluación de los resultados, que está en fase de elaboración, ya que las últimas empresas en incorporarse finalizaron el calendario previsto en noviembre de 2012.

distintas Administraciones Públicas (en particular entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), las Comunidades Autónomas, las organizaciones empresariales y las organizaciones sindicales. De un lado los empresarios, comprometidos en la mejora sistemática de su sistema de prevención de riesgos laborales, y, consecuentemente, de sus resultados de siniestralidad y de sus condiciones de trabajo, y por otro, la autoridad laboral y la ITSS, se comprometen a no incluir a la empresa en el plan de visitas programadas de la ITSS ni a llevar a cabo actuaciones sancionadoras salvo en ciertos casos explicitados, y a ejercer una vigilancia de las actuaciones y resultados. La adhesión a PREVEA se ha de llevar a cabo con el conocimiento y acuerdo de los trabajadores o sus representantes – en función de cómo esté establecida la representación en la empresa –, siendo su colaboración un aspecto crucial en la aplicación del programa que repercute tanto en la integración del trabajador en la empresa como en el reconocimiento de su grado de responsabilidad en la implementación de la seguridad y salud laboral. Este programa constituye un verdadero ejemplo de lo que debería ser la respuesta equilibrada a las dificultades de las PYMES para adoptar tales medidas y la técnica correcta para implementar la “cultura preventiva”.

Fruto de esa primera Estrategia Española para la Seguridad y Salud laboral, son también las medidas legislativas adoptadas para garantizar la efectividad del derecho de los trabajadores autónomos⁴⁰ a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo⁴¹, si bien su primordial finalidad se limita a incentivar los comportamientos “pro prevención”. En este sentido se crea por la CNSST, en la reunión plenaria de 26 de enero de 2005, un Grupo de Trabajo de carácter estable para el estudio y el análisis de sus

⁴⁰ Acerca de las necesidades legislativas de este colectivo se recomienda la lectura del detallado trabajo del Profesor Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ (2008): “La prevención de riesgos en el trabajo por cuenta propia. Autónomos y Seguridad Laboral”, *Seguridad y Medioambiente*, 109/1.

⁴¹ En este sentido se aprueban la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, publicada en el BOE n.º 166, de 12 de julio, la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, publicada en el BOE n.º 190, de 6 de agosto y el Real Decreto Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, publicada en el BOE n.º 47, de 23 de febrero.

condiciones de seguridad y salud, así como de la legislación aplicable en materia preventiva, teniendo en cuenta la experiencia de otros Estados, la consulta a grupos y organizaciones de representación de los trabajadores autónomos, y la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 18 de febrero de 2003. Las propuestas de actuaciones que presenta el Grupo⁴², sin duda se orientan a aumentar las líneas de investigación sobre este colectivo, a realizar campañas de información, a extender la formación preventiva y la cualificación, y a facilitar su acceso a la vigilancia específica de la salud. Ninguna alusión se hace, sin embargo a otro tipo de acciones que, como las anteriores, podrían redundar simultáneamente en la variopinta problemática que los circunda.

A pesar de las medidas implementadas por la Estrategia 2007-2012, las estadísticas continuaron mostrando las serias dificultades de las empresas en el desarrollo de la normativa de prevención, las cuales eran más acuciantes para las micro y PYMES que, como se ha reconocido en la propia Estrategia, afrontaban, además, desde su fragilidad presupuestaria, el reto de una crisis económico-financiera sostenida en el tiempo.

Por todo ello, el Consejo de Ministros, reunido el 24 de abril de 2015, aprobó la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020, consensuada previamente por la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los Interlocutores Sociales, cuyo contenido se estructura en dos objetivos generales y cuatro específicos, materializados en líneas de actuación implementadas, de manera sistemática y ordenada, en tres Planes de Acción⁴³ que abarcan el periodo total de la Estrategia.

⁴² Durante el año 2010 el Grupo se reunió en tres ocasiones, y presentó un documento al Pleno de la CNSST que bajo el título “Trabajadores autónomos. Coordinación de actividades preventivas”, propone medidas para mejorar la seguridad y salud de los autónomos cuando desarrollan su actividad en concurrencia con otros trabajadores autónomos o de otras empresas. Asimismo, se plantearon propuestas para la formación de este colectivo, cuyo contenido se ha integrado en el Plan Nacional de Formación en Prevención de Riesgos Laborales aprobado el 18/10/2011.

⁴³ La distribución temporal que a tal efecto se ha hecho es el siguiente: El primero de esos Planes se extenderá desde el momento de aprobación de la Estrategia hasta el 31 de diciembre de 2016. El segundo desde el 1 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018. Y, por último, el

Pues bien, en lo que a las microempresas y PYMES corresponde, la nueva Estrategia, incluye como uno de sus principales objetivos, lograr un mejor y más eficaz cumplimiento de la normativa en cooperación con las Comunidades Autónomas, así como la adopción de las medidas necesarias para garantizar la efectividad del derecho de los trabajadores autónomos a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo. Para ello se proponen actuaciones que, partiendo de un análisis más exhaustivo de la realidad, y teniendo presente lo delicado de su supervivencia económica, permitan avivar y fortalecer la actitud responsable de empresarios y trabajadores, incentivando su cooperación. Así, se citan expresamente actuaciones⁴⁴ de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales⁴⁵ y las Administraciones Públicas en materia de análisis, investigación, promoción, apoyo, asesoramiento, vigilancia y control de la prevención de riesgos laborales; el fortalecimiento de la participación de los interlocutores sociales y la implicación de los empresarios y trabajadores en la mejora de la seguridad y salud en el trabajo; así como la continuación en el desarrollo de la plataforma “Prevención10.es”. Una acertada perspectiva de aproximación esta, que al combinar, de forma armonizada, la observancia de las reales

tercero comenzará su vigencia el 1 de enero de 2019 y finalizará con la misma Estrategia, el 31 de diciembre de 2020.

⁴⁴ Para garantizar la ejecución de las acciones de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, dirigidas a las pequeñas y medianas empresas y los programas sectoriales previstos, la financiación será, como mínimo, la que en el momento de la aprobación de esta Estrategia se dispone para la financiación de las acciones de la Fundación y, como máximo, de 25 millones de euros anuales.

⁴⁵ La Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales tiene como objetivo primordial la promoción de la “cultura preventiva” entre microempresas y PYMES, mediante el desarrollo de actividades destinadas al fomento de la investigación, la formación, las buenas prácticas, la cooperación inter-empresarial y la proporción de programas y herramientas online que permitan aliviar costes a la vez que implementar medidas de seguridad y salud. Su previsión consta en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 31/1995. Está adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, bajo el protectorado del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, con participación tanto de las Administraciones Públicas, como de las Organizaciones más representativas de empresarios y trabajadores. Su página web es accesible a través de <<http://www.funprl.es/Aplicaciones/Portal/portal/Aspx/Home.aspx>>, disponible a fecha de 27/09/2016.

dificultades que convergen en las empresas de tamaño micro, pequeño y mediano, tendrá, a nuestro juicio, resultados satisfactorios para la propia entidad, sus componentes y la sociedad.

La propia EESST, para su materialización, reserva un papel importante a las Comunidades Autónomas, respetando así la atribución competencial prevista en el texto constitucional. El modo en que desde este nivel se están desarrollando esas previsiones, es el análisis que a continuación se presenta.

3.2. Tratamiento jurídico-normativo a nivel autonómico

Las Comunidades Autónomas, en virtud del artículo 149.1.7 CE y de las previsiones contenidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, han optado por desarrollar sus competencias de ejecución en materia de legislación y políticas preventivas mediante la elaboración de planes, estrategias o acuerdos⁴⁶ que, a nivel de su territorio, sirvan para configurar el marco de intervención en seguridad y salud laborales.

⁴⁶ Hemos decidido no utilizar una sola denominación a la vista de la variedad de títulos que las Autonomías otorgan a estas herramientas. En total se cuenta con diecisiete marcos de actuación, que a continuación enunciamos con la finalidad de facilitar su localización para posteriores investigaciones. Así, a fecha de septiembre de 2016, están en vigor la “Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo”, aprobada mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de febrero de 2010, publicado en el BOJA nº 38, de 24 de febrero; el “Plan PYME – 10 2016 en Prevención de Riesgos Laborales para empresas del sector de la Construcción en Aragón” y la “Estrategia Aragonesa de Seguridad y Salud en el Trabajo”; el “Plan de Salud, Seguridad y Medioambiente Laboral de Asturias”; la “Estrategia de Seguridad y Salud Laboral de Baleares”; la “Estrategia cántabra de Seguridad y Salud en el Trabajo”; el “Plan de Actuación del Instituto Canario de Seguridad Laboral”; el “Acuerdo Estratégico para la Prevención de Riesgos Laborales de Castilla La Mancha”; el “V Acuerdo de Prevención de Castilla y León”; el “Marco Estratégico Catalán de Seguridad y Salud Laboral”; el “VII Plan de Prevención de Riesgos Laborales de Extremadura”; el “Plan de Actuación gallego”; el “IV Plan Director de Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad de Madrid”; la “Estrategia Regional de Murcia de Seguridad y Salud Laboral”; el “III Plan de Salud Laboral de Navarra”; la “Estrategia Vasca de Seguridad y Salud en el Trabajo”; y la “Estrategia Valenciana de Seguridad y Salud en el Trabajo”, que se haya en vías de publicación a fecha de 30/09/2016.

En su totalidad, los diecisiete instrumentos con que se dotan nuestras Autonomías han sido elaborados, como no podía ser de otra forma, bajo el paraguas normativo de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, con las orientaciones político-jurídicas de la Estrategia Española de Seguridad y Salud Laboral y con el consenso de los interlocutores sociales con suficiente representación en sus regiones. Aspectos estos que dotan de uniformidad y estabilidad a las intervenciones autonómicas en la medida en que se garantizan tanto los servicios, como la democracia participativa en su configuración, de forma que, en parte, se podrían considerar superados los retos vinculados al ámbito relacional de los que normalmente adolece las medidas de prevención.

Pues bien, el estudio de estas herramientas nos lleva a concluir que todas dedican un apartado específico a potenciar la seguridad y salud laborales en las microempresas, PYMES, e incluyen de forma automática a los trabajadores autónomos⁴⁷ – con o sin trabajadores a su cargo –, no solo porque la propia EESST lo prevea, sino además, por demostrarse en los diferentes informes en que se basan, unos índices de siniestralidad en este colectivo nada desdeñables.

Las medidas contenidas en los diferentes planes y estrategias pueden clasificarse, a efectos de ofrecer un panorama claro y conciso, atendiendo a los ámbitos señalados en este trabajo – y que podían visibilizarse en la Estrategia Europea – como básicos para conocer los retos a que se enfrentan las empresas de tamaño mico, pequeño y mediano.

Así, respecto del ámbito *económico*, y con la finalidad de presentar la prevención de riesgos laborales como un “*input*” necesario para incrementar la productividad y contribuir tanto al enriquecimiento material como social, las Autonomías han optado por desarrollar distintos tipos de actuaciones. Así, en primer lugar, se organizan labores de asesoramiento público y personalizado gratuito a empresarios y autónomos – como es el caso de Andalucía⁴⁸,

⁴⁷ En este sentido, las herramientas autonómicas tienen presente el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, publicado en el BOE n° 47, de 23 febrero.

⁴⁸ Así puede leerse en el punto 4.2.2.1.f). de la Estrategia andaluza.

Asturias⁴⁹, Canarias⁵⁰, Cantabria⁵¹, Castilla La Mancha⁵², Castilla y León⁵³, Cataluña⁵⁴, Extremadura⁵⁵, Madrid⁵⁶, Murcia⁵⁷, Navarra⁵⁸ y País Vasco⁵⁹ –. En segundo lugar, se desarrollan acciones encaminadas a promover la disposición de recursos propios, de manera que sea la persona titular de la empresa o el autónomo, quien se encargue de asumir la gestión de la prevención. Esta medida, aunque podría incardinarse también dentro del ámbito actitudinal, sin duda tiene repercusiones económicas, en tanto que exime a la empresa de destinar parte de su presupuesto a retribuir los servicios de una entidad ajena. Al menos de esta forma lo han entendido Andalucía⁶⁰, Aragón⁶¹, Canarias⁶², Cataluña⁶³, Navarra⁶⁴ y País Vasco⁶⁵. En tercer lugar, se fomenta y promueve la utilización de herramientas informáticas creadas al efecto desde el nivel nacional, como por ejemplo los recursos PREVENCIO10.ES, PREVEA o STOP mencionados en este trabajo, y cuya finalidad es permitir la evaluación de los riesgos, el conocimiento de las medidas y de

⁴⁹ Esta medida está contemplada en la p. 19 del Plan asturiano.

⁵⁰ En la p. 10 del Plan de actuación canario se encuentra esta medida.

⁵¹ El asesoramiento directo se contiene en la p. 37 de la Estrategia cántabra.

⁵² El Objetivo 1.2 del Acuerdo estratégico de Castilla La Mancha hace alusión a esta actuación, el cual solo puede leerse vía online a través del link <<http://www.castillalamancha.es/gobierno/economiaempresasyempleo/estructura/dgtfsl/actuaciones/acuerdo-estrat%C3%A9gico-para-la-prevenci%C3%B3n-de-riesgos-laborales-en-castilla-la-mancha-2014-2016>>, disponible a fecha de 30/09/2016.

⁵³ La lectura del V Acuerdo de Castilla y León solo es posible a través del siguiente link, <http://www.trabajoyprevencion.jcyl.es/web/jcyl/TrabajoYPrevencion/es/Plantilla100/1258121762203/_/_/_>, disponible a fecha de 30/09/2016.

⁵⁴ En la p. 18 del Marco Estratégico catalán se encuentra esta medida.

⁵⁵ El VII Plan extremeño incluye esta actuación en la p. 7 de su texto.

⁵⁶ La p. 7 del IV Plan Director de Madrid contiene esta información.

⁵⁷ La Estrategia Regional murciana se pronuncia así en su p. 9.

⁵⁸ Así se menciona en el objetivo 1.A del III Plan navarro.

⁵⁹ La p. 78 de la Estrategia vasca hace referencia a esta acción.

⁶⁰ Así puede leerse en el punto 4.5.a). de la Estrategia andaluza.

⁶¹ En la p. 36 de la Estrategia aragonesa no solo se apuesta por la asunción propia, sino además por servicios mancomunados.

⁶² En la p. 9 del Plan de actuación canario se encuentra esta medida.

⁶³ Esta acción puede leerse en la pp. 18 del Marco Estratégico catalán.

⁶⁴ Así se menciona en el objetivo 1.A del III Plan navarro.

⁶⁵ La p. 78 de la Estrategia vasca hace referencia a esta acción.

buenas prácticas que desde un sector productivo concreto se están implementando por otras microempresas, PYMES y autónomos. En la medida en que estos recursos son de acceso libre y gratuito por los usuarios, también se contribuye a eliminar gastos innecesarios; una tendencia esta – la de la gratuidad – que es consecuencia directa de la Era de la Digitalización en que se circunscribe el actual paradigma productivo. Al uso de los instrumentos citados le dedican especial atención Aragón⁶⁶, Asturias⁶⁷, Canarias⁶⁸, Castilla La Mancha⁶⁹, Extremadura⁷⁰ y Galicia⁷¹. En cuarto lugar, se destinan líneas de subvención consistentes en la entrega de cantidades a tanto alzado a las microempresas, PYMES y autónomos que adquieran o mejoren sus mecanismos, herramientas o equipos de prevención, si bien las sumas suelen oscilar entre los 1200€ que, como mínimo, concede Andalucía⁷² y los 30000€ de máximo previstos por Castilla y León⁷³. A esta iniciativa se suman, además, Extremadura⁷⁴ y Galicia⁷⁵, si bien no fijan unas cantidades ciertas ni se dirigen en concreto a las microempresas, PYMES y autónomos. Por último, también a medio camino entre el ámbito económico y el actitudinal, Murcia⁷⁶,

⁶⁶ En la p. 37 de la Estrategia aragonesa se menciona esta actuación.

⁶⁷ Esta medida está contemplada en la pp. 16 del Plan asturiano.

⁶⁸ En la p. 10 del Plan de actuación canario se encuentra esta medida.

⁶⁹ El Objetivo 1.2 del Acuerdo estratégico de Castilla La Mancha hace alusión a esta actuación, el cual solo puede leerse vía online a través del link <<http://www.castillalamancha.es/gobierno/economiaempresasempleo/estructura/dgtfsl/actuaciones/acuerdo-estrat%C3%A9gico-para-la-prevenci%C3%B3n-de-riesgos-laborales-en-castilla-la-mancha-2014-2016>>, disponible a fecha de 30/09/2016.

⁷⁰ El VII Plan extremeño incluye esta actuación en la p. 7 de su texto.

⁷¹ La previsión de esta medida se contiene en el Plan de Actuación gallego, cuyo texto es accesible en <http://issga.xunta.es/portal/contido/actividade/Plan_de_actuacion_e_xestion_2016.html>, disponible a fecha de 30/09/2016.

⁷² Así se prevé en la Resolución de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, publicada en el BOJA n° 114, de 16 de junio de 2016.

⁷³ Orden EYE/2287/2009, publicada en el BOCyL n° 242, de 18 de diciembre de 2009.

⁷⁴ Decreto 37/2016, de 15 de marzo, publicado en el DOE n° 55, de 21 de marzo.

⁷⁵ Orden de 30 de abril 2013, publicada en el DOG n° 92, de 15 mayo.

⁷⁶ La Estrategia Regional murciana se pronuncia así en su p. 13.

Navarra⁷⁷ y el País Vasco⁷⁸, han articulado medidas consistentes en la concesión de ayudas económicas en reconocimiento de las actuaciones consideradas buenas prácticas en la gestión de la prevención, así como para su implementación por otras empresas.

El ámbito *actitudinal* es, sin duda alguna, el más desarrollado por los planes y estrategias autonómicos. Así, bajo la denominación “fomento de la cultura preventiva”, encontramos el núcleo duro del nuevo paradigma regulador de corte neoliberal impreso desde Europa a los Estados miembros, conforme al cual se produce una sustitución de las reglas imperativas o de “*hard law*” por otras volitivas o “*soft law*”. En efecto, la promoción de valores culturales tendentes al cumplimiento voluntario de lo que solo son guías políticas y no leyes materiales, se ha convertido en el contrapeso necesario para evitar la desviación hacia el caos absoluto al que conduce la desregulación extendida por toda la legislación laboral. De esta forma, si asistimos a una reducción de normas que, entre otras, tienen como función moldear la voluntad y el comportamiento humano, lo único que resta es apelar a la actitud activa del cumplimiento. O lo que es lo mismo, no obedecer porque se castiga, sino porque se cree bueno y justo. El problema de esta impostación versa, sin embargo, en que nuestras sociedades – y sus habitantes – no están lo suficientemente maduras como para depositar exclusivamente en su voluntad la observancia de aspectos tan delicados como la vida o la salud del prójimo. Buena prueba de ello es, sin ir más lejos, el número de siniestros laborales que se producen anualmente en el territorio de la Unión. Por tanto, antes de desregular o de virar hacia la regulación voluntarista, habrían de haberse fortalecido mecanismos que garantizaran un nivel de responsabilidad y de co-responsabilidad tales, que hicieran innecesario anudar un castigo al comportamiento desviado. Pero no ha sido este el caso, sino que, como casi siempre, las políticas públicas quieren poner una tirita para frenar una hemorragia. En esta situación se hallan las iniciativas que incluimos bajo el término *actitudinal*, consistentes, además, de las ya citadas – atinentes a la asunción de la prevención por el empresario y a la promoción de las buenas prácticas, sea en su realización o en su implementación –,

⁷⁷ Así se menciona en el objetivo 1.A del III Plan navarro.

⁷⁸ La p. 78 de la Estrategia vasca hace referencia a esta acción.

en la concienciación y sensibilización del titular del establecimiento o autónomo, de los representantes de los trabajadores y de los propios trabajadores respecto de los costes sociales y económicos de los siniestros laborales. Un aspecto este al que solo han dedicado algunas líneas de sus planes Aragón⁷⁹, Asturias⁸⁰, Canarias⁸¹, Cantabria⁸², Cataluña⁸³, Murcia⁸⁴, Navarra⁸⁵ y País Vasco⁸⁶. En segundo lugar, aquellas medidas relativas a difundir información sobre obligaciones, normas, infracciones, sanciones y tipos de herramientas a disposición de microempresas, PYMES y autónomos para gestionar y evaluar los riesgos, tal y como sugieren Andalucía⁸⁷, Canarias⁸⁸, Cataluña⁸⁹, Murcia⁹⁰, Navarra⁹¹ y País Vasco⁹². En tercer lugar, el desarrollo de la formación continua y permanente para empresarios, delegados de prevención y trabajadores –como por ejemplo mencionan en sus planes y estrategias Andalucía⁹³, Aragón⁹⁴, Asturias⁹⁵, Canarias⁹⁶, Cantabria⁹⁷, Cataluña⁹⁸, Navarra⁹⁹ y País Vasco¹⁰⁰. Otras acciones menos recurridas pero excepcionalmente interesantes por la validez de su propuesta son, por ejemplo, la previsión catalana¹⁰¹

⁷⁹ En el punto III de la Estrategia aragonesa.

⁸⁰ En la p. 108 del Plan asturiano.

⁸¹ Esta medida se encuentra en la p. 10 del Plan de actuación canario.

⁸² La promoción de la cultura preventiva se contiene en la p. 37 de la Estrategia cántabra.

⁸³ En la pp. 18 del Marco Estratégico catalán se encuentra esta medida.

⁸⁴ La Estrategia Regional murciana se pronuncia así en su p. 12.

⁸⁵ Así se menciona en el objetivo 1.A del III Plan navarro.

⁸⁶ La p. 78 de la Estrategia vasca hace referencia a esta acción.

⁸⁷ Así puede leerse en el punto 4.2.2.1 de la Estrategia andaluza.

⁸⁸ Esta medida se encuentra en la p. 10 del Plan de actuación canario.

⁸⁹ En la p. 18 del Marco Estratégico catalán se encuentra esta medida.

⁹⁰ La Estrategia Regional murciana se pronuncia así en su pp. 10.

⁹¹ Así se menciona en el objetivo 1.A del III Plan navarro.

⁹² La p. 78 de la Estrategia vasca hace referencia a esta acción.

⁹³ Así puede leerse en el punto 4.2.2.1 de la Estrategia andaluza.

⁹⁴ En el punto III de la Estrategia aragonesa.

⁹⁵ En la p. 108 del Plan asturiano.

⁹⁶ Esta medida se encuentra en la p. 10 del Plan de actuación canario.

⁹⁷ La promoción de la cultura preventiva se contiene en la p. 37 de la Estrategia cántabra.

⁹⁸ En la p. 18 del Marco Estratégico catalán se encuentra esta medida.

⁹⁹ Así se menciona en el objetivo 1.A del III Plan navarro.

¹⁰⁰ La p. 78 de la Estrategia vasca hace referencia a esta acción.

¹⁰¹ En la p. 18 del Marco Estratégico catalán se encuentra esta medida.

conforme a la cual, pretende fomentar actividades de coordinación que promuevan los intercambios de experiencias entre empresas del mismo o distinto sector, con la finalidad de aprender de la experiencia. Destacable resulta también la acción contemplada en la Estrategia vasca, relativa a elaborar guías específicas de criterios técnicos de prevención adaptados a las necesidades específicas de las microempresas, PYMES y autónomos que así lo soliciten. Y, por último, dos actuaciones que reconocen la necesidad de controlar la voluntad de los implicados en materia de prevención. Así, desde el Plan director de Madrid se prevé el incremento de los recursos humanos que permitan ampliar las labores de inspección a las microempresas, PYMES y autónomos; mientras que la propuesta de Aragón¹⁰², Asturias¹⁰³ y Castilla La Mancha¹⁰⁴ es el sometimiento voluntario, a esas inspecciones, de las entidades con elevados índices de siniestralidad a cambio de no ser objeto de inspección obligatoria ni expediente sancionador durante el tiempo en que el programa se aplica.

El ámbito *relacional*, al contrario de lo que sucedía con los otros dos anteriores, es el gran postergado entre las herramientas autonómicas, aunque justo es reconocer que la participación de los representantes de los trabajadores y empresarios, como se señaló con anterioridad, es una premisa de la que parten todos los planes y estrategias autonómicas. En este sentido, tanto el Plan de actuación canario como el III Plan navarro, amplían y mejoran este presupuesto al incluir, como agentes negociadores a los trabajadores autónomos. Por otra parte, Aragón, Cataluña y el País Vasco sí que han previsto específicamente en sus respectivos planes invocar a los trabajadores para implicarlos en los organismos de gestión de las medidas de seguridad y salud de la pyme o microempresa, si bien no ha llegado a concretarse el modo en que se llevará a cabo.

¹⁰² Así se dispone en la p. 37 de la Estrategia aragonesa.

¹⁰³ Esta medida está contenida en la p. 16 del Plan asturiano.

¹⁰⁴ El Objetivo 1.2 del Acuerdo estratégico de Castilla La Mancha hace alusión a esta actuación.

Conclusiones

El auge de microempresas, PYMES y trabajadores autónomos que atestiguan las distintas estadísticas internacionales así como los informes procedentes de grupos de investigación de alto nivel, podrían ser un indicio claro del nuevo paradigma económico en el que nos adentra la Era de la Digital-Robotización.

Este paradigma, caracterizado por el abandono – involuntario o pretendido – de la fórmula clásica de la subordinación laboral por otras estructuras de producción asentadas en la autonomía – real o ficticia –, provoca que el Derecho del Trabajo y, en concreto, la rama perteneciente a la prevención de riesgos laborales, haya de observar y adaptarse a esa nueva realidad si quiere seguir sirviendo como trampolín para alcanzar, tanto la protección del ciudadano, como la promoción de la vida buena. Así, la implementación de las medidas de seguridad y salud laborales en estructuras empresariales micro, además de las pequeñas y medianas, debe convertirse en una meta clara que ha de ser abordada más pronto que tarde. Y, para ello, resulta imprescindible conocer cuáles son los obstáculos que impiden a microempresas y PYMES tal implementación.

En ese sentido, los estudios más recientes de que disponen organismos dedicados a la investigación de estas entidades – en concreto la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo – revelan la existencia de una serie de retos que, con una finalidad esclarecedora, hemos clasificado en tres ámbitos de actuación, el *económico*, el *actitudinal* y el *relacional*. Tales ámbitos se convierten en los criterios guía de nuestro estudio, en la medida que contribuyen a distinguir qué actuaciones – de las adoptadas por el nivel europeo y el nacional español –, están incidiendo en los diferentes ámbitos donde se insertan los retos detectados, así como los desafíos que – aun identificados – no se han afrontado.

La normativa europea, sea desde los Tratados de derecho originario hasta las Estrategias cuatrienales que sobre la seguridad y salud ha elaborado, parte de una impostación ideológica neoliberal conforme a la cual todo es mercado, producción y competitividad, de manera que cualquier intervención institucional ha de orientarse a

liberarlos de lastres que, como la normativa laboral, sofoque su crecimiento. Por ello, aun teniendo conocimiento de los tipos de dificultades que afrontan microempresas y PYMES para integrar las medidas de seguridad y salud en el trabajo, opta por dar respuestas sesgadas que solo palian algunas de las muchas dificultades circunscritas a los ámbitos económicos, participativo y relacional antes citados. La voluntaria descoordinación entre problemas existentes y soluciones dadas, tiene como resultado elevados niveles de siniestros laborales que no solo alejan las tan ansiadas metas de la competitividad y productividad, sino lo que es aún peor, gangrenan la sociedad.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, si bien es cierto que está radicalmente influenciado por la impostación neoliberal europea, también es de justicia reconocer que nada está haciendo para oponerse. Así, aun asentado sobre el mandato constitucional de velar por la seguridad y salud laboral, nuestro sistema de prevención está virando claramente hacia técnicas de “*soft law*”, conforme a las cuales la integración de la normativa preventiva en las microempresas y PYMES se hace depender – en gran parte – de la voluntad de su titular. La responsabilidad que de esta forma se deposita en la actitud del ciudadano, en absoluto halla un contrapeso a su altura en las políticas públicas de seguridad y salud, en la medida en que las distintas Estrategias nacionales, si bien han creado interesantes herramientas que contribuyen a salvar algunos de los obstáculos incluidos en el ámbito *económico* – como por ejemplo el programa “Prevención10.es” –, y en el ámbito *participativo* – mediante la intervención de todos los interlocutores sociales en la elaboración de las citadas estrategias –, sin embargo, tímidas han sido las medidas que han tratado de corregir las dificultades *actitudinales*. En este sentido, el fomento de la información, la sensibilización, la concienciación y la formación permanente, han sido las únicas respuestas al necesario despertar de la voluntad cumplidora de todos los sujetos implicados en la materia que nos ocupa. La tendente desregulación o regulación voluntaria, unida a una escasa atención al fortalecimiento de la actitud cumplidora, tiene como resultado la condena de los trabajadores de microempresas y PYMES, así como de la sociedad en general, a estar y pasar por elevados índices de siniestralidad consentida.

Por último, y aunque en el diseño competencial constitucional

las Comunidades Autónomas solo tienen un papel ejecutivo en la ordenación de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales, se hace preciso señalar que la elaboración de sus propios marcos de actuación no hace sino incidir en la lógica apuntada a lo largo de este estudio, conforme a la cual, la apuesta por el “fomento de la cultura preventiva” asume hoy un valor primordial, en la medida en que es la nueva herramienta jurídica que contribuirá a moldear comportamientos y orientar actitudes en busca de una sociedad más humana y justa.

AS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS E O DIREITO DO TRABALHO*



José João Abrantes

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Small and medium-size enterprises and labour law

Abstract: Small and medium-sized enterprises hold nowadays a dominant position in the market, which has led public authorities to adopt measures normally based on their presumed economic fragility, namely through labour laws. However, in our point of view, an extreme care should be taken in any

* Texto que serviu de base à comunicação apresentada, em 6 de Outubro de 2016, no Congresso Internacional «As pequenas e médias empresas e o direito», organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pela Associação das Faculdades de Direito Latinas, sob a coordenação científica do Professor Doutor Jorge Coutinho de Abreu, a quem se agradece o honroso convite para nele participar.

Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, remete-se para Catarina CARVALHO, “Algumas reflexões sobre a relevância da dimensão da empresa no direito do trabalho”, in J. J. ABRANTES, coord., *Congresso Europeu de Direito do Trabalho*, Almedina, 2014, 165-221 (sendo também muito útil a consulta da excelente tese de doutoramento da mesma autora, *Da dimensão da empresa no direito do trabalho*, Coimbra Editora, 2011).

legislative intervention in this field of labour legislation, in favor of other areas of law best suited to achieving the protectionist aims of SMEs, such as economic and tax law.

Keywords: micro, small and medium-sized enterprises; labour law; Constitution; economic and tax law.

1. Se é verdade que o direito laboral se centra na empresa – esta é mesmo, nas palavras de Jorge Coutinho de Abreu, o seu “*fenómeno central*” –, o perfil de empresa implícito na legislação do trabalho corresponde, tradicionalmente, à grande empresa industrial, fisionomia que resulta do modelo económico dominante até aos anos 70 do século passado, genericamente estruturado em torno da grande empresa fordista.

Após essa década, as *pequenas e médias empresas* (PME) passaram a assumir uma posição predominante no tecido empresarial, não só em termos do seu número¹, mas também em matéria de criação de emprego. O facto de se estar face a um tipo empresarial com maior capacidade para criar emprego e estimular o crescimento económico de regiões menos desenvolvidas tem conduzido os poderes públicos a adoptar medidas normalmente assentes na sua presumível fragilidade económica, nomeadamente através das leis do trabalho.

A dimensão da empresa tem-se vindo, de facto, a tornar factor de importância crescente para diversificação dos institutos laborais, operando, no essencial, no sentido de se dotar a empresa de menor dimensão de uma maior maleabilidade neste domínio².

¹ Com um quadro com informação estatística sobre o número de microempresas, v. o acórdão TC 306/2003: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2003/07/164A00/41424187.pdf>>; a questão das microempresas também é referida num outro acórdão do TC: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2010/11/21600/0499405031.pdf>>.

² No Código do Trabalho português, cfr. os artigos 217.º (alteração de horário de trabalho), 228.º (limites de duração do trabalho suplementar), 317.º (concessão e efeitos da licença sem retribuição), 346.º (morte de empregador, extinção de pessoa colectiva ou encerramento de empresa), 347.º (insolvência e recuperação de empresa), 358.º (procedimento em caso de microempresa), 359.º (noção de despedimento colectivo), 392.º (indenização em substituição de reintegração a pedido do empregador), 422.º (crédito de horas de membros das comissões) e 466.º (informação e consulta de delegado sindical).

Diga-se que, no que toca a esse factor, a separação é hoje muito mais evidente entre pequenas e microempresas, por um lado, e entre médias e grandes empresas, por outro, do que propriamente entre PME e grandes empresas, sendo precisamente nas microempresas que surge o maior número de especificidades do regime laboral, com um escopo de favorecimento das mesmas e traduzindo, em geral, uma diminuição do nível de protecção jurídica dos respectivos trabalhadores.

Nas relações individuais, verifica-se normalmente um aumento da flexibilidade laboral atribuída ao empregador (*v.g.*, nas matérias de contratação e condições de trabalho, vicissitudes contratuais e, sobretudo, da extinção do contrato) inversamente proporcional à dimensão da empresa: à medida que esta aumenta, maior é também o número de exigências substanciais, processuais e de controlo.

No âmbito do direito colectivo, se a dimensão da empresa assume maior relevância jurídica expressa, tentando-se sobretudo adequar a representação colectiva ao número de trabalhadores representados, o problema «clássico» nesta matéria, comum aos diversos países europeus, reconduz-se à estrutural sub-representação colectiva dos trabalhadores nas PME, o que, não se devendo, entre nós, à imposição de limiares ocupacionais mínimos para a respectiva constituição, tem a sua explicação antes noutros factores, sobretudo sociológicos (*v.g.*, a escassa sindicalização e a atitude tradicional dos sindicatos europeus, mais virados para a média e grande empresa). É uma realidade que pode influenciar negativamente uma aplicação efectiva do direito do trabalho, sobretudo se associada ao papel desempenhado pelas estruturas representativas dos trabalhadores no controlo do cumprimento das leis laborais no seio das empresas e à estreita ligação entre elas e a intervenção da ACT, órgão pouco actuante nas empresas de menor dimensão.

2. Observando os diversos institutos em que a dimensão assume relevância directa, verifica-se assentar a intervenção do legislador laboral num estereótipo de PME muitas vezes desfasado da realidade, com os respectivos critérios classificatórios a não reflectirem a sua heterogeneidade e ignorando a sua capacidade económica.

Por outro lado, se, numa opção que é de aplaudir, o quadro de referência para o cálculo do número de trabalhadores é, em

regra, a empresa, já a importância crescente dos grupos de empresas parece não se ter reflectido nesse cálculo, para efeitos do art.º 100.º do CT, que parece identificar a empresa apenas com a sociedade individualmente considerada.

Julgamos também que seria desejável um alargamento da responsabilidade, a título subsidiário, a outras entidades não empregadoras, mas beneficiárias da prestação laboral, por recurso à subcontratação, a prestações de serviços ou a outras modalidades de *outsourcing*.

Outra questão em que a lei não deveria ser omissa é a que diz respeito à determinação dos trabalhadores abrangidos para o cômputo, nomeadamente a propósito da inclusão, ou não, dos trabalhadores com modalidades de relações laborais «atípicas». Entendemos que, em regra, deverão incluir-se na respectiva contagem todos os titulares de contrato de trabalho, independentemente da natureza do vínculo que os liga ao empregador, salvo disposição legal diversa³.

3. A lei deveria também ter atendido ao factor da dimensão empresarial em alguns institutos onde o mesmo não aparece. É assim que, por exemplo, deveria realizar várias correcções legislativas no domínio das relações colectivas, designadamente para respeitar imposições comunitárias e integrar várias lacunas jurídicas.

Uma questão importante é a da necessidade de estimular a implementação de estruturas de representação colectiva nas PME. A possibilidade de acção colectiva não deve ser excluída para estas empresas⁴, ainda que se admita que possa haver uma adaptação dos mecanismos de representação à realidade das mesmas – que, contudo, não deverão ser excessivamente oneradas com os encargos económicos inerentes.

³ Mas, por ex., *de iure condendo*, é defensável a contabilização dos trabalhadores a tempo parcial *pro rata temporis*, quando a finalidade normativa assume um cariz económico, não jurídico, uma vez que o seu cômputo unitário pode prejudicar as empresas que recorrem com mais frequência a esta modalidade de contratação por motivos relacionados com a respectiva actividade. Já em casos em que predomina o escopo do critério ocupacional (*v.g.*, para efeitos de segurança e saúde no trabalho), esses trabalhadores deverão antes ser contabilizados por unidade.

⁴ Diga-se, a propósito, que nos parece de rejeitar a doutrina que, *de iure condendo*, sustenta a imposição de limiares mínimos para a constituição de comissões de trabalhadores.

Um mecanismo possível é o «reagrupamento», para efeitos de representação colectiva, de forma a permitir, por exemplo, a designação de um representante sindical para várias empresas situadas numa área definida e pertencentes a um mesmo sector de actividade. Outra solução susceptível de estimular a representação colectiva consiste na atribuição de incentivos estatais (*v.g.*, benefícios fiscais ou preferências em concursos públicos) a PME que a promoverem no seu seio.

4. Numa perspectiva global, pode afirmar-se que o direito do trabalho, ao introduzir regimes diferenciados em função da dimensão da empresa, corre o risco de consagrar distinções, seja entre empregadores, seja entre trabalhadores, atentatórias do princípio da igualdade.

A primeira questão a resolver prende-se com a consideração da tutela das PME como uma finalidade legítima para diferenciar regimes juslaborais. Consta-se que a previsão de um quadro legislativo específico, favorável a uma discriminação positiva das PME, encontra eco em vários preceitos da CRP, numa opção do legislador constituinte que é consonante com as preocupações comunitárias, decorrente da visão destas entidades como factor de desenvolvimento económico e de criação de emprego. Assim, a protecção específica das empresas de menor dimensão deve traduzir-se num tratamento distinto daquele que é aplicável às grandes empresas, no que respeita a vários domínios de relevância económica (*v. g.*, acesso ao crédito, incentivos fiscais, apoio técnico e financeiro), incluindo a área laboral.

Todavia, isto depara com limites evidentes: os incentivos legislativos não podem ter natureza discriminatória, assim como não podem violar as normas europeias relativas à proibição de ajudas estatais distorcivas da concorrência.

Mesmo considerando a procura de igualdade material entre empresas um objectivo legítimo, o critério utilizado para esse efeito terá de ser razoável e respeitar os princípios da necessidade, adequação e proibição do excesso. Ora, a aplicação de meros parâmetros ocupacionais, isto é, com base no volume de emprego, poder-se-á mostrar injusta, quanto estão em causa finalidades de teor económico, uma vez que esses critérios não se identificam com a potencialidade económico-financeira da empresa.

