

DIREITO DAS SOCIEDADES *em Revista*

DOCTRINA

O procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais (e não só *sociais*...)
e o novo Código de Processo Civil

Rui Pinto Duarte

«Pais, filhos, primos e etc., Lda»: as sociedades por quotas familiares (uma introdução)

Alexandre de Soveral Martins

Corporate Social Responsibility: “Vinho velho em odres novos”

M. Nogueira Serens

Insolvência transfronteiriça – Comentários à Proposta de alteração do Regulamento
europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração
do Direito português

Catarina Serra

Tutela de acredores mediante la responsabilidad de administradores por no disolver
o declarar el concurso de la sociedad de capital. Notas del ordenamiento jurídico español

Fernando Carbajo Cascón

ÍNDICE

- 5 Abreviaturas

DOCTRINA

- 13 O procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais (e não só *sociais...*)
e o novo Código de Processo Civil
Rui Pinto Duarte
- 39 «Pais, filhos, primos e etc., Lda»: as sociedades por quotas familiares (uma introdução)
Alexandre de Soveral Martins
- 75 *Corporate Social Responsibility*: “Vinho velho em odres novos”
M. Nogueira Serens
- 97 Insolvência transfronteiriça – Comentários à Proposta de alteração do Regulamento
europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração
do Direito português
Catarina Serra
- 145 Tutela de acredores mediante la responsabilidad de administradores por no disolver
o declarar el concurso de la sociedad de capital. Notas del ordenamiento jurídico español
Fernando Carbajo Cascón

ABREVIATURAS

AAVV/VVAA	Autores Vários / Vários Autores
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
ac. / acs.	acórdão / acórdãos
ACE	Agrupamento(s) Complementar(es) de Empresas
AEIE	Agrupamento(s) Europeu(s) de Interesse Económico
AG	Die Aktiengesellschaft
AktG	Lei alemã sobre as sociedades anónimas e em comandita por acções, de 6 de Setembro de 1965
al.	alínea
AnnDrComm	Annales de Droit Commercial
AnwBl	Anwaltsblatt
art.	artigo
Ass.	Assicurazione. Rivista di Diritto, Economia e Finanze delle Assicurazioni Private
BankLJ	Banking Law Journal
BB	Betriebs-Berater
BFD	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BL	The Business Lawyer
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BP	Banco de Portugal
BulJS	Bulletin Joly des Sociétés
BVL	Bolsa de Valores de Lisboa
CA	Conselho de Administração
CA 2006	Companies Act, de 2006 (Inglaterra)
CadMVM	Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários
CAE	Conselho de Administração Executivo

CC	Código Civil
CCit	Código civil italiano, de 16 de Março de 1942
CCom	Código Comercial
CComf	Novo código de comércio francês (aprovado pela Ordonnance, de 18 de Setembro de 2000)
CEE	Comunidade Económica Europeia
CeImp	Contratto e Impresa
CF	Conselho Fiscal
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
cfr.	confronte
CGS	Conselho Geral e de Supervisão
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CIRS	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CJ-STJ	Colectânea de Jurisprudência Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça
CLR	Columbia Law Review
CPC	Código de Processo Civil
CPen	Código Penal
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência
CMLRev.	Common Market Law Review
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CódMVM	Código do Mercado de Valores Mobiliários
CPP	Código de Processo Penal
CPTA	Código de Processo dos Tribunais Administrativos
CRCom	Código do Registo Comercial
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT/CTrab	Código do Trabalho
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DB	Der Betrieb
DEA	Diritto ed Economia dell'Assicurazione
DFiscB	Droit Fiscalité Belge
DJ	Revista Direito e Justiça
DJCL	Delaware Journal of Corporate Law
Dec.-Lei/DL	Decreto-Lei
DG	Diário do Governo
DR	Diário da República
DSR	Direito das Sociedades em Revista
ed.	edição
EBOR	European Business Organization Law Review

ECFR	European Company and Financial Law Review
EIRL	Estabelecimento(s) Individual(ais) de Responsabilidade Limitada
ERPL	European Review of Private Law
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EUA	Estados Unidos da América
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
ForI	Forum Iustitiae
ForLR	Fordham Law Review
GC	Giurisprudenza Commerciale
Giur.Comm.	Giurisprudenza Commerciale
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Alemanha)
GmbHG	Lei alemã sobre as sociedades de responsabilidade limitada, de 20 de Abril de 1892
GmbHR	GmbH-Rundschau
HarvLR	Harvard Law Review
id.	<i>idem</i>
IDET	Instituto das Empresas e do Trabalho
InsO	Insolvenzordnung (lei alemã da insolvência)
IPGC	Instituto Português de <i>Corporate Governance</i>
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JOCE	Jornal Oficial das Comunidades Europeias
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
L.	Lei
LAS	Lei da Actividade Seguradora
LGT	Lei Geral Tributária
LSGPS	Lei das Sociedades Gestoras de Participações Sociais
LSQ	Lei das Sociedades por Quotas
MLR	The Modern Law Review
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (Alemanha)
MP	Ministério Público
MVM	Mercado dos Valores Mobiliários
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
n. / nn.	nota/notas
n.º	número
NYSE	New York Stock Exchange
ob. cit.	obra citada
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OPA	Oferta(s) Pública(s) de Aquisição
OPV	Oferta(s) Pública(s) de Venda
p. / pp.	página/páginas
p. ex.	por exemplo

PME	Pequenas e médias empresas
POC	Plano Oficial de Contabilidade
pto.	ponto
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RB	Revista da Banca
RCEJ	Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas
RDE	Revista de Direito e Economia
RDES	Revista de Direito e de Estudos Sociais
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RDS	Revista de Direito das Sociedades
RC	Tribunal da Relação de Coimbra
RE	Tribunal da Relação de Évora
RES	Revista Española de Seguros
RevDBB	Revue de Droit Bancaire et de la Bourse
RevE	Revisores e Empresas
RevF	Revista Fisco
RevOD/O Direito	Revista O Direito
RevTOC	Revista dos Técnicos Oficiais de Contas
RG	Tribunal da Relação de Guimarães
RivDCom	Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni
RJCS	Regime Jurídico do Contrato de Seguro
RJOIC	Regime Jurídico dos Organismos de Investimento Colectivo
RJUPort	Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique
RL	Tribunal da Relação de Lisboa
RMBCA	Revised Model Business Corporation Act (EUA)
RP	Tribunal da Relação do Porto
reimp.	reimpressão
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
RNPC	Registo Nacional de Pessoas Colectivas
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ROC	Revisor Oficial de Contas
RPDC	Revista Portuguesa de Direito do Consumo
RS	Rivista delle Società
s./ss.	seguinte/seguintes
SA	Sociedade(s) Anónima(s)
SARL	Sociedade de Responsabilidade Limitada (França)

SQ	Sociedade(s) por Quotas
SCE	Sociedade(s) Cooperativa(s) Europeia(s)
SE	Sociedade(s) Europeia(s)
SGPS	Sociedade(s) Gestora(s) de Participações Sociais
SPE	Sociedade(s) Privada(s) Europeia(s)
SRL	Sociedade de Responsabilidade Limitada (Itália)
SROC	Sociedade(s) de Revisores Oficiais de Contas
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
t.	tomo
tb.	também
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado sobre o funcionamento da União Europeia
Themis	Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRLISA	Lei espanhola sobre as sociedades anónimas (texto refundido aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Dezembro)
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UCP	Universidade Católica Portuguesa
v.	<i>vide</i>
VM	Valores Mobiliários
VJud	Vida Judiciária
VLR	Vanderbilt Law Review
vol./vols.	volume/volumes
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht



DOUTRINA

RESUMO: Usando como motivo o novo Código de Processo Civil, este texto revisita o regime do procedimento cautelar de suspensão de deliberações, expondo dúvidas que tem levantado (e vai continuar a levantar) e criticando alguns dos seus aspetos.

ABSTRACT: Driven by the recent entry into force of the new Civil Procedure Code, this paper revisits the rules on protective measures for suspension of corporate bodies' resolutions, voicing some doubts that have been, and will continue to be, raised, and further criticizing some of its shortcomings.

RUI PINTO DUARTE*

O procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais (e não só sociais...) e o novo Código de Processo Civil**

1. Introdução

O novo Código de Processo Civil (adiante «CPC 2013») não alterou o regime específico do procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais: nos seus arts. 380.º, 381.º e 383.º reproduz os arts. 396.º, 397.º e 398.º do CPC anterior, sendo as únicas diferenças as resultantes da substituição do futuro dos verbos instruir e ser pelo presente dos mesmos no n.º 2 do novo art. 380.º e no n.º 1 do novo art. 381.º («instrui», em vez de «instruirá», e «é», em vez de «será»)¹ e da substituição do verbo «vir» pelo verbo «entrar» no n.º 1 do novo art. 381.º. Isso não significa que o regime da suspensão de deliberações sociais tenha ficado exatamente como era, pois as inovações do CPC 2013 sobre o regime geral dos procedimentos cautelares – nomeadamente, a chamada inversão do contencioso – também abrangem a suspensão de deliberações sociais, refletindo-se no art. 382. No entanto, o essencial mantém-se².

* Advogado

** Agradeço a Hígina Castelo e Pedro Caetano Nunes a leitura de versões anteriores deste texto e as sugestões que amavelmente me fizeram.

¹ Em obediência a uma das «regras de legística na elaboração de atos normativos» aprovadas pelo Governo segundo a qual «na elaboração de atos normativos deve utilizar-se o presente» (art. 19.º do anexo II da Resolução do Conselho de Ministros 19/2011, de 5 de julho, publicada no DR de 11 do mesmo mês) – regra essa que, de resto, vai contra a tradição portuguesa e me parece injustificada.

² Do ponto de vista da inserção sistemática, a suspensão de deliberações sociais constituía a subsecção II da secção II, intitulada *Procedimentos Cautelares Especificados*, do capítulo IV, intitulado *Dos Procedimentos Cautelares*, do título I, intitulado *Das Disposições Gerais*,

A opção do legislador por conservar o que vinha de trás parece-me merecer crítica, por o regime em causa suscitar muitas dúvidas e consagrar soluções que têm merecido censuras numerosas e qualificadas.

O propósito deste texto é contribuir para tal crítica, o que obrigará a expor partes significativas do regime em causa.

2. Origens das regras vigentes

Antes, porém, há que mostrar como se formaram as regras vigentes³. Esse conhecimento contribui decisivamente para a compreensão das dúvidas que o regime em causa levanta.

A sua fonte portuguesa mais antiga terá sido o Código Comercial de 1888⁴, cujo art. 186.º, no seu corpo, tinha o seguinte teor⁵:

«Todo o **acionista** tem o direito de protestar contra as deliberações tomadas em oposição às disposições expressas⁶ da lei e nos estatutos, e poderá requerer ao respetivo juiz presidente do tribunal de comércio a **suspensão da execução de tais deliberações**, com prévia notificação dos diretores»⁷.

do Livro III, intitulado *Do Processo*. Passou a constituir a secção II (mantendo o nome da anterior subsecção) do capítulo II (que manteve o nome do anterior capítulo IV) do título IV (que corresponde ao anterior capítulo IV) do livro II (que corresponde ao anterior livro III). O mesmo é dizer que também desse ponto de vista o procedimento em análise manteve o seu perfil, devendo-se a pequena alteração da sua inserção sistemática à reorganização do livro do CPC em que se inseria e insere (o anterior livro III, atual livro II).

³ Sobre o assunto, v. ALBERTO PIMENTA, *Suspensão e Anulação de Deliberações Sociais*, Coimbra Editora, 1965, pp. 5 e ss., e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, vol. I, *Parte Geral*, 3.ª ed., Almedina, 2011, pp. 824 e ss.

⁴ A fonte estrangeira do art. 186.º do Código Comercial de 1888 terá sido o Código de Comércio Italiano de 1882 (nesse sentido, implicitamente, VISCONDE DE CARNAXIDE, *Societates Anonymas*, F. França Amado Editor, 1913, p. 277). O segundo parágrafo do art. 163 de tal código italiano dispunha: «Alle deliberazioni manifestamente contrarie all'atto costitutivo, allo statuto od alla legge, può essere fatta opposizione da ogni socio, e il presidente del tribunale di commercio, sentiti gli amministratori ed i sindaci, può sospenderne l'esecuzione mediante provvedimento da notificarsi agli amministratori».

⁵ Em todas as transcrições de preceitos legais portugueses, atualizo a ortografia. Os negritos que surgem nessas transcrições são, é claro, de minha autoria.

⁶ A expressão «disposições expressas», que, com cambiantes contextuais, se manteve até à versão de 1967 do CPC motivou larga polémica. Sobre ela, v. ALBERTO PIMENTA, *Suspensão e Anulação de Deliberações Sociais*, cit., pp. 30 e ss.

⁷ Norma essa que era complementar do art. 146.º do mesmo Código, que estabelecia: «Todo o sócio ou acionista, que tiver protestado em reunião ou assembleia geral dos sócios contra qualquer deliberação nela tomada em oposição às disposições expressas da lei ou

Tal preceito foi recebido e desenvolvido pelo Código de Processo Comercial 1895 (CPCoM 1895), cujo arts. 115.º e 116.º dispunham:

ARTIGO 115.º

«Todo o **acionista** que houver protestado contra **deliberações tomadas em assembleia geral**, em oposição às disposições expressas na lei e nos estatutos, e **as queira fazer suspender**, assim o deverá requerer, justificando a sua qualidade e instruindo o requerimento com a ata ou com o termo de protesto.

§ 1.º A mesa da assembleia geral em que o acionista houver protestado, nos termos deste artigo, deve entregar no prazo de vinte e quatro horas cópia da ata.

§ 2.º Se não se cumprir o prescrito no parágrafo antecedente, fará fé contra a sociedade o protesto do requerente, lavrado nos termos do artigo 40.º deste código, salva a prova contrária que a direção da sociedade possa dar, nos termos do § 4.º.

§ 3.º O juiz mandará notificar a direção da sociedade para responder em três dias o que se lhe ofereça.

§ 4.º **Desde a data da notificação não poderá a direção executar a deliberação recorrida.**

§ 5.º O juiz, justificados os factos alegados, mandará suspender a execução das deliberações arguidas, se assim o julgar de direito.»

ARTIGO 116.º

«O protesto ficará sem efeito e a suspensão será levantada, a requerimento da direção, se, no prazo de vinte dias a contar do despacho a que se refere o parágrafo antecedente, se não achar distribuída ação pedindo a nulidade das deliberações suspensas.»

Como se vê, segundo o texto do CPCoM 1895:

– A providência só respeitava às sociedades anónimas (e às sociedades em comandita por ações e às cooperativas sob forma anónima⁸);

contrato social, pode, no prazo de vinte dias, levar o seu protesto com as provas que tiver ao tribunal de comércio respetivo, e pedir que se julgue nula a deliberação, ouvida a sociedade». É de sublinhar que o art. 146.º, que previa a anulação de deliberações dos sócios, abrangia sociedades de todos os tipos, ao passo que o art. 186.º, que previa a suspensão de deliberações, só abrangia as sociedades anónimas – sem que se percebesse a razão da diferença, como resulta da transcrição de J. M. Barbosa de Magalhães constante da nota seguinte.

⁸ Escreveu J. M. BARBOSA DE MAGALHÃES: «O art. 186.º do Cod. Com., pela sua situação, parece até restringir essa legitimidade ao acionista de sociedade anónima. Mas nas sociedades em comandita, como nas cooperativas, póde também haver representação do capi-

- A providência só respeitava a deliberações da assembleia geral;
- O objeto da suspensão eram as deliberações (ao passo que no Código Comercial, literalmente, o objeto da suspensão era a execução das deliberações);
- A notificação da providência determinava que o órgão de administração ficasse proibido de executar a deliberação impugnada.

O essencial do texto do CPCom 1895 foi mantido na versão de 1896 do mesmo Código, tendo, porém, o legislador retocado os preceitos, como resulta da transcrição dos seus arts. 115.º e 116.º que a seguir faço:

«Todo o **acionista** que houver protestado em **assembleia geral** contra **deliberações nela tomadas**, em oposição às disposições expressas na lei e nos estatutos, e as queira fazer suspender, assim o deverá requerer no prazo de cinco dias depois da reunião da assembleia geral, justificando a sua qualidade e instruindo o requerimento com a ata ou com o termo de protesto.

§ 1.º A mesa da assembleia geral em que o acionista houver protestado, nos termos deste artigo, deve entregar no prazo de vinte e quatro horas cópia da ata.

§ 2.º Se não se cumprir o prescrito no parágrafo antecedente, fará fé contra a sociedade o protesto do requerente, lavrado nos termos do artigo 40.º deste código, salva a prova contrária que a direção da sociedade possa dar, nos termos do § 4.º.

§ 3.º O juiz mandará notificar a direção da sociedade para responder em três dias o que se lhe ofereça. Findo o prazo dos três dias, e com resposta ou sem ela, irão os autos imediatamente conclusos ao juiz para proferir sua decisão, como for de direito.

§ 4.º **Desde a data da notificação não poderá a direção executar a deliberação recorrida**, e contra a prova resultante do termo de protesto só poderá oferecer a certidão da respetiva ata.»

tal por acções, aplicando-se-lhes então respetivamente as mesmas disposições que rejem aquela espécie de sociedade. Aos associados em nome coletivo, em comandita simples, ou em cooperativa de responsabilidade ilimitada, aliás compreendidos na generalidade do art. 146.º do Cod. Com., não é dado exercerem o direito consignado no art. 186 do mesmo Cod. A diferença de redação entre esses arts não admite dúvida. Mas o que também não sabemos é a razão d'esta diferença, que o art. 124.º acentuou.» (*Código de Processo Comercial Anotado*, 3.ª ed., Parceria A. M. Pereira, 1912, vol. 2.º, p. 69).

«A suspensão, quando ordenada nos termos do artigo antecedente, caducará, independentemente de despacho, se a ação com processo ordinário de que trata o artigo 146.º do código comercial, pedindo a anulação das deliberações arguidas, não for distribuída no prazo de vinte dias a contar daquele em que se realizou a reunião da assembleia geral»

De 1895 para 1896, as alterações foram, pois, pouco significativas, merecendo destaque que, no corpo do art. 115, foi deslocada a expressão «em assembleia geral» (para vincar que o protesto tinha de ser feito nela) e foi explicitado que o prazo para a interposição da providência era de cinco dias, bem como que foi suprimido o (inútil) § 5.º do mesmo artigo.

A Lei das Sociedades por Quotas de 11 de abril de 1901 (LSQ) alargou a providência ao novo tipo societário que criou, como resulta dos fragmentos do seu art. 46, do seguinte teor:

«O sócio que houver tomado parte em qualquer assembleia geral ou em qualquer deliberação escrita, nos termos da última parte do § 2.º do artigo 36.º, poderá protestar perante o notário contra as resoluções contrárias à lei ou ao contrato de sociedade, no prazo de cinco dias a contar da assembleia geral, ou da data em que tiver dado o seu voto escrito.

§ 1.º (...)

§ 2.º A suspensão das deliberações deve ser requerida no prazo de cinco dias a contar do protesto, devendo produzir-se o instrumento deste ou cópia legal, e justificar-se a qualidade de sócio.

§ 3.º Observar-se-á, na parte aplicável, o disposto nos §§ 3.º e 4.º do artigo 115.º do Código de Processo Comercial.

§ 4.º Para efeitos do artigo 173.º, § 1.º, e 186, § 2.º, do Código Comercial, qualquer gerente poderá protestar contra os atos da gerência, perante notário e dentro de cinco dias depois da data em que tenha votado contra a decisão aprovada.

(...)»

O passo seguinte da evolução legislativa foi dado pelo CPCo 1905, que:

- No seu art. 124.º, reproduziu o art 115.º do CPCo 1896, acrescentando-lhe um parágrafo para espelhar o resultante da LSQ;
- Adaptou o texto do anterior art. 116.º à extensão do procedimento às sociedades por quotas.

Eis os textos em causa:

ARTIGO 124.º

«Todo o **acionista** que houver protestado em **assembleia geral** contra deliberações nela tomadas, em oposição às disposições expressas na lei e nos estatutos, e as queira fazer suspender, assim o deverá requerer no prazo de cinco dias depois da reunião da assembleia geral, justificando a sua qualidade e instruindo o requerimento com a ata ou com o termo de protesto.

§ 1.º A mesa da assembleia geral em que o acionista houver protestado, nos termos deste artigo, deve entregar no prazo de vinte e quatro horas cópia da ata.

§ 2.º Se não se cumprir o prescrito no parágrafo antecedente, fará fé contra a sociedade o protesto do requerente, lavrado nos termos do artigo 49.º deste código, salva a prova contrária que a direção da sociedade possa dar, nos termos do § 4.º.

§ 3.º O juiz mandará notificar a direção da sociedade para responder em três dias o que se lhe ofereça. Findo o prazo dos três dias, e com resposta ou sem ela, irão os autos imediatamente conclusos ao juiz para proferir sua decisão, conforme for de direito.

§ 4.º Desde a data da notificação não poderá a direção executar a deliberação recorrida, e contra a prova resultante do termo do protesto só poderá oferecer a certidão da respetiva ata.

§ 5.º O **sócio da sociedade por quotas**, que devidamente tiver protestado contra deliberações sociais, pode requerer a suspensão de tais deliberações, dentro do prazo de cinco dias, a contar do protesto, devendo produzir o instrumento deste ou cópia legal, bem como justificar a qualidade de sócio e observando-se na parte aplicável o disposto nos dois parágrafos antecedentes.»

ARTIGO 125.º

«A suspensão, quando ordenada nos termos do artigo antecedente, caducará, independentemente de despacho, se a ação pedindo a anulação das deliberações arguidas não for distribuída no prazo de vinte dias, a contar daquele em que se realizou a reunião da assembleia geral, quando se trate de sociedade anónima, ou a contar do protesto, quando se trate de sociedade por quotas.»

O Código de Processo Civil de 1939 (CPC 1939) introduziu várias alterações no regime que recebeu do CPCom 1905, consoante resulta dos seus arts. 403.º e 404.º, do seguinte teor:

ARTIGO 403.º

«Se alguma **sociedade, seja qual for a sua espécie**, tomar deliberações contrárias às disposições expressas na lei ou nos estatutos, pode qualquer sócio, como ato preparatório da ação de anulação, requerer, no prazo de cinco dias, independentemente de protesto, que as respetivas deliberações sejam suspensas, justificando a sua qualidade de sócio e mostrando que da execução das deliberações pode resultar **dano apreciável**.»

ARTIGO 404.º

«A direção da sociedade poderá contestar o pedido; e, findo o prazo da contestação, se decidirá. Ainda que a deliberação seja contrária à lei ou aos estatutos, **pode o juiz deixar de a suspender, se entender, no seu prudente arbítrio, que o prejuízo resultante da suspensão é superior ao que poderia derivar da execução**.»

Entre as alterações, são de sublinhar as seguintes:

- O CPC 1939 deixou de exigir protesto;
- Na sua letra, o CPC 1939 alargou a providência a todas as sociedades (embora, pelo menos, partes significativas da doutrina e da jurisprudência tenham sustentado que a providência só abrangia sociedades comerciais)⁹;
- Na sua letra, o CPC 1939 deixou de restringir a providência às deliberações da assembleia geral (mas a doutrina entendeu que a restrição se mantinha)¹⁰;
- No CPC 1939, passou a ser requisito da providência que da execução das deliberações pudesse resultar dano apreciável e foi atribuído ao juiz o poder de não suspender deliberação contrária à lei ou aos estatutos, da qual pudesse resultar dano apreciável, no caso de considerar o prejuízo resultante da suspensão superior ao que poderia derivar da execução;
- O CPC 1939 omitiu a regra segundo a qual a notificação da providência determinava que o órgão de administração ficasse proibido de executar a deliberação impugnada;
- A lei passou a referir que o procedimento era «ato preparatório da ação de anulação».

⁹ V. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1946, pp. 675 e 676.

¹⁰ V. ALBERTO DOS REIS, ob. cit., loc. cit.

Em 1955, foi publicado o Dec.-Lei 40333, de 14 de outubro, que estabeleceu o regime da propriedade horizontal, atribuindo à administração do que chamou bens comuns ao que chamou assembleia dos proprietários (e a um administrador por ela eleito). Na regulação desse assembleia, o respetivo art. 32 estabeleceu que as deliberações da mesma contrárias à lei ou ao regulamento aprovado pelos interessados podiam ser anuladas a requerimento de qualquer dos condóminos, tendo o § 2.º do mesmo determinado que podia «ser requerida a suspensão das deliberações da assembleia, nos termos dos artigos 403.º e 404.º do Código do Processo Civil». Tal regra, porém, só foi refletida no CPC em 1967.

Seguiu-se o Código de Processo Civil de 1961 (CPC 1961), que aceitou o que vinha do CPC 1939 com as seguintes alterações:

- Reintrodução, no n.º 4 do art. 397.º, da regra segundo a qual a notificação da providência determinava que o órgão de administração ficasse proibido de executar a deliberação impugnada;
- Omissão no n.º 1 do seu art. 396, que reproduziu o art. 403.º do CPC de 1939, das expressões «como ato preparatório da ação de anulação» e «independentemente de protesto» – ainda que apenas porque os sentidos dessas mesmas expressões foram deslocados, respetivamente para o n.º 1 do art. 382.º e para o n.º 3 do próprio art. 396.º.

Eis os textos dos preceitos relevantes do CPC 1961:

ARTIGO 396.º

«1. Se alguma **sociedade, seja qual for a sua espécie**, tomar deliberações contrárias às disposições expressas na lei ou nos estatutos, pode qualquer sócio requerer, no prazo de cinco dias, que as deliberações tomadas sejam suspensas, justificando a qualidade de sócio e mostrando que da execução das deliberações pode resultar **dano apreciável**.

2. O sócio instruirá o requerimento com cópia da ata em que as deliberações foram tomadas e que a direção deve fornecer ao requerente dentro de vinte e quatro horas; quando a lei dispense reunião de assembleia, a cópia da ata será substituída por documento comprovativo da deliberação.

3. Nem o procedimento cautelar da suspensão nem a ação anulatória dependem de protesto; os prazos para a sua instauração contam-se da data das deliberações.»

ARTIGO 397.º

«1. Se o requerente alegar que lhe não foi fornecida cópia da ata ou o documento correspondente, dentro do prazo fixado no artigo anterior, a cita-

ção da sociedade é feita com a cominação de que a contestação não será recebida sem vir acompanhada da cópia ou do documento em falta.

2. Se não houver ou não puder ser recebida a contestação, é imediatamente decretada a suspensão.

3. Recebida a contestação, decidir-se-á depois de produzidas as provas que se repute indispensáveis; mas, ainda que a deliberação seja contrária à lei ou aos estatutos, pode o juiz deixar de a suspender, desde que entenda, em seu prudente arbítrio, que o prejuízo resultante da suspensão é superior ao que pode derivar da execução.

4. **A partir da citação e enquanto não for julgado o pedido de suspensão, não é lícito à sociedade executar a deliberação impugnada.»**

A versão de 1967 do CPC introduziu algumas alterações no texto de 1961, sendo a mais relevante o alargamento da providência às associações e aos condomínios (mais exatamente, às deliberações anuláveis das suas assembleias), como resulta dos seus preceitos a seguir parcialmente transcritos:

ARTIGO 396.º

«1. Se alguma **associação** ou sociedade, seja qual for a sua espécie, tomar deliberações contrárias à lei, aos estatutos ou ao **contrato**, qualquer sócio pode requerer, no prazo de cinco dias, que a **execução dessas deliberações** seja suspensa, justificando a qualidade de sócio e mostrando que essa execução pode causar dano apreciável.

2. (...)

3. (...)

ARTIGO 398.º

1. O disposto nesta secção é aplicável, com as necessárias adaptações, à suspensão de deliberações **anuláveis** da assembleia de condóminos de prédio sujeito ao regime de propriedade horizontal.

2. É citada para contestar a pessoa a quem compete a representação judiciária dos condóminos na ação de anulação.»

É ainda de fazer ressaltar que:

– O n.º 1 do art. 396.º passou a referir a contrariedade ao «contrato» – além da contrariedade à lei e aos estatutos;

- O n.º 1 do art. 396.º passou a referir a *suspensão da execução das deliberações*, em vez da suspensão das deliberações¹¹;
- O n.º 3 do art. 396.º passou a estabelecer que o prazo para requerer a suspensão se conta da data da reunião em que as deliberações tenham sido tomadas *ou, em caso de falta de convocação regular do requerente,, da data em que ele tenha tido conhecimento das deliberações*.

O alargamento do procedimento às associações e aos condomínios e a referência à contrariedade ao «contrato» visaram coordenar o CPC com o CC de 1966, que, lembre-se, prevê, desde a sua primeira versão, a possibilidade de anulação das deliberações da assembleia das associações e as possibilidades de anulação e de suspensão das deliberações da assembleia dos condóminos¹² (arts. 177.º, 178.º, 179.º e 1433.º), possibilidade essa cuja extensão às deliberações das assembleias das sociedades civis parece indiscutível, tendo em vista o seu art. 157.º, na parte em que manda aplicar as disposições do capítulo que abre às sociedades, «quando a analogia das situações o justifique»¹³.

O regime fixado em 1967 foi retocado pela reforma do CPC de 1995/1996, no respeitante:

- Ao prazo de interposição, que passou a ser de 10 dias¹⁴ (nova redação do n.º 1 do art. 396.º);
- Ao n.º 2 do art. 397.º, que estabelecia que se não houvesse ou não pudesse ser recebida a contestação a suspensão seria imediatamente decretada, e à primeira parte do n.º 3 do mesmo artigo, que estabelecia que recebida a contestação a decisão teria lugar depois de

¹¹ Sendo certo que desde 1939 o CPC previa que o juiz pudesse deixar de suspender a deliberação desde que entendesse que o prejuízo resultante de tal suspensão seria superior ao que poderia derivar da execução da mesma.

¹² Sendo de lembrar que, como vimos, as possibilidades de anulação e de suspensão das deliberações da assembleia dos condóminos constavam já do Dec.-Lei 40.333, de 14 de outubro de 1955.

¹³ Defendendo expressamente essa extensão, v. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, A. MONTALVÃO MACHADO e RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2.º, Coimbra Editora, 2.ª ed., 2008, p. 89. No mesmo sentido, pelo menos no caso da deliberação de exclusão de sócio, mas sem justificação expressa, v. RAÚL VENTURA, *Apontamentos sobre Sociedades Civis*, Almeida, 2006, pp. 255 e 256.

¹⁴ Sendo, porém, de notar que, por força da alteração que a mesma reforma introduziu no art. 144.º do CPC, o prazo deixou de se suspender aos sábados, domingos e feriados.

produzidas as provas indispensáveis – proposições normativas essas que foram eliminadas¹⁵;

- Ao prazo da inibição de execução da deliberação, que passou a cessar com o julgamento em primeira instância (regra que passou a constar do n.º 3 do art. 397.º, por força da renumeração do mesmo em virtude da referida eliminação do seu n.º 2).

Assim se chegou a 1 de setembro de 2013. Como escrevemos ao início, o CPC 2013, nos seus arts. 380, 381 e 383, reproduz os anteriores arts. 396.º, 397.º e 398.º, limitando-se as novidades à substituição do futuro dos verbos instruir e ser pelo presente dos mesmos no n.º 2 do novo art. 380 e no n.º 1 do novo art. 381.º e à substituição do verbo «vir» pelo verbo «entrar» no n.º 1 do novo art. 381.º.

Podemos, assim, resumir os principais passos da evolução legislativa do seguinte modo:

- 1888/1895/1896: a providência apenas respeitava a deliberações das assembleias gerais das sociedades anónimas;
- 1901: a providência passou a abranger também as deliberações dos sócios das sociedades por quotas;
- 1905: a lei processual passou a refletir o alargamento do âmbito da providência feito pela Lei das Sociedades por Quotas;
- 1939: deixou de ser exigido o protesto, foi omitida a regra (que vinha de 1895) segundo a qual a notificação da providência determinava que o órgão de administração ficasse proibido de executar a deliberação impugnada e a letra da lei alargou a providência a todas as deliberações (deixou de restringir as deliberações passíveis de suspensão às da assembleia geral) de todas as sociedades (pelo menos, as comerciais);
- 1955: a providência passou a abranger as deliberações das assembleias de condóminos;
- 1961: foi reintroduzida a regra da proibição da execução da deliberação impugnada a partir da citação;

¹⁵ Eliminações que julgo não terem tido qualquer reflexo no regime aplicável e que provavelmente se ficaram a dever a as proposições normativas eliminadas se terem tornado dispensáveis, por força da instituição de regras comuns a todos os procedimentos cautelares (nos termos da redação dada ao n.º 1 do art. 392.º).

- 1967: a providência passou a abranger também deliberações das assembleias das associações (e das assembleias das sociedades civis, para quem entendia que tal não sucedia antes)¹⁶.

3. Regras sobre suspensão de deliberações constantes de outros diplomas

Há regras sobre suspensão de deliberações noutros diplomas além do CPC. É o caso de:

- Arts. 9.º, alínea e), e 15.º, n.ºs 5 e 6, do CRCom: sujeita a registo os procedimentos cautelares de suspensão de deliberações sociais;
- Art. 15.º, n.º 7, do CRCom: fixa em dois meses a contar da sua propositura o prazo para o registo dos procedimentos cautelares de suspensão de deliberações sociais;
- Art. 43.º do CRCom: regula o modo de efetuação do registo da providência;
- Art. 168.º, n.º 5, do CSC: determina que, nas ações de suspensão de deliberações sociais, a decisão não pode ser proferida enquanto não for feita prova de ter sido requerido o respetivo registo;
- Arts. 9.º, alínea h) do CRCom: sujeita a registo as decisões finais, com trânsito em julgado, proferidas nos procedimentos cautelares em causa;
- Art. 282.º, n.º 3, do CSC: manda aplicar as disposições sobre suspensão de deliberações sociais às deliberações de constituição de sociedade com apelo à subscrição pública e às deliberações complementares das mesmas;
- Art. 24.º do CVM: exige a titularidade de 0,5% do capital social para requerer a suspensão de deliberações sociais tomadas por sociedades abertas;
- Art. 128.º, n.º 1, alínea d) da Lei 62/2013, de 26 de agosto (Lei de Organização do Sistema Judiciário): atribui às secções de comércio

¹⁶ Na sua versão de 1967, o CPC passou a referir também as deliberações das assembleias de condóminos, mas, como assinalai em nota anterior, a possibilidade de requerer a sua suspensão já vinha de 1955.

dos tribunais de comarca competência para «preparar e julgar» as ações de suspensão (e anulação¹⁷) de deliberações sociais¹⁸;

- O art. 11.º da Lei 63-A/2008, de 24 de novembro (que estabelece medidas de reforço da solidez financeira das instituições de crédito), na redação Lei 4/2012, de 11 de janeiro: determina que a suspensão de deliberações sociais respeitantes ao reforço de fundos próprios tomadas ao abrigo de tal Lei só pode ser requerida por acionistas que, isolada ou conjuntamente, detenham ações correspondentes a, pelo menos, 5% do capital social da instituição de crédito, que a tal procedimento não é aplicável o disposto no n.º 3 do art. 397.º do CPC e que se presume que da suspensão de tais deliberações resulta dano superior ao que resultaria da execução da deliberação.

4. Dúvidas

Como lembrei, na versão que vinha vigorando até à reforma de 2013, o regime da providência de suspensão de deliberações levantava várias dúvidas, a que, infelizmente, o novo texto não põe fim. Passo a enunciar as que julgo mais relevantes.

4.1. Dúvidas relativas ao âmbito da providência

4.1.1. Dúvidas respeitantes à autoria das deliberações

O primeiro grupo de dúvidas respeita à autoria das deliberações que podem ser objeto do procedimento de suspensão. As principais parecem ser as seguintes:

¹⁷ Parecendo claro que, apesar da formulação restritiva (explicável pela história dos preceitos relativos à impugnação de deliberações das sociedades), a competência em causa abrange também as ações em que se peça a declaração de inexistência, ineficácia ou nulidade de deliberações sociais.

¹⁸ Lei essa que, nos termos seu art. 88.º, entrará em vigor «na data de início da produção de efeitos do decreto-lei que aprove o Regime de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais». Até então, vigorará, para a generalidade das comarcas, o art. 89.º, n.º 1, alínea d) da Lei 3/99, de 13 de janeiro (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais), que atribui aos tribunais de comércio competência para «preparar e julgar» as ações de suspensão (e anulação) de deliberações sociais, e, para as «comarcas piloto», o art. 121.º, n.º 1, alínea d), da Lei 52/2008, de 28 de agosto, que atribui aos juízos de comércio idêntica competência.

- Só das assembleias gerais das sociedades ou também de outros órgãos?¹⁹
- Estende-se a outras pessoas coletivas privadas, como cooperativas²⁰, ACE, AEIE e fundações?
- Estende-se a entidades sem personalidade jurídica de estrutura associativa?

No que respeita às deliberações de outros órgãos, há que lembrar as dos seguintes:

- Conselho de administração (incluindo o «executivo») de sociedades anónimas (arts. 411.º, 412.º e 433.º, n.º 1, do CSC);
- Comissão executiva e comissão de auditoria do conselho de administração de sociedades anónimas (arts. 407.º, n.ºs 3 e 4, e 423º-B e ss. do CSC);
- Conselho geral e de supervisão de sociedades anónimas (art. 445.º, n.º 2, do CSC);
- Gerência de sociedades por quotas (art. 261.º, n.º 1, do CSC);
- Conselho fiscal de sociedades comerciais (arts. 423.º, n.º 2, e 262.º, n.º 1, do CSC);
- Assembleia de obrigacionistas (art. 356.º do CSC).

No que respeita a outras pessoas coletivas privadas, há a lembrar:

- As cooperativas (arts. 50.º e 9.º do C. Coop.);
- Os ACE (art. 20.º do Dec.-Lei 430/73, de 25 de julho)
- Os AEIE (art. 12.º do Dec.-Lei 148/90, de 9 de maio);
- As fundações, designadamente dos seus órgãos de administração, diretivo ou executivo, de fiscalização e conselho de fundadores ou de curadores (CC e Lei 24/2012, de 9 de julho).

¹⁹ Sobre esta questão, v. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial IV*, edição de autor, 1993, p. 302 (defendendo opinião negativa), PINTO FURTADO, *Deliberações dos Sócios* (obra integrada no *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*), Almedina, 1993, pp. 465 e 466 (defendendo opinião positiva), ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Suspensão de Deliberações Sociais de Sociedades Comerciais: Alguns Problemas», in ROA, ano 63, I/II, 2003, pp. 357 e ss. (defendendo opinião negativa), e JOAQUIM TAVEIRA DA FONSECA, «Deliberações Sociais – Suspensão e Anulação», in *Textos, Sociedades Comerciais*, Centro de Estudos Judiciários/Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1994/1995, pp. 94 e ss. (defendendo, no geral, opinião negativa, mas abrindo exceções).

²⁰ Sobre esta questão, v. PAULO VASCONCELOS, «O Regime de Invalidez das Deliberações Sociais Previsto no Código das Sociedades Comerciais é Subsidiariamente Aplicável a Deliberações Tomadas pelos Cooperadores em Assembleia Geral», in AAVV, *Jurisprudência Cooperativa Comentada* (coordenação geral de DEOLINDA APARÍCIO MEIRA), IN-CM, 2012, pp. 543 e ss.

No que respeita à aplicabilidade da providência de suspensão a deliberações de entidades sem personalidade jurídica, há a lembrar as associações não personalizadas e as comissões especiais (arts. 195.º, n.º 1, e 199.º do CC).

Em todos os casos, sendo as dúvidas objeto de respostas negativas, levanta-se a questão de saber se é possível recorrer ao procedimento cautelar comum contra as deliberações não passíveis de suspensão no âmbito do procedimento especificado.

A minha opinião é a de que se deve considerar que todas as deliberações das entidades e órgãos em causa que são passíveis de serem impugnadas judicialmente podem ser objeto do procedimento de suspensão. É o que parece decorrer do princípio do acesso aos tribunais consagrado no n.º 1 do art. 20.º da CRP²¹. Caminho alternativo aceitável será o de entender que, atendendo à estreiteza da letra da lei, nalguns dos casos referidos não tem cabimento o procedimento de suspensão de deliberações sociais, mas é possível lançar mão do procedimento cautelar comum. Parece-me, no entanto, preferível o primeiro caminho, por algumas das regras específicas do procedimento de suspensão de deliberações sociais serem melhor adaptadas ao fim em causa do que as regras gerais do procedimento cautelar comum.

4.1.2. Dúvidas respeitantes à noção de execução

Esta é uma das questões mais tratadas na jurisprudência e na doutrina²², desde há muitos anos – de resto, não só em Portugal²³ e não só no

²¹ Apesar de, no acórdão n.º 415/2003, o Tribunal Constitucional ter considerado que é compatível com a Constituição a interpretação do art. 412.º do CSC segundo a qual não é admitida a impugnabilidade judicial direta das deliberações de conselho de administração (sendo de lembrar que em acórdão de 21.2.2006, o STJ perfilhou a tese da impugnabilidade judicial direta em tais deliberações, com base, precisamente, no princípio constitucional do acesso ao direito e aos tribunais – v. CJ-STJ, ano XIV, tomo I, 2006, pp. 71 e ss.). Sobre o art. 412.º do CSC, v. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Almedina, 2010, pp. 129 e ss. Sobre o princípio do acesso aos tribunais, v. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 406 e ss.

²² Para sínteses, v. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, ob. cit., pp. 352 e ss., J. M. COUTINHO DE ABREU, no *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* por ele coordenado, vol. I, Almedina, 2010, p. 699 (anotação ao art. 60.º), e JOÃO MARIA PIMENTEL e DAVID SEQUEIRA DINIS, «Ainda sobre o Procedimento Cautelar de Suspensão de Deliberações Sociais. O Conceito de Deliberação não Executada para Efeitos do artigo 396.º do Código de Processo Civil, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 26, ano 2010, pp. 21 e ss.

²³ V., por exemplo, FRANCESCO GALGANO, *La Società per Azioni*, 2.ª ed., Cedam, 1988 (vol. VII do *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia* dirigido pelo Autor), pp. 239 e 240.

âmbito do direito privado²⁴. Como é sabido, ao longo do tempo, têm-se defrontado acerca dela vários modos de pensar, com reflexos em vários aspetos do regime, nomeadamente:

- Na possibilidade de serem objeto do procedimento deliberações (ou aparências de deliberações) que, conceitualmente, não produzem efeitos jurídicos, como é o caso das deliberações nulas e ineficazes (e das deliberações meramente aparentes);
- Na possibilidade de serem objeto do procedimento deliberações cuja execução tenha efeitos duradouros que já se tenham iniciado.

O primeiro problema pode até subdividir-se por haver quem se recuse a usar a expressão «deliberações inexistentes». Deixando de lado, por agora, esse problema, recordarei que há quem entenda que os efeitos a suspender são os práticos e quem entenda que são os jurídicos e que, dentro dos segundos, há quem sustente que as deliberações nulas e ineficazes não podem ser suspensas por não produzirem efeitos. No entanto, julgo que quem tal defende tende a admitir o recurso ao procedimento cautelar comum contra os efeitos práticos das deliberações nulas e ineficazes²⁵.

Quanto ao segundo problema, permito-me citar a síntese que dele fiz há anos, ainda que a mesma se centrasse na questão do efeito paralisador da citação:

«É comum o entendimento de que as deliberações completamente executadas não são passíveis de execução, por só se poder suspender o que ainda não ocorreu (...)

Surgem, porém, dúvidas a propósito da definição do que é execução para os efeitos em causa. Nessa definição, defrontam-se duas “leituras”, uma que podemos apelidar de formalista ou restritiva e outra que podemos apelidar de substancialista ou ampla²⁶.

²⁴ V., por exemplo, MARIA FERNANDA DOS SANTOS MAÇÃS, *A Suspensão Judicial da Eficácia dos Actos Administrativos e a Garantia Constitucional da Tutela Judicial Efetiva*, Coimbra Editora, 1996 (n.º 22 da coleção *Studia Iuridica* do BFUC), em especial pp. 107 e ss.

²⁵ Nesse sentido, v. ADRIANO VAZ SERRA na anotação ao acórdão do STJ de 21.12.1976 publicada nos n.ºs 3608 e 3609 da RLJ (ano 110, 1978), em especial pp. 371 e 372 – posição essa que mereceu o apoio de CARLOS OLAVO, «Impugnação das Deliberações Sociais», in CJ, ano XIII, 1988, tomo 3, p. 30, nota 79, e de V. G. LOBO XAVIER na anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14.7.1987 publicada nos n.ºs 3801 e 3802 da RLJ (anos 123 e 124, 1991), p. 376, nota 1.

²⁶ Criticando esta síntese, ou pelo menos, as qualificações «formalista» e «substancialista», v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, vol. I, *Parte Geral*, cit., p. 835,

A corrente formalista leva a entendimentos como os seguintes:

- Uma deliberação de alteração dos estatutos está executada, não podendo ser suspensa, a partir do momento em que a respectiva escritura pública teve lugar;
- Uma deliberação de amortização de quota está executada, não podendo ser suspensa, a partir do momento em que a respectiva escritura pública teve lugar;
- Uma deliberação de eleição de membros para os órgãos sociais está executada, não podendo ser suspensa, a partir do momento em que as pessoas em causa iniciaram funções.

A corrente substancialista contrapõe entendimentos como os seguintes:

- Uma deliberação de alteração de estatutos vai sendo executada à medida que o conteúdo das novas cláusulas estatutárias vai sendo aplicado; enquanto tal aplicação for possível, possível é – pois tem um sentido útil – suspender a deliberação;
- Uma deliberação de amortização de quota só está totalmente executada quando todos os efeitos da amortização se tiverem produzido; enquanto algum efeito (por exemplo, o pagamento da contrapartida da amortização) não estiver completado, é possível – pois tem um sentido útil – suspender a deliberação;
- Uma deliberação de eleição de membros para os órgãos sociais vai sendo executada à medida que as pessoas eleitas vão exercendo as suas funções; enquanto esse exercício de funções não terminar, é possível – pois tem um sentido útil – suspender a deliberação.

Os dois entendimentos defrontam-se há dezenas de anos, pois a discussão iniciou-se na vigência do Código de Processo Comercial e prolongou-se pelas primeiras décadas de vigência do CPC de 1939»²⁷.

A solução dos dois problemas tem de partir da própria função da providência em causa, o que implica ter em consideração a pretensão a deduzir na ação principal. A providência nasceu ligada à ação de anulação, mas hoje não há razões para que não possa preceder ou acompanhar uma ação

nota 2516. Embora não seja este o melhor local para discutir as questões metodológicas em causa na referida crítica, sempre explicitarei que admito ser frequentemente «formalista», nomeadamente quando me oponho a interpretações da lei baseadas em «justiça material» que levam a resultados não previsíveis.

²⁷ «A Ilícitude da Execução de Deliberações a Partir da Citação para o Procedimento Cautelar de Suspensão», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 5, janeiro/março 2004, pp. 17 e 18.

de declaração de nulidade ou de ineficácia²⁸. Se quando precede ações de anulação pode ser vista como tendo por objeto apenas efeitos jurídicos, quando precede ações de declaração de nulidade ou de ineficácia não pode deixar de ser vista como tendo por objeto efeitos práticos. Por isso, a ideia de execução é plástica, acompanhando a natureza da pretensão a deduzir na ação principal.

Por outras palavras: a suspensão de deliberações tanto pode desempenhar uma função antecipatória como uma função conservatória²⁹.

A questão releva quer para o âmbito do procedimento quer para o objeto da proibição de execução decorrente da citação.

4.1.3. Dúvidas respeitantes à ilicitude ou à imperfeição das deliberações

O terceiro subgrupo de dúvidas respeita à ilicitude e à imperfeição das deliberações. No seu preceito nuclear, a lei refere «deliberações contrárias à lei, aos estatutos ou ao contrato». A tal respeito, suscitam-se, pelo menos, as seguintes dúvidas:

- Também estão abrangidas deliberações meramente ineficazes?
- Também estão abrangidas deliberações meramente aparentes?
- No caso deliberações de assembleias de condóminos que se repute nulas, deve considerar-se que também podem ser suspensas?
- Se as dúvidas anteriores forem objeto de respostas negativas, é possível recorrer ao procedimento cautelar comum contra a execução das deliberações em causa?

Entre deliberações meramente aparentes, ineficazes, nulas e anuladas, há de comum, para os efeitos em causa, serem (alegadamente) factos legitimadores de danos ilícitos. Em todos os casos, do que se trata é de evitar que esses danos se produzam. Pense-se, por exemplo, numa deliberação de exclusão de sócios. Pode ser meramente aparente, por não ter merecido a maioria dos votos, nula, por ter sido tomada em reunião não convocada, anulável, por ser abusiva. Em cada uma das hipóteses a pro-

²⁸ Parece resolvida, em sentido afirmativo, a questão da possibilidade de suspender deliberações de sociedades e associações que sejam nulas, que se discutiu durante muito tempo. No sentido em causa, v. PINTO FURTADO, *Deliberações dos Sócios*, pp. 466, TAVEIRA DA FONSECA, ob. cit., p. 93, CARLOS OLAVO, ob. cit., p. 21, e ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, ob. cit., pp. 350 e 351.

²⁹ Nesse sentido, v. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, A. MONTALVÃO MACHADO e RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, cit., p. 92.

vidência de suspensão visa evitar que o sócio atingido se veja privado do exercício dos seus direitos enquanto se discute a existência ou a validade da deliberação. Por isso me parece que se devem considerar abrangidas pelo procedimento as deliberações meramente aparentes e as meramente ineficazes.

Digam-se, porém, mais algumas palavras sobre cada um dos casos.

Deliberações meramente ineficazes: as deliberações meramente ineficazes não são (ou podem não ser) contrárias à lei, aos estatutos ou ao contrato..., mas a sua execução pode ser ilícita (sirva de exemplo uma deliberação de alteração de estatutos que elimine direitos especiais cuja eficácia esteja dependente de consentimento dos titulares dos mesmos). Parece-me claro que basta a ilicitude inerente à execução de algo que não deveria ser executado para que a providência possa ser decretada.

Deliberações meramente aparentes: uma deliberação inexistente não é uma deliberação..., mas a sua execução pode ser ilícita (sirva de exemplo algo que conste de uma ata como tendo sido deliberado, sem o ter sido). Vale o que escrevi acerca das deliberações meramente ineficazes.

Quanto à nulidade das deliberações das assembleias de condóminos (art. 1433.º): o CC não se refere expressamente à mesma e certamente por isso também o CPC se refere apenas a deliberações anuláveis de tais assembleia. Parece, no entanto, inegável que é possível recorrer ao procedimento de suspensão contra deliberações dos condóminos que sejam nulas, com base num argumento de maioria de razão (relativamente às anuláveis) e noutros de índole sistemática e histórica.

A terminar, diga-se que se as dúvidas em causa fossem objeto de respostas negativas, sempre se deveria entender ser possível recorrer ao procedimento cautelar comum contra as deliberações não passíveis de suspensão no âmbito do procedimento especificado.

4.2. Dúvidas respeitantes à legitimidade ativa

A lei refere «qualquer sócio» (art. 380.º CPC 2013). A verdade, porém, é que, por um lado, nem todos os sócios podem requerer a suspensão de deliberações e, por outro, que há não sócios que o podem fazer.

Quanto aos sócios que não podem requerer a suspensão são de lembrar:

- Os que tenham votado a favor da deliberação (art. 59.º, n.º 1, do CSC);
- Tratando-se de sociedade aberta, os que tenham participação representativa de menos de 0,5% do capital social (art. 24.º do CVM);

- Quando estejam em causa deliberações anuláveis ou ineficazes somente em relação a alguns sócios, os que não tenham legitimidade para pedir a anulação ou a declaração de ineficácia³⁰;

Quanto aos que podem requerer a suspensão, apesar de não serem sócios:

- O cônjuge do sócio, nos casos do art. 8.º, n.º 3, do CSC;
- O órgão de fiscalização das sociedades comerciais (art. 59.º, n.º 1, do CSC);
- Os administradores, no tocante às deliberações do respetivo conselho (arts. 411.º, n.º 2, e 412.º, n.º 1, do CSC);
- Os administradores executivos, no tocante às deliberações do respetivo conselho e às deliberações do conselho geral e de supervisão (arts. 433.º, n.º 1, e art. 445.º, n.º 2, alínea c), do CSC;
- Os membros do conselho geral e de supervisão, no tocante às deliberações de tal conselho e às do conselho de administração executivo (arts. 445.º, n.º 2, alínea c), e 433.º, n.º 1, do CSC);
- Os obrigacionistas, no tocante às deliberações da respetiva assembleia (art. 356.º do CSC).

Quanto a dúvidas, nesta matéria, as principais são as seguintes:

- Se houver contitularidade da posição de sócio, a legitimidade é de cada um ou do conjunto?
- Aquele que só obteve a qualidade de sócio após a deliberação tem legitimidade?
- Quem deixa de ter a qualidade de sócio após a deliberação perde a legitimidade?

Julgo não haver respostas fáceis a tais dúvidas, mas parece-me claro que o critério só pode ser: tem legitimidade para o procedimento de suspensão quem a tem para a ação principal. Ao referir «qualquer sócio», a lei é imprecisa, podendo levar a interpretações incompatíveis com o restante das normas relevantes.

Há a acrescentar – embora a questão transcenda a lei adjetiva – que é tempo de reponderar a atribuição do direito de requerer a providência aos sócios titulares de participações muito pequenas. Como vimos, no respeitante às sociedades abertas, a lei já só atribui o direito de requerer a sus-

³⁰ Como nota J. M. COUTINHO DE ABREU, no *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, cit., p. 696 (anotação ao art. 60.º).

pensão de deliberações sociais aos que tenham participação representativa de pelo menos 0,5% do capital social (art. 24 do CVM). Mais longe vão a lei espanhola, que reserva esse direito aos que tenham participação correspondente a, pelo menos, 1% ou 5% do capital social, consoante a sociedade tenha ou não emitido valores admitidos à cotação³¹, e a lei italiana, que faz depender o próprio direito de requerer a anulação de deliberações da assembleia geral das sociedades por ações da titularidade de 1‰ (1 por mil) ou de 5% do capital social, consoante as sociedades façam ou não «ricorso al mercato del capitale di rischio»³².

Creio que o caminho da limitação do direito de impugnar as deliberações das assembleias gerais aos sócios que sejam titulares de participações com algum significado se justifica, sendo a justificação muito clara no respeitante à providência de suspensão³³.

4.3. Dúvidas respeitantes ao dano

Para que a suspensão da deliberação seja decretada, a lei exige que a sua execução possa «causar dano apreciável» e permite ao juiz que, mesmo assim, não decrete a suspensão se o prejuízo resultante da suspensão for «superior ao que pode derivar da execução».

Julgo que o poder dado ao juiz deve ser interpretado como um poder-dever. O mesmo é dizer que o juiz **deve** comparar dois danos possíveis: o resultante da execução e o resultante da suspensão da execução. Melhor seria, porém, que a lei o explicitasse – tal como seria melhor que o fizesse no regime do procedimento cautelar comum (art. 368.º, n.º 2, do CPC 2013).

³¹ O art. 727 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* enumera entre as medidas cautelares típicas «la suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial».

³² O art. 2377 do *Codice Civile*, sob a epígrafe *Annullabilità delle deliberazioni* dispõe, além do mais, que «L'impugnazione può essere proposta dai soci quando possiedono tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino, anche congiuntamente, l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per cento nelle altre; lo statuto può ridurre o escludere questo requisito».

³³ Sobre o assunto, v. MARIA ÁNGELES ALCALÁ DÍAZ, «Revisión del Derecho del Socio a la Impugnación de Acuerdos de la Junta General y Tutela de la Minoría en la Sociedad Cotizada», in AAVV, *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, Thomson Aranzadi, 2006, tomo I, pp. 617 e ss.

5. O efeito da citação quanto à execução da deliberação

«A partir da citação, e enquanto não for julgado em 1.^a instância o pedido de suspensão, não é lícito à associação ou sociedade executar a deliberação impugnada.» (art. 381.º, n.º 3, do CPC 2013)³⁴.