A exigência do respeito pelos critérios de proporcionalidade na consagração de regimes legais desigualitários leva-nos também a rejeitar a solução (advogada *de iure condendo* por alguma doutrina) que exclua da tutela juslaboral os trabalhadores das micro e pequenas empresas. Ela não é compatível com a CRP, por se afigurar, no mínimo, desproporcional.

Apesar disso, admite-se que a contextos empresariais diferentes correspondam regimes laborais específicos para determinados institutos.

A controvérsia centra-se nas medidas legislativas que, em nome da protecção das PME, consagram um tratamento menos favorável para os trabalhadores das mesmas. A cedência realizada pelo princípio da igualdade em desfavor dos trabalhadores das PME só poderá ser justificada pelo interesse geral, questão que se coloca, sobretudo, relativamente às medidas fundadas em motivações de natureza económica.

É possível proteger as PME e alcançar alguma igualdade material entre empresas, através de medidas que não têm qualquer incidência sobre a situação jurídica dos trabalhadores, designadamente no âmbito do direito fiscal e do direito económico. É o que acontece com a assunção de certos custos por parte dos poderes públicos, operantes através da isenção de contribuições para a segurança social e de certas obrigações administrativas ligadas ao controlo do emprego, de incentivos fiscais, ou da atribuição de subsídios para certos fins, *v.g.*, no âmbito de alguns programas comunitários de apoio às PME⁵.

Fora destas hipóteses, o que se procura é funcionalizar o direito do trabalho à realização de uma igualdade material entre empresas de capacidade económica diversa, ou seja, utilizar este ramo do direito como instrumento de intervenção económica.

Ora, há que ter presente o risco de incompatibilidade constitucional dos preceitos legais *dimensionados* por violação do princípio da proporcionalidade, ao fazerem recair sobre certos trabalhadores

⁵ Um outro grupo de medidas, que não suscita dúvidas quanto à respectiva harmonização com o princípio da igualdade, reconduz-se ao tratamento mais favorável dos trabalhadores das PME, como sucede, por exemplo, com as ajudas à formação profissional contínua.

as consequências de uma política económica geral. A protecção das micro e pequenas empresas não pode traduzir-se em vantagens competitivas assentes numa sistemática degradação do estatuto laboral dos respectivos trabalhadores, funcionando, como bem acentua João Leal Amado, como uma espécie de salvo-conduto para todo e qualquer tratamento diferenciado *in pejus* desses trabalhadores.

Por outro lado, parece-nos ser de questionar a necessidade, a adequação e até a própria eficácia do direito do trabalho para actuar como instrumento de cariz económico, sendo duvidosa a sua utilização como instrumento para fomentar o desenvolvimento de umas empresas em detrimento de outras.

Tudo isto deverá justificar uma extrema cautela numa qualquer intervenção legislativa no domínio laboral, em benefício de outras áreas do direito mais adequadas à obtenção dos fins proteccionistas das PME, sem os inconvenientes apontados. A protecção das PME deve, prioritariamente, realizar-se através de instrumentos de direito económico e fiscal, e não laboral.

Apesar destas considerações, admite-se, com alguma doutrina, que o direito do trabalho visa também objectivos ligados à organização económica, os quais devem, todavia, assumir um papel secundário. Deste modo, pode ser legítima a consagração de regimes laborais que se traduzem num tratamento *in pejus* dos trabalhadores das PME, desde que estas medidas se mostrem, em concreto, adequadas ao fim visado e seja observado o requisito da proporcionalidade. Nestas hipóteses, a determinação do fundamento para o tratamento diferenciado deverá ser muito exigente, havendo que procurar umnexo causal directo e inequívoco entre as finalidades que se procuram alcançar (a promoção do emprego e/ou o desenvolvimento económico) e o instrumento utilizado (consagração de regimes laborais diferenciados em função da dimensão da empresa), sob pena de se cair num tratamento discriminatório ilegítimo, gerador de «trabalhadores de primeira» e «trabalhadores de segunda».

5. Por fim, valorando globalmente o ordenamento juslaboral português perante a dimensão empresarial, dir-se-á desde logo que o direito português não consagra um estatuto jurídico-laboral específico, de amplo impacto, para as pequenas e microempresas. No entanto, algumas das diversificações dimensionais podem assumir

acentuada relevância prática, em virtude de o nosso sistema produtivo ser composto maioritariamente por microempresas, razão pela qual este passará a ser o regime regra e não o regime especial.

Por outro lado, a relevância dimensional veio afectar institutos de elevado valor simbólico, no contexto laboral português, como sucedeu com o direito de reintegração, subsequente à declaração de ilicitude do despedimento, não obstante a reduzida aplicabilidade prática da figura.

Simplemente, o dimensionamento do nosso direito laboral serviu, sobretudo, como pretexto legislativo para uma maior flexibilização laboral, em geral dissimulada sob a aparência de adaptação à diversidade empresarial, e, portanto, menos contestada. Resultado que se encontra enormemente facilitado na sua aplicação prática pela circunstância referida de a realidade empresarial portuguesa ser caracterizada por um elevadíssimo número de microempresas.

De facto, contrariamente ao que sucede noutros ordenamentos jurídicos, o legislador nacional não atendeu à dimensão empresarial para favorecer o desenvolvimento e a aplicação adaptada às PME de certos institutos laborais concebidos segundo o paradigma da grande empresa. Esta actuação é particularmente visível no domínio das relações colectivas, onde existe uma diminuta implementação sindical e associativa empresarial, com consequências visíveis, nomeadamente, ao nível da contratação colectiva, da «democracia empresarial» ou das condições de trabalho.

Mas não deixa de ser notória igualmente no contexto das relações individuais. Recordemos, por exemplo, que o CT veio regular expressamente uma modalidade contratual susceptível de apresentar vantagens significativas para as PME – o contrato de trabalho celebrado com uma pluralidade de empregadores (art. 101.º) –, que poderia ser muito interessante quer para os empregadores quer para os trabalhadores, não fosse o desventurado regime legal. Com efeito, uma adequada regulação da figura, mais próxima da congénere francesa do *groupement d'employeurs*, permitiria favorecer o reagrupamento de PME no sentido de promover o emprego, adaptando-o às respectivas necessidades de mão-de-obra, sem a «exteriorização» das responsabilidades empresariais. Todavia, as contradições e as incompletudes do regime legal estabelecido pelo legislador impedem-no de cumprir esse desiderato.

Aqui chegados, resta sublinhar que o controlo e o cumprimento da legislação laboral diminuem significativamente à medida que se reduz o tamanho da empresa. Ora, a diversificação das leis laborais ou dos regimes convencionais no sentido de facilitar a respectiva aplicação por parte das empresas de menor dimensão não se compagina com esta ineficácia prática da lei, sob pena de ficarem postos em causa os requisitos mínimos de protecção e de se potenciar práticas de *dumping* social.

Por esse motivo, o dimensionamento do direito do trabalho em benefício das PME, que se advoga, não deve ser concretizado sem um acréscimo de fiscalização, interna ou externa, do respectivo cumprimento, a alcançar por via de estruturas de representação colectiva de âmbito supra-empresarial ou territorial, ou mediante uma actuação da ACT mais especificamente direccionada para a realidade desta tipologia empresarial, o que ainda não ocorre actualmente.

SESSÃO IV

O regime fiscal das pequenas e médias empresas

JOSÉ CASALTA NABAIS

(Universidade de Coimbra — Portugal)

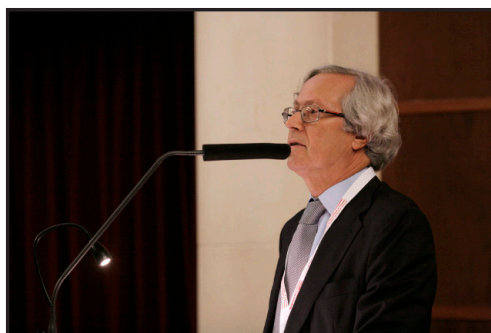
A tributação das microempresas
e das empresas de pequeno porte no Brasil

HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO

RAQUEL CAVALCANTI RAMOS MACHADO

(Universidade Federal do Ceará — Brasil)

O REGIME FISCAL DAS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS*



José Casalta Nabais

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Membro e Investigador do Instituto Jurídico

The fiscal regime of SMEs

Abstract: The author starts by explaining the meaning of micro, small and medium-sized companies (SMEs) in EU law and the correspondent characterisation in Portuguese law. After mentioning some of the situations in which the dimension is considered as a relevant factor in the taxation of income and consumption, he emphasis the simplified regimes in the Portuguese Personal Income Tax (IRS) and in the Portuguese Corporate Income Tax (IRC) as well as the exemption systems and small retailers taxation in VAT. It also explains the tax incentives directly pointed to the micro, small and medium-sized companies, and stresses the ones that are focused to the

* Texto elaborado a partir da nossa participação no Congresso Internacional «As PME e o Direito», FDUC/IJ e AFDL, 6 e 7 de Outubro de 2016.

capitalization of the companies. In the end, the text reflects on the actual sense of a and the need for consideration of the phenomenon of companies as a financial unit.

Keywords: micro, small and medium-sized companies; simplified regimes in the portuguese income taxation; specific tax scheme for SMEs; companies as a financial unit.

SUMÁRIO

I. A diversidade de empresas com reflexo no direito fiscal

1. A base jurídica e o universo das PME
2. Alusão às empresas transnacionais e sua separação das demais empresas

II. Aspectos do regime fiscal das PME

3. A consideração das PME em sede do IRS empresarial e do IRC
4. A consideração das PME em sede do IVA
5. As PME e os benefícios fiscais
 - 5.1. Os benefícios fiscais em sentido estrito e os incentivos fiscais
 - 5.2. Referência a alguns incentivos fiscais destinados às PME

III. Por uma abordagem fiscal mais consequente e simples das PME

6. Sentido actual de um específico tratamento fiscal das PME
7. A consideração fiscal unitária do fenómeno financeiro das empresas

Como consta do título, vamos falar da consideração fiscal de que são objecto as pequenas e médias empresas (PME) em Portugal. Para o que vou começar por aludir à diversidade das empresas reconhecida no nosso ordenamento jurídico com reflexos no direito dos impostos, salientando a enorme diferença que separa as grandes empresas e, dentro destas, as empresas multinacionais

ou transnacionais das PME. Uma diferenciação que tem bases na Constituição Portuguesa e no direito da União Europeia. Depois passaremos em revista os regimes fiscais que concretizam as especificidades das PME, que tem expressão quer no IRS empresarial e no IRC, quer no IVA, quer enfim em sede dos benefícios fiscais com destaque para os dirigidos à promoção do investimento produtivo. Por fim, aludiremos ao sentido actual de um regime fiscal específico para as PME, salientando a necessidade de uma consideração fiscal unitária do fenómeno financeiro das empresas.

I. A diversidade de empresas com reflexo no direito fiscal

A este respeito uma importante distinção se impõe, que é a que diferencia as microempresas, as pequenas empresas e médias empresas, de um lado, e as grandes empresas, de outro lado. Muito embora aqui importe revelar a base jurídica e o universo das PME, é importante, todavia, no que às grandes empresas respeita, assinalar que dentro destas há que separar as empresas multinacionais e transnacionais que tendem a formar um mundo à parte muito particular.

1. A base jurídica e o universo das PME

A distinção das PME face às grandes empresas tem uma justificação que não é difícil de encontrar, já que tem por suporte tanto a nossa Constituição como o Direito da União Europeia. Quanto à Constituição, basta lembrar, que no seu art. 86.º, que tem por epígrafe «empresas privadas», se prescreve no n.º 1: «[o] Estado incentiva actividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas...». Estabelece assim a Constituição, como princípio fundamental da constituição económica portuguesa, a obrigação do Estado incentivar ou estimular de modo particular as PME. Um incentivo ou estímulo que, ao contrário do que sucede com as cooperativas, para as quais nos termos do n.º 2 do art. 85.º se impõe uma obrigação de beneficiação fiscal¹, não tem que ser de natureza fiscal,

¹ Nestes termos: «A lei definirá os benefícios fiscais e financeiros das

muito embora seja justamente a beneficiação fiscal um dos aspectos mais relevantes do tratamento fiscal que vem sendo dispensado às PME no quadro da promoção do investimento produtivo.

E algo idêntico acontece com o Direito da União Europeia que parte da ideia de que as actividades desenvolvidas pelas micro, pequenas e médias empresas são fundamentais para o crescimento económico europeu. É que, muito embora as PME operam principalmente a nível nacional, sendo relativamente poucas as que exercem uma actividade relevante no quadro transfronteiriço da União Europeia, o certo é que as suas operações, independentemente do âmbito em que actuam, acabam sendo afectadas em diversos domínios, pelas disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), tais como as relativas à fiscalidade (artigos 110.º a 113.º), à concorrência (artigos 101.º a 109.º) e ao direito das sociedades concretizado no direito de estabelecimento (artigos 49.º a 54.º).

A que acresce a própria definição de PME da Comissão Europeia constante do art. 2.º do Anexo à Recomendação 2003/361/CE, de 25 de Maio de 2003. Pois estabelece expressamente este preceito:

1. a categoria das PME é constituída por empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros;
2. na categoria das PME, uma pequena empresa é definida como uma empresa que emprega menos de 50 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 10 milhões de euros;
3. na categoria das PME, uma microempresa é definida como uma empresa que emprega menos de 10 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 2 milhões de euros².

cooperativas, bem como condições mais favoráveis à obtenção de crédito e auxílio técnico». V. quanto à razão de ser desse preceito constitucional a nossa *Introdução Ao Direito Fiscal das Empresas*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, 75 s.

² Recomendação que foi transposta para o ordenamento nacional pelo Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de Novembro, em cujo anexo se define micro, pequena e média empresa em termos iguais aos da mencionada Recomendação, prescrevendo: 1 – A categoria das micro, pequenas e médias empresas é constituída por empresas que empregam menos de 250 pessoas,

PME em relação às quais o direito da União Europeia não só tende a não considerar ou a considerar justificados os apoios estaduais, incluindo os concedidos por via fiscal, os incentivos fiscais, face à proibição por via de princípio dos auxílios de Estado, assim como de algum modo recomenda tais apoios aos Estados membros³. Uma consideração das PME que se encontra, de resto, em inteira consonância com o *Small Business Act*, adoptado pela Comissão Europeia em 2008 (objecto de revisão em 2011 e de uma consulta pública em 2014)⁴, cujo objectivo tem sido o de facilitar a vida e de melhorar o ambiente em que operam estas empresas que, não nos podemos esquecer, constituem 99% do tecido empresarial da União Europeia, sendo que nove em cada dez de tais empresas constituem microempresas.

2. Alusão às empresas transnacionais e sua separação das demais empresas

Pois bem as PME devem distinguir-se no seu regime jurídico das grandes empresas. E isto não para que aquelas sejam objecto de um tratamento de favor, como a narrativa a tal respeito por via de regra parece sugerir, mas antes e apenas porque a diversidade face às grandes empresas que as suporta exige, por razões que se prendem com o respeito pelo princípio da igualdade e de não discriminação, a correspondente diversidade em sede do seu regime

cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros. 2 – Na categoria das PME, uma pequena empresa é definida como uma empresa que emprega menos de 50 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 10 milhões de euros. 3 – Na categoria das PME, uma micro empresa é definida como uma empresa que emprega menos de 10 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 2 milhões de euros.

³ V. Resolução do Parlamento Europeu, de 23 de Outubro de 2012, sobre as pequenas e médias empresas: competitividade e perspectivas de negócio.

⁴ Adoptado no seguimento da *Carta Europeia das PME* de 2000 e do *Relatório do Observatório Europeu para as PME* de 2003. V. também a *Carta Europeia das PME – Selecção de Boas Práticas*, de 2009; e Rita Calçada PIRES, «Tributação empresarial: diferenciar fiscalmente as pequenas e médias empresas?», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2010, 748 s.

jurídico. Daí que, como veremos mais adiante, o tratamento especial dispensado às PME se imponha, de algum modo, para evitar a sua efectiva discriminação negativa.

Distinção que se revela bem mais acentuada face às grandes empresas que se apresentem como empresas multinacionais ou transnacionais, empresas que, em rigor, há que contrapor a todas as empresas nacionais sejam estas PME ou grandes empresas. De facto, tais empresas, sendo empresas verdadeiramente globais, têm a particularidade de não disporem de uma verdadeira sede ou direcção efectiva que as reporte a um país, a um Estado, perante o qual tenham de cumprir os deveres ou obrigações da correspondente ordem jurídica.

O que as coloca numa posição de visível privilégio, já que, ao mesmo tempo que beneficiam de uma “constituição económica” de cariz essencialmente negativo, que tem esta natureza não como a conhecida constituição económica negativa do século XIX por opção ideológica do Estado, mas por verdadeira impossibilidade prática decorrente da falta de uma organização política internacional global correspondente, conseguem furtar-se aos deveres e obrigações inerentes ao funcionamento das comunidades estaduais em cujos territórios desenvolvem a sua actividade económica e obtêm os seus lucros e rendimentos. Assim, juntando os *commoda* económicos de uma constituição económica sem Estado aos *commoda* políticos de um Estado despojado de uma efectiva constituição económica, acabam por transferir para as demais empresas e agentes económicos essencialmente sedentários os custos que a sua actividade desencadeia nas respectivas comunidades. Tais empresas, seja através da instituição de uma disciplina jurídica alternativa ou mediante uma eficaz evitação da disciplina estadual existente num quadro de novos modelos de negócios, estão a substituir na prática os Estados no seu tradicional papel de reguladores do mercado de trabalho e do emprego, do imprescindível domínio dos investimentos e sua protecção, dos impostos e correspondente política fiscal, fintando assim a aplicação do direito do trabalho, do direito do investimento e do direito fiscal. Por isso, não podem continuar a ser encaradas pelos Estados como se estes, fingindo uma realidade que, em rigor, não existe mais, ainda desempenhassem cabalmente em relação a elas as suas funções⁵.

⁵ V. sobre estes problemas e a necessidade de lhe fazer face, Michael FICHTER, «Reformulando o modelo rumo ao fortalecimento do controle de-

Num tal quadro e tendo em conta agora apenas o domínio aqui em causa, ou seja, o problema da fiscalidade, as empresas multinacionais não podem ser tributadas como as empresas nacionais através do lucro, porquanto elas tendem a não obter lucro em países com efectiva tributação, mas essencialmente em paraísos fiscais. Eis porque, como já escrevemos, a nossa proposta vá no sentido de a tributação das empresas transnacionais ser totalmente repensada, pois, em relação a elas, não se deve mais procurar tributá-las com base no rendimento (lucro) complexa e sofisticadamente distribuído, em termos de verdadeiro labirinto, pela rede dos múltiplos paraísos fiscais, de modo a não pagarem nada ou quase nada.

Pelo contrário, a tributação de tais empresas deve ser perspectivada unicamente a partir de cada um dos países em que actuam, assentando numa ideia de territorialidade e tendo por base o lucro apurado segundo o princípio do país do destino, ou seja, do país em que o rendimento é consumido⁶, ou com base em elementos de natureza estritamente objectiva, segundo uma fórmula em que se tenha em conta o volume de vendas realizadas, o capital afecto à produção, o montante de salários pagos e, dentro deste, o do peso específico das remunerações dos membros dos corpos sociais, uma vez que são estas as realidades que se apresentam mais insusceptíveis de ser hospedadas nos exíguos territórios e estruturas económicas de que dispõe a generalidade dos paraísos fiscais.⁷

Por quanto vimos de dizer, compreende-se que a fiscalidade das PME se confronte basicamente com a fiscalidade das grandes empresas. Grandes empresas que, todavia, não constituem verdadeiras empresas transnacionais, uma vez que o verdadeiro problema destas

mocrático do poder das ETNs», Friedrich Ebert Stiftung Brasil, Agosto de 2014, <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/11056.pdf>>.

⁶ *Destination-based tax* defendida por diversos autores e considerada uma tributação de bom senso por William B. BARKER, «A common sense corporate tax: the case for a destination-based, cash flow tax on corporations», *Penn State Law*, Legal Studies Research Paper n.º 1-2012, colhido em: <<http://ssm.com/abstract=2001578>>. No mesmo sentido, v. Micael Devereux, um crítico da actual tributação das multinacionais e do Plano de Acção BEPS que a tenta salvar.

⁷ V., neste sentido, Gabriel ZUCMAN, *A Riqueza Oculta das Nações*, Círculo de Leitores, Lisboa, 2013, esp. 134 e ss., e a nossa *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 22 s.

é o da efectiva ausência de tributação. Por conseguinte, para termos em devida consideração aquele confronto, vamos analisar alguns dos aspectos mais relevantes que concretizam o regime fiscal das PME.

II. Aspectos do regime fiscal das PME

No que respeita ao regime fiscal das PME podemos dizer que não há em rigor um regime fiscal específico que as tenha por destinatário em geral, como se poderia ser tentado a pensar. É certo que em relação a alguns benefícios fiscais dirigidos às empresas podemos dizer que têm por destinatário a generalidade das PME. Todavia, tirando isso, o que temos são alguns regimes relativos a algumas PME, mais especificamente relativos basicamente a micro empresas, em sede da tributação do rendimento, isto é no IRS empresarial e no IRC, e em sede da tributação do consumo, ou seja, no IVA. Pois que, quanto aos demais impostos, de que são sujeitos passivos também as empresas, não podemos falar de regimes especiais, havendo apenas, num caso ou noutro, alguns benefícios fiscais que são dirigidos às PME.

Vejamus então a consideração que as PME têm em sede do IRS e do IRC, por um lado, e em sede do IVA, por outro, bem assim como os principais benefícios fiscais que as têm como destinatário.

3. A consideração das PME em sede do IRS empresarial e do IRC

Em sede do IRS e IRC, destacam-se os chamados regimes simplificados de tributação. Regimes cuja simplificação se reporta ao momento da dinâmica da tributação constituído pela determinação do rendimento líquido empresarial e profissional em IRS (arts. 28.º e 31.º do Código do IRS) e pela determinação da matéria colectável em IRC (arts. 86.º-A e 86.º-B do Código do IRC). É de assinalar a este respeito que o regime simplificado em IRC constitui uma reposição de 2014, uma vez que o regime simplificado, a vigorar desde 2001 em IRS e IRC, foi revogado em 2010 relativamente ao IRC.

Pois bem, a este respeito, é de começar por sublinhar que se trata de um regime optativo, pelo qual os sujeitos passivos de IRS ou de IRC, que preencham os correspondentes requisitos, podem optar, e que assenta na dispensa de contabilidade organizada ou em esta, quando exigida como acontece no IRC, não servir de base à determinação das componentes negativas do rendimento ou lucro, ou seja, dos correspondentes gastos ou perdas. Embora haja assinaláveis diferenças entre o regime simplificado das empresas singulares tributadas em IRS e o regime simplificado das empresas societárias tributadas em IRC, como vamos ver.

Deve ser sublinhado que o regime simplificado em IRS e o regime simplificado em IRC são diferentes quanto ao seu acesso e permanência, quanto aos requisitos a preencher, quanto aos coeficientes para o apuramento do rendimento tributável ou da matéria colectável e, ainda, por no regime simplificado do IRC se prever uma colecta mínima. Assim, em sede da opção e permanência, enquanto no IRS, conforme o disposto no n.ºs 2, 3 e 4 do art. 28.º do Código, se presume a opção pelo regime simplificado, tendo de optar-se expressamente pelo regime da contabilidade organizada (*opting out*), opção que pode ser feita ano a ano, no IRC, segundo o disposto no n.º 1 art. 86.º-A do Código, tem de se optar expressamente pelo regime simplificado, sob pena de se aplicar a tributação com base na contabilidade organizada (*opting in*), bem como permanecer no regime simplificado pelo período de três anos.

Em conformidade com os preceitos referidos, em matéria de requisitos para a opção pela tributação pelo regime simplificado, no IRS exige-se apenas que os sujeitos passivos, no exercício da sua actividade, não tenham ultrapassado no período de tributação imediatamente anterior um montante anual líquido de rendimentos de € 200.000 e não tenham optado pelo regime da contabilidade organizada. Já no IRC se impõe aos sujeitos passivos que: a) no período de tributação imediatamente anterior, tenham tido um montante anual líquido de rendimentos não superior a € 200.000; b) o total do seu balanço relativo ao período de tributação imediatamente anterior não exceda € 500.000; c) não estejam legalmente obrigados à revisão legal das contas; d) o respectivo capital social não seja detido em mais de 20%, directa ou indirectamente, por entidades

que não preencham alguma das condições previstas nas alíneas anteriores, excepto quando sejam sociedades de capital de risco ou investidores de capital de risco; e) adoptem o regime de normalização contabilística para micro-entidades aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36-A/2011, de 9 de Março⁸; f) não tenham renunciado à aplicação do regime nos três anos anteriores.

Quanto aos coeficientes base para o apuramento do rendimento tributável e da matéria colectável, constantes do art. 31.º do Código do IRS e do art. 86.º-B do Código do IRC, respectivamente, embora coincidam em geral, isso não se verifica sobretudo em relação de um lado, às vendas de mercadorias e produtos, bem como às prestações de serviços efectuadas no âmbito de actividades hoteleiras e similares, restauração e bebidas, em que o coeficiente no IRS é 0,15 e no IRC é 0,04, e, de outro lado, às prestações de serviços que não constem da tabela a que se refere o art. 151.º do Código do IRS em que o coeficiente no IRS é de 35% e no IRC é de 10%. Sendo de acrescentar que o coeficiente de 0,04 em IRC é objecto de redução em 50% e 25% no primeiro e segundo exercício, respectivamente, o que não acontece com o coeficiente de 0,15% em IRS. Uma diferença que, a nosso ver, não se justifica, e em relação à qual temos dúvidas quanto à sua da sua legitimidade constitucional. O que não será totalmente infirmado pelo facto de, no apuramento no IRS, haver ainda lugar a deduções à colecta, não se preverem tributações autónomas e de, em sede do IRC, se estabelecer uma matéria tributável mínima a que vamos já referir-nos

De facto, no regime simplificado em IRC está, pois, prevista uma colecta mínima, embora determinada através da fixação de uma matéria colectável mínima, o que não ocorre no regime simplificado em IRS e se explica, segundo cremos, pelo facto de as empresas que optem pelo regime simplificado em IRC estarem dispensadas do pagamento especial por conta vigente para as empresas em IRC, segundo o disposto na alínea *d*) do n.º 11 do art. 106.º do

⁸ Exigência esta que se prende certamente com a necessidade de luta contra a evasão e fraude fiscais, já que, embora o registo contabilístico dos gastos ou perdas não conte para a determinação da matéria colectável do sujeito passivo de IRC, pode servir para o controlo cruzado da Administração Tributária relativamente a outros sujeitos passivos de IRC ou de IRS, designadamente os fornecedores e os clientes.

Código do IRC. Pois bem, nos termos dos números 2 e 5 do art. 86.º-B do Código do IRC, o valor determinado através da aplicação dos coeficientes não pode ser inferior a 60% do valor anual da retribuição mensal mínima garantida, sendo este reduzido em 50% e 25% no período de tributação do início da actividade e no período de tributação seguinte, respectivamente. Assim, tendo em conta o montante da matéria colectável mínima, que é de € 4.678,80⁹, e a taxa aplicável de 17%, a colecta mínima do regime simplificado em IRC é de € 795,40¹⁰.

É de assinalar que, os coeficientes de 75% e 35% relativos a serviços e de 10% relativo aos subsídios à exploração, nos termos do n.º 10 do art. 31.º do Código do IRS, e o coeficiente de 0,04 relativo a vendas de mercadorias ou produtos e o coeficiente de 10% relativo a subsídios à exploração, nos termos do n.º 5 do art. 86.º-A do Código do IRC, são reduzidos em 50% e 25% no primeiro e segundo exercício, respectivamente.

Em relação ao regime fiscal das PME, é de aludir à verdadeira curiosidade constituída pela taxa progressiva em IRC de dois escalões (de 17% e 21%), aplicável, nos termos do n.º 1 do art. 87.º do Código do IRC, às pequenas e médias empresas, nos termos do anexo ao referido Decreto-Lei n.º 372/2007. O que significa que para estas empresas aos primeiros € 15.000 de matéria colectável se

⁹ Pois $60\% \times (14 \times € 557) = € 4.678,80$. Sobre o novo regime simplificado em IRC, v. Amâncio SILVA, «Novo regime simplificado de tributação de IRC», in A. Carlos dos SANTOS / André VENTURA, *A reforma do IRC. Do processo de decisão política à revisão do Código*, Vida Económica, Porto, 2014, 153 s. De resto, no regime simplificado em IRC, vigente até 2010, esse coeficiente era igual ao do IRS – 0,20.

¹⁰ Também no direito contabilístico, que consta sobretudo do Sistema de Normalização Contabilística (SNC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de Julho, se conhecem três tipos de empresas, já que das empresas em geral se destacam as micro entidades, que podem optar pela Norma Contabilística para Micro Entidades (NC-ME), e as pequenas entidades, que podem optar pela Norma Contabilística e de Relato Financeiro para Pequenas Entidades (NCRFPE). Ora, segundo os mencionados normativos, integram: as Micro Entidades as que não ultrapassem dois dos limites: total de balanço – € 500.000, volume de negócios líquido – € 500.000 e número médio de empregados durante o exercício – 5; e as pequenas entidades as que ultrapassem dois dos limites: total do balanço – € 1.500.000, volume de negócios líquido: € 3.000.000 e número médio de empregados durante o exercício – 20.

aplica a taxa de IRC de 17%. Um benefício fiscal, traduzido numa redução da taxa de IRC em 4 pontos percentuais para os primeiros € 15.000 de matéria colectável que, estamos em crer, poderia ser atribuído de uma forma pelo menos bem mais transparente através de qualquer outra técnica tributária manifestamente menos extravagante do que a utilizada que, em rigor, converteu, em termos incompreensíveis, um imposto por natureza proporcional num imposto progressivo¹¹.

4. A consideração das PME em sede do IVA

Também em sede do IVA há lugar para a consideração das PME. Alguns regimes especiais deste imposto aplicam-se apenas às micro empresas, como são o regime de isenção, o regime forfetário dos produtores agrícolas e o regime dos pequenos retalhistas.

Se bem que a dimensão das empresas também conte para efeitos da liquidação e cobrança do IVA, ou seja, em sede da entrega das declarações periódicas relativas às operações sujeitas e ao pagamento do imposto. Assim acontece com a distinção respeitante aos sujeitos passivos em sede das entregas das declarações periódicas referentes às operações sujeitas a IVA e às entregas dos montantes do correspondente imposto, em que, segundo o disposto nos arts. 27.º e 41.º do Código do IVA, temos sujeitos passivos obrigados a entregas trimestrais e sujeitos passivos obrigados a entregas mensais, consoante tenham um volume de negócios inferior a € 650.00 ou igual ou superior a esse montante. Entregas que, para os primeiros, devem ser realizadas até ao 15.º dia do 2.º mês seguinte ao correspondente trimestre do ano civil, e, para os segundos, devem ter lugar até ao 10.º dia do 2.º mês seguinte àquele a que respeitam as operações.

Algo que se verifica também no respeitante ao chamado “IVA de caixa”. Criado pelo Decreto-Lei n.º 71/2013, de 30 de Maio, em vigor desde 1 de Outubro de 2013, este regime permite às

¹¹ Ainda assim, uma solução menos criticável do que a que vigorou entre 2009 e 2012, em que uma taxa reduzida de IRC de 12,5% era aplicável aos primeiros € 12.500 de todas as empresas, sendo de 25% a taxa aplicável ao escalão correspondente aos rendimentos acima do montante de € 12.500.

empresas, que optem por ele, cumprir o dever de entrega do IVA ao Estado somente após boa cobrança das facturas emitidas aos clientes. Pois bem, por este regime podem optar os sujeitos passivos que, não tendo atingido no ano civil anterior um volume de negócios superior a € 500.000, não exerçam exclusivamente uma actividade isenta ou não integrem o regime dos pequenos retalhistas.

Todavia, os regimes do IVA em que a dimensão das empresas releva para efeitos da configuração especial deste imposto, são os referidos regimes de isenção, forfetário dos produtores agrícolas e dos pequenos retalhistas. Relativamente ao regime de isenção, constitui este, nos termos dos arts. 53.º a 59.º do Código do IVA, um regime especial, em que se isentam de IVA os sujeitos passivos que, não possuindo nem sendo obrigados a possuir contabilidade organizada para efeitos de IRS ou de IRC, tenham um volume de negócios que não ultrapasse o montante de € 10.000 ou, no caso dos pequenos retalhistas, o montante de € 12.500. Porque constitui uma isenção simples ou incompleta, pois traduz-se em o sujeito passivo de IVA não facturar e liquidar IVA a quem transmite os bens ou presta os serviços e não poder deduzir ou ser reembolsado do IVA que pagou nas correspondentes aquisições, afecta a neutralidade fiscal e económica, a característica que fez e faz do IVA uma história de sucesso. De facto, os sujeitos isentos arcam com o imposto que pagaram, convertendo-se assim em efectivos contribuintes, em vez de serem apenas meros intermediários na liquidação e cobrança de um imposto sobre os consumidores. Daí que, nos termos do art. 55.º do Código do IVA, esteja prevista a possibilidade de renúncia a esse regime e a sujeição ao regime geral, permitindo assim aos sujeitos passivos deduzir (reportar ou ver restituído) o IVA pago nas aquisições e, deste modo, repor a neutralidade¹².

O que vimos de dizer vale para o regime forfetário dos produtores agrícolas, que mais não é do que o regime especial de isenção, que acabamos de versar, quando os sujeitos passivos sejam

¹² Idêntico raciocínio subjaz à renúncia permitida, nos termos do art. 12.º, a algumas das isenções simples previstas no art. 9.º do Código do IVA. Porque se trata de situações em que a isenção tem por base razões de praticabilidade, isto é, dificuldades que se prendem sobretudo com os próprios sujeitos passivos, compreende-se que a estes seja dada a possibilidade de as ultrapassar.

produtores agrícolas. Criado pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de Dezembro, que aditou os arts. 59.º-A a 59.º-E ao Código do IVA, este regime tem de específico face ao regime de isenção o facto de os sujeitos passivos poderem solicitar à AT, verificados que estejam certos requisitos, uma compensação. O que mais não é do que uma forma de atenuar a quebra de neutralidade que a isenção simples inevitavelmente comporta.

Enfim, igualmente o regime especial dos pequenos retalhistas tem em consideração as empresas de pequena dimensão. Segundo o art. 60.º do Código do IVA, estão sujeitos a esse regime as pessoas singulares que, não possuindo nem sendo obrigadas a possuir contabilidade organizada, têm um volume de negócios que, embora superior ao do regime de isenção, não ultrapasse o montante de € 50.000. Trata-se de um regime cuja especialidade reside no afastamento do método regra de determinação do imposto a pagar, o método substractivo indirecto, que se traduz em cada sujeito passivo entregar ao Estado a diferença positiva entre o imposto facturado nas transmissões e o imposto pago nas aquisições¹³. Método que está, de resto, na base do sucesso do IVA, em virtude de possibilitar um controlo realizado pelos próprios sujeitos passivos e permitir às autoridades tributárias um controlo cruzado. Pois bem, o regime dos pequenos retalhistas, como regime simplificado que é, concretiza-se em essas micro empresas pagarem, sem possibilidade de qualquer direito a dedução, reporte ou restituição, o IVA correspondente a 25% do imposto que suportaram nas correspondentes aquisições de bens.

5. As PME e os benefícios fiscais

A este respeito é de começar por fazer uma distinção da maior importância e significado em sede dos benefícios fiscais, separando os benefícios fiscais estáticos ou benefícios fiscais em

¹³ Um resultado que, estamos em crer, não seria muito diferente do apurado com base no método substractivo directo, em que o IVA a pagar por cada sujeito passivo seria igual ao obtido pela aplicação da correspondente taxa à diferença positiva entre a matéria colectável apurada nas transmissões de bens e prestação de serviços e a matéria colectável que serviu de base à liquidação do IVA nas correspondentes aquisições.

sentido estrito dos benefícios fiscais dinâmicos, incentivos ou estímulos fiscais, para, depois, nos referirmos aos incentivos fiscais que têm por destinatários as PME.

5.1. Os benefícios fiscais em sentido estrito e os incentivos fiscais

Pois bem, os benefícios fiscais em sentido estrito, dirigem-se, em termos estáticos, a situações que, ou porque já se verificaram (encontrando-se portanto esgotadas), ou porque, ainda que não se tenham verificado ou verificado totalmente, não visam, ao menos directamente, incentivar ou estimular quaisquer actividades ou comportamentos, mas tão-só beneficiar estas actividades ou comportamentos por superiores razões de política geral de defesa, externa, económica, social, cultural, religiosa, etc. Já os incentivos fiscais visam promover ou estimular determinadas actividades, ou comportamentos estabelecendo, para o efeito, uma relação entre as vantagens atribuídas e as actividades ou comportamentos estimulados em termos de causa-efeito.

Por conseguinte, enquanto nos benefícios fiscais em sentido estrito a causa do benefício é constituída pela situação ou actividade ou comportamento em si mesmo, característica que facilita a tendência para a sua perpetuidade, nos incentivos ou estímulos fiscais a causa encontra-se estritamente vinculada à adopção futura do comportamento beneficiado ou ao exercício futuro da actividade fomentada, o que permite estabelecer prazos para os mesmos¹⁴. Configuração da realidade que nos permite ver nestes últimos benefícios fiscais uma contrapartida, em sede fiscal, das diversas e multifacetadas contribuições que os beneficiados, que não podemos esquecer serão as empresas singulares ou societárias, realizam em sede económica e social a favor da comunidade nacional, entre as quais se contam naturalmente as futuras receitas fiscais¹⁵.

¹⁴ Sendo certo que por imposição legal os benefícios fiscais devem ter natureza temporária, como consta do n.º 1 do art. 3.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), que sujeita ao prazo de caducidade de cinco anos a maior parte dos benefícios fiscais.

¹⁵ Cf. o que dizemos *infra*, no ponto 7.

É de sublinhar que, embora tais benefícios fiscais se configurem, ao menos à primeira vista, como todos os benefícios fiscais, «despesas fiscais», justamente porque incentivam ou estimulam actividades que, de outro modo, não chegariam a ter lugar, vão efectivamente originar um aumento das receitas fiscais no futuro, as quais terão por suporte o resultado económico dessas actividades. Por isso mesmo, numa tal situação, estamos, em rigor, perante despesas fiscais impróprias ou despesas fiscais aparentes já que são produtivas de receitas fiscais futuras¹⁶. Uma ideia que deve estar presente na interpretação e aplicação dos números 3 e 4 do art. 2.º do EBF, em que, respectivamente, se consideram despesas fiscais os benefícios fiscais e se prevê a possibilidade de se exigir aos contribuintes a declaração dos benefícios fiscais que não sejam gerais e automáticos.

Daí que, em geral, a política concretizada na atribuição de benefícios fiscais, que frequentemente vem sendo utilizada para desenvolver certos sectores produtivos ou actividades económicas, bem como para apoiar determinados grupos sociais, por razões que se prendem com a transparência, a oportunidade e a eficácia, deve ser tendencialmente substituída pela política concretizada em gastos públicos. Por razões de transparência, porque a inclusão desses apoios económicos e sociais no Orçamento do Estado leva à sua explicitação como gastos públicos, o que permite aos cidadãos conhecer directa e especificamente o seu montante sem esbarrar no véu de opacidade constituído pela legislação fiscal que estabelece e recorta os benefícios fiscais. Por razões de oportunidade, porque os compromissos implicados na inclusão desses gastos públicos no Orçamento do Estado se reportam ao correspondente período financeiro, carecendo os mesmos de renovação e justificação em cada ano económico, não permanecendo assim na legislação como acontece com a generalidade das isenções, deduções, reduções da taxa ou bonificações fiscais que, mesmo quando não se mantêm indefinidamente, sobrevivem muito para além do período temporal que é adequado à sua utilidade e carácter extraordinário. E por

¹⁶ V. neste sentido Guilherme Waldemar Oliveira MARTINS, *A Despesa Fiscal e o Orçamento do Estado no Ordenamento Jurídico Português*, Almedina, Coimbra, 2004, 93 s.

razões de eficácia, porque os gastos públicos podem ser focados e concentrados naqueles sectores ou actividades económicos que enfrentem específicos problemas de falta de procura ou naqueles grupos sociais que se apresentem particularmente necessitados numa determinada situação.

Daí que a crítica generalizada que hoje em dia é feita à verdadeira «indústria dos benefícios fiscais», em virtude de estes se apresentarem como puras despesas fiscais que privilegiam certos grupos mais poderosos ou influentes, concretizando assim uma verdadeira redistribuição invertida do rendimento e da riqueza, não seja extensível, não tendo razão de ser, no respeitante aos verdadeiros incentivos ou estímulos fiscais cujas externalidades acabam sendo efectivas e significativas receitas fiscais futuras. Pois relativamente a estes, a uma despesa fiscal actual corresponde uma receita fiscal futura, receita que, vistas as coisas em termos diacrónicos e na medida em que ultrapasse aquela, resulta no aumento da receita fiscal líquida¹⁷.

Compreende-se assim que os incentivos fiscais, que não raro assumem carácter selectivo ou mesmo altamente selectivo, tenham carácter temporário, bem como a liberdade do legislador, mormente para conceder uma margem de livre decisão à administração tributária, tenha necessariamente de ser maior do que aquela de que dispõe em sede dos benefícios fiscais estáticos. Daí que os incentivos ou estímulos fiscais constituam benefícios fiscais dependentes de um acto de reconhecimento, seja este um acto de reconhecimento unilateral, um acto administrativo, como é tradicional, seja mesmo um contrato, caso em que temos benefícios fiscais dependentes de reconhecimento bilateral ou contratual, apresentando-se, assim, como benefícios fiscais contratuais¹⁸.

¹⁷ Redistribuição invertida que constitui um dos mais visíveis e nefastos segmentos em que se concretiza o fenómeno que, desde há anos, vimos designando por «*apartheid* fiscal». V., a este respeito, por todos, os nossos *Direito Fiscal*, 9.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016, 509 s., e «Da sustentabilidade do Estado fiscal», in José Casalta NABAIS / Suzana Tavares da SILVA, coord., *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Almedina, Coimbra, 2011, 36 s. Para uma crítica mais sistémica aos benefícios fiscais, ou, mais em geral, à extrafiscalidade, v. Suzana Tavares da SILVA, «Razão de estado e princípio da razoabilidade», in IDEM / Maria de Fátima RIBEIRO, coord., *Trajectórias de Sustentabilidade. Tributação e Investimento*, Instituto Jurídico – FDUC, Coimbra, 2013, 127 s.

¹⁸ O que não surpreende nos tempos que correm em que a admi-

Ora, o nosso sistema fiscal conhece uma diversificada panóplia de benefícios fiscais, a maioria dos quais sem a menor justificação, já que, para além de tornar o sistema fiscal complexo e de difícil aplicação, contribui também para o seu carácter injusto ou iníquo. O que tem conduzido à preocupação presente dos governos suportada, de resto, em amplo consenso doutrinal, no sentido de eliminar muitos dos benefícios fiscais, reduzindo assim a correspondente despesa fiscal, e de proceder à simplificação da aplicação daqueles cuja manutenção, apesar de tudo, se justifique, como os que se apresentam como verdadeiros incentivos à actividade produtiva.

Refira-se que, no respeitante aos Estados membros da União Europeia, os benefícios fiscais atribuídos às empresas constituem, por via de regra, auxílios de Estado, sendo em princípio interditos em tributo à política da concorrência orientada para a criação e funcionamento do mercado interno, nos termos dos arts. 107.º a 109.º do TFUE. Uma interdição que, como se compreende, conhece excepções entre as quais se contam os auxílios às PME que, naturalmente, não devem ser tratadas como as grandes empresas. Daí que os auxílios de Estado de certas categorias, nos quais se integram os benefícios fiscais, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do TFUE, tenham sido declarados compatíveis com o mercado interno pelo Regulamento (UE) n.º 651/2014, da Comissão, de 16 de Junho de 2014, que contém o Regulamento Geral de Isenção por Categoria (RGIC), e que outros auxílios de finalidade regional, possam, preenchidas as condições previstas no art. 107.º, n.º 3, alíneas *a)* e *c)*, do TFUE, ser considerados compatíveis com o mercado interno pela Comissão, nos termos das Orientações Relativas aos Auxílios com Finalidade Regional (OAR)¹⁹. Um quadro normativo comunitário

nistração por contrato (*government by contract*), se tornou corrente no direito público em geral. Uma antítese que, pela própria natureza das coisas, não poderá durar muito, impondo-se uma síntese que reequilibre os poderes do Estado e da sociedade de molde a que aquele não se converta num Estado exíguo ou indigente nas mãos da empresas transnacionais.

¹⁹ Publicadas no Jornal Oficial da União Europeia, n.º C 209, de 23 de Julho de 2013, válidas para o período de 2014 a 2020. A que são de acrescentar os auxílios *de minimis*, um montante máximo de auxílios que uma empresa pode receber do Estado durante um período de 3 anos consecutivos, o qual, dado o seu limitado montante, não afecta de forma significativa o funcionamento do mercado interno. Montante que é de € 200.000, embo-

que não pode deixar de ser observado pelo legislador nacional ao estabelecer incentivos fiscais.

5.2. Referência a alguns incentivos fiscais destinados às PME

Entre os incentivos fiscais destinados às PME, temos: uns que são específicos para estas empresas, como a dedução de lucros retidos e reinvestidos (DLRR), a previsão de um *spread* especial relativo aos juros e outras formas de remuneração de suprimentos e empréstimos feitos pelos sócios às sociedades, a remuneração convencional do capital social e a consideração por metade do saldo entre as mais-valias e as menos-valias no IRS empresarial; outros que, destinando-se a todas as empresas, têm tratamento especial para as PME, como o Regime Fiscal de Apoio ao Investimento (RFAI) e o Sistema de Incentivos Fiscais em Investigação e Desenvolvimento (SIFIDE); outros ainda são válidos para todas as empresas, como a *patent box*. Uma palavra sobre cada um destes tipos de incentivos fiscais.

No que concerne à DLRR, que consta dos arts. 27.º a 34.º do Código Fiscal do Investimento (CFI), trata-se de incentivos ao reinvestimento dos lucros e reservas, os quais se enquadram nas categorias de auxílios de Estado compatíveis com o mercado comum, nos termos da correspondente disciplina da União Europeia. De acordo com o art. 28.º, podem beneficiar da DLRR os sujeitos passivos de IRC residentes em território português, bem como os sujeitos passivos não residentes com estabelecimento estável neste território, que exerçam, a título principal, uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, que preencham, cumulativamente, as seguintes condições: a) sejam micro, pequenas e médias empresas; b) disponham de contabilidade regularmente organizada, de acordo com a normalização contabilística e outras disposições legais em vigor para o respectivo sector de actividade; c) o seu lucro tributável não seja determinado por métodos indirectos; d) tenham a situação fiscal e contributiva regularizada.

ra haja limites mais reduzidos para os sectores do transporte rodoviário de mercadorias por conta de outrem (€ 100.000), das pescas (€ 30.000) e dos produtos agrícolas (€ 15.000).

Os incentivos concretizam-se na dedução à colecta do IRC, nos períodos de tributação que se iniciem em ou após 1 de Janeiro de 2014, até 10% dos lucros retidos que sejam reinvestidos em aplicações relevantes, que constam do art. 30.º do CFI. Para efeitos dessa dedução, o montante máximo dos lucros retidos e reinvestidos, em cada período de tributação, é de € 5.000.000, por sujeito passivo.

Aplicando-se o regime especial de tributação dos grupos de sociedades, a dedução efectua-se com base na matéria colectável do grupo, sendo feita até 25% desse montante e não podendo, porém, ultrapassar, em relação a cada sociedade e por cada período de tributação, o limite de 25% da colecta que seria apurada pela sociedade que realizou as aplicações relevantes caso não se aplicasse o regime especial de tributação de grupos de sociedades.

Outro incentivo fiscal às PME é o concretizado na consideração fiscal de um *spread* especial fixados para os juros e outras formas de remuneração de suprimentos e empréstimos feitos pelos sócios à respectiva sociedade. Com efeito, nos termos do artigo único da Portaria n.º 279/2014, de 30 de Dezembro, para os efeitos previstos na alínea m) do n.º 1 do art. 23.º-A do Código do IRC, a taxa de juro anual a aplicar ao valor dos suprimentos e empréstimos feitos pelos sócios à sociedade corresponde à taxa Euribor a 12 meses do dia da constituição da dívida acrescida de um *spread* de 2%, valor este que aumenta para 6% quando se trate de juros e outras formas de remuneração de suprimentos e empréstimos feitos pelos sócios a pequenas e médias empresas. O que constitui uma vantagem para as PME, que assim são incentivadas a financiar-se através de suprimentos e outros empréstimos dos seus sócios.

Um incentivo que vai no mesmo sentido é a chamada *remuneração convencional do capital social*, cuja disciplina consta agora, em termos mais vantajosos do que no passado, no art. 41.º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais. Segundo este preceito legal, na determinação do lucro tributável das empresas com direcção efectiva em território português pode ser deduzida uma importância correspondente à remuneração convencional do capital social, calculada mediante a aplicação da taxa de 5% ao montante das entradas realizadas, por entregas em dinheiro, pelos sócios, no âmbito da constituição de sociedades ou do aumento do capital social, desde que: a) a entidade

beneficiada seja qualificada como PME; b) os sócios que participam na constituição da sociedade ou no aumento do capital social sejam exclusivamente pessoas singulares, sociedades de capital de risco ou investidores de capital de risco; c) o seu lucro tributável não seja determinado por métodos indirectos.

Assinale-se que esta medida fiscal se inscreve no empenho por uma maior neutralidade fiscal no financiamento das empresas, evitando que os sistemas de tributação destas favoreçam, como no passado, o recurso a capitais alheios, tratando desfavoravelmente o recurso a capitais próprios, o que também contribuiu para a generalizada descapitalização das empresas. Medida que está em consonância, de resto, com as orientações da OCDE constante do Relatório e Plano de Acção *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS)²⁰. Pois bem, entre as medidas fiscais, sobretudo as que têm por destinatários os Estados²¹, encontramos não só medidas de consideração fiscal que incentivam o financiamento das empresas com o recurso a capitais próprios, como são a dedução de lucros retidos e reinvestidos e a remuneração convencional do capital social, mas também a desconsideração fiscal, não aceitando como gastos fiscais os gastos com o financiamento que, nos termos do art. 67.º do Código do IRC²², vão *além* de 30% dos resultados antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquido e impostos com o limite máximo de € 1.000.000.

Outro benefício fiscal, agora apenas para as micro empresas e pequenas empresas que sejam empresas individuais, é o constituído pela consideração em sede do IRS de apenas 50% do valor do

²⁰ V. as acções relativas ao planeamento fiscal agressivo levado a cabo através de constituição de entidades híbridas e o recurso a instrumentos híbridos (acção 2) e da erosão da base tributável pela dedução de juros e outros gastos financeiros (acção 4).

²¹ Pois as medidas do Plano BEPS dirigem-se umas mais à actuação dos próprios Estados e outras fundamentalmente a própria OCDE. Relativamente às primeiras, que Portugal já adoptou na sua maior parte, v. Gustavo Lopes COURINHA, «BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão», *Cadernos de Justiça Tributária*, 4 (Abril-Junho de 2014) 11 s.

²² Um artigo que se apresenta desinserido da sistemática do Código, uma vez que resulta do aproveitamento do anterior preceito que tinha por objecto a subcapitalização, uma norma especial anti-abuso a aplicar caso a caso pela Administração Tributária. Por isso, esse preceito devia integrar agora o art. 23.º-A do Código do IRC relativo aos encargos não dedutíveis para efeitos fiscais.

saldo entre as mais-valias e as menos-valias resultante da alienação onerosa de partes sociais e outros valores mobiliários, saldo esse sujeito a uma taxa especial de 28%, como decorre dos arts. 10.º, n.º 1, alínea *b*), 43.º, n.º 3, e 72.º, n.º 1, alínea *c*), do Código do IRS²³.

Relativamente ao RFAI, este regime constante dos arts. 22.º a 26.º do CFI aplica-se aos sujeitos passivos de IRC que exerçam uma das actividades²⁴ constantes do n.º 2 do art. 2.º, sendo de destacar o tratamento mais favorável para as PME, uma vez que as grandes empresas relativamente a algumas aplicações apenas beneficiam desse regime em 50%²⁵. Segundo o n.º 2 do art. 22.º do CFI, consideram-se aplicações relevantes os investimentos nos seguintes activos, desde que afectos à exploração da empresa: a) activos fixos tangíveis, adquiridos em estado de novo, com excepção de: i) terrenos, salvo no caso de se destinarem à exploração de concessões mineiras, águas minerais naturais e de nascente, pedreiras, barreiros e areeiros em investimentos na indústria extractiva; ii) construção, aquisição, reparação e ampliação de quaisquer edifícios, salvo se forem instalações fabris ou afectos a actividades turísticas, de produção de audiovisual ou administrativas; iii) viaturas ligeiras de passageiros ou mistas; iv) mobiliário e artigos de conforto ou decoração, salvo equipamento hoteleiro afecto a exploração turística; v) equipamentos sociais; vi) outros bens de investimento que não estejam afectos à exploração da empresa; b) activos intangíveis, constituídos por despesas com transferência de tecnologia, nomeadamente através da aquisição de direitos de patentes, licenças, “know-how” ou conhecimentos técnicos não protegidos por patente.

²³ Um benefício que tem algum paralelismo no IRC, na medida na determinação do lucro tributável deste se considera por metade o saldo das mais-valias e menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de ativos fixos tangíveis, ativos intangíveis e ativos biológicos não consumíveis, detidos por um período não inferior a um ano, quando tenha lugar o seu reinvestimento nos termos do art. 48.º do Código do IRC.

²⁴ Que coincidem com os sectores que relevam para os benefícios fiscais contratuais, regulados nos arts. 2.º a 21.º do CFI.

²⁵ Como consta do n.º 3 do art. 22.º do CFI, em que se estabelece que no caso de sujeitos passivos de IRC que não se enquadrem na categoria das micro, pequenas e médias empresas, as aplicações relevantes em activos intangíveis não podem exceder 50 % das aplicações relevantes.

Quanto aos incentivos fiscais a conceder, temos, segundo o art. 23.º do CFI, a dedução à colecta do IRC apurada nos termos da al. *a*) do n.º 1 do art. 90.º do Código do IRC, das seguintes importâncias das aplicações relevantes: 1) no caso de investimentos realizados em regiões elegíveis nos termos da al. *a*) do n.º 3 do art. 107.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia: i) 25% das aplicações relevantes, relativamente ao investimento realizado até ao montante de € 5.000.000; ii) 10% das aplicações relevantes, relativamente à parte do investimento realizado que exceda o montante de € 5.000.000; 2) no caso de investimentos em regiões elegíveis nos termos da al. *c*) do n.º 3 do art. 107.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, 10% das aplicações relevantes; b) isenção ou redução de IMI, por um período até 10 anos a contar do ano de aquisição ou construção do imóvel, relativamente aos prédios utilizados pelo promotor no âmbito dos investimentos que constituam aplicações relevantes; c) isenção ou redução de IMT relativamente às aquisições de prédios que constituam aplicações relevantes; d) isenção de Imposto do Selo relativamente às aquisições de prédios que constituam aplicações relevantes.

No respeitante ao SIFIDE, cuja disciplina consta dos arts. 35.º a 42.º do CFI, trata-se de um benefício fiscal para as empresas em geral, muito embora o benefício relativo às despesas com a aquisição de patentes predominantemente destinadas à actividades de investigação e desenvolvimento, se aplique apenas às PME²⁶. Depois de definir as despesas de investigação e as despesas de desenvolvimento, o CFI estabelece as aplicações relevantes e os benefícios fiscais a atribuir, os quais se traduzem na dedução de certas despesas ao montante apurado nos termos do art. 90.º do Código do IRC.

Tais despesas são as seguintes, desde que referidas a actividades de investigação e desenvolvimento: a) aquisições de activos fixos tangíveis, à excepção de edifícios e terrenos, desde que criados ou adquiridos em estado novo e na proporção da sua afectação à realização de actividades de investigação e desenvolvimento; b) despesas com pessoal com habilitações literárias mínimas do nível 4 do Quadro Nacional de Qualificações, directamente envolvido

²⁶ Estamos a falar do SIFIDE II, aprovado pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, pois o SIFIDE I foi o que esteve em vigor de 2006 a 2010.

em tarefas de investigação e desenvolvimento; c) despesas com a participação de dirigentes e quadros na gestão de instituições de investigação e desenvolvimento; d) despesas de funcionamento, até ao máximo de 55% das despesas com o pessoal com habilitações literárias mínimas do nível 4 do Quadro Nacional de Qualificações directamente envolvido em tarefas de investigação e desenvolvimento contabilizadas a título de remunerações, ordenados ou salários, respeitantes ao exercício; e) despesas relativas à contratação de actividades de investigação e desenvolvimento junto de entidades públicas ou beneficiárias do estatuto de utilidade pública ou de entidades cuja idoneidade em matéria de investigação e desenvolvimento seja reconhecida por despacho dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da economia, da inovação, da ciência, da tecnologia e do ensino superior; f) participação no capital de instituições de investigação e desenvolvimento e contributos para fundos de investimentos públicos ou privados, destinados a financiar empresas dedicadas sobretudo a investigação e desenvolvimento, incluindo o financiamento da valorização dos seus resultados, cuja idoneidade em matéria de investigação e desenvolvimento seja reconhecida por despacho dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da economia, do emprego, da educação e da ciência; g) custos com registo e manutenção de patentes; h) despesas com a aquisição de patentes que sejam predominantemente destinadas à realização de actividades de investigação e desenvolvimento; i) despesas com auditorias à investigação e desenvolvimento; j) despesas com acções de demonstração que decorram de projectos de investigação e desenvolvimento apoiados.

Quanto à extensão da mencionada dedução, estabelece o n.º 1 do art. 38.º do CFI que os sujeitos passivos de IRC residentes em território português que exerçam, a título principal, uma actividade de natureza agrícola, industrial, comercial e de serviços e os não residentes com estabelecimento estável nesse território podem deduzir ao montante da colecta do IRC apurado nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 90.º do Código do IRC, e até à sua concorrência, o valor correspondente às despesas com investigação e desenvolvimento, na parte que não tenha sido objecto de comparticipação financeira do Estado a fundo perdido, realizadas nos períodos de tributação com

início entre 1 de Janeiro de 2014 e 31 de Dezembro de 2020, numa dupla percentagem: a) taxa de base – 32,5% das despesas realizadas naquele período; b) taxa incremental – 50% do acréscimo das despesas realizadas naquele período em relação à média aritmética simples dos dois exercícios anteriores, até ao limite de € 1.500.000.

Segundo o n.º 2 desse art. 38.º, para os sujeitos passivos deste imposto que se enquadrem nas PME, que ainda não tenham completado dois exercícios e não beneficiaram da taxa incremental referida, aplica-se uma majoração de 15% à taxa base fixada na al. a) do n.º 1. Uma disposição que, à semelhança de outras, procura não dificultar a vida e incentivar as PME nos primeiros anos de actividade.

Finalmente, no respeitante à *patent box*, regulada no art. 50.º -A do Código do IRC, este incentivo fiscal é concretizado na consideração por metade dos rendimentos de patentes e outros direitos de propriedade intelectual. Integrado na fiscalidade da inovação e concebido na versão inicial com alguma generosidade segundo a abordagem da criação de valor (*value creation approach*), esta isenção parcial de IRC veio a ser limitada pelo Decreto-Lei n.º 47/2016, de 22 de Agosto, que deu nova redacção àquele preceito²⁷. De facto, passando a pôr o polo na substância económica da actividade de investigação e desenvolvimento, adoptou uma abordagem de maior conexão das despesas com os activos geradores dos rendimentos, a assim designada *modified nexus approach* que se fica a dever, de resto, ao que propõe a OCDE no quadro do BEPS.

Para esse efeito, segundo o disposto na alínea e) do n.º 3 do referido art. 50.º -A, os sujeitos passivos a cujos rendimentos é aplicável o incentivo estão obrigados a registos contabilísticos que permitam identificar os gastos e perdas incorridos ou suportados para a realização das actividades de investigação e desenvolvimento

²⁷ Havendo, de resto, alguma falta de harmonização entre a *patent box* e o referido SIFIDE, que é um específico instrumento fiscal de apoio à investigação e desenvolvimento. É de acrescentar que as despesas relativas a «ativos intangíveis, constituídos por despesas com transferência de tecnologia, nomeadamente através da aquisição de direitos de patentes, licenças, “know-how” ou conhecimentos técnicos não protegidos por patente» são relevantes no conjunto das despesas para a determinação dos benefícios fiscais contratuais ao investimento produtivo, bem como para os previstos no RFAI – alínea b) do n.º 1 do art. 11.º e alínea b) do n.º 2 do art. 22.º do CFI.

directamente imputáveis ao direito de propriedade industrial objecto de cessão ou utilização temporária, e a organizá-los de modo a que esses rendimentos possam distinguir-se claramente dos restantes. O que significa um registo contabilístico para os gastos e perdas incorridos ou suportados com a obtenção dos rendimentos da empresa em geral e outro registo contabilístico para os gastos e perdas incorridos ou suportados com as actividades de investigação e desenvolvimento directamente imputáveis ao direito de propriedade industrial. Exigência que, ao limitar os gastos e perdas relevantes para efeitos do rendimento sujeito a tributação, limita o benefício fiscal em causa.

III. Por uma abordagem fiscal mais consequente e simples das PME

Interroguemo-nos sobre o actual tratamento fiscal das PME, procurando saber até que ponto esse tratamento é o mais consentâneo com o que as PME representam para o funcionamento dinâmico da nossa economia empresarial. O que significa proceder a algumas reflexões sobre esse tratamento fiscal bem como sobre a consideração fiscal unitária do fenómeno financeiro das PME.

6. Sentido actual de um específico tratamento fiscal das PME

Pois bem, o nosso sistema fiscal reconhece a necessidade de diferenciação entre as PME e as grandes empresas. O que, como vimos acontece em sede do IRS e do IRC, por um lado, e em sede do IVA, por outro. Regimes que não deixam de constituir inequívocas manifestações do reconhecimento da mencionada necessidade de diferenciação das empresas em função da sua dimensão.

Embora seja de assinalar, a este respeito, que se, por via de regra, a doutrina defende uma tributação mais atenuada para as PME, com base em diversos argumentos de que trataremos mais em pormenor no ponto seguinte, não podemos esquecer que há

quem, como os que subscrevem o Relatório de James Mirrlees²⁸, defenda que não haja lugar a qualquer regime preferencial para as PME, argumentando que a tributação dos rendimentos procedentes do trabalho, seja este trabalho assalariado, trabalho autónomo ou trabalho desenvolvido mediante a constituição de uma pequena sociedade, porque provenientes de fontes de rendimento substancialmente similares, devem ser objecto de tratamento fiscal similar

Uma argumentação que, a nosso ver, faz sentido relativamente aos rendimentos que sejam efectivos rendimentos do trabalho, isto é, rendimentos da actividade dos trabalhadores autónomos ou profissionais independentes, os quais entre nós são objecto do regime de transparência fiscal a fim de serem objecto de tributação junto dos sócios em IRS em vez de o serem em sede da sociedade em IRC e, depois, junto dos sócios em IRS, se bem que junto destes beneficiem de um mecanismo para atenuar a dupla tributação económica. Um regime que, na prática, não funciona, porquanto os profissionais em causa dispõem de ampla liberdade para configurarem as sociedades interpostas de molde a não preencherem as características das sociedades transparentes, o que, combinado com o facto de os serviços serem prestados e facturados pela sociedade aos clientes e pelos profissionais sócios à correspondente sociedade, leva praticamente ao não apuramento de resultados tributáveis junto da sociedade. Por isso, este regime devia ser eliminado ou, então, imposta a obrigação fiscal de as prestações dos serviços em causa serem facturados exclusivamente aos profissionais, isto é, às pessoas singulares.

Mas essa argumentação já não faz sentido relativamente à generalidade das PME. Para estas impõe-se, a nosso ver, um tratamento preferencial, uma vez que devemos olhar para as PME com maior abrangência, tendo presente não apenas os impostos sobre o rendimento, o IRS ou o IRC, bem como as cada vez mais onerosas tributações avulsas que referimos, mas também a totalidade das contribuições que efectivamente realizam a favor da comunidade, em que temos, ainda em sede fiscal, para além do suporte estrutural do

²⁸ V. James MIRRLEES, *Diseño de un sistema tributario óptimo. Informe Mirrlees*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013, 493 s. Obra esta que é a tradução do relatório *Tax by Design*, Oxford University Press, 2011.

IVA, o amplo e complexo universo de obrigações tributárias acessórias que têm de cumprir enquanto sustentáculo do que vimos designando por “administração ou gestão privada dos impostos”, próprios ou alheios²⁹, e, em sede económica, os reais contributos que prestam enquanto suportes da economia de mercado pressuposto da própria existência e funcionamento do Estado fiscal.

O que implica uma compreensão do mundo das empresas mais consentâneo com a realidade que em actuaam. Compreensão que conduzirá a ter em consideração, no respeitante às PME, não só a sua capacidade contributiva para suportar a tributação empresarial, mas igualmente a capacidade dessas empresas para arcar com os custos directos e indirectos de cumprimento e de administração das múltiplas, complexas e não raro sofisticadas obrigações relativas aos impostos. Custos que, como é bom de ver, porque relativamente idênticos e constantes quanto à generalidade das empresas, acabam por significar uma oneração tanto maior quanto menor for a empresa, dando suporte a uma oneração fiscal fortemente regressiva que mais não significa que uma intervenção estadual que subverte a livre concorrência³⁰. Daí que a simplificação da tributação das PME seja um imperativo não só de justiça, mas também de defesa da ordem económica concorrencial, na qual estão empenhados tanto a nossa Constituição como o direito da União Europeia. Designadamente há que fazer um esforço para eliminar as obrigações acessórias redundantes, como as traduzidas em fornecer à Administração Tributária informações de que esta já dispõe ou facilmente obtenha de outros departamentos do Estado, assim como tornar menos onerosas outras. Informações que hão-de ser as estritamente necessárias, em termos de tempo, lugar e modo, para a correcta aplicação dos impostos e ajustadas ao que seja razoável exigir.

Mesmo em sede da tributação, é de nos interrogarmos sobre se o nosso sistema de tributação do rendimento das empresas, em que as pequenas empresas, tanto singulares como societárias podem optar pelo regime simplificado baseado em coeficientes

²⁹ V. o nosso *Direito Fiscal*, 327 s.

³⁰ Sobre os custos de cumprimento e de administração no nosso sistema fiscal, v. Cidália LOPES, *Quanto Custa Pagar Impostos em Portugal. Os Custos de Cumprimento da Tributação do Rendimento*, Almedina, Coimbra, 2008.

diversificados e relativamente ajustados à realidade económico-empresarial, não poderia contemplar uma tributação ainda mais simples e consentânea com a dimensão e reais forças das micro empresas. Nesse sentido há quem proponha para tais empresas uma tributação tipo “imposto de porta aberta”³¹, a qual substituiria a generalidade dos impostos, designadamente o IRS/IRC e o IVA, alcançando-se, assim, uma real e significativa simplificação da vida fiscal das referidas empresas. Um imposto que incidiria anualmente sobre o potencial de facturação das empresas, tendo estas, todavia, de definir um valor salarial a ser considerado no imposto sobre salários. Uma proposta que, deve ser sublinhado, foi feita no quadro de uma reforma mais ampla da tributação do rendimento pessoal, para a qual se propunha uma taxa uniforme, no quadro da adopção de uma *flat tax*³².

7. A consideração fiscal unitária do fenómeno financeiro das empresas

Finalmente, na tributação das empresas devemos olhar para as coisas com maior abrangência e atenção. Em rigor não importa ter presente apenas os impostos sobre o rendimento, o IRS ou o IRC que pagam, bem como as cada vez mais onerosas tributações avulsas constituídas pelas ditas tributações autónomas do art. 73.º do Código do IRS e do art. 88.º do Código do IRC ou por outras tributações geralmente designadas por contribuições ou taxas que se encontram dispersas por legislação avulsa, mas também a totalidade das contribuições que efectivamente realizam a favor da comunidade, em que temos, ainda em sede fiscal, o amplo e complexo

³¹ Uma espécie de “licença” de porta aberta, no que não deixa de fazer lembrar o imposto municipal conhecido por “licença de estabelecimento comercial ou industrial”, um adicional à contribuição industrial previsto no Código Administrativo (arts. 710.º a 713.º) que, depois de 1964, passou a designar-se por “imposto de comércio e indústria”, adicional que foi extinto pela primeira Lei das Finanças Locais após 25 de Abril de 1974, a Lei n.º 1/79, de 2 de Janeiro.

³² V. José Dinis CARMO / Abel L. Costa FERNANDES, *A Tributação dos Rendimentos Empresariais em Portugal*, Almedina, Coimbra, 2013, 89 s.

universo de obrigações tributárias acessórias que têm de cumprir enquanto sustentáculo da referida administração dos impostos, e, em sede económica, os reais contributos que prestam enquanto suportes da economia de mercado pressuposto da própria existência e funcionamento do Estado.

Por outras palavras, a tributação empresarial, justamente porque visa atingir rendimentos intermédios obtidos por organizações que, para além do mais, constituem o suporte insubstituível do funcionamento do sistema de liquidação e cobrança da generalidade dos impostos e da existência e funcionamento da própria economia de mercado, e não rendimentos finais como são os rendimentos gerados na esfera pessoal das pessoas singulares, deve assentar numa visão mais ampla, isto é, numa *consideração unitária do fenómeno financeiro* das empresas, ponderando todos os reais contributos que estas prestam tanto à fazenda pública como à economia nacional. Daí que seja de considerar não apenas as contribuições fiscais, isto é, os impostos que suportam e pagam como contribuintes, mas também as demais obrigações tributárias e financeiras e, bem assim, as contribuições que, enquanto agentes suportes da existência e do funcionamento da economia de mercado, prestam à comunidade nacional³³.

Uma ideia que, reportando-nos agora ao mundo das entidades colectivas, leva a que o tratamento fiscal destas não seja em absoluto estabelecido sem um mínimo de consideração de diversificadas contribuições que prestam à comunidade nacional, em que temos: 1) os impostos que pagam como contribuintes; 2) as múltiplas e complexas obrigações acessórias que têm de cumprir enquanto suportes da gestão privada da generalidade dos impostos próprios e alheios do sistema fiscal; 3) as despesas que realizam com a prossecução de tarefas comunitárias em complemento ou substituição

³³ O que, a seu modo, não deixa de ser uma expressão qualificada de uma realidade bem mais ampla, já que se reporta a todos e quaisquer sujeitos tributários passivos, sejam estes ou não empresas, traduzida na consideração de uma efectiva «conta corrente» que, em qualquer Estado de Direito, mas com particular importância e visibilidade no Estado de Direito Social, necessariamente se estabelece entre este e cada um dos contribuintes ou sujeitos passivos concretizada na consideração unitária de tudo quanto cada um presta à comunidade e de tudo quanto, em contrapartida, recebe dessa mesma comunidade.

pura e simples do Estado e de outras entidades públicas, em que sobressaem as entidades que levam a cabo tarefas de utilidade pública ou, numa outra versão, as entidades que integram o chamado sector não lucrativo ou terceiro sector da economia; 4) os demais contributos específicos ou diferenciados que efectivamente prestam ao funcionamento da economia nacional. Ou seja, há que ter em conta os múltiplos e diversificados contributos comunitários das empresas realizados como contribuintes, administradores da generalidade dos impostos, suportes de tarefas de utilidade pública ou do sector não lucrativo da economia ou ainda específicos suportes da economia em geral, dentro dos quais se destacam, como será fácil de verificar, os que se traduzem na realização de tarefas de utilidade pública ou constituem suporte do sector não lucrativo da economia.

Uma visão das coisas que requer um olhar relativamente diferenciado das empresas, atendendo justamente a esses outros importantes contributos comunitários, os quais variam segundo o tipo de empresa em causa. Daí que tanto as microempresas como as pequenas e até algumas das médias empresas podem ser contempladas, em sede da tributação dos seus lucros, com uma tributação atenuada face à exigida às demais empresas, designadamente as grandes empresas. Diversos têm sido os argumentos que sustentam essa necessidade de diferenciação positiva das PME, sendo de destacar nomeadamente: 1) o seu carácter marcadamente sedentário, traduzido em não deslocarem a sua actividade ou os seus resultados para países com regimes fiscais mais atractivos; 2) o seu importantíssimo papel em matéria de criação e manutenção de postos de trabalho, sustentando o emprego mormente em situações de crise económica; 3) o serem fonte de dinamismo, inovação e flexibilidade; 4) o que estando aliado à grande aptidão para a produção de bens transaccionáveis, revelam uma notável capacidade de resistência às crises económicas; 5) e a improvável verificação em relação a elas dos chamados “custos de agência”, em virtude de a titularidade e a gestão não se encontrarem separadas como ocorre frequentemente nas grandes ou até nas médias empresas. Por isso, faz todo o sentido que sejam objecto de uma tributação menor, que mais não será do que uma compensação, porventura relativamente diminuta, pelos maiores encargos que as mencionadas contribuições económicas à

comunidade nacional, traduzidas em todos esses aspectos, efectivamente representam para as empresas.

Tratamento das PME que tem plena justificação também olhando as coisas a partir de uma outra perspectiva, qual seja a da necessidade de salvaguarda da competitividade dessas empresas decisiva nos tempos que correm não apenas no quadro internacional, em que a competitividade por via de regra vem sendo considerada. Pois, como é reconhecido e parece óbvio, atento o papel verdadeiramente determinante que as PME desempenham para o funcionamento da economia e do sistema fiscal, este não pode alhear-se quer do investimento proporcionado pelas PME estrangeiras, quer da internacionalização das PME nacionais.

Ideia esta que, a seu modo, não deixa de estar presente, embora por uma outra via, no tratamento fiscal de que tem sido objecto as PME. Estamos a referimo-nos aos benefícios fiscais que têm estas empresas por destinatários, os quais, todavia, acabam por não ser especificamente muitos, o que tem expressão no facto de nem sequer constituírem objecto de um capítulo do EBF, como certamente se importaria. Daí que os benefícios fiscais às PME não nos pareçam muito significativos, se encontrem dispersos por diversa legislação avulsa e não sejam objecto de um regime minimamente coerente e harmonioso.

Aliás, são razões do tipo das que vimos considerando as que, como já referimos, suportam o tratamento diferenciado dispensado às PME por parte da União Europeia. Tratamento que se traduz, de um lado, na recomendação feita aos Estados membros para que estes lhes concedam apoios, nos quais se podem incluir naturalmente os incentivos fiscais, e de outro lado, em não considerar tais apoios auxílios de Estado perturbadores da concorrência e, por conseguinte, da realização do mercado interno.

Um tratamento das PME que, todavia, a nosso ver, não deve ser levado a cabo através da técnica do reconhecimento de benefícios fiscais a essas empresas, mas mediante todo um sistema de tributação do rendimento unitário e coerente das mesmas. Pois, como dissemos, os benefícios fiscais são presentemente de rejeitar, por via de regra, dado os efeitos nefastos que provocam, devendo ser estritamente limitados aos chamados “incentivos” ou “estímulos”

fiscais, os quais, embora à primeira vista se materializem, como todos os benefícios fiscais, em despesas fiscais, porque incentivam ou estimulam actividades que, de outro modo, não teriam lugar, vão originar um efectivo aumento de receitas fiscais no futuro. Daí que, como referimos, a crítica generalizada à «indústria dos benefícios fiscais» não seja lograda relativamente aos que se apresentem como verdadeiros incentivos ou estímulos fiscais³⁴.

Uma visão que é, de resto, consentânea com o fenómeno da crescente perda de relevância dos benefícios fiscais como motor do investimento e, por conseguinte, da criação e do financiamento das empresas, em virtude não só do que acabamos de dizer, mas igualmente pelo facto de tais benefícios caírem progressivamente sob a alçada do direito supranacional, suporte das restrições às subvenções e compensações impostas aos Estados no quadro da actuação da OMC, enquanto base de uma ordem económica favorável ao comércio mundial, bem como da referida proibição dos auxílios de Estado constante do TFUE. A que acresce a circunstância de, na medida em que se trate de benefícios fiscais cuja concessão não se encontre sujeita a prazos bem definidos, o que, não sendo aconselhável, como vimos, pode, todavia, acontecer, em caso da sua revogação pelo Estado, seja por opção política, seja em cumprimento de decisões judiciais ou determinações de entidades supranacionais responsáveis pela *governance* da (nova) ordem económica transnacional, poderem dar lugar a compensações com base no sacrifício especial e anormal de direitos de expressão patrimonial ou à reposição do correspondente equilíbrio económico-financeiro³⁵.

³⁴ V. o que dissemos *supra*, no ponto 5.1.

³⁵ V. Suzana Tavares da SILVA, «Razão de estado e princípio da razoabilidade», 131.

A TRIBUTAÇÃO DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO BRASIL



Hugo de Brito Machado Segundo · Raquel Cavalcanti Ramos Machado
Professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará

The taxation of micro and small enterprises in Brazil

Abstract: In order to preserve free market and economic freedom for all, it is necessary to be aware of the differences between agents, especially those linked to the size of companies, in order to treat differently the smaller ones. Large companies have better conditions to compete, because they operate in a bigger volume, so it is easier to practice lower prices, and, in addition to this, they more easily absorb the costs of dealing with state bureaucracy (fulfillment of tax forms, interpretation of complex legislation etc.). In Brazil, the Constitution and the Complementary Law 123/2006 prescribe a simplified and favored tax treatment (SIMPLES) for micro and small enterprises, entities that are defined, essentially, by their annual revenues (not the number of employees). Multiple taxes, from Federal level, State level and municipality level, have been replaced, for them, by an unified payment, so they are taxed just

one time per month, based in their net revenues. But despite many advances, the legal discipline of “Simples” in Brazil still needs improvements. An example is the correction of the *bis in idem* verified when such companies buy goods from another Brazilian State, because in these situation the ICMS (brasilian VAT) is charged in advance, when the goods cross the borders of the State in which they are established, and once again, in the monthly payment based on the revenue. Another point that needs improvement is the consequence of noncompliance with the maximum annual revenue limits by new companies, because when they grow faster than they expected, they suffer the retroactive collection of all taxes usually charged from large companies.