Esta é talvez a norma que mais merecia reforma. O seu conteúdo é paradoxal, pois contraria a norma segundo a qual a suspensão de deliberações não pode ser decretada sem contraditório prévio. Acresce que, como já vimos, levanta dúvidas quanto ao que seja «execução» e, sobretudo, que é fonte de gravíssimos prejuízos injustos, resultantes da lentidão da marcha dos procedimentos. Se o efeito inibidor em causa durasse um mês, a entidade citada para o procedimento não sofreria, na maior parte dos casos, prejuízos graves por força de tal inibição. Como o efeito inibidor costuma durar muitos meses ou até anos, as entidades citadas são intensamente prejudicadas, optando amiúde por ignorar esse efeito, preferindo suportar as eventuais consequências daí decorrentes.

Quem quer que conheça o foro português sabe que alguns procedimentos de suspensão de deliberações sociais são intentados apenas para obter o efeito em causa (sem que os seus requerentes confiem no decretamento dos procedimentos) e tirar daí vantagem para negociações (*rectius*, extorsões). Como escrevi em estudo que já citei, a norma em causa é no nosso direito o instrumento mais apto para os chamados abusos de minoria³⁵. Por isso, nesse mesmo trabalho, sugeri, em alternativa ao regime vigente, a atribuição ao juiz do poder de, no despacho de citação, ordenar a suspensão intercalar de todos ou alguns dos atos de execução da deliberação impugnada³⁶. Outros Autores fizeram sugestões afins³⁷.

³⁴ A propósito desta matéria, lembre-se uma norma com alguma afinidade: o art. 31.º, n.º 4, do CSC, segundo o qual «(...) a partir da citação da sociedade para a ação de invalidade da deliberação de aprovação do balanço ou de distribuição de reservas ou lucros de exercício não podem os membros da administração efetuar aquela distribuição com fundamento nessa deliberação».

³⁵ Remetia para J. M. COUTINHO DE ABREU, «Abusos de Minoria», na obra coletiva *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, IDET, 2002, pp. 65 e ss. Acrescento agora, numa ótica comparativa, com especial referência ao direito de informação e à fusão de sociedades, v. MATHIAS SIEMS, «Abuse of Shareholders Rights», in *Comparative Company Law, A Case-Based Approach* (edited by MATHIAS SIEMS e DAVID CABRELLI), Hart Publishing, 2013, pp. 258 e ss.

³⁶ V. «A Ilícitude da Execução de Deliberações a Partir da Citação para o Procedimento Cautelar de Suspensão», cit., p. 23.

³⁷ V. JOÃO PIMENTEL e DAVID SEQUEIRA DINIS, «Os Efeitos da Citação da Sociedade Requerida no Procedimento Cautelar de Suspensão de Deliberações Sociais: Breve Análise Crítica do Regime do Artigo 397.º, n.º 3 do Código de Processo Civil», in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 24, ano 2009, pp. 89 e ss.

Ainda sobre a norma em causa, é de notar que há divergências quanto a saber se os atos praticados em violação do preceito em causa são válidos³⁸ – divergências essas cujo esclarecimento seria também conveniente.

6. Articulação da providência com a ação principal

Discutia-se se, em caso de propositura de providência, o prazo de 30 dias fixado no n.º 2 do art. 59.º do CSC se contava dos factos nele referidos ou nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 389.º do anterior CPC³⁹. Na medida em que a alínea a) do n.º 1 do art. 373.º do novo CPC reproduz aquela, também este problema se mantém, salvo quando haja «inversão do contencioso»⁴⁰. Neste caso, há que ter em conta:

- O n.º 1 do art. 382.º, que estabelece que, se tiver sido decretada a inversão do contencioso, o prazo para a propositura da ação a que alude o n.º 1 do art. 371.º só se inicia com a notificação da decisão judicial que suspenda a deliberação ou com o registo, quando obrigatório, de decisão judicial;
- O n.º 3 do art. 369.º, que estabelece que, se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão de contencioso, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão que negue o pedido.

De qualquer modo, é de notar que, como a decisão de inversão do contencioso é contemporânea ou posterior à decisão final e que esta pode negar a suspensão, o requerente, para ser prudente, dificilmente poderá

³⁸ Sustentando a invalidade, v. CARLOS OLAVO, ob. cit., p. 30. Em sentido contrário, v. PINTO FURTADO, *Deliberações dos Sócios*, cit., pp. 502 e ss., e *Deliberações de Sociedades Comerciais*, Almedina, 2005, pp. 793 e ss.

³⁹ No primeiro sentido, v., por exemplo, VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Almedina, 1998 (reimpressão do original de 1976), pp. 94 e ss, em nota, na qual expõe a história do problema, JOAQUIM TAVEIRA DA FONSECA, ob. cit., pp. 117 e 118, e J. M. COUTINHO DE ABREU, no *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, cit., p. 698 (anotação ao art. 60). No segundo sentido, v. PINTO FURTADO, *Deliberações dos Sócios*, cit., pp. pp. 508 e ss., e *Deliberações de Sociedades Comerciais*, cit., pp. 798 e ss., e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial IV*, cit., p. 302 (embora discordando do que entendia ser a solução da lei).

⁴⁰ Sobre a figura, v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, disponível no site do IPPC – Instituto Português de Processo Civil, em recursos bibliográficos/papers (consultado pela última vez em 27 de agosto de 2013).

deixar de propor a ação de anulação no prazo de trinta dias a contar dos factos referidos no n.º 2 do art. 59.º do CSC.

7. Consequências da violação da decisão que decreta a suspensão

A violação da decisão que decreta a suspensão de deliberações gera responsabilidade criminal (art. 375.º do CPC 2003). Parece também claro que gera responsabilidade civil. No entanto, segundo opinião maioritária, não põe em causa a validade dos atos praticados, pelo menos na esfera externa⁴¹.

Ora, tal regime não parece suficientemente dissuasor do desrespeito das decisões judiciais em causa. Julgo que teria sido tempo de o repensar, passando a estabelecer a invalidade dos atos praticados em violação das decisões de suspensão de deliberações.

8. Considerações finais

O CPC é também, em grande medida, um código de processo comercial. Não somente porque regula procedimentos especiais que respeitam apenas ou sobretudo à vida comercial (*v.g.*, além da suspensão de deliberações sociais, o inquérito a sociedades, a nomeação e a destituição de titulares de órgãos sociais, a convocação de assembleia de sócios, a oposição à distribuição de reservas ou de lucros de exercício, a oposição à fusão e cisão de sociedades e ao contrato de subordinação, o averbamento, a conversão e o depósito de ações e obrigações, a avaliação de participações sociais, a investidura em cargos sociais, as vistorias relativas a navios e à sua carga, o arresto de navios e de suas cargas, a penhora de navios, a penhora de estabelecimentos comerciais, a regulação das avarias marítimas), mas porque grande parte dos procedimentos comuns que estabelece têm como «utilizadores» mais frequentes as empresas.

Infelizmente, o novo CPC nada melhorou no respeitante aos procedimentos especiais que respeitam apenas ou sobretudo à vida comercial, apesar das suas manifestas insuficiências, quer considerados por eles mesmos⁴², quer considerados na sua relação com os preceitos das leis subs-

⁴¹ V. JOAQUIM TAVEIRA DA FONSECA, *ob. cit.*, pp. 121 e 122, e ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *ob. cit.*, pp. 370 e ss.

⁴² Sirva de exemplo a falta de correspondência entre o nome da secção «redução do capital social» e o texto do seu preceito único.

tantivas, designadamente do CSC⁴³. A única alteração de relevo parece ter sido a supressão do processo especial de liquidação judicial de sociedades (que constava dos arts. 1122.º e ss.), provavelmente motivada pela existência do Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais, criado pelo Dec.-Lei 76-A/2006, de 29 de março.

Como resulta do que ficou escrito, no respeitante ao procedimento de suspensão de deliberações sociais, creio que o mínimo exigível era:

- A clarificação do âmbito da providência (entidades e órgãos abrangidos);
- O aperfeiçoamento da redação da regra sobre a legitimidade ativa;
- A clarificação de que é *dever* do juiz não decretar a providência se o prejuízo resultante da suspensão da execução da deliberação for mais grave do que o resultante dessa execução;
- A clarificação dos efeitos do decretamento da providência (atos abrangidos e sua validade);
- A alteração do regime dos efeitos da citação.

⁴³ Sirva de exemplo a falta de coordenação dos arts. 1048.º a 1052.º do CPC 2013 com o arts. 292.º e 450.º do CSC.

RESUMO: As sociedades por quotas familiares constituem uma parte muito relevante do tecido societário português. Nelas é por vezes difícil harmonizar as necessidades da família com os interesses inerentes à qualidade de sócio e os que dizem respeito à empresa societária. Neste artigo são analisadas algumas soluções que o direito societário português contém ou permite para evitar ou resolver conflitos frequentes no seio daquelas sociedades.

ABSTRACT: There is a large number of family-owned «sociedades por quotas» (the Portuguese GmbH) in Portugal. In those companies it is sometimes difficult to harmonize family, ownership and enterprise. This essay analyses how Portuguese Company Law can be used to prevent or solve frequent disputes inside those companies.

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS*

«Pais, filhos, primos e etc., Lda»: as sociedades por quotas familiares (uma introdução)**

«Todas as famílias felizes se parecem umas com as outras, cada família infeliz é infeliz à sua maneira»¹

1. Notas prévias

As sociedades familiares constituem uma parte muito considerável do tecido societário europeu. No *Final Report of the Expert Group. Overview of Family-Business–Relevant Issues: Research, Networks, Policy Measures and Existing Studies*, de 2009, era dito que «family businesses make up more than 60% of all European companies».

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

** O título deste estudo foi inspirado pelo livro de ALDO BONOMI/DAVIDE RAMPOLLO, *Famiglia s.p.a.. Convivenza generazionale e longevità dell'impresa*, 24 Ore, Milano, 2007. O texto agora publicado foi o resultado de uma sessão de formação sobre o tema que lecionámos em 22/06/2012 no Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados. O convite foi-nos dirigido pelo Sr. Dr. Vieira Conde, que na altura estava encarregado do pelouro da Formação naquele Conselho Distrital. Prestamos aqui uma modesta homenagem ao brilhante Advogado, que sempre sentiu a urgência em justificar a sua passagem por este belo planeta azul com os outros e pelos outros.

¹ LEV TOLSTOI, *Anna Karénina* (trad. António Pescada), Relógio de água, Lisboa, 2006.

Nesse mesmo documento ficou escrito que «*A firm, of any size, is a family business, if: 1) The majority of decision-making rights is in the possession of the natural person(s) who established the firm, or in the possession of the natural person(s) who has/have acquired the share capital of the firm, or in the possession of their spouses, parents, child or children's direct heirs. 2) The majority of decision-making rights are indirect or direct. 3) At least one representative of the family or kin is formally involved in the governance of the firm. 4) Listed companies meet the definition of family enterprise if the person who established or acquired the firm (share capital) or their families or descendants possess 25 per cent of the decision-making rights mandated by their share capital*».

Aplicando os critérios que resultam do texto citado, uma sociedade familiar pode ser uma sociedade anónima cotada². No entanto, vamos limitar o nosso estudo às *sociedades por quotas familiares*, uma vez que é aquele tipo societário o mais utilizado em Portugal³. Tal fica a dever-se a vários fatores, de que destacamos os seguintes: o valor mínimo do capital social (em bom rigor, hoje, deve antes dizer-se o valor nominal mínimo das quotas), o número mínimo de sócios (com a possibilidade de constituição de sociedade unipessoal por uma pessoa física), a estrutura orgânica e respetivos custos, a admissibilidade, com limites, do voto duplo, o maior número de disposições supletivas e o regime relativo à transmissão entre vivos e por morte das participações sociais e à exoneração de sócios.

2. Problemas específicos

As sociedades por quotas familiares, como as empresas familiares em geral, têm que enfrentar a difícil tarefa de articular a *família*, a *propriedade*

² Não se exige na definição uma *vocação de continuidade*. Sobre esse aspeto, MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ, «Introducción. Una aproximación jurídica a las empresas y las sociedades familiares», in AAVV., *Regimen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, p. 20.

³ As sociedades por quotas podem ter uma pessoa singular como sócia única desde a constituição (art. 270.º-A, 1). O mesmo não resulta do art. 488.º, 1, quanto às sociedades anónimas em geral. No entanto, esse estado de coisas deveria ser revisto. Sociedades familiares que nascem como sociedades por quotas transformam-se por vezes em sociedades anónimas. As razões são também muitas, destacando-se a possibilidade de emissão de ações preferenciais sem voto, a necessidade de emissão de ações com oferta pública de subscrição e admissão à negociação em mercado regulamentado de valores mobiliários, a necessidade de alteração do objeto social e o número crescente de membros da família que também são sócios.

(das participações sociais, no caso das sociedades por quotas) e a *empresa* (societária)⁴.

As necessidades da família nem sempre coincidem com as da empresa. Se, por exemplo, em determinado momento a família teria interesse em ver distribuídos lucros do exercício, a empresa societária pode carecer de investimentos que obriguem a formar reservas.

Todas as famílias são diferentes. Para além disso, as relações entre pais e filhos serão diferentes das relações entre filhos e o cônjuge sobrevivente que não é progenitor. As relações entre filhos também não são iguais às relações entre filhos e netos ou apenas entre netos (irmãos e primos).

Na família devem prevalecer os laços afetivos, mas na empresa societária impõe-se o profissionalismo. Embora haja membros da família que estejam desempregados, e ainda que sejam sócios, pode não ser boa solução dar-lhes ocupação na sociedade familiar. Mas colocá-los inteiramente de lado talvez crie problemas futuros.

Quem funda uma sociedade por quotas familiar tem frequentemente a preocupação de garantir que os valores fundacionais se projetam nos anos vindouros. A transmissão desses valores (a poupança, o trabalho, a qualidade, a formação) nem sempre está garantida. E sem isso será mais difícil assegurar a coesão⁵.

Manter a sociedade na família é frequentemente um desejo dos fundadores. No entanto, a entrada de um novo sócio, com *fresh money*, pode ser inevitável para preservar a sociedade, conduzindo eventualmente a *alterações no controlo*⁶. Só que essa solução por vezes não está disponível. Também a *sucessão geracional* pode não ser possível⁷. A sobrevivência da

⁴ Assim, p. ex., o *Final Report of the Expert Group. Overview of Family-Business-Relevant Issues: Research, Networks, Policy Measures and Existing Studies*. Existem já Códigos e Princípios de «governança» das sociedades familiares. Cfr., p. ex., o *Governance Kodex für Familienunternehmen* (disponível em www.kodex-fuer-familienunternehmen.de) e os *Principios de Buen Gobierno en las empresas familiares* (consultáveis em www.iefamiliar.com)

⁵ Referindo-se a um «Wir-Gefühl», também no âmbito da empresa familiar, MARK BINZ/GERD MAYER, «Anteilsvinkulierung bei Familienunternehmen», *NGZ*, 2012, p. 201 (beck-online).

⁶ Alertando para isso mesmo, FERNANDO DE LA VEJA GARCÍA, «Formas societárias y empresa familiar», in AAVV., *Regimen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 39.

⁷ No já referido *Final Report of the Expert Group. Overview of Family-Business-Relevant Issues: Research, Networks, Policy Measures and Existing Studies*, são salientadas dificuldades que as empresas familiares enfrentam quanto à sua transmissão. A Comunicação da Comissão «Realizar o programa comunitário de Lisboa em prol do crescimento e do emprego. Transmissão de empresas – Continuidade pela renovação», COM(2006) 117 final, dá também grande relevo aos problemas de sucessão de gerações nas empresas familiares, salientando

sociedade só é em certos casos conseguida com a *alienação de todas as quotas*. Neste caso, a *transmissão das participações para terceiros* pode ser um momento doloroso se não é devidamente preparada. E pode ser mais fácil e menos traumática a transmissão a quem já seja gerente da sociedade: não sendo possível um *family buy out*, ao menos que seja um MBO.

Mesmo quando foi possível manter a sociedade por quotas na família pode chegar um momento em que o «bolo» não dá para todos. Sobretudo quando é atingida a terceira ou quarta gerações. E isso origina por vezes litígios que podiam ser evitados ou minorados mediante um adequado planeamento⁸.

As disputas podem também surgir se na família há *relações matrimoniais que entram em crise*. A necessidade de partilhar quotas comuns nem sempre é enfrentada da forma mais adequada. O mesmo tipo de problemas pode revelar-se no âmbito da *sucessão por morte*.

3. O Protocolo Familiar espanhol e o *Patto di Famiglia* italiano

Em Espanha e na Itália podemos encontrar intervenções legislativas que olham para as concretas dificuldades que a empresa familiar pode enfrentar, fornecendo instrumentos que permitirão atenuá-las.

Em Espanha, por exemplo, é formalmente reconhecido o protocolo familiar. O Real Decreto 171/2007, de 9 de fevereiro, preocupa-se com a publicidade daqueles protocolos mas também com a possibilidade de

as eventuais divergências entre sucessores quanto à continuidade da sociedade (p. 8-9). Na Comunicação da Comissão '*Think Small First*'. A '*Small Business Act*' for Europe, COM(2008) 394 final, são igualmente salientados aspetos relacionados com a transmissão da empresa familiar (p. 5), sucedendo o mesmo no Relatório da Comissão *Business Dynamics: Start-ups, Business Transfers and Bankruptcy. Final Report*, de 2011.

⁸ A propósito das sociedades familiares que atingem a terceira geração, FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA, «La empresa familiar como problema», *RDM*, 2012, p. 44, diz precisamente que «es casi obligado, llegado tal nivel, el recurso a operaciones (no necesariamente programadas sino más bien al contrario) de *reconcentración* de la propiedad o del control de la empresa en una o varias de las diversas ramas familiares o bien de fenómenos de creación expansiva de otras empresas clónicas a partir de la empresa origen pero cuya titularidad es atribuida a otros miembros o ramas de la familia origen que, por ello, se desvinculan de toda relación con la empresa-origen para así iniciar un nuevo proceso de expansión de la familia, expansión de la empresa y vuelta a la dispersión de la familia y a nuevas operaciones de reconcentración de la propiedad de la empresa en concretas ramas familiares y, acaso, de creación de nuevas empresa colónicas a favor de ramas familiares». Uma programação destes processos pode limitar os efeitos traumáticos.

prever nos estatutos órgãos consultivos de carácter familiar e cláusulas de arbitragem.

Por outro lado, no art. 1056 do Código Civil pode ler-se, entre outras coisas, que «El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia [...]».

Na Itália, os arts. 768-bis a 768 – octies do *Codice Civile* regulam o *Patto di Famiglia*⁹: «È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti».

São, evidentemente, regimes a que o legislador português estará atento.

4. Variantes

As sociedades por quotas podem ter surgido como sociedades familiares ou não. Numa sociedade por quotas constituída como *unipessoal*, o sócio único pode ter casado após aquela constituição ou já ser casado na altura. A sociedade por quotas familiar pode também ter sido logo constituída *entre pais e filhos*. E as hipóteses podem multiplicar-se.

É frequente encontrarmos sociedades por quotas com apenas dois sócios que são marido e mulher. Mesmo essas não são sempre iguais. Marido e mulher podem ter chegado à sociedade em momentos diferentes e por diferentes vias. E nem todos casam segundo o mesmo regime de bens.

⁹ Cfr. tb. o art. 458.

Várias distinções podem ser aqui efetuadas. Adiantamos as seguintes:

- a) Sociedades por quotas que já existiam *antes* do casamento/sociedades por quotas que se constituíram *depois* do casamento;
- b) Sociedades por quotas que tinham como sócio antes do casamento apenas *um dos cônjuges*/sociedades por quotas que tinham como sócios antes do casamento *ambos os cônjuges*;
- c) Sociedades por quotas nas quais *ambos* os cônjuges eram sócios *no momento da constituição*/sociedades por quotas nas quais *apenas um dos cônjuges* era sócio *no momento da constituição*;
- d) Sócios casados no regime de *comunhão geral*/sócios casados no regime de *comunhão de adquiridos*/sócios casados no regime de *separação de bens*.

As alternativas apresentadas tornam fácil perceber que, nas sociedades com apenas dois sócios que são marido e mulher, as quotas podem ser bens *comuns* ou *próprios*. E, evidentemente, o tratamento jurídico a que as mesmas ficam sujeitas será diferente num caso ou noutro durante a vigência do casamento ou se é necessário partilhar os bens comuns.

O art. 8.º do CSC¹⁰ torna claro, antes de mais, que os cônjuges podem constituir entre si uma sociedade por quotas (n.º 1)¹¹. Mas, para além disso, também esclarece que, sendo uma quota bem comum por força do regime matrimonial de bens, «será considerado como sócio, nas relações com a sociedade, aquele que tenha celebrado o contrato de sociedade ou, no caso de aquisição posterior ao contrato, aquele por quem a participação tenha vindo ao casal» (n.º 2)¹².

A qualificação da quota como bem próprio ou comum ajudará na resolução de muitos problemas. As dificuldades não serão grandes relativamente aos *lucros do exercício cuja distribuição tenha sido deliberada*, tendo em conta o teor dos arts. 1724.º, b), 1728.º, 1, e 1733.º, 2, do CCiv.. Mas pode não ser tão simples de resolver a questão relativa aos lucros *finais* ou de *liquidação*.

Também merecedor de alguma atenção é o problema do enquadramento a dar às *reservas* constituídas na sociedade. Tanto mais que tais

¹⁰ São do CSC (Código das Sociedades Comerciais) todas as normas indicadas sem referência ao diploma a que pertencem.

¹¹ Pode no entanto ser discutida a licitude de certas cláusulas perante o regime de bens adotado. Sobre o tema, identificando várias cláusulas que podem violar indiretamente o princípio da imutabilidade, RITA LOBO XAVIER, *Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas*, cit., p. 236 e ss., e especialmente p. 242 e ss..

¹² Para os casos de impossibilidade de exercício da administração, cfr. o art. 8.º, 3.

reservas podem ter sido constituídas *antes* ou *depois* do casamento, ou *em parte* antes e *em parte* depois. E podem ter surgido de várias formas. A questão colocar-se-á quer no âmbito de uma eventual *distribuição de reservas* (arts. 31.º e 33.º, 4, do CSC), quer perante um *aumento de capital por incorporação de reservas* (art. 91.º do CSC)¹³.

A complexidade aumenta quando perguntamos pelo regime a aplicar relativamente ao *direito de subscrição preferencial* em caso de aumento de capital a realizar em dinheiro (art. 266.º do CSC)¹⁴. É que o art. 1728.º, 2, d), apenas se preocupa com «os títulos ou valores adquiridos por virtude de um direito de subscrição» inerente a bens próprios.

A *morte* de um dos cônjuges obriga igualmente a pensar no enquadramento jurídico a dar a uma quota que seja bem *comum* do casal. Se o cônjuge sobrevivente não for o único herdeiro, a quota ficará em regime de contitularidade enquanto a herança aceite não for partilhada. Essa contitularidade tem uma parte considerável do seu regime no CSC, como se pode ver nos arts. 223.º e ss.. No entanto, esses preceitos não resolvem todas as dificuldades¹⁵.

Decorre do art. 222.º, 1, do CSC que os direitos inerentes à quota em contitularidade são exercidos através de *representante comum*. Se a quota integra uma herança aceite e não partilhada, o representante comum parece estar designado por lei: será o cabeça-de-casal (cfr. o art. 223.º, 1, do CSC e o art. do CCiv.). Pode porém dar-se o caso de o cabeça-de-casal não ter a necessária preparação para o efeito.

5. Algumas alternativas a ponderar

Os titulares das quotas em sociedades por quotas familiares sabem muitas vezes que nem todos os seus eventuais herdeiros têm interesse,

¹³ Cfr., a propósito do problema mas para a Espanha, JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ, «Regímenes económico matrimoniales y empresa familiar», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 127.

¹⁴ Para a Espanha, JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ, «Regímenes económico matrimoniales y empresa familiar», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p.

¹⁵ Sobre o tema, cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Contitularidade de participações sociais. Algumas notas», DSR, Março 2011, p. 25-38. A contitularidade não se verifica apenas quando a quota integra uma herança aceite mas não partilhada. Também pode existir contitularidade logo na constituição da sociedade, bem como por força do regime de bens do casamento. A quota que é bem comum está em regime de contitularidade, embora sujeita a algumas regras próprias de que o art. 8.º, 2, do CSC, é exemplo.

vocação ou preparação suficientes para que fique assegurado que a sociedade terá uma existência longa e próspera. Podem por isso aqueles titulares querer que as quotas fiquem para quem é garante de um futuro risonho para a sociedade ou, pelo menos, que não fiquem para quem não dá essas garantias.

O mesmo tipo de preocupações existirá frequentemente em relação aos cônjuges (atuais ou futuros) de quem é ou pode vir a ser titular das quotas. Pode também ser necessário assegurar o bom funcionamento da sociedade entre quem já é sócio, procurando instituir mecanismos que evitem os conflitos.

Muitas alternativas devem ser ponderadas e eventualmente adaptadas ao caso concreto, num verdadeiro trabalho artesanal de filigrana¹⁶. Destacamos a convenção antenupcial, a cessão de quotas entre cônjuges, a venda a filhos ou netos, a doação de quota, o contrato-promessa de partilha, o contrato de sociedade celebrado com alguns familiares (com realização de entrada em espécie¹⁷), a partilha em vida ou o testamento com legado de quota. Outras medidas podem passar por introduzir certas cláusulas no contrato de sociedade: cláusulas limitativas da transmissão de quotas (entre vivos ou por morte), limites à divisibilidade de quotas, causas de amortização, de exoneração ou de exclusão, direitos especiais, obrigações de prestações acessórias, cláusulas sobre as deliberações relativas aos resultados do exercício, os requisitos para se ser gerente ou a estrutura orgânica. Algumas destas cláusulas ganham especial significado quando se pretende evitar que a decisão acerca da sucessão fique apenas a cargo do titular da quota¹⁸. A celebração de um protocolo familiar pode também ajudar a resolver ou a evitar conflitos.

A partir do momento em que o número de membros da família que são também sócios aumenta, é muito provável que a visão do que deve ser a sociedade familiar não coincida em todos eles. Isso limitará as escolhas de cada um na tomada de decisão quanto ao destino da sua quota¹⁹.

É de tudo isto que vamos falar a seguir, começando por fazer referência a cláusulas estatutárias que dizem respeito à transmissão entre vivos e por morte e à divisão de quotas, uma vez que a inclusão de tais cláusulas (ou

¹⁶ Referindo-se a um «derecho artesanal de sociedades», FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA, «La empresa familiar como problema», *RDM*, 2012, p. 58.

¹⁷ GIULIANO ZANCHI, *Trasmissione inter-generazionale della ricchezza d'impresa e autonomia privata*, Cedam, Milano, 2011, p. 46, nt. 10.

¹⁸ GIULIANO ZANCHI, *Trasmissione inter-generazionale della ricchezza d'impresa e autonomia privata*, cit., p. 86.

¹⁹ Chamando a atenção para os aspetos aqui em causa, GIULIANO ZANCHI, *Trasmissione inter-generazionale della ricchezza d'impresa e autonomia privata*, cit., p. 18 e s..

a ausência delas) deverá ser tida em conta na prática negocial que incida sobre as quotas. Segue-se a referência a outras cláusulas estatutárias que podem também ser úteis em sociedades por quotas familiares e, por fim, serão analisados negócios que tenham as quotas por objeto²⁰.

6. Cessão de quotas. Cláusulas estatutárias

A cessão de quotas está em regra sujeita a consentimento da sociedade (art. 228.º, 2)²¹. Não é assim, também em regra, se a cessão tem lugar entre cônjuges²², entre ascendentes e descendentes ou entre sócios. Contudo, as cessões que são livres por força do disposto no art. 228.º, 2, podem ficar sujeitas a consentimento da sociedade (art. 229.º, 3).

Como é fácil de ver, numa sociedade por quotas familiar a exigência de consentimento da sociedade para que tenha lugar uma cessão de quota a favor de quem não é cônjuge, ascendente, descendente ou sócio pode ser muito útil para evitar a entrada de estranhos à família e a saída de membros dessa mesma família.

Mas, por outro lado, pode haver interesse em manter certos equilíbrios entre os membros da família. Pense-se no interesse que pode existir em evitar que o cônjuge que se tornou membro da família pelo casamento possa adquirir facilmente a quota do outro membro do casal. Quando assim seja, justificar-se-á sujeitar a consentimento da sociedade a cessão de quotas entre cônjuges.

Também pode ser útil prever no contrato de sociedade que as cessões a favor de familiares pela linha colateral não dependem de consentimento da sociedade. Será uma forma de facilitar a circulação de quotas entre ramos da família e a alienação da quota por parte de quem queira sair da sociedade. O art. 228.º, 2, dispensa o consentimento da sociedade relativamente à cessão a favor de descendentes ou ascendentes mas não a favor de familiares pela linha colateral. Contudo, uma cláusula que torne desnecessário esse consentimento é permitida pelo art. 229.º, 2. O mesmo se diga, evidentemente, quanto à cessão a favor de outros familiares.

²⁰ As alternativas abordadas no texto devem ser acompanhadas de um estudo das consequências fiscais de cada uma.

²¹ Quanto à sujeição da constituição de usufruto e penhor a limitações, cfr. o art. 23.º, 1 e 3 (este último fazendo expressa referência às transmissões entre vivos).

²² É importante ter em conta que, se a quota é bem comum do casal, a partilha entre vivos que se faça da quota não é cessão de quotas (cfr. Ac. RL de 13/10/1995, *CJ*, 1995, IV, p. 114, e Ac. STJ de 16/3/1999, *CJ/STJ*, I, p. 158 e ss..

O art. 229.º, 5, permite que o contrato de sociedade condicione o consentimento a requisitos específicos. Não está esclarecido no preceito quais podem ser esses requisitos, mas parecem admissíveis requisitos *objetivos* ou *subjetivos*, *positivos* ou *negativos*.

Como exemplos de requisitos *objetivos* podemos indicar aqueles que tornam necessário que pela transmissão o adquirente se torne (ou não se torne) titular de quotas que no conjunto representem certa percentagem do capital social ou que a quota a transmitir não ultrapasse um certo valor nominal ou uma certa percentagem do capital social. Como requisitos *subjetivos* parecem admissíveis os que se traduzem na exigência de que o adquirente tenha certas qualificações ou formação, que seja filho ou descendente de um determinado membro da família ou até, provavelmente, que adira ao protocolo familiar eventualmente celebrado.

No que diz respeito às transmissões sujeitas a consentimento da sociedade, justificar-se-á também refletir na *maioria necessária* para a tomada da deliberação. O contrato de sociedade pode conter uma cláusula que exija mais do que a maioria dos votos emitidos (art. 250.º, 1, do CSC). Essa exigência pode fazer todo o sentido atendendo à concreta distribuição de poder entre os vários ramos familiares e à necessidade de obter consensos alargados em benefício do diálogo.

A *proibição* de cessão de quota (art. 229.º, 1) pode igualmente fazer sentido. Não parece sequer de afastar a possibilidade de *proibir apenas algumas* cessões de quotas: onde a lei permite o mais (a proibição de todas as cessões de quotas), também permite o menos (a proibição só de algumas)²³. De qualquer modo, as cláusulas de proibição de cessão de quotas envolvem um risco: é que o sócio terá o direito à exoneração «uma vez decorridos 10 anos sobre o seu ingresso na sociedade». A *contrapartida* a pagar nesse caso pode vir a constituir uma despesa pesada para a sociedade.

A introdução no contrato de sociedade de cláusulas proibindo ou limitando a cessão de quotas deve ainda tornar bem claro em que casos essa cessão é *livre*. Isso permitirá aos sócios lidarem com um regime dotado de alguma certeza.

²³ Sobre o argumento, para a Itália, PAOLO VISCONTI, *Società a responsabilità limitata a struttura chiusa e intransferibilità delle quote*, 2.ª ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 210. O art. 229.º, não permitirá dizer com segurança que a proibição constante do contrato de sociedade pode dizer respeito apenas à cessão de quota por algum ou alguns dos sócios. A utilidade de uma tal proibição revela-se quando o sócio seja titular de direitos especiais ou esteja obrigado a realizar prestações acessórias. Sobre o tema, mais uma vez, PAOLO VISCONTI, *Società a responsabilità limitata a struttura chiusa e intransferibilità delle quote*, cit., p. 37 e ss., e p. 167 e ss..

7. Em especial, as cláusulas estatutárias de preferência

Uma cláusula estatutária de preferência pode ser muito útil nas sociedades por quotas familiares. Nos casos em que essa cláusula abrange transmissões de quotas a favor de terceiros, ela permite impedir a entrada de estranhos na sociedade. Isto, claro, desde que existam preferentes interessados em adquirir a quota.

No entanto, as cláusulas estatutárias de preferência fazem surgir dúvidas quanto à sua validade. Com efeito, várias decisões judiciais pronunciaram-se contra a admissibilidade dessas cláusulas²⁴.

O problema existe porque no n.º 5 do art. 229.º do CSC se lê que «o contrato de sociedade não pode subordinar os efeitos da cessão a requisito diferente do consentimento da sociedade», embora possa condicionar o consentimento a requisitos específicos, dentro de certos limites. Trata-se de uma solução um pouco estranha, na medida em que para as sociedades anónimas se permitiu um leque aparentemente mais variado de limitações quanto à transmissão de ações nominativas.

As cláusulas de preferência a favor de sócios ou da sociedade não violarão o n.º 5 do art. 229.º do CSC se, por interpretação do contrato de sociedade, se concluir que a *eficácia* da cessão não fica subordinada a essas cláusulas²⁵. O preferente poderá impedir que a cessão de quota ocorra nos termos pretendidos pelo alienante, exercendo o direito de preferência.

Mas, se a cláusula de preferência estabelece que a violação da mesma torna a cessão da quota ineficaz em relação à sociedade ou contém formulação semelhante, subordina os efeitos da cessão de quotas à observância do direito de preferência. E, por isso, viola claramente o n.º 5 do art. 229.º

²⁴ Cfr. os Acs. do STJ de 9/12/99, *BMJ*, 492.º, pp. 458 e ss., e de 25/3/09, *CJ/STJ*, XVII, t. I, pp.163 e ss., bem como o Ac. TRE de 18/9/08, *CJ*, 2008, t. IV, pp. 254 e ss..

²⁵ Neste sentido também, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, II, cit., p. 373, «Direito de preferência em cessão de quotas», *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, cit., p. 148. No entanto, FERRER CORREIA, em «A sociedade por quotas de responsabilidade limitada segundo o CSC», cit., p. 162, nota 37, escrevia assim: «constitui problema o saber se continuará a ser lícita a concessão à sociedade e/ou sócios de um direito de preferência». E não fazia quaisquer distinções relativamente a esses direitos de preferência. Por sua vez, ABÍLIO NETO, *Notas práticas ao Código das Sociedades Comerciais*, Petrony, Lisboa, 2007, p. 521, aceitava a validade das cláusulas de preferência. Para um exemplo de cláusula de preferência bastante completa, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 455 e ss. Parecendo aceitar a validade de uma cláusula de preferência contida em contrato de sociedade por quotas com existência anterior ao CSC mas perante constituição de usufruto ocorrida em 1993, cfr. o Ac. do TRL de 22/09/2005, www.dgsi.pt.

do CSC. A consequência só pode ser a da *nulidade* de uma tal cláusula²⁶: «se pela cláusula de preferência a eficácia da cessão para com a sociedade, ficar subordinada ao cumprimento da obrigação de preferência pelo sócio cedente, a regra do art. 229.º, n.º 5, é violada e a cláusula é nula»²⁷.

8. Cláusulas estatutárias relativas à transmissão de quotas por morte

As cláusulas estatutárias relativas à transmissão por morte das quotas dos sócios são um mecanismo que deve ser devidamente ponderado na seleção dos instrumentos a utilizar para enquadrar a sucessão na sociedade por quotas familiar²⁸.

Cláusulas que são ainda mais importantes se tivermos em conta que do art. 225.º CSC resulta como *regra* que as quotas *transmitem-se* por morte aos sucessores do falecido. Este regime acaba aliás por ser o que pode surgir como normal numa sociedade por quotas familiar: as quotas transmitir-se-iam aos membros da família de acordo com as regras sucessórias.

²⁶ Na nossa opinião, por violação de norma legal de carácter imperativo: cfr. o art. 294.º do CCiv..

²⁷ RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas*, I, cit., p. 613. No mesmo sentido, cfr. o Ac. STJ de 30/05/2006, www.dgsi.pt. Quanto às sociedades por quotas cujos contratos de sociedade foram celebrados antes da entrada em vigor do CSC, importa ter presente o disposto no n.º 1 do art. 530.º daquele Código, designadamente quando resulte da leitura do contrato que os efeitos da cessão ficavam subordinados ao respeito por uma cláusula de preferência. É que, se assim for, a cláusula do contrato de sociedade não é permitida pelo CSC e tal cláusula considera-se automaticamente substituída pelas disposições de carácter imperativo do CSC, «sendo lícito recorrer à aplicação das disposições de carácter supletivo que ao caso convierem». Ora, o n.º 5 do art. 229.º do CSC, na parte em que dispõe que «o contrato de sociedade não pode subordinar os efeitos da cessão a requisito diferente do consentimento da sociedade», tem natureza imperativa (nesse sentido, cfr. o Ac. STJ de 30/05/2006, cit.), revelada pela sua letra («não pode»). E se assim é, uma coisa parece certa: a cláusula de preferência que seja proibida pelo n.º 5 do art. 229.º referido não poderá ser invocada. No citado Ac. STJ de 30/05/2006 pode inclusivamente ler-se, relativamente a uma cláusula de preferência contida num contrato de sociedade por quotas celebrado em 1976, que a mesma seria «nula atento o disposto no n.º 5 do art. 229.º – “o contrato de sociedade não pode subordinar os efeitos da cessão a requisito diferente do consentimento da sociedade” – em conjugação com o disposto no art. 530.º, n.º 1». Tratar-se-ia então, segundo a nossa mais alta instância judicial, de uma nulidade superveniente. Contudo, o STJ não chegou a analisar com profundidade a questão de saber se verdadeiramente a cláusula apreciada era ou não requisito de eficácia da cessão.

²⁸ Considerando que na Itália essas cláusulas representam «il veicolo principale attraverso il quale la compagine societaria assicura stabilità e continuità all’attività imprenditoriale», GIULIANO ZANCHI, *Trasmisione inter-generazionale della ricchezza d’impresa e autonomia privata*, cit., p. 100.

E com isso evita-se a necessidade de realizar um qualquer desembolso por parte da sociedade. Porém, tal regime encerra um risco considerável: o que decorre da grande *incerteza quanto ao sucessor* que ficará com a quota²⁹.

Daí que numa sociedade por quotas familiar deva ser tida em conta a possibilidade de introduzir no contrato de sociedade cláusulas que estabeleçam que a quota não se transmitirá aos sucessores do falecido ou que sujeitem essa transmissão a certos requisitos (art. 225.º, 1).

No que diz respeito aos *requisitos* a que a transmissão pode ficar sujeita, destaca-se que os mesmos devem ser *certos*. Podem, no entanto, ser requisitos objetivos (relativos, desde logo, ao objeto) e/ou subjetivos (relativos à pessoa do adquirente ou do alienante), bem como positivos e/ou negativos³⁰.

Como exemplos de requisitos *objetivos* podemos indicar aqueles que tornam necessário que pela transmissão o adquirente se torne (ou não se torne) titular de quotas que no conjunto representem certa percentagem do capital social; que a quota a transmitir não ultrapasse um certo valor nominal ou uma certa percentagem do capital social; ou que seja prestado o consentimento pela sociedade ou por um certo sucessor ou conjunto de sucessores³¹.

Podem ser requisitos *subjetivos* os que se traduzem na exigência, relativamente ao adquirente, de: não exercer atividade concorrente (concretizando em que consiste esse exercício); não ter sido declarado interdito; ser familiar até certo grau; ser herdeiro legitimário/herdeiro legitimário de certa classe de sucessíveis na sucessão legal³²; se casado, estar casado no regime de separação de bens³³.

Se a quota não se transmite por força de uma cláusula do contrato de sociedade permitida pelo art. 225.º, 1, a sociedade deve amortizar a quota, adquirir a quota ou fazer adquirir a quota, por sócio ou por terceiro (art. 225.º, 2). A sociedade deve escolher uma dessas alternativas.

A escolha deve ter em atenção o prazo estabelecido no art. 225.º, 2. Esse prazo de 90 dias para a «efetivação» de alguma das medidas conta-se

²⁹ Sobre o tema, GIULIANO ZANCHI, *Trasmissione inter-generazionale della ricchezza d'impresa e autonomia privata*, cit., 106.

³⁰ RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas*, I, cit., p. 544.

³¹ Com este exemplo, REMÉDIO MARQUES, «Artigo 225.º», AAVV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. III, coord. J. M. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2011, p. 421.

³² Para alguns destes exemplos, REMÉDIO MARQUES, «Artigo 225.º», AAVV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, cit., p. 421.

³³ Não parece que este requisito possa ser considerado ilícito (nomeadamente por contrariedade aos bons costumes).

a partir do conhecimento da morte por algum dos gerentes. Se, porém, o sócio falecido era também o gerente único, a partir de quando se conta o prazo? Parece justificar-se a aplicação a essa hipótese do disposto no art. 253.º, 1: o prazo começa a contar a partir do conhecimento da morte por algum dos restantes sócios, uma vez que «todos os sócios assumem por força da lei os poderes de gerência, até que sejam designados os gerentes».

Caso opte pela *amortização* da quota, a sociedade deverá aplicar o regime correspondente. Contudo, atendendo ao disposto no art.º 236.º do CSC, a amortização pode não ser uma opção.

A amortização *retrotrai* os seus efeitos à data do óbito do sócio (art. 227.º, 1). Até à amortização, os direitos e obrigações inerentes à quota ficam suspensos (art. 227.º, 2), podendo no entanto os sucessores exercer, durante essa suspensão, «todos os direitos necessários à tutela da sua posição jurídica, nomeadamente votar em deliberações sobre alteração do contrato ou dissolução da sociedade»³⁴. Sublinhe-se, igualmente, o prazo de 90 dias contido no art. 225.º, 2, para ser tomada alguma das medidas previstas no preceito.

Outra das alternativas previstas no art. 225.º, 2, é a *aquisição* da quota pela *sociedade*. Contudo, também esta por vezes não é admissível atendendo ao regime das quotas próprias.

Por fim, até mesmo a aquisição da quota por *sócio* ou por *terceiro* pode não ser possível: basta que não se encontre interessado na aquisição. Quando a decisão tomada seja no sentido da aquisição da quota por um sócio, a escolha daquele ou daqueles que vão adquirir deve respeitar as exigências que decorrem do princípio da igualdade de tratamento³⁵. A previsão do processo de escolha será certamente muito útil.

Estando em causa a aquisição por sócio ou terceiro, os sucessores do falecido não intervêm nessa alienação: quem intervém pelo lado do alienante é um representante da sociedade (cfr. o art. 225.º, 3). Essa solução parece aplicável também aos casos em que seja a sociedade a adquirente³⁶.

A aquisição da quota retrotrai os seus efeitos à data do óbito (art. 227.º, 1).

³⁴ Porém, FERRER CORREIA, «A sociedade por quotas de responsabilidade limitada segundo o Código das Sociedades Comerciais», *Temas de direito comercial e direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 160 e s., entendia que a parte final do art. 227.º, n.º 3, contém uma contradição normativa, sustentando que devia ser considerada eliminada «como se não tivera sido escrita».

³⁵ RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas*, I, cit., p. 547, REMÉDIO MARQUES, «Artigo 225.º», AAVV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, cit., p. 428.

³⁶ Nesse sentido, REMÉDIO MARQUES, «Artigo 225.º», AAVV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, cit., p. 426.

A leitura da lei não permite dizer com segurança se, até que ocorram as referidas amortização ou aquisição da quota, ou o decurso do prazo previsto no art. 225.º, 2, a quota chegou ou não a transmitir-se para os sucessores.

Ferrer Correia³⁷ e Rita Lobo Xavier³⁸ defenderam que essa transmissão não ocorre. Já Raúl Ventura³⁹ e Coutinho de Abreu⁴⁰ sustentaram que a transmissão tem lugar⁴¹. Pela nossa parte, também nos parece que do art. 225.º, 1 e 2, se pode extrair que a razão está com os primeiros autores mencionados («a respectiva quota não se transmitirá», «a quota não for transmitida»). A suspensão de que trata o art. 227.º, 2, em nada afasta esta conclusão. Com efeito, a lei não diz que são os direitos e obrigações *dos sucessores* que são suspensos. O que ali se pretende é esclarecer que ninguém pode exercer os direitos ou ter de cumprir as obrigações inerentes à quota enquanto não ocorrerem os factos previstos no preceito.

Tendo sido decidida a aquisição da quota, o valor da contrapartida será apurado nos termos das disposições legais ou contratuais relativas à amortização de quotas⁴², podendo o contrato de sociedade conter estipulação em sentido diferente (art. 225.º, 4). O mesmo vale quanto ao pagamento da contrapartida em caso de aquisição.

Até que o pagamento da contrapartida tenha lugar em caso de aquisição, os efeitos da alienação ficam suspensos (art. 225.º, 4, *in fine*): o adquirente terceiro não pode comportar-se como titular e a aquisição pela sociedade não tem ainda os efeitos da aquisição de quotas próprias.

Após a data em que devia ter lugar o pagamento da contrapartida, e se esta não foi paga na altura devida («pagamento tempestivo»), os interessados podem escolher entre (art. 225.º, 5)⁴³:

- a) Exigir o pagamento devido («a efectivação do seu crédito»);
- b) Dar a alienação (a favor da sociedade, de sócio ou terceiro) como ineficaz, daí resultando que a quota se considera transmitida para

³⁷ «A sociedade por quotas de responsabilidade limitada segundo o Código das Sociedades Comerciais», cit., p. 159 e s..

³⁸ *Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas*, separata do BFDUC, 1993, p. 125 e s..

³⁹ *Sociedades por quotas*, I, (2ª ed., reimp.), Almedina, Coimbra, 1993, p. 547 e s..

⁴⁰ *Curso de Direito Comercial*, II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.

⁴¹ No mesmo sentido, cfr. REMÉDIO MARQUES, «Artigo 225.º», AAVV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, cit., p. 422.

⁴² O valor de liquidação da quota, calculado nos termos do artigo 105.º, n.º 2, com referência ao momento da deliberação. Por sua vez, aquele remete para o art. 1021.º do CCiv..

⁴³ Curiosamente, a lei não menciona um prazo para que a escolha tenha lugar.

os sucessores do falecido que tenham direito à contrapartida que não foi paga.

9. Cláusulas estatutárias relativas à transmissão por morte (cont.). Transmissão dependente da vontade dos sucessores

No ponto anterior, estavam em causa cláusulas do contrato de sociedade que afastam ou limitam a possibilidade de a quota se transmitir aos sucessores do falecido, ainda que estes a queiram adquirir.

Pode no entanto dar-se o caso de os sócios quererem prever no contrato de sociedade um regime que contemple os interesses dos sucessores que não queiram ficar com a quota. Desde logo, porque preferem uma quantia em dinheiro (por exemplo, para proporcionarem aos filhos uma boa educação, para lhes pagarem as despesas inerentes ao início de vida profissional).

O contrato de sociedade pode (art. 226.º, 1):

- a) Atribuir aos sucessores o direito de exigir a amortização da quota;
- b) Por algum modo condicionar a transmissão da quota à vontade dos sucessores.

Quando assim seja, após o conhecimento do óbito os sucessores têm um prazo de 90 dias para declararem por escrito à sociedade que não aceitam a transmissão (n.º 1 do art. 226.º). Recebida a declaração mencionada, a sociedade deve, no prazo de 30 dias (art. 226.º, 2): a) Amortizar a quota; b) Adquirir a quota; ou c) Fazer adquirir a quota por sócio ou terceiro.

Se naquele prazo de 30 dias não é tomada uma das referidas medidas, o sucessor pode requerer a dissolução da sociedade por via administrativa (n.º 2 do art. 226.º).

No caso de a sociedade optar pela amortização, chama-se especialmente a atenção para o regime de pagamento da contrapartida, pois a remissão contida no art. 226.º, 3, gera algumas dificuldades interpretativas. A amortização também retrotrai os seus efeitos até à data do óbito (art. 227.º, 1). Os direitos e obrigações inerentes à quota ficam suspensos enquanto não se efetuar a amortização, nos termos do art. 227.º, n.º 2 (cfr. tb. o n.º 3).

No caso de alienação à sociedade, a outro sócio ou a terceiro, há uma contrapartida a pagar, devendo mais uma vez ser tida em conta a remissão que se encontra no art. 226.º, 3.

10. Outras cláusulas estatutárias

10.1. Cláusulas sobre divisão de quotas

Em regra, uma quota pode ser dividida mediante amortização parcial, transmissão parcelada ou parcial, partilha ou divisão entre contitulares (art. 221.º, 1). No entanto, o art. 221.º, 4, exige *consentimento* da sociedade para a divisão que ocorra por *transmissão parcelada* ou *parcial*⁴⁴, podendo o contrato de sociedade dispor diversamente. Não será por isso necessário, também em regra, o consentimento da sociedade para a divisão mediante *amortização parcial*, *partilha* ou *divisão* entre contitulares.

O art. 221.º, 3, do CSC permite que o contrato de sociedade *proíba* a divisão de quotas. Trata-se de uma possibilidade que deve ser tida em conta caso se pretenda evitar a existência de quotas de muito reduzido valor nominal.

Se a proibição disser respeito à divisão por *partilha* ou a divisão entre *contitulares*, não pode impedir a divisão por período superior a cinco anos. Parece assim que, pelo menos aqui, a contitularidade é vista como uma situação indesejável. A cláusula que estabelece uma proibição para aqueles casos por período superior a cinco anos é nula⁴⁵.

A lei não diz expressamente se a divisão por *partilha* ou entre *contitulares* pode ficar sujeita a consentimento da sociedade. Mas se o contrato de sociedade pode proibir essa divisão, parece que também pode apenas sujeitá-la a consentimento da sociedade⁴⁶. Será apenas discutível a questão de saber se tal exigência de consentimento pode impedir na prática a partilha ou divisão entre contitulares por período superior a cinco anos.

Assim, numa sociedade por quotas familiar deve ser ponderado se há interesse em incluir cláusulas que dispensem o consentimento da sociedade para a divisão por transmissão parcelada ou parcial, cláusulas que proíbam a divisão de quotas (que não impeçam a partilha ou divisão entre contitulares por período superior a cinco anos) ou cláusulas que exijam o consentimento da sociedade para a divisão da quota por partilha ou por divisão entre contitulares⁴⁷ (neste último caso, tendo em conta a cautela acima mencionada).

⁴⁴ Aplicando-se o disposto no art. 228.º, 2, *in fine* (cfr. o art. 221.º, 5).

⁴⁵ Mas cfr., com diferente opinião, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas*, I, cit., p. 468.

⁴⁶ RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas*, I, cit., p. 471.

⁴⁷ Para mais alternativas, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Artigo 221.º», in AAVV., *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. J.M. Coutinho de Abreu), III, Almedina, Coimbra, 2011, p. 377 e ss..

10.2. Cláusulas sobre amortização de quotas

O art. 232.º, 1, do CSC prevê a possibilidade de o contrato de sociedade permitir a *amortização* de quotas para além dos casos previstos na lei. A cláusula do contrato de sociedade pode conferir o direito de amortização ao *sócio* ou à *sociedade*. A amortização pode ser *compulsiva* ou *consentida*.

Por vezes os pressupostos da amortização dizem respeito ao próprio titular da quota (morte⁴⁸, idade, doença, interdição), ao seu comportamento (p. ex., violação de cláusula limitativa da transmissibilidade ou de constituição de usufruto ou penhor), à sua situação familiar (separação de bens ou de pessoas e bens, divórcio) ou patrimonial (insolvência, partilha de bens⁴⁹). Outras vezes é diretamente visada a quota (penhora, arresto, e qualquer apreensão judicial, venda judicial, oneração ou constituição de garantia)⁵⁰.

Tendo em conta o regime de pagamento da contrapartida em caso de amortização (cfr., desde logo, o art. 236.º), é fácil de ver a importância que terá a criação de reservas e a política de distribuição de dividendos da sociedade. Por outro lado, o art. 235.º, 1, permite que o contrato de sociedade contenha um regime diferente («estipulação contrária») quanto ao valor e ao referido pagamento.

⁴⁸ Para a *Einziehung*, considerando que a morte como pressuposto exclui na prática a possibilidade de herdar a participação, HELMUT GRAF/MICHAEL BISLE, «Der Governance Kodex für Familienunternehmen: kein Ersatz für „maßgeschneiderte“ Gesellschaftsverträge», *DStR*, 2010, p. 2410 (beck-online).

⁴⁹ Para cláusulas prevendo a possibilidade de amortização se a quota vier a caber ao cônjuge do sócio em partilha por divórcio, separação judicial de bens ou de pessoas e bens, e até que «uma quota comum nunca poderá ser adjudicada ao cônjuge meeiro do sócio», podendo impor «a forma como a partilha do património comum deverá ocorrer», RITA LOBO XAVIER, *Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas*, cit., p. 155, em texto e nt. 42 (mas vejam-se as cautelas expressas a p. 157, nt. 47). A autora menciona também, a p. 158, uma cláusula que preveja a divisão e amortização parcial da quota que seja adjudicada a ambos os cônjuges na partilha em vida e, a p. 157, admite uma cláusula que sujeite a partilha por morte do património conjugal a consentimento da sociedade, articulando essa exigência com uma cláusula de amortização para o caso de recusa de consentimento. Também parece ser de aceitar (p. 152, nt. 36), para a referida Professora, uma cláusula que preveja a possibilidade de amortização de uma cláusula que seja bem comum se não for adjudicada em partilha por morte do sócio a determinada pessoa.

⁵⁰ Salientando a plasticidade das cláusulas de amortização compulsiva, CAROLINA CUNHA, «Artigo 233.º», AAVV., *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. J.M. Coutinho de Abreu), III, Almedina, Coimbra, 2011, p. 503.

10.3. Cláusulas sobre exoneração de sócios

O contrato de sociedade pode prever casos em que o sócio tem o direito de exoneração (art. 240.º, 1). Porém, «não pode (...) admitir a exoneração pela vontade arbitrária do sócio» (n.º 8)⁵¹.

A possibilidade de exoneração pode surgir em cláusulas que tenham em conta, por exemplo, a separação (de bens, de pessoas e bens) ou o divórcio do sócio, alterações no poder dentro da sociedade, impasses na tomada de decisões, a mudança de residência, a idade ou doença, a existência de perdas de exercício⁵². São cláusulas que se revestem de especial importância tendo em conta que não existe um verdadeiro mercado para as participações em causa⁵³.

A contrapartida a pagar ao sócio que pretende a exoneração pode ser necessária para este fazer face a algumas despesas (por vezes inesperadas e urgentes) e permite-lhe sair da sociedade em que não deseja ficar.

Também aqui o pagamento da contrapartida pode envolver riscos para a sociedade. Esses riscos podem ser atenuados através da previsão de regimes de pagamento diferentes dos legais, com outros prazos (parece ser também isso o que se extrai da remissão contida no art. 240.º, 5). As regras contidas no contrato de sociedade podem ser pensadas tendo em conta vários critérios (antiguidade, percentagem, sorteio, temporal), que podem ser especialmente úteis quando vários sócios querem exonerar-se. O próprio art. 105.º, 2, para que remete o art. 240.º, 5, permite que o valor a pagar resulte do que consta do contrato de sociedade. Mais uma vez, a política de constituição de reservas e de distribuição de lucros deve ter tudo isto em consideração⁵⁴.

⁵¹ Afirmando que «a proibição se aplica, igualmente, a cláusulas que prevejam fundamentos *manifestamente fúteis*, que sequer muito remotamente se possam filiar na ideia de inexigibilidade de permanência na sociedade que alicerça a exoneração de sócio enquanto instituto jurídico», CAROLINA CUNHA, «Artigo 240.º», AAVV., *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. J.M. Coutinho de Abreu), III, Almedina, Coimbra, 2011, p. 563.

⁵² Cfr. RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas*, Almedina, Coimbra, 1996, II, p. 18-19, MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ, «Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 61. Quanto à admissibilidade ou não de uma cláusula geral de exoneração, RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas*, II, cit., p. 18, CAROLINA CUNHA, «Artigo 240.º», cit., 2011, p. 563.