Keywords: free initiative; economic freedom; micro-enterprises and small enterprises; taxation of revenue.

Introdução

Muito oportuna a iniciativa do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em conjunto com a Associação das Faculdades de Direito Latinas, de realizar Congresso Internacional em torno das Pequenas e Médias Empresas e o Direito. A importância de tais empresas para o desenvolvimento da economia, para o prestígio ao princípio da livre iniciativa, do empreendedorismo e da inovação, e da geração de empregos, é fundamental, sendo relevante estudar como a ordem jurídica dos mais variados países de língua neolatina disciplina sua atividade, sob as óticas tributária, trabalhista, administrativa e empresarial.

O mérito do Congresso decorre, ainda, do fato de sobre esse relevante assunto se permitir uma análise comparada. Afinal, os vários países enfrentam realidades semelhantes, embora cada um com suas particularidades, sendo muito útil que se conheçam e compartilhem as soluções que em cada um deles se dão a problemas análogos¹.

¹ Como observam Schetto e Marassi, a análise comparada “allows a better understanding of domestic law and its evolution.” Claudio SACCHETTO / Marco MARASSI, ed., *Introduction to comparative tax law*, Rubbetino, 2008, Torino: Catanzaro, 2008, 8.

Por isso, somos muito gratos ao Professor Coutinho de Abreu, pelo convite que nos formulou e que permitiu nossa participação em referido evento, para tratar do tema “A Tributação das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte no Brasil”, em apresentação cujo conteúdo corresponde, em linhas gerais, ao presente artigo. Nele se pretende expor, em síntese, a forma como tais entidades são definidas e tributadas no Brasil, apontando-se os principais problemas que enfrentam e os defeitos ainda presentes na legislação.

1. Necessidade de um regime simplificado e favorecido de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil

Não há sentido em se tolher, como regra e de forma generalizada, a liberdade de iniciativa e de mercado, tampouco de se proceder à sua separação de outras liberdades, como a política e a de manifestação do pensamento. Como lembra Amartya Sen, ser

genericamente contra os mercados seria quase tão estapafúrdio quanto ser genericamente contra a conversa entre pessoas (ainda que certas conversas sejam claramente infames e causem problemas a terceiros – ou até mesmo aos próprios interlocutores). A liberdade de trocar palavras, bens ou presentes não necessita de justificação defensiva com relação a seus efeitos favoráveis mais distantes; essas trocas fazem parte do modo como os seres humanos vivem e interagem na sociedade (a menos que sejam impedidos por regulamentação ou decreto).²

A questão é que, para garantir a liberdade de iniciativa e de mercado a todos, em atenção a princípios hoje positivados na maior parte das Constituições, de forma isonômica, é preciso atentar para eventuais diferenças entre os agentes econômicos, as quais eventualmente podem servir de empecilho ao exercício dessas liberdades.

Considerando-se as diferenças ligadas ao *tamanho* das empresas, sabe-se que, além da natural dificuldade que as menores enfrentam diante da competição pura e simples com as maiores,

² Amartya SEN, *Desenvolvimento como liberdade*, trad. Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2000, 21.

decorrentes de volume de atividades, capacidade de absorver perdas etc., há aquelas oriundas da maior capacidade, que as grandes têm, de cumprir formalidades e de suportar ônus impostos pelo Poder Público. Como se sabe, os ônus inerentes ao atendimento de complexas exigências burocráticas podem representar fator que, por si só, inviabiliza ou dificulta demasiadamente a abertura e a continuidade das atividades de uma empresa. Além disso, esses ônus são mais facilmente assimiláveis por grandes empresas, que podem dedicar departamentos inteiros apenas para resolvê-los, o que os transforma em (mais um) fator de desvantagem para microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) em relação às demais.

Como em todo espaço onde há competição, nas mais diversas esferas da realidade, a proteção dos pequenos é indispensável a que possam sobreviver e, quem sabe, tornar-se também grandes.

Por essa razão, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) prevê, no art. 170, IX, e no art. 179, a necessidade de se dar tratamento favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, “visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.” Não se trata de favor, benesse ou generosidade do constituinte, mas de algo indispensável que a um dos fundamentos da República seja devidamente implementado. Algo análogo, no que toca à isonomia, ao tratamento diferenciado que a Constituição concede à criança, ou ao idoso, por exemplo, em face da generalidade dos cidadãos.

2. Do Simples Federal ao Simples Nacional

Embora a legislação própria de cada tributo contivesse tratamento eventualmente menos gravoso a contribuintes de menor porte, não havia, no Brasil, uma forma simplificada e favorecida de pagamento de tributos que *unificasse* as diversas obrigações, principais e acessórias, a serem atendidas diante do Fisco. Somente em 1996 se editou a Lei 9.317/96, que instituiu o “Simples Federal”, sistema de tributação unificado para abranger todos os tributos federais incidentes sobre a atividade da empresa.

Entretanto, em face da estrutura federativa na qual o Brasil é organizado, essa tentativa de simplificação não eliminou a necessidade de cumprimento de obrigações perante duas ou até mesmo três esferas de governo distintas. Uma microempresa dedicada ao comércio varejista e à prestação de serviços, por exemplo, ainda que aderisse ao “Simples Federal”, por meio dele recolhendo de maneira simplificada e unificada todos os tributos federais (imposto de renda, contribuição social sobre o lucro, contribuição previdenciária etc.), continuaria com obrigações, principais e acessórias, perante o Estado-membro correspondente, relativamente ao ICMS³, e perante o Município, em relação ao ISS⁴.

Para contornar essa situação e aperfeiçoar o regime unificado de pagamento de tributos (chamado de “SIMPLES”), editou-se, em 2003, uma Emenda Constitucional (EC 42/2003), que incluiu mais uma alínea no art. 146, III, da CRFB, estabelecendo ser papel da Lei Complementar estabelecer normas gerais sobre a “definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.”

Na mesma ordem de ideias, o parágrafo único do art. 146 da Constituição agora esclarece que tal lei complementar “também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: *i*) será opcional para o contribuinte; *ii*) poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado; *iii*) o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; *iv*) a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.”

³ Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e à prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, assemelhado, em alguma medida, ao Imposto sobre o Valor Agregado que se cobra em países da Europa e da América Latina (CRFB, art. 155, II).

⁴ Imposto sobre serviços de qualquer natureza, cobrado pelos Municípios (CRFB, art. 156, III).

Tais disposições se valem da noção, já assente no Direito Brasileiro, e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que cabe à lei complementar, em matéria tributária, traçar normas que vinculam União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Dando cumprimento a essas disposições, o Congresso Nacional editou, em 2006, a Lei Complementar 123, que veicula não propriamente “normas de competência”, ou meras “normas sobre normas” de tributação, mas, em sua maioria, disposições já atributivas de direitos, o que, todavia, não lhe altera a natureza de lei “nacional”, vinculante da legislação ordinária dos entes políticos que compõem o Estado federal.

A unificação levada a efeito pela LC 123/2006 permite às microempresas, e às empresas de pequeno porte, a declaração e o recolhimento, de forma unificada, de todos os tributos que oneram sua atividade, sejam os federais, os estaduais e os municipais. Por meio de uma apuração e um pagamento mensal, quitam-se imposto de renda, contribuição social sobre o lucro, contribuição ao financiamento da seguridade social, contribuição ao PIS, IPI⁵, ICMS, ISS e contribuição previdenciária.

Não estão incluídos no recolhimento unificado do SIMPLES os tributos incidentes sobre o comércio exterior, os que oneram a propriedade imobiliária, os veículos, ou qualquer outro fato ou atividade que não esteja diretamente relacionado à atividade empresarial propriamente dita (renda, faturamento e empregados).

3. Peso das obrigações acessórias e a necessidade de um Simples Nacional

No Brasil, o principal ônus tributário enfrentado pelas empresas, e que se afigura ainda mais pesado para as pequenas, não é representado, propriamente, pelo montante de tributo a pagar, mas pela quantidade de formalidades a serem cumpridas, declarações a serem preenchidas, formulários a serem entregues etc. São as

⁵ Imposto sobre Produtos Industrializados, de competência federal, que equivale a um *excise tax*. É não-cumulativo, tal como o ICMS cobrado pelos Estados-membros brasileiros e o IVA cobrado em países da Europa.

chamadas “obrigações acessórias”, assim entendidas aquelas “que tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.”⁶

Não se pode negar que o tempo para cumprir obrigações acessórias, preencher formulários, guias, declarações etc., representa um *custo oculto* da tributação, e não é razoável que um contribuinte obrigado ao pagamento mensal de R\$ 1000,00 a título de tributo tenha que suportar custo também mensal, no cumprimento de deveres burocráticos, de R\$ 10.000,00, por exemplo. No Brasil esse é um assunto que deveria contar com mais atenção por parte dos tributaristas, visto que, de acordo com o Banco Mundial, um contribuinte brasileiro gasta em média inacreditáveis 2600 horas anuais para declarar e pagar tributos, enquanto a média do restante do mundo não supera as 200 horas anuais⁷.

Com o Simples Nacional, além de se estabelecer uma forma de tributação que, na maior parte das vezes, é menos onerosa, a simplificação representada pela redução do número de obrigações acessórias a serem cumpridas por si só leva a uma menor oneração da atividade empresarial, vital à sobrevivência das micro e pequenas empresas.

Naturalmente, a simplificação tem o seu preço, pois há um *trade off* entre ela e a equidade. Ao dispensar o contribuinte de escriturar despesas e créditos de impostos não-cumulativos (*input tax*), os quais não mais poderão ser deduzidos dos valores a pagar a título de imposto de renda ou de ICMS, o regime simplificado pode fazer, em certas situações, com que o tributo recolhido por uma ME ou por uma EPP (que, *v.g.*, esteja a experimentar prejuízos) seja maior que o devido pela sistemática normal. Mas, como se disse, trata-se do preço cobrado pela simplificação, que, de resto, é sempre decorrente de uma *opção* do contribuinte, que pode, quando a considerar desvantajosa, optar pelo retorno à sistemática normal de tributação.

⁶ Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), art. 113, § 2.º.

⁷ <<http://data.worldbank.org/indicador/IC.TAX.DURS>>, acessado em 23.1.2016.

4. Definição de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte

Diversamente do que se deu em outros países, no Brasil o critério adotado para definir uma empresa como microempresa ou empresa de pequeno porte não é a quantidade de empregados, mas o faturamento anual. A depender deste, será classificada como microempresa (ME – faturamento anual igual ou inferior a R\$ 360.000,00) ou empresa de pequeno porte (EPP – faturamento anual igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00).

Microempresa ou empresa de pequeno porte não é uma forma societária ou uma espécie de pessoa jurídica. É uma classificação que pode ser atribuída a pessoas físicas (que atuem como empresários individuais) ou jurídicas (desde que não se trate de sociedade por ações⁸). Mas há, ainda, a figura do microempreendedor individual (MEI), aplicável apenas aos empresários individuais que tenham auferido receita bruta, no ano calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais)⁹.

Além do faturamento, que pode ser considerado o principal critério para enquadramento de uma empresa como MEI, ME ou EPP, há também as restrições adicionais, ligadas à atividade, ao domicílio dos sócios, ou à forma societária¹⁰, que complementam o quadro delimitador do que se pode compreender como MEI, ME ou EPP.

⁸ LC 123/2006, art. 3.º, § 4.º, V.

⁹ LC 123/2006, art. 18-A, § 1.º.

¹⁰ O art. 3.º, § 4.º, da LC 123/2006 estabelece que não “poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: I – de cujo capital participe outra pessoa jurídica; II – que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior; III – de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; IV – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; V – cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso

5. Recolhimento dos tributos através do Simples

Como já salientado, a LC 123/2006 veicula um tratamento diferenciado e favorecido para microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, nas searas trabalhista, empresarial, administrativa e tributária¹¹. Do ponto de vista tributário, a diferença consiste na redução de todas as declarações a serem apresentadas a apenas uma, e ao pagamento de todos os tributos incidentes sobre a atividade da empresa por meio de recolhimento único, mensal. O valor a ser recolhido é obtido por meio da aplicação de uma alíquota (percentual) ao faturamento obtido no mês correspondente, conforme tabela constante da parte final da LC 123/2006. Há tabelas diferentes conforme a atividade desenvolvida pelo contribuinte (comércio, indústria, prestação de serviços etc.), tendo em vista que, a depender da atividade, impostos diferentes incidem. Isso porque, no Brasil, o tributo que na Europa se conhece como IVA (imposto sobre o valor agregado) é decomposto em vários tributos diferentes, a saber, um imposto federal (o IPI, incidente apenas nas operações em que há industrialização, de forma não-cumulativa), um imposto estadual (o ICMS, incidente nas operações de circulação de mercadorias e de prestação de serviços de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal, também de forma não-cumulativa), um imposto municipal (o ISS, incidente sobre a prestação de serviços em geral – desde que não

II do *caput* deste artigo; VI – constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo; VII – que participe do capital de outra pessoa jurídica; VIII – que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar; IX – resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores; X – constituída sob a forma de sociedade por ações. XI – cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.”

¹¹ Para um exame mais aprofundado do assunto, em suas múltiplas facetas, confira-se: Sérgio Pinto MARTINS / Irene Patrícia NOHARA / Hugo de Brito MACHADO SEGUNDO – Gladston MAMEDE, *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (LC 123/2006)*, São Paulo: Atlas, 2007, *passim*.

onerados pelo ICMS, de forma cumulativa), e duas contribuições sociais (PIS e COFINS), estas também não-cumulativas. Se o contribuinte exerce exclusivamente a prestação de serviços, a tabela de alíquotas não contempla o ICMS ou o IPI, mas sim o ISS. Se exerce o comércio, e não a prestação de serviços ou a industrialização, aplica-se outra tabela, que não contém o ISS e o IPI.

Abaixo, exemplificativamente, reproduz-se uma dessas tabelas, aplicável aos contribuintes que exerçam exclusivamente a atividade comercial, de venda de mercadorias:

Alíquotas e Partilha do Simples Nacional – Comércio

Receita Bruta em 12 meses (em R\$)	Alíquota	IRPJ	CSLL	COFINS	PIS/ PASEP	CPP	ICMS
Até 180.000,00	4,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	2,75%	1,25%
De 180.000,01 a 360.000,00	5,47%	0,00%	0,00%	0,86%	0,00%	2,75%	1,86%
De 360.000,01 a 540.000,00	6,84%	0,27%	0,31%	0,95%	0,23%	2,75%	2,33%
De 540.000,01 a 720.000,00	7,54%	0,35%	0,35%	1,04%	0,25%	2,99%	2,56%
De 720.000,01 a 900.000,00	7,60%	0,35%	0,35%	1,05%	0,25%	3,02%	2,58%
De 900.000,01 a 1.080.000,00	8,28%	0,38%	0,38%	1,15%	0,27%	3,28%	2,82%
De 1.080.000,01 a 1.260.000,00	8,36%	0,39%	0,39%	1,16%	0,28%	3,30%	2,84%
De 1.260.000,01 a 1.440.000,00	8,45%	0,39%	0,39%	1,17%	0,28%	3,35%	2,87%
De 1.440.000,01 a 1.620.000,00	9,03%	0,42%	0,42%	1,25%	0,30%	3,57%	3,07%
De 1.620.000,01 a 1.800.000,00	9,12%	0,43%	0,43%	1,26%	0,30%	3,60%	3,10%
De 1.800.000,01 a 1.980.000,00	9,95%	0,46%	0,46%	1,38%	0,33%	3,94%	3,38%
De 1.980.000,01 a 2.160.000,00	10,04%	0,46%	0,46%	1,39%	0,33%	3,99%	3,41%
De 2.160.000,01 a 2.340.000,00	10,13%	0,47%	0,47%	1,40%	0,33%	4,01%	3,45%
De 2.340.000,01 a 2.520.000,00	10,23%	0,47%	0,47%	1,42%	0,34%	4,05%	3,48%
De 2.520.000,01 a 2.700.000,00	10,32%	0,48%	0,48%	1,43%	0,34%	4,08%	3,51%
De 2.700.000,01 a 2.880.000,00	11,23%	0,52%	0,52%	1,56%	0,37%	4,44%	3,82%
De 2.880.000,01 a 3.060.000,00	11,32%	0,52%	0,52%	1,57%	0,37%	4,49%	3,85%
De 3.060.000,01 a 3.240.000,00	11,42%	0,53%	0,53%	1,58%	0,38%	4,52%	3,88%
De 3.240.000,01 a 3.420.000,00	11,51%	0,53%	0,53%	1,60%	0,38%	4,56%	3,91%
De 3.420.000,01 a 3.600.000,00	11,61%	0,54%	0,54%	1,60%	0,38%	4,60%	3,95%

Imagine-se, por exemplo, que uma empresa de pequeno porte pretende recolher, no início de agosto de 2016, os tributos incidentes sobre sua atividade em julho de 2016. Ela deverá somar o seu faturamento nos doze meses anteriores (de julho de 2015 a julho de 2016). Suponha-se que o valor obtido é de R\$ 1.000.000,00

(hum milhão de reais). Nesse caso, a alíquota aplicável ao seu faturamento será de 8,28%. Se seu faturamento no mês de julho de 2016 tiver sido de R\$ 20.000,00, terá de ser recolhida a quantia de R\$ 1.656,00. Os percentuais à direita da tabela, referentes a cada tributo, servem para orientar a divisão, a ser feita pela União, do produto arrecadado, visto que o IRPJ deve ter parte de sua arrecadação dividida com Estados e Municípios, o ICMS deverá ser integralmente entregue ao Estado, a CPP deverá ser destinada à Seguridade Social, e assim por diante.

Para empresas com muitos empregados, e pouco faturamento, como se vê, a adesão ao Simples é muito vantajosa, pois a contribuição destinada à Seguridade Social, devida pelo contribuinte na condição de empregador, passa a ser calculada sobre seu faturamento, e não sobre o salário pago a seus empregados. Por isso mesmo, para atividades nas quais há uso intensivo de mão de obra (certas prestações de serviços), o pagamento da contribuição previdenciária se dá separadamente. Vejam-se, a propósito, as tabelas anexas à LC 123/2006.

Quanto ao microempreendedor individual, ele poderá recolher os tributos nos termos das tabelas aplicáveis às demais MEs e EPPs, mas poderá, também, alternativamente, optar por recolher valores fixos mensais, independentemente de seu faturamento (R\$ 45,65 a título de contribuição previdenciária, R\$ 1,00 a título de ICMS, caso seja vendedor de mercadorias, e R\$ 5,00 a título de ISS, na hipótese de ser prestador de serviços).

6. Críticas e sugestões para aprimoramentos

Em linhas gerais, pode-se dizer que o Simples Nacional é bastante positivo, estando a atender as finalidades para as quais foi idealizado. Os pontos positivos do regime podem ser percebidos, de forma objetiva, pela franca adesão dos contribuintes à sistemática, e pela existência de um contencioso, judicial e administrativo, sobre situações nas quais surgem dúvidas sobre se o contribuinte poderia optar ou não pelo regime. Com efeito, há situações nas quais surge divergência interpretativa sobre se a atividade exercida pelo contribuinte

estaria incluída, ou não, entre aquelas que impedem a adesão, hipótese na qual, não raro, o contribuinte pugna pela aceitação da tese de que poderia sim aderir ao regime. Se há um lugar, ou um ambiente (ainda que jurídico), para o qual as pessoas espontaneamente desejam migrar, fazendo esforços para tanto, está-se diante de demonstração objetiva de sua superioridade em relação aos demais lugares ou ambientes de onde essas pessoas desejam sair. Isso vale para regimes econômicos, para governos, e também para sistemáticas de tributação.

Mesmo assim, há, ainda, aspectos que podem ser aprimorados.

O primeiro deles é a correção dos valores usados como limite para que um contribuinte seja considerado microempresa, ou empresa de pequeno porte, algo que o legislador brasileiro já está cuidando de corrigir. Com efeito, enquanto se elaborava o estudo que culminou com a apresentação feita em Coimbra no Congresso Internacional em questão, e com a elaboração deste artigo, o parlamento brasileiro aprovou a Lei Complementar 155/2016, que corrige tais limites para R\$ 900.000,00 (para que o contribuinte seja uma microempresa – ME), R\$ 4,8 milhões (para ser considerada empresa de pequeno porte EPP), e R\$ 81.000,00, para fins de classificação como microempreendedor individual. Essa mesma lei diminui o número de faixas (objetivando a simplificação), e atualiza seus valores, no que tange às tabelas anexas à LC 123/2006.

O segundo, bastante grave, diz respeito à cobrança “antecipada” do ICMS, feita de todo contribuinte que adquire mercadorias em Estado brasileiro diverso daquele em que está estabelecido. Essa cobrança, quando feita de contribuintes tributados por meio do Simples Nacional, não permite dedução do valor pago daquele devido sobre o faturamento mensal, que também inclui esse mesmo ICMS, levando assim a uma dupla tributação por esse imposto. Essa situação enseja um tratamento desfavorecido às MEs e EPPs, desfavorecido precisamente porque elas são MEs ou EPPs, contrariando assim, frontalmente, a Constituição Brasileira, que impõe tratamento favorecido – e não desfavorecido – a tais entidades. E mais: enseja uma violação ao princípio federativo e à liberdade de tráfego que dele decorre, pois se desestimula um contribuinte residente em um Estado a adquirir mercadorias em outro, servindo o ICMS, em tais casos, como verdadeiro imposto de importação interestadual, o que

a Constituição Brasileira proíbe expressamente (art. 150, V e 152). É preciso que o Supremo Tribunal Federal coíba esse absurdo, o que é esperado tendo em vista não ter o legislador complementar, nas várias oportunidades que teve, corrigido o problema.

Outro ponto que merece reflexão e retificação por parte do legislador consiste na consequência de o contribuinte descumprir os requisitos para permanecer no Simples. Quando se passa a desempenhar atividade cujo exercício impede a adesão ao regime, ou quando a estrutura societária adotada discrepa do que exige a lei, não há maior controvérsia envolvida: o contribuinte torna-se devedor de todos os tributos incidentes sobre sua atividade, pela sistemática normal, a partir de quando os requisitos deixam de ser atendidos, deduzindo-se o que já houver sido pago no âmbito do Simples. A questão polêmica reside nas hipóteses em que o contribuinte desrespeita o limite de faturamento permitido, ultrapassando o teto a partir do qual deixa de ser considerado uma empresa de pequeno porte.

Caso se trate de contribuinte em exercício há mais de um ano, o fato de se ultrapassar o limite de faturamento pode receber dois tratamentos. Se for ultrapassado o limite em menos de 20%, a exclusão ocorre a partir do primeiro dia do ano subsequente. Se for ultrapassado em mais de 20%, a exclusão se dá a partir do mês em que ocorrer essa extrapolação.

O problema, contudo, reside na hipótese de o contribuinte ultrapassar o limite logo no primeiro ano de atividade da empresa. Caso seja iniciada uma nova atividade, e o empreendedor considere que seu porte será pequeno e por isso opte pelo enquadramento como EPP e pela adesão ao Simples, e haja um surpreendente êxito no empreendimento, a regra que lhe será aplicada será mais gravosa: a ultrapassagem do limite do faturamento máximo permitido a uma EPP para ser assim considerada implicará a tributação, pela sistemática normal, não a partir do ano seguinte, ou do mês em que superado o limite, mas desde o início de suas atividades (LC 123, art. 31, III, “a”). Isso tem sido visto pelos microempresários e empresários de pequeno porte, no Brasil, como um castigo por um êxito surpreendente na abertura de um novo negócio, não havendo razão para não se lhes aplicar regra semelhante à aplicável às empresas que ultrapassam o teto a partir do segundo ano de atividades.

Esse tratamento gravoso termina funcionando como estímulo a que EPPs, quando se aproximam do limite de faturamento permitido, passem a omitir a receita auferida, ilícito que termina por causar ainda mais prejuízos ao fisco, que nenhum tributo recebe relativamente a esse excedente.

Considerações conclusivas

O Brasil adota sistema diferenciado para o tratamento de microempresas e empresas de pequeno porte, nos âmbitos trabalhista, empresarial, administrativo e tributário. Quanto a este último, estabeleceu-se o “Simples Nacional”, sistema favorecido e simplificado de recolhimento de tributos, por meio do qual o contribuinte pode declarar e recolher, de forma unificada, todos os tributos ordinariamente incidentes sobre a atividade empresarial.

Diversamente do que ocorre em outras partes do mundo, o critério usado pelo legislador brasileiro para caracterizar uma empresa como “micro” ou “de pequeno porte” não é o número de empregados, mas o faturamento, aliado a alguns outros critérios negativos, ligados a atividades e estruturas societárias cuja adoção impede a adesão ao regime simplificado.

Apesar de representar um grande passo na proteção de tais empresas, importantes à efetivação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, com diversos efeitos positivos para a economia (ligados ao estímulo ao empreendedorismo, à busca pelo pleno emprego etc.), o disciplinamento jurídico do “Simples”, no Brasil, ainda carece de alguns aperfeiçoamentos. Um exemplo é a correção do *bis in idem* verificado quando tais empresas compram mercadorias provenientes de outros Estados da federação brasileira, oportunidade na qual o ICMS lhes é exigido antecipadamente, quando as mercadorias transpassam as fronteiras do Estado em que estão estabelecidas, e uma vez mais, sobre sua receita, quando as referidas mercadorias são vendidas, sem se lhes permitir o creditamento correspondente; outro são as consequências do descumprimento dos limites máximos de faturamento por parte de novos empreendimentos.

SESSÃO V

Os procedimentos judiciais que facilitam o acesso à justiça
das pequenas e médias empresas

IOAN LEȘ

ADRIAN CIRCA

(Universitatea “Lucian Blaga” din Sibiu — Roménia)

A administração da sociedade PME e o sócio gestor

RICARDO COSTA

(Universidade de Coimbra — Portugal)

Convergências e divergências internacionais
no direito das PME societárias

JORGE M. COUTINHO DE ABREU

(Universidade de Coimbra — Portugal)

PROCEDURI JUDICIARE DESTINATE A FACILITA ACCESUL LA JUSTIȚIE A ÎNTRERPINDERILOR MICI ȘI MIJLOCII



Ioan Leș · Adrian Circa
Professores da Universitatea "Lucian-Blaga" din Sibiu

Judicial procedures intended to ease the access of small and medium-sized enterprises to legal services

Abstract: The present study conducts some brief yet pertinent research on the small claims procedure as well as the payment order procedure. This approach particularly pertains to the existent European regulations, more precisely Regulation (EC) No 861/2007 and Regulation (EC) No 1896/2006. The current investigation includes not only a comparative analysis of the abovementioned two procedures, but also a series of aspects regarding how these procedures can be harmonized with the national law of some member states of the European Union.

The authors' aim is to highlight the role these special procedures play in easing the access of consumers and small- and

medium-sized enterprises to legal services. It is the free circulation of judgements in the field that gives the two procedures in case a distinctive note and render them particularly notable alongside other European procedures.

Some of the most significant issues tackled in the present study refer to incidence-related procedures and their standardized nature, the existence of a series of specific procedures regulating the summons, the taking of evidence, the non-mandatory legal representation in court of the parties by means of lawyers or other specialists in the field of law, the written nature of these procedures, and the procedural steps in appealing judgements in court.

Keywords: professional; enterprise; small claims procedure; demand for payment; summons; counterclaim; regulating procedure; judgement.

1. Repere introductive

Demersul nostru are în vedere cu deosebire întreprinderile mici și mijlocii, care pot beneficia de unele proceduri extrajudiciare și judiciare de natură a facilita accesul rapid la justiție și cu un minim de cheltuieli, ceea ce este foarte important pentru destinul lor economic. În dreptul actual, conceptul de întreprindere a provocat controverse doctrinare, chiar dacă el este uneori determinat de unele legislații recente.

Unul din cele mai recente coduri civile din Uniunea Europeană este Codul civil român, adoptat prin Legea nr. 135/2010 și intrat în vigoare la data de 11 octombrie 2011. Conceptul de întreprindere are, în primul rând, conotații economice. În viziunea Noului Cod civil întreprinderea este o activitate organizată de două sau mai multe persoane fizice ori juridice care realizează operații economice cu sau fără scop lucrativ.

Dispozițiile Noului Cod civil se aplică tuturor raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil. În viziunea acestui cod, profesioniști sunt

toți aceia care ”exploatează o întreprindere” (art. 3 C.civ.)¹. Prin urmare, Noul Cod civil român a înlocuit conceptul de comerț cu acela mai amplu de întreprindere, iar pe acela de comerciant cu acela de profesionist². În dreptul românesc, termenul de întreprindere și acela de profesionist au primit, în baza Noului Cod civil, o semnificație mai amplă decât în alte legislații³. În această concepție sunt profesioniști nu doar cei care desfășoară în mod curent o activitate economică, ci și persoanele fizice care sunt autorizate să exercite, cu titlu profesional o activitate economică sau neeconomică. În consecință în această concepție calitatea de profesionist în sensul dispozițiilor Noului Cod civil revine și executorilor judecătorești, notarilor publici, avocaților, etc.

Procedurile judiciare sunt destinate, în toate țările democratice, să faciliteze accesul la justiție pentru toate subiectele de drept, indiferent de calitatea lor și rolul pe care îl îndeplinesc în societate. Cu toate acestea, considerente, legate de natura litigiilor sau de rezonanța lor socială, au impus ca unele litigii să fie date în competența unor instanțe specializate ori a altor autorități sau să se soluționează potrivit unor reguli derogatorii de la dreptul comun.

De asemenea, în foarte multe state europene, dar și în statele de common law, au fost create instanțe speciale pentru micile creanțe sau cererile de mică valoare au fost atribuite spre soluționare unor instanțe de la baza sistemului judiciar. Procedurile de soluționare a unor asemenea cereri sunt mult simplificate față de cele de drept comun, astfel că permit o soluționare mai rapidă, suplă și cu cheltuieli minime a acestora. Unor asemenea deziderate le corespund și alte proceduri cum este cazul ordonanței de plată (injonction de payer). De aceea, în prezentul studiu, vom formul câteva considerații teoretice asupra acestor proceduri, apreciind că ele corespund cel mai bine

¹ Terminologia este inspirată din art. 1525 alin. 3 C.civ. din Quebec, potrivit căruia ”constitue l’exploitation d’une entreprise l’exercice, par une ou plusieurs personnes, d’une activité économique organisée, quelle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation des biens, leur administration ou leur aliénation ou dans la prestation de services”.

² A se vedea pentru detalii M. NICOLAE, *Unificarea dreptului obligațiilor civile și comerciale*, Universul Juridic, București, 2015, 459-468.

³ A se vedea M. NICOLAE, *Unificarea dreptului obligațiilor civile și comerciale*, 462-463.

intereselor întreprinderilor mici și mijlocii, dar și profesioniștilor ori cetățenilor cu care acestea intră în relații contractuale.

În cadrul acestor preliminarilor nu putem face abstracție de faptul că interesele întreprinderilor mici și mijlocii pot fi satisfăcute, în cazul apariției unor diferende cu alte subiecte de drept, în condiții foarte bune, prin intermediul căilor alternative de soluționare a conflictelor. Fără îndoială că avem în vedere cu deosebire calea arbitrajului privat sau instituționalizat, a concilierii și a medierii. Arbitrajul are deja o tradiție importantă în dreptul european și nu numai. În multe țări, procedura arbitrajului este reglementată, astfel cum este și cazul României, în codurile de procedură civilă. În alte câteva țări au fost adoptate legi speciale cu privire la organizarea și funcționarea arbitrajului (Spania, Portugalia, Republica Cehă, etc.).

Medierea a devenit, în ultimele decenii, și în Europa o cale importantă de soluționare a litigiilor, deși recursul la aceasta nu se află la înălțimea așteptărilor. În unele țări europene (Franța, Spania, România, etc.) s-a remarcat de către doctrină că nu avem încă o cultură a medierii. Afirmatia se verifică și în practica acestor țări, fiind foarte dificil ca locul justiției, care are o istorie milenară, să fie luat, chiar și parțial, de instituția medierii. De aceea, în unele țări europene s-a încercat să se instituie chiar și obligativitatea medierii în unele litigii sau chiar în toate litigiile de natură civilă. Menționăm că o atare soluție a fost promovată și în România, în urma completării art. 2 din Legea nr. 192/2006 privind medierea, prin Legea nr. 115/2013. Sub imperiul acestor reglementări neparticiparea părților la o ședință de mediere era sancționată cu respingerea acțiunii ca inadmisibilă. Textul a fost declarat neconstituțional, motivat de faptul că o atare soluție normativă limitează în mod inadmisibil accesul liber la justiție.

În dreptul românesc actual, părțile sunt obligate să participe la o ședință de informare privind avantajele medierii, fără ca legea să mai instituie vreo sancțiune pentru neîndeplinirea unei asemenea obligații. Aceasta înseamnă că practic dispoziția legală în discuție, deși are o redactare imperativă, nu are în ultimă instanță decât valoarea unei recomandări. Precizăm că potrivit art. 60 din Legea nr. 192/2006, părțile trebuie să facă dovada participării la ”ședința de informare cu privire la avantajele medierii”, în cauzele privind: protecția consumatorilor; în unele litigii de dreptul familiei anume

prevăzute de lege; în litigiile privind posesia, grănițuirea, strămutarea de hotare și alte litigii privind raporturile de vecinătate; în domeniul răspunderii profesionale pentru malpraxis, în măsura în care legi speciale nu instituie o altă procedură; în litigiile de muncă privitoare la încheirea, executarea și încetarea contractelor individuale de muncă, precum și în litigiile civile a căror valoare este sub 50.000 lei (cca.10.000 Euro). În privința ultimei categorii menționăm că legea instituie unele excepții cu referire la situația în care s-a pronunțat o decizie judiciară de insolvență, în cauzele privitoare la registrul comerțului și în cazul în care părțile au decis să recurgă la procedura privind cererile de valoare redusă sau ale ordonanței de plată.

Medierea este o cale alternativă de soluționare a conflictelor care a format obiect de preocupare și din partea instituțiilor europene. Astfel, Recomandarea nr. 10 din 18 septembrie 2002 a Comitetului de Miniștri privind medierea în materie civilă a solicitat statelor membre să faciliteze și să consolideze, după caz, toate măsurile necesare pentru a aplica treptat „Principiile directe privind medierea în materie civilă”. Cu toate acestea, astfel cum s-a remarcat și în doctrina germană, practic în litigiile transfrontaliere medierea rămâne o excepție⁴.

Remarcăm, în acest context și promovarea în România a unei reglementări privitoare la constituirea unui titlu executoriu notarial pentru creanțele de valoare redusă sau de o importanță relativ redusă. În concret, printr-un act normativ adoptat de Parlamentul României a fost completată Legea privind notarii publici și activitatea notarială nr. 36/1995, introducându-se un nou articol – art. 13¹ – text ce permite emiterea unui titlu executoriu notarial în 8 situații expres și limitativ determinate de lege. Nu ne propunem în concret să examinăm aceste situații, dar pentru semnificația acestei reglementări este sugestiv să subliniem că unul din cazurile în care se poate proceda la emiterea unui titlu executoriu notarial vizează litigiile a căror valoare nu depășește suma de 100.000 de lei, respectiv cca. 21.000 de EUR.

Posibilitatea emiterii unui titlu executoriu pe cale notarială

⁴ B. HESS, “The European payment Order: a model for the modernization of national laws”, în *Liber amicorum J. Isnard*, Passerelle, Éditions juridiques et techniques, Paris, 2009, 195.

reprezintă o cale procedurală destinată a evita congestionarea activității judiciare. Legea oferă, așadar, o cale simplă, rapidă și eficientă de constituire a unui titlu executoriu. Un asemenea titlu se poate emite însă numai pentru creanțele necontestate. Legea nu a determinat semnificația acestei sintagme ceea ce a determinat Guvernul României să sesizeze Curtea Constituțională pentru a se pronunța asupra constituționalității legii înainte de promulgare. Pentru acest considerent, printre altele, legea a fost declarată neconstituțională, aflându-se în prezent în procedură de reexaminare. S-a sugerat ca în cadrul procedurii de reexaminare să se definească conceptul de ”creanțe necontestate” ținându-se seama și de prevederile art. 3 din Regulamentul (EU) nr. 805/2004 privitor la constituirea unui titlu executoriu european pentru creanțele necontestate.

În cadrul demersului de față nu ne-am propus să examinăm detaliat căile alternative de soluționare a litigiilor și la care ar putea recurge și întreprinderile mici și mijlocii, întrucât aceasta ar implica o analiză cu caracter monografic, improprie unui simplu studiu doctrinar. Am dorit doar să subliniem importanța acestor căi alternative de soluționare a conflictelor pentru întreprinderile mici și mijlocii. Ne-am propus însă să evocăm, în continuare, câteva dintre principalele reguli privitoare la procedura de soluționare a cererilor de valoare redusă și la ordonanța de plată. Analiza noastră vizează cu deosebire reglementările adoptate de Parlamentul European și Consiliul European, examen ce dorim să-l realizăm după o prezentare comparativă a acestor instituții.

2. Procedura de soluționare a cererilor de valoare redusă și a ordonanței de plată în contextul legislației Uniunii Europene

Reglementările din țările membre ale Uniunii Europene sunt foarte asemănătoare, întrucât acestea au fost nevoite să-și adapteze dreptul intern la recomandările elaborate în această materie. Astfel, în privința cererilor de valoare redusă Parlamentul European și Comisia Europeană au adoptat Regulamentul nr. 861/2007. De asemenea, aceleași autorități europene au adoptat Regulamentul nr. 1896/2006 privind instituirea unei ordonanțe europene de plată. Aceste două

reglementări au fost modificate, în mod corespunzător și deosebit de semnificativ, prin Regulamentul nr. 2421 din 16 decembrie 2015.

Interesul pentru adoptarea unor asemenea reglementări este însă mult mai vechi. Am remarca în acest sens prevederile Recomandării nr. 5 din 28 februarie 1984 a Comitetului Miniștrilor către statele membre asupra principiilor de procedură civilă menite să îmbunătățească funcționarea justiției. Potrivit celui de-al optulea principiu al acestei Recomandări statele trebuie să instituie adițional unele reguli sau un ansamblu de reguli speciale pentru a accelera soluționarea litigiului, printre altele, și atunci când dreptul ”nu este contestat sau creanța este certă și lichidă ori dacă obiectul litigiului este de o valoare redusă”. Principiul evocat a prefigurat tocmai instituirea celor două proceduri anterior menționate. Dispoziții relevante, în sensul celor deja remarcate, pot fi identificate și în cadrul Recomandării nr. 7 din 14 mai 1981 a Comitetului Miniștrilor către statele membre privind mijloacele de facilitare a accesului la justiție (principiul nr. 9 și principiul nr. 15).

În acest context nu putem face abstracție și de faptul că la data de 30 noiembrie 2000 Consiliul European a adoptat un program de măsuri al Consiliului și al Comisiei pentru punerea în aplicare a unui Program pentru instituirea unei proceduri specifice, uniforme și armonizate în cadrul Comunității pentru obținerea unor hotărâri judecătorești în special în domeniul creanțelor necontestate. Doi ani mai târziu, respectiv la data de 20 decembrie 2002, Comisia a adoptat o Carte Verde cu privire la o procedură europeană de somație de plată și de simplificare și accelerare a litigiilor cu privire la cererile cu valoare redusă.

Abordările noastre din cadrul celui de-al doilea Congres Internațional al Facultăților de Drept Latine sunt menite să evidențieze rolul acestora în facilitarea accesului liber la justiție nu doar a consumatorilor, ci și a întreprinderilor mici și mijlocii. O atare mărturisire este făcută și în Preambulul Regulamentului nr. 2421/2015. În acest sens, la pct. 4 din preambul se remarcă că: ”Majorarea plafonului cererii la 5.000 Euro ar îmbunătăți accesul la căi de atac (traducere discutabila) eficace și rentabile pentru litigiile transfrontaliere, în special pentru întreprinderile mici și mijlocii. Un acces îmbunătățit la justiție ar spori încrederea în tranzacțiile transfrontaliere și ar contribui la valorificarea pe deplin a oportunităților oferite de piața internă”.

Regulamentul nr. 861/2007 și Regulamentul nr. 1896/2006 au constituit punctul de referință în privința reglementărilor din dreptul unor țări europene. Reglementări conforme acestor norme au fost promovate și în cele mai recente coduri de procedură civilă europene, cum este cazul Codului de procedură civilă din România, fără îndoială unul dintre cele mai recente coduri în materie procesuală.

Cele două regulamente au o finalitate comună, anume facilitarea accesului la justiție și soluționarea cauzelor civile și comerciale cu celeritate și cu costuri reduse. În considerarea unei atare finalități este firesc ca cele două proceduri europene să conțină unele prevederi asemănătoare. Dar, în același timp, trebuie să recunoaștem și existența unor deosebiri notabile, chiar foarte semnificative. Astfel, în cadrul acestor considerații preliminare, evidențierea unor asemănări și deosebiri este deosebit de importantă pentru a trasa cadrul general de incidență a acestora.

Pe lângă finalitatea comună a celor două proceduri remarcăm, în primul rând, că ambele sunt incidente în litigiile transfrontaliere. Împrejurarea rezultă din prevederile clare ale art. 1 din Regulamentul (EU) nr. 861/2007 și din art. 1 și 2 din Regulamentul nr. 1896/2006. Ambele proceduri sunt destinate a conduce la soluționarea cu celeritate a unor litigii cu caracter patrimonial. Din acest din urmă punct de vedere există și o deosebire substanțială între cele două reglementări. Astfel, în ceea ce privește obiectul cererilor de valoare redusă Regulamentul 861/2007 se referă expres la cererile a căror valoare nu depășește suma de 2.000 de EUR. Precizăm că prin Regulamentul (EU) 2421/2015 acest plafon a fost ridicat la suma de 5.000 de EUR. În schimb, art. 2 din Regulamentul (UE) 1896/2006 precizează că această procedură are ca obiect ”creanțele pecuniare necontestate”. Prin urmare, această diferență redacțională ridică problema de a cunoaște dacă, în mod efectiv, ea este și una de conținut.

În considerarea dispozițiilor art. 1 din Regulamentul nr. 861/2007, text ce se referă la cererile de valoare redusă, se poate susține că aceste dispoziții au ca obiect nu doar cererile privitoare la apărarea unui drept de creanță, ci și alte cereri cum ar fi cele privitoare la apărarea unor drepturi reale. În sprijinul acestei soluții pot fi invocate și prevederile art. 5 alin. 5) din Regulamentul nr.

861/2007, conform căruia în cazul în care în răspunsul său, pârâtul susține că valoarea unei cereri neevaluabile în bani depășește limita stabilită la art. 2 alinatul 1, instanța hotărăște, în termen de 30 de zile de la transmiterea răspunsului către reclamant, dacă cererea se circumscrie domeniului de aplicare a prezentului regulament. Textul mai precizează că această hotărâre nu poate fi contestată separat.

Soluția evocată este în opinia noastră una discutabilă. Teza conform căreia procedura instituită de Regulamentul 861/2007 are ca obiect numai drepturi de creanțe, iar nu și alte drepturi cum ar fi, de pildă, drepturile reale are de partera sa unele argumente pe care le considerăm importante. Fără îndoială că precizările din art. 5 alin. 5 din Regulament pot fi invocate și în favoarea acestei teze.

În primul rând, domeniul de incidență al procedurii este determinat de art. 2 din Regulamentul nr. 861/2007 care se referă la ”valoarea cererii” formulate de reclamant. Pe de altă parte, art. 5 alin. 5 din Regulament nu are ca obiect determinarea directă a obiectului de incidență a procedurii, ci mai degrabă vizează o excepție de procedură ce este invocată de către pârât și care se referă la depășirea obiectului cererii introductive de instanță. Or, într-o asemenea situație instanța este obligată să se pronunțe asupra incidentului ivit și să procedeze în consecință, respectiv după cum valoarea cererii depășește sau nu suma de 5.000 de EUR. În situația în care valoarea acțiunii reconvenționale depășește suma de 5.000 de EUR procedura se va desfășura în continuare conform dispozițiilor dreptului procesual intern, iar nu potrivit procedurii reglementate de Regulament. De aceea considerăm că obiectul procedurii analizate este reprezentat doar de cererile privitoare la drepturi de creanță sau orice drepturi care sunt evaluabile în bani⁵, iar nu și de alte cereri neevaluabile în bani, cum ar fi o acțiune în anularea unui contract sau o acțiune în constatarea existenței sau inexistenței unui drept subiectiv.

Precizările de mai sus ne conduc la concluzia conform căreia judecătorul nu poate dispune disjungerea celor două cereri în ipoteza în care valoarea acțiunii reconvenționale depășește suma de 5.000

⁵ I. LEȘ, ”Reglementări naționale și comunitare privind soluționarea cererilor cu valoare redusă”, în *Studii de drept judiciar privat*, Universul Juridic, București 2012, 345.

de EUR. Această soluție nu este uneori conformă cu dispozițiile din dreptul procesual al unor țări comunitare. Astfel, de pildă, potrivit art. 1030 alin. 7) din Noul Cod român de procedură civilă cererea reconvențională care nu îndeplinește cerințele legale, inclusiv cele privitoare la limita valorică prevăzută de art. 1026 va fi disjunctă și va fi soluționată separat, potrivit dreptului comun. De aceea, ne putem întreba care este rațiunea soluției instituite de Regulament și care impune soluționarea, potrivit dreptului comun, nu doar a cererii reconvenționale ci și a cererii principale. Or, din acest punct de vedere trebuie să ținem seama de dispozițiile cuprinse în preambulul Regulamentului nr. 861/2007 și potrivit căruia noțiunea de ”cerere reconvențională” ar trebui ”înțelească în sensul art. 6 alin. (3) din Regulamentul (CE) nr. 44/2001, și anume ca o cerere rezultată în urma aceluiași contract sau fapt pe care s-a bazat cererea principală” (pct.16). Această definiție este păstrată și de art. 8 alin. (3) din Regulamentul (UE) nr. 1215/2012. Prin urmare, în concepția Regulamentului nr. 861/2007 conceptul de cerere reconvențională este mai restrictiv decât cel din dreptul intern, de pildă din dreptul românesc⁶, aflându-ne în prezența unei veritabile situații de indivizibilitate și care pentru o mai bună administrare a justiției impune soluționarea conjunctă a celor două cereri. Această soluție are doar inconvenientul că permite trecerea de la o procedură comunitară simplificată la una de drept comun, în privința celor două cereri, și prin voința exclusivă a pârâtului⁷.

Dispozițiile menționate au format obiect de controversă și în dreptul spaniol. Se consideră totuși că este admisibilă nu doar o

⁶ Potrivit art. 209 C.pr.civ. român, cererea reconvențională poate fi formulată în cazul în care pârâtul are pretenții ”derivând din același raport juridic sau strâns legate de aceasta” (de cerere). O definiție largă ne este oferită și de art. 64 C.pr.civ. francez. Potrivit acestui text, constituie o cerere reconvențională ”cererea prin care pârâtul originar urmărește să obțină un alt avantaj decât o simplă respingere a pretenției adversarului său”. De asemenea, în dreptul spaniol, potrivit art. 406 pct. 1 C.pr.civ., reconvenționala este admisibilă numai ”dacă există conexiune” între pretențiile pârâtului și cele care sunt ”obiectul cererii principale”. O dispoziție interesantă întâlnim în dreptul elvețian. În acest sens art. 221 alin. 1 din Noul Cod de procedură civilă elvețian dispune că pârâtul poate depune o cerere reconvențională dacă ”pretenția pe care o invocă este supusă aceleiași proceduri ca și cererea principală”.

⁷ I. LEȘ, ”Reglementări naționale și comunitare privind soluționarea cererilor cu valoare redusă”, 346.

cerere de plată a unei sume de bani ci și o altă cerere dacă obiectul acesteia este evaluabil în bani, fără a fi însă admisibilă o acțiune declarativă cum ar fi cea privind anularea unui contract⁸. Această soluție este exprimată și de doctrina franceză⁹.

Precizăm că problema evocată s-a ridicat și în dreptul intern. Astfel, potrivit art. 1022 din Noul Cod de procedură civilă român, adoptat prin Legea nr. 134/2010, procedura analizată vizează doar ”cererile” a căror valoare nu depășește suma de 10.000 de lei (cca. 2000 de EUR). În doctrina românească s-a susținut, în considerarea acestor prevederi legale, că procedura privind cererile de valoare redusă are ca obiect nu numai drepturile de creanță, ci și drepturile reale. O atare soluție se poate întemeia și pe faptul că textele corespunzătoare din cele două regulamente au o redacție diferită, fiind de observat că doar art. 2 din Regulamentul nr. 1896/2006 se referă la creanțe certe, lichide și exigibile. Cu toate acestea în dreptul românesc a prevalat teza conform căreia legea are în vedere doar drepturile de creanță, iar nu și drepturile reale¹⁰. Un argument esențial în favoarea opțiunii noastre doctrinare rezidă în faptul că procedura privind soluționarea cererilor de valoare redusă este o procedură simplificată și sumară, diferită de cea din dreptul comun. Or, în opinia noastră procedura instituită de Regulamentul nr. 861/2007 este incompatibilă cu procedura de drept comun reglementată de lege pentru soluționarea acțiunilor reale, cum ar fi cazul unei acțiuni în revendicare¹¹.

În ceea ce privește obiectul cererii introductive de instanță valoarea acesteia a fost stabilită în considerarea unei limite inițiale de 2.000, iar în prezent de 5.000 de EUR. Standardul instituit de

⁸ L. G. ALFARO VALVERDE, *El proceso europeo de escasa cuantia. Problemas y soluciones de su regulacion*, apud <www.Academia.edu/6704846>.

⁹ A se vedea F. FERRAND, “La reconnaissance mutuelle – Les principaux instruments communautaire”, în *Europa judiciară: 10 ani după Consiliul de la Tampere. Dreptul executării; perspective transnaționale. Dreptul la executarea silită în România*, Conferința internațională 13-15 mai 2009, Sibiu, Universul Juridic, București, 2009, 72.

¹⁰ C. C. DINU, *Proceduri speciale în noul Cod de procedură civilă*, Universul Juridic, București, 2013, 223; M. TABĂRCĂ, *Drept procesual civil*, Vol. II, Universul Juridic, București, 2013, 796; I. LEȘ, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, C. H. Beck, București, 2015, 1431.

¹¹ A se vedea I. LEȘ, *Noul Cod de procedură civilă*, 1431.

Regulamentul nr. 861/2007 este unul minimal, astfel că statele pot stabili limite mai ridicate în cadrul reglementărilor naționale pe care le adoptă. În unele state europene limita valorică stabilită în dreptul intern pentru soluționarea cererilor de valoare redusă depășește suma de 10.000 de EUR (Austria – 25.000 Euro, Portugal – 15000 Euro, Anglia – 10.000 Lire, Luxemburg – 10.000 Euro).

Proceduri speciale privitoare la cererile de valoare redusă sunt instituite în foarte multe țări democratice iar nu doar în cele membre ale Uniunii Europene. Remarcăm chiar și existența unor instanțe pentru micile creanțe, cu deosebire în statele aparținând sistemului de common law (Anglia, S.U.A., Canada, Australia, Noua Zeelandă, etc.). O caracteristică comună unor asemenea reglementări este tocmai aceea de a facilita accesul la justiție, în primul rând pentru consumatori și pentru întreprinderile mici și mijlocii. De asemenea, majoritatea acestor reglementări au ca obiect valorificarea unor creanțe de valoare redusă. Astfel, de pildă, în marea majoritate a statelor nord-americane plafonul valoric stabilit pentru incidența acestor proceduri a fost fixat la 5.000 de dolari. Un asemenea plafon valoric este stabilit în statul Connecticut, în Virginia și New Jersey. În Califonia plafonul valoric este mai înalt, respectiv de 7.500 de dolari : Interesant este de precizat că pentru corporații limita valorică este de 5.000 de dolari.

La fel ca și în S.U.A. și în Canada funcționează instanțe specializate pentru micile creanțe, iar în multe provincii canadiene plafonul valoric până la care poate fi atrasă competența acestor ”curți” depășește suma de 20.000 de dolari (Columbia Britanică, Noua Scoție, Ykon și Alberta)¹². În Canada, la fel ca în S.U.A., curțile pentru micile creanțe se bucură de o bună reputație, ceea ce este demonstrat prin faptul că întreprinderile mici și mijlocii, dar și consumatorii, recurg frecvent la procedurile instituite de lege în această materie. Astfel, cu titlu de exemplu, remarcăm că în Ontario, în anul 2005, au fost înregistrate la instanța pentru micile creanțe, denumită și ”tribunalul poporului” un număr de peste 70.000 de cereri. Precizăm că și în Anglia cererile de valoare redusă sunt date

¹² A se vedea și pentru alte referințe de drept comparat I. LEȘ, “Reglementări naționale și comunitare privind soluționarea cererilor cu valoare redusă”, 340-344.

în competența unor instanțe de prim grad, respectiv în competența tribunalelor de district, acestea având competența de a judeca cereri ce nu depășesc, în principiu, suma de 5.000 de EUR.

Am apreciat și cu un alt prilej¹³ că actuala reglementare europeană stabilește un standard foarte scăzut din punct de vedere al obiectului cererilor de valoare redusă. Este adevărat că Regulamentul, astfel cum am remarcat, stabilește doar un standard minimal. O soluție mai curajoasă se impunea.

Din acest punct de vedere aș mai remarca că ridicarea plafonului valoric la suma de 5.000 de EUR a fost făcută în baza Raportului Comisiei Europene din 19 noiembrie 2013 privind aplicarea Regulamentului (CE) 861/2007. Raportul consideră că procedura instituită de Regulament a facilitat accesul la justiție în litigiile transfrontaliere. El remarcă însă că această procedură nu a fost ”exploatăată la întregul său potențial în beneficiul consumatorilor și al întreprinderilor mici și mijlocii”. Raportul indică printre carențele acestei reglementări plafonul redus al cererilor la care se referă Regulamentul nr. 861/2007.

Surprinzător este după părerea noastră și faptul că majorarea dispusă prin Regulamentul nr. 2421/2015 este una deosebit de modestă. Și tot la fel de surprinzător este și faptul că potrivit art. 28 din acest din urmă Regulament Comisia va trebui să prezinte un nou Raport Parlamentului European, Consiliului Economic și Social European, până la data de 15 iulie 2022. Prin acest Raport se va evalua oportunitatea unei noi creșteri a plafonului valoric pentru a realiza obiectivul de a facilita accesul la justiție a cetățenilor și întreprinderilor mici și mijlocii în cauzele transfrontaliere. De asemenea, raportul va evalua și posibilitatea de extindere a procedurii cu privire la cererile de valoare redusă, în special în ceea ce privește cererile referitoare la remunerații, spre a facilita accesul la justiție a angajaților și a întreprinderilor mici și mijlocii în litigiile transfrontaliere. Precizăm că, în prezent, conform art. 2 alin. 2 lit.f) din Regulamentul nr. 861/2007 acesta nu se aplică în litigiile de ”dreptul muncii”.

Apreciem că pasul făcut de Regulamentul nr. 2421/2015 de ridicare a plafonului valoric de la 2.000 de EUR la 5.000 de EUR

¹³ I. LEȘ, “Reglementări naționale și comunitare privind soluționarea cererilor cu valoare redusă”, 345.

este totuși extrem de timid și aceasta în condițiile în care unele evoluții în materie de reglementări europene au fost mult mai curajoase. Avem în vedere și dispozițiile Regulamentului nr.805/2004 pentru constituirea unui titlu executoriu european pentru creanțele necontestate și chiar și dispozițiile Regulamentului nr. 1215 din 12 decembrie 2012 a Parlamentului European și a Consiliului privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială.

Exemplele din dreptul unor state membre ale Uniunii Europene puteau fi avute în vedere de autoritățile europene. Demnă de semnalat din această perspectivă este și o recentă reglementare din dreptul spaniol în materia arbitrajului. Astfel, potrivit noului Regulament al Curții Spaniole de Arbitraj a Consiliului Camerei de Comerț competența pentru litigiile simple și de valoare redusă a fost stabilită la un plafon maximal de 300.000 de EUR, iar sentința arbitrală trebuie pronunțată într-un termen de maximum 3 luni, față de 5 luni cât se stabilea în reglementarea actuală.

Totuși trebuie să precizăm că în Spania, prin Legea nr. 13 din 3 noiembrie 2009, plafonul valoric pentru soluționarea cauzelor de mică valoare a fost ridicat de la 3.000 la 6.000 de EUR. De notat însă că în Spania, prin aceeași lege, limita valorică până la care se poate aplica procedura ordonanței de plată a fost ridicată de la 30.000 de EUR la 250.000 de EUR.

O altă problemă de delimitare între cele două proceduri analizate în contextul de față vizează excepțiile de la domeniul de reglementare. În general, din rațiuni evocate deja, un număr important de excepții sunt comune, cum sunt cele privitoare la: cauzele fiscale, cele de dreptul muncii de asigurări sociale, cu caracter administrativ ori la cele în care statul participă în calitate de putere suverană (*acte jure imperii*).

În acest context se cuvine să subliniem și exceptarea arbitrajului de la procedura de soluționare a cererilor de valoare redusă. O asemenea exceptare nu este însă proclamată de Regulamentul nr. 1896/2006 privind instituirea unei somații de plată. Legat de această diferențiere două probleme se pot ridica. Prima este aceea de a determina semnificația acestei excepții în materia cererilor de valoare redusă. Iar cea de-a doua vizează rațiunea unei atari diferențieri.

Varii dispoziții din Regulamentul 861/2007 se referă la domeniul de incidență a procedurii pe care acesta o reglementează. Textul fundamental în prezent este cel din art. 2 din Regulament, astfel cum acesta a fost substituit prin Regulamentul nr. 2421/2015. În acest sens, art. 2 alin. 2 lit g.) se referă la inaplicabilitatea procedurii în privința aspectelor privitoare la arbitraj. Textul nu poate avea în opinia noastră decât semnificația că procedura specială a cererilor de valoare redusă nu se poate aplica în cadrul procedurilor arbitrale. O asemenea soluție este în opinia noastră indiscutabilă și ea poate fi dedusă și din faptul că Regulamentul nr. 861/2007 se referă în mod constant la soluționarea cererilor de valoare redusă de către ”instanțe” (art. 2 alin. 1, art.4, art. 8-9, art. 18, art. 20, etc.) sau de către ”instanța judecătorească” (art. 3 alin. 3). Procedura privind soluționarea cererilor de valoare redusă este însă o procedură alternativă, astfel că ea nu este obligatorie pentru reclamant. Ceea ce trebuie subliniat este doar faptul că această procedură nu se poate realiza în cadrul procedurilor arbitrale, astfel cum deja am precizat. Dar, în același timp, este indiscutabil că reclamantul poate să opteze dintru început pentru calea unei acțiuni în justiție și chiar pentru calea procedurală a arbitrajului, în măsura în care dreptul intern al unei țări nu interzice expres o atare posibilitate.

Regulamentul nr. 1896/2006 privind instituirea unei somații europene de plată se referă și el în mod repetat la ”instanță” (art. 1, art. 3 alin. 3, art. 7 alin. 4, art. 8-11, art. 12 alin. 5, art.17 etc.). Totuși în această materie sunt de observat și prevederile art. 5 alin. 3 din Regulament și conform cărora prin ”instanță” se înțelege orice autoritate a unui stat membru care este competentă în ceea ce privește somațiile europene de plată sau în orice altă materie conexă”. Regulamentul nr. 861/2007 nu cuprinde o dispoziție similară, împrejurare ce îndreptățește concluzia că în viziunea Regulamentului nr. 1896/2006 termenul de instanță pare a avea o accepțiune mai largă. În acest sens mai menționăm că în Preambulul Regulamentului nr. 861/2007 se precizează că în compunerea instanței trebuie să intre o persoană calificată să exercite funcția de judecător în conformitate cu dreptul intern (pct. 27). Interpretarea noastră poate fi pusă la îndoială, dar ea este dedusă însă din referirea Regulamentului

la ”instanță”, în traducerea acestui instrument procedural în limba română. Poate formula folosită în varianta spaniolă este mai semnificativă, aceasta referindu-se frecvent la ”organo jurisdiccional”. Oricum, atât în Spania, cât și în România cererile de valoare redusă sunt date în competența tribunalelor de primă instanță (judecătorii și respectiv juzgados de primera instancia). De asemenea, în Franța cererile de valoare redusă sunt date în competența tribunalului de proximitate sau tribunalului comercial, iar în Germania tribunalelor districtuale.

În analiza noastră nu se poate nega faptul că procedura somației de plată se derulează inițial în faza instanței și în cadrul unei proceduri necontencioase. Procedura poate deveni contencioasă doar în măsura în care pârâtul formulează obiecțiuni pe calea opoziției. Într-o asemenea împrejurare, potrivit art. 17 din Regulamentul nr. 1896/2006, procedura continuă ”în fața instanțelor competente ale statului membru de origine, cu excepția cazului în care reclamantul a solicitat în mod expres ca procedura să ia sfârșit în acest caz”. Același text precizează că procedura va continua în conformitate cu normele procedurii europene cu privire la cererile de valoare redusă sau ”oricărei proceduri civile naționale adecvate”.

Textul anterior comentat demonstrează compatibilitatea dintre cele două proceduri analizate anterior, dar numai în condițiile anterior precizate, adică în sensul posibilității de trecere de la procedura privind ordonanța europeană de plată la cea de soluționare a cererilor de valoare redusă. Pe de altă parte, textul permite și trecerea la orice ”procedură civilă națională adecvată”. Această trecere ar putea fi interpretată și în sensul acceptării unei proceduri arbitrale, împrejurare ce implică, în mod natural, acordul ambelor părți implicate în procedură.

Cele două Regulamente ridică o multitudine de alte probleme de interpretare, iar uneori divergențele pot avea cauze multiple, inclusiv diferențierile de reglementare la nivelul legislațiilor naționale, dar și chiar a unor traduceri oficiale inadecvate a unor documente normative europene, astfel cum se mai înâmplă. Din primul punct de vedere nu există dificultăți majore întrucât cele două regulamente se aplică direct în statele membre. O analiză a tuturor acestor probleme este dificil de realizat în cadrul demersului de față. De aceea ne referim în continuare doar la câteva aspecte mai relevante.

În primul rând constatăm că cele două proceduri au un caracter formalist, în sensul că ele se declanșează în baza unor formule model de cereri care sunt echivalente unui act introductiv de instanță. De aceea s-a spus și în doctrina franceză și germană că aceste proceduri au un caracter formular¹⁴ sau standardizat¹⁵.

O precizare importantă vizează faptul că ambele reglementări comunitare instituie și o procedură de regularizare a cererii. Asemenea proceduri de regularizare sunt reglementate și în dreptul intern al multor țări europene și chiar și în unele documente juridice internaționale, cum este cazul Anteproiectului de Cod de procedură civilă pentru America Latină. Ele sunt deosebit de utile pentru că permit regularizarea actului introductiv de instanță în chiar faza inițială a procedurii și accelerarea judecății. Conținutul unor asemenea reglementări naționale este adeseori diferit, dar scopul rămâne în toate cazurile același.

Revenind la cele două reglementări europene menționăm că procedura de regularizare în cererile de valoare redusă este statuată în art. 4 alin. 4) din Regulamentul 861/2007 și în art. 9 alin.1) din Regulamentul nr. 1896/2006. Primul text, permite organului jurisdicțional să-i ofere reclamantului posibilitatea de a completa sau rectifica formularul de cerere, dacă informațiile furnizate nu sunt suficient de clare sau dacă formularul nu a fost întocmit în mod corespunzător. Cel de-al doilea text permite și el rectificarea sau completarea formularului dar numai în situația în care nu au fost respectate cerințele stabilite de art.7 privitoare la conținutul actului introductiv de instanță. Regularizarea nu se poate dispune, în viziunea ambelor reglementări, dacă cererea este ”vădit nefondată” sau ”inadmisibilă”. Cele două Regulamente nu precizează care este conținutul celor două concepte. Preambulul Regulamentului nr.861/2007 precizează că aceste concepte se determină ”în conformitate cu legislația națională”.

Conceptul de cerere inadmisibilă nu ridică probleme

¹⁴ A se vedea în acest sens F. FERRAND, “Comparaison avec les procédures civiles française et allemande: La procédure européenne de règlement des petits litiges”, în *Liber amicorum J. Isnard*, Passerelle, Éditions juridiques et techniques, Paris 2009, 136.

¹⁵ A se vedea B. HESS, “The European payment Order”, 190.

deosebite de interpretare, întrucât se raportează la existența unor impedimente legale în realizarea dreptului reclamantului, cum ar fi prescripția sau autoritatea lucrului judecat. În schimb, sintagma ”vădit nefondată” poate ridica unele dificultăți, întrucât nici în dreptul intern ea nu este în toate cazurile suficient determinată. Astfel, de pildă, în dreptul românesc, sintagma ”vădit nefondată” este folosită de Noul Cod de procedură civilă în cazul procedurii de filtrare a recursurilor. Potrivit art. 493 alin. 5 C.pr.civ. completul de filtru poate respinge recursul și în acele cazuri în care el este ”vădit nefondat”. Această dispoziție procedurală a fost declarată ca fiind neconstituțională printr-o recentă decizie a Curții Constituționale. Decizia de neconstituționalitate se întemeiază pe faptul că eventualul caracter vădit nefondat a unui recurs este o problemă ce nu poate fi examinată în cadrul unei proceduri de filtrare, care este prealabilă unei judecări pe fond a recursului, ci doar în cadrul judecării în fond a căii de atac.

Problema se poate pune în aceeași termeni și în privința reglementărilor europene la care ne referim. În opinia noastră, soluția evocată este discutabilă, dar nu este cazul să insistăm în acest context asupra unei soluții naționale de neconstituționalitate. Ea subliniază existența unei dificultăți în privința realizării unei delimitări între ceea ce poate semnifica o cerere ”nefondată” sau ”vădit nefondată”. Prin urmare, judecătorul va trebuie să manifeste o atenție deosebită în examinarea caracterului ”vădit nefondat” al unei cereri spre a evita orice abuz procesual din partea acestuia. Precizez că și în Spania a fost ridicată problema constituționalității dispozițiilor legale privitoare la inadmisibilitatea unor acțiuni pe motivul că ele sunt în mod manifest nefondate. Iar o atare critică s-a făcut în considerarea faptului că o asemenea clauză de inadmisibilitate limitează accesul liber la justiție¹⁶.

Cele două regulamente nu instituie termene fixe în cadrul cărora trebuie realizată procedura de regularizare. Ele conferă judecătorului posibilitatea de a acorda un asemenea termen, iar cele două regulamente evocă chiar și posibilitatea prorogării termenului. În orice caz, termenul acordat de instanță trebuie să fie unul scurt,

¹⁶ A se vedea L. G. ALFARO VALVERDE, *El proceso europeo de escasa cuantia*.

dar rezonabil pentru ca reclamantul să aibă efectiv posibilitatea de a completa sau rectifica cererea. În niciun caz, un asemenea termen nu ar trebui să fie mai lung decât cel prevăzut în dreptul intern pentru regularizarea unei cereri obișnuite de chemare în judecată. Precizez că în dreptul românesc acest termen este de cel mult 10 zile de la primirea cererii de chemare în judecată (art. 200 alin. 3) C.pr.civ.).

O ultimă precizare ce se impune în legătură cu procedura de regularizare este aceea că aceasta se aplică și în privința cererilor reconvenționale formulate în cadrul procedurii de soluționare a cererilor de valoare redusă (art. 5 alin. 7 din Regulamentul nr. 861/2007). În dreptul românesc instituirea prin Noul Cod de procedură civilă a unei proceduri de regularizare a provocat vii controverse tocmai legate de incidența ei în privința cererilor reconvenționale și a celor privind participarea terților în proces. În general, doctrina a interpretat dispozițiile privitoare la procedura de regularizare ca având ca obiect numai actul introductiv de instanță nu și alte cereri incidentale. Oricum procedura de regularizare din dreptul comun nu este incidentă în cazul procedurilor speciale incompatibile cu aceasta¹⁷.

Cele două Regulamente europene aduc inovații importante și în materia probațiunii. Din acest punct de vedere deosebiriile dintre cele două proceduri sunt fundamentale și ele se datorează, în opinia noastră, naturii juridice distincte ale acestora. Astfel, procedura privind cererile de valoare redusă este una contencioasă, iar Regulamentul 861/2007 admite, în principiu, recursul la probele reglementate și în dreptul comun: declarații de martori, expertiză, declarații ale părților. Expertiza și depozițiile orale ale martorilor pot fi admise însă numai în măsura în care hotărârea nu poate fi pronunțată pe baza altor probe (art. 9 alin. 1). De asemenea, instanța trebuie să țină seama și de costurile implicate de administrarea probelor ordonate. Importante sunt și precizările făcute de același text (modificat prin Regulamentul nr.2421/2015) în sensul că instanța va trebui să opteze pentru metodele cele mai "simple" și mai puțin "costisitoare". Procedura privind ordonanța de plată se desfășoară în două etape, cea de emiteră a ordonanței și cea posteroară opoziției formulate de către pârât. Or, prima fază este una, în principiu,

¹⁷ A se vedea pentru aceste controverse I. LEȘ, *Noul Cod de procedură civilă*, 382-383.

necontencioasă și se realizează doar pe baza informațiilor formulate de regulă de către reclamant, fără să fie necesară administrarea altor probe. După formularea opoziției se va urma procedura de drept comun prevăzută în fiecare stat membru, cu excepția în care reclamantul renunță la aceasta. Or, într-o asemenea situație se vor administra în mod evident probele prevăzute în dreptul comun, fără nicio restricție deosebită.

O notă comună a celor două reglementări constă în faptul că procedura se poate desfășura fără să fie necesară reprezentarea părților printr-un avocat sau printr-un alt profesionist al dreptului (art. 10 din Regulamentul nr.861/2007 și art. 24 din Regulamentul nr. 1896/2006). Precizarea este importantă în condițiile în care în multe state europene reprezentarea prin avocat este obligatorie chiar și în fața instanțelor de fond. Menționez că, în prezent, în dreptul românesc reprezentarea părților printr-un avocat sau alt specialist al dreptului (consilier juridic) nu este obligatorie, dar ea este întotdeauna posibilă. Este de semnalat că în forma inițială a Codului de procedură civilă formularea cererii de recurs și susținerea recursului printr-un avocat sau consilier juridic era obligatorie. Aceste dispoziții au fost declarate neconstituționale cu motivarea că ele limitează accesul liber la justiție¹⁸.

Dispoziții diferite întâlnim în cele două regulamente și în privința căilor de atac ce pot fi exercitate de către părțile interesate. În sistemul Regulamentului nr. 861/2007 stabilirea căilor de atac ce pot fi exercitate este de competența legislațiilor naționale. Regulamentul determină, în art. 18, doar unele norme minimale privitoare la posibilitatea exercitării unei căi de atac. Aceste situații sunt limitativ determinate de acest text și se referă în general la asigurarea dreptului la apărare al pârâtului. Prin urmare, calea concretă de atac este cea stabilită în legislația națională a fiecărui stat.

În sistemul Regulamentului nr. 1896/2006 este instituită o singură cale de atac, anume aceea a reexaminării, care poate fi exercitată numai de către pârât în cazurile strict determinate de art. 20. Aceste cazuri sunt asemănătoare cu cele evocate și de Regulamentul nr. 861/2007, fiind destinate să garanteze dreptul de

¹⁸ A se vedea Curtea Constituțională, decizia nr. 462/2014, în Monitorul Oficial nr. 775 din 24 octombrie 2014 și decizia nr. 485/2015, în Monitorul Oficial nr. 539 din 20 iulie 2015.

apărare al pârâtului.

O regulă procedurală importantă este aceea conform căreia procedura europeană privind soluționarea cererilor cu valoare redusă este una scrisă. Această regulă este evocată într-o manieră imperativă de art. 5 alin. 1 din Regulamentul (UE) 861/2007. Totuși, astfel cum am remarcat, prin excepție de la această regulă, Regulamentul admite proba prin declarațiilor martorilor, experților și părților. În ceea ce privește Regulamentul nr. 1896/2006 nu conține o prevedere similară celei evocate anterior. Acest lucru este explicabil datorită naturii procedurii privind ordonanța de plată care se desfășoară în două etape. Or, în prima etapă ordonanța se poate emite doar în baza informațiilor furnizate de reclamant, respectiv tot în cadrul unei proceduri scrise, iar nu orale. De altminteri, chiar art. 8 alin. 1 din regulament dispune că cererea se examinează pe baza formularului întocmit de reclamant. În cazul unei opoziții formulate de pârât se poate trece la aplicarea procedurii de drept comun din statul membru respectiv, cu respectarea regulilor respective.

În dreptul unor state, cum este cazul Germaniei procedura este de regulă una orală, legiuitorul fiind favorabil acestui principiu. De asemenea și în Franța procedura în fața tribunalelor de vecinătate și a tribunalelor de comerț este una orală. Noul Cod de procedură civilă român promovează în mod consecvent principiul oralității dezbaterilor (art. 15). În materia cererilor de valoare redusă Noul cod român de procedură civilă consacră principiul potrivit căruia procedura este ”scrisă și se desfășoară în întregul ei în camera de consiliu”. Instanța poate dispune, prin excepție, și înfățișarea părților dacă apreciază că acest lucru este necesar pentru soluționarea litigiului.

Unele dintre cele mai notabile reguli de procedură vizează hotărârile pronunțate în conformitate cu prevederile celor două regulamente. Astfel, potrivit art. 20 alin. 1 din Regulamentul nr. 861/2007 orice sentință pronunțată într-un stat membru trebuie să se recunoască și să se execute într-un alt stat membru fără posibilitatea vreunei opuneri. De asemenea, spre deosebire de procedura de drept comun din multe state, în sistemul Regulamentului nr. 861/2007 hotărârea este executorie imediat, independent de posibilitatea exercitării vreunei căi de atac.

Deosebit de semnificative sunt și prevederile art. 19 din

Regulamentul nr. 1896/20016, text conform căruia: ”O somație europeană de plată devenită executorie în statul membru de origine se recunoaște și se execută în celelalte state membre fără a fi necesară o declarație de constatare a forței executorii și fără ca recunoașterea acesteia să poată fi contestată”. Textul este intitulat marginal chiar ”eliminarea procedurii de exequatur”.

Formulele folosite de cele două texte pot ridica unele probleme de interpretare. Astfel, de pildă, în dreptul românesc se discută dacă normele procedurale evocate presupun numai înlăturarea procedurii exequaturului, adică a procedurii de recunoaștere a hotărârii judecătorești pronunțate într-un alt stat sau și a celei de încuviințare a executării deciziei în statul solicitat, conform dreptului intern. În doctrina românească problema a fost controversată, iar jurisprudența mai recentă înclină înspre soluția conform căreia hotărârile străine nu pot fi executate în România fără autorizarea (încuviințarea) acesteia de către instanța competentă¹⁹. În acest scop se invocă faptul că regulamentele europene menționate au urmărit doar suprimarea procedurii exequaturului, iar nu și a procedurii de încuviințare a executării silite, astfel cum această procedură este reglementată în dreptul național (art. 666 din Noul Cod de procedură civilă român)²⁰.

Aceste din urmă dispoziții procedurale sunt printre cele mai

¹⁹ Unele dificultăți de interpretare sunt determinate, în opinia noastră, și de traducerea echivocă a unor documente normative europene, cum sunt cele analizate. Din acest punct de vedere am remarca că potrivit art. 20 din Regulamentul 861/2007 (versiunea în limba spaniolă) ”Orice sentință pronunțată într-un stat membru într-un proces cu valoare redusă trebuie să se recunoască și să se execute într-un alt Stat membru fără să fie necesară o declarație de executare și fără să existe posibilitatea de opunere a recunoașterii acesteia” (Cualquier sentencia dictada en un Estado miembro en el proceso europeo de escasa cuantía deberá reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro sin que se precise una declaración de ejecutabilidad y sin que exista la posibilidad de oponerse a su reconocimiento). Textul spaniol este intitulat marginal ”recunoaștere și executare”.

²⁰ A se vedea E. OPRINA / I. GÎRBULEȚ, *Tratat teoretic și practic de executare silite*, Vol. I. *Teoria generală și procedurile execuționale conform noului Cod de procedură civilă și noului Cod civil*, Universul Juridic, București, 2013, 323. A se vedea pentru detalii Ș. MIRCIOIU, ”Este necesară încuviințarea executării silite a titlurilor executorii europene?”, *Dreptul*, 2 (2016) 45-52. A se vedea de asemenea OPRINA / GÎRBULEȚ, *Tratat*, 323.

relevante din punctul de vedere al scopului urmărit prin cele două Regulamente, dar și prin alte documente juridice europene, toate vizând asigurarea unui spațiu care să garanteze posibilitatea de recuperare rapidă a creanțelor într-un spațiu comun de securitate și de justiție. Prin urmare, hotărârile pronunțate în cadrul celor două proceduri trebuie să fie executate întocmai ca și o hotărâre pronunțată în statul de executare și fără îndeplinirea altor formalități procedurale.

Dispozițiile din cele două regulamente privitoare la eliminarea exequaturului²¹ sunt conforme și cu alte instrumente juridice comunitare ce au fost adoptate în ultimii ani. Avem în vedere în primul rând dispozițiile art. 5 (intitulat marginal eliminarea procedurii de exequatur) din Regulamentul Parlamentului European și al Consiliului nr. 805/2004 privind instituirea unui titlu executoriu european pentru creanțele necontestate. Prevederi cu caracter general deosebit de relevante regăsim și în Regulamentul nr. 1215/2012 al Parlamentului European și al Consiliului privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială. Astfel, art. 36 alin. 1 din Regulament dispune că ”Hotărârile judecătorești pronunțate într-un stat membru se recunosc în celelalte state membre fără a fi necesară vreo procedură specială”. Textul consacra principiul recunoașterii de plin drept a hotărârilor judecătorești pronunțate într-un stat membru al Uniunii Europene. Alături de acest principiu art. 39 din același regulament promovează principiul executării de plin drept al hotărârilor judecătorești pronunțate într-un stat membru. Într-adevăr, potrivit acestui text: ”O hotărâre pronunțată într-un stat membru care este executorie în statul membru respectiv este executorie în celelalte state membre fără a fi necesară o hotărâre de încuviințare a executării”. Prin aceste dispoziții procedurale a fost promovat într-o manieră definitivă și indiscutabilă obiectivul Uniunii Europene privitor la circulația liberă a hotărârilor judecătorești în spațiul european²².