⁵³ Salientando este aspeto, JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, «Los problemas contractuales en las sociedades cerradas», *Indret*, 4/2005, p. 10.

⁵⁴ Com uma reflexão sobre o tema contendo algumas das sugestões apresentadas, embora olhando para o protocolo familiar, RAFAEL JORDÁ GARCÍA, «Autocartera, pactos de salida y desinversión en la empresa familiar», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 103.

10.4. Cláusulas sobre exclusão de sócios

O art. 241.º, 1, do CSC permite que o contrato de sociedade fixe casos em que a sociedade pode excluir um sócio. Esses casos podem dizer respeito tanto à pessoa do sócio, como ao seu comportamento, não podendo a exclusão ser arbitrária ou *ad nutum*.

Pode, por exemplo, justificar-se incluir no contrato de sociedade uma cláusula que preveja a possibilidade de exclusão em caso de incumprimento de prestações acessórias (art. 209.º, 4), de interdição, inabilitação, insolvência, alcoolismo, toxicodependência, ou senilidade manifestas⁵⁵.

E, mais uma vez, é preciso ter em conta o regime de cálculo e pagamento da contrapartida.

10.5. Direitos especiais

A criação de direitos especiais pode revelar-se bastante útil. Nas sociedades por quotas os direitos especiais de natureza patrimonial são em regra transmissíveis com a quota respetiva e os restantes direitos especiais não são transmissíveis (art. 24.º, 3). Contudo, a lei admite estipulação em contrário.

Nas sociedades por quotas familiares justificar-se-á muitas vezes estudar a eventual introdução de alguns direitos especiais:

- a) Quanto à participação nos lucros e perdas (art. 22.º, 1);
- b) À gerência⁵⁶;
- c) De designação de gerente (cfr. o art. 252.º, 2)⁵⁷;
- d) De voto duplo (art. 250.º, 2);
- e) De impedir a alteração do contrato de sociedade (art. 265.º, 2);
- e) Para quem os aceite, de utilização de bens sociais⁵⁸.

⁵⁵ COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, II, 2011, p. 435. Afirmando a necessidade de estarmos perante uma situação de inexigibilidade para a sociedade de suportar a presença do sócio «em virtude da *relevância dos prejuízos*, actuais ou potenciais, que a situação ou o comportamento do sócio comporta para a sociedade», CAROLINA CUNHA, «Artigo 241.º», AAVV., *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. J.M. Coutinho de Abreu), III, Almedina, Coimbra, 2011, p. 574.

⁵⁶ Devendo também ser tido em atenção o teor do art. 253.º, 3.

⁵⁷ E não esquecendo os riscos que decorrem do art. 83.º, 1.

⁵⁸ Admitindo-os, MENEZES CORDEIRO, «Artigo 24.º», AAVV., *Código das Sociedades Comerciais anotado* (coord. A. Menezes Cordeiro), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 152.

10.6. O regime de distribuição de lucros do exercício

Em qualquer sociedade comercial é necessário decidir se os eventuais lucros de exercício distribuíveis devem ser entregues aos sócios ou se devem ser utilizados para formar reservas que sirvam os interesses de longo prazo da sociedade.

De acordo com o art. 217.º, 1, do CSC, em regra metade do lucro do exercício distribuível deve ser efetivamente distribuído aos sócios. No entanto, o contrato de sociedade pode prever um regime diferente. Mesmo sem essa diferente cláusula contratual os sócios podem deliberar distribuir menos do que a referida metade do lucro do exercício distribuível se tal deliberação for tomada por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social em assembleia geral para o efeito convocada.

O que acabámos de dizer é algo que tem de ser articulado com o que se espera serem as exigências de financiamento da sociedade e com a necessidade de garantir um rendimento aos sócios. O contrato de sociedade pode conter um regime diferente do previsto no art. 217.º, 1. Mas, se o contém, é preciso ter presente que o mesmo contrato de sociedade pode ser alterado por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social e que o próprio contrato de sociedade pode exigir um número ainda mais elevado de votos para essa deliberação (art. 265.º, 1).

10.7. Estrutura orgânica estatutária

As sociedades por quotas devem ter sempre uma gerência e sócio ou coletividade de sócios. Podem ter em regra um conselho fiscal (ou fiscal único), mas em certos casos devem ter ou conselho fiscal ou ROC (art. 262.º, 2).

Poderá perguntar-se, no entanto, se uma sociedade por quotas só pode ter os órgãos legalmente previstos. E isto porque pode ter sentido incluir na estrutura orgânica da sociedade por quotas familiar um órgão consultivo familiar ou uma comissão de nomeações (também consultiva)⁵⁹. Se esses órgãos não afetarem as competências que por lei devem caber aos

⁵⁹ Sobre os órgãos familiares consultivos, MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ, «Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares», in AAVV., *Regimen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 64.

órgãos nela previstos, não nos parece que o princípio da tipicidade taxativa os proíba⁶⁰.

10.8. Gerência

Compete à gerência administrar e representar a sociedade. A gerência pode ser singular ou plural, não estando previsto no CSC um número máximo (cfr. o art. 252.º, 1). Sendo plural, a gerência pode ter um número par de membros. Pode até haver vantagens em que assim seja para garantir a representatividade dos ramos da família. Porém, um número par de gerentes pode levar a impasses na tomada de decisões pela impossibilidade de formar maiorias⁶¹.

A designação dos gerentes pode ser amplamente regulada no contrato de sociedade. O art. 252.º, 2, estabelece que «os gerentes são designados no contrato de sociedade ou eleitos posteriormente por deliberação dos sócios, se não estiver prevista no contrato outra forma de designação». E essa outra forma de designação pode ser adaptada às necessidades da família.

Numa sociedade por quotas familiar a designação dos gerentes é matéria que é particularmente suscetível de criar conflitos. Em regra, é desejado que as quotas e a gerência fiquem na família. Mas será muitas vezes grande a tentação de designar quem pertence à família só porque... pertence à família. Isso pode levar a que os gerentes designados não possuam a necessária preparação e competência para o exercício das suas funções⁶². Mas, por outro lado, a escolha de gerentes que não pertençam à família proprietária fará crescer os conhecidos «problemas de agência».

O CSC não esclarece se o contrato de sociedade pode ou não exigir que só possa ser gerente quem cumpra determinados requisitos (por exemplo, a qualidade de sócio ou de sócio há certo tempo; quanto à formação, qua-

⁶⁰ COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, II, cit., p. 75, aceita, para as sociedades por quotas, que os estatutos estipulem a existência de «um “conselho consultivo” cuja competência não colida com a de qualquer órgão necessário». Afirmando que as partes, na celebração de um contrato de sociedade, devem respeitar «a orgânica interna», MENEZES CORDEIRO, «Artigo 2.º», AAVV., *Código das Sociedades Comerciais anotado* (coord. A. Menezes Cordeiro), cit., p. 64.

⁶¹ Alertando para isso mesmo, MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ, «Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 63.

⁶² Para uma análise da questão, cfr., p. ex., FRANCESCO SCAGLIONE, «Clausole societarie di successione familiare», *CI*, 2009, 4-5, p. 943.

lificações ou experiência; quanto à idade ou ligações familiares; quanto ao número de vezes que foi anteriormente designado⁶³). Mas a lei também não exclui essa possibilidade e não vemos que se possa considerar ilícita uma cláusula que estabeleça aqueles requisitos.

A designação de gerentes através de eleição por deliberação dos sócios pode merecer alguma reflexão. Não só quanto à maioria que deve ser necessária para que a deliberação se considere validamente tomada, mas também quanto à eventual previsão no contrato de sociedade de um direito especial de veto a favor de algum sócio.

Quanto à duração do exercício das funções de gerente, importa não esquecer que o CSC não prevê para as mesmas qualquer prazo. No entanto, o art. 256.º permite que o contrato de sociedade fixe aquela duração.

Referimos em ponto anterior o interesse que pode existir na criação de um direito especial à gerência. Mas nas sociedades por quotas familiares parece que pode também haver lugar à criação de um *dever* de gerência enquanto prestação acessória⁶⁴.

No que diz respeito ao *funcionamento* da gerência plural, a liberdade deixada pelo art. 261.º, 1, na redação do contrato de sociedade pode ser bem aproveitada: esclarecendo qual é o método para a tomada de decisões, aumentando ou diminuindo a exigência quanto ao número de gerentes necessário para vincular a sociedade, exigindo a intervenção de determinado gerente para essa mesma vinculação⁶⁵, etc..

A *remuneração* dos gerentes pode ser uma matéria sensível nas sociedades por quotas familiares. De acordo com o art. 255.º, 1, «salvo disposição do contrato de sociedade em contrário, o gerente tem direito a uma remuneração, a fixar pelos sócios». Assim, os sócios dispõem de ampla liberdade na redação do contrato de sociedade e na fixação da remuneração⁶⁶. O n.º 3 torna possível que o contrato de sociedade estabeleça a remuneração com participação nos lucros da sociedade, total ou parcialmente.

Tendo em conta o carácter familiar da sociedade, os negócios entre esta e os gerentes (especialmente quando são sócios e membros da família)

⁶³ Sobre o tema, com vários dos exemplos apresentados, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas*, III, Almedina, Coimbra, 1991, p. 13, lembrando a necessidade de respeitar os bons costumes; MARIA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, «Estructura orgánica de la sociedad familiar», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 86 e s..

⁶⁴ RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas*, I, cit., p. 212.

⁶⁵ Cfr. tb. o art. 253.º, 3.

⁶⁶ Sobre o tema, por todos, COUTINHO DE ABREU, «Artigo 255.º», in AAVV., *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. J.M. Coutinho de Abreu), IV, Almedina, Coimbra, 2012, p. 106 e s..

devem ser vistos com especial cuidado. Sobretudo porque tem sido discutida a aplicabilidade do art. 397.º às sociedades por quotas⁶⁷.

10.9. Prestações acessórias

Numa sociedade por quotas familiar, o estabelecimento de obrigações de prestações acessórias no contrato de sociedade pode justificar-se⁶⁸. Pense-se na obrigação de ser gerente ou prestador de serviços, bem como na de realizar outras atividades (inclusivamente subordinadas) a favor da sociedade. Pense-se na obrigação de não concorrer ou de fornecer certos bens⁶⁹.

Por vezes, os sócios das sociedades por quotas familiares celebram protocolos familiares. Poderá o contrato de sociedade prever que o sócio fica obrigado (obrigação de prestação acessória) a celebrar ou aderir ao protocolo familiar, bem como a cumprir os respetivos termos? Não parece que tal seja admitido, uma vez que as obrigações de prestações acessórias dizem respeito a prestações a favor da sociedade⁷⁰.

10.10. Deliberações, voto, maiorias e veto

Em regra, as deliberações dos sócios das sociedades por quotas consideram-se tomadas se obtiverem a maioria dos votos emitidos, admitindo a lei que o contrato de sociedade disponha diversamente (art. 250.º, 3).

⁶⁷ Sobre a matéria, por todos, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «A aplicação do art. 397.º às sociedades por quotas», *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 557-570.

⁶⁸ Defendendo que a obrigação transmite-se com a quota, salvo se é relativa a prestação infungível, COLUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, II, ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 332.

⁶⁹ Cfr., p. ex., MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ, «Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, p. 53.

⁷⁰ Sobre o tema, MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ, «Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 53, MARIA JOSÉ VERDÚ CANETE, «Estructura orgánica de la sociedad familiar», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 95; CARLOS MANUEL DíEZ SOTO, «El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 182. Um protocolo familiar de que seja parte a própria sociedade pode criar sérias dúvidas quanto à sua legalidade no que diz respeito a muitas das respetivas cláusulas habituais.

No que diz respeito às deliberações de alteração do contrato de sociedade, o art. 265.º, 1, exige que sejam tomadas por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social, podendo o contrato de sociedade exigir número mais elevado de votos. Pode realmente ser adequado aumentar a exigência relativamente a deliberações sobre determinadas matérias. Por exemplo, quanto à designação de gerentes.

No que diz respeito às alterações do contrato de sociedade, o aumento de capital pode conduzir à diminuição do valor relativo das participações dos sócios que não possam subscrevê-lo. Isso pode justificar que se inclua no contrato de sociedade uma cláusula mais exigente do que o regime que encontramos no art. 265.º, 1, quanto à maioria necessária para a tomada da deliberação. Essa mesma cláusula pode ser útil noutros casos em que a lei admite que o contrato de sociedade afaste as soluções nela contidas.

Quanto ao direito de voto, a regra consta do art. 250.º, 1: conta-se um voto por cada cêntimo do valor nominal da quota. Contudo, o n.º 2 permite o estabelecimento no contrato de sociedade de direitos especiais que consistam num voto duplo (dois votos por cada cêntimo do valor nominal da quota), embora com limites: deverá dizer respeito a quota ou quotas de sócios que, no total, não correspondam a mais de 20% do capital⁷¹.

Relativamente a certas matérias que possam ser objeto de deliberação dos sócios, é importante ver se pode ser adequada a atribuição de um direito especial de veto a favor de algum sócio: a deliberação não se considerará tomada se um determinado sócio não votou a favor.

Outro aspeto que merece ser debatido por quem vá ser ou já seja sócio de uma sociedade por quotas familiar é o do eventual alargamento das matérias sujeitas a deliberação dos sócios. Como é sabido, o art. 246.º, 1, permite que o contrato de sociedade faça depender de deliberação dos sócios outros atos para além dos que estejam previstos na lei. A utilização dessa possibilidade permite aumentar o controlo dos sócios em relação à atividade da gerência.

⁷¹ MARIA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, «Estructura orgánica de la sociedad familiar», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 81, sublinha a importância do voto plural nas sociedades familiares, conferindo «la posibilidad de distribuir la capacidad de decisión en función de criterios distintos a la participación en el capital social, como pueden ser las actividades realizadas en la empresa (por ejemplo, dirección y gestión), la antigüedad o la pertinencia a la primera generación de la familia».

10.11. Cláusulas de arbitragem

A arbitragem permite obter a resolução de litígios com maior sigilo e um mais amplo recurso à equidade⁷². Numa sociedade por quotas familiar isso pode ter especial significado. Daí que deva ser avaliada a utilidade de se fazer incluir no contrato de sociedade uma cláusula de arbitragem⁷³ e os termos da mesma, considerando igualmente o âmbito da sua aplicação⁷⁴.

10.12. Causas de dissolução

O art. 142.º, 1, admite que o contrato de sociedade preveja fundamentos de dissolução da administrativa da sociedade. Pode ser interessante, por exemplo, indicar no contrato de sociedade a morte de um determinado sócio (ou a morte deste sem sucessores, ou sem sucessores que

⁷² Cfr. os arts. 39.º, 1, e 52.º, 1, da NLA.

⁷³ Que, na nossa opinião, só pode ser inserida no contrato de sociedade por deliberação com os votos a favor de todos os sócios. Com a mesma opinião, para a Espanha, MARÍA MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, «La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 214 e s.. Sobre as cláusulas de arbitragem no âmbito de litígios societários, cfr. p. ex., RUI PEREIRA DIAS, «Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)», *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 291-304; para outras paragens, K. SCHMIDT, «Shiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen – Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften», *ZUG*, 1988, p. 523-541, R. AMBROSINI, «Clausola compromissoria e invalidità delle delibere assembleari», *Le Società*, 12, dez. 1995, p. 1609-1611, S. CHIARLONI, «Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo», *RTDPC*, 2004, p. 123-135, L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005», *Rev. Der. Soc.*, 2006-1, p. 269-309, D. COHEN, «L’engagement des sociétés à l’arbitrage», *Revue de l’arbitrage*, 2006, p. 35-64, A. BLANDINI, «La clausola compromissoria nell’arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo», *Riv. Dir. Comm.*, 2007, p. 585-612,

⁷⁴ Com a NLA o critério para delimitar os litígios arbitráveis é em primeiro lugar o da natureza patrimonial dos interesses em litígio (art. 1.º, 1, NLA), sendo também arbitráveis os litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial se o direito controvertido puder ser objeto de transação (art. 1.º, 2, NLA). Além disso, a arbitragem pode abranger não apenas «questões de natureza contenciosa em sentido estrito», mas também «quaisquer outras que requeiram a intervenção de um decisor imparcial, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar e adaptar contratos de prestações duradouras a novas circunstâncias» (art. 1.º, 4, NLA).

preenchem certos requisitos) como fundamento de dissolução de uma sociedade por quotas familiar⁷⁵.

11. A convenção antenupcial

Dispõe o art. 1698.º do CCiv. que «os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei». A escolha do regime de separação de bens pode ser a mais adequada para evitar atritos familiares. Se as coisas correm bem, ambos os cônjuges beneficiam do que o outro tem. Se as coisas correm mal, os problemas relacionados com os bens serão menores.

Por sua vez, o art. 1700.º («Disposições por morte consideradas lícitas»⁷⁶) mostra que a convenção antenupcial pode, por exemplo, conter a *nomeação de legatário* em favor de qualquer dos esposados (pelo outro esposado ou por terceiro «nos termos prescritos nos lugares respectivos») ou em favor de terceiro por qualquer dos esposados (n.º 1, als. *a*) e *b*)). E são ainda admitidas *cláusulas de reversão* ou *fideicomissárias* quanto, designadamente, aos legados efetuados (n.º 3). A própria convenção antenupcial pode ser celebrada sob condição ou a termo (art. 1713.º CCiv.) – lembre-se a cláusula que estabelece o regime de comunhão de adquiridos como regime inicial, prevendo a conversão deste em regime de comunhão geral se houver descendentes⁷⁷.

Facilmente se vê a enorme utilidade das convenções antenupciais no caso de existir uma sociedade por quotas familiar⁷⁸. Para além das nomea-

⁷⁵ Cfr., para alguns dos exemplos referidos perante o direito espanhol, ANA FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, «Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar», *Rev. Der. Soc.*, cit., p. 112. Admitindo a «inscrição da existência, genérica e indeterminada, de “justa causa” ou “motivo justificado” de dissolução», RICARDO COSTA, «Artigo 142.º», AAVV., *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. J.M. Coutinho de Abreu), II, Almedina, Coimbra, 2011, p. 584.

⁷⁶ Sobre a irrevogabilidade, em regra, dos pactos sucessórios em causa, cfr. o art. 1701.º do CCiv.. Irrevogabilidade que contrasta, evidentemente, com a revogabilidade do testamento (art. 2179.º, 1, CCiv.).

⁷⁷ RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 540.

⁷⁸ JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ, «Regímenes económico matrimoniales y empresa familiar», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 129, afirma, a propósito das *capitulaciones matrimoniales*, que «poseen una gran

ções de legatários já referidas, Rita Lobo Xavier⁷⁹ (com a ressalva da regra da partilha por metade para os regimes de comunhão⁸⁰) lembra, para adaptação de um regime de comunhão (sem desvirtuar a base), a cláusula que *exclui dos bens comuns* uma quota adquirida por um dos cônjuges, a *exclusão da comunhão* de quotas em sociedade constituída entre ambos e, em caso de partilha, a cláusula que prevê a *adjudicação preferencial* de participações sociais ao cônjuge por quem estas vieram ao casal⁸¹. As mesmas possibilidades devem ser estudadas quanto a lucros e reservas⁸².

12. Cessão entre cônjuges de quota que é bem próprio do cedente

A compra e venda e a doação de quotas constituem cessões de quotas. O n.º 2 do art. 228.º do CSC estabelece como regime regra que a cessão de quotas entre cônjuges não está dependente, em regra, de consentimento da sociedade.

Isso não significa, porém, que toda e qualquer cessão de quotas entre cônjuges seja lícita. Como escreve Rita Lobo Xavier, o preceito referido

virtualidad práctica como instrumento llamado a mitigar las dificultades inherentes a la propia configuración y funcionamiento de la empresa familiar».

⁷⁹ *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 533 e ss. e, quanto à regra da divisão por metade, p. 522 e ss..

⁸⁰ Sobre o problema das sub-rogações e compensações, cfr. o que a autora escreve em *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 526 e ss. e p. 534, nt. 73.

⁸¹ A mesma autora, em *Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas*, separata BFDUC, 1993, p. 97 e 152, nt. 36, defende a possibilidade de uma quota social comum ser instrumento de trabalho de um dos cônjuges (sócio-gerente de sociedade, sendo essa a sua atividade profissional). Voltando ao tema em *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 537, lembra o teor do art. 1731.º CCiv., que estabelece que, tendo os instrumentos de trabalho de cada cônjuge entrado no património comum por força do regime de bens, «o cônjuge que deles necessita para o exercício da sua profissão tem direito a ser neles encabeçado no momento da partilha». Daí que Rita Lobo Xavier sublinhe a utilidade de os nubentes designarem «concretamente na convenção matrimonial os bens que constituem e virão a constituir, previsivelmente, “instrumentos de trabalho” de cada um, bem como o direito de cada um a ser neles encabeçado, em quaisquer circunstâncias».

⁸² Sobre o tema, JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ, «Regímenes económico matrimoniales y empresa familiar», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 135.

«apenas dispensa o consentimento da sociedade para a cessão de quotas entre cônjuges que, nos termos da lei civil, for de considerar *válida*»⁸³.

Ora, o que lemos no art. 1762.º do CCiv. é que é nula a doação entre casados⁸⁴ quando vigore imperativamente entre os cônjuges o regime da separação de bens. Por sua vez, o art. 1764.º, 1, mostra que só podem ser doados bens próprios do doador, acrescentando o n.º 2 que os bens doados não se comunicam⁸⁵.

No que diz agora respeito à compra e venda de quotas entre cônjuges⁸⁶, chama-se a atenção para o n.º 2 do art. 1714.º do CCiv.: se os cônjuges não estão separados judicialmente de pessoas e bens, aqueles contratos de compra e venda são abrangidos pela proibição de alteração, depois do casamento, das convenções antenupciais e do regime de bens resultante da lei. Porém, há exceções ao princípio da imutabilidade: cfr. o art. 1715.º do CCiv..

13. Venda a filhos ou netos

Uma das soluções a ponderar no que diz respeito ao destino a dar à quota numa sociedade familiar é a da eventual *venda a filhos ou netos*. Essa hipótese obriga a ter em conta o n.º 1 do art. 877.º do CCiv.: «Os pais e avós não podem vender a filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda (...)», sendo esse consentimento suscetível de suprimimento judicial⁸⁷.

O preceito referido não faz menção às vendas efetuadas a noras ou genros. Contudo, há já jurisprudência pronunciando-se a favor da interpretação extensiva da norma e levando-a assim a abranger aquelas hipóteses⁸⁸.

⁸³ RITA LOBO XAVIER, *Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas*, cit., p. 160. Cfr. tb. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, II, cit., p. 367.

⁸⁴ Sobre esta, RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre cônjuges*, cit., p. 264 e ss.

⁸⁵ É também importante reter que o art. 1765.º, 1, CCiv. estabelece a livre revogabilidade pelo doador das doações entre casados e que no art. 1766.º estão previstas várias causas de caducidade da doação.

⁸⁶ Sobre esta, desenvolvidamente, RITA LOBO XAVIER, *Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas*, cit., p. 222 e ss..

⁸⁷ Outra figura que merece atenção é a da venda com reserva do domínio até à data do falecimento do vendedor. No sentido da sua validade, PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Parte I, João Abrantes, 1974, p. 26, nt. 2.

⁸⁸ Salientamos os Acs. STJ de 15/05/1979, *BMJ*, 287.º-275, de 25/03/1982, *BMJ* 315.º-256, e de 10/07/1997, *CJ/STJ*, Ano V, Tomo II, pag.163-164, e os Acs. TRL de 15/12/1993, *CJ*, Ano XVIII, Tomo V, págs. 157-158, e de 22/1/2004, *www.dgsi*, Proc 9061/2003-2.

14. Doação a filho

A doação de uma quota a um filho pode ajudar a resolver o problema da sucessão. É, evidentemente, necessário decidir se tal doação será realizada por conta da legítima ou por conta da quota disponível. E há que contar com os regimes de redução de liberalidades inoficiosas e de colação⁸⁹.

A doação com cláusula de incomunicabilidade pode revelar-se útil, uma vez que o art. 1733.º, 1, *a*), do CCiv. considera incomunicáveis, no regime da comunhão geral de bens, os bens doados com aquela cláusula.

O regime das doações permite inclusivamente que seja reservado o usufruto dos bens doados para o doador ou para terceiro. A quota também pode ser objeto de usufruto, como se extrai do art. 23.º do CSC. A possibilidade de onerar as doações com *encargos* ou *modo* (art. 963.º do CCiv.)⁹⁰ ou de as sujeitar a *condições* (art. 967.º do CCiv.)⁹¹ será igualmente suscetível de gerar interesse, apesar dos limites que a lei estabelece⁹².

Lembre-se ainda que o art. 946.º, 2, do CCiv. admite, dentro de certos limites, a doação «que houver de produzir os seus efeitos por morte do

⁸⁹ Destaque-se o art. 2109.º, 1, do CCiv.: «O valor dos bens doados é o que eles tiverem à data da abertura da sucessão». O que, como é evidente, pode retirar interesse à valorização dos bens até que essa abertura ocorra.

⁹⁰ «O uso generalizado da expressão *encargos* deve-se, provavelmente, à influência do vocábulo *charges*, usado, no geral, pela doutrina e jurisprudência francesa. A designação técnica legada pela tradição romanística e ainda pelo direito comum é a de *modus*»: cfr. ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito do modo*, Atlântida, Coimbra, 1955, p. 44, nt. 1.

⁹¹ Para uma distinção entre modo e condição, ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito do modo*, cit., p. 281 e ss.. O autor adianta ainda, a p. 283, a possibilidade de modo e condição potestativa resolutiva coincidirem «na mesma prestação». Por seu lado, CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1931, p. 420, admitia que o doador ou o testador impusessem «o modo como condição resolutiva».

⁹² Será, por exemplo, de duvidosa legalidade uma condição resolutiva que se traduza numa *proibição de alienar*. Mas talvez se possa aceitar uma condição suspensiva de *aderir ao protocolo familiar* eventualmente existente ou com um encargo semelhante (aceitando esta última solução, para a Espanha, CARLOS MANUEL Díez SOTO, «La sucesión heereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 155). PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. VI, Coimbra Editora, 1998, p. 386, admitiam que uma doação fosse efetuada para o donatário prosseguir e concluir uma licenciatura em medicina. Trata-se de uma solução que pode ser útil quando se pretenda que o donatário conclua uma formação adequada ao objeto social. Sobre os encargos *a favor do próprio onerado*, ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito do modo*, cit., p. 258 e p. 270 e ss.. Para outras alternativas (doação com reserva do direito de dispor, doação *cum moriar*, doação *si praemoriar*), PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Parte I, cit., p. 29 e ss..

doador», considerando que será havida como disposição testamentária⁹³. Mas em regra as doações por morte são proibidas (art. 946.º, 1, CCiv.).

15. O divórcio e a quota. O contrato-promessa de partilha

Perante uma crise conjugal insuperável, o divórcio pode ser a única solução. Se os bens comuns do casal integram uma quota, os cônjuges desavindos podem querer celebrar um contrato-promessa de partilha⁹⁴ que preveja o destino a dar a essa quota. E isso pode ser o pormenor que torna possível o divórcio por mútuo consentimento.

No entanto, há que ter em atenção que a validade de um contrato-promessa de partilha é discutida. Valerá a pena sujeitar o contrato-promessa de partilha à condição suspensiva de verificação do divórcio? E o contrato-promessa poderá ser celebrado antes ou depois do início do processo de divórcio? Poderá conter um acordo para imputação de bens concretos nas meações? Deverá ser sempre respeitada a «regra da metade» ou apenas o regime matrimonial? São, obviamente, questões que devem ser devidamente analisadas antes da celebração daqueles contratos⁹⁵.

16. Aquisição de quotas próprias

A aquisição de quotas próprias pode ser explorada como via para resolver problemas na sociedade por quotas familiar: para afastar um familiar conflituoso, permitir que um familiar em dificuldades receba o preço da quota ou possibilitar uma posterior alienação no âmbito de uma reformulação das relações internas.

A aquisição de quotas próprias está sujeita a vários limites pelo art. 220.º⁹⁶ e, por força do art. 246.º, 1, b), depende sempre de deliberação

⁹³ Defendendo que se trata de uma conversão *ex lege*, CAPELO DE SOUSA, *Direito das sucessões*, I, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 43.

⁹⁴ Ou até um contrato de *partilha sob condição suspensiva*: sobre estes, RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 297.

⁹⁵ Sobre o tema, p. ex., Ac. STJ de 9/12/1999, *BMJ*, 492.º, p. 445 e ss. (com mais referências), GUILHERME DE OLIVEIRA, «Sobre o contrato-promessa de partilha dos bens comuns», *RLJ*, 129.º, 1996/1997, p. 274 e ss., RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre cônjuges*, cit., p. 264 e ss., p. 296 e ss., p. 627 e ss..

⁹⁶ Sobre estes, e sobretudo quanto à necessidade (ou não) de reservas livres de montante não inferior ao dobro do contravalor a prestar», MARGARIDA COSTA ANDRADE, «Artigo 220.º», *AAVV., Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. J.M. Coutinho de Abreu),

dos sócios. Este caminho encontra no entanto vários perigos pela frente. Designadamente em caso de violação do princípio do igual tratamento dos sócios⁹⁷ e, em geral, de invocação do carácter abusivo da deliberação, ou de eventual violação do princípio da especialidade do fim.

17. Protocolo familiar

No âmbito de sociedades por quotas familiares é cada vez mais frequente a celebração de acordos entre familiares sócios daquelas, que por vezes também têm como partes outros familiares que não são sócios. A sua conclusão tem geralmente lugar quando o ou os fundadores da sociedade iniciam o processo de passagem de testemunho para a segunda geração. Num fenómeno de imitação do que se faz em Espanha, têm sido muitas vezes intitulados «Protocolos familiares»⁹⁸.

Porém, a celebração de tais acordos não pode esquecer o regime dos *acordos parassociais* (cfr. o art. 17.º CSC). Os protocolos familiares incluem cláusulas que são frequentemente de natureza parassocial⁹⁹. Não pode ser também ignorada a *proibição de pactos sucessórios*¹⁰⁰ ou contratos de herança¹⁰⁰ (art. 2028.º, 2, CCiv.).

Almedina, Coimbra, 2011, p. 359 e ss., a autora identifica ainda normas sobre ações próprias aplicáveis por analogia à aquisição de quotas próprias.

⁹⁷ Aceitando a aplicação do art. 321.º, por analogia, à aquisição de quotas próprias, MARGARIDA COSTA ANDRADE, «Artigo 220.º», cit., p. 368, acrescentando que «nada parece impedir que a sociedade opte por adquirir certas e determinadas participações, se o interesse social assim o impuser – p. ex., adquirir quotas de sócios que se ofereceram para alienar a favor da sociedade como forma de solucionar amigavelmente conflitos entre sócios, em alternativa à exclusão».

⁹⁸ No art. 2 do Real Decreto 171/2007, de 9 de fevereiro, «por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares», lê-se que são protocolos familiares «aquele conjunto de pactos subscritos por los socios entre sí o com terceros com los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad».

⁹⁹ Chamando a atenção para isso, MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ, «Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 68 e s. Aliás, as origens dos protocolos familiares parecem encontrar-se nos *shareholders agreements* dos EUA: CARLOS MANUEL DíEZ SOTO, «El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 167. Sobre a utilidade dos acordos parassociais para a sucessão na sociedade familiar, MARCO LAMANDINI, «La trasmissione della ricchezza familiare: i patti parasociali», *Giur. Comm.*, maio-junho 2004, I, p. 350-360.

¹⁰⁰ GIULIANO ZANCHI, *Trasmissione inter-generazionale della ricchezza d'impresa e autonomia privata*, cit., p. 125 e s., chama a atenção para isso perante o direito italiano; fazendo igual

Os acordos em análise têm desde logo a vantagem decorrente de, em regra, não terem que ser publicitados. Acrescente-se que só podem ser alterados por unanimidade e muitas vezes contêm cláusulas que não seriam lícitas no contrato de sociedade. Na generalidade dos casos terão também apenas eficácia entre as partes, ressaltando-se desde logo a inclusão de cláusulas de preferência com eficácia real ou de cláusulas a favor de terceiros¹⁰².

É habitual encontrar no início do texto de tais acordos uma introdução com referências à história da sociedade, aos seus valores, cultura e tradições, bem como à sua missão. As cláusulas do protocolo dizem respeito pelo menos a algumas das seguintes matérias¹⁰³:

- a) Definição do âmbito subjetivo da família em causa
- b) Cláusulas relativas à cessão de quotas (cláusulas de preferência, de consentimento, cláusulas de *drag along* e *tag along*, de *dead lock*, de

advertência, para o direito espanhol, CARLOS MANUEL DíEZ SOTO, «La sucesión heereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 148, e, do mesmo autor, «El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 188 e s.; alertando para o mesmo problema, ANA FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, «Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar», *Rev.Der.Soc.*, 19, p. 91, JOAN EGEA FERNÁNDEZ, «Protocolo familiar y pactos sucesorios», *IndDret*, 3/2007, p. 7-8. Será pacto sucessório o contrato pelo qual: a) Alguém renuncia à sucessão de pessoa viva; b) Alguém dispõe da sua própria sucessão; c) Alguém dispõe da sucessão de terceiro ainda não aberta (art. 2028.º, 1, CCiv.). O problema coloca-se sobretudo para cláusulas que digam respeito à celebração de testamentos e realização de doações, ao regime de bens do casamento e demais conteúdo das convenções antenupciais. Curiosamente, o Prólogo do Real Decreto 171/2007 faz expressa referência aos protocolos que incluem cláusulas sobre «el régimen personal de la familia, prohibiciones y obligaciones personales – vg., casarse en régimen de separación de bienes o que el consorte pueda o no ser socio, o bien que los hijos deban estudiar en tal o cual universidad».

¹⁰¹ JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do direito civil*, I, 1ª parte, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1929, p. 825. Para uma história da proibição e com visão crítica da mesma, cfr. tb., do mesmo autor, *Sucessões e direito sucessório*, I, 2.ª ed., Portugal-Brasil, Lisboa, s/d, p. 32 e ss..

¹⁰² Sobre a eventual existência de contrato a favor de terceiro, MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ, «Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 66. Para uma referência a casos em que já tem sido defendida a oponibilidade à sociedade, CANDIDO PAZ-ARES, «El enforcement de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 5/2003, p. 33 e ss..

¹⁰³ Para mais desenvolvimentos, mas tendo em conta o regime jurídico espanhol, CARLOS MANUEL DíEZ SOTO, «El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 170 e ss..

lock up, de obrigação de venda, opções de compra e de venda) e à transmissão por morte;

- c) Financiamento extraordinário do sócio, negócios entre a sociedade e os seus sócios, exercício de atividades concorrentes pelos sócios não gerentes e utilização do nome de família;
- d) Exercício de funções na sociedade pelos membros da família (requisitos que devem ser preenchidos – v.g., ramo da família, formação, experiência, línguas que domina – remuneração, formação dos mais novos);
- e) Exercício do direito de voto (v.g., no âmbito de deliberações relativas à gerência, à exoneração e exclusão de sócios e ao financiamento da sociedade)¹⁰⁴;
- f) Organização da própria família¹⁰⁵;
- g) Duração, modificação e cessação;
- h) Sanções para o incumprimento;
- i) Cláusulas de arbitragem.

18. A partilha em vida

A partilha em vida está prevista no art. 2029.º CCiv., cujo n.º 1 dispõe o seguinte: «Não é havido por sucessório o contrato pelo qual alguém faz doação entre vivos, com ou sem reserva de usufruto, de todos os seus bens ou de parte deles a algum ou alguns dos presumidos herdeiros legítimos, com o consentimento dos outros, e os donatários pagam ou se obrigam a pagar a estes o valor das partes que proporcionalmente lhes tocariam nos bens doados»¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Quando assim seja, não se deve esquecer o regime contido no art. 17.º do CSC, e em especial no seu n.º 3.

¹⁰⁵ Trata-se também de uma forma de conferir algum relevo a quem não tenha cargos na sociedade ou que tenha uma quota de menor valor relativo, de facilitar a circulação de informação entre os membros da família e de se procurar obter alguma articulação com a própria sociedade familiar. Sobre isto, MARIA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, «Estructura orgánica de la sociedad familiar», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 91 e ss.. No entanto, é preciso acautelar o risco de se considerar que estamos perante uma outra entidade.

¹⁰⁶ PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Parte I, cit., p. 33, afirma que «parece que deve ser permitido ao pai fazer a partilha dos bens doados entre *todos* os seus presumidos herdeiros legítimos (ainda que o art. 2029.º, literalmente, só contemple a hipótese de a doação ser feita a *algum* ou *alguns*)».

Como se lê no Ac. TRP de 09.12.2002¹⁰⁷, “a partilha em vida é uma doação na qual intervêm todos os herdeiros legitimários, mas nenhum deles fica inibido de exercer o seu direito à abertura da sucessão”.

Também aqui a utilidade desta alternativa é evidente. O titular de uma quota numa sociedade por quotas familiar pode por esta via enfrentar a necessidade de garantir que a quota fica para um certo herdeiro: aquele que mais garantias lhe dá de assegurar o futuro da sociedade¹⁰⁸.

19. Testamento e legado

O testamento com legado de quota constitui uma alternativa lógica para procurar determinar quem ficará sócio. O legado é, aliás, um instituto que convive com uma grande variedade de possibilidades.

Destaque-se, desde logo, a admissibilidade de legados *sob condição*, suspensiva ou resolutiva (art. 2229.º CCiv.), dentro dos limites legais¹⁰⁹. Quanto a estes últimos, destacamos os contidos no art. 2232.º e, em especial, a *proibição* de condição de «não transmitir a determinada pessoa os bens deixados»¹¹⁰ ou de tomar ou deixar de tomar «determinada profissão» e «cláusulas semelhantes». Por aí se vê que, por exemplo, não seria possível sujeitar o legado da quota à condição resolutiva de o legatário aceitar o cargo de gerente da sociedade. E seria de legalidade muito duvidosa a condição de seguir determinados estudos superiores que conviessem à sociedade.

Não suscitará tantas dúvidas o legado que contenha a imposição de dar preferência a certa pessoa na venda da quota ou na realização de outro contrato, nos termos do art. 2235.º CCiv.¹¹¹.

Também deve ser objeto de atenção o facto de os legados, dentro dos limites legais, poderem ser sujeitos a encargos ou modo (art. 2244.º). Essa alternativa pode ser muito útil em sociedades por quotas familiares. E o

¹⁰⁷ *CJ*, 2002, V, p. 189.

¹⁰⁸ Sobre as desvantagens da figura, CAPELO DE SOUSA, *Direito das Sucessões*, I, cit., p. 51 e s.; o autor, a p. 55, nt. 61, aborda ainda dois temas especialmente importantes: o da redução por inoficiosidade (ou não) das doações dos bens partilhados em vida e o sujeição (ou não) a colação desses mesmos bens.

¹⁰⁹ Quanto à aposição de termo, cfr. o art. 2243.º CCiv., que em regra apenas o admite, quanto ao legado, no caso de termo inicial (mas cfr. o art. 2243.º, 2, *in fine*).

¹¹⁰ Cfr., porém, os arts. 2295.º, 1, a), e 2296.º, ambos do CCiv..

¹¹¹ Isto, pelo menos, se aceitarmos que a quota é uma coisa, no sentido usado pelo art. 202.º, 1, CCiv..

encargo de aderir a um acordo parassocial ou a um protocolo familiar¹¹² não parece ser impossível, contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes (art. 2245.º CCiv.).

Lembrem-se ainda as seguintes possibilidades: legado deixado a menor (art. 2274.º CCiv.), legado a favor de nascituro não concebido ou concebido (art. 2240.º CCiv.), substituição direta (art. 2285.º CCiv.), fideicomisso (art. 2296.º CCiv.)¹¹³ e substituição pupilar (arts. 2297.º CCiv. e ss.).

O legado da quota não é, porém, uma via que seja isenta de dificuldades. Não só porque o testamento é *revogável* (o que torna incerta a posição dos legatários¹¹⁴), como também por força do regime das *liberalidades inoficiosas*.

O testamento pode igualmente ser útil se aceitarmos que o testamenteiro pode ser designado como representante comum da quota (art. 223.º, 1, CSC e art. 2325.º CCiv.) que se encontre em regime de contitularidade por não ter havido partilha dos bens que integram a herança¹¹⁵.

De qualquer forma, as relações familiares podem determinar a conveniência ou necessidade de se efetuarem revisões periódicas do testamento¹¹⁶, com expressa revogação do que tiver sido anteriormente celebrado.

¹¹² Hipótese avançada por CARLOS MANUEL DíEZ SOTO, «La sucesión heereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 154.

¹¹³ Sobre estes, cfr. FERNANDO AGUIAR BRANCO, *Dos Fideicomissos* (prefácio e anotações de Maria Elisabete Ramos), Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 2000; e pensando na empresa familiar, para a Espanha, CARLOS MANUEL DíEZ SOTO, «La sucesión heereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 154.

¹¹⁴ Sobre o tema, GIULIANO ZANCHI, *Trasmissione inter-generazionale della ricchezza d'impresa e autonomia privata*, cit., p. 58.

¹¹⁵ Que sim, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas*, I, cit., p. 518, autor que aceita igualmente a nomeação de representante comum apenas para a quota em contitularidade de herdeiros ou legatários. Lembre-se, porém, o teor do art. 223.º, 2, segunda parte: a designação de representante comum pelos contitulares «só pode recair sobre um estranho se o contrato de sociedade o autorizar expressamente ou permitir que os sócios se façam representar por estranho nas deliberações sociais». E talvez se possa considerar adequada a aplicação por analogia deste regime à designação de representante comum através de disposição testamentária. Sobre as cláusulas do contrato de sociedade relativas a um *Testamentsvollstrecker*, ANETTE KESPOHL, «Gestaltungsmöglichkeiten bei der Nachfolge in Familienunternehmen», GWR, 2011 (beck-online).

¹¹⁶ Lembrando isso mesmo, CARLOS MANUEL DíEZ SOTO, «La sucesión heereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones», in AAVV., *Regímen jurídico de la empresa familiar* (coord. Mercedes Sánchez Ruiz), cit., p. 146.

RESUMO: As estratégias de superação dos males (ético-)sociais associados às empresas foram evoluindo, desde Justiniano até ao século XXI. O seu estudo permite traçar uma genealogia da *Corporate Social Responsibility*, com a respetiva matriz norte-americana, que se generalizou à economia mundial. Ainda que a conclusão possa surpreender, a hodierna imposição de tais práticas, em muitos casos com menos novidade do que se pensa, parece servir os interesses da (relativamente pequena) porção dos empresários que está no cume da pirâmide económico-concorrencial.

ABSTRACT: Responses to the enterprise-related (ethic-)social evils have evolved, from Justinian times to the 21st century. In this study we draw a genealogy of the so-called *Corporate Social Responsibility*, in its North-American forms then generalized to the global economy. Even though it may seem counterintuitive, we believe that today's practices, much less novel than one might think, serve the interests of the (relatively) small portion of entrepreneurs sitting on the top of the economic-competitive pyramid.

M. NOGUEIRA SERENS*

Corporate Social Responsibility: "Vinho velho em odres novos" **_***

1. A preocupação, a vários níveis, e por diferentes razões, com os *males* (ético-)sociais, a que o exercício de uma actividade comercial ou industrial é propício, vem de muito longe. É, porventura, tão antiga como esse mesmo exercício.

* Professor da
Faculdade de Direito
da Universidade de
Coimbra

1.1. Na Alta Idade Média – e isto para não irmos mais atrás¹ –, o destaque vai para o *Édito* de Leão (473) e o *Édito* de Zenão (483), ambos inseridos no Título 59 do Livro IV do Código de Justiniano, sob a epígrafe "Dos monopólios e das reuniões ilícitas dos negociantes, ou das convenções proibidas e ilícitas dos artífices, dos empresários de obras e de banhos". Em ambos os textos, sobressai a mesma preocupação: impedir aos sujeitos activos no mercado (comerciantes e industriais) determina-

** A Parábola (São MATEUS, 9: 14 17) é às avessas, bem o sabemos.

*** Destinado aos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José António Gómez Segade.

¹ Cfr. M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência e a (re-)emergência da tutela da marca*, Coimbra, 2007, p. 57 s.

dos comportamentos, para eles decerto vantajosos, mas que se consideravam ser *socialmente nefastos* ou, como também se poderia dizer, *socialmente irresponsáveis*².

Na Baixa Idade Média, mais concretamente a partir dos começos do século XIV, que foi a época da consolidação do sistema corporativo³, as regras sobre a *responsabilidade social* dos sujeitos activos no mercado passaram a ser definidas pelos próprios, nos estatutos das respectivas corporações, ficando os órgãos destas encarregados de sancionar o seu incumprimento. De entre os múltiplos exemplos dessas regras⁴, elegemos os dois seguintes: i) a *limitação do tempo de trabalho*, não já pela fixação de um número máximo de horas de trabalho diário (como veio depois a acontecer no decurso do século XIX⁵), mas por outras vias que conduziam ao mesmo resultado (de *defesa dos trabalhadores*): a proibição do trabalho aos domingos e nos dias festivos, bem como do “trabalho à luz de velas”; ii) a *garantia*, através de prescrições técnico-profissionais muito minuciosas, da *qualidade/características dos produtos* das diferentes corporações, a qual garantia redundava, é claro, na *defesa dos consumidores*⁶.

1.2. Com o advento do *liberalismo económico*, julgou-se que deixara de haver razão para reear os comportamentos socialmente nefastos dos empresários. A *dependência* destes em relação ao mercado, isto é, a sua *situação-de-não poder* em termos sociais tornava esses comportamentos inverosímeis.

1.2.1. Essa crença num mundo de concorrência em que a *exarcebção dos egoísmos pessoais não acarretaria malfetorias sociais* transparece no seguinte trecho de Adam Smith: “Não é da bondade do homem do talho, do cervejeiro ou do padeiro que podemos esperar o nossos jantar, mas da consideração em que eles têm o seu próprio interesse. Apelamos, não para sua humanidade, mas para o seu egoísmo, e nunca lhes falamos das nossas necessidades, mas das vantagens deles”⁷.

² Mais desenvolvidamente, vide M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência...*, cit., p. 60 s.

³ Cfr. M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência...*, cit., p. 107 s.

⁴ Cfr. M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência...*, cit., p. 100 s.

⁵ Cfr., *infra* número 1. 3.

⁶ Desenvolvidamente, vide M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência...*, cit., p. 633 s. e nota 1272.

⁷ *Riqueza das Nações*, trad., vol. I, 3.^a ed., Lisboa, 1993, p. 95.

1.2.2. Todos sabemos, porém, que o mundo dessa concorrência – que mais tarde (depois de Walras?) passou a ser designada “concorrência pura” (*scilicet: expurgada* de elementos monopolísticos susceptíveis de perturbar a *soberania do mercado*) – não tardou a ficar para trás. De uma realidade económico-concorrencial, caracterizada pela existência de um grande número de pequenos empresários (individuais, muitas vezes, e, quando colectivos, organizados primordialmente sob a forma de “sociedades de pessoas”), nenhum deles com poder para influenciar os *dados do mercado* (na linguagem dos economistas, eram todos *price-takers*), passou-se, ainda no último terço do século XIX, para uma realidade bem diferente: aparecimento de empresas de grande dimensão, organizadas sob a forma de sociedades anónimas (ao *sistema de concessão* sucedera o *sistema normativo*), e dos próprios “grupos de sociedades”, desvalorização da *price-competition* em favor das estratégias de diferenciação/individualização, já de produtos, já de fontes produtivas, com a consequente (re-)introdução da publicidade como meio de concorrência.

1.3. Num primeiro momento, com o Direito (ainda) *fora* da Economia, foram os próprios empresários, que agora tinham sobejas razões para se recearem uns aos outros, a *auto-disciplinar* os seus comportamentos concorrenciais. Fizeram-no, *sindicalizando-se*. E, no quadro desse processo⁸, definiram regras de inequívoca dimensão social. Assim, e por exemplo, nos sindicatos de limitação da produção, que eram os mais frequentes, não faltavam as cláusulas vinculando cada um dos seus membros a um período de funcionamento das respectivas empresas, disso aproveitando, é claro, os trabalhadores; igualmente frequente, e com os mesmos efeitos socialmente benéficos, eram os acordos, celebrados entre os comerciantes da mesma cidade ou região, pelos quais estes se obrigavam a manter os seus estabelecimentos “abertos ao público” apenas durante certo período e a encerrá-los aos “domingos e dias de festa”.

1.3.1. Agindo desse modo (diríamos hoje, *socialmente responsável*) os empresários estavam, afinal, a *antecipar* a intervenção do legislador, que depois veio, ele próprio, impor limitações ao trabalho de mulheres e de menores, bem como uma duração máxima à jornada de trabalho e a obrigatoriedade dos descansos semanais. Tratava-se, como todos sabemos, de legislação considerada da esfera do Direito Público – os seus contornos ético-sociais, obnubilando a sua inequívoca dimensão (anti-)concorren-

⁸ A esse propósito, no que respeita à Alemanha, aos Estados Unidos da América e à França, vide M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência...*, cit., p. 117 s., 313 s. e 473 s.

cial, acabavam por favorecer essa concepção –, ficando a própria Administração do Estado, através de serviços especialmente criados para o efeito, encarregada de velar pela sua observância, sendo os seus infractores sancionados criminalmente.

1.3.2. Nas últimas décadas do século XIX, a par (da aplicação) da *legislação social* e, em muitos casos, *comple(men)tando-a*, os empresários de maior porte, protagonistas dos sindicatos industriais, lançaram mão de um outro mecanismo que, aproveitando-lhes sobremaneira – por via dele podiam expelir do mercado os *outsiders* económico-financeiramente menos apetrechados (concorrencialmente mais débeis, pois) ou, quando menos, dificultar a sua acção, obstaculizando, do mesmo passo, a entrada de *newcomers* ou, como também poderíamos dizer, mantendo em respeito a concorrência potencial –, era, também ele, *socialmente benquistado* (*socialmente responsável* seria outra forma de dizer). Referimo-nos aos *contratos colectivos de trabalho*.

1.3.2.1. Em França, os *sindicatos operários* só foram permitidos pela lei de 21 de Março de 1884⁹. Mas as “convenções colectivas” (usamos agora a terminologia francesa) já existiam antes dessa data, e, apesar de pelo menos uma das partes (os sindicatos operários) estar proscribida (vigorava então a lei *Le Chapelier*¹⁰), a jurisprudência considerava-as válidas! Na Alemanha, deparamos com um processo idêntico. As últimas restrições legais à constituição de sindicatos operários só foram removidas em 1918¹¹; mas, segundo A. Hueck e H. C. Nipperdey, o primeiro *Tarifvertrag* de relevo, celebrado no país, data de 1873 – que é precisamente o ano do *crash* da Bolsa de Viena¹² –, sendo certo que “em 1906 se contavam já de 3 000 a 4 000 contratos desse tipo, número que se elevou a 12 389 em 1913, afectando 193 000 empresas e, aproximadamente, um milhão e oitocentos mil trabalhadores”¹³.

⁹ Cfr. M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência...*, cit., p. 576 s.

¹⁰ Cfr. M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência...*, cit., p. 12 s.

¹¹ Cfr., por exemplo, A. HUECK/H. C. NIPPERDEY, *Compendio de Derecho del Trabajo*, trad., Madrid, 1963, p. 273; entre nós, vide, A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1994, p. 248.

¹² Na conhecida asserção de Schönlanck (que foi Presidente do Partido Social Democrata Alemão), “quando em Viena, em 9 de Maio de 1873, soava o toque de finados do ‘crescimento económico’, era anunciado por repiques o nascimento do tempo dos cartéis”.

¹³ A. HUECK/H. C. NIPPERDEY, *Compendio...*, cit., p. 32; cfr. ainda A. MENEZES CORDEIRO, *Manual...*, cit., p. 248, com outras referências.

1.3.2.2. As “*conventions collectives*” e os “*Tarifverträge*”, no período da sua afirmação (do último quartel do século XIX à primeira guerra mundial) eram, em regra, celebrados entre os empresários que integravam os sindicatos industriais e os sindicatos operários do mesmo sector; esses empresários (*insiders*) obrigavam-se a observar determinadas *condições de trabalho*, que eram fixadas, e que respeitavam a aspectos tão diversos como o montante (*mínimo*) dos salários – que, por vezes era indexado ao preço a que o sindicato industrial vendesse os respectivos produtos (as chamadas “escalas móveis” ou, como diziam os autores alemães da época, as “*gleitende Lohnskale*”) –, os *horários de trabalho* e os *repouso semanais*, a *higiene e a segurança* nos locais de trabalho, o prazo de pré-aviso de despedimento, etc. (traduzindo um enorme avanço em relação ao *status quo ante*, essas medidas agradavam naturalmente aos trabalhadores, contribuindo para a *boa imagem social* dos próprios sindicatos industriais, é dizer, dos empresários que deles eram membros). Entre as obrigações assumidas pelos trabalhadores, enquanto membros dos sindicatos (operários) signatários dos contratos respectivos, destacava-se a de trabalharem exclusivamente por conta dos empresários (*insiders* ou *outsiders*) que oferecessem “condições de trabalho” iguais (ou, eventualmente, superiores) às fixadas nos respectivos contratos – no que respeitava aos salários, a obrigação de exclusividade era recíproca, por isso que os empresários (*insiders*) se vinculavam a não empregar trabalhadores que aceitassem um salário inferior ao fixado no contrato colectivo.

Se os trabalhadores cumprissem essa sua obrigação (de *boicote*), muitos seriam os empresários de menor dimensão (*outsiders*) cujo expelimento do mercado seria inevitável, como muitos seriam os empresários potenciais que não passariam desse estádio, é dizer, que não entravam no mercado exactamente porque não dispunham de capacidade económico-financeira que lhes permitisse suportar os custos das *novas* “condições de trabalho”; por outro lado, os empresários (*outsiders* ou *newcomers*), económico-financeiramente mais bem apetrechados, e que, por isso mesmo, não obstante esse aumento de custos, se mantinham ou acediam ao mercado, perdiam competitividade, deixando obviamente de poder privilegiar a concorrência de preço para *contestar* as posições adquiridas pelos empresários de maior porte, protagonistas dos sindicatos industriais; por outro lado, cumprindo todos os empresários signatários do contrato colectivo (os *insiders*, pois) as “condições de trabalho” a que se vinculavam, se é verdade que todos eles passavam a dispor das mesmas condições-de-concorrência, é também inquestionável que essa igualização, ou melhor, estandardização, não lhes aproveitava em igual medida, pela razão simples, mas decisiva, de que encargos ou custos idênticos se reflectem de maneira muito diferente em

empresas com diferente dimensão, o que vale por dizer que os principais beneficiários dos contratos colectivos de trabalho (encarando-se estes pelo lado dos empregadores) eram os empresários de maior dimensão que os outorgavam.

1.3.2.3. Ao descrevermos as consequências (anti-)concorrenciais dos contratos colectivos de trabalho – que se traduziam em outras tantas manifestações de responsabilidade social –, supusemos, é claro, o seu integral cumprimento, quer pelos empresários que os outorgavam, quer pelos trabalhadores, enquanto membros dos sindicatos operários, que eram os outros contraentes. Pois bem. Na Alemanha, até 1918 ¹⁴, e em França, até 1919 ¹⁵, os contratos colectivos de trabalho não suscitaram a atenção do legislador. Durante décadas, a tarefa de definir o seu enquadramento jurídico coube, pois, à doutrina e à jurisprudência desses países.

No seio da doutrina e da jurisprudência alemãs dessa época, e como dizem A. Hueck e H. C. Nipperdey ¹⁶, prevaleceu o entendimento segundo o qual o *Tarifvertrag*, sendo um correlato da liberdade contratual, representava “um contrato obrigatório no sentido do BGB, que as associações profissionais [os sindicatos industriais, muitas vezes; os sindicatos operários, sempre] celebravam em seu próprio nome, e não no dos seus membros”. Em relação a estes, tratava-se de um contrato a favor de terceiro, nos termos do § 328 BGB; não obstante, as partes do contrato de trabalho individual podiam afastar-se do *Tarifvertrag* e estatuir condições menos favoráveis (para os trabalhadores, já se vê). Sempre segundo os referidos Autores, “não existia o princípio da inderrogabilidade; apenas quando as partes do contrato de trabalho não pactuavam derrogações, é que se aceitava que as condições de trabalho do *Tarifvertrag* se integravam tacitamente no conteúdo daquele”¹⁷.