²¹ A se vedea pentru detalii A. CIRCA, “Reflecții cu privire la forța executorie a hotărârilor europene în România”, *Dreptul*, 6 (2015) 197-217. A se vedea de asemenea I. LEȘ, “Reglementări naționale și comunitare privind soluționarea cererilor cu valoare redusă”, 352.

²² A se vedea de asemenea Ș. AL. STĂNESCU, *Regulamentul (UE) nr. 1215/2012 adnotat cu explicații și jurisprudența CJUE*, Editura Hamangiu, București, 2015, 261.

Concluzii

Studiul de față a fost destinat să evidențieze rolul unora dintre cele mai importante instrumente juridice europene în garantarea accesului liber la justiție a consumatorilor, dar și a întreprinderilor mici și mijlocii, astfel cum se recunoaște chiar și în Preambulul Regulamentului nr. 1896/2006 (pct.6) și în Preambulul Regulamentului nr. 2421/2015 (pct.1).

Utilitatea acestor proceduri este incontestabilă, întrucât cele două regulamente analizate comparativ, dar sumar, în cele ce au precedat, au stabilit reguli noi de o mai mare simplitate în raport cu cele din dreptul intern și au ca scop soluționarea rapidă și cu minime costuri a litigiilor în care sunt implicați consumatorii, precum și întreprinderile mici și mijlocii. Succesul acestor proceduri a fost evident în unele țări europene. Un exemplu este edificator și el ne este furnizat de un prestigios doctrinar german. Acesta remarca că în Germania procedura ordonanței de plată a fost aplicată în aproximativ 7.000.000 de cazuri pe an, iar dintre acestea doar 10% au fost contestate²³.

Reglementări asemănătoare cu cele promovate de cele două regulamente întâlnim și în cuprinsul legislațiilor interne, iar uneori chiar în codurile de procedură civilă. Cu toate acestea, mai stăruie unele inadvertențe între aceste reglementări, care se datorează fie unei viziuni diferite a legiuitorului, iar uneori chiar unor traduceri nearmonioase a documentelor juridice europene. Oricum trebuie să ținem seama că reglementările europene analizate vizează doar litigiile transfrontaliere, pe de o parte, iar pe de altă parte, în mod incontestabil, ele se aplică direct unor asemenea litigii.

²³ A se vedea B. HESS, “The European payment Order”, 197.

A ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE PME E O SÓCIO GESTOR*



Ricardo Costa

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Membro e Investigador do Instituto Jurídico

The management of the SME company and the managing partner

Abstract: The limited liability company and the “closed” private company limited by shares are the types admittedly chosen for the exploitation of small and medium-sized enterprises (SMEs). In them it can be glimpsed the possibility of the partner/shareholder intervene through legitimate deliberations in matters of management (“managing” partner), in accordance

* O presente texto corresponde a uma versão desenvolvida da conferência proferida no Congresso.

Integra-se nas actividades do Grupo de Investigação *As PME's: Promoção da Inovação, Crescimento e Competitividade* do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Investigador Responsável: Prof. Doutor J. M. Coutinho de Abreu), no âmbito do Projecto «Desafios sociais, incerteza e direito» (UID/DIR/04643/2013), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia.

with the legal framework established for the determination and authorization of acts and transactions to be performed by the management organ. This possibility should be advised in a broad philosophy of “good corporate governance” of companies, in which it is not only imputed to owners of the capital the prospective verification of the results of the management (with eventual dismissals and actions of responsibility). However, this scenario should not fail to censor illegitimate and abusive actions, without prejudice to the legal distribution of organizational competences within companies, and to qualify these partners/sharedolders, especially in SMEs with close proximity between the partners and the management, as *de facto* directors (among other consequences and effects).

Keywords: limited liability company; private company limited by shares; small and medium-sized enterprises (SMEs); managing partner/shareholder; legitimacy; abuse; *de facto* director.

1. A sociedade por quotas e a sociedade anónima como tipos hospedeiros da PME

Será consensual afirmar-se que a sociedade por quotas e a sociedade anónima constituem, no domínio das sociedades comerciais, as estruturas de organização adoptadas pelos “empresários”(-comerciantes) para a exploração das empresas de pequena e média dimensão económico-laboral. Assim é, desde logo e antes de mais, pelo *benefício da irresponsabilidade* que, na relação contratual com os credores da sociedade, os quotistas e accionistas ostentam (arts. 197.º, 3, 198.º; 271.º¹). Mas não é de todo despiciendo invocar a (menor ou maior mas segura e consolidada) *organização legal* da programação das operações e actividades que esses tipos sociais (“sociedades de capitais”²) proporcionam³ – isto é, a distribuição de funções através da qual se conferem a determinados órgãos os

¹ Salvo indicação em contrário, todos os preceitos referidos sem menção de proveniência são do CSC.

² V. Ricardo COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal no direito português. Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002, n. 201 – 233-236.

³ A doutrina mais autorizada chega mesmo a referir-se a estes como “tipos sociais superiores” (Paolo SPADA, *La tipicità della società*, 1974, CEDAM, Padova, 218).

poderes necessários para formar a vontade da sociedade e para lhe dar execução –, uma vez que é nesses tipos que se atinge um “maior desenvolvimento e estruturação”, quando comparada com “uma forma ainda rudimentar ou embrionária nas sociedades de pessoas”⁴ (nomeadamente com o tipo de sociedade em nome colectivo).

De todo o modo, essa *regulação* das sociedades de “responsabilidade limitada” também não é indiferente ao critério da *dimensão* da empresa(-objecto) da sociedade. Esta dimensão *apontada pela lei* funciona, por sua vez, como critério delimitador da *pequena e média empresa* (PME).

Na sociedade por quotas, quando se ultrapassem determinados “limites”, deve constituir-se conselho fiscal ou fiscal único (que será, até essa dimensão, órgão facultativo e de previsão estatutária), a não ser que se designe revisor oficial de contas para proceder à revisão legal das contas (art. 262.º, 2 e 3). Os “limites” (desde que ultrapassados dois deles durante dois anos consecutivos) são: (i) mais de 1 500 000 € no *total do balanço*; (ii) mais de 3 000 000 € no *total das vendas líquidas e outros proveitos*; (iii) mais de 50 no *número de trabalhadores empregados em média durante o exercício*. Se assim for, estaremos perante uma *grande sociedade por quotas*, com órgão de fiscalização *imperativo* ou revisor oficial de contas sucedâneo, que não estará necessariamente na órbita da exploração da *pequena e média empresa*.

Seguindo o mesmo critério, também na sociedade anónima se exige um esquema de fiscalização reforçado – «conselho fiscal e revisor oficial de contas ou sociedade de revisores oficiais de contas que não seja membro daquele órgão» – em razão da maior dimensão empresarial – arts. 278.º, 3, 413.º, 2, *a*), 2.ª parte, em referência ao art. 413.º, 1, *b*). A “grande empresa” implica a (como se generalizou dizer-se) *grande sociedade anónima*. Ou seja, a sociedade que (também) durante dois anos consecutivos ultrapasse: (i) 20 000 000 € no *total do balanço*; (ii) 40 000 000 € no *volume líquido de negócios*; (iii) 250 no *número médio de trabalhadores empregados durante o período-exercício*.⁵

⁴ Ferrer CORREIA, *Lições de direito comercial. Volume II: Sociedades comerciais. Doutrina geral*, colab. Vasco Lobo Xavier, Manuel Henrique Mesquita, José Manuel Sampaio Cabral e António A. Caeiro, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1968, 319.

⁵ Para o confronto de outras formas normativas de segmentação dos “tipos de empresa”, v. o art. 100.º do Código do Trabalho, o art. 2.º do

Sem necessidade de acudir a qualquer critério de dimensão, também a essa fiscalização reforçada se obrigam as «sociedades que sejam emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado» – as sociedades anónimas “*abertas*” com dispersão de “capital” (arts. 13.º e ss do CVM) – e as sociedades que sejam totalmente dominadas por sociedades que sigam esse esquema reforçado – art. 413.º, 2, *a*), em referência ao art. 413.º, 1, *b*).

Tanto para as sociedades anónimas de “grande dimensão” como para as sociedades anónimas “*abertas*”, o CSC reserva outras consequências, resultantes dos arts. 396.º, 1 e 3 (prestação de caução ou celebração de seguro substitutivo de responsabilidade civil), 414.º, 4 e 6 (composição do conselho fiscal), 423.º-B, 4 e 5 (comissão de auditoria na estrutura monística), 434.º, 4 (conselho geral e de supervisão na estrutura de inspiração germânica).

Logo, *fora da grande sociedade por quotas, da grande sociedade anónima e da “sociedade aberta”,* teremos, como *fenomenologia típica no tráfico jussocietário*, PME exploradas por (*sociedades PME*):

- sociedades por quotas unipessoais ou pluripessoais, com maior ou menor pendor subjectivo e personalista (especialmente quando se exploram empresas com laços familiares), com um regime mais ou menos próximo da posição e da actuação dos sócios quotistas – nomeadamente, *em matéria de gestão*, com a qualidade simultânea de todos os sócios como gerentes, com a titularidade em vários sócios do direito especial à gerência, com o direito de o ou os sócios nomearem gerentes, ou ainda traduzido na competência deliberativa (clausulada nos estatutos) para os assuntos do art. 246.º, 2 (em especial as alíneas *c*) e *d*));
- sociedades anónimas compostas por um único accionista (sociedade-mãe) ou por um número reduzido de accionistas, geralmente ligados (também) por relações familiares ou “relações de domínio” – sociedades *familiares*⁶ ou *filiais*;

Anexo do DL 372/2007, de 6 de Novembro (*certificação por via electrónica/ “on line” da micro, pequena e média empresa*) e o art. 9.º do DL 158/2009, de 13 de Julho (*sistema de normalização contabilística*).

⁶ Sobre as “empresas familiares”, v. António Dias da CUNHA, “Empresas Familiares: onde a pressão competitiva encontra a força das emoções”, *Ab Instantia – Revista do Instituto do Conhecimento AB*, 5 (2015) 87 s.;

tipicamente seguindo a estrutura clássica ou tradicional (arts. 278.º, 1, *a*), 390.º e s.) e, dentro dela, actuando com administrador único e conselho fiscal ou fiscal único (arts. 278.º, 2, 390.º, 2, 413.º, 1, *a*)); frequentemente regidas por previsões estatutárias que limitam a transmissibilidade das acções nominativas (art. 328.º) e por acordos parassociais que abrigam condutas concertadas dos sócios “maioritários” ou dos minoritários que se agregam em “grupos de controlo” da vontade da sociedade (particularmente para exercício do direito de voto em sede de matérias estratégicas para a sociedade) – sociedades *fechadas*.

2. A relação dos sócios com a gestão orgânica da sociedade comercial como princípio de “boa governação”⁷

As sociedades comerciais são entidades dotadas de personalidade jurídica. Como entidades *construídas* pelo direito *sub specie personae juris* necessitam de órgãos que, com estabilidade e permanência, exerçam a sua actividade, prossigam o seu fim e formem a sua vontade, enquanto *agir próprio* do ente personalizado. Os gerentes e administradores são precisamente os membros do órgão encarregado do funcionamento interno da sociedade, da gestão dos negócios e actividades sociais e da representação da sociedade em face de terceiros (a *administração* e a *representação sociais*). Ligam-se à sociedade por um nexo de *organicidade* (*Organschaft*) que nos conduz à existência de um *elenco de funções e competências* do órgão de administração, atribuídas pela lei às pessoas titulares ou membros do órgão como detentoras da habilitação para levar a cabo essas competências *próprias e distintivas* em relação aos outros órgãos da sociedade. A imputação dessas

Alexandre de Soveral MARTINS, “Governação das empresas familiares em Portugal. Algumas notas sobre as sociedades por quotas”, *DSR*, 15 (2016) 13 s.; Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Manual de governo das sociedades*, Almedina, Coimbra, 2017, 35 s.

⁷ Seguirei, no essencial, o exposto em Ricardo COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014 (reimp.: 2016), 31 s., para onde se remete para consultar as referências bibliográficas de diálogo (não referidas) e vários outros desenvolvimentos.

funções e competências ganha corpo numa “listagem” de poderes, obrigações e vínculos, que dão conteúdo à chamada *posição jurídica* ou *estado jurídico* ou *cargo* do administrador⁸.

A transformação estrutural do esquema organizatório das sociedades de capitais (por acções, em particular) que chegaram até ao momento presente – a charneira decisiva terá sido a acentuação do *Führerprinzip* na *Aktiengesetz* alemã de 1937⁹ – foi marcada pela *inversão da relação de competências* entre a assembleia dos sócios e o órgão administrativo, que passou a concentrar *em termos genéricos* os poderes de gestão. A assembleia deixou de ser o órgão soberano, onde se depositam todos os poderes sociais, delegados em maior ou menor medida nos administradores, vistos como simples executantes (“mandatários”, portanto) da vontade dos sócios – a ela se passaram apenas a reconhecer as competências explicitamente e especialmente previstas pela lei. O ideal *democrático* de sociedade (anónima, em esp.), assente numa igualdade de direitos de todos os sócios e numa participação intensa de todos eles, através do exercício do direito de voto nas assembleias da decisão, não resistiu à indiferença dos “proprietários” em relação aos negócios sociais, à pulverização ou fragmentação do “capital” e à deserção das reuniões magnas (com enfoque nas sociedades de grandes dimensões), com excepção daquelas em que se decidia sobre a repartição do dividendo. De tal sorte que a competência *geral* em matéria de gestão e funcionamento interorgânico da sociedade estabilizou-se, por via directa e autónoma, no órgão de administração, depositário exclusivo de uma função exercida tendencialmente com independência formal em relação aos sócios enquanto tais, salvo os poderes sobre a administração expressamente reservados para a assembleia (legal ou estatutariamente, particularmente sob a forma de autorizações para o cumprimento de actos de gestão) ou, como acontece na nossa sociedade por quotas, o poder de emitir, por via deliberativa e espontânea, as directivas de actuação dos administradores nas matérias de gestão da actividade social. Abandonou-se a apelidada “soberania da assembleia” – esta não avoca para si a administração

⁸ Nesta designação incluem-se tanto os “administradores” das sociedades anónimas como os “gerentes” dos restantes tipos sociais.

⁹ V. por todos Herbert WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht. Eine Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Band I – Grundlagen*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1980, 30.

sem mais, no contexto da pretendida separação de poderes entre órgãos; não emite instruções vinculantes nos assuntos da gestão; não revoga os actos da administração; não abdica dos administradores sem a observância do expediente próprio de destituição; etc. – em favor de uma estrutura organizatória tendencialmente neutral e autoritária que privilegia a função *empresarial* dos administradores e dá à assembleia, acima de tudo, uma capacidade de *verificação ulterior e retrospectiva* dos reflexos concretos dessa função¹⁰.

A *institucionalização do desinteresse dos sócios*¹¹ solidificou o poder da “tecnoestrutura”, colocada no *centro da organização societária* em face da dispersão dos capitais investidos e a mobilização de grupos de accionistas que controlam a sociedade, assente num conjunto de especialistas profissionais dotados de conhecimentos técnicos específicos e investida com autonomia nos mais amplos poderes e competências de *agir* na gestão.¹² Para os sócios (em função da titularidade

¹⁰ Roberto WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1974, 78-79.

¹¹ Salvatore PESCATORE, “Gestione e certezza”, *Strutture societarie e autonomia contrattuale – Saggi*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, 191.

Nas p. 192-193, o Autor conclui: “O relevo da estrutura organizativa, através da qual se exerce a empresa, acelerou, assim, o processo de *atenuação da propriedade*. (...) Na empresa capitalística – nomeadamente naquela de grandes dimensões, e, entre estas, seja como for, nas cotadas em bolsa –, a organização, entendida como coordenação de normas imperativas que distribuem os poderes necessários, torna sempre mais ténues os [poderes] dos accionistas. (...) Explica-se deste modo a substituição do *modelo do direito de propriedade* por aquele do *acto de destinação da empresa*” (sublinhei).

¹² Fora do estrito domínio do órgão de administração, o fenómeno de descentralização de funções identifica-se (mesmo a níveis internos mais sub-hierarquizados ou em domínios externos) na especialização crescente de tarefas e na sua distribuição por *auxiliares e colaboradores*, em princípio fiscalizados pelos administradores (ou a sua actuação por eles ratificada), sendo o “director geral” aquele que mais perto se coloca hierarquicamente do órgão de administração na assunção de uma esfera de competências integrada por funções que correspondem, na origem, à administração. Assim, à tradicional “relação bilateral” entre sócios e administradores (ou entre proprietários e *managers*), em que repousa a dissociação entre “propriedade e controlo” da riqueza concentrada e gerada pela actividade social, sucedeu uma “relação trilateral” entre sócios, administradores e *dependentes* da sociedade, que implica um reforço indirecto da posição dos administradores, chamados a realizar um “papel de coordenação e de mediação entre os interesses dos portadores de capital e daqueles portadores da força de trabalho”: Francesco GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Volume III: L'impresa e le società. Tomo 2. Le società di capitali e le cooperative*, 3.^a ed., CEDAM, Padova, 1999, 37-38, 39.

da participação social) e para a assembleia reserva-se a *fiscalização geral do funcionamento da sociedade e da actuação dos seus órgãos*, mesmo que indirecta e *a posteriori* – precipitada fundamentalmente na avaliação global dos resultados da gestão, que é sindicada aquando do relato anual das “contas”, e na avaliação das opções de gestão (nesta perspectiva, o “direito à informação”, previsto na lei (arts. 21.º, 1, *c*), 181.º, 214.º-216.º, 288.º-292.º, 474.º, 478.º, 480.º) e no contrato de sociedade, será sempre um poder imprescindível para o controlo e fiscalização da gestão *em concreto* exercida), que se transporta para a legitimidade própria em decidir sobre acções de responsabilidade – mas impede-se que ela se afeiçoe a qualquer forma de *subordinação* ou *supremacia de natureza hierárquica* ou outra.¹³

Os poderes dos sócios, vertidos oficialmente nas competências do órgão “*deliberativo-interno*”¹⁴, deixaram, portanto, de ser ilimitadamente soberanos. Ainda assim, falamos *dos sócios*, aqueles que,

Uma outra transferência de poderes se veio a produzir, por seu lado, no interior do próprio órgão de administração, quando se opta por atribuir poderes de gestão (e de representação, se for o caso) a certos administradores através das formas de *delegação orgânica* consagradas na lei (para o CSC, arts. 261.º, 2, 407.º e 408.º, 2). Aqui já pertence a um círculo ainda mais reduzido de pessoas (os administradores delegados) o efectivo *management* inerente a essa “tecnoestrutura”, ainda que com poderes menos amplos, mais circunscritos e, teoricamente, exercidos com menor grau de independência; ainda assim, nas sociedades anónimas (em especial as “abertas”), com um conselho de administração numeroso e pouco ágil para adoptar as decisões que a gestão social diária exige, são os conselheiros delegados e as “comissões executivas” que ocupam o centro do sistema das funções directivas e mais próximos estão dos sócios ou grupo de sócios que controlam a sociedade.

¹³ A sedimentação desta distribuição de competências entre os dois principais órgãos da sociedade tem óbvias vantagens quanto à certeza e segurança jurídicas proporcionadas no campo das relações internas e externas da sociedade. E, como bem salienta Alexandre de Soveral MARTINS, “Artigo 192.º”, in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Volume III (Artigos 175.º a 245.º), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, 139, “protege também interesses de terceiros e em particular dos credores da sociedade. Desde logo, para responsabilizar é necessário identificar quem tem competência para fazer o quê. Quanto à representação da sociedade, é evidente que os terceiros ficam mais protegidos se souberem com quem devem tratar para que a sociedade se vincule”; v., do mesmo Autor, “Artigo 405.º”, in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), Almedina, Coimbra, 2013, 404.

¹⁴ Coutinho de ABREU, *Curso de direito comercial. Volume II: Das sociedades*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, 62.

independentemente das variações nos tipos sociais acerca da sua possibilidade de intervenção na gestão, delimitam *ab initio* – com a designação – e *a final* – com a destituição, proveniente da tomada de fiscalização sobre a sua conduta (e, ainda, o eventual exercício de acção de responsabilidade), e a possibilidade de designação de novos administradores (para além das faculdades no domínio da sua remuneração)¹⁵ – o espaço de actuação dos administradores e gerentes. Estes, em rigor, acabam por sofrer, na relação com os sócios (tendencialmente) *nomeadores e maioritários ou controladores*, de uma espécie de *subordinação mitigada*, que não convém perder de vista, até porque explica em grande parte a subordinação *confidencial mas efectiva* que *esbate ou suprime* a autonomia decisória e executiva que marca por princípio o exercício da função administrativa.¹⁶

Por sua vez, a *concentração de poderes* no órgão administrativo não impede que um certo *tipo de personalismo e de proximidade com os sócios* na gestão seja mais marcada nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas “fechadas” – fenomenologicamente típicas para as PME –, ao invés de uma estrutura *mais hierarquizada e notoriamente*

¹⁵ Em geral, isto é, para a compreensão do segmento do art. 980.º do CCiv. que se refere ao «exercício em comum de certa actividade económica», “a sociedade está organizada de modo a assegurar-se a todos os sócios uma qualquer participação, ainda que apenas indirecta, na *condução* da actividade em causa (*maxime*, através da designação dos que a irão dirigir) ou, pelo menos, na supervisão ou controlo da mesma”: Vasco Lobo XAVIER, *Sociedades comerciais. Lições aos alunos de Direito Comercial do 4.º ano jurídico*, FDU, Coimbra, 1987, 13.

¹⁶ V. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 260-261 (o *poder de influência* dos sócios – “assente genericamente em faculdades nucleares: nomear, destituir e reconfirmar (ou não), nomeadamente depois de verificada causa temporal de caducidade, os membros dos órgãos de administração e de fiscalização; fixar as remunerações dos administradores; decidir a instauração de acções de responsabilidade; aprovar ou rejeitar as ‘contas’ de exercício; decidir ou autorizar propostas de actos de gestão; alterar o ‘contrato de sociedade’” – “dá ao sócio maioritário ou de comando (individualmente ou em coligação) a *capacidade de determinar a composição do órgão administrativo (pelo menos a sua maioria) e promover ou impedir (directa ou indirectamente) a adopção de decisões relativas à administração e, em particular, à gestão empresarial*. Ou seja, de *orientar a actividade da administração e dos administradores*.”); Carolina CUNHA, “Acordos parassociais e relações dos sócios com os administradores: análise de algumas cláusulas frequentes”, *Ab Instantia – Revista do Instituto do Conhecimento*, 5 (2015) 61-62 (esp. n. 64), 83-84: poder ou influência de facto sobre os administradores, tolerado pelo CSC (v. *infra*, n. 60).

mais abstracta da pluralidade de sócios, dispersos e abstencionistas, nas sociedades anónimas “abertas” e presentes nos mercados da negociação mobiliária. Naquelas a administração tende a ser informal, com decisões desprovidas do procedimento colegial e orientadas para o consenso, seja este interno, seja este obtido na confluência de vontades com os sócios. Nas últimas, porém, a *separação entre a propriedade social e o controlo ou domínio da exploração da actividade social* – ou, numa outra enunciação, entre o *capital sem poder* e a *gestão sem capital*¹⁷ – é mais nítida e tende a precipitar mecanismos de gestão de timbre formal e colegial, despreocupados com o acordo de propósitos dos accionistas (mesmo que, hoje, se veja um acréscimo de conciliação com os interesses dos chamados “investidores institucionais”¹⁸).

Mesmo assim, a importância e a função que as sociedades comerciais entregam hoje ao órgão administrativo, nomeadamente na sociedade anónima (todavia menos, como veremos, na sociedade por quotas), em prejuízo dos sócios (ou sócio) e do espaço e procedimento de expressão da sua vontade – a assembleia –, nem sempre se realizam como *idealmente* os desenhos legais pretendem. Com efeito, essa pretensa neutralidade e autoridade própria são esbatidas quando vemos que os administradores e toda a restante classe de *managers* não orgânicos se acabam por ligar através de um cordão umbilical ao sócio ou ao grupo de sócios que efectivamente dominam a sociedade – que, como “porta-vozes” ou “protectores” da propriedade (sem estarem presentes no órgão administrativo), determinam e/ou instruem (mais ou menos) “confidencialmente” ou “secretamente” (fora das assembleias e dos respectivos procedimentos de deliberação sobre matérias de gestão e, assim, escapando à fiscalização das minorias) a “política empresarial” a ser actuada pelos administradores¹⁹ –, ou, depois, esses

¹⁷ Rudolf WIETHÖLTER, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht*, C. F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1961, 210 (“die Trennung von nicht regierendem Kapital und kapitalloser Regierung”).

¹⁸ O que marca um “novo paradigma” para a anónima – Pedro MAIA, *Voto e corporate governance. Um novo paradigma para a sociedade anónima*, Volume II, FDUC, Coimbra, 2009, 1198 s. – e levanta “mudanças no perfil dos conflitos”, em especial perante accionistas “ativistas” – Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Manual de governo das sociedades*, 64 s.; v. ainda Carlos Francisco ALVES, *Os investidores institucionais e o governo das sociedades: disponibilidade, condicionantes e implicações*, Almedina, Coimbra, 2005, 51 s.

¹⁹ V. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, 351-352 (que se refere a uma “qua-

mesmos administradores acabam por ser, mediante a aquisição de relevantes cotas das participações sociais das sociedades administradas, um ou o bloco principal da classe que detém a propriedade.²⁰ Sob formas mais ou menos reconstruídas, a moderna “empresa corporativa” continua a estar vezes demais submetida ao poder desse “grupo

se-autonomia” aquando desse condicionamento nas sociedades com uma ampla base de accionistas); Francesco GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 36 (que salienta o facto de os administradores deverem a sua eleição e a sua própria remuneração ao “grupo de comando”, para além de dele dependerem para serem reconfirmados aquando da caducidade do cargo).

Por cá, reflectiram estes contributos Ilídio Duarte RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas – Organização e estatuto dos administradores*, Livraria Petrony, Lisboa, 1990, 292; Coutinho de ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, 1996, Almedina, Coimbra, 239-240, acentuando, em vez da contraposição entre os sócios e os especialistas e/ou administradores, tendo em conta que os *managers* continuam basicamente como “funcionários do capital”, a outra contraposição entre os “accionistas” que compõem o “grupo de controlo da sociedade – e que são, frequentemente, uma restrita minoria não só numérica mas também de capital –” e a “massa inumerável dos accionistas estranhos ao grupo de controlo”, IDEM, *Governança das sociedades comerciais*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, 57; Alexandre de Soveral MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra Editora (Studia Iuridica 34), Coimbra, 1998, 15-16. Num outro escrito, Coutinho de ABREU, “Notas sobre o poder nas sociedades anónimas”, in António Avelãs NUNES/Jacinto Miranda COUTINHO, coord., *O direito e o futuro. O futuro do direito*, Almedina, Coimbra, 2008, 343, diferencia nitidamente entre as “sociedades [anónimas ou por acções] em que a propriedade das acções é difusa, dispersa, sem accionistas dominantes”, em que “os administradores (a ‘tecnoestrutura’), actuando sem suficiente controlo-fiscalização dos accionistas (‘proprietários’ absentistas ou racionalmente apáticos) e detendo o controlo-domínio de facto da empresa social”, e as “sociedades com accionistas dominantes (sem vincada separação entre ‘propriedade’ e ‘controlo’)”, em que “os administradores – quando não sejam aqueles ou seus representantes – possuem muito menor poder e liberdade (são influenciados e fiscalizados pelos sócios dominantes, que podem demiti-los)”.

²⁰ Para desenvolvimentos sobre as realidades práticas de indissociação e profissionalização do *management* e as dificuldades e debilidades da fiscalização dos “tecnocratas” (administradores ou não) que realizam funções administrativas, v. Ernst-Joachim MESTMÄCKER, *Wervaltung, Konzerngewalt und rechte der Aktionäre*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1958, 59 s., 69 s.; Rudolf WIETHÖLTER, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft*, 213 s.; Gastone COTTINO, *Diritto societario*, Quinta edizione del *Diritto commerciale*, Volume I, Tomo II, colab. Oreste Cagnasso, Alessandro Monteverde, Luciano Quattrocchio, CEDAM, Padova, 2006, 382 s.

intermédio” (*mediary group*) fora do esquema jurídico (*extra-legal*), pelo menos distinto da colectividade dos sócios enquanto tal, que Adolf Berle, Jr. e Gardiner Means popularizaram – numa acepção que perdura para enquadrar a dissociação entre a “propriedade”, dispersa e desorganizada, e o “controlo” da gestão, verdadeiramente escolhida e dominada por um reduzido número de “proprietários” – como o “grupo de controlo”. Ou seja, o conjunto de sócios em cujas mãos repousa na prática a eleição (ou a própria integração) dos administradores (ou a sua maioria) e/ou o exercício de pressão que influencia a sua eleição e a indução das políticas a seguir²¹. Em rigor, sempre que este “grupo” ou “bloco de controlo” existe e exerce efectivamente o *domínio*, sendo a assembleia praticamente uma caixa de ressonância dos arranjos e dos acordos (também parassociais) que se ajustam fora dela, apenas subsiste uma “separação parcial” entre propriedade e controlo; quando esse “grupo” ou “controlo” não existe ou não se consegue organizar concertadamente, então sim os administradores e aqueles que actuam sob sua direcção e supervisão passam a ser os *key players* no processo de tomada de decisão imputável à sociedade²².

Afora isso, numa perspectiva (digamos) *fisiológica*, o ordenamento pressupõe que as decisões relativas à condução da sociedade encontrem um referente *formal* nos órgãos que resultam do estatuto organizativo de cada um dos tipos. Porém, não solicita que os processos de formação da vontade social sejam completamente herméticos

²¹ *The modern corporation and private property*, The MacMillan Company, New York, 1932, 1 s., 47 s., esp. 69 s. (para as diferentes formas de “control” que se separam da “ownership” na *public (publicly held) corporation*, até ao limite da dispersão que funda o “management control” sem qualquer constrição: “[p]ropriedade da riqueza sem controlo apreciável e controlo da riqueza sem propriedade apreciável parecem ser as consequências lógicas do desenvolvimento corporativo”), 119 e ss, e, esp., 232-233, 239. Entre nós, Coutinho de ABREU, *Da empresarialidade*, 236-237 e n. 615, encontrou em Adam Smith e Karl Marx pensamentos antecipadores da dissociação entre propriedade e controlo consagrada por Berle e Means.

Sobre o debate da conflitualidade entre *shareholders* e *managers* motivado pela tese de Berle/Means e os remédios aduzidos para induzir os *corporate managers* a satisfazer os interesses dos sócios, v. por todos William KLEIN/John COFFEE, JR., *Business organization and finance. Legal and economic principles*, Foundation Press/Thomson West, New York, 2007, 178 s., 195 s.

²² Stephen BAINBRIDGE, *Corporate law*, 2nd ed., Foundation Press/Thomson West, New York, 2009, 72-73.

entre os órgãos, de tal forma que o impulso e o desenvolvimento de cada um deles apenas ocorram naqueles centros de competência e através dos mecanismos *típicos* predispostos pela lei para o seu funcionamento. É muito provável que essa *rigidez* não se encontre (ou não se consiga) nas realidades empresariais complexas, em que múltiplos sujeitos ou estruturas técnicas, a montante ou a jusante da organização societária *tout court*, concorram *ab externo* para a determinação e actuação do interesse social²³, sem que, com isso, se comprometa a independência *abstracta* das escolhas dos órgãos (em especial o administrativo), uma vez que esse concurso não se afigura suficiente para atacar a autonomia compatível com o poder decisório e executivo sobre a gestão – desde logo a possibilidade de recusar ou filtrar as pressões e as recomendações de todos esses “centros de influência externa”, mesmo que endossocietários (sócios, clientes, financiadores, *partners* comerciais, etc.). O que o ordenamento não admite *por regra* é que essa contribuição se plasme numa transferência do governo da sociedade para fora do competente órgão social e/ou se traduza numa submissão *de facto* do órgão de administração e de representação a esses *sujeitos ou centros de influência externa ao órgão*²⁴, atacando o núcleo mínimo e insuprimível da sua sobrevivência e, por isso, a compatibilidade com os princípios essenciais do modelo societário (ainda que variáveis tipologicamente)^{25, 26}

²³ Segundo o mesmo Stephen BAINBRIDGE, *Corporation law and economics*, Foundation Press, New York, 2002, 517, a grande virtude da “Berle-Means corporation” (portanto, assente na divisão entre *propriedade* e *controlo*) é ter fornecido uma estrutura hierárquica de tomada de decisão ajustada à operatividade da “*large business enterprise*”, “com numerosos trabalhadores, *managers*, sócios, credores, e outros *inputs*”.

²⁴ Sobre as modalidades de “influência bastante” ou “suficiente” sobre os administradores de direito, v. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 654 s.; em acrescento, ainda as p. 304 s., 310 s., 733 s.

²⁵ Ou seja, como resume Rui Pereira DIAS, “Artigo 83.º”, in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Volume I (Artigos 1.º a 84.º), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, 1038 (em referência ao art. 83.º, 4), “[t]al não significa (...) que *toda a influência* sobre os órgãos sociais seja *ilícita*, pois nem sempre ela se consubstancia num verdadeiro desrespeito pelas regras da organização societária”.

²⁶ V., com proveito, a obra de referência de Fabrizio GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, G. Giapichelli Editore, Torino, 2004, 149 s.

Seja como for, a imputação ao órgão de administração de um papel primordial nas escolhas decisórias inerentes ao cumprimento do objecto social é algo de coerentemente assumido, mesmo que vivamos um tempo de *dúvidas* sobre esse poder – nomeadamente por se ter tornado oligárquico – e, conseqüentemente, de *maior exigência e fiscalização* no desempenho do papel de *governança* a cargo dos administradores. Um tempo em que o rigor e a transparência são pedidos para criar confiança, conquistar capitais para as sociedades-organizações e fazer levantar as cotações dos respectivos títulos; um tempo em que essas virtudes são associadas ao administrador que, como se vulgarizou dizer, se compromete em *criar valor*, qual medida da sua capacidade e, por arrasto, do juízo sobre a sua responsabilidade²⁷.

Não surpreende, tendo em conta a confluência desses vários fenómenos, que se aviste novamente um desejo de recrudescer *oficialmente* a importância dos sócios e da assembleia na dialéctica com os administradores, de tal modo que se encete recuperar a atribuição do primado do interesse e vontade dos sócios no âmbito da organização societária – como que repristinando a velha fórmula, justa ou injustamente *démodé*, da assembleia enquanto “*órgão soberano*” ou, pelo menos, *proeminente* – e se assinale o abdicar do *radicalismo* do princípio da actuação gestória (em princípio) exclusiva dos administradores. Não se trata somente de revigorar o poder de os sócios fiscalizarem genericamente a actividade dos administradores – traduzido na possibilidade subsequente de destituir e responsabilizar os administradores pelas suas condutas –, mas antes de *orientar prescritivamente ou sob autorização prévia* a gestão da empresa social. Neste enquadramento se devem oferecer hermeneuticamente os nossos arts. 259.º; 405.º, 1, e 373.º, 2 e 3; 442.º, 1 (tratando-se do conselho geral e de supervisão da anónima, em conjugação com o art. 435.º, 1) e 2, à luz de uma espécie de uma nova *democratização* da sociedade (anónima, em particular), em nome da última palavra entregue aos sócios (não só autorizando ou vetando, mas até impondo) sobre as escolhas administrativas que, tendo em conta a sua dimensão e o seu potencial de risco, se reflectem criticamente sobre a estrutura económica, patrimonial e financeira bem como sobre a política empresarial da sociedade, na qual

²⁷ V. Francesco FERRARA JR./Francesco CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 13.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2006, 578.

estão confiadas expectativas de ganho por intermédio do acréscimo de valor das participações sociais.

De tal modo que as normas de conduta e princípios de “boa governação” societária se ampliaram para além das dinâmicas internas de funcionamento e de relacionamento entre o órgão de administração e de fiscalização e a obtenção de soluções e procedimentos para os problemas de “agência” corporativo-societária, de assimetria da informação, de determinações de responsabilidade e do reforço da confiança dos investidores. As regras de *corporate governance* não podem deixar de convocar a tutela da vontade e dos interesses dos *proprietários do capital*, isto é, os sócios titulares das participações sociais. Afinal, não é para eles, em primeira linha, que se pretende criar valor e melhorar a eficiência da gestão? Se assim é, não é a eles que deve competir a pronúncia sobre as *decisões estratégicas e estruturais da gestão da empresa* que é explorada pela sociedade cujas participações lhes pertence? Assim sendo, como se justifica que não se intensifique, em geral e em especial, a sua participação na administração *gestionária* da “sua” sociedade, desde que essa participação tenha fundamento e a distribuição orgânica *fisiológica* das competências não se fra?

As respostas apenas podem ser vistas de acordo com um princípio essencial: comprometer os sócios *mediante um exercício efectivo do direito de voto no processo de tomada de decisão gestionária* e, dessa forma, chamá-los para *partilhar em cooperação interessada a gestão com os gestores designados para a administração formal da sociedade* deve ser, dentro das *balizas do sistema*, regra de uma sociedade “bem governada”²⁸.

²⁸ V., entre nós, as reflexões de Carlos Francisco ALVES, *Os investidores institucionais e o governo das sociedades*, 21 s., 41-43; Pedro MAIA, *Voto e corporate governance*, 800 s., n. 1625 – p. 1047-1048, 1165 s., 1204 s. (“primazia dos accionistas e do seu activismo”); André FIGUEIREDO, “Voto e exercício do direito de voto”, *Código do Governo das Sociedades anotado*, Governance Lab, Almedina, Coimbra, 2012, 84 s.; Ana Perestrelo de OLIVEIRA, 79 e s. (com chamamento da Directiva 2017/828/EU, entretanto adoptada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, de 17 de Maio, que alterou a Directiva 2007/36/CE no que se refere aos incentivos ao envolvimento dos accionistas a longo prazo), 82-83, 204-205 (“abordagem colaborativa” da teoria do *engagement*); na Alemanha, recentemente, Bernd GRAßL/Tobias NIKOLEYCIK, “Shareholder Activism und Investor Activism. Typische Handlungsweisen aktivischer Aktionäre und Investoren, angemessene Vorbereitung und mögliche Reaktion der Zielgesellschaft”, *AG*, 3 (2017) 49 s., esp. 53-54, 60.

3. Poderes dos sócios na gestão da sociedade comercial de responsabilidade limitada – o “sócio gestor”²⁹

É na exploração de PME através de sociedades por quotas e sociedades anónimas que mais se faz sentir o *sócio na função de gestor* (independentemente de ser administrador ou gerente e do exercício enquanto tal da função-cargo de administrador ou gerente)³⁰. Ou seja, quando *a lei e/ou os estatutos (como regra) atribuem ao(s) sócio(s) – enquanto titulares do órgão deliberativo-interno e não enquanto administradores, mesmo que acumulem o ofício – poderes de administração e de gestão empresarial, em especial ou em geral (desde que legitimamente exercidos na órbita do seu poder deliberativo e fora da esfera da administração de facto*³¹)³².

Com proveito, v. o ponto II, B. e C.3. dos Princípios da OCDE e do G20 (“Os acionistas devem ser suficientemente informados sobre e ter o direito de aprovar ou participar em decisões relativas a alterações societárias fundamentais, tais como: 1) alterações aos estatutos, ao contrato social, ou a documentos de governo afins da empresa; 2) autorização de emissão de novas ações; e 3) operações extraordinárias, incluindo a transferência de todos ou substancialmente todos os ativos que, em consequência, resultem na venda da empresa.”; “Os acionistas devem ter a oportunidade de colocar questões ao conselho de administração, incluindo questões relativas à auditoria externa anual, de colocar itens na ordem de trabalhos das assembleias gerais e de propor resoluções, sujeitas às limitações dentro do razoável.”) – *Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE*, Éditions OCDE, Paris, 2016, <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264259195-pt>>, 18 s.

²⁹ Aqui seguirei Ricardo COSTA, “Administrador de facto e artigo 80.º”, in *E depois do Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Almedina (Colóquios n.º 7 – IDET), Coimbra, 2016, 243 s., IDEM, “Artigo 80.º”, in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Volume I (Artigos 1.º a 84.º), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, 989 s.

³⁰ Com um conceito mais amplo de “sócio gestor”, em relação ao que aqui se explana, v. Pedro Pais de VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, 365-366.

³¹ Órbita esta em que os sócios poderão ser qualificados como administradores de facto se subtraem e esvaziam ilicitamente (seja por via deliberativa, seja por acção extra-orgânica) o domínio de competências gestórias dos administradores ou gerentes de direito – v. Ricardo COSTA, “Os sócios como administradores de facto das ‘suas’ sociedades”, in *Estudos comemorativos dos 20 Anos da Abreu Advogados*, Almedina (Colecção Estudos, 4 – Instituto do Conhecimento AB), Coimbra, 2015, 725 s., esp. 738 s.

³² Para as sociedades em nome colectivo, v. arts. 189.º, 3, 192.º, 3, 194.º, 1.

3.1. Na *sociedade por quotas*, é commumente assinalado que a intervenção do quotista na gestão é manifestação do *personalismo* do tipo.

Na realidade, a instrução e ordenamento da gestão por parte dos quotistas ancora-se, em primeira linha, nos poderes conferidos pelo art. 259.º, 2.ª parte (poder geral e não estatutariamente inscrito de instrução, espontânea e própria, da actividade da gerência instrumento adequado para as competências *implícitas* que se identificam na anónima (v. *infra*, 3.2., g)) –, desde que não esvaziador das respectivas competências e conversor da gerência em órgão meramente executante e subordinado³³³⁴, e do proémio do art. 246.º, 1 (tanto para a estipulação no pacto de que a decisão sobre certos actos a praticar pelos gerentes de sociedade por quotas necessita de deliberação autorizadora dos sócios ou, a jusante, consentimento para a execução do previamente decidido

³³ O que significa que não pode ser válida (nulidade) a cláusula estatutária que confie aos sócios todo ou quase todo o poder de decisão em matérias de gestão (sendo, de todo o modo, inalienável o espaço da gerência em matéria de representação) e esvazie o “círculo mínimo de atribuições da gerência”, sob pena de se colocar em questão a prescrição legal sobre a existência necessária do órgão administrativo e desrespeitar “o domínio de execução *privativo* dos administradores, exactamente por envolver a sua responsabilidade por esses actos de execução”: sobre o tema, v. as minhas anteriores considerações, a que pertencem as citações (e percursos bibliográficos, para este e para trilha contrário) em *A sociedade por quotas unipessoal*, 593 s., esp. n. 756 – p. 602-603, n. 757 – p. 604, p. 609-610 e n. 762. No mesmo sentido, junto agora Pinto FURTADO, *Deliberações dos sócios*, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, *Artigos 53 a 63*, Almedina, Coimbra, 1993, 34 s. (“não poderá o *contrato de sociedade* levar a sua limitação ao ponto de substituir *por completo* a gerência pelo *plenário dos sócios*”; “a chamada *soberania da assembleia geral*, que tem uma expressão muito forte, entre nós, relativamente às *sociedades por quotas*, não deve, mesmo aí, ser entendida como uma *supremacia absoluta* e destruidora da *divisão de poderes* que os diferentes órgãos sociais representam no seio da sociedade”); João ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas – Vinculação: objecto social e representação plural*, Almedina, Coimbra, 2000, n. 1041 – p. 387 (menos claro na p. 392); Cassiano dos SANTOS, *Estrutura associativa e participação societária capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 210-211 (na perspectiva de “violação dos elementos do tipo” da “cláusula que atribua à assembleia a administração da sociedade”); e Coutinho de ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, 56 (“não será lícita a cláusula estatutária que atribua aos sócios praticamente todo o poder de decisão em assuntos de gestão, fazendo da gerência simples órgão executivo (e dos gerentes simples empregados subordinados)”).

³⁴ Aplicável nas sociedades em nome colectivo por força do art. 189.º, 1.

pelos gerentes, como para a previsão estatutária de os sócios deliberarem directivas mais genéricas sobre às políticas de exploração da empresa social). Sem esquecer o reforço dessa *aproximação intrínseca do sócio quotista à administração gestória* que se traduz nas competências *legais específicas* (imperativas e dispositivas) do art. 246.º, 1, a), b), d), e), i), e 2, a), c), d), para além das competências tanto *gerais* (subsistentes na parte geral do CSC), como *particulares*, mesmo que confirmativas (tais como as que resultam dos arts. 252.º, 2, 254.º, 1, 255.º, 1, 257.º, 1, 260.º, 2, 263.º, 265.º, 270.º, 270.º-D, 1 e 4, 270.º -E, 1), do(s) quotista(s) como sócio(s).³⁵

3.2. No que respeita às *sociedades anónimas*, a articulação do art. 373.º, 2 e 3, com os arts. 405.º, 1, e 406.º³⁶-431.º, 1, tem dividido a nossa doutrina no que respeita às competências dos accionistas em matérias de gestão, em particular quando se fala da iniciativa para desencadear essas competências e da legitimidade para deliberar nessas matérias. Aqui, desvio-me da alegada concentração exclusiva de tais matérias na esfera do órgão de administração por força da imperatividade do art. 373.º, 3³⁷. Temos antes que perceber (num hemisfério

³⁵ V. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 249 s. (esp. n. 536).

³⁶ V., para o que mais interessa neste ponto, als. e) a n).

³⁷ V. Ilídio Duarte RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas*, 81-82; Maria Augusta FRANÇA, *A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo*, AAFDL, Lisboa, 1990, 35-36, 150-151; Eliseu FIGUEIRA, “Disciplina jurídica dos grupos de sociedades – Breves notas sobre o papel e a função do grupo de empresas e sua disciplina jurídica”, *CJ*, (1990) 50; Nogueira SERENS, *Notas sobre sociedade anónima*, 2.ª ed., Coimbra editora (Studia Juridica 14), Coimbra, 1997, 34, 98; Alexandre de Soveral MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, 195 s., 203 s., IDEM, *Administradores-delegados e comissões executivas. Algumas considerações*, 2.ª ed., Almedina (Cadernos n.º 7 – IDET), Coimbra, 2011, 32-33, IDEM, “Artigo 405.º”, 401, 403 s.; João ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas*, 412 s., esp. 415; João Calvão da SILVA, “Conflito de interesses e abuso do direito nas sociedades”, in *Estudos jurídicos (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 2001, 109 s.; Pedro MAIA, *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, Coimbra Editora (Studia Iuridica 62), Coimbra, 2002, 137 s.; José VASQUES, *Estruturas e conflitos de poderes nas sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 69 s.; António Fernandes de OLIVEIRA, “Responsabilidade civil dos administradores”, in *Código das Sociedades Comerciais e governo das sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008, 301; Engrácia ANTUNES, *Direito das sociedades. Parte geral*, 6.ª ed. Autor, 2016, 289-290, n. 636 – p. 300; António Pereira de ALMEIDA, *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*,

largo de *actos de administração gestionária*) o amplo leque de *manifestações do accionista gestor*³⁸:

- a. competências *legais imperativas* fundadas no art. 373.º, 2 (matérias «especialmente atribuídas pela lei») – arts. 11.º, 2 e 3; 29.º, 1; 31.º, 1; 35.º, 1 e 3; 74.º, 2 e 3; 75.º, 1; 76.º, 1, 2.ª parte; 85.º, 1, 1.ª parte; 87.º, 91.º, 94.º; 100.º, 2, 102.º, 103.º, 117.º-F, 120.º, 132.º, 4, 133.º, 134.º; 141.º, 1, *b*), 463.º, 1, 464.º, 1 e 2, 142.º, 3; 155.º, 2; 161.º; 319.º, 1³⁹, 320.º, 1; 344.º, 1; 376.º, 1, *a*) e *b*) (e 65.º, 5 + 68.º, 1); 376.º, 1, *c*) e *d*); 391.º, 1, 393.º, 3, *d*), e 4, 425.º, 1, *b*), 425.º, 4; 398.º, 3; 403.º, 1, 419.º, 1, 423.º -E, 1; 399.º, 1, 422.º -A, 2, 440.º, 2; 409.º, 2; 412.º, 1 e 3; 415.º, 1 e 2, 423.º -C, 1, 435.º, 1, 438.º, 2;

Volume I: As sociedades comerciais, 7.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, 476-477; Paulo Olavo CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, 614 s. (sem prejuízo de informação espontânea aos accionistas ou submissão voluntária à concordância ou ratificação dos accionistas das decisões dos administradores, “para obter a respetiva cobertura e o conforto resultante dessa concordância expressa”); João Dias LOPES, “Governo da sociedade anónima e negócios com accionistas de controlo”, *RDS*, 1/2 (2013) 115-117 (com postura crítica em relação à subtracção à assembleia geral de poder de intervenção em matérias de gestão com impacto e referindo um “poder (tendencialmente) exclusivo do órgão de administração”); Maria de Fátima RIBEIRO, “O papel do accionista empresário no governo societário”, *Estudos comemorativos dos 20 anos da Abreu Advogados*, Almedina (Colecção Estudos, 4 – Instituto do Conhecimento AB), Coimbra, 2015, 572 s.; Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Manual de governo das sociedades*, 31.

Sobre esta questão no âmbito da licitude de cláusulas inseridas em acordos parassociais em que “os outorgantes [sócios] assumem o compromisso de que os membros do órgão de administração por si designados *cumpram certos parâmetros* nas suas decisões – por ex., respeitem determinados *limites quantitativos* no que toca a alienações, aquisições ou investimentos”, assim como daquelas cláusulas “que estabelecem o compromisso de que *o órgão de administração solicite a deliberação da assembleia geral* sobre certas matérias, compreendidas na gestão da sociedade e que, de outro modo, estariam excluídas da competência dos accionistas” (“uma situação em que ‘o grupo de accionistas de comando’ *pretende* determinar a actuação dos administradores mas *prescinde* de o fazer ‘fora das assembleias e dos procedimentos deliberativos’, sujeitando-se (eventualmente) ao ‘controlo das minorias’ por ser essa *a solução que melhor corresponde*, em concreto, aos seus interesses”), v. Carolina CUNHA, “Acordos parassociais e relações dos sócios com os administradores”, 69 s.

³⁸ Ou (ainda que com outra feição) “accionista empresário”: Maria de Fátima RIBEIRO, “O papel do accionista empresário no governo societário”, 558 s.

³⁹ V., todavia, o n.º 3 do art. 319.º.

- 446.º; 455.º; 489.º, 2 e 3; 492.º, 3; 496.º, 505.º, 506.º⁴⁰;
- b. competências *legais dispositivas* (matérias que são de deliberação dos accionistas se os estatutos não dispuserem de forma diversa ou se assim o dispuserem) – arts. 12.º, 2; 13.º, 2; 329.º, 1 (em conjugação com o art. 328º); 345.º, 1, *in fine*; 350.º, 1; 85.º, 1, 2.ª parte + 456.º, 1 (e 3 e 4)⁴¹;
- c. competência *legal residual* fundada no art. 373.º, 2 (matérias «que não estejam compreendidas [por força da lei ou no âmbito de previsão estatutária] nas atribuições de outros órgãos da sociedade»;
- d. competências *estatutárias permitidas por norma legal específica* – arts. 11.º, 4 e 5; 395.º, 1; 425.º, 1, *b*); 429.º;
- e. competências *estatutárias permitidas em geral* pelos arts. 373.º, 2 (matérias «especialmente atribuídas pelo contrato»), e 405.º, 1 («Compete ao conselho de administração gerir as actividades da sociedade, devendo subordinar-se às deliberações dos accionistas (...) apenas nos casos em que a lei ou o contrato de sociedade o determinarem.»)⁴² – assentes em cláusulas que prevêem o dever de o conselho de administração (na estrutura clássica ou na estrutura monística) obter prévio consentimento, ou consentimento ulterior do previamente decidido, para a deliberação ou execução de determinada categoria de actos de gestão⁴³;

⁴⁰ Fora do CSC, v., por ex., o art. 182.º, 3, *c*), do CVM (no âmbito do regime das “ofertas públicas de aquisição”), e o art. 18.º, 1 e 2, do DL 10/2013, de 25 de Janeiro (regime jurídico das sociedades comerciais desportivas, no que toca à SAD).

⁴¹ Este exemplo refere-se a competência *concorrente* com o órgão de administração no que tange à matéria do “aumento do capital social” (v. por todos Paulo de Tarso DOMINGUES, “Artigo 456.º”, in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), Almedina, Coimbra, 2013, 956-957; em sentido dubitativo, Pedro MAIA, “Deliberações dos sócios”, in J. M. Coutinho de ABREU, coord. *Estudos de Direito das Sociedades*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, n. 28 – p. 234.

⁴² Em rigor, há aqui uma *lógica sequencial* entre o art. 373º, 2 – que permite aos estatutos atribuir poderes de gestão aos sócios (*habilitação prévia*) – e o art. 405.º, 1 – que subordina-vincula os administradores às deliberações dos accionistas sobre gestão que sejam admitidas na lei e nos estatutos (*subordinação ulterior*). Neste sentido, cfr. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, n. 537 – p. 253; v. também Coutinho de ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, n. 125 – p. 53.

⁴³ À imagem do expressamente previsto para o conselho geral e de

- f. competência de *actuação a pedido do órgão de administração* – arts. 373.º, 3, e 406.º⁴⁴(aprovar propostas, dar opinião ou conselho, decidir sem proposta prévia, completar delibera-

supervisão na estrutura germânica na relação com o conselho de administração executivo, ainda que com poder subsidiário dos accionistas (assembleia geral) em caso de recusa – v. art. 442.º, 1 e 2.

Em sentido (mesmo que em parte) favorável e com apoios crescentes ao suportado nesta al. e), v. Agostinho Cardoso GUEDES, “A limitação dos poderes dos administradores das sociedades anónimas operada pelo objecto social no novo Código das Sociedades Comerciais”, *RDE*, (1987) 152-153; Albino MATOS, *Constituição de sociedades*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, 241-242; Ricardo COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal*, n. 757 – p. 604-606 (em que admitia a admissibilidade de outorga à assembleia geral da gestão empresarial através da pertinente inserção de cláusula no pacto social); Agostinho MACHADO, *Deveres dos gerentes e administradores das sociedades comerciais e corporate governance*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica, Porto, 2005, n. 21 – p. 47-48; Cassiano dos SANTOS, *Estrutura associativa e participação societária capitalística*, 304 s., 376 s.; Coutinho de ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, 49 s. (propugnando restritivamente a imperatividade do art. 373º, 3, de forma a só abranger as sociedades com sistema organizativo de tipo germânico [atente-se no art. 442.º, 1: «O conselho geral e de supervisão não tem poderes de gestão das actividades da sociedade, mas a lei e o contrato de sociedade podem estabelecer que o conselho de administração executivo deve obter prévio consentimento do conselho geral e de supervisão para a prática de determinadas categorias de actos»] e, dessa feita, nos outros sistemas, admitir a necessidade de deliberação dos sócios para consentir ao conselho de administração a prática de determinadas categorias de actos de gestão), IDEM, *Curso de direito comercial*, 557-558, IDEM, “Artigo 373.º”, in IDEM, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), Almedina, Coimbra, 2013, 20 s. (com argumentação a que se adere a p. 22-24); Menezes CORDEIRO, *SA: assembleia geral e deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 2007, 134, IDEM, “Artigo 373.º”, in IDEM, coord., *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, 1007, anot. 5; Pedro Caetano NUNES, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 2012, 218 s., esp. 220-221 (com a figura da “autorização integrativa”), 224-225; Eduardo Sáragga LEAL, “O poder de gestão dos acionistas nas sociedades anónimas”, *DSR*, 9 (2013) 247 s., esp. 287-291.

⁴⁴ Nomeadamente as als. e) a j): Coutinho de ABREU, “Artigo 373.º”, 25.

ção do conselho, etc.)^{45,46}

- g. competência de *actuação “implícita” ou “não escrita”* (em norma legal, mas fundada em princípio assente em *analogia*), relativamente à pronúncia (prévia ou ulterior) sobre assuntos *equivalentes (pelo menos) às decisões de alteração dos estatutos sociais*, isto é, operações, negócios e matérias de gestão que importem *modificações estruturais relevantes e significativas da estrutura organizativa, da posição jurídica (em especial responsabilidades) e da consistência patrimonial da sociedade (e da empresa social) e, dessa forma, no valor das participações e no estatuto dos sócios* (venda de activos patrimoniais, reestruturação de partes ou ramos das empresas exploradas, transmissão de participações equivalentes a transmissão de empresa, aquisição de empresas com grande passivo, prestação de fianças *omnibus* e mútuos gratuitos, constituição de sociedade anónima unipessoal dominada e da

⁴⁵ Sobre a possibilidade de configurar este “pedido” como um “verdadeiro dever (na diligência exigida aos administradores na execução da relação administrativa) de seleccionar e submeter aos sócios a pronúncia sobre *matérias de interesse estratégico* para a sociedade”, v. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, n. 537 – p. 25 (sublinhei). Neste sentido (apelando ao dever de lealdade) para a celebração de negócios entre a sociedade e accionistas de controlo, v. João Dias LOPES, “Governo da sociedade anónima e negócios com accionistas de controlo”, 152-153, 157, 160-161, 164.

⁴⁶ V. Pedro MAIA, “Deliberações dos sócios”, 233-234; Coutinho de ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, 42-43 e n. 96, IDEM, “Artigo 373.º”, 17, 18-19, 19 e ss (o Autor refere-se à “competência legal residual” como “especialmente significativa no âmbito da constituição de grupos societários por domínio total e da direcção dos grupos de sociedades”; sobre essa configuração, v. Maria Augusta FRANÇA, *A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo*, 133, 137, Engrácia ANTUNES, *Os direitos dos sócios da sociedade-mãe na formação e direcção dos grupos societários*, Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, 1994, 54-55; Ricardo COSTA, “Artigo 488.º”, in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Volume VII (Artigos 373.º a 480.º), Almedina, Coimbra, 2013, 122); Menezes CORDEIRO, “Artigo 373.º”, 1007-1008 (mas contra a competência residual da assembleia, que recairá em alternativa sobre o conselho de administração: anot. 4); Engrácia ANTUNES, *Direito das sociedades. Parte geral*, 292 s.; Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, n. 537 – p. 253 s., IDEM, “Os sócios como administradores de facto”, n. 27 – p. 737-738.

subsequente relação grupal “de direito”⁴⁷, etc.⁴⁸)⁴⁹.

⁴⁷ Chegando a este mesmo resultado neste caso, v. Engrácia ANTUNES, *Direito das sociedades*, 45 s., esp. 52-53 e 54.

⁴⁸ Não chocará chamar a si esta modalidade de competências os accionistas de sociedade dominante em relação de grupo de direito, a fim de, ulteriormente, o órgão de administração dar instruções (executórias dessa deliberação) vinculativas a sociedade dominada, nos termos do poder-dever de dirigir a gestão previsto nos arts. 493º, 1, e 503º, 1 e 2, CSC.

Neste contexto, mas agora nas relações intersocietárias de domínio simples, sobre o “poder deliberativo dos sócios em matéria de gestão (estratégica e de coordenação)” da sociedade dominante, “tendo em conta a habilitação legal efectuada pelo art. 486º, n.º 1” (“poder de exercer efectivamente «influência dominante»”), predominantemente relevante para a sociedade anónima (tendo em conta a heterodirecção alheia que o art. 259º permite à sociedade por quotas dominante), v. a posição expressa em Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 270 s., esp. n. 582. Esse poder não será ilegítimo – defendo – e poderá ser integrado no âmbito da competência legal residual.

⁴⁹ V. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, n. 22 – p. 41-44 (seguindo a jurisprudência e a doutrina alemã e italiana), IDEM, “Artigo 488.º”, 121-122, IDEM, “Os sócios como administradores de facto”, n. 27 – p. 738.

Dando conta das “competências não escritas do conjunto dos sócios”, assentes no “carácter estrutural ou fundamental de determinadas medidas”, também como reflexo da figura da “autorização integrativa” das decisões dos administradores, v. Pedro Caetano NUNES, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, 220-221, 223; na mesma fileira, João Dias LOPES, “Governo da sociedade anónima e negócios com accionistas de controlo”, 162-163 (“competências implícitas” para “atos que afectam de forma profunda a estrutura patrimonial da sociedade e os direitos sociais dos accionistas”). Referindo-se neste âmbito (em “temas de gestão especialmente importantes para a sociedade e para os sócios”) a uma “competência da assembleia geral *ex bona fide*”, v., antes, Menezes CORDEIRO, *SA: assembleia geral e deliberações sociais*, 135 s.; e, depois (muito recentemente), Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Manual de governo das sociedades*, 106 s. (para as deliberações sobre matérias com “impacto estrutural na posição dos accionistas”, surgindo o dever de lealdade dos administradores como fundamento do dever de apresentação da matéria à assembleia geral).

Neste âmbito, encontramos apoio positivado, em geral, no art. 161 da LSC espanhola [*Intervenção da assembleia geral nos assuntos de gestão*], que (na última versão introduzida pela *Ley 31/2014*, de 3 de Dezembro) determina (para a sociedade de responsabilidade limitada – onde foi buscar o normativo –, para a sociedade anónima e para a sociedade em comandita por acções): «Salvo disposição contrária dos estatutos, a assembleia geral das sociedades de capitais poderá transmitir instruções ao órgão de administração ou submeter à sua autorização a adopção pelo referido órgão de decisões ou deliberações sobre determinados assuntos de gestão (...).». Em particular, o art. 160, *f*), da mesma LSC atribui competência imperativa à assembleia geral para deliberar sobre “[a] aquisição, a oneração ou a transmissão para

4. A aplicação do artigo 80.º como *regra central de responsabilização do sócio “gestor” legítimo*

Em todos esses casos, deverá o sócio gestor responder *como se fosse administrador ou gerente, considerando a actuação legítima e positiva na gestão*. Para este efeito, o artigo 80.º servirá – como *preceito central de sindicância do sócio com intervenção na gestão* – para imputar, por via dos arts. 72.º a 79.º, uma responsabilidade do sócio ou dos sócios votantes no sentido (de decisão ou aprovação) que fez vencimento, *em relação a todos os lesados*⁵⁰, pelo exercício de uma *função verdadeiramente administrativa* (ainda que eventualmente só actuante no plano do consentimento)⁵¹. Observa-se assim o princípio da correlação entre o poder de gestão e a responsabilidade na exploração da actividade social, de tal forma que a titularidade de poder gestório e administrativo sem o cargo formal de administrador não seja um obstáculo para a aplicação aos sócios gestores da disciplina própria dos administradores em termos de deveres e consequências do exercício dessa actividade, *vista objectivamente* e fiscalizada de acordo com os *mesmos parâmetros de sindicância* considerado para os administradores e gerentes designados formalmente.⁵²

outra sociedade de activos essenciais. Presume-se o carácter essencial do activo sempre que o valor da operação supere vinte e cinco por cento do valor dos activos inscritos no último balanço aprovado”. Com problematizações, v. María Jesús GUERRERO LEBRÓN, “La competencia de la junta general en las operaciones relativas a activos esenciales”, *RDM*, (2015) 183 s.

⁵⁰ No caso da sociedade lesada, é relevante o expediente da «acção de responsabilidade proposta por sócios» (*ut singulî*) do art. 77.º.

⁵¹ Claro que sempre se poderá graduar o grau de culpa entre os sócios votantes, nomeadamente tendo em conta a possibilidade de prova da influência efectiva de alguns sócios sobre o sentido de voto dos outros fora do estrito e formal procedimento deliberativo.

⁵² É a minha posição: *Os administradores de facto*, 978-979, “Administrador de facto e artigo 80.º do CSC”, 250-251, “Artigo 80.º”, 993-994.

5. O sócio “gestor” *ilegítimo*: *abuso formal* de poder deliberativo; *abuso informal* extra-orgânico; a chamada da *administração de facto* no domínio da *ilegitimidade*⁵³

5.1. Todas as competências de gestão (mesmo as de natureza “implícita”) referidas ao sócio quotista e accionista respeitam as regras legais de repartição de competências e poderes originários entre os órgãos, bem como de configuração e funcionamento dos espaços decisórios de sócio e administração. Essas *formas de interferência na direcção da sociedade e, nomeadamente, da empresa social* correspondem a uma partilha admitida pela lei. Na realidade, as possibilidades legais, convencionais e deliberativas de ingerência dos sócios na gestão das sociedades não se vêm como regra ameaçadora da separação de competências, *antes são admitidas*. E precisamente de forma *mais lata e caracterizadora* na sociedade por quotas do que na sociedade anónima, atentos os arts. 246.º, 1 e 2, e (acima de tudo) 259.º, 2.ª parte, em confronto com os arts. 373.º, 2 e 3, 405.º, 1, e 406.º; *existindo e sendo exercidas licitamente*, permitem ver um sócio gestor *legítimo*.

Porém, essas possibilidades – que indicam ainda o predomínio da tradicional soberania dos sócios, especialmente no tipo quotista, onde lhes assiste uma “posição muito mais interveniente” na possibilidade de “determinarem a orientação a imprimir à gestão”⁵⁴ – não permitem que o canal *orgânico-oficial* da expressão deliberativa

⁵³ Neste ponto seguirei, no essencial, o exposto em Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 249 s., para onde se remete para consultar as referências bibliográficas de diálogo e desenvolvimentos, sem prejuízo de se indicarem alguns deles sempre que se entendeu pertinente (para além da indicação da autoria das transcrições).

⁵⁴ Oliveira ASCENSÃO, *Direito comercial*, Volume IV, AAFDL, Lisboa, 2000, 443.

No mesmo sentido, Maria de Fátima RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009, 453-454: “a estrutura da sociedade por quotas é pensada de acordo com a possibilidade e probabilidade de exercício de uma influência dominante dos sócios (...); este aspecto é ainda mais evidente no domínio das sociedades unipessoais por quotas (...)”.

dos sócios possa ser usado *ilicitamente* de um modo *genérico, indistinto e sistemático*, de tal modo que a gestão se esvazie (em mero órgão de execução da vontade dos sócios, mais ou menos acrítico, mais ou menos subordinado) e se transfira (em termos de iniciativa e decisão, pelo menos) para as deliberações tomadas pelos sócios (nomeadamente quando invadem a própria gestão corrente, enquanto área mínima de decisão e responsabilidade da administração)⁵⁵. Aqui estaremos perante um *abuso formal de poder deliberativo*.

Nem, por outro lado, o princípio subjacente a essa *capacidade de autorização e/ou pronúncia* dos sócios abona que se ultrapasse o “limite do domínio” (*Grenze von der Beherrschung*) e se torne legítima a *usurpação do campo de atribuições específico da administração/gerência*⁵⁶ através de uma relação de “prestação de contas” e de obediência ou obséquio permanentes às directrizes emanadas dos sócios, agora *informalmente* fora do canal orgânico da assembleia; logo, no exterior dessa (condicionada) legitimidade *legal ou estatutária (para deliberar)* ou *estritamente deliberativa*⁵⁷. O que faria gorar, em suma e em ambas

⁵⁵ Como salienta Coutinho de ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *DSR*, 6 (2011) 32, “um sócio, mesmo dominante, não tem o direito de dar instruções aos administradores, salvo nos casos de deliberações *lícitas* (por ele determinadas) ou de relações de grupo propriamente ditas. Nem os administradores devem obediência a essas instruções – muito menos quando sejam contrárias ao interesse social” (destaquei). Logo, se os sócios violam grosseiramente a distribuição de competências desenhadas pela lei, rompem o ponto de equilíbrio que permite manter a estrutura orgânica básica do tipo. Se se mantiverem no espaço *limitado* que lhes assiste – que, acima de tudo, deve ser usado para o âmbito da *gestão estratégica* e da *decisão sobre operações societárias estruturais e com impacto para o património social e a prossecução do objecto da sociedade* –, mantêm-se no espaço da *licitude de intervenção*.

⁵⁶ Günther ROTH, “Die Haftung als faktischer Geschäftsführer im Konkurs der GmbH”, *ZGR*, (1989) 426-427.

⁵⁷ Logo, ao sócio atribuem-se poderes de gestão da actividade social, mas sempre poderes a exercer no âmbito da sua competência decisória – as deliberações podem ser (i) *prescritivas* (com instruções ou ordens; suscitam questões de dever/não dever), (ii) *expressivas ou não de consentimento* para a prática de certos actos (por força de lei ou dos estatutos) e (iii) *opinativo-consultivas* (Coutinho de ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, 57-58) – e não, como salienta Pietro ABBADESSA, “I poteri extra-assembleari dell’azionista di controllo”, *Studi in onore di Gastone Cottino*, Volume II, CEDAM, Padova, 1997, 992-993, 994-995, “poderes de intervenção fora da assembleia”. Não obstante, *de facto*, os sócios podem emitir sugestões, convites, ordens, instruções, directivas *et similia* no exterior do plano jurídico-formal relativo

as circunstâncias – com ou sem recurso a um *processo decisório ou deliberativo do(s) sócio(s)* –, a inata *duplicidade orgânica* do modelo legal societário⁵⁸ (ainda que vincadamente menos marcada na sociedade por quotas do que na sociedade anónima). Aqui estaremos perante um *abuso informal extra-orgânico*.

Por outras palavras.

O poder de *orientar a actividade de administração e dos administradores* tem *balizas para ser exercido, nomeadamente se se viola o campo legítimo de actuação do procedimento da assembleia e/ou ultrapassa o diafragma desse mesmo procedimento* – não deve ser *exercido abusivamente fora do respeito pelos instrumentos que a lei confere e em violação dos vínculos legais e estatutários de repartição de competências entre órgãos* para cada um dos tipos; *rectius* (em vez de abuso), não deve esse poder ser exercido em *violação da lei (e dos eventuais limites estatutários)* que proíbem aquelas condutas⁵⁹.

Suponha-se uma PME explorada por uma sociedade de dois ou poucos mais quotistas ou uma outra com poucos accionistas mas sendo identificados os maioritários com poder e os minoritários afastados das decisões, em que as formas legais e estatutárias do seu funcionamento tendem a reduzir-se a meras formalidades ou simulacros, de tal modo que, no que toca às relações entre sócios e a administração composta por não-sócios, o esquema de repartição de competências e independência interorgânica não é respeitado, antes é comutado pela predominância de um espaço reservado para intervenções informais e extra-institucionais (geralmente confidenciais) da (e sobre a) gestão. Nestes casos, além do mais, poderemos ainda acrescentar que a assembleia dos sócios acaba por ser uma mera “caixa de ressonância” de combinações e acordos que se estabelecem fora dela (mesmo que não se traduzam em pactos parassociais ou de concertação no funcionamento da sociedade)⁶⁰. Os sócios, mesmo que maioritários, dominantes ou de controlo,

à relação interorgânica – é aqui que se deve, em primeira linha, investigar a ultrapassagem da fronteira da *legitimidade gestonária*.

⁵⁸ Ricardo COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal*, 591-592.

⁵⁹ Em sentido análogo mas especialmente para as sociedades em relação de domínio, Coutinho de ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica”, *DSR*, 3 (2010) n. 37 – p. 63.

⁶⁰ Gastone COTTINO, *Diritto societario*, 326.

não têm ao seu dispor o poder de se substituir aos administradores e/ou determinar com grau elevado de acatamento a sua actuação, a não ser que a lei o preveja ou caucione – em particular, se as deliberações sobre assuntos administrativos (*maxime*, a gestão da empresa social) são consideradas lícitas. Se assim não for, os administradores não devem executar tais deliberações ou instruções, nomeadamente nas hipóteses de manifesta contrariedade ao interesse da sociedade, desde logo porque a responsabilidade das escolhas de gestão recaem, *prima facie*, sobre eles, como uma contrapartida da autonomia do seu espaço de acção. Porém, “as instruções (ordens, directivas, recomendações) vão sendo emitidas”. “E eis o *dilema do administrador*: ou obedece (embora saiba que não tem de obedecer e que o acatamento é contrário ao seu dever de diligência) e mantém-se no lugar, ou não acata as instruções e arrisca-se a ser destituído (apesar de sem justa causa)...”⁶¹

⁶¹ Coutinho de ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, 155-156.

Em apoio e desenvolvimento (nomeadamente para encontrar, na disciplina legal dos acordos parassociais, o sentido do art. 17.º, 2), Carolina CUNHA, “Acordos parassociais e relações dos sócios com os administradores”, 60 s., 72, 83 s.:

a) por um lado, “o mecanismo legal da livre destituição *permite que* [os sócios dominantes] *exercem um verdadeiro poder de facto* de dar instruções [aos administradores fora do canal orgânico-deliberativo], na medida em que o seu não acatamento pelos seus destinatários conduza (e há vários expedientes para tornar conhecida esta consequência e reforçar a inexorabilidade da sua concorrência) à respectiva destituição do cargo”; “[e]ste poder de facto de os sócios influenciarem os administradores é, portanto, *pragmaticamente tolerado* pelo Código das Sociedades, *ao manter* – sem que haja, ao que parece, absoluta necessidade disso – a *regra da livre destituição* dos administradores”;

b) por outro lado, “o art. 83º, nos seus n.ºs 3 e 4, revela-nos que o legislador societário está *plenamente ciente das implicações ligadas ao poder de eleger e destituir* os membros da administração *através do direito de voto* (individual ou concertadamente)”; “qualquer sócio que disponha, *isolada ou concertadamente*, de uma maioria pode, na prática, “escolher” para o desempenho de funções de administração pessoas da sua confiança. E a lei societária *implicitamente reconhece e tolera a eventualidade de o sócio influenciar o administrador que escolheu*: é o que resulta, desde logo, do art. 83º CSC. (...) No seu n.º 3, a norma reconhece a possibilidade de o sócio “escolher” o administrador através do exercício do seu direito de voto, isoladamente ou através de um sindicato, e limita-se a responsabilizá-lo por culpa *in eligendo*, impondo-lhe responsabilidade solidária com a pessoa culposamente escolhida caso esta venha a incorrer, por seu turno, em responsabilidade perante a sociedade ou os (restantes) sócios. Já no n.º 4, o preceito acolhe abertamente *a existência*

5.2. Urge, portanto, diferenciar.

Um cenário é o exercício (mesmo que incisivo e frequente) do direito de controlo e de fiscalização da gestão por parte do sócio (activo ou reactivo nessas tarefas, tanto faz), no âmbito de poderes

e o exercício de influência do sócio sobre o administrador e limita-se (igualmente) a responsabilizar solidariamente o primeiro caso determine o segundo a praticar ou omitir um acto que o faça incorrer em responsabilidade para com a sociedade ou os (restantes) sócios. Daqui se retira, portanto, que o legislador societário está ciente de que um sócio (...) pode escolher um (ou mais) administrador(es) e exercer sobre a sua actuação no órgão de administração uma influência continuada. E, todavia, apenas reage a esta proximidade entre sócio e administrador nas situações-limite traçadas pelo art. 83º, 3 e 4, quer dizer, ultrapassados que sejam determinados patamares – culpa na escolha do administrador ou influência determinante de acto prejudicial para a sociedade/ / sócios – e, em ambos os casos, apenas desde que o próprio administrador haja, ele próprio incorrido, em responsabilidade societária pela sua actuação”, tendo em conta que se “é insensível a um determinado grau ou tipo de ingerência: aquela que não determine a prática de actos prejudiciais”; o legislador “relaciona explicitamente o poder de destituir (sempre através do direito de voto, individual ou concertadamente) com o exercício de uma influência determinante. Com o que implicitamente reconhece que o primeiro – rectius, a ameaça do primeiro, consubstanciada na livre destituição a todo o tempo – é o mecanismo por excelência do exercício da segunda. E, também aqui, o legislador societário, além de reconhecer, tolera esta situação, levando a doutrina a concluir que não existe uma proibição genérica de exercício de influência sobre o órgão de administração e que nem toda a influência é ilícita. Na verdade, o ordenamento jurídico apenas reage claramente ao exercício da influência do sócio sobre o administrador quando conduza à prática de um acto prejudicial, i.e., um acto que faça este último incorrer em responsabilidade para com a sociedade ou os restantes sócios”; “o simples exercício de uma influência de facto – aquela que não corresponde a qualquer poder juridicamente reconhecido no plano parassocial [vedado no art. 17.º, n.º 2], mas apenas a uma faculdade “empírica” que, mesmo susceptível de colidir com alguns princípios vitais do direito societário, o Código das Sociedades parece, dentro de certos limites (sobretudo os do art. 83º), pragmática e resignadamente tolerar –, (...) não se deve considerar, sem mais, proibido”; e, assim, as instruções sobre os administradores “vão sendo emitidas’ com a tolerância do legislador societário que, ciente deste panorama (ciência que o art. 83º, 4 CSC atesta sem margem para dúvidas), apenas reage nas situações-limite em que o acatamento de instruções conduza a um acto ou omissão prejudicial. Ou seja: não se pode dizer, em bom rigor, que haja um direito (um poder não só reconhecido, mas juridicamente tutelado) de dar instruções; mas também não se pode afirmar que seja taxativamente proibida, fora do quadro daquelas situações-limite, a emissão de instruções”.

corporativos de natureza *não patrimonial* (ou administrativa) fundamentalmente traduzidos na actuação do *direito à informação*, que é legítimo no arco de actuação da socialidade e realizado em conformidade com o respeito devido às competências institucionais do órgão administrativo.