Quanto à doutrina e jurisprudência francesas, antes da lei de 25 de Março de 1919, procuraram resolver as questões atinentes às “conventions collectives” transpondo para esse domínio “a teoria civilista, isto é, a teoria individualista dos contratos” ¹⁸; chegavam assim – e as palavras são de J. Rivero e J. Savatier ¹⁹ – a uma “série de solutions rigoureusement contraires à la logique de la convention collective, et à ses buts pratiques”. Por

¹⁴ A. HUECK/H. C. NIPPERDEY, *Compendio...*, cit., p. 297 s.

¹⁵ Cfr. G. LYON-CAEN, *Manuel...*, cit., p. 163 s., e J. RIVERO/J. SAVATIER, *Droit du Travail*, 6.^a ed., Paris, 1976, p. 320 s.

¹⁶ *Compendio...*, cit., p. 297 s.

¹⁷ *Compendio...*, cit., p. 298.

¹⁸ Cfr. G. LYON-CAEN, *Manuel...*, cit., p. 163.

¹⁹ *Droit du Travail...*, cit., p. 325.

um lado, e em virtude do “principe de la relativité des effets du contrat (C. Civ. art. 1165)”, a convenção colectiva não era considerada obrigatória nas relações do “chef d’entreprise” com os trabalhadores não aderentes ao sindicato signatário; os trabalhadores podiam, por isso, furtar-se à convenção colectiva dessindicalizando-se. Por outro lado, prevalecia o entendimento de que os contratos (individuais) de trabalho, concluídos em violação da convenção colectiva não eram nulos: o princípio da liberdade contratual a isso se opunha. A única sanção para a inobservância “de la convention par le patron lors de la conclusion des contrats de travail était la mise en jeu de sa responsabilité contractuelle, et l’allocation éventuelle de dommages-intérêts”²⁰.

1.3.3. Temos, assim, que durante décadas, nos dois países referidos (e não só), os contratos colectivos de trabalho, por força das opções da doutrina e da jurisprudência, não eram tão seguros como os seus promotores almejavam. E foi precisamente para tornar mais seguros ou, se preferirmos, mais eficazes (*monopolística e socialmente* falando) esses contratos que, em estreita colaboração (*interesseira, mas socialmente benquista*), os grandes empresários, que eram os maiores beneficiários da *estandardização* das “condições de trabalho”, e os sindicatos operários excogitaram o mecanismo da chamada “*marca operária*” ou “*label*” (na terminologia anglo-americana). Se os produtos ostentavam uma marca desse tipo, significava isso que tinham sido produzidos em observância das “condições de trabalho” estatuídas nos respectivos contratos colectivos de trabalho (*scilicet*: que se tratava de produtos provenientes de *empresários socialmente responsáveis*), sendo, por conseguinte, a sua *aquisição recomendada* (ainda que em condições relativamente *desvantajosas* em termos de preço: como alguém disse, o preço do produtos é como a Lua: *tem sempre uma face escondida...*) aos trabalhadores que integravam os sindicatos operários, signatários desses contratos, e ao público em geral (... mesmo àquela parcela dele que ficara sem emprego em consequência da saída do mercado de alguns dos empresários que não tinham suportado os elevados custos das referidas “condições de trabalho”). Rotulando alguns produtos como (*ético*-)*socialmente imaculados*, lançava-se um *labéu* sobre os restantes; e a verdade é que, deixando estes últimos de contar com a preferência do público, a consequente “asfixia” dos empresários que fabricavam esses produtos, e que eram, via de regra, os económico-financeiramente menos

²⁰ Mesmo essa sanção era, aliás, difícil de concretizar. Cfr. J. RIVERO/J. SAVATIER, *Droit du Travail...*, cit., p. 325.

apetrechados, já nada tinha a ver com a qualidade (*não socialmente valorada*) e o preço de tais produtos.

Com as “marcas operárias”, o envolvimento dos *consumidores* no processo de standardização das “condições de trabalho” era indirecto, por isso que não eram eles que tinham a iniciativa de introduzir no mercado esse novo factor de escolha (de reclame, *hoc sensu*) dos produtos. Nos primeiros anos do século XX, e como dizem E. Capocci²¹ e L. Di Franco²², o envolvimento dos consumidores nesse processo não foi, porém, apenas desse tipo: através das (então) chamadas “*ligas sociais de compradores*”²³, promoviam, eles próprios, a aposição de uma marca dita “social”, que visava garantir a “*osservanza di eque condizioni al lavoro respingendo, per comune intesa, quelle merci nelle quali sia incorporato un lavoro umano socialmente impuro* (mal remunerato o esercitato in condizioni antigieniche, immorali, ecc.), e facendo così pressione indirettamente sui produttori che, per non veder diminuito l’esito dei loro prodotti, sono costretti a migliorare la mano d’opera impiegata”²⁴.

2. Falámos até agora dos *modos* como, entre o último quartel do século XIX e o final da primeira guerra mundial, os empresários de maior dimensão, em diferentes países europeus, parecendo assim renunciar ao ideal de maximização do lucro, foram *autoregulando* o exercício da sua actividade, em termos de esta se haver tornado *socialmente mais responsável* (a maior consideração pelos direitos dos trabalhadores em geral, e pelos direitos das mulheres e das crianças, em particular, sobressaía a grande altura).

2.1. Essa auto-regulação constituía, afinal, os *caboucos* do (que depois veio a chamar-se) *Estado Social* ou *Estado Providência*, que se consolidou ao longo do século XX – falamos, lembre-se, dos países da Europa, sendo que, depois da segunda guerra mundial, apenas nos interessam os do lado ocidental. Sem esquecer a importância de organizações internacionais, com destaque para a Câmara de Comércio Internacional e a Organização Internacional do Trabalho ²⁵ – do labor destas (e de outras) organizações resultaram regras de conduta e/ou recomendações acerca do exercício da empresa (comercial ou industrial), cujo respeito (voluntário) tornava esse exercício socialmente mais responsável, mormente em relação aos

²¹ *Industria a domicilio e minimo obligatorio di salario*, Napoli, 1914, p. 92 s.

²² *Trattato della proprietà industriale*, Milano, 1933, p. 278 s.

²³ Sobre as origens dessas “ligas”, vide L. DI FRANCO, *Trattato...*, cit., p. 38 s.

²⁴ L. DI FRANCO, *Trattato...*, cit., p. 278, nota 2.

²⁵ Ambas instituídas, lembre-se, em 1919.

trabalhadores, aos concorrentes e aos consumidores –, a construção do Estado Social foi, primordialmente, fruto da acção da Lei. Não obstante todas as insuficiências, que hoje (em tempo de um Estado *pós-regulador*) se lhe apontam, foi esse o meio (democraticamente o mais escorrito) privilegiado para definir o enquadramento social (e não só) do exercício da empresa, tendo, por conseguinte, a *mão do Direito* acabado por se tornar cada vez mais *visível* (deixando de lado o modo de falar figurado, tendo o Estado acabado por se tornar cada vez mais *dirigente*).

Não vem aqui ao caso uma análise circunstanciada dessa mudança de paradigma, que pode ser sintetizada do seguinte modo: ao tempo em que se acreditou serem os homens-empresários guiados por uma “*mão invisível*”²⁶, sucedeu aquele outro em que se considerou mister *guiá-los pela mão da Lei*. Não deixaremos, ainda assim, de referir a crescente importância do direito do trabalho, visto como *direito social* (e que assim se tornou numa das mais importantes disciplinas da enciclopédia jurídica), e não apenas como *direito operário*; a convenção colectiva, que, como antes vimos ²⁷, se afirmou à *margem* da Lei, passou a ser um *instrumento legal* de primeira grandeza na disciplina das relações laborais, com a inerente “*des-pessoalização*” dessas mesmas relações, o que permitiu, digamos, *des-dramatizar* a relação patrão-trabalhador(es), por isso que colocou a outro nível – onde os trabalhadores faziam valer a força do número – muitas das questões mais sensíveis daquela relação (montante dos salários, tempos de trabalho, pagamento de férias, condições de higiene e segurança, etc.).

A par dessa *sociação* do direito do trabalho – que, em alguns países europeus, levou a doutrina a pensar a empresa como uma *instituição*, cujo *ordenamento* teria necessariamente que atender a outros interesses que não apenas os do respectivo titular –, assistiu-se, em seu reforço, à *constitucionalização* de uma “nova geração” de direitos fundamentais: os *direitos sociais* (pioneira, nesta matéria, terá sido a Constituição de Weimar, de 1919²⁸).

Para além dos trabalhadores, a *mão* (visível) da Lei cuidou de amparar outras “partes interessadas” (*stakeholders*, na terminologia hoje em voga²⁹)

²⁶ Cfr. ADAM SMITH, *Riqueza das Nações...*, cit., p. 757-758.

²⁷ Cfr. *supra*, número 1. 5.

²⁸ O maior destaque vai para o seu art. 165.º, em cumprimento do qual foi publicada a lei de 4 de Fevereiro de 1920, que tornava obrigatória a organização dos “conselhos de fábrica” em todas as empresas que empregassem mais de 20 operários (remonta a essa lei a tradição teutónica da *co-gestão*; mais desenvolvidamente, vide M. NOGUEIRA SERENS, “Co-gestão – Que Futuro?”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, vol. IV, Coimbra, 1980, p. 411 s.).

²⁹ E, ao que se diz, introduzida por R. E. FREEMAN, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Boston, 1984.

no exercício da empresa. Exemplos paradigmáticos são as *leis de defesa da concorrência* e as *leis de defesa dos consumidores*, que se foram sucedendo, nos diferentes países europeus e que constituem hoje duas das mais importantes disciplinas do direito da União Europeia. Mais tarde, vieram também as *leis de defesa do ambiente*, animadas pelo propósito de fazer da Terra o *condomínio* da Humanidade.

A onnipresença da Lei ou, se se preferir, o *intervencionismo* do Estado na definição dos limites ao exercício da empresa, *forçando* (não é outro, obviamente, o sentido de qualquer medida legislativa) o respectivo titular à adopção de comportamentos socialmente responsáveis (consideração pelos direitos dos trabalhadores, dos concorrentes directos e indirectos, dos consumidores e das pessoas em geral), permitia prescindir da invocação de *preceitos éticos*, para promover a adopção desses mesmos comportamentos. Uma empresa para ser considerada uma “empresa boa”, uma “empresa socialmente responsável”, não teria que fazer mais do que é exigido a um “cidadão bom”, a um “cidadão socialmente responsável”: *cumprir a Lei*.

2.2. Nos Estados Unidos da América (EUA), a exaltação dos valores do *free-enterprise system*, modelados ao redor da maximização do lucro – e daí que, durante muito tempo, reinasse sem contestação o entendimento segundo o qual, sendo os *managers procuradores* dos accionistas da respectiva *corporation*, a sua incumbência era *criar valor para esses mesmos accionistas*, estando-lhes, por conseguinte, vedado sacrificar os interesses destes em benefício dos de outros *stakeholders*, quaisquer que eles fossem –, constituiu sempre um *travão* ao avanço da Lei no domínio económico-empresarial, mormente quando se tratava de responder aos *défices sociais* a que aquele mesmo sistema conduzia.

2.2.1. Em 1890, como é de todos sabido, foi promulgado o *Sherman Act*: a “magna carta” da liberdade económica americana³⁰, por isso que proibia, sem excepção, todos os acordos entre empresas e todas as concentrações de empresas susceptíveis de restringir a liberdade de concorrência. Pois bem. Segundo os dados estatísticos apresentados por Richard A. Posner³¹, entre 1890 e 1904, o *Department of Justice* instaurou apenas

³⁰ Desenvolvidamente, vide M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência...*, cit., p. 27 s. e 339 s.

³¹ “A Statistical Study of Antitrust Enforcement”, in: *The Causes and Consequences of Antitrust – The Public-Choice Perspective*, Chicago/London, 1995, p. 74. Cfr. ainda H. B. THORELLI, *The Federal Antitrust Policy – Origin of an American Tradition*, Baltimore, 1995, p. 590.

vinte e três processos *antitrust* (em média, menos de dois por ano), seis dos quais (ou seja cerca de 26%) contra “*labor unions*” (e daí que alguém tivesse dito que o *Sherman Act* era *fraco contra os fortes e forte contra os fracos...*). A situação de vulnerabilidade, com a qual os trabalhadores foram assim confrontados, só veio a ser utrapassada com o *Clayton Act* (1914), que excluiu a actividade das “*labor unions*” do âmbito de aplicação da legislação *antitrust* : “The labor of a human being is not a commodity or article of commerce” (assim se lê na *section 6*)³².

2.2.2. Dada a retracção da Lei, ou seja, existindo uma *responsabilidade legal* sobremaneira minguada dos *businessmen*, no quadro do exercício da respectiva actividade empresarial – mormente quando comparada com o imenso poder social (exercido sobre os trabalhadores, os consumidores e as pessoas em geral) de que tinham passado a dispor: pensava-se, é claro, primordialmente nos *managers* das *big corporations*, cujo substrato pessoal era composto por uma miríade de accionistas, a maior parte deles *absentee owners* –, “cresceu o sentimento” de que lhes cabia ir para além dessa responsabilidade; nas palavras do conceituado E. Merrick Dodd ³³, “there is in fact a growing feeling not only that business has responsibilities to the community but that our corporate managers who control business should voluntarily and without waiting for legal compulsion manage it in such a way as to fulfill those responsibilities”.

Esta referência de Dodd, ao que ele próprio chamou “*social responsibility of business*”³⁴, ocorre em plena *Grande Depressão*. E, nessa medida, poderia ser entendida como uma resposta à profunda crise económico-social que então grassou nos EUA – um tema de importância passageira, pois. Efectivamente, não foi assim. Nos começos dos anos cinquenta, a doutrina (falamos, note-se, da doutrina norte-americana) voltou a ocupar-se dele, e para não mais o abandonar³⁵. Nesta segunda fase, e num primeiro momento, ainda se falava de “*Social Responsibility of the Businessman*”. Era

³² Vide M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência...*, cit., p. 436, nota 862.

³³ “For Whom Are Corporate Managers Trustees?”, *Harvard Law Review*, vol. XLV, 1932, p. 1153-1154.

³⁴ Cfr. *últ. ob. cit.*, p. 1156.

³⁵ E, de um modo geral, propugnando a sua afirmação. Em sentido diferente, *vide*, porém, MILTON FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago, 1962 (“few trends could so thoroughly undermine the very foundations of our free society as the acceptance by corporate officials of a social responsibility other than to make as much money for their stockholders as possible” – p. 133; é, afinal, deste entendimento que releva a famosa asserção de Charles E. “Engine Charley” Wilson, presidente da General Motors: “What is good for General Motors is good for America”).

esse o caso, por exemplo, de H. R. Bowen; numa obra com o mesmo título (ou quase: usa-se o plural “responsibilities”), publicada em 1953, apresentava a seguinte definição do conceito: “It refers to the obligations of businessmen to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of action *which are desirable* in terms of the objectives and values of our society”³⁶. Os “homens de negócios”, sobre os quais Bowen dizia impenderem estas várias “obrigações”, eram fundamentalmente – à semelhança, de resto, do que antes acontecia com Dodd – os *managers* das *big corporations*, com as características antes referidas. E, por ser assim, não tardou a impor-se uma nova terminologia: a expressão “Social Responsibility of the Businessmen” foi substituída pela expressão “Corporate Social Responsibility” (doravante, muitas vezes, CSR), que poderíamos traduzir por “Responsabilidade Social Corporativa”³⁷.

2.2.3. Depois de Bowen – que A. B. Carroll diz ser o “Father of Corporate Social Responsibility”³⁸ –, entre os autores menos recentes, o nosso destaque vai para J. W. McGuire; escrevendo no início da década de sessenta, este outro Autor dizia que “the idea of social responsibilities supposes that the corporation has not only economic and legal obligations, but also certain responsibilities to society which extended beyond these obligations”³⁹. Com esta definição, McGuire punha em evidência que a CSR ia para além das obrigações (ou responsabilidades) de ordem económica e de ordem legal, ou seja, não se esgotava no cumprimento da função essencial (da instituição) da empresa, que é a produção de bens e serviços que satisfaçam as necessidades e os desejos da colectividade, e de cuja aquisição a empresa retira lucros (*responsabilidade económica*), e no cumprimento da Lei (entendida em sentido lato: leis propriamente ditas, regulamentos emanados de Autoridades Públicas, decisões dos tribunais) respeitante ao exercício da empresa em causa (*responsabilidade legal*).

A essas duas ordens de responsabilidades, a que, embora por razões diferentes, nenhuma *corporation* podia eximir-se, acresciam outras, que, sem serem coercivamente impostas (*responsabilidades voluntárias*, pois), eram socialmente recomendáveis; nas palavras de McGuire, “the corporations must take an interest in politics, in the welfare of the community, in education, in the ‘happiness’ of its employees, and, in fact, in the whole

³⁶ Cfr. *Social Responsibilities of the Businessman*, New York, 1953, p. 6.

³⁷ Cfr., porém, nota 50.

³⁸ Cfr., “Corporate Social Responsibility – Evolution of a Definitional Construct”, *Business and Society*, 1999, p. 270.

³⁹ Cfr. *Business and Society*, New York, 1963, p. 144.

social world about it"⁴⁰. Consequentemente, a *corporation* devia proceder "justly", ou seja do modo como procederia qualquer *cidadão respeitável*. No final dos anos setenta, estas outras *responsabilidades* da *corporation* (integrantes da sua *responsabilidade social*) passaram a ter nome próprio.

Esse mérito coube, ao que parece a A. C. Carroll. Na sequência da criação da EPA – *Environmental Protection Agency*, da *Equal Employment Opportunity Commission*, da *Occupational Safety and Health Administration* e da *Consumer Product Safety Commission* – instituições governamentais que reconheciam oficialmente as gerações futuras (protecção do ambiente), os trabalhadores e os consumidores como *stakeholders* legítimos da empresa –, o referido Autor em diferentes estudos, publicados em 1979⁴¹, 1981⁴², 1991⁴³ e 1994⁴⁴, foi precisando as diferentes responsabilidades abrangidas pelo conceito de CSR. No primeiro dos referidos estudos, Carroll dava desta a seguinte definição: "The social responsibility of business encompasses the *economic, legal, ethical, and discretionary expectations* that society has of organizations at a given point in time"⁴⁵. As quatro componentes dessa definição eram i) a responsabilidade económica, ii) a responsabilidade legal, iii) a responsabilidade ética e iv) a responsabilidade filantrópica (numa outra forma de dizer, que encontramos no escrito de 1991, "the CSR firm should strive to make a profit, obey the law, be ethical, and be a good corporate citizen"⁴⁶).

Das duas primeiras responsabilidades já falámos atrás, quando nos referimos à definição de McGuire. Afirmando-as, cuidava-se de acentuar, por um lado, a expectativa da sociedade de dispor de produtos e de serviços, por cuja aquisição está disposta a pagar um preço, que, sabendo-se lucrativo, é considerado "justo", e, por outro lado, a expectativa da sociedade de que o exercício da empresa, que é pressuposto desse resultado, ocorra no âmbito da Lei (no sentido amplo, antes referido).

As outras duas espécies de responsabilidades, afirmadas ao redor daquelas, têm, é claro, um diverso fundamento. A responsabilidade ética, entendida obviamente para além do que a Lei prescreve, respeita às acções

⁴⁰ *Business...*, cit., p. 144.

⁴¹ "A Three-Dimensional Conceptual Model of Corporate Social Performance", *Academy of Management Review*, 1979, p. 497 s.

⁴² *Business and Society: Managing Corporate Social Performance*, Boston, 1981.

⁴³ "The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders", *Business Horizons*, 1991, p. 39 s.

⁴⁴ "Social Issues in Management Research: Experts' Views, Analysis and Commentary", *Business & Society*, 1994, p. 5 s.

⁴⁵ "A Three-Dimensional...", cit., p. 500.

⁴⁶ "The Pyramid...", cit., p. 43.

e às regras éticas que a sociedade considera deverem ser seguidas pelos *managers* (o *círculo* desta responsabilidade tenderá a ser tanto maior quanto menor for o *círculo* da responsabilidade legal). Quanto à responsabilidade filantrópica (realização de acções que tornam as *corporations* “cidadãos bons”), sendo “*voluntary responsibility*”, respeita – nas palavras do próprio Carroll – às “*voluntary roles that business assumes but for which society does not provide as clear-cut an expectation as it does in the ethical responsibility*”. Como exemplos destas “acções voluntárias”, que têm em vista *ajudar* a sociedade, o referido Autor enumerava as seguintes: “*making philanthropic contributions, conducting in-house programs for drug abusers, training the hard-core unemployed, or providing day-care centers for working mothers*”⁴⁷.

3. Recapitulando, cabe acentuar que, na base da diferença, existente durante grande parte do século XX, entre a generalidades dos países da Europa Ocidental, por um lado, e os EUA, por outro, acerca do *enquadramento económico-social* do exercício da empresa, esteve a própria concepção do Estado. Naqueles primeiros países, com gradações diferentes, é certo, um Estado (de Direito) *Social*, que foi obra da Lei, a qual, por isso mesmo, se tornou omnipresente na definição do referido *enquadramento*: consideração pelos direitos dos trabalhadores, dos concorrentes directos e indirectos, dos consumidores e das pessoas em geral, incluindo aquela parte delas que está sempre para vir (gerações futuras). Nos EUA, um Estado (de Direito) *Liberal*, que, não obstante as profundas mutações sócio-económico-concorrenciais, espelhadas no imenso poder (com diferentes matizes) das *big corporations*, foi sempre muito parcimonioso no uso da Lei para atenuar os *défices sociaux* do *free-enterprise system*, isto é, para acolher em maior ou menor medida, os interesses das diferentes (aqui pleonasticamente ditas) “partes interessadas” no exercício das empresas (mormente, as de maior porte).

Sendo essa, aos nossos olhos, a explicação para a importância que a *Corporate Social Responsibility* cedo assumiu na ordem jurídica norte-americana – sendo aí a responsabilidade legal sobremaneira minguada, houve que encontrar (no interesse, note-se, dos seus próprios destinatários) outras responsabilidades que daquela fossem complemento, que se afirmavam num “espaço vazio de Lei” e, por conseguinte, sem a força coerciva desta –, não pode admirar que o tema não conheça hoje fronteiras.

⁴⁷ “A Three-Dimensional...”, cit., p. 500.

3.1. A *mundialização* da concorrência, corolário do processo de globalização económica, que teve início na última década do século XX, não foi acompanhada, todos o sabemos, da *estandardização* das regras dessa mesma concorrência. Faltou – e falta – um Estado Mundial (ou, como também poderíamos dizer, um Governo do Mundo) que tomasse em mãos essa tarefa. Que passaria, é claro, por impor às empresas que concorrem no mercado global, sendo elas nacionais ou transnacionais, e independentemente do(s) país(es) onde exercem a respectiva actividade, a observância de *práticas socialmente responsáveis*, nelas avultando a consideração pelos direitos dos trabalhadores (montante dos salários, limitação da jornada de trabalho, pagamento de férias, condições de higiene e segurança, não discriminação entre homens e mulheres, abolição do trabalho infantil, etc.), pelos direitos dos consumidores (segurança dos produtos, práticas comerciais leais) e pelos direitos das pessoas em geral, incluindo, como já antes dissemos, aquela parte delas que está sempre para vir (defesa do ambiente, que passa necessariamente pela promoção de um crescimento sustentado).

3.1.1. Ao contrário do que à primeira vista pode parecer, a imposição de tais práticas – caso decorresse da Lei (emanada pelo legislador do tal Estado Mundial, cuja existência estamos a ficcionar) e o cumprimento desta estivesse efectivamente assegurado (uma tarefa que haveria de caber às Autoridades daquele mesmo Estado) – viria ao encontro dos interesses dos empresários. Não de todos, é certo. Apenas daquela (relativamente pequena) porção deles que está no *cume da pirâmide* económico-concorrencial – e é aí, obviamente, que estão as grandes empresas transnacionais. Adivinha-se a objecção, e também o modo de a formular: aos empresários de maior porte económico-financeiro não interessa a *concorrência regrada*, interessa-lhes, sim, a *concorrência desregrada*. Desen-gane-se quem assim pensa.

3.1.2. Com efeito, a história do capitalismo pós-Revolução Francesa – e isto para não irmos mais atrás – evidencia que, quando os *concorrentes se desigualizaram*, passando a existir os (muito) grandes e os (muito) pequenos, foram aqueles, e não estes, que, antecipando-se à Lei, cuidaram de *regrar* a concorrência ou, se se preferir, cuidaram da *governance* desta. E, nesse quadro, sobressaiu, como antes vimos, a partir do último quartel do século XIX – que foi a época em que a referida *desigualização dos concorrentes* se consolidou –, a instauração de *novas condições de trabalho*, protagonizada pelos sindicatos industriais, nos quais pontificavam os empresários de maior porte. Fizaram isso de diferentes maneiras, e com diferentes graus

de eficácia. Lembraremos aqui apenas os contratos colectivos de trabalho, dos quais resultou maior consideração pelos direitos dos trabalhadores.

Isto no que respeita aos *stakeholders* que os trabalhadores são. A par destes, e em resultado da *governance* da concorrência, promovida pelos sindicatos industriais, também os concorrentes e os consumidores (outros dois grupos de *stakeholders*) viram os seus interesses mais considerados. Estamos agora a pensar em formas agressivas de concorrência, cujo banimento foi, inicialmente, tomado em mãos por essas (e outras) auto-organizações empresariais: a *cutthroat competition* e a publicidade enganosa são apenas dois exemplos.

3.2. Na Europa, com o avanço do século XX, e como antes também vimos, essa *governance* da concorrência passou a ser uma tarefa essencialmente cometida à Lei. Os efeitos desta cingiam-se, é claro, ao Estado. Mas também não se julgava necessário mais: as fronteiras dos vários Estados delimitavam outros tantos mercados, cada um deles diferente dos restantes, não se fazendo sentir, por conseguinte, a necessidade da afirmação de “regras de jogo” iguais em todos eles. Necessária era, sim, a existência de “regras de jogo” iguais no *interior* de cada um deles.

Nos EUA, dado o comedimento da Lei, já antes referido, a *governance* da concorrência, assente na *vontade* dos próprios empresários – sistemas de auto-regulação –, não sofreu quebra; ao invés, assistiu-se à sua contínua valorização, por banda do próprio legislador⁴⁸, sendo a essa luz – dissemo-lo atrás – que haveremos de compreender a importância que a *Corporate Social Responsibility* cedo assumiu na ordem jurídica norte-americana.

Com a *globalização*, esta diferença entre os países europeus e os EUA sobre o modo de instituir a *governance* da concorrência – nos primeiros, onnipresença da Lei; nos segundos, comedimento desta, com a consequente valorização dos sistemas de auto-regulação – foi sobremaneira atenuada. E tal não aconteceu por os EUA se terem rendido ao *modelo social europeu*; aconteceu, sim, devido à aproximação dos países europeus, incluindo, é claro, os da (hoje designada) União Europeia, ao *modelo liberal norte-americano*. Independentemente das razões ideológicas, essa aproximação reflecte a *impossibilidade* de, perante a mundialização da concorrência e na falta de um Estado Mundial, continuar a ver na Lei o instrumento privilegiado para forçar os protagonistas dessa *concorrência sem fronteiras* (em primeira linha, as empresas transnacionais) à adopção de comportamentos socialmente responsáveis. Significa isto que o “vazio de Lei”, que a *Corporate Social Responsibility* foi chamada a “preencher” na

⁴⁸ Cfr. M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência...*, cit., p. 1126 s.

economia norte-americana, se generalizou à economia mundial. E, como não podia deixar de ser, dessa generalização resultou a própria generalização (ou, se se preferir, a mundialização) – sob o impulso, note-se, de “um conjunto de grandes empresas ou multinacionais”⁴⁹ – do referido *instituto*, que, em muitos países europeus (também por influência dos textos da União Europeia a ele respeitantes) tomou o nome de *Responsabilidade Social da Empresa* (RSE)⁵⁰.

3.3. Os contributos para a mundialização da CSR (ou RSE) – entendida como “a decisive move in the direction of abandoning the traditional ‘command and control’ state regulatory schemes in favor of ‘responsive regulation’, which is supposed to facilitate (yet not enforce and dictate) self-regulation programs and ‘compliance-oriented’ regulation, which is to be carried out through corporate consent and voluntary organizational processes of reflexive learning”⁵¹ – têm sido múltiplos e com diferentes origens.

3.3.1. No que respeita às organizações internacionais, destacam-se a OIT (*Declaração Tripartida sobre as Empresas Multinacionais e a Política Social* e a *Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*, ambas de 1998), a OCDE (*Orientações para as Empresas Multinacionais*, 2000) e a própria ONU (*Global Compact*, 2000). Sobremaneira relevante tem sido também a acção da União Europeia, mormente a partir da apresentação pela Comissão do já referido Livro Verde “Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas”. É aí dito⁵² que “a maioria das definições descreve a responsabilidade social das empresas como a integração

⁴⁹ Assim se lê no Livro Verde “Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas”, apresentado pela Comissão, em 18 de Julho de 2001, n.º 23, p. 7.

⁵⁰ O signo “empresa” tem, nesse conjunto, um sentido institucional: a empresa como *sujeito no tráfico*. E a verdade é que qualquer empresa, independentemente da sua dimensão, pode ser entendida nesse sentido. Consequentemente, a expressão “Responsabilidade Social da Empresa” é mais abrangente que a expressão “Corporate Social Responsibility”: esta última refere-se à responsabilidade social das empresas de maior dimensão, organizadas sob a forma de *corporation*; a primeira inculca a ideia de que todas as empresas, grandes ou pequenas, se encontram abrangidas..

⁵¹ Cfr. R. SHAMIR, “Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility”, 38 *L. & Soc’y Rev.*, 2004, p. 659, citado por JOHN M. CONLEY/CYNTHIA A. WILLIAMS, “Engaged, Embed, and Embellish: Theory versus Practice in the Corporate Social Responsibility Movement”, *The Journal of Corporate Law*, 2005-2006, p. 33, nota 188.

⁵² Vide n.º 20, p. 7.

voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na interacção com outras partes interessadas”⁵³

E, partindo desse conceito, vem depois a distinguir-se entre a *dimensão interna* e a *dimensão externa* da RSE. Na primeira, “a nível da empresa, as práticas socialmente responsáveis implicam, fundamentalmente, os trabalhadores e prendem-se com questões como o investimento em capital humano, na saúde, na segurança e na gestão da mudança, enquanto as práticas ambientalmente responsáveis se relacionam sobretudo com a gestão dos recursos naturais explorados no processo de produção”. Na sua dimensão externa, a RSE “estende-se à comunidade local, envolvendo, para além dos trabalhadores e accionistas, um vasto espectro de outras partes interessadas: parceiros comerciais e fornecedores, clientes, autoridades públicas e ONG que exercem a sua actividade junto das comunidades locais ou no domínio do ambiente. Num mundo de investimentos multinacionais e de cadeias de produção globais a responsabilidade social das empresas terá também de estender-se para além das fronteiras da Europa. A rápida globalização fomentou a discussão sobre o papel e o desenvolvimento de uma governação à escala planetária, para a qual contribui a definição de práticas voluntárias de RSE”⁵⁴.

Este labor das organizações internacionais e da União Europeia em prol da RSE tem sido acompanhado por importantes iniciativas legislativas em diferentes países da Europa (v. g., Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Reino Unido e Suécia) e fora dela (v. g., Austrália, Brasil e EUA) ⁵⁵. Estas iniciativas, a nível estadual, e aquelas outras, a nível internacional ou supra-nacional, assentam, porém, no mesmo princípio. O Livro Verde (da União Europeia) refere-se-lhe expressamente, quando diz que “a responsabilidade social das empresas não pode ser encarada como um substituto da regulação ou legislação no domínio dos direitos sociais ou das normas ambientais, designadamente da aprovação de legislação nova e apropriada”⁵⁶. Não se querendo que a Lei seja definitivamente posta de lado, entende-se que os *espaços vazios dela*, que, pelas

⁵³ A “parte interessada” (*stakeholder*) é aí definida do seguinte modo: “indivíduo, comunidade ou organização que afecta as operações de uma empresa ou é afectado por elas. As partes interessadas podem ser de tipo interno (por exemplo, os trabalhadores) ou externo (por exemplo, clientes, fornecedores, accionistas, financeiros, a comunidade local)” – cfr. Anexo, p. 28.

⁵⁴ Vide n.º 27, p. 8 e 42, p. 12.

⁵⁵ Cfr., entre nós, CATARINA SERRA, “A responsabilidade social das empresas – Sinais de um instituto jurídico iminente?”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, Coimbra, 2009, p. 856 s.

⁵⁶ Vide n.º 22, p. 7.

razões antes apontadas, são cada vez mais amplos, devem ser preenchidos pela RSE.

3.3.2. Por relevar primacialmente da vontade (e dos interesses) dos empresários, a RSE tem, é claro, um problema de *efetividade*⁵⁷, que redundaria num problema de *free rider* (vantagem concorrencial dos empresários *menos socialmente responsáveis*). Imaginam-se dois modos de o resolver. Um deles seria o recurso ao *associativismo* (empresarial) à maneira antiga, isto é, à maneira das corporações (de comerciantes e de artesãos) do *Ancien Régime*⁵⁸. O outro – *uma espécie de second best* – seria a *cartelização*, à maneira agora do que ocorreu a partir do último quartel do século XIX⁵⁹. Por um ou outro modo, o resultado seria o mesmo: a *ruína* de um dos pilares fundamentais do Estado do nosso tempo, e sem que para o caso importasse se este era concebido como *dirigente*, como *regulador*, ou como *pós-regulador*. Referimo-nos, é claro, à preocupação com a defesa da liberdade de concorrência – legislação *antitrust*, hoje existente na generalidade dos países do Mundo economicamente mais significativos e também nos *espaços de integração* como a União Europeia –, que constitui, afinal, um *derramamento* da tutela jurídico-constitucional do princípio da liberdade de iniciativa económica privada, de que esses países se orgulham.

Estando impedidos pela Lei de ir tão longe como os seus congéneres do último quartel do século XIX – deixamos agora de lado o período do *Ancien Régime* – na *auto-regulação* da concorrência, os maiores empresários do nosso tempo não deixam, em todo caso, de promover algumas práticas, afirmadas no quadro dessa auto-regulação, e que, por serem consideradas *socialmente responsáveis*, se entende – hoje como ontem – *mister acarinhar*. A diferença é apenas de *escala*: no último quartel do século XIX, com a recusa do *livre-cambismo*, o empenho dos empresários de maior dimensão na responsabilidade social cingia-se a um determinado mercado, que era delimitado, em termos geográficos, pelas fronteiras do respectivo país; no nosso tempo, com a globalização, esse empenho dos maiores empresários

⁵⁷ E daí que não falte quem diga tratar-se de “uma construção um tanto etérea, que frequentemente não supera o campo da retórica e das boas intenções” – são palavras de J. A. GÓMEZ SEGADÉ, “A responsabilidade dos administradores das sociedades no quadro da responsabilidade social da empresa”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. IV, Coimbra, 2011, p. 345.

⁵⁸ Cfr. *supra*, número 1. 3.; mais desenvolvidamente, vide M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência...*, cit., p. 99 s.

⁵⁹ Cfr. *supra*, número 1. 5.; mais desenvolvidamente, vide M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência...*, cit., p. 1147 s.

(com as multinacionais à cabeça) afirma-se a nível planetário, pois é a esse nível que o (*seu*) mercado é delimitado, em termos geográficos.

É assim que, volvido um século, as *convenções colectivas de trabalho* voltam ao proscénio, delas se dizendo que constituem uma das principais fontes de RSE⁶⁰. Vimos como estes instrumentos negociais foram prestimosos para a standardização das condições de trabalho a nível nacional, da qual adveio maior consideração pelos direitos dos trabalhadores a esse mesmo nível, a partir do último quartel do século XIX; com a globalização, almejando os maiores empresários essa mesma standardização a nível mundial, não admira que voltem a valorizá-los a esse outro nível.

Daremos ainda dois outros exemplos de práticas, hoje sobremaneira valorizadas no quadro da RSE, há muito experimentadas, em termos nacionais. Respeitam eles aos “rótulos sociais e ecológicos” e aos “códigos de conduta”. Uns e outros são referidos, como algum desenvolvimento, pela Comissão no Livro Verde, de que antes falámos.

É aí afirmado⁶¹ que “as questões que mais preocupam os consumidores europeus são a protecção da saúde e da segurança dos trabalhadores e o respeito dos direitos humanos em todas as operações de uma empresa e na sua cadeia de produção (sem recurso, por exemplo, ao trabalho infantil), a defesa do ambiente em geral e a redução das emissões de gases que contribuem para o efeito de estufa, em particular”. No quadro de tais preocupações – acrescenta-se –, “têm vindo a proliferar os rótulos sociais, criados por fabricantes individuais (marcas autodeclaradas) ou sectores de actividade, ONG e governos”⁶². Deixando aqui de lado as diferentes *insuficiências* que a própria Comissão aponta a “estes incentivos, baseados no mercado, passíveis de provocarem uma evolução social positiva entre empresas, retalhistas e consumidores”⁶³ – “âmbito de aplicação” e “impacto potencial” limitados, “já que se restringem a nichos específicos do mercado retalhista e, no caso dos rótulos sociais, aos produtos importados, apenas acessíveis a consumidores com maior poder de compra”, bem como a falta de transparência e de verificação independente das respectivas alegações são algumas dessas insuficiências⁶⁴ –, não se vislumbram quaisquer diferenças em relação às chamadas “marcas operárias” e às chamadas “marcas sociais” do último quartel do século XIX⁶⁵.

⁶⁰ Nesse sentido, *vide*, entre nós, CATARINA SERRA, “A responsabilidade social das empresas...”, cit., p. 849 s.

⁶¹ *Vide* n.º 79, p. 21.

⁶² *Vide* n.º 80, p. 21.

⁶³ *Idem, ibidem*.

⁶⁴ *Vide* n.os 80 e 81, p. 21.

⁶⁵ Cfr. *supra*, número 1. 3. 3.

Quanto aos “códigos de conduta” – outra das principais fontes de RSE⁶⁶ –, o Livro Verde imputa a sua adopção, cada vez mais frequente, pelas empresas (sobretudo, multinacionais⁶⁷) e por associações representativas de sectores de actividade⁶⁸, à “pressão das ONG e [das] associações de consumidores”⁶⁹; abrangendo “as condições de trabalho, os direitos humanos e aspectos ambientais”, esses códigos destinam-se, segundo a Comissão, em particular, aos subcontratantes e aos fornecedores das empresas que os adoptam⁷⁰.

Como escreve E. M. Epstein, os “códigos de conduta” – mesmos os mais abrangentes, com destaque para o *Global Compact* da ONU –, na falta de mecanismos de *enforcement*, “are aspirational precepts rather than operational standards”⁷¹. Não falta, é certo, quem, para lhes aumentar a eficácia, considere desejável a sua *transformação* “em verdadeiros contratos entre as empresas e todas as partes interessadas, onde tanto umas como outras participassem através de associações (associações de empresas, associações de consumidores, associações de cidadãos, ONG)”⁷². Caso isto fosse possível – mais utópica que a ideia de Estado Mundial é seguramente a ideia de uma Sociedade Civil Mundial... –, caberia ainda averiguar se seria *culturalmente* adequado. Epstein deixa esse alerta, fazendo notar que “the line between adhering to universally accepted hipernorms and engaging in cultural imperialism by imposing nontraditional standards in widely divergent societies is oftentimes quite thin”⁷³.

Está fora dos nossos propósitos aprofundar aqui este ponto. Esta nossa referência aos “códigos de conduta”, que, como ainda há pouco dissemos, são apontados como uma das principais fontes de RSE, teve apenas

⁶⁶ Cfr., entre nós, CATARINA SERRA, “A responsabilidade social das empresas...”, cit., p. 848 s.

⁶⁷ “É crescente o número de multinacionais que, nos seus códigos de conduta, se tem empenhado explicitamente na causa dos direitos humanos e são cada vez mais os retalhistas europeus que sujeitam a padrões éticos a produção de mercadorias importadas (...)” – cfr. n.º 54, p. 15.

⁶⁸ “Existem (...) vários exemplos de códigos de conduta, subscritos pelos parceiros sociais a nível europeu, designadamente nos sectores têxtil, de vestuário e comercial (...)” – *idem*, *ibidem*.

⁶⁹ Vide n.º 54, p. 15. É inquestionável que essa pressão existe. Mas não se julgue que todos os empresários ficam desagradados com ela. Aqueles deles que estão no cume da pirâmide económico-concorrencial – e, obviamente, é esse o lugar da generalidade das empresas transnacionais – consideram-na do seu próprio interesse.

⁷⁰ *Idem*, *ibidem*.

⁷¹ Cfr. “The Good Company: Rhetoric or Reality? Corporate Social Responsibility and Business Ethics Redux”, *American Business Law Journal*, vol. 44, 2007, p. 215.

⁷² Vide CATARINA SERRA, “Responsabilidade Social das Empresas...”, cit., p. 849.

⁷³ “The Good Company: Rhetoric or Reality?...”, cit., p. 215-216.

em vista acentuar a sua falta de novidade, enquanto modo *de governance* da concorrência, com a consequente moderação desta e, nessa medida, postulando comportamentos concorrenciais socialmente (mais) responsáveis. Deles se sabe, com efeito, que constituíram instrumentos privilegiados dos *sistemas de auto-regulação*, de diferente natureza, muito comuns – *et pour cause* – nos EUA, nas primeiras décadas do século XX⁷⁴. Nesse período, os “códigos de conduta” (também ditos *Codes of ethics*) tinham, é claro, um âmbito geográfico circunscrito: respeitavam à actuação dos empresários norte-americanos (dos mais diversos sectores de actividade) no mercado nacional. Hoje, sendo o mercado global, pretende-se que os “códigos de conduta” abranjam todos quantos concorrem a esse nível.

⁷⁴ Desenvolvidamente, M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência...*, cit., p. 1127 s.

RESUMO: No final de 2012, passados dez anos sobre a entrada em vigor do Regulamento Europeu sobre insolvência transfronteiriça, foi conhecida a Proposta de alteração do Regulamento. As principais novidades são as esperadas: a extensão do âmbito de aplicação do Regulamento, a criação de registos de insolvências, a regulação da insolvência nos grupos de sociedades. As alterações, tanto nestas como noutras matérias, ficam muito aquém das sugestões avançadas. Atendendo à diversidade dos regimes nacionais e à dificuldade em atingir consensos, são estas as alterações possíveis. Resta saber se serão suficientes.

ABSTRACT: At the end of 2012, ten years after the entry into force of the European Regulation on cross-border insolvency, the Proposal amending the Regulation was made public. The main novelties are as expected: the extension of the scope of the Regulation, the creation of insolvency registers, the introduction of rules on the insolvency of groups of companies. The Proposal falls short of the suggestions put forward. Given the diversity of the national regimes and the difficulty in reaching consensus, this is as far as it could go. It remains to be seen whether it will suffice.

CATARINA SERRA*

Insolvência transfronteiriça – Comentários à Proposta de alteração do Regulamento europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração do Direito português**

1. Enquadramento

Em 2012, tendo-se completado dez anos sobre a entrada em vigor do Regulamento do Conselho (CE) n.º 1346/2000, de 29 de Maio de 2000, sobre insolvência transfronteiriça¹, e prevendo este, no seu art. 46.º, a apresentação de um relatório relativo à sua aplicação até 1 de Junho de

* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho

** Agradeço ao Senhor Doutor Rui Pinto Duarte a disponibilidade para ler as versões anteriores deste texto e as oportunas sugestões que me fez.

¹ Doravante Regulamento (publicado no Jornal Oficial da União Europeia *L 160 de 30.6.2000*, pp. 1-18, e disponível, em português, em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:160:0001:0018:PT:PDF>).

2012, foi iniciado um processo para a sua avaliação. No final do ano, no dia 12 de Dezembro, estava disponível a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho para alteração do Regulamento do Conselho (CE) n.º 1346/2000, de 12 de Dezembro de 2012².

As principais novidades da Proposta são as esperadas: a extensão do âmbito de aplicação do Regulamento, a criação de registos de insolvências e a regulação da insolvência nos grupos de sociedades. As alterações, tanto nestas como noutras matérias, ficam muito aquém das sugestões avançadas e discutidas, ao longo dos últimos tempos, em fóruns e congressos especializados³. Os instrumentos para uma convergência não podiam ser mais pacíficos: comunicação, cooperação, coordenação.

Atendendo à diversidade de regimes e à dificuldade em atingir consensos, são estas – não se duvida – as alterações possíveis. Resta saber se serão suficientes para superar as limitações do Regulamento e resolver os problemas práticos que lhe têm sido apontados.

Sob outro ponto de vista, tem de se dizer que algumas fórmulas não são as mais adequadas. Pelo menos num ou noutro ponto, talvez fosse conveniente que o legislador se libertasse definitivamente do texto antigo. Insistir em corrigir “escrevendo por cima” ou em inovar “escrevendo nas margens” é uma tarefa difícil e (previsivelmente) pouco gratificante no que toca aos resultados.

2. Noções introdutórias sobre insolvência transfronteiriça

2.1. A insolvência transfronteiriça como problema de Direito internacional Privado

Em fórmula sucinta, pode dizer-se a insolvência é internacional “quando, quer as pessoas implicadas (devedor e credores), quer os bens em causa, quer ambos, apresentam ligações com as ordens jurídicas de

² Doravante Proposta (disponível, em português, em http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282012%290744_/com_com%282012%290744_pt.pdf).

³ Cfr., só para dois exemplos, o Congresso *The Future of the European Insolvency Regulation*, realizado em Amsterdão, no dia 28 de Abril de 2011 (textos das apresentações disponíveis em <http://www.eir-reform.eu/presentations>) e o Seminário Internacional Conjunto da INSOL Europe e do Ernst Jaeger Institute *Revision of the European Insolvency Regulation*, realizado em Leipzig no dia 14 de Setembro de 2012 (textos das apresentações disponíveis em <http://www.insol-europe.org/events/2012-events/>).

dois ou mais Estados”⁴ ou “quando, em razão das pessoas envolvidas ou dos bens abrangidos ou dos dois factores conjuntamente, apresenta contactos com diversas ordens jurídicas”⁵.

Os casos de insolvência internacional suscitam, fundamentalmente, o problema de saber qual o âmbito de aplicação dos efeitos da declaração de insolvência⁶. Relativamente a este problema confrontam-se duas teses: a tese da universalidade (também conhecida como tese da unidade), que sustenta que os efeitos do processo não se limitam ao território onde a insolvência é declarada, e a tese da territorialidade (também conhecida como tese da pluralidade), que sustenta exactamente o contrário, isto é, a circunscrição destes efeitos.

Evidentemente, só haverá universalidade plena quando o modelo da universalidade for adoptado em cada um dos Estados envolvidos. A verdade é que, dadas a imensa variedade de disciplinas jurídicas existentes no mundo e a impraticabilidade de uma absoluta uniformização, os modelos puros ou plenos não existem – nem tal seria desejável⁷. Torna-se, portanto, necessário disponibilizar instrumentos que, com alcance mais ou menos alargado, levem a cabo uma harmonização mínima entre as diversas ordens jurídicas relativamente aos efeitos internacionais da insolvência – que determinem quando e em que medida os efeitos da declaração de

⁴ Cfr. MARIA JOÃO MACHADO, “Algumas considerações sobre a falência em Direito Internacional Privado”, in: *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, 1999, n.º 3, p. 78, ou *Da Falência em Direito Internacional Privado – Introdução aos seus problemas fundamentais*, Porto, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2000, p. 12.

⁵ Cfr. MARIA HELENA BRITO, “Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, in: *Themis*, Edição Especial – *Novo Direito da Insolvência*, 2005, p. 186.

⁶ Como sustenta LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “[d]o carácter transnacional da insolvência decorre todo um conjunto de questões específicas que importa resolver antes do mais, designadamente: – a questão de saber se os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para a declaração de insolvência; – em caso afirmativo, o problema da determinação da lei ou leis nacionais aplicáveis à insolvência; – a questão de saber se a declaração de insolvência proferida em Portugal abrange os bens localizados no estrangeiro e, inversamente, se a declaração de insolvência proferida no estrangeiro abrange os bens situados em Portugal; – ligada com a anterior, a questão dos efeitos que a decisão de insolvência proferida em Portugal produz noutros Estados e dos efeitos que a decisão proferida no estrangeiro produz em Portugal (reconhecimento de decisões estrangeiras)”. Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O Regulamento comunitário sobre insolvência – uma introdução”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, III (também disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=54103&ida=54127).

⁷ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “Insolvência internacional: Direito aplicável”, in: AA. VV., *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 84.

insolvência promanada em certo Estado afectam, de facto, os bens situados no exterior e os credores estrangeiros.

2.2. A insolvência transfronteiriça até ao Regulamento, em especial em Portugal

Até ao Regulamento não existia no espaço europeu, uma disciplina clara, completa e coerente em matéria de insolvência transfronteiriça⁸.

No entanto, para lá da Lei-Modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) sobre insolvência transfronteiriça, adoptada em 30 de Maio de 1997⁹ (que é, ainda hoje, muito relevante)¹⁰, era já possível encontrar um conjunto de instrumentos internacionais, bilaterais e multilaterais, dirigidos a resolver alguns dos problemas da insolvência transfronteiriça¹¹.

Entre os últimos avulta a Convenção de Bruxelas relativa aos processos de insolvência, de 23 de Novembro de 1995¹². Por não ter sido ratificada pelo número necessário de Estados-membros, a convenção não chegou a entrar em vigor mas acabou por ser um contributo valioso para a elaboração do Regulamento, sendo que este a reproduziu em parte¹³.

Em Portugal, como na maioria dos Estados-membros da União Europeia, começou, a certa altura, a adquirir dominância o modelo da universalidade, propendendo-se para se considerar que os tribunais nacionais eram competentes para declarar a falência e para se atribuir à respectiva sentença efeitos universais relativamente a todos os credores e a todos os bens, fosse onde fosse que estes se encontrassem¹⁴.

⁸ Cfr., neste sentido, MARIA JOÃO MACHADO, *Da Falência em Direito Internacional Privado – Introdução aos seus problemas fundamentais*, cit., p. 10.

⁹ Doravante Lei-Modelo (disponível, em inglês, em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/insolvency-e.pdf>).

¹⁰ Sobre a Lei-Modelo cfr., por todos, CARLOS ESPLUGUES MOTA, "The UNCITRAL model law of 1997 on cross border insolvency: an approach", in: *Diritto del Commercio Internazionale*, 1998, 3, pp. 657 e s.

¹¹ Cfr., sobre estas convenções, MARIA JOÃO MACHADO, *Da Falência em Direito Internacional Privado – Introdução aos seus problemas fundamentais*, cit., pp. 27-29.

¹² O texto está disponível, em inglês, em <http://aei.pitt.edu/2840/>.

¹³ Sobre a Convenção de Bruxelas de 1995 cfr., desenvolvidamente, MARIA JOÃO MACHADO, *Da Falência em Direito Internacional Privado – Introdução aos seus problemas fundamentais*, cit., pp. 140-160, ou, mais sucintamente, da mesma A., "Algumas considerações sobre a falência em Direito Internacional Privado", pp. 88-99.

¹⁴ Para um panorama da posição dos vários países europeus nesta altura cfr. MARIA JOÃO MACHADO, *Da Falência em Direito Internacional Privado – Introdução aos seus problemas fundamentais*, cit., pp. 16-27.

A atenção que a doutrina portuguesa dedicou à matéria antes do Regulamento foi escassa. Desde cedo, porém, se tornou visível uma preferência pelas teses universalistas, que é marcante em obras de reputados autores como Artur Montenegro, Eduardo Saldanha ou Marnoco e Souza¹⁵.

3. O Regulamento (linhas gerais) e a necessidade da sua alteração

3.1. Actualmente, os documentos com alguma relevância dirigidos a disciplinar, no plano internacional, a insolvência transfronteira são ainda relativamente escassos. Existe, por um lado, a já referida Lei-Modelo da UNCITRAL, e, por outro, o Regulamento.

Além da diversidade quanto à natureza dos dois documentos (a vinculatividade do Regulamento relativamente aos Estados-membros e o carácter de *soft law* da Lei-Modelo), existe uma diferença essencial quanto ao seu alcance (a vocação global da Lei-Modelo e a restrição da aplicabilidade do Regulamento aos Estados-membros)¹⁶.

Por circunstâncias diversas – algumas das quais são fáceis de calcular –, o Regulamento tem um alcance deliberadamente limitado. Ele é aplicável nos casos em que o devedor (pessoa singular ou colectiva) tem bens em mais do que um Estado-membro e regula essencialmente a competência para a abertura dos processos de insolvência e o reconhecimento dos processos de insolvência abertos num Estado-membro pelos restantes Estados-membros.

De acordo com o art. 3.º do Regulamento, o tribunal competente para a abertura do processo de insolvência é o tribunal do Estado-membro onde se localiza o centro dos interesses principais¹⁷ do devedor. Este deve corresponder ao local onde o devedor exerce habitualmente a adminis-

¹⁵ Cfr. ARTUR MONTENEGRO, *Theoria da unidade e Universalidade da Fallencia*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1894, EDUARDO SALDANHA, *Das fallencias*, Porto, Imprensa Portuguesa, 1897, e MARNOCO E SOUZA, *Execução extraterritorial das sentenças cíveis e commerciaes*, Coimbra, F. França Amado Editor, 1898.

¹⁶ Para uma comparação entre os dois documentos e a possibilidade de conflitos cfr., entre outros, ANDRÉ J. BERENDS, “The EU Regulation on Insolvency Proceedings and the UNCITRAL Model-Law on Cross-Border Insolvency: Differences and Similarities”, in: REBECCA PARRY (ed.), *Substantive Harmonisation and Convergence of Laws in Europe, Papers from the INSOL Europe Academic Forum Annual Insolvency Conference 21-22 September 2011, Molino Stucky Hotel, Venice, Italy*, Nottingham, 2012, pp. 3 e s, e PAUL OMAR, “The European Insolvency Regulation and UNCITRAL Model Law”, in: *Eurofenix – The Journal of INSOL Europe*, 2012, 49, pp. 32-33.

¹⁷ Doravante CIP.

tração dos seus interesses, pelo que é determinável por terceiros. Podem, contudo, ser abertos processos secundários nos Estados-membros onde o devedor possua estabelecimentos, sendo os efeitos destes últimos circunscritos aos bens que aí se encontrem.

O Regulamento adopta uma solução de pendor universalista, consagrando, no art. 4.º, a regra de que o Direito do Estado-membro em que o processo é aberto (*lex concursus*) determina todos os efeitos processuais e substantivos do processo¹⁸ e, no art. 16.º, a regra de que a decisão de abertura de um processo de insolvência proferida num Estado-membro é reconhecida em todos os outros Estados-membros¹⁹.

Não é fácil, todavia, contrariar a tendência (natural) para afectar os bens localizados no território de um Estado-membro à satisfação dos interesses dos credores locais nem tão-pouco assegurar o reconhecimento de um processo aberto num Estado-membro pelos outros Estados-membros.

Perguntar-se-á por que razão não foi o Regulamento mais longe, por que não criou, por exemplo, um processo de insolvência, único e universal, aplicável em todos os Estados-membros²⁰. Entre outras vantagens, seria esta ela a solução mais adequada ao princípio *par conditio creditorum* e simultaneamente mais favorável à aplicação de soluções recuperatórias. Para encurtar a discussão, usa-se a fórmula de Bob Wessels e concentra-se a explicação numa palavra: diversidade²¹.

¹⁸ Como diz LUÍS DE LIMA PINHEIRO, o Regulamento articula a competência internacional com o Direito aplicável. Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O Regulamento comunitário sobre insolvência – uma introdução", cit.