Outro plano de análise é a intervenção na gestão dos sócios que se exare em autorizações, ordens ou instruções corporizadas em *deliberações legítimas* (por força da lei ou autorizadas pelos estatutos) e no âmbito das suas competências *orgânicas*, sempre que o necessário respeito pela divisão de poderes interorgânicos não se viole grosseiramente – isto é, sempre que os sócios decidem questões da administração (*maxime*, gestão da empresa social) dentro das “regras do jogo” (*innerhalb der Spielregeln, regole del gioco*)⁶². Dentro das quais estão as *consultas* e as *auscultações*, mais ou menos reiteradas (e, por natureza, prévias à decisão), que os administradores e gerentes de direito solicitam aos sócios (maioritários ou único, em particular) e que se vêm a precipitar em *cooperação, apoio e cumplicidade* dos sócios. Seria ilusório pensar que as relações entre os administradores e o grupo de sócios que comanda a sociedade – ao qual devem a nomeação ou no qual está o poder de os destituir – são rios inexistentes e timbrados pela autonomia total e pela indiferença recíproca. Ao invés, os sócios emitem *conselhos, sugestões, recomendações e opiniões*, mesmo que sob a forma de deliberações (e até instados a fazê-lo com o fim de confortarem as decisões dos administradores formais), e não é nessa circunstância que se vê uma actuação ilegítima – desde que os administradores apoiados, aconselhados ou recomendados mantenham a autonomia e a liberdade para decidir nas matérias apreciadas⁶³.

Outro cenário é a *ilegitimidade* ou *ilicitude* da intervenção do sócio *dominus*: a *apropriação directa* (deliberando sobre a gestão corrente, realizando actos de administração, estipulando negócios em nome e por conta da sociedade), nas costas ou em conjugação com os administradores, e/ou a *influenciação* (para o efeito, directivas e

⁶² Ursula STEIN, *Das faktische Organ*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1984, 182; Gastone COTTINO, *Diritto societario*, 327.

⁶³ Sobre a “liberdade de decidir” dos administradores perante deliberações opinativo-consultivas, v. Coutinho de ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, 58.

instruções “excessivas” [*übermäßige Weisungen*], traduzidas ou não em deliberações sociais – ou seja, *orgânicas* e *não orgânico-institucionais*⁶⁴ ou *simplesmente intelectuais*⁶⁵) da condução dos negócios sociais e das tarefas administradoras, por sócio *abusivo* ou *tiranno* (na consagrada dogmática italiana). Com uma *escala* e uma *intensidade* nessa assunção que lhe dá uma *função condutora da gestão empresarial da sociedade*⁶⁶ e o torna *funcionalmente comparável* (*funktionale Vergleichbarkeit*) ao administrador de direito⁶⁷, por intermédio da desfiguração (ou afastamento) da actuação típica da administração e da titularidade das suas tarefas originárias (*illegal*, para este efeito) – por ex., apoderam-se das atribuições pertencentes aos administradores (desde a determinação, isolada ou conjunta, dos vectores da política empresarial até à influência na selecção e contratação dos recursos humanos); dão ordens para serem decididos e celebrados certos negócios; obrigam os administradores a acatar ao pormenor as suas instruções não deliberadas; apenas reservam para os administradores a prática de

⁶⁴ Ursula STEIN, *Das faktische Organ*, 182; Fabrizio GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”*, 136.

⁶⁵ Marc DINKHOFF, *Der faktische Geschäftsführer in der GmbH*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, 34.

⁶⁶ Karsten SCHMIDT, “Anhang § 64. Insolvenzverschleppung und Insolvenverschleppungshaftung”, in *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, III. Band, §§ 53-85, Nachtrag MoMiG, bearbeitet von Georg Bitter [*et alii*], 10. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2010, 4214-4215, Rdn. 22. Ainda na Alemanha, enfatizando a *amplitude* da intensidade na influenciação (*umfassende Einflussnahme*) sobre a direcção dos negócios sociais, seja no significado das instruções, seja no impacto do contributo para o processo de tomada de decisão dos administradores de direito, como exigência fundamental para a responsabilização do sócio (pela infracção dos deveres próprios da administração) como administrador de facto, v. Hans Christoph GRIGOLEIT, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH. Dezentrale Gewinnverfolgung als Leitprinzip des dynamischen Gläubigerschutzes*, Verlag C. H. Beck, München, 2006, 117-118.

⁶⁷ Ulrich HAAS/Hildegard ZIEMONS, “§ 43 Haftung der Geschäftsführer”, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)*, in Lutz MICHALSKI, Hrsg., Band II, §§ 35-85 GmbHG, §§ 1-4 EGGGmbHG, 2., neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2010, 488, Rdn. 28; Wolfgang ZÖLLNER/Ulrich NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, in Adolf BAUMBACH/Alfred HUECK, *GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 19. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, *sub* § 43, 881-882, Rdn. 3.

negócios e actos de mero expediente ou não significativos, etc.^{68.69}

É para estes casos que, para o sócio maioritário ou para os sócios dominantes (ainda que sem maioria dos direitos de voto) do grupo de comando, se considere *a qualificação (e responsabilização) como administradores de facto*, seja pela sua *acção directa* na gestão – administrador de facto *directo ou na primeira pessoa* –, seja pela sua *intervenção indirecta* sobre a gestão mediante a utilização ou manipulação dos administradores de direito (mesmo com exercício de influência deliberativa) – administrador de facto *indirecto ou por interposta pessoa ou na sombra*.⁷⁰

E, nesses casos, saberemos de antemão que, tendo em conta a mais ampla legitimidade para deliberar (por iniciativa própria ou por habilitação legal ou estatutária) nas sociedades por quotas, será menos comum encontrar por via deliberativa o administrador de facto nesse tipo do que na sociedade anónima. E saberemos ainda que se torna mais verosímil o sócio tornar-se administrador de facto quando, no intento de obter imunidade no que tange à disciplina formal dos administradores, não usa a deliberação própria e fica secreta e confidencialmente na sombra a instruir extra-organicamente a administração de direito, sendo provável que esta seja geralmente composta por sujeitos que são meros fiduciários da vontade desses sócios, através dos quais efectivamente gerem a sociedade para lá dos direitos e poderes da sua condição de sócio.

5.3. A investigação sobre a qualidade de administrador de facto do “sócio gestor” não pode deixar de ser norteadada pela *dimensão da sociedade*, pelo *número de sócios* que participam na sociedade, pela *posição relativa em termos de direitos administrativos* de cada um deles (nomeadamente, o peso que o direito de voto de cada um deles tem no quadro das decisões colectivas ou globais do órgão deliberativo) e – factor não despiciendo – pela sua *participação concreta* na vida da sociedade. Do cruzamento dessas realidades se poderá ver o modo

⁶⁸ Markus GEISLER, “Die Haftung des faktischen GmbH-Geschäftsführers”, *GmbHHR*, (2003) 1112; Ulrich HAAS/Hildegard ZIEMONS, “§ 43 Haftung der Geschäftsführer”, 488, *Rdn.* 9.

⁶⁹ Para uma sistematização das formas de influência sobre os administradores, v. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 654 s.

⁷⁰ Para estas duas espécies de administrador de facto, v. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 646 s., IDEM, “Artigo 80.º”, n. 18-19 – p. 979-980.

como se governa a vida e a direcção da empresa social e, a partir daí, fazer um juízo sobre o sócio ou sócios empresários “de controlo”⁷¹, que se equivalham a *efectivos* administradores, por adquirirem, tendo em conta empenho directo ou ingerência indirecta, um papel *decisivo* no desenvolvimento concreto dos processos decisórios e executivos da gestão da sociedade.

Em causa está, em primeira linha, o sócio que dispõe de uma influência ditada pelo montante de participações sociais (maioria simples ou maioria qualificada), sendo maioritário ou constituindo o grupo de sócios detentores da maioria dessas participações, ou, ainda que minoritário, pela maioria dos direitos de voto proporcionados pelas suas participações (conjugado ou não com o “défice” ou os “limites de contagem” de votos das outras participações)⁷². Mas ainda e também aquele que tem a capacidade relativa de, individualmente (por ex., através de um direito especial de veto conferido no pacto a sócio ou a certas categorias de acções) ou em grupo (mormente quando o “capital” se encontra disperso e/ou a participação nas assembleias é habitualmente escassa, promovendo maiorias simples dos votos expressos dos sócios habitualmente presentes) ou em concertação com outros minoritários (designadamente através da vinculação operada em acordos parassociais⁷³ ou de relações de carácter pessoal ou familiar), exercer influência *significativa* para determinar e impor as políticas e as decisões sobre a gestão da sociedade e, com isso, *dirigir estavelmente a actividade da*

⁷¹ Coutinho de ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, 17.

⁷² Cfr., para diferentes possibilidades, arts. 250.º, 2, 341.º, 1 e 3, 384.º, 2 e 3.

Para análise dessas (e outras) possibilidades, v. Francisco Pereira COELHO, “Grupos de sociedades. Anotação preliminar aos arts. 488.º a 508.º do Código das Sociedades Comerciais”, *BFD*, 64 (1988) 304 s.; Carlos Osório de CASTRO, “Participação no capital das sociedades anónimas e poder de influência”, *RDES*, (1994) 334 s.; Rui Pereira DIAS, *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas. Uma análise de direito material e direito de conflitos*, Almedina, Coimbra, 2007, 77 s.

⁷³ Especialmente os acordos que regulem o exercício do direito de voto (“sindicatos de voto”): note-se a importância daqueles acordos que consentem a um dos sócios vinculados (e minoritário) o poder de dispor sozinho da maioria dos votos exercitáveis em assembleia pelos sócios outorgantes no acordo ou dos acordos em que os sócios, no seu conjunto maioritários, exercem coordenadamente o seu direito de voto por efeito da vinculação a uma actuação concertada em certas matérias (arts. 17.º, 2, 83º, 3 e 4).

sociedade – características do sócio controlador ou dominante⁷⁴. É nestes termos de exercício, quando abusivo ou ilegal, de orientação ou prescrição da administração (essencialmente a gestonária) que os sócios (designadamente, repito, na sociedade por quotas) poderão ser, verdadeiramente e em rigor, administradores de facto – *directos*, se decidem, fora do limite de validade da interferência permitido pelos arts.

⁷⁴ Para esta noção de sócio controlador ou dominante, sigo, entre nós, Coutinho de ABREU/Elisabete RAMOS, “Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (Notas sobre o art. 379.º do Código do Trabalho)”, Almedina (Miscelâneas n.º 3 – IDET), Coimbra, 2004, 50; e, lá fora, Fabrizio GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”*, 122; Stephen BAINBRIDGE, *Corporate law*, 166, 167 (que fala mesmo da criação de uma “*de facto agency relationship*” entre o sócio e o órgão de administração).

No mesmo sentido para o “acionista controlador” previsto no art. 116 da LSAB, v. Modesto CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anónimas*, 2.º Volume (Artigos 75-137), 3.ª ed. rev. atual., Editora Saraiva, São Paulo, 2003, *sub art.* 116, 486 (“Controlar uma companhia, portanto, é o poder de impor a vontade nos atos sociais e, via de consequência, de dirigir o processo empresarial, que é o seu objecto.”); Fábio Ulhoa COELHO, *Manual de direito comercial. Direito de empresa*, 18.ª ed. rev. atual., Editora Saraiva, São Paulo, 2007, 211; Fábio Konder COMPARATO/Calixto Salomão FILHO, 5.ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2008, 141-142 (“poder de orientar e dirigir, em última instância, as actividades sociais”), doutrina que, significativamente, nele vê “titular de um novo cargo social” na anónima brasileira, enquanto “centro de competência, envolvendo uma ou mais funções”. Aliás, a doutrina brasileira não deixa de intuir que a fiscalização da actuação do “accionista controlador” (feita essencialmente no art. 117 da LSAB, através da responsabilidade por “abuso de poder”) justifica-se na medida em que “nem sempre o exercício desse poder é responsável” na relação com a gestão da sociedade: por ex., quando “se oculta através do véu dos procuradores ou dos terceiros eleitos para administrar a sociedade”; isto é, ainda sem a etiqueta própria, Rubens REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, 2.º Volume, 25.ª ed. rev. atual. por Rubens Edmundo Requião, Editora Saraiva, São Paulo, 2008, 149, identifica a necessidade de lhe imputar as consequências de ser verdadeiramente administrador de facto por actuar através de pessoas interpostas (“porque se oculta através do véu dos procuradores ou dos terceiros eleitos para administrar a sociedade”).

Nos EUA, o American Law Institute, nos seus *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, Volume I, Parts I-VI, §§ 1.01-6.02, 1994, 14-15, definiu o “controlling shareholder”, para além de percentagens relativas às participações da sua titularidade e inerente poder de voto (efectivamente com mais de 50% ou com recurso a presunção ilidível se superior a 25%), através de um outro teste: justamente o de, por força da sua qualidade e posição como sócio, exercer uma “influência controladora” sobre a gestão ou políticas da sociedade ou a “transaction” ou conduta em questão (§ 1.10, esp. al. (a), (2)).

246.º-259.º e 373.º, 2-405.º, 1, ou executam interna e externamente actos de gestão; *indirectos*, se instigam, condicionam e orientam a actuação directa dos administradores (e se servem deles) com ordens específicas e/ou instruções mais ou menos genéricas, as mais das vezes emitidas informalmente e sem recurso à expressão da sua própria vontade através dos processos deliberativos ou conjugando deliberações lícitas com actos extra-orgânicos de influência.

5.4. Tais cenários, já agora, não se confundem com a *actuação (e responsabilidade), deliberativa ou não*, dos sócios que aprovam providências e emitem instruções que, mesmo que cumpram as regras na perspectiva do relacionamento com a autonomia exigida ao órgão de administração, afrontam os seus deveres e regras sociais de *conduta enquanto sócios* – em particular o dever de lealdade para com o interesse social⁷⁵, mas também os princípios de actuação inibidores de “desconsideração” da personalidade jurídica.

Nem tais cenários deixam de ser sindicados para outros efeitos (nomeadamente de responsabilidade), justamente por se tratar de actuação *abusiva e ilícita* do sócio gestor – em particular, a responsabilidade determinada pelo art. 83.º, 4 (sócio “influenciador”, culpa *in instruendo*); a anulação das deliberações abusivas prevista pelo art. 58º, 1, *b*); a responsabilidade civil pré-negocial, se aplicável nos termos do art. 227.º do CCiv.⁷⁶.

⁷⁵ Se o sócio for também administrador (“sócio gestor”) – ou exercer outros cargos e funções na orgânica social –, é curial defender-se que o dever de lealdade como sócio e os deveres de “diligência” (cuidado) e lealdade como gestor se intensificam em razão dessa dupla qualidade e originam uma responsabilidade diferenciada: é a posição, a seguir, de Pais de VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 78-79, 365-366 (“Estes sócios têm posições privilegiadas de poder e de informação na sociedade. Têm uma possibilidade de influenciar a vida da sociedade francamente maior que a dos simples sócios [nota minha: que não exercem a administração] e têm acesso a um grau de informação também incomparável com o daqueles. (...) O poder responsabiliza. Um maior poder aumenta a responsabilidade. A diferença de poder deve traduzir-se em diferença de responsabilidade.”).

⁷⁶ V. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 267s., 304 s.; Coutinho de ABREU, “Responsabilidade civil nas sociedades em relação de domínio”, *SI*, 329 (2012) 230 s.; Maria de Fátima RIBEIRO, “O papel do accionista empresário no governo societário”, 580 s.

Siglas

AG	<i>Die Aktiengesellschaft</i>
BFD	<i>Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i>
CCiv.	Código Civil
CJ	<i>Colectânea de Jurisprudência</i>
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DSR	<i>Direito das Sociedades em Revista</i>
LSAB	Lei das Sociedades Anônimas (Brasil)
LSC	Ley de Sociedades de Capital (Espanha)
RDE	<i>Revista de Direito e Economia</i>
RDES	<i>Revista de Direito e Estudos Sociais</i>
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
SAD	<i>Sociedade anónima desportiva</i>
SI	<i>Scientia Iuridica</i>
ZGR	<i>Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht</i>

CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS INTERNACIONAIS NO DIREITO DAS PME SOCIETÁRIAS



Jorge M. Coutinho de Abreu

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Membro e Investigador Responsável do Instituto Jurídico

*International convergences and divergences in the law
of the SME under form of companies*

Abstract: The text presents questions and proposals concerning the organization and the working of the SME under form of private limited liability companies: especially questions related with (internal and banking) financing, preventive and reactive control of transactions among the company and related parties (shareholders and directors), amplification of minority shareholders' exit rights, and methods of appointment and removal of the directors.

Keywords: appointment and removal of directors; banking financing; exit rights; related party transactions; share capital.

É contrastante o peso sócio-económico, a nível mundial, das PME (mais precisamente das MPME – micro, pequenas e médias empresas) e o espaço que o poder político e o direito legislado e doutrinário lhe têm reservado.

Conta-se por centenas de milhões o número de PME; contribuem para mais de metade do emprego e do PIB. Mas a maioria delas permanece na economia “extralegal” ou “informal” (não inscritas em registos públicos).¹

A “forma” jurídica típica das PME (ou das PME mais relevantes) é a sociedade por quotas, inclusive unipessoal (“Gesellschaft mit beschränkter Haftung”, “sociedad de responsabilidad limitada”, “società à responsabilité limitée”, “società a responsabilità limitata”, “sociedade limitada”, “private limited company”, etc.). Todavia, as ações legislativas e os interesses da doutrina *mainstream* têm sido dirigidos primordialmente para as sociedades anónimas. Dois exemplos: a maioria das Diretivas da UE visando a harmonização do direito das sociedades tem como objeto principal as sociedades anónimas²; o movimento de *corporate governance* do último quartel tem-se ocupado quase exclusivamente das sociedades anónimas, em especial das cotadas. Afora outros fatores, isto dever-se-á ao poder (económico e, logo, político – de *lobbying* mas não só) das empresas e grupos multinacionais e ao impacto das vicissitudes destes nas economias nacionais e internacional, especialmente nos setores estratégicos e mais concentrados (banca, seguros, farmácia e saúde, telecomunicações e informática...).

Por isso, o “Think Small First” que encabeça a Comunicação da Comissão Europeia de 2008 “Um ‘Small Business Act’ para a Europa”³ tem o travo de *slogan* serôdio: pensa primeiro no pequeno depois de ter pensado no grande, e o pensamento determinante continuará a ser do grande...

Proponho-me agora assinalar meia dúzia de questões relativas à formação, organização e funcionamento das sociedades por quotas.

¹ V. números em UNCITRAL, *Reducing the legal obstacles faced by micro, small and medium-sized enterprises (MSMEs)*, 2015 (A/CN.9/WG.I/WP.92) 3 s.

² V. tb. Jorge M. Coutinho de ABREU, *et al.*, “O futuro do direito europeu das sociedades”, *DSR*, 8 (2012) 14.

³ COM (2008) 394 final.

1. Procedimentos de constituição

Neste domínio os Estados (na UE e fora dela) têm convergido, tornando mais fácil e barata a constituição de sociedades, unipessoais ou pluripessoais.

Vem sendo dispensada a mediação notarial, concentrando-se o controlo da legalidade em serviços do registo; as entidades públicas proporcionam aos interessados modelos estatutários facilmente preenchíveis; a constituição *on-line* tem sido possibilitada, etc.

2. Financiamento

O financiamento é um dos grandes problemas das PME.

Deixemos agora de lado os preços não recebidos ou não recebidos tempestivamente⁴, o “capital de risco”, que não se aproxima da esmagadora maioria das MPME, os contratos e auxílios públicos, cuja parte de leão vai para as grandes empresas (até porque algumas delas são “too big to fail”), os suprimentos e prestações suplementares dos sócios. E centremo-nos no capital social e no financiamento bancário.

2.1. *Capital social*

O capital social, velho pilar nos ordenamentos societários romano-germânicos, tem sido abalado nos últimos tempos. Alguns países da UE deixaram de prescrever um capital social mínimo fixo, outros reduziram os montantes antes vigentes.⁵

A proposta de Diretiva relativa às sociedades unipessoais de responsabilidade limitada (“Proposta SUP” de 2014)⁶ estabelece como capital social mínimo €1 (ou a unidade da moeda nacional

⁴ A UE tem feito alguma coisa contra os atrasos de pagamento nas transações comerciais: v. designadamente a Diretiva 2011/7/UE, de 16/2/2011.

⁵ Para alguns exemplos v. Giuseppe B. PORTALE, “La parabola del capitale sociale nella s.r.l. (dall’ «importanza quasi-sacramental» al ruolo di «ferro vecchio?»)”, *RS*, (2015) 815 s.

⁶ COM (2014) 212 final.

quando esta não seja o euro) – art. 16/1. Para espaço mais alargado (mundial) o “Draft Model Law on a Simplified Business Entity” da Uncitral, de 2015⁷, não contém qualquer exigência de capital mínimo.

Haverá boas razões para desvalorizar o capital social (ou o capital social mínimo fixo).⁸ Mas basta-se-á a proteção dos credores sociais (outras PME na maioria das vezes) com a subordinação da distribuição de bens ou benefícios aos sócios ao teste de balanço e/ou ao teste de solvabilidade – isto é, respetivamente, à proibição de distribuição quando o ativo líquido seja ou se tornasse inferior ao capital social e eventuais reservas indisponíveis, ou quando a sociedade deixasse de ser capaz de pagar as suas dívidas na data do vencimento (v. o art. 18/2 e 3 da Proposta SUP; v. tb. o art. 9/3 do projeto MLSBE da Uncitral) –, e com a responsabilidade de administradores e sócios (de má fé) por distribuições indevidas (art. 18/5 da Proposta SUP, art. 11 do projeto MLSBE)? Ou deve avançar-se decididamente para a desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que a sociedade cai em situação de insolvência porque originária, material e manifestamente subcapitalizada?⁹

2.2. *Financiamento bancário*

Muitas PME, também por causa do diminuto capital social que possuem, não obtêm crédito bancário. As que o conseguem ficam frequentemente com os sócios, nas relações com os bancos, em situação similar (mas agravada) à dos sócios das sociedades em nome coletivo (1) e com a gestão fortemente condicionada (2).

1) Usualmente, nos mútuos bancários e nas aberturas de crédito as obrigações da sociedade são garantidas por fianças ou avales cambiários dos sócios (todos os sócios, muitas vezes, sobretudo quando, como sucede amiúde, todos eles são gerentes).

⁷ A/CN.9/WG.I/WP.89.

⁸ Entre nós, v. por todos P. Tarso DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, Almedina, Coimbra, 2009.

⁹ V. Jorge M. Coutinho de ABREU, “Subcapitalização de sociedade e desconsideração da personalidade jurídica”, in P. Tarso DOMINGUES/Maria M. CARVALHO, coord., *Capital social livre e ações sem valor nominal*, Almedina, Coimbra, 2011, 37 s. V. também indicações em PORTALE, “La parabola del capitale sociale nella s.r.l.”, 830.

Ora, porque os fiadores de obrigações mercantis são solidariamente responsáveis com o afiançado (art. 101 do CCom.) e os avalistas são responsáveis “da mesma maneira” que o avalizado (arts. 32 e 77 da LULL), os sócios garantes ficam sujeitos a responder solidária e ilimitadamente com a sociedade, nem sequer beneficiando da excusão prévia do património social (benefício de que gozam os sócios das sociedades em nome coletivo – art. 175/1 do CSC).

Frequentemente, a abertura de crédito é celebrada por tempo indeterminado (ou por tempo determinado mas automaticamente renovável, salvo oposição das partes, o que para os fins aqui em vista é equivalente), em conta corrente (o crédito é disponibilizado nos períodos e montantes – até ao máximo fixado – pretendidos pela sociedade) e caucionada por livrança em branco com avals dos sócios (*rectius*, com obrigações de dar aval no momento em que a livrança seja devidamente preenchida).

Pois bem, deixo aqui esta nótula: antes do preenchimento completo da livrança, o sócio que se obrigou a dar aval em branco pode em princípio desvincular-se do respetivo contrato de garantia (de que é contraparte o banco) celebrado por tempo indeterminado (ou equivalente), principalmente quando deixe de ser sócio¹⁰ ou gerente (*maxime*, porque destituído contra sua vontade e sem justa causa).

2) Vai sendo prática generalizada, exportada dos EUA, incluir nos contratos de crédito bancário cláusulas de salvaguarda (*covenants*) cujo incumprimento permite o vencimento antecipado da obrigação principal.

A flora destas cláusulas é variada: por exemplo, deveres de informação alargada, rácios de dívida e de solvência, restrições ao financiamento e ao investimento, limitações à disposição de ativos e às modificações estruturais da sociedade¹¹.

¹⁰ V. M. Januário da Costa GOMES, “O (in)sustentável peso do aval em livrança em branco prestado por sócio de sociedade para garantia de crédito bancário *revolving*”, *CDP*, 43 (2013) 42 s. (hipóteses de denúncia e de resolução *ex nunc* do contrato de garantia e de revogação da autorização de preenchimento); para soluções paralelas, v. Carolina CUNHA, “Cessão de quotas e aval: equívocos de uma uniformização de jurisprudência”, *DSR*, 9 (2013) 105 s.; F. Cassiano dos SANTOS, “Anotação” ao AUJ de 11/12/2012, *RLJ*, 3980 (2013) 343 s.; Evaristo MENDES, “Aval prestado por sócios de sociedades por quotas e anónimas e perda da qualidade de sócio. Apontamento”, *RDS*, (2015) 603 s.

¹¹ Com desenvolvimentos e indicações bibliográficas, v. F. Pinto da

Independentemente da possibilidade de alguns *covenants* serem ineficazes (os administradores não têm o poder de obrigar a sociedade por atos da competência imperativa dos sócios) ou implicarem a qualificação dos bancos como administradores de facto da sociedade (quando interfiram determinadamente em aspetos estratégicos ou de alta direção)¹² – com a responsabilidade própria dos administradores de direito¹³ –, certo é que os bancos condicionam e influenciam consideravelmente a governação das sociedades devedoras. E, vendo, ouvindo e lendo, não ignoramos que os (grandes) bancos têm sido o ator principal da desgovernação global...

3. Negócios entre sociedade e partes relacionadas

Campo fértil de conflitos de interesses é o dos negócios entre uma sociedade e partes (com ela) relacionadas (nomeadamente administradores e sócios, em especial os que exercem ou podem exercer influência significativa no funcionamento da sociedade).

Esperar-se-ia, pois, que o direito das sociedades dispusesse de mecanismos de controlo preventivo (proibições, exigências procedimentais) e de controlo reativo (invalidades, responsabilidade civil, etc.) que neutralizem ou diminuam o risco de as partes relacionadas obterem vantagens ilegítimas em detrimento da sociedade e/ou de sócios (mormente sócios minoritários) – o risco de *tunnelling* ou (como prefiro, continuando em linguagem metafórica) *siphoning* ou sifonagem.

Contudo, são poucas (tanto quanto sei) as legislações com normas específicas sobre a questão. Menos ainda são as que se preocupam com o problema a respeito das sociedades por quotas.¹⁴

SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, *DSR*, 12 (2014) 238 s.

¹² Cfr. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014 (reimp.: 2016), 310 s.; Pinto da SILVA, “A influência dos credores bancários”, 251 s., 261 s.

¹³ Cfr. J. M. Coutinho de ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, 99 s.

¹⁴ Com apontamentos de direito comparado, v. p. ex. John H. FARRAR / Susan WATSON, “Self-dealing, fair dealing and related party transactions – History, policy and reform”, *Journal of Corporate Law Studies*, (2011 October) 495 s. (países de *common law*); Holger FLEISCHER, “Related Party

E estou convencido da insuficiência dos princípios e regras gerais do direito das sociedades para enfrentar eficazmente o problema. Tive já oportunidade de, por isso, apresentar sugestões de regulação global e sistemática, aplicável tanto às sociedades anónimas como às sociedades por quotas¹⁵.

Aproveito esta ocasião para referir a disciplina arrojada (avançará?) que encontramos em uma Proposta de Diretiva que altera a Diretiva 2007/36/CE¹⁶. Bem sei que esta Diretiva se aplica somente às sociedades cotadas. Mas as ideias centrais dessa disciplina poderão ser aproveitadas para as sociedades em geral.

Nos termos do art. 9.º-C proposto, e para o que aqui mais interessa, a sociedade, no caso de transação com parte relacionada que envolva mais de 1% dos seus ativos, anuncia publicamente tal transação no momento em que for realizada e faz acompanhar esse anúncio de um relatório elaborado por uma entidade independente que “avalie se teve ou não lugar em condições normais de mercado e confirme que a transação é justa e razoável do ponto de vista dos acionistas, nomeadamente dos acionistas minoritários” (1.º parágrafo do n.º 1). Por outro lado, “as transações com partes relacionadas que representem mais de 5% dos ativos da sociedade ou que possam ter um impacto significativo sobre os lucros ou o volume de negócios” devem ser “submetidas ao voto dos acionistas em assembleia geral” antes da conclusão das transações, podendo embora a sociedade concluí-las antes desse voto mas sob condição de aprovação pelos acionistas (1.º parágrafo do n.º 2).

4. Conflitos de interesse entre sócios e o direito de exoneração

É um dado da vida a eclosão frequente de conflitos de interesse entre os sócios nas sociedades por quotas. O ou os sócios

Transactions börsennotierten Gesellschaften: Deutsches Aktien(Konzern) recht und Europäische Reformvorschläge”, *Betriebs-Berater*, 45 (2014) 2691 s.; João REGÊNCIO, “Negócios com partes relacionadas e deveres de informação”, *DSR*, 15 (2016) 197 s.

¹⁵ Por último, J. M. Coutinho de ABREU, “Negócios entre sociedade e partes relacionadas (administradores, sócios) – Sumário às vezes desenvolvido”, *DSR*, 9 (2013) 13 s., 25.

¹⁶ COM (2014) 213 final.

gerentes maioritários votam a destituição sem justa causa de sócios gerentes minoritários (que, em muitos casos, faziam da gerência a sua profissão exclusiva), determinam remunerações excessivas para si (bastas vezes sem deliberação dos sócios), realizam, pela sociedade, negócios não escriturados cujas receitas entram em “saco azul” de que são “comproprietários”¹⁷, aproveitam, em benefício próprio ou de terceiros próximos, oportunidades de negócios da sociedade, celebram negócios com a sociedade especialmente vantajosos para eles, fazem aprovar propostas de não distribuição de lucros, etc.

O arsenal legal à disposição dos minoritários para combater fenómenos desta espécie – ações judiciais de destituição com justa causa de gerente e de exclusão de sócio, inquéritos judiciais para fazer valer os direitos à informação ou para reduzir remunerações, ações de impugnação de deliberações dos sócios, de indemnização a favor da sociedade, de invalidação de negócios, etc. – não é suficientemente eficaz. Ora pela delonga dos processos judiciais, os custos financeiros e emocionais (devidos também à incerteza acerca do desfecho) que acarretam, ora pela não garantia de não repetição de alguns daqueles comportamentos.¹⁸

Também não se poderá esperar muito da possibilidade de estipular nos estatutos medidas de salvaguarda dos minoritários – por exemplo, direitos especiais à gerência ou de designar gerente, direito de voto duplo, elevação dos quóruns deliberativos para certos assuntos, possibilidade de exoneração ou saída da sociedade em determinadas situações¹⁹. Com efeito, em geral as sociedades por quotas (pluripessoais) têm poucos sócios que embarcam no empreendimento social apoiados em relações de confiança mútua (relações de amizade, relações familiares); contrariando o “paradigma económico” do agente racional (das “escolhas racionais”) assumido pela “análise económica do direito” convencional e pelos “contra-

¹⁷ Esta situação, associada à mencionada imediatamente antes, ajuda a explicar o “milagre” de tantas e tantas sociedades que, apesar de não apresentarem lucros – e não pagarem, por isso, impostos sobre o rendimento – se mantêm ativas.

¹⁸ V. tb. Evaristo MENDES, “Exoneração de sócios. *Direito geral de exoneração por justa causa nas sociedades por quotas?*”, in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, 77, nt. 163.

¹⁹ Cfr. A. Soveral MARTINS, “Governança das empresas familiares em Portugal. Algumas notas sobre as sociedades por quotas”, *DSR*, 15 (2016) 15 s.

tualistas” (a sociedade como *nexus of contracts*), a realidade mostra que estes sócios, quando constituem a sociedade ou entram nela, não costumam antecipar conflitos futuros, ou subvalorizam os riscos desses conflitos e não negociam por isso cláusulas estatutárias (ou outras) de proteção dos minoritários²⁰ – para já não falar dos modelos de pactos sociais tipo “empresa na hora”...

Entretanto, os minoritários, sem mercado livre para saírem da sociedade vendendo as quotas, vão ficando “prisoneiros” delas e sofrendo o oportunismo de maioritários.²¹ Não obstante, aqui e ali abre-se uma porta de saída: a da exoneração.

As legislações nacionais sobre sociedades por quotas são muito variadas a respeito.²²

Algumas não preveem expressamente o direito de exoneração (Alemanha, França)²³.

No polo oposto temos o *Codice Civile* italiano, que no 2.º parágrafo do art. 2473 (introduzido em 2003) atribui aos sócios o direito de se exonerarem a todo o tempo (mediante pré-aviso de pelo menos 3 meses) nas sociedades constituídas por tempo indeterminado.²⁴

Outras leis conferem o direito de exoneração prevalecentemente aos sócios minoritários discordantes em casos de alterações importantes da sociedade (validamente deliberadas e não necessariamente prejudiciais para os minoritários) como a transferência da sede social para o estrangeiro, alteração do objeto social, aumento do capital a subscrever por terceiros ou a prorrogação da sociedade (*v.g.*, Portugal e Espanha)²⁵.

²⁰ Cfr. Benjamin MEANS, “A contractual approach to shareholder oppression law”, *Fordham Law Review*, 79 (2010) 1161 s. (disponível em <<http://ssrn.com>>).

²¹ Desconsiderando limitações legais e /ou estatutárias à cessão de quotas, é evidente a dificuldade de uma quota minoritária em sociedade com más práticas ser vendida a terceiro por preço justo. Acrescente-se ainda que os maioritários visam com as más práticas, muitas vezes, forçar os minoritários a ceder-lhes as quotas por preço vil.

²² Para alguns desenvolvimentos, v. Evaristo MENDES, “Exoneração de sócios”, 65 s.; Holger FLEISCHER, “Vergleichende Corporate Governance in der geschlossenen Kapitalgesellschaft”, *ZHR*, 179 (2015) 432-436.

²³ Na Alemanha, porém, a jurisprudência e a doutrina admitem amplamente a exoneração por justa causa ou “motivo importante”.

²⁴ A lei russa sobre sociedades por quotas, na versão originária, atribuía direito idêntico; deixou de fazê-lo em 2009.

²⁵ V., respetivamente, o art. 240 do CSC e o art. 346 da LSC (mas v.

E há ainda legislações – as mais interessantes no contexto do que vimos argumentando – que atribuem o direito de exoneração, a exercer por via judicial, aos minoritários vítimas de (persistentes) comportamentos ilegais ou abusivos dos maioritários; cabendo então a obrigação de pagar o (justo ou real) valor das quotas a quem, em primeira linha, as tem de adquirir: ora a sociedade (Suíça), ora os maioritários (países nórdicos europeus, Holanda, Bélgica), ora os maioritários ou a sociedade (Reino Unido, vários estados do EUA).

A convergência legislativa deveria ter como referência este último grupo de legislações. E o direito de exoneração deveria ser exercido, preferencialmente, contra a sociedade – podendo esta (por deliberação dos sócios) amortizar a quota do exonerado, adquiri-la ou fazê-la adquirir por sócios ou terceiros. Também porque impor aos maioritários a aquisição das quotas poderia redundar em benefício do infrator (cujo fito era já adquiri-las extrajudicialmente, embora por preço menor)...²⁶

Contudo, nos países cuja legislação não prevê, com caráter geral, o direito de exoneração por justa causa, devem os tribunais admiti-lo. Com base na ideia-princípio de que não é exigível a um sócio manter-se em uma sociedade onde é vítima de (indiretos) prejuízos injustos ou de comportamentos opressivos do(s) maioritário(s) e de onde não pode sair por vias alternativas satisfatórias.

5. Designação e destituição dos gerentes

Para terminar, dois brevíssimos apontamentos em matéria extensa e complexa.

1) Relativamente à destituição, verifica-se uma enorme convergência das legislações nacionais das sociedades por quotas (e anónimas) para a regra da livre destituição por deliberação dos

o interessante art. 348 bis desta lei, aditado em 2011: “Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos”). Porém, ambas as leis admitem que os estatutos prevejam outras causas de exoneração, inclusive de justa causa. Propugnando a suficiência de uma cláusula geral estatutária de justa causa, v. J. M. Coutinho de ABREU, *Curso de direito comercial. Volume II: Das sociedades*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015, 386.

²⁶ Para propostas outras, v. Evaristo MENDES, “Exoneração de sócios”, 76, s.

sócios: a destituição pode ser decidida a todo o tempo e independentemente de justa causa.

Tenho criticado a regra, que retira independência aos administradores e permite nepotismos e arbitrariedades²⁷. Mas sem ilusões: ela está tão entranhada na cultura jurídica dominante e estreada nos interesses de quem possui poderes de controlo que não se adivinham oscilações notáveis. Não obstante...

2) Valerá a pena ponderar sobre o seguinte modo de designação dos gerentes para atuar legal-supletivamente: «Todos os sócios são gerentes»²⁸.

Decorreria desta regra que só com justa causa um sócio poderia ser destituído da gerência.

Claro que isto aproxima os gerentes das sociedades por quotas dos (sócios-) gerentes das sociedades de “responsabilidade ilimitada” (sociedades em nome coletivo). Mas não é irrazoável esta aproximação. As sociedades por quotas, além de terem também, em geral, poucos sócios, apresentam forte afinidade típico-real daquelas sociedades devido à já assinalada (*supra*, n.º 2.2.) responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas dívidas sociais aos bancos.

²⁷ V. p. ex. o meu *Curso de direito comercial*, 572 s.

²⁸ Permitindo-se, evidentemente, a renúncia à gerência.

ÍNDICE

Apresentação	5
Programa	7
Abertura.	9

SESSÃO I

De la <i>Societas Privata Europaea</i> a la <i>Societas Unius Personae</i> en las propuestas europeas	13
--	----

Luis Antonio Velasco San Pedro

Pequeñas y medianas empresas en el Código Civil y Comercial de Argentina, en vigencia desde el 1/8/2015	41
--	----

Miguel C. Araya

Oportunismo da maioria, oportunismo da minoria: onde está a Virtude nas PME?	51
---	----

Alexandre de Soveral Martins

SESSÃO II

La transmisión <i>mortis causa</i> de la empresa mercantil	69
--	----

Andrés Domínguez Luelmo

Le cofinancement des PME par les fonds structurels européens	103
---	-----

Philippe Icard

La promoción de las PYMEs en el derecho financiero de la Unión Europea	165
---	-----

Juan José Hinojosa Torralvo

SESSÃO III

Representação e negociação coletiva nas PME 205
João Reis

La prevención de riesgos laborales en microempresas y PYMEs.
Configuración jurídica desde Europa y España. 239
María Salas Porras

As pequenas e médias empresas e o direito do trabalho 275
José João Abrantes

SESSÃO IV

O regime fiscal das pequenas e médias empresas 287
José Casalta Nabais

A tributação das microempresas e empresas de pequeno
porte no Brasil. 321
Hugo de Brito Machado Segundo · Raquel Cavalcanti Ramos Machado

SESSÃO V

Os procedimentos judiciais que facilitam o acesso
à justiça das pequenas e médias empresas 337
Ioan Leş · Adrian Circa

A administração da sociedade PME e o sócio gestor 361
Ricardo Costa

Convergências e divergências internacionais
no direito das PME societárias. 397
Jorge M. Coutinho de Abreu