¹⁹ Atendendo a que podem ser abertos processos secundários e, inclusivamente, em duas situações, antes da abertura do processo principal (cfr. art. 3.º, n.º 4, do Regulamento), Maria Helena Brito diz que as regras de competência se inspiram num princípio de "universalidade limitada". Cfr. MARIA HELENA BRITO, "Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas", cit., pp. 193 e 199. Por seu turno, DÁRIO MOURA VICENTE refere-se a uma "universalidade mitigada". Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Insolvência internacional: Direito aplicável", cit., p. 91. Entretanto, LUÍS DE LIMA PINHEIRO diz que "um puro sistema universal não atende suficientemente aos interesses dos pequenos credores locais e às vantagens oferecidas por processos territoriais de insolvência em certas circunstâncias. Daí que mereça preferência um sistema misto de pendor universalista". Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O Regulamento comunitário sobre insolvência – uma introdução", cit..

²⁰ GERARD McCORMACK contesta as virtualidades de um processo único e, portanto, de uma tese universalista no âmbito dos processos de insolvência. Cfr. GERARD McCORMACK, "Universalism in Insolvency Proceedings and the Common Law", in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, 32(2), pp. 325 e s.

²¹ Cfr. BOB WESSELS, "Principles of European Insolvency Law" (disponível em <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/405.html>). É essa também a justificação do Regulamento (cfr. Considerando 11).

O certo é que em 2012, foi iniciado um processo para a avaliação do Regulamento. A 30 de Março de 2012 lançou-se uma consulta pública (que encerrou a 21 de Junho) e no final do ano estava disponível a Proposta²²⁻²³.

3.2. Ao longo do processo de avaliação e consulta pública, foi possível identificar no Regulamento cinco pontos fracos e, consequentemente, cinco matérias em que foi considerado necessário intervir.

O primeiro problema apontado foi o âmbito de aplicação do Regulamento. Este não abrange os processos nacionais vocacionados para a reestruturação da empresa em momento anterior à insolvência nem os processos que mantêm o devedor na administração dos seus bens. Um grande número de processos de insolvência relativos às pessoas singulares está também fora do âmbito de aplicação do Regulamento.

Detectaram-se, em segundo lugar, dificuldades na determinação do Estado-membro cujos órgãos são competentes para abrir o processo de insolvência. Existindo amplo consenso quanto ao facto de que o processo deve ser aberto no Estado-membro onde está localizado o CIP, ou seja, no Estado-membro onde o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses. A verdade é que a aplicação prática do critério não é fácil. O Regulamento tem sido criticado por deixar margem a práticas de *forum shopping* (ou *insolvency tourism*) por parte de empresas e pessoas singulares, isto é, permitir a transferência ilegítima do CIP²⁴.

²² O texto da Proposta foi antecedido de/divulgado simultaneamente com outros documentos: a Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de Novembro de 2011, que contém recomendações à Comissão sobre os processos de insolvência no contexto do direito das sociedades da EU (disponível, em português, em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0484+0+DOC+XML+V0//PT>), a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu “Uma nova abordagem europeia da falência e insolvência das empresas”, de 12 de Dezembro de 2012 (disponível, em português, em http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-comm_pt.pdf) e o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, de 12 de Dezembro de 2012 (disponível, em português, em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0743:FIN:PT:PDF>).

²³ Sobre o Regulamento e a reforma existe uma multiplicidade de estudos, de eminentes autores. Cfr., por todos, IAN FLETCHER, “Living in interesting times”: reflections on the EC Regulation on insolvency proceedings”, Part 1, Part 2 and Part 3, in: *Insolvency Intelligence*, 2005, 18(4), pp. 49 e s., 18(5), pp. 68 e s., e 18(6), pp. 85 e s.

²⁴ Sobre o *forum shopping* cfr., entre numerosas outras referências, WOLF-GEORG RINGE, “Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation”, in: *European Business Organization Law Review*, 2008, 9, pp. 579 e s., ADRIAN WALTERS/ANTON SMITH, “‘Bankruptcy Tourism’ under the EC Regulation on Insolvency Proceedings: A View from England and Wales”, in: *International Insolvency Review*, 2009, 19(3) págs. 181 e s. (disponível em <http://dx.doi>).

Observou-se, em terceiro lugar, que existem problemas no contexto dos processos secundários. A verdade é que a abertura de processos secundários pode pôr em causa uma administração eficiente do património do devedor: o síndico do processo principal perde o controlo sobre os bens que estejam localizados noutro(s) Estado(s)-membro(s), o que, por seu turno, dificulta a venda da empresa ou dos bens como um todo. Acresce que os processos secundários são necessariamente processos de liquidação, o que constitui um evidente obstáculo à recuperação.

Notou-se, em quarto lugar, que existem lacunas e dificuldades no que toca à publicidade dos processos e à reclamação de créditos. Actualmente não existe um registo obrigatório das decisões nos Estados-membros em que o processo é aberto nem nos Estados-membros em que está localizado um estabelecimento. Tão-pouco existe um sistema que permita pesquisas sobre processos de insolvência nos diversos registos nacionais. Acredita-se que o bom funcionamento do regime depende em grande parte da publicidade que obtenham as decisões fundamentais do processo de insolvência. Os juízes precisam de saber se já foi aberto algum processo em outro Estado-membro e os credores (actuais e potenciais) precisam de tomar conhecimento de que existe um processo aberto. Notou-se, além disto, que os credores, principalmente os pequenos credores, têm dificuldades na reclamação dos créditos ao abrigo do Regulamento.

Por fim, o Regulamento não contém regras específicas sobre insolvência nos grupos internacionais de sociedades. Não obstante, um grande número de processos de insolvência transfronteiriços envolve grupos de sociedades. A ausência de normas sobre insolvência nos grupos reduz as probabilidades de uma reestruturação do grupo como um todo e pode conduzir ao seu desmembramento.

3.3. Em face dos problemas descritos, foram definidas cinco linhas de intervenção²⁵.

org/10.2139/ssrn.1630890), e MAREK SZYDŁO, “Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law”, in: *European Business Organization Law Review*, 2010, 11, pp. 253 e s.

²⁵ Diz, em contrapartida, ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ (“La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento Europeo de insolvencia”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, 2013, 29, pp. 423-424) que as modificações giram à volta de duas grandes linhas de actuação: primeiro, a reforma da configuração do processo de insolvência com elementos transfronteiriços e, segundo, o aperfeiçoamentos na coordenação internacional de processos abertos em vários Estados. Segundo o A., a intervenção compreende ainda medidas destinadas à concretização da reforma, em particular, no plano das faculdades normativas da Comissão e das obrigações dos Estados-membros.

Quanto ao âmbito de aplicação, a Proposta revê a definição dos processos de insolvência, com a intenção de incluir tanto os processos que prevêem a reestruturação de sociedades numa fase de pré-insolvência e os processos que mantêm a administração em exercício como os processos aplicáveis a pessoas singulares que permitem a exoneração do passivo e que ainda hoje não cabem na definição.

Relativamente à competência, a Proposta esforça-se por clarificar as regras existentes e introduz disposições que facilitam a determinação dos órgãos competentes para a abertura dos processos e simultaneamente dificultam a selecção arbitrária do foro. Como se declara no Considerando 4, é preciso evitar os incentivos que levam as partes a transferir bens ou ações judiciais de um Estado-membro para outro, no intuito de obter uma posição jurídica mais favorável em detrimento da massa de credores.

No que toca aos processos secundários, e na tentativa de propiciar uma gestão mais eficaz do processo de insolvência, a Proposta adopta três medidas. Por um lado, atribui ao tribunal a faculdade de recusar a abertura de processo secundário se isso se mostrar desnecessário para a tutela dos interesses dos credores locais. Por outro lado, deixa de exigir que os processos secundários sejam processos de liquidação. Por fim, promove a coordenação entre o processo principal e os processos secundários, nomeadamente através da extensão do dever de cooperação aos tribunais envolvidos.

Em matéria de publicidade e de reclamação de créditos a Proposta exige que os Estados-membros publiquem as decisões fundamentais dos processos transfronteiriços num registo electrónico de acesso público e promove a articulação entre os registos nacionais. Uniformiza a reclamação de créditos através de várias medidas, entre as quais a criação de um formulário-tipo para a reclamação de créditos.

Por último, quanto aos grupos de sociedades, a Proposta promove a coordenação dos processos de insolvência relativos a membros do grupo, sujeitando os síndicos e os tribunais envolvidos nos diversos processos principais ao dever de cooperação e de comunicação. Além disso, dá aos síndicos envolvidos em determinado processo a faculdade de pedir a suspensão dos restantes processos e de propor um plano coordenado de reestruturação para os membros do grupo sujeitos aos processos de insolvência.

4. Comentários²⁶

4.1. Sobre o âmbito de aplicação

O âmbito de aplicação do Regulamento é fundamentalmente definido nas normas dos arts. 1.º e 2.º.

ARTIGO 1.º

Âmbito de aplicação

1. O presente regulamento é aplicável aos processos judiciais ou administrativos coletivos de insolvência, incluindo as providências cautelares, que se baseiem em legislação no domínio da insolvência ou do ajustamento da dívida, e nos quais, para efeitos de recuperação, ajustamento da dívida, reorganização ou liquidação,

- (a) O devedor é total ou parcialmente privado dos seus bens e é designado um síndico, ou*
- (b) Os bens e negócios do devedor ficam submetidos ao controlo ou fiscalização por parte de um órgão jurisdicional.*

Os processos referidos no presente número são enumerados no anexo A.

2. (...)

ARTIGO 2.º

Definições

Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

- (a) «Processos de insolvência», os processos enumerados no anexo A;*
- (b) «Síndico»,*
 - i) qualquer pessoa ou órgão cuja função seja administrar ou liquidar os bens de cuja administração ou disposição o devedor esteja inibido ou fiscalizar a gestão dos negócios do devedor. A lista destas pessoas e órgãos consta do anexo C;*
 - ii) nos processos que não impliquem a designação de um síndico ou a transferência dos poderes do devedor para o síndico, o termo inclui também o devedor que mantém a posse dos bens.*
- (c) «Órgão jurisdicional», em todos os artigos exceto no artigo 3.º-B, n.º 2, o órgão judicial ou qualquer outra autoridade competente de um Estado-Mem-*

²⁶ Considerando o contexto deste estudo (no âmbito da reflexão sobre a Proposta de alteração ao Regulamento do Grupo de Trabalho de Direito Civil) e ainda a extraordinária amplitude das matérias envolvidas, assinalam-se e comentam-se apenas algumas das normas que, pelo seu alcance ou pelo impacto da alteração a que são sujeitas, surgiram como merecedoras de maior atenção. Adverte-se, assim, para o alcance (necessariamente) limitado desta reflexão.

bro habilitado a abrir um processo de insolvência, a confirmar esta abertura ou a tomar decisões durante a tramitação do processo.

(d) (...).

4.1.1. A norma do art. 1.º, n.º 1, pode ser dividida em duas partes. Na primeira apresenta-se aquilo a que é possível chamar uma “definição-base”, ou seja, o conjunto de características gerais dos processos sujeitos ao Regulamento. Na segunda apresenta-se dois requisitos adicionais ou complementares da definição-base, que são – note-se – alternativos.

4.1.2. Analise-se, em primeiro lugar, a definição-base contida na norma do art. 1.º, n.º 1. Dispõe-se aí que o Regulamento é aplicável aos processos judiciais ou administrativos *colectivos* de insolvência.

Mantendo-se, neste ponto, intocada pela Proposta, o requisito do carácter colectivo restringe injustificadamente o âmbito de aplicação da norma. Não corresponde, além disso, ao melhor entendimento dos processos em causa, constituindo vestígio de uma concepção obsoleta e excessivamente redutora do processo de insolvência e dos processos análogos.

Restringe injustificadamente o âmbito de aplicação da norma porque deixa logo de fora, em princípio, os processos em que, apesar de estar em situação económica difícil, em insolvência iminente ou mesmo em insolvência actual, o devedor não tem mais do que um credor.

Por que haveria, de facto, o sujeito que só tem um credor de ser merecedor de um tratamento diverso daquele a que são votados os restantes sujeitos (aqueles cujas dívidas, porventura até em montante idêntico, foram contraídas, de forma dispersa, junto de vários credores)?

É verdade que aqueles casos não são os mais habituais. São, ainda assim, susceptíveis de se verificar. Podem dever-se a várias circunstâncias, entre as quais, muito simplesmente, a de o devedor ter decidido concentrar o crédito num só credor. Não se vê por que motivo um processo aberto nestas condições deve ficar excluído do âmbito de aplicação do Regulamento.

No que toca, em particular, ao processo de insolvência, esta solução não corresponde, por outro lado, ao melhor entendimento porque há muito tempo que é admitida a abertura de um processo de insolvência mesmo quando existe apenas um credor²⁷. Vendo bem, a utilidade do

²⁷ Cfr. CATARINA SERRA, “¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, 2009, n.º 17, pp. 329 e s., e “Concurso sem concurso? (a falência com um único credor)”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, volume III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 727 e s.

processo de insolvência não se esgota nos casos de pluralidade. Mesmo quando há só um credor, o processo de insolvência é – continua a ser – o instrumento que melhor assegura a salvaguarda o credor contra os actos que lhe são prejudiciais (designadamente, através dos mecanismos da indisponibilidade do devedor relativamente aos seus bens, da ineficácia dos actos posteriores à declaração de insolvência, da resolução e da impugnação pauliana dos actos anteriores à declaração de insolvência) e o que melhor permite o apuramento da culpa na criação ou no agravamento da situação de insolvência e o sancionamento eficaz dos sujeitos culpados.

Poderá argumentar-se que o processo de insolvência foi concebido para a participação de mais do que um credor e que é esta hipótese que, sendo a normal, marca a sua configuração jurídica. Mas o certo é que a pluralidade de credores não é um requisito do processo de insolvência e nem tão-pouco uma condição para a sua procedência, pois nem a pluralidade está entre os pressupostos de abertura do processo – por isso não pode haver revogação da declaração de insolvência por falta de pluralidade – nem a ausência de pluralidade está entre os motivos de encerramento do processo – por isso não pode haver encerramento por falta de pluralidade.

No que toca, por seu turno, aos processos pré-insolvenciais, não só é igualmente configurável a hipótese do devedor com um só credor como a hipótese em que, havendo pluralidade de credores, só um participa no processo.

Restringindo as observações ao Direito português, por razões de comodidade expositiva (mas sem prejuízo de uma generalização), é muito provável que o devedor se apresente ao Processo Especial de Revitalização²⁸ ou ao Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial²⁹ com apenas um credor. Nem um nem outro dependem, para ser abertos, da existência de uma pluralidade de credores. No regime do PER dispõe-se, aliás, que é suficiente um credor, independentemente do montante do seu crédito (cfr. art. 17.º-C, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas³⁰). Se este credor representar uma percentagem significativa do passivo, ele até consegue, sozinho, a aprovação do plano de recuperação (cfr. art. 212.º, n.º 1, *ex vi* do art. 17.º-F, n.º 3, do CIRE). No caso do SIREVE, é preciso que este credor represente 50% do total das dívidas da empresa para que o processo seja aberto (cfr. art. 1.º do DL n.º 178/2012, de 3 de Agosto) e o acordo de recuperação seja aprovado (cfr. art. 12.º, n.º 1, do DL n.º 178/2012, de 3 de Agosto. Não deixa por isso de ser verdade

²⁸ Doravante PER.

²⁹ Doravante SIREVE.

³⁰ Doravante CIRE.

que, em ambos os casos, os processos são susceptíveis de ser abertos e de realizar o seu fim mesmo quando participa um só credor, ou seja, nada obriga a que estes processos sejam colectivos.

Atendendo a tudo o que fica dito, talvez devesse ser suprimida de uma vez a referência ao carácter colectivo dos processos.

4.1.3. No que respeita, em segundo lugar, aos requisitos adicionais ou complementares da definição-base, recorde-se que um dos objectivos fundamentais da revisão do Regulamento é a extensão do seu âmbito de aplicação.

Como se refere na Exposição de Motivos, actualmente, o Regulamento não abrange os processos nacionais que prevêem a reestruturação de sociedades numa fase de pré-insolvência nem os processos que mantêm a administração em exercício – aquilo que, se designa, no Regulamento, respectivamente, como “processos pré-insolvenciais” e “processos híbridos”. Estes processos foram introduzidos em muitos Estados-membros, aumentam as possibilidades de êxito da reestruturação das empresas e devem, portanto, ser abrangidos pelo Regulamento³¹.

Em conformidade, o novo art. 1.º, n.º 1, passa a dispor que o Regulamento se aplica aos processos judiciais ou administrativos em que, alternativamente, o devedor seja total ou parcialmente privado dos seus bens e seja designado um síndico ou então os bens e negócios do devedor fiquem submetidos ao controlo ou à fiscalização por parte de um órgão jurisdicional.

4.1.4. Antes de mais, diga-se que a correspondência, feita na Exposição de Motivos, entre os processos que mantêm a administração em exercício e os “processos híbridos” não é muito feliz.

Desde logo, porque, sendo os processos tradicionais da maioria dos ordenamentos europeus processos que, virtualmente, mantêm a administração em exercício, também eles seriam processos híbridos. Veja-se, só para alguns exemplos, o regime da administração da massa pelo devedor da lei portuguesa (cfr. arts. 223.º a 229.º do CIRE), o regime da *Eigenverwaltung* da lei alemã (cfr. § 270 a § 285 da *Insolvenzordnung*) e o regime-

³¹ Admite-se uma excepção, respeitante aos processos de insolvência confidenciais (os processos de pré-insolvência nacionais em que o devedor entra em negociações com determinados credores, a fim de obter um acordo sobre o seu refinanciamento ou reorganização, mas esta informação não é divulgada). Esta excepção é compreensível e está justificada: a sua natureza contratual e confidencial tornaria difícil o reconhecimento dos seus efeitos a nível da União Europeia, visto que os órgãos jurisdicionais ou credores de outro Estado-membro não teriam conhecimento da sua tramitação.

-regra do *concurso voluntario* da lei espanhola (cfr. 40.1 da *Ley Concursal*)³². A intenção da Proposta, ao estender o âmbito de aplicação, não é – não pode ser – a de abranger estes processos, pois eles estão compreendidos *ab initio*.

A verdade é que a expressão “processos híbridos” tem um significado diferente daquele que lhe é imputado no Regulamento. Designa uma “*second generation*” ou “*second degree*” de instrumentos alternativos aos processos tradicionais, mais precisamente os processos que combinam uma fase informal (negocial) e uma fase formal (judicial). As características essenciais destes processos são, em primeiro lugar, o efeito vinculativo do acordo não obstante a oposição de alguns (a regra da unanimidade é substituída pela regra da maioria) e, em segundo lugar, a homologação do acordo por uma autoridade independente (normalmente, o tribunal). Integram-se aqui os *pre-packaged insolvency plans* (abreviadamente: *pre-packs*), que têm por base um plano pré-negociado de reestruturação ou recuperação, e os *fast track court approval procedures*, que permitem que o acordo que não obtenha aprovação unânime no contexto das negociações possa tornar-se vinculativo para todos os credores, posto que aprovado por determinada maioria. Os *schemes of arrangement* são o exemplo mais acabado destes últimos. Em Portugal, são exemplos, claramente, o PER³³, e ainda, em certos termos, o SIREVE³⁴.

É com este sentido – e com nenhum outro – que a expressão vem sendo usada, há tempo, na literatura jurídica especializada³⁵.

³² Cfr. CATARINA SERRA, “Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da Lei n.º 16/2012 ao Código da Insolvência”, in: *Julgar*, 2012, n.º 18, pp. 175 e s.

³³ Sobre o PER cfr. CATARINA SERRA, “Processo especial de revitalização – contributos para uma ‘rectificação’”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 2012, Abril-Setembro, pp. 715 e s., e “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, in: *I Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 85 e s.

³⁴ O regime do SIREVE admite o suprimento judicial da falta de consentimento dos credores, com o que o acordo de recuperação passa a vincular todos os credores relacionados pela empresa (cfr. art. 19.º, n.º 2, do DL n.º 178/2012, de 3 de Agosto). Não sendo o suprimento judicial um objectivo essencial do processo mas uma mera eventualidade, o SIREVE não corresponde, todavia, ao típico processo híbrido.

³⁵ Cfr. FRANCISCO J. GARCÍAMARTÍN, “The Review of the Insolvency Regulation: Hybrid Procedures and Other Issues”, – Paper presented at the Conference *The Future of the European Insolvency Regulation* (disponível em <http://www.eir-reform.eu/presentations>). Cfr., em Portugal, CATARINA SERRA, “A contratualização da insolvência: *hybrid procedures* e *pre-packs* (A insolvência entre a lei e a autonomia privada)”, in: *II Congresso – Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 265 e s.

São estes processos – os processos híbridos em sentido próprio, sejam eles (admita-se) pré-insolvenciais ou não³⁶ –, e mais nenhuns, que se pretende, com certeza, que sejam abrangidos.

Deveria, pois, rever-se o entendimento da expressão.

4.1.5. Ainda no plano terminológico, uma breve nota acerca da expressão “ajustamento da dívida”, que é usada para designar os processos e procedimentos alternativos ao processo tradicional ou formal de insolvência.

Se bem que ela resulte da tradução literal das palavras utilizadas na versão inglesa da Proposta (“*adjustment of debt*”), a expressão “ajustamento da dívida” tem pouco significado em Portugal. Talvez não fosse inconveniente optar-se por uma expressão alternativa. A expressão “reestruturação do passivo” ou “reestruturação da dívida”, utilizada nos Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores (cfr. Décimo Primeiro Princípio), aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros de 25 de Outubro de 2011, é uma solução possível e adequada.

4.1.6. Veja-se agora como se concretizou a ambicionada extensão do âmbito de aplicação.

O requisito enunciado em primeiro lugar no art. 1.º, n.º 1, já constava da redacção anterior da norma. A Proposta limitou-se, portanto, a acrescentar um requisito alternativo, no intuito de estender a aplicação do Regulamento a casos antes não abrangidos por falta de preenchimento do primeiro.

A tentativa peca, ainda assim, por insuficiência. A redacção da norma nos termos propostos conduz a que seja duvidosa a aplicação do Regulamento a alguns casos relevantes. Está em causa, mais precisamente, no contexto do Direito português, o já mencionado SIREVE.

A Proposta mantém, é certo, e como se salienta na Exposição de Motivos, a possibilidade de os processos de insolvência nacionais abrangidos pelo Regulamento serem enumeradas no anexo A e de os Estados-membros decidirem se devem ou não notificar um determinado processo de insolvência a incluir neste anexo. No entanto, como também se adverte na Exposição de Motivos, a Proposta introduz um procedimento que permitirá à Comissão aferir se o processo de insolvência nacional notificado cabe na definição revista, sendo possível enumerar no anexo *apenas os processos que cumpram o disposto no Regulamento*. O que significa que, não

³⁶ O SIREVE, por exemplo, não é um processo pré-insolvencial mas misto, dado que se aplica a empresas em situação económica difícil, em insolvência iminente e em insolvência actual.

cabendo um processo na definição revista, por não preencher nenhum dos dois requisitos complementares da definição-base, não será possível ao Estado-membro enumerá-lo no anexo.

4.1.7. Como é do conhecimento geral, o SIREVE foi criado pelo DL n.º 178/2012, de 3 de Agosto³⁷. Não é seguro que o SIREVE se reconduza ao grupo de casos a que respeita o primeiro requisito nem ao grupo de casos a que respeita o segundo. Isto porque ele não é – pelo menos, não é claramente – nem um processo em que o devedor fica total ou parcialmente privado dos seus bens e é designado um síndico nem tão-pouco um processo em que os bens ou negócios do devedor ficam submetidos ao controlo ou à fiscalização por parte de um órgão jurisdicional.

Não é, desde logo, um processo em que os bens ou negócios do devedor ficam submetidos ao controlo ou à fiscalização por parte de um órgão jurisdicional, porque o processo é quase sempre, do início ao fim, um processo extrajudicial. A intervenção do tribunal é meramente eventual e, quando se verifica, restringe-se a uma actividade completamente distinta da de fiscalização da administração dos bens (restringe-se ao já referido suprimimento judicial da falta de consentimento de alguns credores ao acordo de recuperação, nos termos do art. 19.º, n.º 2, do DL n.º 178/2012).

Quem tem o papel decisivo no SIREVE é o Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e à Inovação³⁸. E, apesar de estranho, tem de se admitir que ele seja considerado o órgão jurisdicional do processo. De facto, quando se lê a definição de “órgão jurisdicional” disposta na norma do art. 2.º (c), percebe-se que o órgão jurisdicional não é, afinal, necessariamente um juiz ou magistrado e que pode ser qualquer outra autoridade competente de um Estado-membro habilitada a abrir um processo de insolvência, a confirmar esta abertura ou a tomar decisões durante a tramitação do processo. Mesmo admitindo esta abrangência, continua a não se preencher o requisito: o IAPMEI não tem poderes no âmbito da administração ou da fiscalização da administração dos bens do devedor.

Os “guardiões” dos bens – de alguns dos bens – da empresa são, na realidade, os credores. A empresa fica impedida de ceder, locar, alienar ou

³⁷ Cfr. CATARINA SERRA, *O Regime Português da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2012 (5.ª edição), pp. 27 e s., e “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, in: *I Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 85 e s.

³⁸ Doravante IAPMEI.

por qualquer modo onerar no todo ou em parte, os bens que integram o seu património até à extinção do procedimento e os credores, quando se sintam prejudicados pelos actos praticados em violação destas limitações, têm a possibilidade de impugnar e pedir a declaração de invalidade dos actos que diminuam, frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos seus créditos (cfr. art. 11.º, n.º 5, do DL n.º 178/2012). Ora, os credores não são – nem podem equiparar-se a – um órgão jurisdicional, mesmo no sentido lato do art. 2.º (c) do Regulamento. E nem a possibilidade de impugnar e pedir a declaração de invalidade dos actos pode ser propriamente qualificada como uma actividade de controlo ou de fiscalização de bens.

Poderá o SIREVE qualificar-se, por outro lado, como um processo em que o devedor fica total ou parcialmente privado dos seus bens e é designado um síndico, ao abrigo do disposto no art. 2.º, n.º 1 (a)?

Como se disse, a empresa fica impedida de ceder, locar, alienar ou por qualquer modo onerar no todo ou em parte, os bens que integram o seu património até à extinção do procedimento. Mas não há designação de síndico na acepção da norma do art. 2.º (b), al. i), ou seja, não há designação de pessoa ou órgão cuja função seja administrar ou liquidar os bens de cuja administração ou disposição o devedor esteja inibido ou fiscalizar a gestão dos negócios do devedor.

O facto é que o art. 2.º (b) não se fica por aí. Existe ainda uma al. ii). Surpreendentemente, nesta norma faz-se tábua rasa de tudo quanto se disse atrás: nos processos que não impliquem a designação de um síndico ou a transferência dos poderes do devedor para o síndico, o termo “síndico” inclui também... o devedor que mantém a posse dos bens!

Não pretendendo, para já, comentar a norma do art. 2.º (b), al. ii), pergunta-se apenas: será que é possível por esta via incluir, afinal, no âmbito de aplicação do Regulamento os processos que, como o SIREVE, estão aparentemente excluídos nos termos do art. 1.º?

A hipótese será abordada de seguida, a propósito do art. 2.º, mais precisamente, a propósito da noção de síndico. Independentemente da resposta que aí se dê, uma coisa é inegável: será sempre no art. 1.º – e não no art. 2.º – que deve ser fixado o âmbito de aplicação do Regulamento. Se, para que um processo se considere abrangido pelo Regulamento, for preciso “saltitar” entre normas, na expectativa de encontrar em alguma delas a possibilidade de fazer entrar aquilo que, nos termos de outras, está categoricamente fora, alguma coisa falhou seriamente.

Se outras correcções não se fizerem na norma do art. 2.º, espera-se que, pelo menos, o disposto no art. 1.º, n.º 1, seja reformulado, de forma a abranger claramente os processos em que não é designado um síndico

e nem os bens e negócios do devedor ficam submetidos ao controlo ou à fiscalização por parte de um órgão jurisdicional.

4.1.8. Introduzindo a Proposta, como se disse, um procedimento que permite enumerar no anexo apenas os processos que cumpram o disposto no Regulamento (e à Comissão aferir se o processo de insolvência nacional cabe na definição revista), cabe inverter o problema e fazer uma pergunta (quase) retórica: o que acontece se o Estado-membro decidir não enumerar um procedimento que cumpra os requisitos do art. 1.º, n.º 1?

A pergunta não é despiciente pois há notícias (ou rumores) de o Reino Unido não tencionar incluir no anexo os *schemes of arrangement* ou, pelo menos, de haver numerosos defensores da sua não inclusão³⁹.

O principal argumento é o de que, sendo o critério ou factor determinante para a aplicação dos *schemes* menos exigente do que o do Regulamento, a inclusão na lista prejudicaria o (grande) alcance dos *schemes*. Note-se que para um devedor estrangeiro possa utilizar este instrumento basta ter “alguma conexão relevante” com o Reino Unido. Mas acrescem outros argumentos: em primeiro lugar, dada a sua vocação para abranger apenas alguns credores, os *schemes* não são reconduzíveis à categoria dos típicos processos colectivos; em segundo lugar, eles não são rigorosamente um instrumento do Direito da insolvência mas sim um instrumento do Direito das sociedades (usado também em aquisições, fusões, cisões e

³⁹ Os *schemes of arrangement* são uma providência específica de Direito inglês das sociedades, regulada na Part 26 (sections 895-901) do *Companies Act 2006* (CA 2006), que permite tornar o acordo entre o devedor e os seus credores vinculativo, por via da intervenção judicial, mesmo quando haja oposição de alguns. São muito versáteis, podendo ser utilizados nos mais variados contextos: aquisições, fusões, cisões, transformações e situações de pré-insolvência. Neste último caso, têm o propósito de evitar a declaração de insolvência. Podem implicar a reestruturação das dívidas, a transmissão dos bens e das dívidas para uma nova sociedade ou a conversão das dívidas em participações sociais (*debt for equity swap*), em suma: a novação (objectiva ou subjectiva) das obrigações. A sua execução envolve quatro fases essenciais: em primeiro lugar, o requerimento do devedor ou de algum credor ao tribunal para que ele convoque determinado(s) grupo(s) de credores para uma assembleia, nos termos legais (section 896 do CA2006); em segundo lugar, a convocação destes credores e a explicação, contida na convocatória, sobre os efeitos do *scheme of arrangement*: qualquer credor afectado (*impaired creditor*) tem o direito de se opor na audiência final [section 897 (1) e (2) do CA 2006]; em terceiro lugar, a aprovação do *scheme of arrangement* por credores ou grupos de credores na assembleia: em regra, por uma maioria correspondente a 75% do valor dos créditos relevantes [section 899 (1) do CA 2006]; por fim, a homologação judicial do *scheme of arrangement* [section 899 (1) do CA 2006], com efeitos a partir do registo da sentença [section. 899 (2) do CA 2006], o que o torna vinculativo para todos os credores ou grupos de credores e para o devedor [section 899 (3) do CA 2006].

transformações de sociedades); finalmente, eles não precisam de estar enumerados no anexo para beneficiar de reconhecimento (mesmo sem isso eles já são reconhecidos em diversos Estados-membros).

Tal como está, a Proposta não permite, de facto, sustentar que existe o dever de os Estados-membros incluírem no anexo um processo que eles não queiram incluir, nem, muito menos, a possibilidade de os outros Estados-membros o forçarem a tal.

A pergunta inevitável é: não deveria haver? Atendendo ao objectivos de convergência e, consequentemente, de extensão do alcance do Regulamento, não deveriam, por alguma forma, poder ser abrangidos os processos que se reconduzissem à (a uma) definição mesmo que não enumerados no anexo?

4.1.9. A norma do art. 2.º tem a função de disponibilizar definições. Trata-se, mais precisamente, de fixar o entendimento que deve ser dado aos conceitos fundamentais utilizados no Regulamento.

4.1.10. Em primeiro lugar, diz-se na al. (a) do art. 2.º, norma cuja epígrafe é – repete-se – “definições”, que se entende por processos de insolvência os processos enumerados no anexo A.

Como se viu, na norma do art. 1.º, n.º 1, há um “esforço” de definição dos processos a que o Regulamento é aplicável e, complementarmente, uma remissão para o anexo A. Não se compreende, por isso, facilmente que a norma do art. 2.º (a) “retome”, de alguma forma, a definição de processos de insolvência.

Verifica-se, depois, que a definição se reconduz a uma remissão para o anexo A⁴⁰. Por si só, este facto é susceptível de suscitar algumas reservas⁴¹

⁴⁰ A redução do texto do art. 2.º (a) a uma remissão para o anexo A era uma das propostas da INSOL Europe. Cfr. *Revision of the European Insolvency Regulation – Proposals by INSOL Europe*, Nottingham, 2012, pp. 26 e 35. Explica-se a medida dizendo que, deste modo, o âmbito de aplicação do n.º 1 do art. 1.º não contendia directamente com a definição de “processos de insolvência”, servindo apenas como orientação para determinar que procedimentos devem ser enumerados no anexo A. Compreende-se a razão de ser da proposta (distinguir e compatibilizar as duas normas). O que acontece, como se verá, é que há regras (nomeadamente de técnica legislativa) que não podem deixar de ser respeitadas.

⁴¹ Veja-se, por exemplo, JEAN-LUC VALLENS, que formula a seguinte pergunta: “*Is it [the definition of insolvency proceedings] a real definition? It is only mentioned in the scope of the Regulation (EIR, Art.1) but not in the provision aimed at the definitions (EIR, Art.2)*”. Cfr. JEAN-LUC VALLENS, “The Future of the European Regulation on Insolvency Proceedings”, in: REBECCA PARRY (ed.), *The Reform of International Insolvency Rules at European and National Level – Papers from the INSOL Europe Academic Forum/Milan Law School Joint Insolvency Conference, University of Milan Law School, Milan, Italy, 31 March-1 April 2011*, 2011, p. 121.

42. Acresce que a remissão em causa já é feita pela norma do art. 1.º, n.º 1. Agravando as coisas, a Proposta suprimiu a remissão para o disposto no art. 1.º, n.º 1, que é, como se viu, a norma onde se encontra algo próximo de uma definição tradicional ou “em sentido próprio”.

Trata-se de uma opção arriscada no plano da segurança jurídica. Isto principalmente porque o anexo A, para o qual a norma remete, contém uma enumeração *exhaustiva*, como se afirma, aliás, no Considerando 9. Isto significa que quaisquer processos que não estiverem originariamente enumerados no anexo A estão excluídos do Regulamento. Como se determina se é possível incluí-los *a posteriori* no anexo? A possibilidade da sua inclusão não pode resultar do art. 2.º (a), dado que ele apenas remete para a lista dos já incluídos. A possibilidade da sua inclusão resulta, sim, da norma do art. 1.º, n.º 1. Mas então, o efeito útil daquela outra norma é diminuto.

O que se quer dizer, por outras palavras, é o seguinte: não é muito razoável que a norma remeta para o anexo sem fornecer um critério que permita saber o que ele poderá incluir.

Para que a norma do art. 2.º (a) tenha alguma utilidade dever-se-ia fazê-la recuperar a função de remissão que tinha antes da Proposta, isto é, pôr-se a norma a remeter para a definição do art. 1.º, n.º 1.

4.1.11. Na norma do art. 2.º, diz-se, na al. (b), que se entende por síndico qualquer pessoa ou órgão cuja função seja administrar ou liquidar os bens de cuja administração ou disposição o devedor esteja inibido ou fiscalizar a gestão dos negócios do devedor, constando a lista destas pessoas e destes órgãos do anexo C. Nos processos que não impliquem a designação de um síndico ou a transferência dos poderes do devedor para o síndico, o termo inclui também o devedor que mantém a posse dos bens.

4.1.12. Diga-se, antes de prosseguir, que a perpetuação da palavra “síndico” no articulado do Regulamento não é uma boa opção.

De facto, o termo “síndico” foi usado pela última vez em Portugal no Código de Processo Civil, quando este regulava ainda o processo de falência. Desde o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (1993) que o termo deixou de ser usado na linguagem legis-

⁴² A definição por via de remissão torna-se, contudo, mais fácil de aceitar se se tiver em conta que, como salienta RUI PINTO DUARTE (*Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 74), “por meio das definições legais (...) a intenção específica da lei é dar critérios de decisão, que, ao apresentar definições, a lei não pretende dizer o que os definidos são, mas sim em que circunstâncias as suas previsões se aplicam”.

lativa e também, por consequência, na linguagem jurídica, pelo menos com o sentido de órgão associado ao processo de insolvência. O único sinal da sobrevivência do termo é o Regulamento, havendo compreensíveis dúvidas sobre se a nova geração de estudiosos e aplicadores do Direito da insolvência conhecerá, de facto, – ou apenas depreende – o significado da expressão.

Aparentemente, para efeitos do Regulamento, o termo “síncico” é o correspondente do termo inglês “liquidator” mas a verdade é que não há rigorosa correspondência entre eles. No quadro da lei portuguesa (pregressa), o síncico era um verdadeiro magistrado, cuja função era substituir o juiz nas fases de pendor administrativo do processo de falência e fiscalizar a actividade do administrador (que era, na altura, uma espécie de técnico de administração da massa falida)⁴³. Enquanto isso, o *liquidator* é – ainda hoje é – um administrador que actua nos processos de pendor liquidatório (*winding up* ou *liquidation*). Por isto mesmo, tão-pouco o termo *liquidator* é a melhor escolha para a versão inglesa do Regulamento: não é compatível com a tão anunciada vocação do diploma para privilegiar, de agora em diante, os esforços de reestruturação e recuperação.

Tem-se presente a existência do anexo C, que contém uma lista das pessoas e dos órgãos de cada Estado-membro desejavelmente abrangidos pela definição e que é susceptível de actualizações. Assim assim, considera-se que o termo “síncico” não é, pelas razões indicadas, o melhor termo para “encabeçar” uma definição nem deve ser o termo de utilização geral no âmbito do Regulamento.

Aproveitando a fórmula adoptada por ocasião da recente publicação do Estatuto do Administrador Judicial (cfr. Lei n.º 22/2013, de 16 de Fevereiro), sugere-se que a expressão “síncico” seja substituída pela de “administrador judicial”⁴⁴. A nova fórmula tem até a vantagem de ser mais “neutra” do que a anterior (“administrador da insolvência”). Não dá aso a uma conotação imediata com o processo formal de insolvência e permite mesmo uma associação aos processos pré-insolvenciais, aos processos de reestruturação ou recuperação e aos procedimentos dirigidos à

⁴³ Para a caracterização do síncico e do administrador e a distinção entre os dois órgãos no âmbito do Código de Processo Civil cfr. PEDRO DE SOUSA MACEDO, *Manual de Direito das Falências*, vol. I, cit., pp. 485 e s.

⁴⁴ Quanto ao termo “liquidator”, sugere-se que seja substituído pela expressão “insolvency practitioner” (IP). É de salientar que os IP passaram a auto-denominar-se “business recovery professionals” [quando a principal associação profissional de IP, que inicialmente se chamava “Society of Insolvency Practitioners”, foi redenominada “Association for Business Recovery Professionals” (R3)].

exoneração do passivo, que, como se viu, são os destinatários da extensão do Regulamento⁴⁵.

4.1.13. Quando se lê a definição de síndico do art. 2.º (b), parece poder concluir-se que nos processos que não impliquem a designação de um síndico ou a transferência dos poderes do devedor para o síndico o termo “síndico” inclui também o devedor que mantém a posse dos bens. Assim, parece que a exigência de síndico imposta no art. 1.º, n.º 1, deve poder interpretar-se como... exigência nenhuma!

Sucedem-se, naturalmente, várias dúvidas:

Primeiro, para que serve a exigência de síndico imposta no art. 1.º, n.º 1?

Segundo, não será absolutamente contraditório que a palavra “síndico”, com tudo o que lhe está tradicionalmente associado (um sujeito com poderes de orientação, de controlo, de fiscalização, de supervisão relativamente a um ou mais sujeitos), possa também designar o devedor que mantém a posse dos seus bens?

Terceiro, se a intenção era desconsiderar, em certos casos, a exigência de síndico, não teria sido mais coerente “abrir” desde o início a norma do art. 1.º (e o âmbito de aplicação do Regulamento) a tais casos em vez de esperar que o intérprete chegasse a essa conclusão pela leitura de outras normas?

Independentemente da resposta que se dê as estas questões, é altura de enfrentar uma questão que se deixou para trás: será que esta norma, com a sua “permissividade”, não torna possível, afinal, incluir um processo como o SIREVE no âmbito de aplicação do Regulamento? Parece – ou receia-se – bem que sim. Se o que faltava ao SIREVE (a nomeação de um síndico) à luz do art. 1.º, n.º 1, deixa de ser um requisito por força do art. 2.º (b)...

Reitera-se, no entanto, o que já se disse: é no art. 1.º – e não no art. 2.º – que deve ser fixado o âmbito de aplicação do Regulamento. Se, para que um processo se considere abrangido pelo Regulamento, for preciso “saltitar” entre várias normas, na expectativa de encontrar nalguma delas a possibilidade de fazer entrar aquilo que, nos termos de outras, está categoricamente excluído, alguma coisa falhou seriamente.

⁴⁵ Nos termos do art. 2.º, n.º 2, da Lei n.º 22/2013, de 16 de Fevereiro, o administrador judicial designa-se administrador judicial provisório, administrador da insolvência ou fiduciário, dependendo das funções que exerce no processo, nos termos da lei (ou seja, consoante esteja em causa, respectivamente, o PER ou uma fase cautelar do processo de insolvência, o processo de insolvência ou o procedimento de exoneração do passivo restante).

4.1.14. Na norma do art. 2.º diz-se, na al. (c), que se entende por órgão jurisdicional, em todas as normas excepto na do art. 3.º-B, n.º 2, o órgão judicial ou qualquer outra autoridade competente de um Estado-membro habilitado a abrir um processo de insolvência, a confirmar esta abertura ou a tomar decisões durante a tramitação do processo.

A definição de órgão jurisdicional é tanto ou mais “surpreendente” do que a definição de síndico. Na norma do art. 1.º, n.º 1, a referência ao “órgão jurisdicional” cria a convicção (legítima) de que está em causa um juiz ou magistrado. A norma do art. 2.º (c) destrói-a (e a leitura do já referido Considerando 10 confirma-o): para os efeitos do Regulamento, a expressão “órgão jurisdicional” deve ser interpretada em sentido lato.

Ora, o qualificativo “jurisdicional” tem um significado jurídico consolidado, que é inalienável. Não pode, por isso, a norma do art. 2.º (c) fixar um entendimento que o ignora ou desconsidera *em absoluto*, nem mesmo limitando – como limita – tal entendimento ao contexto do Regulamento⁴⁶. Deveria tomar-se uma posição quanto a esta definição: ou se pretende que a autoridade em causa seja de carácter jurisdicional (tenha poderes jurisdicionais em sentido próprio) ou, como parece ser – e bem – o caso, se pretende abranger também autoridades de outro tipo. Na primeira hipótese, não é admissível incluir na definição casos que a expressão não consinta. Na segunda hipótese, deve escolher-se uma designação distinta.

4.1.15. *Em síntese*, no que toca ao âmbito de aplicação, são alteradas as normas dos art. 1.º e 2.º do Regulamento. Relativamente à norma do art. 1.º, pode dizer-se que, primeiro, a definição-base dos processos abrangidos pelo Regulamento é excessivamente restritiva e que, segundo, os dois requisitos adicionais são insuficientes para abranger todos os processos

⁴⁶ É verdade que, como afirma RUI PINTO DUARTE (*Tipicidade e atipicidade dos contratos*, cit., p. 72 e p. 74) “[q]uando [...] utiliza designações que exprimem conceitos socialmente existentes, a lei pode conformar-se ou não se conformar com o sentido que elas socialmente têm” e que “por meio das definições legais o legislador [não] procura dar definições reais (determinações das essências dos objectos) ou definições lexicais (determinações do significado que os termos têm)”. Mas também não se pode esquecer que, e parafraseando o mesmo A. (*Tipicidade e atipicidade dos contratos*, cit., p. 71), são “[o] propósito de evitar dúvidas, nomeadamente as inerentes à fluidez dos conceitos e das designações socialmente existentes, e a utilização de designações e de conceitos socialmente inexistentes ou em sentido diverso do que socialmente lhes é atribuído [que] impelem o legislador para as definições”. Ora, o certo é que existem conceitos que, mais do que um significado social, têm um significado jurídico (e um lugar próprio na linguagem jurídica), não devendo, portanto, por mais abrangente que se queira a definição legal, ser desrespeitado o limite da “mínima correspondência” entre o significado jurídico do conceito e a sua definição legal.

desejavelmente abrangidos. Relativamente à norma do art. 2.º, a intervenção de que é objecto merece alguns reparos. Primeiro, existe sobreposição entre o disposto na norma do art. 2.º (a) e o disposto na norma do art. 1.º, n.º 1. Segundo, existe alguma desconformidade, e mesmo alguma contradição, entre o disposto na norma do art. 2.º (b) e o disposto na norma do art. 1.º, n.º 1 (a), relativamente à noção de “síndico”. Por fim, assinala-se alguma desconformidade entre o disposto na norma do art. 2.º (c) e o disposto na norma do art. 1.º, n.º 1 (b), relativamente à noção de “órgão jurisdicional”. Acresce que esta última expressão não admite facilmente o entendimento que se lhe pretende fixar.

4.2. Sobre a competência para a abertura do processo de insolvência

A matéria da competência resulta fundamentalmente do disposto na norma do art. 3.º. Trata-se aí, essencialmente, de fixar um critério para determinar o Estado em que o processo deve ser aberto em cada caso, ou seja, o “factor de conexão”. Como se viu, a determinação da competência tem consequências ao nível do Direito aplicável: a lei reguladora da insolvência é a lei do Estado de abertura do processo (*lex fori concursus*).

Ao abrigo da Proposta, o n.º 1 e o n.º 3 do art. 3.º têm uma nova redacção.

ARTIGO 3.º

Competência internacional

1. Os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em cujo território está situado o centro dos interesses principais do devedor são competentes para abrir o processo de insolvência («processo principal»). O centro dos interesses principais é o local em que o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses de maneira estável, sendo determinável por terceiros.

Presume-se, até prova em contrário, que o centro dos interesses principais das sociedades e pessoas coletivas é o local da respetiva sede estatutária.

No caso de pessoa singular que exerça uma atividade comercial ou profissional independente, o centro dos interesses principais é o seu local de atividade principal; no caso de qualquer outra pessoa, o centro dos interesses principais é o lugar de residência habitual.

2. (...)

3. Se for aberto um processo de insolvência nos termos do n.º 1, qualquer processo aberto posteriormente nos termos do n.º 2 constitui um processo secundário. Neste caso, o momento decisivo para avaliar se o devedor dispõe de um estabelecimento no território de outro Estado-Membro é a data de abertura do processo principal.

Verificação da competência; direito a controlo jurisdicional

1. O órgão jurisdicional ao qual for apresentado o pedido de abertura de um processo de insolvência deve verificar oficiosamente se é competente para o fazer, nos termos do artigo 3.º. A decisão de abertura do processo de insolvência deve indicar os fundamentos em que se baseia a competência do órgão jurisdicional e, em especial, se a competência se baseia no n.º 1 ou no n.º 2 do artigo 3.º.

2. (...)

4.2.1. A Proposta preservou o conceito de CIP⁴⁷, que tem sido objecto de numerosas discussões na doutrina e tentativas de densificação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia⁴⁸.

O conceito é uma espécie de compromisso entre a tese do lugar da administração ou da sede real (*real seat doctrine*), típica da maioria dos ordenamentos de *civil law*, e a tese da sede estatutária (*incorporation doctrine*), típica dos ordenamentos de *common law*.

Trata-se de um conceito algo vago, que se presta a manipulações e transferências abusivas (*COMI shift*)⁴⁹. O fenómeno é resultado – um resultado inevitável – da existência de foros alternativos para as mesmas matérias com regras de conflitos divergentes⁵⁰. Ao longo destes anos, muitos foram, com efeito, os processos de insolvência abertos num Estado-membro onde o devedor não desenvolvia a sua actividade desde o início mas para o qual transferiu oportunisticamente a administração dos seus negócios, com a intenção de beneficiar de um Direito mais favorável⁵¹.

⁴⁷ Com estes argumentos, GERARD McCORMACK critica a possibilidade da sua manutenção numa eventual revisão do Regulamento, considerando-a o erro fatal do Regulamento e, por conseguinte, de qualquer proposta de alteração. A verdade é que, como o A. aponta, a via do lugar da sede estatutária agravaria as coisas no que diz respeito aos grupos de sociedades, pois obriga a atribuir relevância exclusiva a cada sociedade, em detrimento da realidade do grupo. Cfr. GERARD McCORMACK, "Time to Revise the European Insolvency Regulation", in: Bob Wessels/Paul Omar (ed.), *The European Insolvency Regulation: An Update – Papers from the INSOL Europe Academic Forum Annual Conference Stockholm, Sweden, 30 September – 1 October 2009*, Nottingham, 2010, pp. 75 e s, e "Reconstructing European Insolvency Law – Putting in Place a New Paradigm", in: *Legal Studies*, 2010, 30 (1), pp. 126 e s.

⁴⁸ Doravante TJUE.

⁴⁹ COMI é o acrónimo de *Centre of Main Interests*.

⁵⁰ Cfr., neste sentido, DÁRIO MOURA VICENTE, "Insolvência internacional: Direito aplicável", cit. p. 87.

⁵¹ Sobre as alterações oportunísticas de CIP e o conceito de abuso do direito cfr. HORST EIDENMÜLLER, "Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law", in: *European Company and Financial Law Review* 2009, pp. 1 e s.

4.2.2. A fim de resolver estas e outras dificuldades de aplicação prática do conceito, a Proposta apresenta agora uma definição em sentido próprio, autonomizando mais claramente a (já existente) presunção quanto ao CIP das sociedades e pessoas colectivas.

Assim, em primeiro lugar, estabelece-se – continua a estabelecer-se – que os órgãos jurisdicionais competentes para abrir o processo de insolvência são os órgãos do Estado-membro em cujo território está situado o CIP. Define-se, depois, o CIP como o local em que o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses de maneira estável, sendo determinável por terceiros. Por fim, prevê-se – continua a prever-se – uma presunção (relativa) no sentido de que o CIP das sociedades e pessoas colectivas é o local da respectiva sede estatutária.

Ainda no n.º 1 é introduzida uma disposição estabelecendo como se determina o CIP das pessoas singulares: no caso de pessoa singular que exerça uma atividade comercial ou profissional independente, o CIP é o local da atividade principal; nos casos das restantes pessoas singulares, o CIP é o lugar de residência habitual.

No novo n.º 3 determina-se um novo dever para o órgão jurisdicional ao qual for apresentado o pedido de abertura de um processo de insolvência: ele deve, antes da sua decisão, verificar oficiosamente se é competente e, decidindo-se pela abertura, indicar os fundamentos em que se baseia a sua competência à luz dos critérios estabelecidos. Será competente se o CIP ou um estabelecimento do devedor se localizar no território do Estado-membro, devendo ser aberto, respectivamente, um processo principal ou um processo secundário.

4.2.3. Diga-se, antes de mais, que, sendo a preocupação dominante a da tutela da confiança, a nova definição contida na norma do n.º 1 do art. 3.º, é muito bem-vinda. Assentando em critérios como o da habitualidade ou da estabilidade da administração dos interesses do devedor e, sobretudo, o da determinabilidade por terceiros, ela é mais adequada à salvaguarda dos interesses daqueles que contrataram com o devedor ou por qualquer outra circunstância se tornaram seus credores.

Dada a ausência de ressalvas e a cuidadosa escolha de palavras (tendencialmente neutras), ela gera a convicção de que se trata de uma definição de alcance geral, isto é, aplicável tanto a pessoas colectivas como a pessoas singulares.

O problema é que, a ser assim, não faria sentido existirem as duas disposições seguintes sobre o CIP das pessoas singulares, que não se conciliam facilmente com ela.

A única possibilidade seria considerar que estas duas últimas disposições funcionam como presunções. Em abstracto, isto não causaria estranheza. Bem pelo contrário, uma vez que existe – sempre existiu – uma presunção quanto ao CIP das sociedades e pessoas colectivas. Mas a verdade é que, pela forma como estão redigidas, as disposições não admitem facilmente esta interpretação.

4.2.4. Em primeiro lugar, continua a presumir-se que o CIP das sociedades e pessoas colectivas é o local da respectiva sede estatutária, o que tem sido interpretado como uma concessão à *incorporation doctrine*.

Diga-se que a Proposta introduz um novo considerando estabelecendo em que circunstâncias é possível ilidir a presunção de que o CIP de uma pessoa colectiva se situa no local da respectiva sede estatutária: a presunção pode ser ilidida se a administração central da sociedade se situar num Estado-membro diferente do da sede estatutária e se uma avaliação global de todos os factores relevantes permitir concluir, de forma determinável por terceiros, que o centro efectivo da administração e supervisão da sociedade e a gestão dos seus interesses se situa nesse outro Estado-membro (cfr. Considerando 13-A)⁵².

O Considerando acrescenta que esta presunção não pode ser ilidida se os órgãos responsáveis pela gestão e pela supervisão de uma sociedade se situarem no mesmo local da sede estatutária e as decisões de gestão forem tomadas nesse local de forma determinável por terceiros.

4.2.5. Como se disse, a Proposta introduz ainda disposições específicas sobre o CIP das pessoas singulares: as pessoas singulares que exerçam uma atividade comercial ou profissional independente e as restantes. O CIP das primeiras é o seu local de atividade principal, não existindo, para facilitar a sua determinação em concreto, nenhuma presunção.

À imagem do que acontece a respeito do CIP das sociedades e pessoas colectivas, talvez devesse ser equacionada a possibilidade de uma referência expressa à susceptibilidade de determinação do CIP por terceiros. Afinal, por muito que as situações de uma sociedade e de um empresário em nome individual sejam distintas, poderá não haver diferenças essenciais para determinados efeitos. Assim, por exemplo, é indiscutível que,

⁵² Como se diz na Exposição de Motivos da Proposta, a redacção do Considerando foi retirada do acórdão “Interedil” do TJUE de 20 de Outubro de 2011. (Processo C-396/09, disponível, em português, em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0396:PT:HTML>).

em ambas as situações, é necessário tutelar as legítimas expectativas dos credores.

À imagem do que acontece a respeito do CIP das sociedades e pessoas colectivas, e para facilitar a determinação em concreto do CIP das pessoas singulares que exerçam uma atividade comercial ou profissional independente, talvez devesse introduzir-se uma presunção, estabelecendo que, até prova em contrário, se presume que o CIP é o local da respectiva matrícula ou registo profissional.

4.2.6. A norma estabelece ainda que o CIP das restantes pessoas singulares é o lugar de residência habitual. Tão-pouco aqui se dispõe expressamente qualquer presunção. Não é sequer fornecido um critério para resolver situações duvidosas.

O que sucede, por exemplo, quando o devedor tenha pluralidade de residências habituais?

Os casos não serão frequentes mas a verdade é que é concebível que, por razões profissionais ou familiares, algumas pessoas passem parte do ano num Estado-membro e parte do ano em outro, fazendo com que a “residência habitual” não seja fácil de identificar. Aos órgãos jurisdicionais de qual dos Estados-membros deverá pertencer, nestes casos, a competência internacional? Não deveria existir uma presunção ou um critério subsidiário?

4.2.7. A nova redacção do art. 3.º, n.º 3, encerra uma novidade importante: o abandono do requisito de que os processos secundários revistam a forma de processos de liquidação. A novidade é reiterada no (novo) art. 27.º. O ganho é indiscutível e dispensa mais esclarecimentos: a abertura de um processo secundário deixa de ser um facto impeditivo da reestruturação do património do devedor como um todo.

4.2.8. Uma advertência final para a necessidade de conformar as regras de competência contidas no art. 3.º do Regulamento e as normas da lei da insolvência portuguesa.

Como foi apontado por vários autores, nem todas as regras contidas no Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa são perfeitamente (ou facilmente) conciliáveis com o disposto no Regulamento⁵³. A situação não se altera com a Proposta.

⁵³ A advertência relativamente à desconformidade das três normas do Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa que de seguida se referirão com o Regulamento foi feita, logo de início, entre outros autores, por MARIA HELENA BRITO. Cfr. MARIA HELENA BRITO,

Como se viu, o art. 3.º, n.º 1, do Regulamento prevê – e continuará a prever de acordo com a Proposta – que os órgãos jurisdicionais do Estado-membro em cujo território está situado o CIP do devedor são competentes para abrir o processo de insolvência. Assim, sempre que o devedor tenha os seus bens situados em vários Estados-membros, a única razão admissível para a abertura do processo principal em Portugal só poderá ser a localização do CIP do devedor em Portugal. É isto que resulta diretamente do Regulamento – e continuará a resultar de acordo com a Proposta. Não faz, pois, sentido uma norma com o teor do art. 271.º do CIRE, dando a ideia de que pode existir qualquer outra razão para justificar a competência dos tribunais portugueses para além desta.

Comentário idêntico merece a norma do art. 272.º, n.º 3, do CIRE, que dispõe sobre a impossibilidade de os tribunais portugueses indeferirem o pedido de declaração de insolvência sempre que o tribunal de outro Estado-membro se recusar fazê-lo com fundamento na competência dos tribunais portugueses. Será, então, ao tribunal do Estado-membro estrangeiro que cabe decidir sobre o tribunal competente competência por aplicação do critério contido no art. 3.º, n.º 1? Não podem (também) os tribunais portugueses fazer a sua avaliação? Podem e devem. E se o resultado que atingirem for diferente daquele que declara o tribunal do outro Estado-membro (isto é, se verificarem que o CIP do devedor não se situa em Portugal), podem e devem os tribunais portugueses recusar-se a abrir o processo de insolvência, com fundamento na sua incompetência, seja o que for que diga aquele tribunal⁵⁴.

Por fim, mantendo a Proposta – como mantém – o disposto no n.º 2 do art. 3.º, há – continuará a haver – incompatibilidade entre a disciplina do Regulamento e a norma do art. 294.º, n.º 2, do CIRE. Nos termos do Regulamento, um processo secundário (territorial ou, como lhe chama a lei portuguesa, “particular”) pode ser aberto noutro Estado-membro desde que o devedor tenha aí um estabelecimento [entendido, nos termos do art. 2.º (g), como o local de operações em que o devedor exerça de maneira estável uma atividade económica com recurso a meios humanos e a bens materiais]. Ora, de acordo com o art. 294.º, n.º 2, do CIRE, se o devedor

“Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, cit., pp. 219-220.

⁵⁴ Segundo LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA o que não podem – e é isso o que se pretende, de forma imperfeita, dizer – é devolver a competência ao tribunal a recusou. Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado* (2.ª edição atualizada de acordo com as Leis n.ºs 16/2012 e 66-B/2012, e o Código de Processo Civil de 2013), *Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado, Legislação Complementar*, Lisboa, Quid Juris, 2013, p. 977.

não tiver estabelecimento em Portugal, a competência dos tribunais portugueses depende da verificação dos requisitos impostos pela al. d) do n.º 1 do art. 65.º do Código de Processo Civil⁵⁵. Para que esta norma não contrarie o Regulamento, o seu alcance necessita de ser reduzido, devendo ressaltar-se os casos abrangidos pelo Regulamento – em que, sendo o único critério aplicável o da titularidade de um estabelecimento e não se localizando este em Portugal, os tribunais portugueses não são, pura e simplesmente, competentes⁵⁶.

Sem prejuízo do primado do Direito da União Europeia, que garante a prevalência deste no caso de desconformidade do Direito interno, seria legítimo esperar que estas considerações fossem finalmente tidas em conta na sequência e a pretexto desta alteração ao Regulamento.

4.2.9. *Em síntese*, no quadro das regras de competência é alterado o disposto nas normas dos n.ºs 1 e 3 do art. 3.º. Desde logo, a nova redacção do n.º 1 causa reservas. Primeiro, não resulta evidente se a nova definição de CIP se aplica apenas aos casos de pessoas colectivas ou simultaneamente aos casos pessoas colectivas e aos casos de pessoas singulares. Nesta última hipótese, é provável que se criem problemas de compatibilidade com as duas disposições sobre o CIP das pessoas singulares. Depois, existe uma disparidade injustificada entre o regime das sociedades e pessoas colectivas e o regime das pessoas singulares que exerçam atividade comercial ou profissional independente. Por fim, o critério eleito para determinar o CIP das restantes pessoas singulares pode deparar com problemas de aplicação prática.

⁵⁵ Com o novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, e em vigor a partir do dia 1 de Setembro de 2013, desaparece a al. d) do n.º 1 do art. 65.º. Mantendo-se, contudo, a norma na al. c) do art. 65.º, mantêm-se válidas as observações.

⁵⁶ Também LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA se aperceberam da diversidade de regime. Questionaram-se, em face disso, se a possibilidade de abrir um processo secundário em Portugal quando o devedor não tem um estabelecimento localizado em Portugal subsiste ainda nos casos em que o Regulamento é aplicável e responderam negativamente. Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 1017. Alexandre de Soveral Martins propugna igualmente uma leitura restritiva do art. 294.º, n.º 2, do CIRE. Cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “O ‘CIP’ (‘Centro dos Interesses Principais’) e as Sociedades: um capítulo europeu”, in: *O Direito das Sociedades em revista*, 2009, n.º 1, p. 138 (nota 14).

4.3. Sobre os processos secundários

Em matéria de processos secundários salienta-se – e aplaude-se – por um lado, a nova redacção do art. 27.º e, por outro lado, o novo art. 29.º-A.

ARTIGO 27.º

Abertura

Se um processo principal for aberto por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro e reconhecido noutro Estado-Membro, um órgão jurisdicional de outro Estado-Membro que for competente por força do artigo 3.º, n.º 2, pode abrir um processo de insolvência secundário em conformidade com o disposto no presente capítulo. Os efeitos do processo secundário devem limitar-se aos bens do devedor situados no território do Estado-Membro em que o processo tiver sido aberto.

ARTIGO 29.º-A

Decisão de abertura de processo secundário

1. O órgão jurisdicional ao qual for apresentado o requerimento de abertura de um processo secundário deve notificar imediatamente o síndico do processo principal e dar-lhe oportunidade de ser ouvido sobre o requerimento.

2. A pedido do síndico do processo principal, o órgão jurisdicional referido no n.º 1 deve adiar a decisão de abertura ou recusar a abertura de um processo secundário, se a abertura deste processo não for necessária para proteger os interesses dos credores locais, em especial se o síndico do processo principal tiver dado a garantia referida no artigo 18.º, n.º 1, e estiver a cumpri-la.

3. Ao ponderar a abertura do processo secundário, o órgão jurisdicional referido no n.º 1 deve abrir o processo mais adequado nos termos da lei nacional, atendendo aos interesses dos credores locais, independentemente do preenchimento de qualquer condição relativa à solvabilidade do devedor.

4. O síndico do processo principal deve ser notificado da decisão de abertura do processo secundário e tem o direito de a contestar.

4.3.1. A primeira novidade é a confirmação, no art. 27.º, do abandono do requisito de que os processos secundários sejam um dos processos referidos no anexo B, isto é, revistam a forma de processos de liquidação (como já decorria do art. 3.º, n.º 3). Em conformidade, a Proposta elimina o anexo B e procede a todas as outras adaptações necessárias⁵⁷.

⁵⁷ Cfr., para a descrição destas medidas, ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento Europeo de insolvencia”, cit., p. 433.

Como já se viu a propósito do art. 3.º, a medida era aguardada e é, sem dúvida, positiva. Apesar de tudo, e como já foi notado⁵⁸, a norma deveria ser mais limitativa, autorizando apenas que o processo secundário tivesse a mesma finalidade do processo principal. É que, tal como está redigida, a norma permite que se configurem situações absurdas, em que o processo secundário é de recuperação enquanto o processo principal é de liquidação e envolve a extinção da sociedade ou entidade devedora.

4.3.2. A outra novidade digna de registo – e que constitui, indiscutivelmente, um passo adicional no sentido da universalidade – está consagrada no art. 29.º-A⁵⁹. Trata-se do dever do órgão jurisdicional a quem tiver sido apresentado o pedido de abertura de um processo secundário de recusar a abertura deste ou de adiar a decisão se tal lhe for solicitado pelo síndico do processo principal e desde que esta abertura não seja necessária para proteger os interesses dos credores locais⁶⁰.

Prevê-se expressamente que a abertura de um processo secundário não é necessária se o síndico do processo principal prometer aos credores locais que serão tratados, no processo principal, como se tivesse sido aberto um processo secundário e que os direitos que teriam relativamente à determinação e à graduação dos seus créditos serão respeitados na distribuição dos bens⁶¹. A norma do art. 29.º-A remete, com efeito, para o art. 18.º, n.º 1. Este, na sua nova redacção, prevê que o síndico possa dar esta garantia, com efeito vinculativo relativamente ao património.

Espera-se que da nova possibilidade aberta no n.º 2 do art. 3.º resultem vantagens, sobretudo no plano dos custos. Ela precisará, no entanto, de ser aplicada com alguma cautela.

Parte-se do princípio que a instauração de processos secundários se reduz à função de protecção dos credores locais e, por isso, para que ela

⁵⁸ Cfr. ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento Europeo de insolvencia”, cit., p. 434.

⁵⁹ Cfr., também neste sentido, ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento Europeo de insolvencia”, cit., pp. 435-436.

⁶⁰ Recorde-se que, para estes efeitos, os credores locais são os credores cujos créditos sobre o devedor decorrem da atividade de um estabelecimento situado num Estado-Membro diferente daquele em que se situa o centro dos interesses principais do devedor [cfr. novo art. 2.º, al. (h)].

⁶¹ Na Exposição de Motivos da Proposta diz-se que esta prática – apelada aí de “processo secundário sintético” mas que talvez devesse ser apelada “processo secundário ficcionado” – tem tido alguma aplicação no Reino Unido, tendo os tribunais ingleses aceitado já, em alguns casos, que os síndicos (ingleses) designados para o processo principal distribuíssem parte dos bens de acordo com a lei do Estado-membro em que se situa o estabelecimento. Com a introdução da nova regra, esta prática tornar-se-á generalizada.

seja dispensada é suficiente que eles não sejam prejudicados. A verdade é que ela pode ter outros propósitos, designadamente o da administração eficaz dos patrimónios (quando os patrimónios sejam particularmente complexos) ou a observância do Direito e o respeito pelos institutos jurídicos (quando as diferenças entre os sistemas jurídicos sejam tão profundas que algumas categorias são intransponíveis de um para o outro). Nestas hipóteses, a abertura de processos secundários não se relaciona – ou não se relaciona directamente – com os interesses dos credores, não devendo, pois, tal abertura depender da existência ou não de risco de prejuízo para estes.

Para resolver este primeiro problema bastaria que a norma concedesse ao juiz o *poder* (e não o *dever*) de recusar a abertura do processo secundário quando tal lhe fosse requerido pelo síndico.

Mas a este problema acrescem outros. Uma pergunta central é a seguinte: quando é que deve dispensar-se a abertura do processo secundário ou, por outras palavras, quando é que pode considerar-se que a protecção dos interesses dos credores locais fica assegurada só com o processo principal? Apenas no caso de o síndico do processo principal prometer aos credores locais que serão tratados como se tivesse sido aberto um processo secundário e respeitar os termos da promessa⁶²? Se não, em que outros casos? Invertendo os termos do problema, o que acontece, por exemplo, se o síndico do processo principal tratar a maioria dos credores locais, mas não todos eles, como se tivesse sido aberto um processo secundário? E se a legislação do Estado do processo secundário for mais favorável do que a do Estado do processo principal à impugnação de actos prejudiciais aos direitos dos credores ou à responsabilização dos administradores sociais? Será que o tribunal pode entender que os interesses dos credores locais não ficam acautelados só com a abertura do processo principal⁶³?

⁶² Isto é o que ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ (“La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento Europeo de insolvencia”, cit., p. 435) qualifica como um “índice” de que estão a ser protegidos os interesses dos credores locais. O A. chama a atenção para o novo Considerando 19-B, que é, segundo ele, quase um “mandato normativo”: o Considerando 19-B determina que o síndico do processo principal não deve estar habilitado a liquidar nem a transferir, de forma abusiva, os bens situados no Estado-membro em que se situa um estabelecimento, em especial com o objectivo de impedir a satisfação efectiva desses interesses caso seja posteriormente aberto um processo secundário.

⁶³ Estas são duas hipóteses avançadas por ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ (“La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento Europeo de insolvencia”, cit., p. 435). O A. remata dizendo que, em todo o caso, é irrelevante que a abertura do processo seja requerida por um credor local; por mais que isso seja um indício de que este credor entende que os seus interesses não estão suficientemente protegidos no processo principal, a abertura do processo fica ao critério do tribunal perante o qual ela é requerida.

4.3.3. O n.º 3 do art. 29.º-A fixa uma regra em que é conveniente atentar. Estabelece que, ao ponderar a abertura do processo secundário, o órgão jurisdicional deve abrir o processo mais adequado nos termos da lei nacional, atendendo aos interesses dos credores locais, *independentemente do preenchimento de qualquer condição relativa à solvabilidade do devedor*⁶⁴.

A norma significa que, em função dos interesses dos credores locais, poderá, por exemplo, ser aberto em Portugal um processo secundário (um PER ou um processo de insolvência) mesmo que o devedor não preencha os respectivos requisitos objectivos (ou seja, mesmo que não esteja em situação económica difícil nem em insolvência iminente na primeira hipótese ou mesmo que não esteja insolvente na segunda hipótese).

Por mais que a regra conduza, em abstracto, a situações *contra legem*, sob o ponto de vista do Direito interno, o facto é que ela é uma decorrência lógica da eliminação do requisito de que os processos secundários revistam a forma de processos de liquidação. Confirma ainda uma ideia afluída há pouco – de que o fim exclusivo ou pelo menos dominante dos processos secundários é a tutela efectiva dos direitos dos credores locais.

4.3.4. *Em síntese*, no que toca à disciplina do processo de insolvência e da coordenação entre o processo principal e os processos secundários, as soluções da Proposta são, de uma forma geral, adequadas. Há agora a possibilidade de recusa de abertura de processos secundários. É duvidoso, contudo, que os critérios previstos para o pedido de recusa conduzam sempre a bons resultados.

4.4. Sobre a publicidade dos processos e a reclamação de créditos

Tanto ao nível da publicidade dos processos de insolvência como ao nível da reclamação de créditos há algumas novidades dignas de nota.

O A. critica, além disso, a medida por considerar que ela esquece que a protecção dos interesses dos credores tem não só uma dimensão substantiva como também uma dimensão processual e que seria desejável que ela incluisse a designação de auxiliares nos Estados onde o devedor tem estabelecimentos (uma espécie de comissões auxiliares de credores) com o fim de informar os credores locais e de os representar no processo principal.

⁶⁴ A desnecessidade de avaliação dos requisitos dos processos para a respectiva abertura não é uma novidade, encontrando-se já na versão originária do Regulamento, mais precisamente no art. 27.º.

ARTIGO 20.º-A

Criação de registos de insolvências

Os Estados-Membros devem criar e manter no seu território um ou diversos registos nos quais as seguintes informações são colocadas à disposição do público gratuitamente na Internet («registos de insolvências»):

- (a) Data de abertura do processo de insolvência;*
- (b) Órgão jurisdicional que abriu o processo de insolvência e número de referência do processo, caso exista;*
- (c) Tipo de processo de insolvência aberto;*
- (d) Nome e endereço do devedor;*
- (e) Nome e endereço do síndico designado no processo, se for o caso;*
- (f) Prazo para a reclamação de créditos;*
- (g) Decisão de abertura do processo de insolvência;*
- (h) Decisão de designação do síndico, se for separada da decisão referida na alínea g) do presente número;*
- (i) Data de encerramento do processo principal.*

ARTIGO 20.º-B

Interligação dos registos de insolvências

1. A Comissão cria, por meio de um ato de execução, um sistema descentralizado para a interligação dos registos de insolvências. Este sistema é constituído pelos registos de insolvências e pelo Portal Europeu da Justiça, que funcionará como ponto de acesso central do público às informações do sistema. O sistema deve proporcionar um serviço de pesquisa em todas as línguas oficiais da União, a fim de disponibilizar as informações referidas no artigo 20.º-A (...).

ARTIGO 20.º-C

Custos da criação e interligação dos registos de insolvências

1. A criação e o desenvolvimento futuro do sistema de interligação dos registos de insolvências é financiado pelo orçamento geral da União.

2. Cada Estado-Membro suporta os custos da adaptação dos respetivos registos nacionais de insolvências, a fim de os tornar interoperáveis com o Portal Europeu da Justiça, bem como os custos de gestão, funcionamento e manutenção dos registos.

ARTIGO 39.º

Direito de reclamação de créditos

Os credores que tenham residência habitual, domicílio ou sede num Estado-Membro que não o Estado de abertura do processo, incluindo as autoridades fiscais e os organismos de segurança social dos Estados-Membros («credores estrangeiros»), têm o

direito de reclamar os respetivos créditos no processo de insolvência por qualquer meio de comunicação, incluindo por via eletrónica, admitido pela lei do Estado de abertura. A representação por advogado ou outro profissional forense não é obrigatória para a reclamação de créditos.

ARTIGO 41.º

Procedimento de reclamação de créditos

1. Os credores estrangeiros conhecidos devem reclamar os respetivos créditos utilizando o formulário-tipo, a criar em conformidade com o procedimento consultivo referido no artigo 45.º-B, n.º 4, e a publicar no Portal Europeu da Justiça até ... [24 meses após a entrada em vigor do presente regulamento]. O formulário deve ser intitulado «Reclamação de créditos» em todas as línguas oficiais da União.

2. No formulário-tipo, os credores a que se refere o n.º 1 devem indicar

(a) O nome e morada;

(b) A natureza do crédito;

(c) O montante do crédito e a data em que foi constituído;

(d) Se é reclamado o estatuto de credor preferencial;

(e) Se é solicitada uma garantia real ou uma reserva de propriedade relativamente ao crédito e, em caso afirmativo, quais os bens abrangidos por esta garantia;

(f) Se é solicitada qualquer compensação e se o montante reclamado inclui ou não uma compensação.

O formulário-tipo de reclamação de créditos deve ser acompanhado de cópias dos documentos comprovativos, caso existam.

3. Os créditos podem ser reclamados em qualquer língua oficial da União. Pode ser exigido ao credor que apresente uma tradução na língua ou numa das línguas oficiais do Estado de abertura do processo ou noutra língua que este Estado tenha declarado aceitar. Cada Estado-Membro deve indicar pelo menos uma língua oficial da União Europeia, além da sua própria língua, que seja aceite para efeitos de reclamação de créditos.

4.4.1. A criação, pelos Estados-membros, de um ou mais registos de insolvência e a criação, pela União Europeia, de um sistema descentralizado para a sua interligação são projectos inequivocamente meritórios. Não se vê e grande possibilidade da sua concretização a curto prazo.

A criação de registos de insolvência importa um dispêndio considerável de tempo e dinheiro que alguns Estados-membros poderão não estar imediatamente disponíveis para realizar. Atente-se que, de acordo como o art. 20.º-C, é aos Estados-membros que compete suportar os custos da adaptação dos respectivos registos nacionais de insolvências, bem como os custos de gestão, funcionamento e manutenção dos registos.

4.4.2. No âmbito da reclamação de créditos, não se compreende muito bem o disposto no art. 41.º, n.º 3.

De uma forma geral, a nova redacção da norma do art. 41.º (e a respectiva supressão do art. 42.º) é de elogiar. A alteração integra-se no quadro de medidas tendentes a simplificar o procedimento da reclamação de créditos, nomeadamente reduzindo os encargos que recaem sobre os credores. Como se anuncia na Exposição de Motivos, visa-se facilitar a reclamação dos créditos por parte dos credores estrangeiros, em especial os pequenos credores e as pequenas e médias empresas. Entre outras medidas, admite-se que a reclamação seja efectuada por qualquer meio de comunicação, incluindo a via electrónica, e que a representação por advogado ou outro profissional forense não seja obrigatória (cfr. art. 39.º) e assume-se o compromisso de criação de um formulário-tipo para a reclamação de créditos, disponível em todas as línguas oficiais da União Europeia (art. 41.º, n.º 1). Reduzem-se, assim, significativamente os custos de envio, de representação e de tradução.

No proposto art. 41.º, n.º 3, contudo, mantém-se a exigência anterior constante do art. 42.º, n.º 2. Não obstante dizer-se que os créditos podem ser reclamados em qualquer língua oficial da União, continua a prever-se que possa ser exigido ao credor que apresente uma tradução na língua ou numa das línguas oficiais do Estado de abertura do processo ou noutra língua que este Estado tenha declarado aceitar.

A manter-se uma norma com este teor, pode, a final, ficar prejudicada a acessibilidade da reclamação de créditos, que constituía declaradamente um dos objectivos da Proposta.

Será admissível que um credor – um pequeno credor – seja obrigado a apresentar a tradução da sua reclamação de créditos? Se se continuar a considerar que a tradução é absolutamente indispensável, não seria mais razoável que ela fosse assegurada pelos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros, atendendo eles têm presumivelmente mais meios técnicos e maior capacidade para suportar os custos da tradução?

4.4.3. *Em síntese*, em matéria de publicidade, são de aplaudir as medidas concebidas e reguladas, designadamente, nos novos arts. 20.º-A e 20.º-B: a constituição dos Estados-membros na obrigação de criar e manter no seu território um ou diversos registos nos quais determinadas informações sobre o processo de insolvência em curso são colocadas à disposição do público gratuitamente na internet (registos de insolvências) e a assunção por parte da Comissão do compromisso de criar um sistema descentralizado para a interligação daqueles registos de insolvências. A única dúvida é se – e quando – virão a ser concretizadas. Já em matéria de reclamação de

créditos parece não se ter levado às últimas consequências o objectivo de facilitar e reduzir as despesas que a reclamação representa para os credores estrangeiros. Se a maioria das regras aligeira, de facto, o procedimento, a verdade é que subsistem exigências que, à luz do objectivo referido, não se compreendem tão bem.

4.5. Sobre a insolvência de membros de grupos de sociedades

Com a introdução do Capítulo IV-A é abordada, pela primeira vez (e por fim), a insolvência de membros de grupos de sociedades⁶⁵. A disciplina é composta das normas dos arts. 42.º-A, 42.º-B, 42.º-C e 42.º-D, sendo que a última delas é a que melhor ilustra a premissa subjacente à sua concepção: a intenção de criar um regime próprio, que atenda às especificidades dos grupos de sociedades⁶⁶.

ARTIGO 42.º-A

Dever de cooperação e de comunicação de informações entre síndicos

1. *Se o processo de insolvência se referir a dois ou mais membros de um grupo de sociedades, o síndico designado no processo relativo a um membro do grupo deve cooperar com qualquer síndico designado em processos relativos a outros membros do grupo, na medida em que esta cooperação seja adequada para facilitar a gestão eficaz dos processos, não seja incompatível com as normas aplicáveis e não implique qualquer conflito de interesses. A cooperação pode assumir a forma de acordos ou protocolos.*

2. *No exercício da cooperação prevista no n.º 1, os síndicos devem*

(a) *Comunicar imediatamente aos outros síndicos todas as informações que possam ser úteis nos outros processos, desde que se prevejam disposições adequadas para proteger as informações confidenciais;*

⁶⁵ Costuma falar-se em insolvência *do* grupo de sociedades para referir a insolvência simultânea das diversas sociedades do grupo e em insolvência *no* grupo de sociedades para referir a situação em que a insolvência é apenas de uma ou de algumas delas. Cfr., neste sentido, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "A insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo", in: *Revista de Direito de Sociedades*, 2009, n.º 4, p. 996 (nota 5).

⁶⁶ Recorde-se que, para estes efeitos, os grupos de sociedades são os grupos compostos por uma sociedade-mãe e suas subsidiárias [cfr. novo art. 2.º. al. (i)], sendo sociedade-mãe a sociedade que tenha a maioria dos direitos de voto dos acionistas ou sócios de outra empresa (sociedade subsidiária) ou então seja acionista ou sócia da sociedade subsidiária e, alternativamente, tenha o direito de nomear ou exonerar a maioria dos membros do órgão de administração, gestão ou supervisão da subsidiária ou exerça uma influência dominante na sociedade subsidiária por força de um contrato com ela celebrado ou de uma cláusula dos seus estatutos [cfr. novo art. 2.º. al. (j)].

- (b) *Analisar as possibilidades de reestruturação do grupo e, se existirem, coordenar a apresentação da proposta e a negociação de um plano de reestruturação coordenado;*
- (c) *Coordenar a gestão e supervisão dos negócios dos membros do grupo sujeitos a processos de insolvência.*

Os síndicos podem decidir conferir poderes adicionais ao síndico designado num dos processos, se este acordo for admitido pelas normas aplicáveis a cada um dos processos em questão.

ARTIGO 42.º-B

Comunicação e cooperação entre órgãos jurisdicionais

1. Se o processo de insolvência se referir a dois ou mais membros de um grupo de sociedades, o órgão jurisdicional ao qual foi apresentado o requerimento de abertura de um processo relativo a um membro do grupo, ou que já procedeu à abertura deste processo, deve cooperar com qualquer outro órgão jurisdicional ao qual tiver sido apresentado o requerimento de abertura de um processo relativo a outro membro do grupo, ou que já tiver procedido à abertura deste processo, na medida em que esta cooperação seja adequada para facilitar a gestão eficaz dos processos e não seja incompatível com as normas aplicáveis. Para este efeito, os órgãos jurisdicionais podem, se for caso disso, designar uma pessoa ou um organismo que atue de acordo com as suas instruções.

2. Os órgãos jurisdicionais referidos no n.º 1 podem comunicar diretamente entre si e solicitar informações ou assistência diretamente uns aos outros.

3. A cooperação pode efetuar-se por qualquer meio adequado, incluindo

- (a) *Comunicação de informações por qualquer meio considerado adequado pelo órgão jurisdicional, desde que seja gratuita e respeite os direitos processuais das partes e a confidencialidade das informações;*
- (b) *Coordenação da gestão e supervisão dos bens e negócios dos membros do grupos;*
- (c) *Coordenação da realização de audiências;*
- (d) *Coordenação da aprovação de protocolos.*

ARTIGO 42.º-C

Cooperação e comunicação entre síndicos e órgãos jurisdicionais

O síndico designado no processo de insolvência relativo a um membro de um grupo de sociedades deve cooperar e comunicar com qualquer órgão jurisdicional ao qual tiver sido apresentado o requerimento de abertura de um processo relativo a outro membro do mesmo grupo de sociedades, ou que tiver procedido à abertura deste processo, na medida em que esta cooperação seja adequada para facilitar a coordenação dos processos e não seja incompatível com as normas aplicáveis. O síndico pode, nomeadamente, solicitar aos órgãos jurisdicionais informações sobre os processos relativos ao outro membro do grupo ou assistência no processo para o qual foi designado.

Poderes dos síndicos e suspensão da instância

1. O síndico designado no processo de insolvência relativo a um membro de um grupo de sociedades tem o direito de

- (a) Ser ouvido e participar, nomeadamente nas reuniões dos credores, em qualquer dos processos abertos relativamente a quaisquer outros membros do mesmo grupo;
- (b) Solicitar a suspensão dos processos abertos relativamente a quaisquer outros membros do mesmo grupo;
- (c) Propor um plano de recuperação, concordata ou qualquer medida análoga para todos ou alguns dos membros do grupo sujeitos a processos de insolvência e apresentá-lo em qualquer um dos processos abertos relativamente a outro membro do mesmo grupo, em conformidade com as normas processuais aplicáveis; e
- (d) Solicitar quaisquer medidas processuais adicionais ao abrigo das normas referidas na alínea c), eventualmente necessárias para promover a recuperação, incluindo a conversão do processo.

2. O órgão jurisdicional que tiver aberto o processo referido no n.º 1, alínea b), deve suspender a instância, no todo ou em parte, se ficar provado que a suspensão beneficia os credores do processo. A suspensão pode ser decretada por um período máximo de três meses e pode ser prorrogada ou renovada por período idêntico. O órgão jurisdicional que decretar a suspensão pode exigir ao síndico que tome as eventuais medidas adequadas para salvaguardar os interesses dos credores do processo.

4.5.1. A necessidade – mas também as dificuldades – de regulação da matéria dos grupos de sociedades na insolvência dispensam explicações. Estão em causa tanto as situações em que uma sociedade tem os seus bens (ou parte deles) dispersos por outras sociedades do grupo como aquelas em que a actividade desenvolvida por ela está indissociavelmente ligada às outras e que reclamam uma abordagem integrada⁶⁷.

⁶⁷ Para um aprofundamento do tema da insolvência nos grupos de sociedades cfr. a obra colectiva de BOB WESSELS/PAUL OMAR (ed.): *Insolvency and Groups of Companies – Papers from the INSOL Europe Academic Forum Annual Conference, Vienna, Austria, 13-14 October 2010*, Nottingham, 2011. Cfr. ainda, em especial, a extensa obra de IRIT MEVORACH, como, por exemplo: “The road to a suitable and comprehensive global approach to insolvencies within multinational corporate groups”, 2005 (disponível em <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/362/4091.html>), “Centralising insolvencies of pan-european corporate groups: a creditor’s dream or nightmare”, in: *Journal of Business Law*, 2006, pp. 468 e s., “Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View”, in: *European Business Organization Law Review*, 2007, 8, pp. 179 e s., e “INSOL Europe’s proposals on groups of companies (in cross-border insolvency): a critical

Efectivamente, os grupos de sociedades são uma realidade complexa⁶⁸. As dúvidas começam logo na identificação dos casos compreendidos na noção, o que torna difícil tratá-los de maneira centralizada. As origens e as formas do controlo da sociedade subsidiária pela sociedade-mãe (que é o critério decisivo para a identificação de grupos de sociedades) são muito variáveis e a verdade é que não há que contar apenas com os grupos contratuais de sociedades (aqueles que têm na sua base a celebração de um contrato), é preciso contar também com os “grupos de facto”.

Compreensivelmente, as medidas sugeridas pela Proposta neste domínio não são muito ousadas, tendo-se optado por conservar o tradicional princípio do tratamento individual (*on an entity by entity basis*), do tipo “sociedade a sociedade”, que obriga a que sejam abertos processos separados para cada um dos membros do grupo e que estes sejam considerados independentes uns dos outros (*entity approach*). Não foi, assim, mais uma vez, acolhido o modelo que atribui relevância máxima à realidade global do grupo ou da empresa plurissocietária (*entreprise-based approach*). Não foi, mais uma vez, acolhido o princípio, desenvolvido nos Estados Unidos e discutido nos ordenamentos da Europa continental, da consolidação substantiva (*substantive consolidation*), nem sequer para os casos de “confusão patrimonial”, em que se mostra impossível distinguir e tratar separadamente os patrimónios de cada uma das sociedades⁶⁹⁻⁷⁰.

appraisal”, 2012 (disponível em http://eprints.nottingham.ac.uk/1721/1/IIR_2012_Mevorach__proposals_on_groups__pre_proofs.pdf).

⁶⁸ Cfr., sobre a matéria, em Portugal, e entre diversos outros estudos, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades – Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, Coimbra, Almedina, 2002 (2.ª edição), e “The Governance of Corporate Groups”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2012, vol. 7, pp. 13 e s.

⁶⁹ A consolidação substantiva (não meramente processual) significa a consolidação das massas insolventes e das responsabilidades das sociedades agrupadas, unificando-se os activos e os passivos de cada uma delas numa massa comum. Implica, mais precisamente, que se possa liquidar conjuntamente os patrimónios das várias sociedades integrantes de um grupo. Sobre a insolvência nos grupos de sociedades e a favor da tese da consolidação substantiva cfr., em Portugal, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “A insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intra-grupo”, cit., pp. 995 e s., “Ainda sobre a liquidação conjunta das sociedades em relação de domínio total e os poderes do administrador da insolvência: a jurisprudência recente dos tribunais nacionais”, in: *Revista de Direito de Sociedades*, 2011, n.º 3, pp. 713 e s., e “Insolvência nas sociedades em relação de grupo: de novo pela consolidação substantiva das massas patrimoniais”, in: *I Congresso de Direito da Insolvência* (coordenador: CATARINA SERRA), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 290 e s. Para uma crítica à tese da consolidação substantiva cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, “De volta à temática da apensação de processos de insolvência (em especial, a situação das sociedades em relação de domínio ou de grupo)”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2012, n.º 7, pp. 133 e s. Diga-se que,

Em abono de soluções moderadas, a verdade é que, numa das intervenções legislativas mais recentes sobre a matéria – o anteproyecto de lei alemão para a facilitação do tratamento da insolvência nos grupos de sociedades (*Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen*)⁷¹ –, o legislador alemão recusou tanto a consolidação substantiva (*materielle Konsolidierung*) como a consolidação processual (*verfahrensmäßig Konsolidierung*), mantendo a sua fidelidade ao princípio da separação (*Trennungsprinzip*)⁷². Talvez esta posição do legislador alemão não tenha sido completamente irrelevante para o teor da Proposta.

Contrariando as sugestões e as expectativas de alguns, tão-pouco se acolheram medidas menos ousadas – mas ainda assim não completamente consensuais –, como a consagração do conceito de “CIP do grupo” e admissibilidade de abertura de um processo único para sociedades integradas na mesma estrutura de propriedade ou de controlo⁷³. Na realidade, nem sequer se admitiu a solução alternativa (mais modesta) do “sindico

neste contexto, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas representa um recuo relativamente ao Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, uma vez que não existe já a possibilidade de coligação processual nos casos de grupos de sociedades mas tão-só a possibilidade de apensação dos processos (cfr. art. 86.º, n.º 2, do CIRE). Para uma breve visão da situação das sociedades em relação de grupo no quadro do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência e a defesa, *de jure condendo* e em certos termos, da consolidação substantiva cfr. CATARINA SERRA, *Falências derivadas e âmbito subjectivo da falência*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 173-178.

⁷⁰ Não obstante, entre as propostas da INSOL Europe constava a introdução de uma norma sobre consolidação substantiva para os casos de “confusão patrimonial”. A solução seria, contudo, inaplicável quando o tratamento em separado fosse mais benéfico (por exemplo, representasse menos custos). Cfr. *Revision of the European Insolvency Regulation – Proposals by INSOL Europe*, cit., pp. 98-100. Para uma apreciação crítica das Propostas da INSOL Europe no domínio dos grupos de sociedades cfr. Irit Mevorach, “INSOL Europe’s proposals on groups of companies (in cross-border insolvency): a critical appraisal”, cit.

⁷¹ O documento foi conhecido no princípio de 2013 (disponível em http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Diskussionsentwurf_Gesetz_zur_Erleichterung_der_Bewaeltigung_von_Konzerninsolvenzen.pdf?__blob=publicationFile).

⁷² Nas palavras de MARTA FLORES SEGURA (“La Propuesta de Reforma de la Insolvenzordnung en materia de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, 2013, 29, p. 458), diferentemente do legislador espanhol, o legislador alemão mantém uma atitude conservadora no tocante à consolidação das massas das distintas sociedades.

⁷³ Cfr., por exemplo, KON M. ASIMACOPOULOS, “The Insolvency and Restructuring of Corporate Groups” – Paper presented at the Conference *The Future of the European Insolvency Regulation* (disponível em <http://www.eir-reform.eu/presentations>).

do grupo", sugerida por outros⁷⁴ e adoptada, embora não de forma vinculativa, no anteprojecto alemão⁷⁵.

O que se propugna na Proposta é, simplesmente, à imagem da Lei-Modelo da UNCITRAL, bem como do anteprojecto alemão, a *coordenação* dos processos relativos a membros do mesmo grupo⁷⁶. Trata-se, mais precisamente, da sujeição dos síndicos e dos órgãos jurisdicionais ao dever de *cooperação* mútua (cfr. arts. 42.º-A, 42.º-B e 42.º-C), como sucede no contexto dos processos principais e secundários⁷⁷⁻⁷⁸. A ideia é, simplesmente, a de, por um lado, não comprometer, logo à partida, a possibilidade de

⁷⁴ Cfr., por exemplo, NICOLAES W.A. TOLLENAAR, "Proposals for Reform: Improving the Ability under the European Insolvency Regulation to Rescue Multinational Enterprises" – Paper presented at the Conference *The Future of the European Insolvency Regulation* (disponível em <http://www.eir-reform.eu/presentations>).

⁷⁵ A proposta de lei alemã admite, de facto, no proposto § 56b da *Insolvenzordnung*, que seja designado um síndico único ou, melhor, um administrador judicial único para os vários processos (*eine Person zum Insolvenzverwalter zu bestellen*). A designação deste administrador único depende do reconhecimento de que ele tem capacidade para desempenhar o cargo com a necessária independência e de que os conflitos de interesses que eventualmente surjam são susceptíveis de ser resolvidos por via da designação de um ou mais administradores especiais (*Sonderinsolvenzverwaltern*). O anteprojecto prevê, além disso, no proposto § 3a da *Insolvenzordnung*, a possibilidade de um foro judicial único, competente para conhecer de todos os processos de insolvência dos membros do grupo – foro do grupo (*Gruppen-Gerichtsstand*). O requerimento para abertura do foro do grupo (*Antrag auf Begründung des Gruppen-Gerichtsstands*) só pode ser apresentado pelo devedor e o seu conteúdo deverá respeitar o disposto no proposto § 13a da *Insolvenzordnung*. Será procedente apenas se a abertura de um processo de insolvência for validamente requerida, a concentração da competência judicial for benéfica para o conjunto dos credores e a sociedade requerente não for um membro pouco importante ou pouco significativo do grupo.

⁷⁶ Depois de uma apreciação detalhada do anteprojecto alemão, Marta Flores Segura ("La Propuesta de Reforma de la Insolvenzordnung en materia de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo", cit., p. 458) conclui que o legislador alemão optou por um modelo coordenativo e colaborativo e que a concretização das medidas previstas pressupõe grande flexibilidade (a sua concretização depende sempre da sua oportunidade em concreto).

⁷⁷ Esta era também uma proposta da INSOL Europe. Cfr. *Revision of the European Insolvency Regulation – Proposals by INSOL Europe*, cit., pp. 13 e 93.

⁷⁸ Para facilitar a coordenação dos processos que estejam entregues a órgãos jurisdicionais distintos e a administradores judiciais distintos (ou seja, nos casos em que não possa atribuir-se os processos a um juiz único nem a um administrador único), o anteprojecto alemão vai mais longe do que a Proposta e prevê, além dos deveres de cooperação entre os órgãos (cfr. os propostos § 269a a § 269b da *Insolvenzordnung*), a possibilidade de abertura de um processo de coordenação (*Koordinationsverfahren*), em que actuam um juiz coordenador (*Koordinationsgericht*) (cfr. o proposto § 269d da *Insolvenzordnung*) e um administrador judicial coordenador (*Koordinationsverwalter*) (cfr. os propostos § 269e, § 269f e § 269g da *Insolvenzordnung*).

reestruturação do grupo como um todo e, por outro lado, sempre que os bens dos membros estejam fortemente interligados, evitar a sua venda em separado e a perda de valor que isso representa.

4.5.2. A medida da Proposta mais merecedora de destaque é a atribuição ao síndico de instrumentos processuais para requerer a suspensão dos processos abertos relativamente a outros membros do grupo e para propor um plano de reestruturação para todos ou alguns membros do grupo (cfr. art. 42.º-D).

Os novos poderes do síndico representam um contributo importante para o tratamento adequado da insolvência dos membros de grupos de sociedades. Em particular, a possibilidade referida em último lugar – de o síndico conceber e apresentar um plano de reestruturação coordenado, atendendo à situação dos membros do grupo também sujeitos a processos de insolvência – tem grande relevância.

Apesar do aparente comedimento da nova disciplina ou, mais claramente, apesar da ausência de previsão de quaisquer casos de consolidação substantiva, está definitivamente aberta a possibilidade de concepção de um plano coordenado para as sociedades do grupo sempre que a reestruturação ou recuperação das sociedades em causa o exija ou aconselhe.

Ao que tudo indica, não se trata (ainda), pelo menos expressamente, da admissibilidade de um plano único ou comum⁷⁹, pois tal contrariaria as necessárias independência e autonomia dos processos. O que parece estar em causa é, mais simplesmente, um plano de coordenação, uma espécie de *Koordinationsplan* como no anteprojecto alemão (cfr. os propostos § 269h e § 269i da *Insolvenzordnung*), que deverá funcionar como uma referência para os planos a adoptar em cada um dos processos. Seja como for, a medida reflecte já, de forma clara, o acolhimento da ideia de que a empresa plurissocietária é uma realidade económica autónoma e de que, por conseguinte, a eventual reestruturação ou recuperação de cada sociedade passa pelo tratamento articulado de todas⁸⁰.

⁷⁹ Advogava, em 2003, a admissibilidade de um plano único de recuperação, considerando dispensável, para este efeito, o acolhimento de uma regra geral de consolidação substantiva, ROBERT VAN GALEN. Cfr. ROBERT VAN GALEN, “The European Insolvency Regulation and Groups of Companies” (disponível em www.insol-europe.org/download/file/575).

⁸⁰ Nas suas propostas, a INSOL Europe chegava a prever um Plano de Recuperação Europeu (European Rescue Plan). O objectivo era disponibilizar um regime que, sem prejuízo dos regimes previstos no ordenamento de cada Estado-membro, pudesse funcionar como um instrumento adicional para a resolução das insolvências transfronteiriças no seio de grupos de sociedades. O regime era composto de regras sobre o requerimento de abertura, a classificação de créditos, os deveres de informação, o conteúdo do plano, a reclamação

A terminar, atente-se no novo Considerando 20-B. Adverte-se aí que a nova disciplina dos grupos não exclui nem limita a possibilidade de um órgão jurisdicional abrir o processo de insolvência relativamente a várias sociedades pertencentes ao mesmo grupo numa única jurisdição; tal é perfeitamente admissível quando o CIP das sociedades em causa se situe num único Estado-membro, prevendo-se até que, nestas situações, seja designado o mesmo síndico em todos os processos. Na realidade, a advertência nada traz de novo: quando, de acordo com o critério do CIP, é competente uma única jurisdição, a hipótese de concentração destas competências depende, evidentemente, do disposto na lei do Estado-membro em causa. Veja-se, pela sua oportunidade, o disposto no anteprojecto alemão sobre a possibilidade de o devedor solicitar a abertura de um foro único para o grupo (*Gruppen-Gerichtsstand*) e a possibilidade de o tribunal designar uma única pessoa como administrador judicial (*eine Person zum Insolvenzverwalter zu bestellen*) (cfr., respectivamente, os propostos § 3a e § 56b da *Insolvenzordnung*).

4.5.4. *Em síntese*, no que toca à disciplina da insolvência de membros de grupos de sociedades, é de louvar o seu acolhimento, por fim, no Regulamento. O tempo em que se aguardou e se discutiu a matéria elevou, naturalmente, as expectativas quanto aos termos da sua regulação. O que se apresenta na Proposta estará longe de lhes corresponder. A disciplina assenta nos mecanismos habituais noutros domínios: coordenação entre os processos relativos a sociedades do mesmo grupo, comunicação e cooperação entre os respectivos órgãos⁸¹, mas – invariavelmente – um processo para cada sociedade. O mais longe que se foi é, como se viu, na admissibilidade de um plano coordenado. Em relação ao passado, todavia, a adopção de uma perspectiva de conjunto – de um modelo de coordenação – representa já um avanço considerável.

de créditos, a aprovação do plano e a homologação. Cfr. *Revision of the European Insolvency Regulation – Proposals by INSOL Europe*, cit., pp. 101-108.

⁸¹ Diga-se que, entre outros estudos, existe, desde 2007, um conjunto de princípios elaborados sob a égide da INSOL Europe sobre comunicação e cooperação no âmbito da insolvência transfronteiriça. Cfr. BOB WESSELS/MIGUEL VIRGÓS, *European Communication & Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency*, Nottingham, 2007. Sobre a cooperação entre os órgãos jurisdicionais cfr. HEINZ VALLENDER, “Judicial Cooperation within the EU Insolvency Regulation” – Paper presented at the Conference *The Future of the European Insolvency Regulation* (disponível em <http://www.eir-reform.eu/presentations>).

5. Conclusão

Depois de tudo, é impossível negar que a Proposta representa um passo em frente (qualitativo) na regulação dos casos de insolvência (e para-insolvência) com relevância transfronteiriça.

Grande parte das alterações são dirigidas à criação de um clima favorável à reestruturação e à recuperação de empresas em situação de dificuldade ou insolventes⁸². Assim acontece com as medidas respeitantes à extensão do âmbito de aplicação do Regulamento aos processos pré-insolventiais, à admissibilidade de processos secundários com finalidade de reestruturação ou recuperação, à constituição do síndico do processo principal no dever de averiguar da viabilidade de reestruturação e, se for o caso, coordenar a elaboração e a aplicação do respectivo plano com os síndicos dos processos secundários e, por último, à constituição do síndico do processo relativo a um membro do grupo no dever de averiguar da viabilidade de reestruturação e, se for o caso, coordenar a apresentação da proposta e a negociação de um plano de reestruturação com qualquer síndico designado em processos relativos a outros membros do grupo. São, por isso, todas elas, muito bem-vindas.

Outras medidas são (também) óbvias como a clarificação do conceito de CIP e o ajustamento do regime da competência internacional aos desenvolvimentos jurisprudenciais do TJUE, a eliminação das dificuldades à reclamação de créditos por parte dos credores estrangeiros, a concepção

⁸² Veja-se, por exemplo, as palavras de VIVIANE REDING, Vice-Presidente da Comissão Europeia e responsável pela justiça, direitos fundamentais e cidadania, discursando em Estrasburgo no dia em que foi divulgada a Proposta de alteração: “We have had European rules to manage cross-border business insolvencies since 2000. These rules are there for a reason and affect a quarter of European companies. But with a decade of experience, we have reviewed how the rules work in practice, and found that they are currently too oriented towards liquidation, rather than restructuring companies so they can stay in business. For companies that have short-term difficulties paying their debts, we want to give them and their employees a second chance. And we are not talking about only large, multinational firms here. There are more than one million SMEs in Europe which have subsidiaries or joint ventures abroad. That is why we are today proposing to modernise this regulation so that the rules support the restructuring of business in difficulties and create a business-friendly environment. This is particularly important in times of crisis: we need to lend a helping hand to our businesses when the going is rough. Shifting the focus to restructuring can also serve creditors because restructuring a business that owes them money can mean that they are more likely to get their money back – money that might otherwise be lost in a winding-up” (disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1354_en.htm). As declarações foram reiteradas em discurso por ocasião do II Congresso de Insolvência e Recuperação, realizado em Bruxelas, no dia 16 de Maio (disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-415_en.htm).

de mecanismos de registo e articulação da informação sobre os processos de insolvência, acessíveis a todos os cidadãos da União Europeia.

Apesar de tudo, da Proposta perpassa a falta de vontade do Parlamento Europeu e do Conselho em ultrapassar aquilo que é expectável ou consensual.

Há aspectos de crescente controvérsia que continuam ausentes do Regulamento. Assim acontece com a matéria dos processos abertos fora da União Europeia, apesar de todos os esforços no sentido de demonstrar a necessidade de regulação⁸³. Noutras matérias avançou-se muito cautelosamente, sempre sem pôr em causa os princípios clássicos. No domínio dos processos territoriais, por exemplo, promoveu-se a coordenação (entre o processo principal e os processos secundários) mas reforçou-se a universalidade. No contexto da insolvência nos grupos de sociedades, para outro exemplo, promoveu-se a coordenação (entre os processos relativos a membros do mesmo grupo) mas manteve-se a abordagem individual, mantendo-se a regra “uma pessoa, um património, uma insolvência”.

Consegue imaginar-se as razões do silêncio ou da timidez da intervenção. Se se tivesse ido mais longe arriscar-se-ia perder o equilíbrio. Este é feito de soluções sensatas e razoáveis (de riscos controlados) e é a garantia de uma boa receptividade às alterações.

Mas nem por isso todas as limitações da Proposta são justificadas. Algumas são evitáveis e podem – devem – ainda ser ultrapassadas.

⁸³ Nas suas propostas, a INSOL Europe regula a disciplina dos processos de insolvência abertos fora da União Europeia num capítulo autónomo do Regulamento. Segundo ela, uma visão integrada destes processos promoveria o funcionamento equilibrado do mercado dentro da União Europeia e tornaria possível uma política comercial externa comum. Cfr. *Revision of the European Insolvency Regulation – Proposals by INSOL Europe*, cit., pp. 109-121. Também BOB WESSELS se refere à lacuna. Cfr. BOB WESSELS, “Amending the EU Insolvency Regulation: Shaken or Stirred?”, in: REBECCA PARRY (ed.), *The Reform of International Insolvency Rules at European and National Level – Papers from the INSOL Europe Academic Forum/Milan Law School Joint Insolvency Conference, University of Milan Law School, Milan, Italy, 31 March-1 April 2011*, 2011, p. 134.

RESUMO: A obrigação de convocar a assembleia geral no caso de perda de mais de metade do capital social, prevista na 2.^a Diretiva 77/91/CEE, do Conselho, de 13 de dezembro de 1976, foi transposta para o ordenamento jurídico espanhol acompanhada de um rigoroso regime de responsabilidade dos administradores de sociedades de capital (único entre os maiores Estados membros da União Europeia), por não promoverem a dissolução ou, quando aplicável, a declaração de insolvência da sociedade.

ABSTRACT: The duty to convene the shareholders' meeting if capital losses exceed half of the capital stock, provided by the Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976, was incorporated into the Spanish legal system together with a director's liability rigorous regime (unique among European Union's major Member States) for not promoting the liquidation or, if applicable, the bankruptcy proceedings of the company.

FERNANDO CARBAJO CASCÓN*

Tutela de acreedores mediante la responsabilidad de administradores por no disolver o declarar el concurso de la sociedad de capital. Notas del ordenamiento jurídico español

I. PRELIMINAR

El Derecho español de sociedades mercantiles de capital vigente, contenido en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2010, de 2 de julio (en adelante LSC), dispone de distintas acciones para exigir responsabilidad a los administradores de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada. A grandes rasgos se distinguen: de un lado, las *acciones de responsabilidad de administradores por daños* (arts. 236 y 237 LSC), a la propia sociedad (acción social, arts. 238, 239 y 240 LSC) o a socios y terceros (acción individual, art. 241 LSC); y de otro lado, las *acciones de responsabilidad de administradores por no disolver o declarar el concurso de la sociedad*, concurriendo causa legal de disolución o insolvencia (art. 367 LSC). Este segundo tipo de responsabilidad, configurado en principio como responsabilidad-sanción, responde a fines muy particulares de

* Professor Titular de Direito Comercial na Universidade de Salamanca; Magistrado da Audiencia Provincial de Salamanca

política-legislativa y tiene un régimen jurídico diferente al de las acciones de responsabilidad por daños típicas de los ordenamientos societarios; aunque, como vamos a ver, este peculiar régimen de responsabilidad no se desprende del todo de los fundamentos básicos de la responsabilidad extracontractual o aquiliana basada en la culpa o negligencia, motivo por el que resultan aplicables por analogía algunos de los presupuestos y reglas del régimen jurídico básico establecido para las acciones de responsabilidad por daños (como la extensión de la responsabilidad a los administradores de hecho o el régimen de prescripción de las acciones).

La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promover la disolución de la sociedad fue introducida en el ordenamiento jurídico-societario español por la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre 1989 (LSA), y continuada posteriormente en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 (LSRL). En la redacción originaria, el art. 262.2 LSA 1989 establecía que, en caso de concurrir alguna de las causas de disolución previstas en los ordinales 3º (conclusión de la empresa que constituya el objeto social de la sociedad, la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento), 4º (pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que se aumente o se reduzca en la medida suficiente), 5º (reducción del capital social por debajo del mínimo legal) y 7º (por cualquier causa establecida en los estatutos) del art. 260.1 TRLSA ("Causas de disolución"), los administradores deberían convocar Junta General en el plazo de dos meses para que, en su caso, remueva la causa de disolución, o adopte el acuerdo de disolución de la sociedad, disponiendo luego el art. 262.5 LSA que si los administradores no convocaron la Junta o ésta no se celebró o no acordó la disolución, los mismos administradores deberían solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses, y en caso de no hacerlo responderían solidariamente de las deudas sociales del ente. La LSRL 1995 estableció las mismas reglas de disolución y responsabilidad de administradores para esas causas de disolución, añadiendo una nueva causa: la falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos (cfr., arts. 104.1 d. y 105.1 LSRL).

Las Disposiciones finales 20ª y 21ª de Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introdujeron modificaciones muy importantes en el sistema de responsabilidad de administradores por no disolución previsto en la LSA y en la LSRL, con el ánimo de distinguir entre la disolución del ente social por pérdidas cualificadas (reducción del patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social) y la situación de insolvencia o concurso de la

empresa social, ampliando la responsabilidad de los administradores también a los casos en que no soliciten el concurso de la sociedad de capital si resultare procedente por concurrir situación de insolvencia. La falta de coordinación entre el régimen societario y el régimen concursal ha provocado importantes dudas a la hora de aplicar la responsabilidad societaria por no disolución o concurso, las cuales empero han intentado mitigarse con las modificaciones realizadas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal.

Actualmente, la responsabilidad de los administradores por no disolver o solicitar el concurso de la sociedad se regula en el ya citado art. 367 del vigente Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), aplicándose indistintamente -sin particularidades de régimen jurídico- a los tres tipos sociales regulados en la nueva LSC (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y las casi inexistentes sociedades comanditarias por acciones). El tenor literal de la norma vigente es el siguiente:

Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores. – 1. *Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.* – 2. *En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.*

La “Propuesta de Código Mercantil” elaborada por la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación y presentada recientemente, el 17 de junio de 2013, para su discusión pública por el Ministerio de Justicia (en adelante PCM 2013), conserva este tipo especial de responsabilidad de administradores en el proyectado art. 272-12, si bien lo restringe a los casos en que no se promueva la disolución de la sociedad por pérdidas cualificadas (eliminando la responsabilidad por no solicitar la declaración de concurso) e introduce algunas variaciones relevantes en el régimen jurídico.

* * *

La responsabilidad por no promover la disolución o declarar el concurso de la sociedad constituye una respuesta legal a una situación problemática que venía produciéndose de manera constante en la práctica empresarial española durante la legislación anterior a 1989 (por tanto, anterior a la entrada de España en la Comunidad Europea): la desaparición de hecho de muchas sociedades de capital que cesaban en su actividad (generalmente por dificultades patrimoniales insalvables) sin promover su disolución y liquidación, perviviendo de modo puramente formal en el tráfico -como sociedades fantasma, sin patrimonio ni actividad- y con el consiguiente perjuicio para los acreedores sociales, que no podían cobrar sus créditos ni participar en una liquidación ordenada del patrimonio social, mientras los socios y administradores del ente endeudado procedían impunemente a constituir una nueva sociedad para seguir desarrollando la misma o similar actividad económica.

Para combatir estos hábitos del tejido empresarial español (comunes, por lo demás, en otros muchos países), los acreedores de las sociedades descapitalizadas venían recurriendo a la acción individual de responsabilidad de los administradores por daños a terceros en el ejercicio de su actividad de gestión y representación¹; acción ésta que exigía probar la existencia de un comportamiento culposo en los administradores que contrataban en nombre de la sociedad, sabiendo o debiendo saber (culpa o negligencia) la existencia de una situación de insuficiencia patrimonial que haría inviable el pago de la deuda contraída, y produciendo así un daño a los acreedores sociales². Pero la creciente proliferación de sociedades fantasma (fruto de la falta de escrúpulo empresarial), la consiguiente alarma en el tráfico económico-empresarial y la dificultad de probar en muchas ocasiones el nexo causal entre el daño de los acreedores que no podían cobrar sus créditos y el comportamiento culposo o negligente de los administradores de la sociedad para poder ejercer la acción individual de responsabilidad, suponía un grave atentado contra la seguridad jurídica en un mercado claramente orientado hacia las formas jurídico-societarias de empresa con exclusión de responsabilidad personal de los socios. Por ello, el legislador de 1989 (para la sociedad anónima) y más tarde el de 1995 (para la sociedad limitada), aprovechando las reformas en la legisla-

¹ Cfr. art. 241 de la Ley de Sociedades de Capital española (LSC). Cfr. art. 78.1º del Código das Sociedades Comerciais portugués (CSC).

² Cfr., Sentencias del Tribunal Supremo español (en adelante STS) de 10 de marzo de 2003 y 26 de abril de 2005. En la doctrina científica, vid. DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 335 y ss.

ción societaria obligadas por la necesidad de incorporar al ordenamiento interno las Directivas comunitarias en materia de sociedades mercantiles, decidió crear un mecanismo de deberes y responsabilidad de administradores orientado a garantizar la prosecución de la disolución de las sociedades de capital cuando concurriera una causa objetiva de disolución (pensando fundamentalmente en la disolución por pérdidas cualificadas o reducción del patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social), impidiendo con ello que se perpetuasen en el tráfico entidades incursas en algún vicio sobrevenido que haría inviable su funcionamiento regular³.

Así pues, la influencia fundamental del nuevo mecanismo de responsabilidad de administradores por no disolución se encuentra en la *Segunda Directiva 77/91/CEE, del Consejo, de 13 de diciembre de 1976*, tendente a coordinar para hacerlas equivalentes las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades mercantiles de capital, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital; cuyo art. 17 obliga a los Estados miembros a exigir la convocatoria de junta general en un plazo determinado en caso de pérdida grave del capital suscrito (que no podrá ser superior a la mitad del capital social), con el objeto de examinar, si procediera, la disolución de la sociedad o la adopción de cualquier otra medida (la remoción de esa causa de disolución mediante un aumento o reducción del capital social)⁴.

³ Aunque la situación más peligrosa y conflictiva es la de pérdidas cualificadas impidiendo el pago regular de las obligaciones sociales y el desarrollo normal de la actividad que constituye el objeto social, la LSA 1989 decidió hacer extensivo el nuevo régimen de responsabilidad a otras causas de disolución con menor relevancia en la práctica. El profesor BELTRÁN manifestaba en su día que la responsabilidad de los administradores por no disolución constituye una medida de política legislativa tendente a conseguir que la sociedad se disuelva efectivamente en presencia de una causa legítima, en particular la existencia de pérdidas cualificadas (vid., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la sociedad anónima*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1997, p. 138). La práctica ha demostrado con el paso de los años que la inmensa mayoría de los casos resueltos judicialmente estaban referidos a la disolución por pérdidas patrimoniales graves. Quizás por ello, la reciente Propuesta de Código Mercantil pretende limitar este tipo de responsabilidad a aquellos casos en que los administradores no promuevan la disolución ordenada de la sociedad cuando concurra la causa de disolución consistente en pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a un valor inferior a la mitad del capital social (arts. 272-8, 2 y 272-11 y 272-12 PCM 2013).

⁴ **Artículo 17.- 1.** En caso de pérdida grave del capital suscrito, deberá convocarse junta general en un plazo fijado por las legislaciones de los Estados miembros, con el fin de examinar si procede la disolución de la sociedad o adoptar cualquier otra medida. **2.** La legislación de un Estado miembro no podrá fijar en más de la mitad del capital suscrito el importe de la pérdida considerada como grave en el sentido del apartado 1.

Esta norma, claramente tuitiva de los intereses de los acreedores actuales o futuros de las sociedades mercantiles de capital, ha tenido una incorporación diferente en los distintos Estados miembros, pero probablemente ninguna tan drástica ni eficaz como la instaurada en la legislación española desde el año 1989.

En el *ordenamiento portugués*, el art. 35.1 del Código das Sociedades Comerciais (en adelante CSC) prevé que cuando los administradores de la sociedad verifiquen, por las cuentas del ejercicio o por estados contables intermedios, que se ha producido una pérdida del capital propio hasta dejarlo en una cifra igual o inferior a la mitad del capital social nominal, o cuando en cualquier momento calculen con razones fundadas que puede existir esa pérdida patrimonial, deberán convocar de inmediato la asamblea general de socios o requerir su pronta convocatoria a fin de informar a los socios de la situación para que éstos adopten las medidas que juzguen convenientes; a saber: la disolución de la sociedad, la reducción del capital social en cuantía no inferior al capital propio de la sociedad o la realización de “entradas” por los socios para reforzar la cobertura del capital⁵. Como se aprecia, los administradores cumplen su deber de diligencia limitándose a convocar o requerir la convocatoria de la asamblea o junta general de socios para informarles de la situación, pero compete a éstos (los socios reunidos en asamblea) adoptar las medidas que juzguen convenientes para superar esa situación si lo estiman conveniente (pues los socios pueden también no hacer nada). Con lo cual, el art. 35° CSC no estaría garantizando a los acreedores sociales que las sociedades con pérdidas cualificadas necesariamente adoptarán medidas para superar esa situación o para acordar su disolución y ordenada liquidación. Sin embargo, tras la modificación del art. 171.2° CSC por el Decreto Lei 19/2005, de 18 de enero, las sociedades por cuotas, anónimas y comanditarias por acciones deberán indicar en actos externos (contratos, correspondencia, publicaciones, anuncios, Internet o de modo general en toda actividad externa) el capital social, el montante del capital realizado, si fuera diverso, y el montante del capital propio según el último balance aprobado, siempre que éste fuera igual o inferior a la mitad del capital social, so pena de multa entre 250 y 1500 € en caso de incumplimiento (art. 528.2° CSC). Más allá de la sanción pecuniaria, esta norma profundiza indirectamente en la protección de terceros, por cuanto si el incumplimiento de ese deber

⁵ Vid. un análisis de la norma que entró en vigor en 2001 y de las reformas posteriores de la misma en TARSO DOMINGUES, P., “Comentário ao artigo 35º”, en *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (Coord. COUTINHO DE ABREU), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 514 y ss.

de información por los administradores resultare determinante para la concesión de crédito a la sociedad que luego resultase insatisfecho, dará lugar a un posible ejercicio de acciones de responsabilidad individual contra los administradores a través del art. 79º CSC⁶.

Podemos ver cómo en Portugal se han ido dando pasos hasta alcanzar un régimen más favorable a los intereses de acreedores y terceros en general ante posibles situaciones de reducción grave del patrimonio neto o capital propio (real) de la sociedad hasta situarse por debajo de la mitad del capital social (nominal). No obstante, la solución portuguesa está lejos aún del régimen coactivo instaurado en España desde 1989, al imponer la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria de los administradores sociales por las deudas de la sociedad, pues si se constata una situación de disolución o de insolvencia los administradores deberán hacer todo lo posible para remover la causa de disolución (mediante aumentos o reducción de capital o acuerdos de transformación de la sociedad) o para promover la disolución efectiva de la sociedad o la declaración de concurso de la empresa social, no sólo convocando la junta o asamblea de socios para que éstos decidan, sino también, en caso de que la Junta no adoptase una solución razonable, debiendo incluso solicitar la disolución judicial de la sociedad o, si procediere (por estar en situación de insolvencia) el concurso de la sociedad.

Más próximo a este peculiar tipo de responsabilidad establecido en España es el nuevo régimen establecido en el *ordenamiento italiano* tras la reforma del derecho societario operada en el año 2003. El art. 2485 Codice Civile⁷ dispone que los administradores deben, sin demora, verificar la acreditación de una causa de disolución y proceder a la inscripción en el Registro de Empresas de la declaración de acreditación de dicha causa por el Consejo de Administración o de la decisión de disolver la sociedad adoptada por la asamblea de socios; en caso de retraso u omisión de este deber, los administradores resultarán personal y solidariamente responsables por los daños causados a la sociedad, a los socios, a los acreedores sociales y a los terceros⁸. Podrá observarse, empero, que el legislador ita-

⁶ Vid. COUTINHO DE ABREU, J.M., *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 89-90; y del mismo COUTINHO DE ABREU, J.M., *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, Das Sociedades, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 451-454.

⁷ "Gli amministratori devono, senza indugio, accertare il verificarsi di una causa di scioglimento e, procedere agli adempimenti previsti dal terzo comma dell'articolo 2484 bis. Essi in caso di ritardo o di omissione, sono personalmente e solidamente responsabili per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi".

⁸ Vid. CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale*, Vol. 2, "Diritto delle Società", 8ª edizione a cura de Mario Campobasso, UTET, Torino, 2012, p. 550.

liano vincula la responsabilidad de administradores por no disolución a posibles daños causados no sólo a los acreedores, sino también a la sociedad, a los socios y a terceros; de modo que será necesario probar en todo caso la concurrencia de culpa o negligencia en el incumplimiento del deber legal de inscribir la causa de disolución, la existencia de un daño vinculado a dicha omisión y la existencia de nexo causal, aproximándose así claramente al esquema y régimen típico de la responsabilidad por daños.

El legislador español fue mucho más lejos al trasponer la Directiva 77/91/CEE, aprovechando esa imposición del Derecho comunitario para solventar el grave problema práctico generado por la frecuente existencia de sociedades no operativas en detrimento de la seguridad jurídica. Puede decirse así que este régimen de responsabilidad de administradores, que les hace solidariamente responsables de las deudas de la sociedad por no promover la disolución o el concurso de la sociedad, es fruto de una decisión de política legislativa del legislador español sin parangón en otros países del entorno jurídico próximo. El régimen jurídico español se muestra así claramente favorable a los intereses de los acreedores sociales y de los terceros en general que pudieran trabar relaciones comerciales con la sociedad sin conocer esa situación de descapitalización; claramente favorable, en definitiva, a la seguridad del tráfico económico. Aunque, como veremos, tan estricto régimen de responsabilidad ha provocado algunos efectos secundarios indeseables que han sido corregidos progresivamente por la doctrina jurisprudencial.

* * *

La responsabilidad de administradores por no disolución o concurso de la sociedad establecida en el ordenamiento societario español desde el año 1989 despliega diferentes funciones: *a)* por una parte cumple una función represiva, dirigida a conseguir la efectiva disolución o concurso de la sociedad, castigando duramente a los administradores que no promuevan la efectiva disolución o concurso de la sociedad⁹; *b)* junto a ella, o como consecuencia de ella, juega también una clara función preventiva, ya que busca evitar la pervivencia en el tráfico de sociedades de capital afectadas por una causa relevante de disolución o que incurran en situación de insolvencia; en particular la drástica reducción de su patrimonio que

⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas", en AA.VV. *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, Derecho de Sociedades, MacGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 1450 y ss.

impida el pago a los acreedores y la continuación de la actividad empresarial; c) en directa correspondencia con lo anterior, la responsabilidad por no disolución o concurso cumple también una función tuitiva de los intereses de acreedores sociales y de los terceros en general en el tráfico económico, así como de los intereses generales presentes en el valor que representa la seguridad jurídica, pues aporta transparencia a situaciones de crisis empresarial y evita la pervivencia en el tráfico de sociedades afectadas por algún vicio sobrevenido establecido por la Ley como causa de disolución; d) asimismo, al menos en el caso de la disolución por pérdidas cualificadas, este régimen de responsabilidad desarrolla una función preconcursal, pues impulsa la disolución y liquidación de la empresa social cuando se produzcan situaciones de grave despatrimonialización, evitando con ello que se produzcan o agraven situaciones de insolvencia¹⁰; e) finalmente, puede decirse que, de alguna manera, en la práctica, la responsabilidad por no disolución, al menos cuando la causa son las pérdidas patrimoniales cualificadas por debajo de la mitad del capital social, ha venido desplegando una poco deseable función paraconcursal, al permitir a los acreedores sociales cobrar sus créditos sin tener que esperar a que se produzca la situación de insolvencia para solicitar el concurso de la sociedad o, incluso, de admitirse su ejercicio una vez declarado el concurso de la empresa social, al permitir a los acreedores realizar sus créditos concursales fuera del concurso y de las reglas que rigen la calificación de créditos de la masa pasiva¹¹, dirigiéndose contra los administradores que no promuevan en tiempo la disolución o el concurso de la sociedad¹².

¹⁰ Defiende la finalidad preconcursal de la responsabilidad por deudas sociales BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales", en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 263.

¹¹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., "Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada", *Anuario de Derecho Concursal (ADCo)*, n° 28, enero-abril 2013, pp. 31 y ss., p. 50.

¹² De modo que, mientras desde la perspectiva de los administradores tanto la responsabilidad societaria como la concursal se presentan como mecanismos coactivos cuya finalidad no es otra que la de estimular la promoción activa de la disolución o el concurso de la sociedad según proceda, desde la perspectiva de los acreedores sociales la responsabilidad societaria por no disolución o concurso va actuar en la práctica como mecanismo inhibitor del concurso, pues los acreedores preferirán seguramente eludir el concurso mediante la solicitud de concurso necesario para perseguir individualmente el patrimonio personal de los administradores (máxime cuando la responsabilidad societaria es de aplicación y consecuencias más firmes y claras que la responsabilidad concursal por déficit, *ex art.* 172bis LC, sujeta en último extremo al criterio del Juez del concurso).

El legislador español impone a los administradores de sociedades anónimas y limitadas el deber de promover activamente la disolución de la sociedad, añadiendo un nuevo deber legal específico al genérico de diligencia (art. 225 LSC 2010), bajo la amenaza que constituye el gravísimo régimen de responsabilidad personal y solidaria por las deudas sociales, que se instituye así como un elemento estructural coactivo dirigido a procurar el normal cumplimiento de ese nuevo deber del órgano de administración¹³; y, con ello, el objetivo formal último, que consiste en poner sobre alerta a los socios para que adopten medidas para superar la causa de disolución o, en su caso, para que disuelvan la sociedad si no lo creen posible, obligando al administrador a perseguir la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la empresa social, si los socios reunidos en asamblea deciden no adoptar ninguna medida de salvamento ni de disolución o concurso de la entidad. La finalidad perseguida en último término es, como se ha dicho, evitar que sociedades descapitalizadas continúen operando en el tráfico y conseguir su salvamento o liquidación (societaria o concursal) ordenada en interés de los acreedores sociales y de la seguridad del tráfico en general.

Es decir, la responsabilidad de los administradores se configura como elemento estructural interno (en el régimen jurídico de funcionamiento de la sociedad anónima y limitada) imprescindible para conseguir los objetivos de política jurídica externos perseguidos por el legislador. Aprovechando el deber genérico de diligencia en la gestión y representación de la sociedad, el legislador convierte a los administradores sociales en “instrumento” directo de su política legislativa en pos de una mayor seguridad jurídica de los acreedores sociales y de una mayor transparencia y confianza de los terceros y del tráfico en general. El legislador ha diseñado así un complejo sistema o mecanismo jurídico entremezclando causas obje-

Como veremos, esta función paraconcursal ha creado graves problemas de coordinación entre la acción “societaria” de responsabilidad de administradores por no disolución o concurso (art. 367 LSC) y la acción “concursal” de responsabilidad de administradores de una sociedad declarada en concurso por el déficit concursal (art. 172bis LC). Problemas que van desde la incidencia de la normativa societaria en la concursal (procesos y plazos para solicitar el concurso de acreedores con vistas a la calificación del concurso como culpable y aplicar la responsabilidad por déficit concursal a los administradores de la sociedad concursada) hasta la posibilidad o no de plantear acciones de responsabilidad societaria por no disolución o concurso contra los administradores de una sociedad ya declarada en concurso, o incluso la viabilidad de aplicar cumulativamente ambos tipos de responsabilidad.

¹³ Vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., “Comentario al artículo 262 LSA”, en ARROYO, I./EMBED J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2009, pp. 2518 y ss.

tivas de disolución (y después situaciones objetivas de insolvencia) con deberes legales específicos impuestos a los administradores para conseguir la disolución o el concurso de la sociedad, bajo la espada de Damocles que -como cierre o garantía del sistema- supone el régimen de responsabilidad personal, ilimitada y solidaria de los administradores por las deudas sociales.

Con ello se crea una suerte de responsabilidad-sanción, claramente coactiva para presionar en el cumplimiento del deber legal de promover la disolución o el concurso de acreedores, que aparentemente parece distanciarse del típico carácter reparador o resarcitorio de la responsabilidad civil extracontractual para apostar por una finalidad disuasoria ("*deterrence*") de naturaleza última preventiva. Sin duda una opción discutible, presentándose habitualmente esta responsabilidad de administradores por no disolución o concurso como máximo exponente del debate secular sobre la necesaria naturaleza reparadora de la responsabilidad aquiliana o su posible superación por una naturaleza preventivo-disuasoria (sin perder totalmente su función reparadora) para hacer tangibles objetivos de política legislativa concretos. La responsabilidad de administradores por no disolución o concurso de la sociedad se sitúa en el centro de este abstracto debate doctrinal, poniéndose habitualmente como ejemplo de la perversión de la función natural de la responsabilidad civil al servicio de objetivos político-económicos (intervencionistas) del legislador. Por mi parte, considero que la complejidad actual de los mercados y el carácter cada vez más institucional de las formas societarias de empresas (en cuanto formas de organización jurídica de las unidades básicas del mercado y de la economía), donde no sólo aparecen involucrados en su organización y funcionamiento los derechos e intereses de los socios ("*shareholders*"), sino también los derechos e intereses de los terceros relacionados con la empresa social ("*stakeholders*"), faculta para utilizar la responsabilidad civil, en este caso de administradores de sociedades de capital, como herramienta dúctil de política legislativa para combatir y prevenir comportamientos de mercado indeseables para la seguridad del tráfico y la seguridad jurídica; como herramienta coactiva directa para conformar buenas prácticas en el mercado en beneficio de la seguridad de todos los que en el mismo participan, superando situaciones de asimetría informativa entre los terceros que pueden trabar relaciones con una empresa en situación de crisis y evitando así los riesgos que ello implica para los agentes económicos que no disponen de información fiable sobre la sociedad con la que pretende contratar; sustituyendo, en suma, opacidad por transparencia e igualdad de trato entre todos los acreedores y terceros que entren en relación con empresas sociales en crisis, sea por simple descapitalización e iliquidez

transitoria (disolución por pérdidas cualificadas) o sea por situaciones de insolvencia actual o inminente (concurso)¹⁴.

* * *

El resultado ha sido dispar. La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promover la disolución de la sociedad o, en su caso, por no solicitar el concurso de la empresa social, se ha mostrado como una fuente constante de litigiosidad judicial en las dos últimas décadas. Eso ha servido para introducir en la mentalidad de quienes ocupan cargos de gestión societaria, la necesidad de llevar a cabo una disolución y liquidación ordenada de la sociedad si no se quieren ver amenazados con la responsabilidad personal por las deudas sociales; o bien de tomar las medidas preventivas para impedir que se llegue a esa situación, con una correcta gestión financiera y contable y, en su caso, adoptando decisiones para superar situaciones de crisis a través de modificaciones estatutarias (aumento y reducción del capital social) o modificaciones estructurales (fusiones, escisiones, transformaciones). Sin embargo, la reforma que llevó a cabo la Ley Concursal de 2003 (en adelante LC 2003), incluyendo como causa de responsabilidad “societaria” (que no concursal) el hecho de que los administradores no soliciten la declaración de concurso en caso de insolvencia, provocó un crecimiento desmedido del número de concursos de empresas societarias sin que, en muchas ocasiones, los administradores intentasen salvar la empresa recurriendo a financiación externa o interna (acuerdos de refinanciación) u otro tipo de medidas estructurales societarias, abandonando las empresas (sobre todo las PYMEs) a su suerte ante una amenaza seria de despatrimonialización. De hecho, el propio legislador concursal quiso asociar la solicitud de concursos a la responsabilidad de administradores para “animar” a las empresas en crisis a acudir a la solución concursal; pero la inflación de concursos fue tal, que ha superado la gestión razonable de los mismos por los jueces de lo mercantil desde el primer momento. Además, la posibilidad para un acreedor de solicitar la responsabilidad personal y solidaria de los administradores de una sociedad de capital que no declararon el concurso una vez advertida la insolvencia de la sociedad (cfr. art. 2 LC), puede acabar resultando contraria a la solución ordenada e igualitaria de la insolvencia de acuerdo con el principio de la “*pars conductio creditorum*”, puesto que cada acreedor individual preferirá e intentará por todos los medios

¹⁴ Vid. MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 6ª ed., Bosch, Barcelona, 2009, pp. 18 y ss.

dirigirse solidariamente contra la sociedad deudora y sus administradores que no solicitaron a tiempo la declaración de concurso para conseguir cobrar así la totalidad de su crédito (o, en todo caso, más de lo que probablemente puede esperar del proceso concursal si la sociedad arrastra una grave e insalvable situación de insolvencia); de modo tal que la función preconcursal de la responsabilidad “societaria” de los administradores por no promover el concurso, acaba por derivar en función paraconcursal produciendo efectos perversos, contrarios a la finalidad última del concurso en relación con el trato igualitario del conjunto de los acreedores comunes de la sociedad deudora. Por ello, la reforma de la Ley Concursal de 2003 llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, impide el ejercicio de acciones societarias de responsabilidad por deudas sociales y ordena la suspensión de los procedimientos iniciados y no resueltos antes de la declaración del concurso de acreedores.

La dureza de este tipo de responsabilidad-sanción se ha visto agravada por la aplicación estricta y cuasi-automática (invocando el carácter cuasi-objetivo de este tipo de responsabilidad y obviando así, las más de las veces, las particulares circunstancias del caso concreto) que durante muchos años han venido haciendo de la misma Jueces y Tribunales, convirtiéndose así en una norma casi draconiana para los administradores de sociedades anónimas y limitadas, que ahora más que nunca se ha convertido en un *cargo de responsabilidad* plagado de amenazas ante el mínimo error de gestión. No obstante, como tendremos oportunidad de explicar a lo largo de este trabajo, esta tendencia ha sido objeto de un proceso de revisión en los últimos años por la labor hermenéutica de la Jurisprudencia de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo español, que, ante el ingente número de casos recurridos en casación, viene desarrollando un importante proceso de concreción o determinación de la debatida naturaleza de la acción y de los imprecisos presupuestos legales que dan origen a este peculiar régimen de responsabilidad, abandonando paulatinamente la concepción de la responsabilidad de administradores por deudas sociales como una genuina responsabilidad-sanción o pena civil para aproximarla cada vez a los fundamentos y presupuestos de la responsabilidad civil aquiliana, materializando así la función complementaria de la jurisprudencia en el sistema de fuentes reconocida en el art. 1.6 del Código Civil español.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Desde un primer momento doctrina y jurisprudencia coincidieron en la diferente naturaleza de la responsabilidad de administradores por no

disolución y el régimen general de responsabilidad por daños previsto en los ya derogados arts. 133 a 135 TRLSA y 69 LSRL, actualmente refundidos en los arts. 236 a 241 LSC 2010. Se entendió al principio que la responsabilidad de administradores por las deudas sociales tenía una naturaleza estrictamente sancionatoria, como respuesta a la infracción del deber legal de promover activamente la disolución o el concurso de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada. Se trataría, por tanto, de una sanción “*ex lege*”, en concepto de pena civil por el incumplimiento de un deber legal que atiende a una finalidad político legislativa muy concreta; una responsabilidad, por tanto, ajena en principio a los fundamentos clásicos de la responsabilidad por daños¹⁵. De manera que la responsabilidad por no disolución se impondría a los administradores sociales al margen de la existencia o no de un daño y de un nexo causal con un posible comportamiento culposo de los administradores, descartándose toda caracterización indemnizatoria¹⁶.

Ese carácter de responsabilidad-sanción, junto a la indeterminación de los presupuestos materiales y temporales del régimen de responsabilidad establecido por el legislador (la difícil constatación de las causas de disolución y del momento exacto en que se producen para proceder al cómputo de los dos meses de plazo para convocar Junta), provocó durante muchos años una aplicación sumamente estricta de la misma -casi ciega, en muchas ocasiones- por parte de Jueces y Tribunales, lo cual llevó a nuestra jurisprudencia a calificarla como una responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva¹⁷. Sin embargo, esa aplicación cuasi-automática u objetiva de la responsabilidad por no disolución por los órganos judiciales trajo consigo un número considerable de situaciones materialmente injustas que llevó finalmente al Tribunal Supremo a “dulcificar” el carácter cuasi-objetivo o de aplicación cuasi-automática de esta responsabilidad. Primero, perfilando con mayor detalle la naturaleza de la responsabilidad-sanción por no disolución o concurso, y segundo, aclarando algunas cuestiones de régimen jurídico

¹⁵ Vid., por todos, BELTRAN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causas de disolución”, en Aranzadi Civil, 1997, T. I, Vol. III, p. 53. En la jurisprudencia vid. entre SSTs de 30 de octubre de 2000, 1 de marzo de 2004, 17 de octubre de 2005, y 16 de febrero y 28 de abril de 2006, entre otras muchas.

¹⁶ Vid. VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de las sociedades capitalistas*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 113-115, con abundante cita de doctrina y jurisprudencia. Cfr., SSTs de 30 de octubre de 2000, 20 de julio de 2001, 14 de febrero de 2002, 20 de octubre de 2003, 28 de abril de 2006 y 7 de febrero de 2007.

¹⁷ Cfr., SSTs de 25 de abril y 14 de noviembre de 2002, 20 de octubre de 2003, 1 de marzo de 2004, 28 de mayo de 2005, 28 de abril y 25 de mayo de 2006 ó 31 de enero de 2007.

relacionadas con los presupuestos y el alcance de la responsabilidad, todo ello con la intención de evitar una aplicación automática del gravoso régimen de responsabilidad al margen de las circunstancias puntuales que pudieran concurrir en cada caso.

En un intento por definir mejor lo que se quería indicar con el carácter objetivo o cuasi-objetivo de la responsabilidad (pues nada tiene que ver con la responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva por riesgo), el Alto Tribunal señaló que se trata de una responsabilidad de carácter abstracto o formal¹⁸, o que se trata de una responsabilidad por la constatación de un hecho objetivo¹⁹. Se quería dar a entender con ello que la responsabilidad por no disolución o concurso *no es objetiva en sentido estricto, sino que se aplica de forma objetiva* (al margen del comportamiento culposo o negligente de los administradores), una vez constatados los presupuestos materiales, formales y temporales determinantes de esa responsabilidad.

Más tarde el Tribunal Supremo realizó un ímprobo esfuerzo por reconducir la responsabilidad-sanción de los arts. 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL (ahora art. 367 LSC) a los principios fundamentales de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, con la finalidad de permitir una aplicación más flexible (menos rigorista) de la misma de acuerdo con las circunstancias particulares del caso concreto. Se trata de un giro hermenéutico por el cual el TS exige ahora analizar la responsabilidad por no disolución o concurso atendiendo a la conducta concreta de los administradores demandados en cada caso, pasando a considerar este tipo de responsabilidad-sanción como *un supuesto peculiar de responsabilidad extracontractual o aquiliana*.

Este giro interpretativo se ha producido gradualmente, primero mediante una serie de resoluciones que -a la vista seguramente de situaciones injustas provocadas por la aplicación rigurosa u objetiva de la responsabilidad- fueron acercando gradualmente la responsabilidad-sanción a los principios de la responsabilidad extracontractual²⁰, y que se han plasmado definitivamente como doctrina legal en dos sentencias del Pleno de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de fecha -ambas- 28 de abril de 2006, confirmada y perfilada en resoluciones de años posteriores.

¹⁸ SSTs de 26 de junio de 2006 y 31 de enero de 2007.

¹⁹ Cfr., SSTs de 28 de abril de 2006, 5 de octubre de 2006 y 7 de febrero de 2007. “...la Jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que se trata de una responsabilidad cuasiobjetiva o incluso, objetiva, con lo que se quiere decir que está basada en un hecho objetivo, la omisión de la convocatoria de la Junta o de la solicitud, en general, de la promoción de la liquidación – y ahora también el concurso –, sin atender a la calificación de la conducta culposa o diligente del administrador en el ejercicio del cargo...”.

²⁰ Cfr., SSTs de 1 de marzo de 2001, 20 de junio de 2001, 12 de febrero de 2003, 16 de octubre de 2003, 26 de marzo de 2004, 16 de febrero de 2006 ó 22 de marzo de 2006.

Según el TS, “...la idea de sanción no excluye que, si bien con rasgos muy específicos, no haya de alejarse el operador jurídico, al interpretar y aplicar las normas en examen, del territorio de la responsabilidad civil...”²¹, pues “...existen situaciones que resultan incompatibles con el concepto de responsabilidad entendido con arreglo a los requisitos de la responsabilidad extracontractual en general”²²; por lo que, en definitiva, “...la caracterización de la responsabilidad como pena civil no empece a que los principios del sistema de responsabilidad general, y en especial la necesaria conexión entre las responsabilidades de la LSA y las reglas generales de los arts. 1902 y ss. CC, determinen la necesidad de templar su apreciación y consecuencias en razón de la valoración de la conducta de los responsables atendiendo a las circunstancias de carácter objetivo y subjetivo concurrentes; valoración a la que también es necesario llegar, si se parte de una concepción de la responsabilidad de que se trata como una suerte de sanción (...), pues así lo exigen los principios del sistema”²³.

En el momento en que se produce este giro hermenéutico, el Alto Tribunal no niega la función sancionatoria de la responsabilidad de administradores por deudas sociales con motivo de la no promoción de la disolución o concurso de la sociedad, pero justifica la necesidad de su tratamiento en clave de responsabilidad civil aquiliana alegando, primero, que existe un daño, siquiera sea indirecto, en el impago del crédito reclamado por el acreedor (pues la iliquidez o insolvencia de la sociedad deudora no puede tomarse como un supuesto de lesión directa causada por los administradores), y después, que ese daño indirecto se relaciona causalmente de modo muy laxo con el comportamiento omisivo de los administradores al no promover la disolución o el concurso, infringiendo así un deber legal específico. De modo que al no promover la disolución o solicitar el concurso concurriendo causas objetivas para ello, los administradores estarían incurriendo en culpa o negligencia en el cumplimiento de un deber legal (arts. 262.2 TRLSA y 104.1 LSRL, refundidos en los arts. 365 y 366 LSC 2010) y, con ello, en una infracción del deber genérico de diligencia (arts. 127 TRLSA y 61 LSRL, refundidos en el vigente art. 225 LSC 2010) susceptible de generar un daño indirecto a los acreedores sociales, sin que sea necesario enjuiciar la presencia de un mayor y más concreto reproche culpabilístico que la mera negligencia de no promover la disolución²⁴, ni una relación de causalidad específica entre el daño y el

²¹ SSTs de 28 de abril de 2006 y 26 de mayo de 2006.

²² STS de 26 de mayo de 2006.

²³ SSTs de 26 de mayo de 2006, 5 de octubre de 2006, 22 de noviembre de 2006, 31 de enero de 2007 y 7 de febrero de 2007.

²⁴ Cfr. STS de 12 de marzo de 2010.

comportamiento de los administradores, ya que la imputación objetiva de responsabilidad a los administradores se realiza “*ope legis*”²⁵.

Según expone el Tribunal²⁶, esta doctrina jurisprudencial obliga a Jueces y Tribunales a enjuiciar las demandas de responsabilidad de administradores por no disolución o concurso aplicando las reglas y técnicas básicas de la responsabilidad civil al caso concreto. En particular, les obliga a evaluar los problemas de imputación objetiva (como pueden ser, entre otros, el conocimiento de la situación de la sociedad por los reclamantes en el momento de generarse el crédito, especialmente su estado de mayor o menor solvencia, o la existencia de créditos compensables frente a los reclamantes, etc.) y los problemas de imputación subjetiva (la posible exoneración de los administradores que demuestren haber llevado a cabo acciones significativas para evitar el daño o la imposibilidad por los administradores de evitar el daño, como puede suceder si acceden al cargo cuando la sociedad se encuentra ya en una situación irreversible de disolución o si cesan de manera efectiva o real en el cargo antes de que se produzca la causa de disolución).

Estamos, en definitiva, ante un ejercicio de prudencia que apuesta por una aplicación moderada y responsable del grave régimen de responsabilidad-sanción por no disolución o concurso de los arts. 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL (art. 367 LSC 2010), en línea o conexión con los principios y reglas generales de la responsabilidad extracontractual por daños (arts. 135 TRLSA, 69 LSRL y 1902 CC), pues los objetivos de política legislativa perseguidos con esa responsabilidad, por loables que sean, no pueden ir en detrimento de la aspiración al ideal de Justicia al que debe ir orientada la norma y la aplicación judicial del Derecho, lo cual exige -en materia de responsabilidad- analizar las diversas circunstancias objetivas y subjetivas que concurren en cada caso concreto. Por lo demás, este espíritu de “templanza” o “dulcificación” en la aplicación de la responsabilidad por no disolución o concurso concuerda también por el esfuerzo llevado a cabo por el Tribunal en los últimos años a favor de la Seguridad Jurídica, pensando tanto en los intereses de los acreedores como en los intereses de los administradores societarios y, en última instancia, en los intereses generales. En concreto, el TS viene trabajando en una mejor definición de los requisitos o presupuestos materiales (la determinación de las causas de disolución o de la situación de concurso), formales (promoción de la disolución o solicitud de concurso, según proceda, mediante la convocatoria de la Junta General o la solicitud de disolución judicial en el primer

²⁵ SSTs de 31 de enero de 2007 y 10 de julio de 2008.

²⁶ SSTs de 28 de abril de 2006.

caso, o solicitando la declaración de concurso en el segundo) y temporales (fijación del *dies ad quo* para el plazo de dos meses establecido para la convocatoria de junta general) establecidos por la Ley; y también en una mayor precisión del alcance objetivo (deudas u obligaciones sociales por las que deben responder los administradores) y subjetivo (administradores afectados por la responsabilidad teniendo en cuenta la estructura del órgano de administración, posibles causas de exoneración, el cese efectivo en el cargo o el plazo de prescripción de la responsabilidad).

En los últimos años, el Tribunal Supremo ha ido todavía más lejos, con la intención de superar y apartarla presunta naturaleza sancionadora o punitiva de la responsabilidad por no disolución o concurso, indicando al respecto que, aunque el Alto Tribunal en reiteradas ocasiones se ha referido a la responsabilidad por no disolución o concurso como “sanción”, lo cierto es que, en gran parte de las Sentencias del Tribunal Supremo se emplea esta expresión no tanto para referirse a la idea de “pena”, sino más bien cuanto a reacción del ordenamiento ante el defecto de promoción de la liquidación de una sociedad incurso en causa de disolución que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto del administrador, ni lo que se ha denominado un reproche culpabilístico que hubiera que añadir a la constatación de que no ha habido promoción de la liquidación mediante convocatoria de Junta General o solicitud judicial de disolución o concurso, en su caso, ni una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto (arts. 265.5 LSA, 105.5 LSRL o 367 LSC)²⁷. Resultando así que no cabe olvidar que el carácter sancionador que se atribuye habitualmente a los citados arts. 265.5 LSA y 105.5 LSRL (hoy art. 367 LRLSC) “*sólo puede admitirse en sentido impropio*”, con el fin de facilitar la distinción entre el supuesto previsto en dichos preceptos y en los que establecen la responsabilidad por daños frente a la sociedad (acción social de responsabilidad, *ex* art. 238 LSC) o frente a socios o terceros (acción individual de responsabilidad, *ex* art. 241 LSC), ya que en sentido propio esas normas no forman parte del derecho sancionador sino una mera reacción del ordenamiento frente a una conducta omisiva de un deber legal que se considera por ello antijurídica y se traduce en una medida aflictiva para su autor²⁸. Resulta determinante en este sentido²⁹, que dicha medida de imputación de responsabilidad no persigue -o si acaso sólo remotamente- la protección del interés general

²⁷ STS de 30 de junio de 2010.

²⁸ STS de 26 de septiembre de 2007.

²⁹ Como señala la citada STS de 30 de junio de 2010 y reitera la posterior STS de 23 de septiembre de 2010.

(como correspondería a una auténtica sanción o pena civil), sino, propiamente, la de los intereses de los acreedores sociales, que ven correlativamente ampliada la esfera de sus facultades de cobro mediante un incremento del número de sus deudores -solidarios- ante el peligro que representa para sus créditos el que una sociedad que está sometida a la regla de la limitación de responsabilidad subsista sin disolverse ni liquidarse o sin solicitar concurso de acreedores cuando ello era lo procedente.

Así pues³⁰, las peculiaridades de la responsabilidad de administradores por no promover la disolución o el concurso de la sociedad hacen que pueda calificarse de "*responsabilidad abstracta*" o "*responsabilidad formal*" de carácter solidario por las deudas sociales, caracterizada en otras ocasiones con menor propiedad semántica como responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva, lo cual no altera su naturaleza de responsabilidad extracontractual para transformarla en responsabilidad-sanción, como lo prueban: i) el hecho de que no sólo determina un efecto negativo para el administrador, sino un correlativo derecho para los acreedores; y ii) que la norma no impide al administrador subrogarse en la posición del acreedor y repetir contra la sociedad con éxito, en el caso de que la sociedad, pese a estar incurso en causa de disolución, tenga bienes suficientes para atender su crédito.

En definitiva, según el Tribunal Supremo español la responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales constituye una responsabilidad por deuda ajena "*ex lege*", en cuanto su fuente -hecho determinante- es el mero reconocimiento legal; no tiene naturaleza propiamente dicha de sanción o pena civil, sino que se fundamenta en último término en una conducta omisiva del sujeto al que por su específica condición de administrador se le exige un determinado hacer (deber legal de promover la disolución o, si procediere, el concurso de acreedores), y cuya inactividad se presume imputable -reproachable- salvo que acredite una causa razonable que justifique o explique adecuadamente el no hacer. Responde a la "*ratio*" inmediata de tutelar los intereses de los acreedores que no pueden cobrar sus deudas de una sociedad que debería estar disuelta o en concurso, e indirectamente a la de proporcionar confianza al tráfico mercantil y robustecer la seguridad de las transacciones comerciales cuando intervienen personas jurídicas mercantiles sin responsabilidad personal de los socios, evitando la perdurabilidad en el tiempo de situaciones de crisis

³⁰ Tal y como apuntan las SSTs de 14 de mayo de 2007, 1 de diciembre de 2008 y 30 de junio de 2010.

o graves disfunciones sociales con perturbación para otros agentes ajenos, y la economía en general³¹.

Al fin y al cabo, aunque el tribunal reniegue del pretendido carácter sancionatorio de la responsabilidad de administradores por las deudas sociales en caso de no promover la disolución societaria o el concurso de la empresa social, la realidad es que, aun incardinándola dentro de la general responsabilidad civil extracontractual, esta peculiar responsabilidad no deja de desprenderse de su carácter sancionatorio (que determina su función represiva-preventiva), como demuestra el hecho de que se presuma la culpa y el daño a los acreedores sociales por el mero hecho de omitir el deber legal de promover la disolución o el concurso, sin perjuicio de que su inclusión dentro de la responsabilidad aquiliana general permite a los administradores demandados demostrar que la omisión del deber legal se fundó en alguna causa justificada que aleje la presunción de culpa preestablecida legalmente, o que el conocimiento de la situación de disolución o insolvencia de la sociedad por los terceros que contratan con ella excluye la concurrencia de daño alguno indemnizable.

III. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES POR NO DISOLUCIÓN O CONCURSO DE LA SOCIEDAD

En el régimen jurídico vigente, el art. 365 LSC establece que los administradores de una sociedad de capital (SA, SRL, SComAcc) deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso; la junta general podrá adoptar el acuerdo de disolución o, si constare en el orden del día, aquel o aquellos que sean necesarios para la remoción de la causa. A continuación señala el art. 366 LSC que si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social, debiendo dirigir la solicitud de disolución contra la sociedad, estando obligados los administradores a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado, debiendo formular esa solicitud en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado.

³¹ SSTs de 25 de marzo de 2008 y 30 de junio de 2010.

Desarrollado así el deber de promoción de la disolución exigido por el art. 17 de la Segunda Directiva 77/91/CEE, del Consejo, de 13 de diciembre de 1976 en materia de sociedades, el legislador español sube varios escalones para garantizar la eficacia de la norma y de los objetivos perseguidos con la misma -la tutela de acreedores y la seguridad del tráfico económico-, estableciendo una regla de responsabilidad de administradores de carácter sancionador con efectos preventivos; y no sólo por no promover hasta el final la disolución de la sociedad, sino también por no promover la declaración de concurso si la sociedad estuviera incurso en situación de insolvencia. Así, el art. 367 LSC dispone que responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución; en estos casos -continúa la norma- las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

Vemos, pues, cómo se convierte a los administradores de las sociedades de capital en garantes de los intereses de acreedores y de la seguridad jurídica en el tráfico, incluso contra la voluntad de los socios expresada en Junta General, si pudiera acreditarse que concurre causa de disolución o la insolvencia de la sociedad. Este sistema de responsabilidad de administradores se fundamenta en unos presupuestos de carácter material (concurrency de causas de disolución o de insolvencia), formal (pasos a dar para la prosecución de la disolución voluntaria o judicial de la sociedad o para la declaración de concurso) y temporal (en los plazos fijados en la Ley), que analizamos a continuación.

1. Presupuestos materiales

El art. 365 LSC establece que los administradores deberán convocar la junta general de socios para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, para que la junta acuerde instar el concurso de la empresa social. A diferencia de lo que ocurría en el régimen establecido bajo la vigencia de las anteriores LSA 1989 y LSRL 1995, la LSC

2010 no discrimina entre las distintas causas de disolución recogidas en el art. 363 LSC, con independencia del relieve patrimonial que cada causa pueda tener³². Sin embargo, la práctica demuestra que la responsabilidad de administradores por no disolución suele aparecer vinculada a las causas de disolución relacionadas con el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social, con la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento, con la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social³³ y, sobre todo, con

³² GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., "Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada", ADCo, nº 28, 2013, p. 38.

³³ Como afirmara en su día el profesor RUBIO, J., (*Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 3ª ed., 1974, p. 489) no parece que el legislador haya querido diferenciar dogmáticamente entre objeto y fin de la sociedad, sino que cuando menciona como causa de disolución la imposible realización del fin social se estaría refiriendo realmente al objeto social, es decir a la actividad o actividades señaladas en los estatutos como objeto de la organización y actividad empresarial de la sociedad. En la misma línea, parte de la doctrina considera -a mi juicio con acierto- que la Ley está contemplando dos supuestos diferentes de disolución pero referidos a un mismo hecho: el objeto social; de modo que la sociedad deberá disolverse por el cumplimiento (terminación) y por la imposible realización de la actividad o actividades que constituyen el objeto social (vid. MUÑOZ MARTÍN, N., *Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la sociedad anónima*, Lex Nova, Valladolid, 1991, p. 111).

Realmente, remontándonos a la causa función del negocio societario, entendida como causa compleja integrada por una causa inmediata o previa (la creación de una organización jurídica dotada de personalidad jurídica propia para el desarrollo de la actividad empresarial, como causa instrumental o fin-medio) y una causa mediata o última (el fin social entendido como obtención de lucro repartible, como causa final o fin-último), con el objeto social (actividad o actividades de la sociedad) como nexo de enlace entre ambas que actúa como concreción o materialización (fin material) de la finalidad última (lucrativa) perseguida por la sociedad, es posible concebir el objeto social como fin material que supone una concreción del fin formal último en que consiste el lucro, formando ambos parte indisoluble de la causa del negocio constitutivo de una sociedad de capital en tanto que negocio de organización (cfr. CARBAJO CASCÓN, F., "*¿Simulación en la anónima? Constitución de una sociedad anónima en fraude de acreedores*", Revista de Derecho Privado, marzo 1999, pp. 193 y 204; y *La Sociedad de Capital Unipersonal*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 174-176). De manera que la causa de disolución consistente en la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social implicaría finalmente la insatisfactoria materialización del objeto de la sociedad (actividad empresarial) y, por tanto, de su propio fin como ente organizado, lo que conlleva consecuentemente, en último término, la imposible realización del fin último lucrativo al que aspiran sus socios. El supuesto de imposibilidad manifiesta de realizar el fin social previsto como causa de disolución, no significa que la sociedad quede privada formalmente de objeto, sino que se encuentra algún obstáculo (de orden interno o externo) para conseguir el fin social de obtención de ganancias repartibles como consecuencia del ejercicio de la actividad económica integrante de su objeto (vid.,

la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que se aumente o reduzca en la medida suficiente y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso³⁴.

El Tribunal Supremo señala, en relación con esta última y fundamental causa de disolución, que el patrimonio a tener en cuenta es el patrimonio neto de la sociedad, resultado de restar el pasivo (suma de deudas) al activo real (suma de derechos), sin sumar la cifra contable o estatutaria de capital social a la diferencia positiva a favor del activo³⁵. La situación de

VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de las sociedades capitalistas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 44). Puede decirse, en definitiva, que se produce la manifiesta imposibilidad de alcanzar el fin social cuando no sea posible -de forma clara y previsiblemente insuperable, dejando fuera situaciones transitorias y previsiblemente superables- desarrollar la actividad o actividades que integran el objeto social de la entidad, de modo que esta causa de disolución debería comprender todas aquellas situaciones que hicieran manifiestamente imposible el ejercicio ordinario de la actividad o actividades propias de la sociedad (con repercusiones, finalmente, en la obtención de lucro concebido como fin último formal), a pesar de pervivir como objeto estatutario (cfr., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la sociedad anónima*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 109).

La STS de 4 de julio de 2007 considera que la decisión de desgazar los dos buques que integran el único patrimonio (activo) de la sociedad supuso la total paralización de la actividad naviera de la sociedad, lo cual, sin previsión de sustitución alguna (es decir, sin acuerdo de la Junta General modificando estatutos para sustituir el objeto social), implicaba una imposibilidad de realizar el fin social tan manifiesta que los hechos posteriores (la total despatrimonialización y desaparición de hecho de la entidad) no vinieron sino a corroborarla por completo.

³⁴ La Propuesta de Código Mercantil presentada en 2013 (PCM) realiza una corrección del presupuesto material de la responsabilidad, limitando la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales a los casos en que concurra causa legal de disolución por pérdidas cualificadas (cfr. art. 272-12 PCM). Puede apreciarse una clara voluntad de la Comisión de Codificación por limitar el alcance de la responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad, primero al restringir los presupuestos materiales a la disolución por pérdidas cualificadas (lo que no deja de ser un homenaje a la realidad en el tráfico mercantil), y segundo eliminando como presupuesto de la responsabilidad el hecho de que los administradores no soliciten el concurso de la sociedad si ésta estuviera en situación de insolvencia, con lo cual la insolvencia y el concurso dejarían de tener relevancia en la responsabilidad "societaria" de los administradores de sociedades de capital.

³⁵ SSTs de 20 de octubre de 2003, 20 de febrero de 2004. La STS de 4 de julio de 2007 considera que el desequilibrio patrimonial debe comprobarse por el estado contable de la sociedad en el momento denunciado por los acreedores demandantes (el momento señalado por éstos como fecha en que el crédito resulta vencido, líquido e impagado), teniendo en cuenta el patrimonio neto de la sociedad (activo menos pasivo) en relación con la cifra estatutaria de capital social. De modo que si de las cuentas de desprende una situación contable de desequilibrio patrimonial en la que la cifra de patrimonio neto o

desequilibrio patrimonial grave entre patrimonio (o capital real) y capital social (o nominal) no implica necesariamente la existencia de un pasivo superior al activo, ni la imposibilidad de seguir desarrollando la actividad o actividades económicas de la sociedad (objeto social) y conseguir así el fin social último (lucro repartible). Pero el legislador³⁶ presupone que la reducción del patrimonio neto o capital real por debajo de la mitad del capital social (aun resultando positivo el balance de la sociedad) no garantiza de manera suficiente los intereses de los acreedores sociales y terceros, que confían en la existencia de una correspondencia mínima (equilibrada) entre capital social y patrimonio³⁷; motivo por el que se impone la disolución de la misma en prevención de males mayores, salvo que se proceda al reajuste entre capital y patrimonio mediante aumentos o reducciones de capital social³⁸ o por cualquier otro procedimiento (como puede ser la simple reintegración patrimonial de las pérdidas por parte de los socios, la obtención de crédito de un tercero o modificaciones estructurales como fusiones, escisiones o transformaciones), evitando así la total despatrimonialización y, en su caso, consiguiente insolvencia de la sociedad, actuando la disolución como mecanismo preconcursal tendente a la satisfacción de los intereses de los acreedores antes de que un procedimiento concursal la ponga en peligro³⁹.

Para evitar equívocos es preciso distinguir con nitidez entre un estado de mera iliquidez pasajera, un estado de pérdidas cualificadas o graves (que la Ley cifra en la reducción del patrimonio neto por debajo de la

capital real se sitúa por debajo de la mitad del capital social o nominal, incumbe a los administradores probar la suficiencia patrimonial real en el momento concreto si quieren evitar su responsabilidad, acreditando en su caso que se produce una situación de mera iliquidez transitoria y no de desbalance patrimonial o de insolvencia.

³⁶ El legislador comunitario, en la Segunda Directiva en materia de sociedades, de 13 de diciembre de 1976, y luego los legisladores nacionales que la incorporaron a los ordenamientos internos.

³⁷ Esta causa de disolución responde al principio de realidad o integridad del capital social en sociedades anónimas y limitadas, cuyo objetivo reside en garantizar la existencia de una correspondencia mínima efectiva entre el capital social o capital nominal o estatutario y el patrimonio neto también conocido como capital real o efectivo (cfr., RDGRN de 26 de febrero de 2000), sirviendo así a la función del capital como cifra de retención o de garantía última para los acreedores sociales ante la falta de responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

³⁸ Cuando el desbalance capital-patrimonio se produzca en una entidad económicamente saneada, la causa de disolución será fácilmente superada mediante una reducción de la cifra de capital, y también que será difícil que se active el régimen de responsabilidad de los administradores pues los acreedores no tendrán problema para cobrar sus créditos.

³⁹ SSTs de 1 de marzo de 2004 y 3 de abril de 2006. Vid., VALENZUELA, J., *La responsabilidad...*, cit., pp. 51-52, con abundante cita bibliográfica.

mitad del capital social, *ex art. 367 LSC*) y un estado de insolvencia (que impediría cumplir regularmente con las obligaciones sociales exigibles, *ex art. 2.2 LC*). Parece claro, en este sentido, que el desequilibrio patrimonial grave contemplado como causa de disolución no debe ser meramente anecdótico, circunstancial o transitorio, previsiblemente subsanable a corto plazo. La gravedad de las consecuencias jurídicas asociadas por el ordenamiento jurídico a esa situación de desequilibrio patrimonial grave (incurrir en causa de disolución de la sociedad y obligación de los administradores de promover la disolución de la sociedad so pena de convertirse en responsables solidarios de las deudas sociales), en concurrencia con el principio de conservación de la empresa, exige una continuidad y consolidación de ese estado patrimonial, lo que implica la imposibilidad de superarlo mediante el cobro de los créditos pendientes a favor de la sociedad. Naturalmente, cuando la situación es de absoluta despatrimonialización de la sociedad, situándose claramente y de forma difícilmente reversible el pasivo por encima del activo patrimonial, la empresa social entrará en situación de insolvencia (concurso), superándose con creces la simple situación de pérdidas cualificadas contemplada por la legislación societaria como causa de disolución (que en principio no tiene por qué implicar una situación de desbalance patrimonial, aunque en la práctica casi siempre se produzca).

Bajo el régimen anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal 2003, si coincidía la causa disolutoria de pérdidas cualificadas con un estado de insolvencia los administradores se podrían liberar de responsabilidad promoviendo alternativamente la disolución de la sociedad o la quiebra o suspensión de pagos de la empresa social, resultando responsables solidarios de las deudas sociales si no promovían la disolución o la quiebra o suspensión de pagos en el plazo preclusivo de dos meses desde la constatación de ambas situaciones (o de la causa disolutoria si fuera anterior en el tiempo a la insolvencia). La situación cambió cuando las Disposiciones finales 20ª y 21ª LC 2003 modificaron los anteriores arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL (hoy refundidos en el art. 367 LSC) para establecer que la sociedad anónima o limitada se disolverá como consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, *y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso*, remitiendo así a lo dispuesto en la propia Ley Concursal⁴⁰. En suma, si

⁴⁰ Con esta modificación en primer lugar se está reconociendo la frecuente coincidencia que en la práctica se da entre situaciones de pérdidas cualificadas, que provocan un desbalance entre patrimonio y capital social, y situaciones de insolvencia empresarial,

concorre solamente la causa de disolución por reducción del patrimonio por debajo de la mitad del capital social los administradores deberán promover la disolución societaria, pero si simultáneamente se constata el estado de insolvencia patrimonial los administradores sociales deberán convocar la Junta para que ésta inste el concurso y, en caso de no hacerlo, solicitar ellos mismos en todo caso y con carácter preferente el concurso de acreedores, presentándose así como obligaciones o deberes legales excluyentes⁴¹. De modo que, en situaciones de dificultad, corresponderá a los administradores sociales valorar y decidir si procede la convocatoria de junta general para que ésta decida, en su caso, si procede la disolución de la sociedad por pérdidas cualificadas que dejen reducido el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social, o bien si procede solicitar la declaración de concurso por encontrarse la sociedad en situación de insolvencia, independientemente de si su patrimonio neto se sitúa o no por debajo de la mitad del capital social⁴². Y si la Junta no adopta un acuerdo favorable de la disolución o el concurso, corresponderá a los administradores que constaten la concurrencia efectiva de la causa de disolución o la insolvencia de la sociedad, bien solicitar la disolución de la sociedad o bien solicitar la declaración de concurso de acreedores (cfr. arts. 365, 366 y 367 LCS).

poniendo a los administradores en la obligación de promover la disolución o el concurso. Pero frente a la situación anterior a la reforma, el legislador echa por tierra la tesis del cumplimiento alternativo y da prioridad absoluta a la solicitud de concurso en caso de coincidir el desbalance capital-patrimonio con la insolvencia patrimonial, en el entendimiento seguramente de que resulta más justo y equitativo para los intereses de los acreedores el proceso de liquidación concursal que la liquidación societaria cuando la situación de insolvencia es real. Apunta la doctrina que esta solución es lógica pues si la sociedad se encuentra en estado de insolvencia carece de sentido poner en marcha una causa de disolución cuya finalidad fundamental es, precisamente, evitar esa insolvencia mediante la correspondiente liquidación voluntaria o la adaptación de una medida alternativa. Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "Comentario a la Disposición Final 20ª", en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, p. 3251; vid. también, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales", en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *La Responsabilidad de los Administradores*, 5ª ed., 2012, p. 243, indicando que en caso de insolvencia las pérdidas patrimoniales por debajo de la mitad del capital social dejan de operar como causa de disolución para ceder el paso a la solución concursal.

⁴¹ Se ha señalado en este sentido que la declaración de concurso desactiva la causa de disolución por pérdidas. Vid. JUSTE MENCIA, J., "Comentario a la Disposición Final 20ª", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 2374.

⁴² BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales", en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *La Responsabilidad de los Administradores*, 4ª ed., 2011, p. 132.

De hecho, como se dijo antes, la responsabilidad “societaria” de los administradores por no solicitar el concurso de la sociedad se perfiló en la Ley Concursal de 2003 como un elemento básico promocional del nuevo procedimiento concursal, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores⁴³. De ahí que se haya optado por sustituir el cumplimiento alternativo de la disolución o concurso (admitido bajo la legislación derogada de quiebras y suspensión de pagos) por el cumplimiento obligatorio del deber de solicitar concurso caso de constatare la situación de insolvencia actual (cfr., arts. 2.3 y 5 LC y arts. 365 y 367 LSC)⁴⁴. Se aprecia así con claridad el carácter preconcursal de la causa de disolución por pérdidas cualificadas, pues sólo podrá instarse la disolución si se producen pérdidas que conlleven un empobrecimiento patrimonial de la sociedad previsible o real, pero no hasta el punto de alcanzar estados de insolvencia, ya que en tal caso será obligatoria la solicitud del concurso⁴⁵. Aunque, llegados a este punto, es preciso distinguir entre estados de insolvencia actual o real (aquella en que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, art. 2.2 LC, donde la solicitud de concurso es obligatoria en todo caso *ex* art. 5 LC) y estados de insolvencia inminente o previsible (aquellos en que el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, art. 2.3 LC, que en ocasiones no será fácil distinguir de la disolución por pérdidas cualificadas, por lo que puede caber una posible liberación de responsabilidad de los administradores si éstos deciden promover la disolución societaria y no el concurso de acreedores).

Todo ello, claro está, siempre que reducción del patrimonio por debajo de la mitad del capital social y la insolvencia actual sean coetáneas, pues si la situación de insolvencia se produce con posterioridad a la constatación

⁴³ Cfr., Exposición de Motivos II, 9 LC 2003.

⁴⁴ Sobre el deber preferente de solicitar concurso en lugar de instar la disolución si simultáneamente concurren la causa de disolución por pérdidas cualificadas y la insolvencia de la sociedad, cfr., STS de 6 de abril de 2006. Por lo demás, en el ordenamiento español la declaración de concurso no constituirá, por sí sola, causa de disolución (art. 361.1 LSC), pues la nueva legislación concursal da mayores oportunidades que la legislación anterior al principio de conservación de la empresa, potenciando el convenio frente a la liquidación; sin perjuicio de que la Junta General pueda acordar voluntariamente la disolución de la sociedad. Pero si en el procedimiento concursal se produjera la apertura de la fase de liquidación, la sociedad quedará automáticamente disuelta (art. 361.2 LSC), realizándose la liquidación conforme a lo establecido en la legislación concursal (cfr., art. 145.3 LC).

⁴⁵ Vid. PULGAR EZQUERRO, J., “A propósito del órgano legitimado en las sociedades de capital para decidir sobre la solicitud de concurso de acreedores”, *Revista de Derecho de Sociedades (RdS)*, n° 24, 2005, p. 259; VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad...*, cit., p. 86.

de la causa de disolución por pérdidas cualificadas (derivando progresivamente la situación de pérdidas cualificadas hacia una situación de insolvencia actual con un posible estado intermedio de insolvencia inminente difícilmente separable de la situación de pérdidas graves), la solicitud del concurso no libera a los administradores de la responsabilidad societaria en que pudieran incurrir por no haber promovido con anterioridad la disolución por pérdidas cualificadas⁴⁶. De modo que los administradores que constaten la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas cualificadas deberán promover activamente la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que, posteriormente, los liquidadores de la sociedad deban solicitar la declaración de concurso (cfr., art. 3.1 II LC, que atribuye la competencia para solicitar el concurso de acreedores al órgano de administración o de liquidación).

Como antes se dijo, la grave amenaza que para los administradores sociales supone esta responsabilidad "societaria" ha provocado la solicitud cuasi-automática del concurso de acreedores cuando los administradores aprecian situaciones graves de desequilibrio patrimonial, incluso sin discriminar correctamente entre pérdidas cualificadas del patrimonio e insolvencia actual o inminente. Quizás por esta causa, para corregir los efectos negativos -antes apuntados- que provocaron la solicitud cuasi-automática de concurso de acreedores para evitar la responsabilidad societaria de los administradores sociales sin intentar siquiera medidas de salvamento de la empresa social para evitar o mitigar la insolvencia, y también para superar los problemas de coordinación entre el régimen de responsabilidad societaria por no disolución o concurso (art. 367 LSC) y la responsabilidad por déficit de naturaleza estrictamente concursal (art. 172bis LC), la Propuesta de Código Mercantil presentada en 2013 elimina como presupuesto de la responsabilidad de administradores por deudas sociales el hecho de que los administradores no soliciten el concurso de la sociedad si ésta estuviera en situación de insolvencia, con lo cual, caso de aprobarse finalmente, la insolvencia y el concurso dejarían de tener relevancia en la responsabilidad "societaria" de los administradores por deudas sociales, derivando así las consecuencias de la omisión del deber legal de pedir concurso a la que podría considerarse su sede natural, la legislación concursal, y evitando los solapamientos difíciles de resolver entre la legislación societaria y la legislación concursal; en concreto, la llamada responsabilidad por déficit concursal de los administradores de personas jurídicas que hubieran incumplido el deber legal de solicitar la declaración de concurso de acreedores dentro de los dos meses siguientes

⁴⁶ Cfr. SSTs de 6 de noviembre de 2008 y de 30 de junio de 2010.

a la fecha en que hubieran conocido o debido conocer su estado de insolvencia, *ex arts. 5, 165.1º, 172 y 172 bis LC*⁴⁷; responsabilidad por déficit concursal a la que nos referiremos más adelante, aunque conviene anticipar que la finalidad de ambos tipos de responsabilidad es diferente a pesar de que compartan un común carácter sancionatorio.

También se ha debatido largamente sobre la posibilidad de ejercitar acciones de responsabilidad por no promover la disolución o el concurso una vez declarado éste judicialmente, agravándose así la comentada función paraconcursal de la responsabilidad societaria por deudas sociales. Y es por ello que el legislador decidió aprovechar la reforma de la Ley Concursal 2003 por la Ley 38/2011 para impedir que tras la declaración de concurso los acreedores de la sociedad concursada puedan ejercitar las acciones societarias de responsabilidad de administradores por deudas sociales (cfr. arts. 50.2 y 51bis LC)⁴⁸.

2. Presupuestos formales y temporales

El ordenamiento societario español establece -entremezclados- una serie de presupuestos formales y temporales relacionados con la disolución o el concurso de la sociedad, que los administradores de una sociedad de capital deben satisfacer para promover la disolución o, si procediere, el concurso de acreedores de la sociedad, y, con ello, exonerar su responsabilidad por las deudas sociales. En este punto se puede apreciar una notable confusión, fruto de una importante descoordinación entre el ordenamiento societario (LSC) y concursal sobre la competencia, el proceso a seguir y los plazos para acordar y solicitar el concurso de la sociedad.

En el ordenamiento portugués es preciso también conjugar el régimen jurídico previsto en el Código das Sociedades Comerciais (CSC) con el Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprobado por el

⁴⁷ Afirma FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital", en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 720, que la solución más correcta, tanto en el plano técnico como político-jurídico, sería someter la responsabilidad de los administradores en sede concursal a lo establecido en el art. 172.3 LC (actual art. 172bis LC), en el sentido de que si hay inactividad de los administradores durante el plazo legal de dos meses y finalmente se desemboca en una situación concursal con el correspondiente perjuicio a los acreedores, la responsabilidad-sanción de los administradores debiera subsumirse dentro del régimen concursal.

⁴⁸ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., "Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada", cit., p. 57.

Decreto-Ley n° 53/2004, de 18 de marzo de 2004 (CIRE). Así, señala la mejor doctrina que si la sociedad que tenga pérdidas por debajo de la mitad del capital social se encuentra asimismo en situación de insolvencia por la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones vencidas (art. 3º,1 CIRE) o por situarse su pasivo de forma manifiesta por encima del activo (art. 3º,2 CIRE), el órgano de administración deberá convocar la asamblea de socios (art. 35 CSC) a fin de que adopte medidas pertinentes para superar la situación de insolvencia o para decidir la disolución o la declaración de concurso de la sociedad. Pero si la asamblea de socios no adopta ninguna de estas medidas, el órgano de administración tendrá el deber de solicitar la declaración de insolvencia de la sociedad deudora (arts. 18º,1 y 19º CIRE)⁴⁹. Pero, a diferencia del ordenamiento español, el ordenamiento portugués no prevé medidas contra los administradores, en forma de responsabilidad civil societaria o concursal, por no cumplir con el deber legal de promover la disolución o, en su caso, el concurso de la sociedad⁵⁰.

El ordenamiento español establece en el art. 365 LSC el deber de los administradores de convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, para que ésta inste el concurso de acreedores. Parece así que el órgano de administración debe convocar la junta general de socios para que ésta constate si concurre causa de disolución o de insolvencia de la sociedad y para que adopte, en su caso, medidas para remover la causa de disolución o la insolvencia patrimonial, o bien para que decida, en su caso, la disolución de la sociedad o para que indique al órgano de administración la necesidad de instar la solicitud de declaración de concurso (dado que la solicitud de concurso voluntario de una sociedad de capital compete en

⁴⁹ COUTINHO DE ABREU, J.M., *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, Das Sociedades, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 452, nota nº 21.

⁵⁰ Ya vimos antes, que el incumplimiento del deber de convocar la junta para disolver la sociedad previsto en el art. 35 CSC sólo puede determinar, en según qué circunstancias, una responsabilidad de los administradores frente a terceros por la vía del art. 79º CSC en caso de incumplimiento del deber de información sobre la diferencia entre capital social y real establecida en el art. 171º,2 CSC. En el ordenamiento concursal portugués, se prevé como posible causa de insolvencia culpable el incumplimiento por los administradores de sociedades comerciales del deber de solicitar la declaración de concurso (art. 186º,3 letra a CIRE), si bien la única sanción prevista en tales casos es que la sentencia que califique la insolvencia como culpable determine la inhabilitación y la inhibición de administradores para ejercer el comercio u ostentar un cargo de gestión en personas jurídicas entre 2 y 10 años, así como la pérdida de cualquier crédito que pudieran tener frente a la sociedad insolvente y la obligación de devolver los bienes o derechos recibidos en pago de esos créditos (art. 189º,2 CIRE).

todo caso al órgano de administración o de liquidación, por imperativo de lo dispuesto en el art. 3.1 LC).

En caso de que la junta de socios no adopte medida alguna para remover la causa de disolución o no decida disolver de la sociedad o instar la declaración de concurso de la empresa social, la legislación societaria impone a los administradores el deber de solicitar la disolución judicial de la sociedad (art. 366.2 LSC)⁵¹, que habrán de formular en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo de ésta hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado. Por su parte, la legislación concursal establece en el art. 5.1 LC que el órgano de administración o liquidación de la sociedad (legitimado para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica en situación de insolvencia, *ex* art. 3.1 LC) deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocida o debido conocer su estado de insolvencia.

Así, aunque parezca clara la intención del legislador de otorgar prioridad al concurso frente a la causa de disolución por pérdidas cualificadas, la lamentable descoordinación entre el régimen societario y concursal ha creado un mar de dudas sobre cuál debe ser el comportamiento que deben seguir los administradores de la sociedad caso de advertir una situación de insolvencia: *¿convocar la Junta General para que decida, en su caso, sobre si procede o no instar el concurso de la sociedad, o decidir “motu proprio” y solicitar directamente el concurso de la sociedad ante el Juez competente?*

Es preciso tener en cuenta, ante todo, que las consecuencias legales societarias (art. 367 LSC) y concursales (art. 172bis LC) de no instar la disolución o, si procediere, el concurso de la sociedad, se atribuyen en todo caso y exclusivamente a los administradores de la sociedad, cuando, independientemente, de la posición que adopte la junta de socios, no reaccionen en los cortos plazos establecidos para promover la disolución judicial de la sociedad o, si procediere, para solicitar la declaración de concurso. Entonces, ¿qué debe primar: la legislación societaria o la concursal?

⁵¹ La legitimación para solicitar la disolución judicial es más amplia, pues el art. 366.1 LSC legitima a “cualquier interesado” para instar la disolución judicial de la sociedad, debiendo incluirse dentro del concepto indeterminado de “interesado” a cualquier socio o acreedor de la sociedad (incluyendo trabajadores con salarios pendientes de pago), pero entiendo que incluye también a los administradores individualmente considerados, en el caso de que un órgano de administración pluripersonal (varios administradores mancomunados o solidarios, o un consejo de administración) no se pusiera de acuerdo para solicitar la disolución judicial, pudiendo cualquier administrador discrepante solicitar por sí solo la disolución judicial o el concurso de la sociedad para exonerar su responsabilidad.

El problema reside en que el art. 5.1 LC dispone que el deudor (en el caso de una sociedad, su órgano de administración, *ex art. 3.1 LC*) tiene un plazo de dos meses para solicitar la declaración de concurso a contar ("*dies ad quo*") desde que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia⁵². Mientras que el art. 365 LSC establece la obligación de los administradores de convocar la junta general de socios en el plazo de dos meses desde al acaecimiento de la causa de disolución para que adopte el acuerdo de disolución o de remoción de la causa de disolución, o, si la sociedad fuera insolvente, para instar el concurso; se presupone, entonces, que dispondrán del mismo plazo de dos meses para convocar la junta si aprecian la situación de insolvencia actual o inminente; plazo de dos meses para convocar junta general que interfiere con el mismo plazo bimensual establecido en la legislación concursal (art. 5.1 LC) para que los administradores soliciten el concurso de acreedores.

Según mi parecer, dado que la responsabilidad de administradores por no promover la disolución o el concurso es de naturaleza "societaria" (sin perjuicio de la responsabilidad de administradores sociales por déficit concursal en caso de calificación del concurso como culpable, prevista en el art. 172bis LC), lo más lógico es otorgar prevalencia a la legislación societaria sobre la concursal en el cómputo del plazo para solicitar, en su caso, la declaración de concurso y evitar así la responsabilidad de administradores. De modo que, convocada la junta de socios en el plazo de dos meses desde que los administradores aprecien la causa de disolución o la situación de insolvencia de la sociedad, si la junta no adopta ninguna medida relativa a la disolución o al concurso de la sociedad, una lectura conjunta de los arts. 366 y 367 LSC permite afirmar que los administradores dispondrán de dos meses para solicitar la disolución judicial de la sociedad o, en su caso, solicitar la declaración judicial de concurso de acreedores, a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta si ésta no hubiera llegado a celebrarse por cualquier causa, o bien desde la fecha en que se celebró la junta si ésta hubiera adoptado un acuerdo con-

⁵² Situación que se produce, salvo prueba en contrario (presunción "*iuris tantum*"), cuando se produzca alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario (el que solicitan los acreedores): el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de los bienes por el deudor, o el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, pago de cuotas a la seguridad social, y pago de salarios, indemnizaciones u otras retribuciones derivadas de relaciones de trabajo (cfr. arts. 5.2 y 2.4 LC).

trario a la disolución o a la solicitud de concurso, o si no hubiera adoptado acuerdo alguno⁵³.

Así es, parece que sí, tal como se desprende del art. 365 LSC, los administradores deben consultar a la junta general sobre la procedencia o no de instar el concurso (a pesar de la que el art. 3.1 LC les reconoce a ellos, o a los liquidadores, la competencia para solicitar la declaración judicial de concurso), en caso de que la junta no adopte ninguna decisión al respecto (bien remover la causa de disolución o la situación de insolvencia, o bien acordar la disolución o instar a los administradores a que soliciten la declaración de concurso), los administradores dispondrán de un plazo de dos meses (desde la fecha prevista para celebrar la junta o desde su efectiva celebración sin ningún acuerdo al respecto) para solicitar la disolución judicial o solicitar la declaración de concurso de la sociedad, transcurridos los cuales sin hacer nada al respecto responderán personal y solidariamente de todas las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución o -se sobreentiende- de la situación de insolvencia⁵⁴. Podría decirse, probablemente, que la LSC 2010 corrige parcialmente a la LC 2003, obligando a los administradores a consultar a la junta de socios antes de proceder a solicitar el concurso de acreedores

⁵³ Parte de la doctrina científica ya defendía esta interpretación bajo la vigencia de la LSA 1989 y la LSRL 1995. Vid., entre otros, PULGAR EZQUERRO, J., "El presupuesto objetivo de la apertura del concurso de acreedores", en GARCÍA VILLAVEDE, R., ALONSO UREBA, F., y PULGAR EZQUERRO, J., (Dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Dykinson, Madrid, p. 89; JUSTE MENCIA, J., "Comentario a la Disposición Final 20ª", cit., pp. 2375-2376; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., "El presupuesto objetivo del concurso: el estado de insolvencia", en QUINTANA, I., BONET, A., y GARCÍA-CRUJES, J.A. (Dir.), *Las Claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 47; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "Comentario a la Disposición Final 21ª", en ROJO y BELTRÁN (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pp. 3264-3265; CARBAJO CASCÓN, F., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007, Sociedades: Responsabilidad de administradores de sociedad anónima por no promover la disolución de la sociedad", en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC), nº 77, mayo-agosto 2008, pp. 595 y ss., p. 640.

⁵⁴ Así, entiendo que debe interpretarse el art. 367 LSC, cuando establece la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución (o, en su caso, de la situación de insolvencia), por no solicitar la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. (La omisión de una referencia a un acuerdo contrario a instar el concurso debe considerarse suplida por la anterior referencia a la responsabilidad de administradores por no solicitar, si procediere, el concurso de la sociedad, siendo común para ambos el plazo de dos meses de la fecha prevista para celebrar la junta o de la junta efectivamente celebrada sin acuerdo de disolución o favorable al concurso.)

cuando el deudor sea una sociedad mercantil de capital, pues es evidente que una decisión tan relevante para el funcionamiento y continuidad de la empresa social debe ser, si no adoptada, sí al menos consultada al órgano de decisión de los socios en cuanto propietarios indirectos de los medios de producción y de la organización empresarial.

Entiendo asimismo que esta interpretación debería incidir sobre la responsabilidad de los administradores sociales por déficit concursal prevista en el art. 172bis apartado 1 LC, según el cual, el Juez del Concurso que califique el concurso como culpable podrá condenar a todos o algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, o quienes hubieran tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación *ex* art. 172.2,1º LC, a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal⁵⁵. Efectivamente, aunque en este caso se trate de una responsabilidad de administradores de naturaleza estrictamente concursal, parece lógico pensar que si la legislación societaria interfiere en la concursal obligando a los administradores de sociedades de capital a consultar a la junta general de socios antes de instar la declaración de concurso si concurre situación de insolvencia actual o inminente, en caso de que el concurso se declare culpable, la posible responsabilidad por déficit concursal de los administradores como consecuencia (exclusivamente) de no haber solicitado la declaración judicial de concurso en el plazo legal de dos meses desde la situación de insolvencia, deberá computarse no desde el conocimiento de la situación de insolvencia (art. 5.2 LC), sino, en caso de que los administradores hubieran convocado la junta general de socios según dispone el art. 365 LSC, desde la fecha en que la junta hubiera debido celebrarse o desde la fecha de la junta si ésta no adoptó

⁵⁵ Responsabilidad por el llamado déficit concursal que se suma a otras sanciones civiles como la declaración de inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un periodo de entre dos y quince años (art. 172.2,2º LC), y la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o los declarados cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2,3º LC); de manera similar a lo previsto en el art. 189º,2 CIRE, que, sin embargo, no prevé ningún tipo de responsabilidad. Sobre la responsabilidad por déficit concursal, y su consideración como supuesto de responsabilidad por daños, vid. por todos GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “La Responsabilidad Concursal”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *La Responsabilidad de los Administradores*, 4ª ed., 2011, pp. 281 y ss.

acuerdo alguno sobre la necesidad de instar la disolución siendo clara la situación de insolvencia actual o inminente.

IV. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD

El art. 367.1 LSC dispone que responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación legal de promover la disolución o, si procediere, el concurso de la sociedad en la forma y dentro de los plazos establecidos en los precedentes arts. 365 y 366 LSC. El art. 367.2 LSC prevé que, en estos casos, las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

El precepto contiene el alcance de la responsabilidad de administradores por las deudas sociales con motivo de no promover la disolución de la sociedad o el concurso de la empresa social. Alcance de la responsabilidad que contiene aspectos objetivos y subjetivos fundamentales en la aplicación práctica de este peculiar régimen de responsabilidad, y cuya determinación ha dado lugar también a una abundante doctrina científica y jurisprudencial, así como los problemas relativos al cese efectivo de un administrador antes de producirse el nacimiento de los hechos reclamados y la prescripción de la acción, los cuales merecen un tratamiento específico conjunto por su notable relevancia práctica.

1. Alcance objetivo

Como se ha visto, el gravoso régimen de responsabilidad por no disolución de la sociedad de capital se hace depender, en un primer momento, del incumplimiento por parte de los administradores del deber legal de convocatoria de la junta general de socios que -constatada la concurrencia de alguna de las causas de disolución previstas en el art. 363 LSC- deba decidir la disolución o el concurso de la sociedad o, en su caso, la remoción de la causa de disolución o de la situación de insolvencia concurrentes. La Ley establece un plazo de dos meses para el cumplimiento del deber de convocatoria de la Junta; plazo que se antoja excesivamente corto, más aún si se tiene en cuenta la dificultad que entraña en muchas ocasiones la exacta determinación del momento en que se produce alguna de las causas de disolución, y también que los hechos determinantes de esa causa de

disolución pueden tener un carácter meramente transitorio o circunstancial previsiblemente subsanable.

Por otro lado, la norma restringe la responsabilidad de los administradores a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución; regla esta que, entiendo, deberá extenderse también a las obligaciones posteriores al acaecimiento de una situación de insolvencia, en caso de que la responsabilidad se impute por no haber procedido los administradores a la solicitud del concurso de acreedores estando obligados a ello *ex arts. 2, 3.1 y 5 LC, y arts. 365 y 367 LSC*). Con lo cual, los administradores quedarán exonerados de responder por las deudas sociales que fueran anteriores (líquidas, vencidas e insatisfechas) al momento en que se produzca la causa legal de disolución de la sociedad o la situación de insolvencia de la empresa social⁵⁶.

Si no siempre es fácil determinar la concurrencia de una causa de disolución, más difícil aún se torna la delimitación del momento exacto en que esa causa de disolución debe darse por constatada por los administradores, a fin de poder fijar el comienzo ("*dies ad quo*") del cómputo del plazo bimensual para satisfacer la obligación o deber legal de convocar la Junta que decida sobre la disolución o, en su caso, la remoción de la causa de disolución, correspondiendo en todo caso al acreedor demandante la

⁵⁶ La exoneración de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por las deudas anteriores a la fecha de disolución, y su consecuente limitación a las que fueran posteriores a esa fecha en caso de no haber promovido la disolución del ente, fue introducida en los arts. 265.5 LSA 1989 y 105.5 LSRL 1995 (refundidos ahora en el art. 376 TRLSC 2010) por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, en vigor desde el 16 de noviembre del mismo año.

Se ha planteado en varias ocasiones ante los tribunales españoles si la reforma operada en su día en los arts. 265.5 LSA y 105.5 LSRL por la Ley 19/2005 resultaría de aplicación retroactiva a hechos acaecidos con anterioridad, por considerarse una norma punitiva o sancionadora más favorable que la anterior, de conformidad con lo previsto en el art. 9.3 de la Constitución Española interpretado en sentido contrario. La STS de 7 de marzo de 2012, con cita de las anteriores SSTs de 30 de junio de 2010 y de 23 de septiembre de 2010, rechaza que la responsabilidad por deudas debida a la no disolución de la sociedad tenga naturaleza punitiva (tal como hemos expuesto en el apartado II de este trabajo), por lo que a su eficacia en el tiempo le resultan aplicables las reglas generales sobre la retroactividad de las normas, de manera que cualquier nueva regla carecerá de eficacia retroactiva salvo que dispusiera lo contrario (art. 2.3 CC); resultando así que no disponiendo la Ley 19/2005 la aplicación retroactiva de la modificación introducida en el régimen de la responsabilidad de administradores por no disolución de la sociedad o concurso (modificación más favorable a sus intereses, al limitar dicha responsabilidad a las deudas posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución), no cabe aplicar dicha modificación a un supuesto de responsabilidad por no disolución o concurso ocurrido entre los años 2002 y 2003.

carga de la prueba del momento exacto de concurrencia de la causa o causas de disolución alegadas en su escrito de demanda y su conocimiento por parte de los administradores. Más fácil resulta determinar el momento en que se produce la situación de insolvencia, gracias a los parámetros aportados en el art. 5.2 LC.

Podrá entenderse, entonces, la importancia que tiene en la práctica judicial, una vez ejercitada una acción de responsabilidad por no disolución o concurso contra los administradores de una concreta sociedad, determinar el momento exacto en que se entiende producida o constatada alguna causa legal de disolución de la sociedad (art. 363 LSC). Este problema ha sido ampliamente debatido entre la doctrina y la jurisprudencia españolas.

De una parte se propone una interpretación objetiva de dicho plazo, que apuesta por la necesidad de fijar un criterio concreto e inamovible en beneficio de la seguridad jurídica, señalando que las pérdidas cualificadas (pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social) que actúan como causa de disolución sólo pueden detectarse con rigor y objetivamente a la hora de producirse el cierre de ejercicio económico y de elaborar las cuentas anuales de la sociedad, pues sólo así se consigue que una sociedad que atravesase por momentos difíciles y arrastre pérdidas coyunturales se vea abocada a promover su disolución; de modo que los dos meses exigidos legalmente a los administradores de sociedades anónimas y limitadas para convocar la Junta que decida sobre la disolución de la sociedad comenzarían a contarse desde el cierre del ejercicio económico⁵⁷. De otra parte se defiende una interpretación flexible de carácter puramente subjetivo, basada en el momento en que se pueda o deba constatar por los administradores la existencia real de las pérdidas cualificadas durante la vida social, sacrificando el valor seguridad jurídica por el superior de Justicia en el caso concreto, de manera que el plazo de dos meses para convocar Junta General que decida sobre la disolución de la sociedad una vez constatada la existencia de una causa de disolución, debe contarse desde que los administradores tuvieron o debieron tener conocimiento de tal situación, siendo válido para determinar el desequilibrio patrimonial de la sociedad tanto un balance de comprobación como un estado de situación, sea en forma de balance trimestral, de estado de cuentas a efectos de repartir dividendos o de cualquier otro

⁵⁷ En la doctrina defiende esta postura el profesor Ángel ROJO ("Los deberes legales de los administradores...", cit., pp. 1462 y ss.), para quien sólo puede constatare la situación de pérdidas por debajo de la mitad del capital social una vez formuladas las cuentas anuales o transcurrido el plazo para formularlas.

mecanismo apto para detectar objetivamente las pérdidas cualificadas de la empresa social si los administradores tuvieran conocimiento o sospechas fundadas de la existencia de tales pérdidas, de acuerdo con el patrón de diligencia que conforma la base de su estatuto de deberes.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la mayoría de Audiencias Provinciales (tribunales de apelación) viene apostando firmemente por el segundo criterio, entendiendo que el plazo de dos meses para convocar Junta General que exonere de responsabilidad a los administradores debe contarse *desde que tuvieron o debieron tener conocimiento de tal situación*, siendo válido para determinar el desequilibrio patrimonial de la sociedad tanto un balance de comprobación como un simple estado de situación contable⁵⁸. Interpretación que es válida también para determinar la concurrencia de la causa de disolución consistente en la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento⁵⁹. Esta doctrina se fundamenta firmemente en la diligencia debida de los administradores en el conocimiento de los asuntos sociales, entre los cuales tiene carácter principal el estado patrimonial de la entidad, conocido como es que el deber de diligencia incluye el de informarse diligentemente de la marcha de la sociedad (art. 225.2 LSC 2010). Lógicamente esta doctrina adolece de un problema práctico fundamental, que no es otro que la dificultad de determinar con exactitud cuál es el momento en que se produce el desbalance patrimonial y su conocimiento por los administradores sociales. No obstante, la presunción incluida en el art. 367.2 TRLSC, en el sentido de que las obligaciones sociales reclamadas por los acreedores sociales se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha posterior, relaja considerablemente la dificultad probatoria de los demandantes trasladando el *"onus probandi"* hacia los administradores que debían conocer esa situación en coherencia con su deber de diligente información. La jurisprudencia posterior reitera esta doctrina, indicando que *"el cómputo de los dos meses para la convocatoria de la Junta de la sociedad tiene lugar desde que los administradores efectivamente conocieron la concurrencia de causa de disolución, o la habrían conocido de ajustar su comportamiento al de un ordenado empresario entre cuyos deberes figura el de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad"*⁶⁰.

⁵⁸ SSTs de 16 de diciembre de 2004, 9 de marzo de 2006, ó 4 de julio de 2007.

⁵⁹ Cfr. STS de 4 de julio de 2007.

⁶⁰ SSTs de 14 de julio de 2010, de 10 de noviembre de 2010, de 17 de marzo de 2011, y de 7 de marzo de 2012.

Esta interpretación, por lo demás, resulta coherente desde el punto de vista sistemático con el deber de solicitar concurso que recae sobre el deudor o sus administradores (en el caso de deudor persona jurídica). Según dispone el art. 5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Sucede sin embargo que mientras la Ley Concursal ofrece criterios objetivos para confirmar la situación de insolvencia (cfr., art. 2.4 LC), no pasa lo mismo con la situación de disolución por pérdidas cuantificadas, lo cual exigirá un mayor esfuerzo probatorio por parte de quien invoque la responsabilidad de los administradores; aunque, como se acaba de decir, el art. 367.2 TRLSC invierte la carga de la prueba presumiendo que las deudas reclamadas son posteriores a la causa de disolución salvo que los administradores demandados demuestren que son fecha anterior.

En definitiva, el Tribunal parece inclinarse por una *postura subjetiva corregida* en la apreciación de la concurrencia de una causa de disolución de la sociedad con vistas a determinar el “*dies ad quo*” para el cómputo del plazo bimensual previsto para la convocatoria de la junta general. La clave reside, entonces, en si existen factores objetivos en cada caso concreto para que los administradores puedan conocer la existencia de una causa de disolución y su consolidación, de acuerdo con el ejercicio diligente de su cargo que la Ley impone como primer y principal deber de conducta. No se trata, pues, de probar el momento exacto de concurrencia de la causa de disolución, sino de fijar un momento aproximado, dejando así un margen a la consolidación de los hechos determinantes de la causa para que los administradores dispongan de criterios objetivos para conocer o poder conocer la concurrencia de esa causa de disolución (y sólo en ese momento comenzará a computarse el plazo de dos meses para cumplir con su deber de convocatoria de Junta General). De modo que si la causa de disolución es -como sucede habitualmente- el desequilibrio patrimonial, las pérdidas patrimoniales han de ser permanentes e irreversibles y no meramente circunstanciales. Y si la causa de disolución fuera la imposible realización del fin social, los obstáculos al ejercicio del objeto social no han de ser meramente temporales y vencibles con facilidad, sino manifiestos, evidentes y duraderos o incluso definitivos. Constatada la concurrencia de la causa de disolución por la consolidación de los hechos determinantes de la misma, los administradores no deben ni pueden ignorar la situación ni postergar por más tiempo la convocatoria de la Junta.

Lógicamente, esta interpretación incrementa notablemente el grado de dificultad de los administradores para determinar cuándo se ha producido una causa de disolución y así conseguir exonerar su responsabilidad por

las deudas anteriores a ese momento, de acuerdo con lo previsto en el art. 367.2 LSC. Esta dificultad no debería existir si los administradores extremaran al máximo el celo en el cumplimiento de su deber de diligencia, que incluye el de diligente información; pero la realidad demuestra que esto sólo sucede, si acaso, en grandes sociedades anónimas, pero no en las pequeñas y medianas anónimas y en la mayoría de sociedades de responsabilidad limitada que constituyen el sector de la PYME. La consecuencia es que en los procesos judiciales de responsabilidad por no disolución o concurso se produce un encarnecido combate probatorio entre las partes enfrentadas en el litigio, para demostrar (a base de informes periciales contables contradictorios cuando lo que se discute es la existencia de pérdidas cualificadas o insolvencia) cuál es la fecha exacta o aproximada en que se constató la causa de disolución (o, en su caso, de insolvencia) para fijar el *"dies ad quo"* en el cómputo del plazo bimensual para convocar Junta por los administradores y también para determinar cuáles son las obligaciones de las que deben responder los administradores. Eso obliga a los órganos judiciales a motivar con cuidado sus sentencias a fin de determinar con detalle, primero, la existencia misma de la causa de disolución y, segundo, el momento exacto a partir del cual debe entenderse constatada esa causa sin que pudiera ser ignorada o desconocida por un administrador diligente.

Quizás por ello, la reciente Propuesta de Código Mercantil 2013 propone objetivizar el momento en que los administradores deben constatar la causa de disolución para, a partir de ahí, comenzar a computar el plazo para convocar la junta general de socios que deba decidir sobre la remoción de la causa de disolución o sobre la disolución de la sociedad. El art. 272-11, apartado 1 del texto proyecto de Código Mercantil establece que: *"En el caso de que concurra causa legal de disolución por pérdidas, una vez que los administradores hayan formulado las cuentas anuales de las que se desprendan tales pérdidas, deberán incluir en el orden del día de la junta que haya de aprobarlas la propuesta de aumentar, reducir o reintegrar el capital social o de disolver la sociedad"*. El apartado 2 del mismo art. 272-11 PCM indica que: *"Los administradores deberán solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado y tampoco se aumente, se reduzca o se reintegre el capital. La solicitud habrá de formularse en el plazo de un mes a contar de los hechos mencionados o de la expiración del término para inscribir en el Registro mercantil la ejecución del acuerdo de aumento, de reducción o de reintegración del capital social"*.

Y el posterior art. 272-12 PCM, relativo a la responsabilidad solidaria de los administradores por infracción de los deberes legales en orden a la disolución por pérdidas, dispone que: *"1. Cuando concurra causa legal de*

disolución por pérdidas, los administradores responderán personal y solidariamente, entre ellos y con la propia sociedad, de las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución en los casos siguientes: a) cuando no hubieran formulado dentro de plazo las cuentas del ejercicio social anterior; b) cuando no hubieran convocado la junta de socios en el plazo legalmente establecido incluyendo en el orden del día las propuestas a que se refiere el artículo anterior; c) cuando, debiendo hacerlo, no hubieran solicitado la disolución judicial de la sociedad. 2. A los administradores corresponderá la prueba de que la causa de disolución no concurría en el momento del nacimiento de la obligación social reclamada”.

Vemos pues, cómo la Propuesta de Código Mercantil presentada por la Comisión General de Codificación, Sección Mercantil, apuesta decididamente por el valor seguridad jurídica, objetivizando el momento en que se debe proceder a constatar la causa de disolución por pérdidas cualificadas y convocar la junta general de socios que decida al respecto, y trasladando a los administradores demandados en una acción de responsabilidad por no disolución la carga de la prueba de que la causa de disolución invocada por la parte demandante no concurría en el momento en que nació la obligación social reclamada en la acción judicial de responsabilidad.

2. Alcance subjetivo

Como venimos diciendo, el art. 367 LSC impone la responsabilidad solidaria de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución a los administradores que incumplan la obligación legal de promover la disolución de la sociedad o, si procediere, el concurso de la empresa social en la forma y los plazos que se acaban de exponer en el epígrafe anterior.

Ante todo la norma destaca que la responsabilidad de los administradores es solidaria, lo cual debe entenderse en el doble sentido de que es solidaria entre los administradores (en caso de que haya varios) y entre dichos administradores y la propia sociedad⁶¹. Naturalmente, aunque no lo dice, se sobreentiende que la responsabilidad de los administradores es personal y, por tanto, que responderán con todo su patrimonio presente y futuro, de acuerdo con el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). Se trata, obviamente, de una responsabilidad personal y solidaria por deuda ajena; las obligaciones de la sociedad posteriores

⁶¹ Esta doble consideración de la solidaridad sí es destacada por el art. 272-12 apartado 1 de la Propuesta de Código Mercantil.

al acaecimiento de la causa legal de disolución. Esto determina que los acreedores sociales cuyos créditos resultan insatisfechos, puedan optar por el ejercicio de acciones sucesivas demandando primero a la sociedad y luego -en caso de impago- a los administradores, por demandar en una misma acción a la sociedad o a los administradores, o que opten por demandar exclusivamente a los administradores de la sociedad incurso en causa de disolución o situación de insolvencia. Por otro lado, la solidaridad permite que los administradores que hubieran abonado las obligaciones sociales reclamadas por los acreedores, puedan repetir contra los restantes administradores en la parte proporcional que les corresponda o "*in solidum*" contra la sociedad, previa subrogación en los derechos de los acreedores sociales⁶².

Aunque la Ley no lo dice expresamente, la doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en que esta responsabilidad afecta tanto a los administradores de derecho como a los administradores de hecho de la sociedad, remitiendo así a lo dispuesto con carácter general en el art. 236 LSC, según el cual los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo⁶³. Ha de ser así porque no resulta lógico que goce de mejor condición el administrador de hecho que el de derecho, pero también conviene destacar -como veremos a continuación- que aunque en origen se atribuyó a la responsabilidad de administradores por deudas una naturaleza estrictamente sancionatoria, la posterior interpretación realizada por el Tribunal Supremo español ha reconducido dicha responsabilidad hacia los fundamentos y presupuestos de la responsabilidad extracontractual por daños.

Sólo podrán exonerarse de responsabilidad aquellos administradores que demuestren que cumplieron con todos los deberes legales impuestos para promover la disolución o el concurso de la sociedad. En caso de que el órgano de administración tuviera estructura pluripersonal y que, constatada la presencia de una causa de disolución o situación de insolvencia, no decidiera convocar la junta general para que ésta decidiera sobre la remoción de la causa o sobre la disolución o el concurso de la sociedad, o bien no procediera a solicitar la disolución judicial o el concurso de acreedores, si la junta

⁶² Cfr. STS de 30 de junio de 2010.

⁶³ Cfr. STS de 7 de mayo de 2007. Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales", en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *La Responsabilidad de los Administradores*, 5ª ed., 2012, p. 273.

no llegara a celebrarse o si, una vez celebrada, no adoptara ninguna medida al respecto, cualquier administrador a título individual tendrá interés legítimo para perseguir por sí sólo la disolución judicial o el concurso de la sociedad dentro de los plazos establecidos (arts. 366.2 LSC), consiguiendo así exonerar su responsabilidad frente a los acreedores sociales.

3. Cese efectivo del administrador y prescripción de la acción

La situación activa o de cese efectivo del administrador forma parte de los aspectos subjetivos fundamentales del alcance de la responsabilidad, pero por la importancia que ha venido teniendo estos años en la práctica judicial merece un tratamiento diferenciado. Y es que uno de los problemas planteados de manera recurrente en los pleitos de responsabilidad de administradores por no disolución o concurso es el de la falta de legitimación pasiva de los administradores demandados, por haber cesado en el cargo con anterioridad a que se hubiera producido la causa de disolución o antes de que hubiera transcurrido el plazo de dos meses señalado en la Ley para la convocatoria de Junta General que deba decidir sobre la disolución o el concurso de la sociedad. El problema del cese efectivo del administrador entronca asimismo directamente con el de la prescripción de la acción de responsabilidad, puesto que el art. 949 del Código de Comercio español, que fija el régimen de prescripción de las acciones dirigidas contra los administradores de compañías mercantiles), motivo por el que conviene analizarlos conjuntamente.

Durante mucho tiempo, la Jurisprudencia menor venía estimando, a los efectos del régimen de responsabilidad por daños y por no disolución o concurso, que el cese de los administradores no era oponible a terceros de buena fe sino desde el momento de su inscripción en el Registro Mercantil⁶⁴. Sin embargo, en su línea de flexibilización o dulcificación del estricto régimen de responsabilidad por no disolución o concurso, el Tribunal Supremo comenzó a valorar la situación de cese efectivo de los administradores demandados -sin necesidad de que conste inscrito en el Registro mercantil- a fin de exonerar de responsabilidad a quienes hubieran cesado de hecho o efectivamente en la gestión social antes de producirse la causa de disolución invocada por los demandantes en la acción de responsabilidad o antes de que fuera superado el plazo de dos meses previsto para convocar la junta general de socios que debiera decidir sobre

⁶⁴ Cfr., SAP Pontevedra de 8 de mayo de 2000, SAP Salamanca de 5 de marzo de 2002, SAP Sevilla de 21 de julio de 2005.

la disolución o el concurso de la sociedad o sobre la remoción de ambas situaciones. Señala en concreto el Tribunal Supremo que la inscripción registral del cese de los administradores no tiene carácter constitutivo (como no la tiene la inscripción del nombramiento), de suerte que su omisión no puede servir para extender en el tiempo la responsabilidad de los administradores cesantes, porque el deber de inscribir su cese no les incumbe a ellos sino a los que les suceden⁶⁵. Esta línea doctrinal del TS parte del reconocimiento de que la imposibilidad de oponer a terceros de buena fe los actos no inscritos en el Registro Mercantil⁶⁶ no excusa de la concurrencia de los requisitos exigibles en cada caso para apreciar la responsabilidad establecida por la Ley, puesto que el cese efectivo en el cargo de los administradores impide un ejercicio eficaz de las funciones de administración desde la fecha en que se produce y, por tanto, del cumplimiento de los deberes que la Ley impone como condición previa e inexcusable para la aplicación del régimen de responsabilidad (convocar Junta General para que decida sobre la disolución una vez conocida o debiendo conocer la existencia de la causa de disolución)⁶⁷. Todo ello, claro está, siempre que los administradores no continuaran "*de hecho*" ejerciendo las funciones propias del cargo, en cuyo caso se aplicaría el art. 236.1 LSC, que extiende la responsabilidad por incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo a los administradores de hecho, y que, aunque previsto en origen para los casos de responsabilidad por daños (acción social e individual de responsabilidad), se hace extensivo también a la responsabilidad por no disolución una vez reconducida ésta a los esquemas propios de la responsabilidad extracontractual⁶⁸. Será preciso, por tanto, demostrar que los administradores de la sociedad continuaban ejerciendo el cargo de derecho o de hecho en el momento en que se podía constatar de manera objetiva la existencia de una causa de disolución o situación

⁶⁵ Cfr., SSTs de 10 de mayo de 1999, 23 y 24 de diciembre de 2002, 16 de julio de 2004, 28 de mayo de 2005, 26 de mayo y 26 de junio de 2006, 7 de febrero de 2007, 22 de marzo de 2007, 4 de julio de 2007 y 25 de septiembre de 2007.

⁶⁶ Cfr., arts. 21.1 del Código de Comercio de 1885 y art. 9 del Reglamento del Registro Mercantil de 1996.

⁶⁷ En particular, SSTs de 26 de junio de 2006, y de 7 de febrero de 2007.

⁶⁸ Cfr. STS de 28 de abril de 2006. Más aún la Jurisprudencia admite la extensión de responsabilidad por daños y por no disolución a los apoderados y directores generales de sociedades (que en rigor no son administradores sino representantes voluntarios de la sociedad) cuando se advierta un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento a favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes (cfr., STS de 14 de marzo de 2007, e implícitamente en la STS de 4 de julio de 2007).

de insolvencia, al margen de la información proporcionada por el Registro Mercantil sobre la situación activa de esos administradores; y que no habían cesado de forma efectiva (real) en el mismo antes de transcurrir el plazo de dos meses establecido por la Ley para que los administradores convoquen Junta General para que decida sobre la disolución o el concurso de la sociedad.

La doctrina del Tribunal sobre el cese efectivo de los administradores, aparentemente podría entrar en contradicción con el criterio seguido por el mismo TS en relación con la prescripción de las acciones de responsabilidad contra administradores. Es doctrina firme del Alto Tribunal que se aplicará a todos los supuestos de responsabilidad de administradores el art. 949 Ccom, según el cual la acción contra administradores terminará a los cuatro años, a contar desde que cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración⁶⁹. Pues bien, poniendo en relación el cese efectivo con el cómputo del plazo de prescripción, el Tribunal Supremo venía declarando tradicionalmente que *"...el momento a tener en cuenta para determinar la extensión de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales es el de la inscripción en el Registro Mercantil de su cese por cualquiera de las causas legalmente establecidas"*. Sin embargo, el Tribunal matiza el valor de la inscripción de acuerdo con el carácter de buena o mala fe que tengan los terceros que ejercitan la acción de responsabilidad contra los administradores, señalando al respecto que, *"si no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador, o no se acredita de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que sólo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento"*⁷⁰. En sus últimas resoluciones el TS es mucho más claro, y así, aunque reconoce que la doctrina del Tribunal viene refiriendo habitualmente la determinación del *"dies ad quo"* del plazo prescriptivo a la constancia del cese en el Registro mercantil en cuanto a terceros de buena fe (ex arts. 21.1 y 22 Ccom. y art. 9 RRM, que establecen el principio de oponibilidad registral), ello no es aplicable cuando se acredita la mala fe

⁶⁹ Cfr., SSTs de 20 de julio de 2001, 7 de junio de 2002, 1 de marzo de 2004, 14 de marzo de 2007, ó 30 de noviembre de 2011, entre otras muchas.

⁷⁰ SSTs de 2 de abril de 2002, 26 de mayo de 2006 y 26 de junio de 2006.

del tercero y en cualquier otro caso en que el afectado tuvo conocimiento del cese efectivo⁷¹.

En definitiva, el Alto Tribunal otorga valor determinante al cese efectivo o de hecho (no registral) de los administradores en el ejercicio de su cargo, tanto en lo relativo a la legitimación pasiva para el ejercicio de acciones de responsabilidad como en lo que atiene a la prescripción de la acción. Si bien, el cese efectivo o de hecho (independientemente de si se inscribe o no en el Registro mercantil) es determinante para no aplicar la responsabilidad por deudas sociales, en tanto en cuanto el administrador no ejercería ya las competencias propias del cargo para tener conocimiento de la causa de disolución o de insolvencia y, en tal caso, para convocar la junta general de socios que decida al respecto; mientras que en materia de prescripción el computo del plazo se produce desde el cese efectivo o de hecho si éste fuera conocido por cualquier causa o motivo por quienes ejercen la acción de responsabilidad (terceros de mala fe), computándose desde la fecha de inscripción registral para los terceros que no tuvieran conocimiento del cese de hecho (terceros de buena fe). De manera que no podrá imputarse responsabilidad a un administrador que consiga demostrar que había cesado efectivamente, independientemente de su situación registral, en las labores propias de su cargo antes de que se produjera la causa de disolución o la situación de insolvencia, o, incluso, antes de que transcurriera el plazo de dos meses para convocar junta general *ex art.* 365 LSC. Mientras que, una vez constatado que el administrador seguía ejerciendo el cargo cuando se produjo la causa de disolución o situación de insolvencia o una vez transcurrido el plazo bimensual para convocar la junta de socios, el "*dies ad quo*" para computar el plazo de prescripción de cuatro años para el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas por cualquier acreedor, comienza a computar desde la efectiva inscripción registral del cese del administrador para los terceros de buena fe, y desde el momento del cese efectivo o de hecho (en caso de ser anterior al registral o en caso de no haber constancia registral del cese) para los terceros que conocieran de hecho o extrarregistralmente por cualquier medio o causa la situación de cese efectivo de ese concreto administrador en el ejercicio de su cargo.

Así, cuando el cese se produzca por decisión de la Junta General antes de constatare la causa de disolución o antes de transcurrir el plazo de dos meses para convocar Junta que decida sobre la disolución, sí que podría servir para exonerar de responsabilidad al administrador cesado contra su voluntad. Pero no puede llegarse al mismo resultado si el cese en el cargo es

⁷¹ SSTs de 27 de noviembre y 4 de diciembre de 2008, 1 y 14 de abril de 2009, 15 de abril de 2010 y 11 de noviembre de 2011.

voluntario (renuncia o dimisión), pues parece obvio que el administrador que, conociendo la situación de insolvencia, renuncia a su cargo antes de que transcurra el término legal marcado para convocar Junta que conozca de la disolución, estaría obrando contra el deber genérico de diligencia y burlando el conjunto del sistema. El administrador que conociendo la causa de disolución o la situación de insolvencia renuncia voluntariamente al cargo sin cumplir con las obligaciones impuestas legalmente en orden a perseguir la disolución o el concurso de la sociedad, quedaría atrapado por su deber de diligencia incumplido y, por tanto, por la responsabilidad solidaria por no promover la disolución o concurso⁷². En último término se plantea un problema de prueba sobre si el administrador conocía o debía conocer de acuerdo con su deber de diligencia la existencia de una causa de disolución o situación de insolvencia antes de cesar en su cargo; cuestión íntimamente relacionada, como vimos antes, con la determinación del momento exacto en que acaece la causa de disolución o la situación de insolvencia (alcance objetivo de la responsabilidad).

También deberían poder salvar su responsabilidad los administradores que cesaran de manera efectiva en su cargo antes de la causa de disolución y del transcurso del plazo para convocar Junta para decidir la disolución por haber caducado su nombramiento de acuerdo con los plazos estatutarios (cfr., art. 221 LSC 2010), pues en tales casos el cese es obligado -salvo renovación- y además puede decirse que los terceros disponen de publicidad legal (siquiera indirecta) al constar la duración del cargo en los estatutos inscritos en el Registro Mercantil y sin perjuicio además de posibles anotaciones de la caducidad mediante nota marginal por parte del Registrador si se dieran las condiciones para ello (cfr., arts. 144 y 145 RRM). Ello, claro está, siempre que no se demuestre que los administradores continuaron de hecho ejerciendo el cargo a pesar de la caducidad del mismo⁷³.

⁷² Vid. al respecto, SACRISTÁN BERGIA, F., *La extinción por disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 166.

⁷³ Vid. en la doctrina, GARCÍA-CRUCES, J.A., "La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: consideraciones en torno al debate jurisprudencial", en GALÁN CORONA, E. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., (Coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 82. En la Jurisprudencia, la STS de 25 de septiembre de 2007, admite que los datos sobre duración del cargo obrantes en el Registro pueden servir a los terceros para deducir el cese en el cargo de los administradores, aunque señala que los efectos de la caducidad no pueden considerarse equivalentes a los de la inscripción del cese ni considerarse por sí mismos determinantes de la falta de responsabilidad, puesto que los administradores podrían continuar de hecho en el ejercicio del cargo.

Parece en principio una solución justa considerar que los administradores que hubieran cesado en el cargo antes de producirse la disolución de la sociedad no deban responder por las deudas sociales de acuerdo con lo previsto en el art. 367 LSC, ya que carecerían de legitimación pasiva al no estar ya vinculados con la sociedad en aquel momento⁷⁴. Es preciso preguntarse, no obstante, como reflexión final, si con esta doctrina no se estarían dejando sin protección los intereses de los acreedores de buena fe que no disponen de datos objetivos para conocer el cese efectivo de los administradores en el cargo antes de producirse la causa de disolución y guían su actuación (demandan) fiándose de la apariencia del Registro (pues, además de no obtener satisfacción por la vía de la responsabilidad, podrían sufrir el perjuicio que supone tener que abonar las costas judiciales de los administradores absueltos). Al mismo tiempo, debería pensarse si es coherente con el estricto deber de diligencia impuesto por la legislación a los administradores de sociedades de capital permitir su cese efectivo sin promoción por su parte de la inscripción registral pertinente. Los administradores que vean cómo la sociedad queda descabezada o incompleta con motivo de su cese, deberían convocar de manera inmediata la Junta General para formalizar su cese ante los socios y que ésta procediera al nombramiento de nuevos administradores, permaneciendo en el cargo hasta entonces; una vez cesados y sustituidos, serían los nuevos administradores quienes tendrían la carga de proceder a la inscripción registral del cese de sus antecesores y nombramiento de los nuevos administradores (cfr., art. 147.1,1º RRM), respondiendo por los daños y perjuicios que su inactividad pudiera causar a los anteriores *ex* art. 241 LSC. Pero incluso podría pensarse en extremar el deber de diligencia de los administradores hasta el punto de tener que promover directamente su propio cese en el Registro Mercantil, ya que el art. 147.1,1º RRM parece dar pie a esta posibilidad cuando señala que: *“La inscripción de la dimisión de los administradores se practicará mediante escrito de renuncia al cargo otorgado por el administrador y notificado fehacientemente a la sociedad o en virtud de certificación del acta de la Junta General o del Consejo de Administración, con las firmas legitimadas notarialmente, en la que conste la presentación de dicha renuncia”*. El Reglamento estaría contemplando dos sistemas o métodos alternativos para inscribir el cese o renuncia en el Registro, y parece que en el primer caso podría estar admitiendo legitimación al administrador cesado para solicitar la inscripción de su propio cese ante el Registrador Mercantil previa constatación de la comunicación de esa renuncia a la sociedad.

⁷⁴ Cfr., SACRISTÁN BERGIA, *La extinción...*, cit., p. 168.

Ante las muchas dudas que esta problemática del cese suscita, lógico es pensar que Jueces y Tribunales resolverán finalmente atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso.

V. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES POR DEUDAS SOCIALES TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES

Un último e importante problema que plantean las acciones de responsabilidad de administradores por deudas sociales con motivo de la infracción del deber legal de promover la disolución o el concurso de la sociedad, consiste en esclarecer si es posible que los acreedores sociales puedan ejercer estas acciones justo antes o una vez declarado judicialmente el concurso de acreedores de la sociedad. Se trata, en definitiva, de decidir si las acciones de responsabilidad ejercitadas contra los administradores por no promover la disolución o el concurso antes de la solicitud de éste o una vez declarado el mismo, son compatibles con el desarrollo normal y la finalidad última del proceso concursal, ya que podrían perturbar las reglas sobre las que se asienta el concurso, como la "*par conditio creditorum*", el sometimiento a la comunidad de pérdidas, las reglas sobre prelación y clasificación de créditos y la finalidad y efectividad de la responsabilidad concursal por déficit.

Es claro, como apunta la mejor doctrina, que al ejercer esta acción societaria de responsabilidad una vez abierto el concurso los acreedores demandantes no afectarán a la masa activa del concurso, pues al responder los administradores personalmente por las deudas de la sociedad concursada no se produce, en principio, menoscabo alguno para la masa patrimonial de ésta. Sin embargo, el ejercicio de tales acciones sí puede afectar a la masa pasiva del concurso, pues los administradores que resulten condenados a abonar las deudas sociales reclamadas por los acreedores demandantes podrán subrogarse en su posición y comunicarlo a la Administración Concursal para que ésta anote la subrogación entre la lista de créditos que conforman la masa pasiva, con la particularidad en tal caso, de que los créditos de los administradores deberán ser calificados como créditos subordinados de quinto rango (art. 92.5 LC) al ser los administradores sociales personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93.2,2º LC)⁷⁵.

⁷⁵ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., "Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada", cit., p. 39.

Pero la cuestión más peliaguda se centra en la conveniencia político-legislativa y técnica de permitir que los acreedores concursales ejerciten la acción societaria de responsabilidad de administradores por deudas (art. 367 LSC) poco tiempo antes de que se declare el concurso de acreedores o una vez declarado formalmente éste, y conseguir así una realización extraconcursal de sus créditos en cabeza de personas distintas al deudor (los administradores de la sociedad concursada, cuya responsabilidad es por deuda ajena), ya que eso podría alterar -al menos a priori- el principio de igualdad de trato que preside el régimen concursal ("*pars conditio creditorum*"), permitiendo que los acreedores más "avisados" consigan cobrar -aun en cabeza ajena- unos créditos que el resto de acreedores concursales difícilmente conseguirán cobrar en todo o en parte de la sociedad deudora. Otra cuestión que se plantea es si el ejercicio de las acciones societarias de responsabilidad de administradores por deudas sociales puede interferir en la responsabilidad por déficit concursal prevista como acción concursal en el art. 172bis LC, máxime cuando ambas son consideradas ejemplos diferentes de responsabilidad-sanción, aunque no se desprendan de los fundamentos resarcitorios de la responsabilidad civil extracontractual.

Entre la doctrina científica, algunos autores se inclinaron por la conveniencia de excluir la posibilidad de ejercitar durante el concurso acciones societarias de responsabilidad de administradores por no haber promovido en los plazos legales la disolución societaria o el concurso de la empresa social, al entender que una vez declarado el concurso el régimen de responsabilidad de administradores debería ser configurado exclusivamente en sede concursal⁷⁶. Otros autores, sin embargo, defendieron la compatibilidad de las acciones societarias de responsabilidad de administradores por no disolución o concurso con la acción de responsabilidad de administradores por déficit concursal, puesto que la acción societaria (art. 367 LSC) persigue sancionar el incumplimiento del deber legal de promoción de la disolución societaria o, si procediere, del concurso de la empresa social al tiempo que resarcir a los acreedores del daño causado por la falta de reacción diligente de los administradores sociales al incumplir su deber legal mediando causa legal de disolución o situación de insolvencia actual o inminente, mientras que la acción concursal (art.

⁷⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital", cit., p. 720; ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad de administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el artículo 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)", en AA.VV., *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, 2003, p. 302.

172bis LC) atiende a una finalidad de cobertura de los créditos impagados en la liquidación de un concurso declarado culpable como consecuencia de la actuación negligente de los administradores en el cumplimiento de sus deberes legales que contribuye a la causación o agravamiento de la situación de insolvencia de la sociedad deudora⁷⁷.

En la versión originaria de la Ley Concursal 22/2003 no se abordó directamente el problema de la coordinación de ambas acciones societaria y concursal. Ante el silencio legal, buena parte de la doctrina científica y algunas resoluciones jurisprudenciales aisladas defendían que una vez declarado judicialmente el concurso de la sociedad no deberían seguir ejercitándose acciones de responsabilidad societaria contra los administradores por no haber promovido la disolución o solicitado el concurso en el plazo establecido, en tanto en cuanto: de un lado, el art. 48.2 LC (en la redacción de 2003; cfr. el art. 48quáter LC vigente) se refiere únicamente a la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando indica que durante la tramitación del concurso corresponderá únicamente a la Administración Concursal el ejercicio de las acciones de la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores y liquidadores; y de otro lado, el art. 60.2 LC 2003 (cfr. art. 60.3 LC vigente), según el cual desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios, administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora, cierra la puerta al ejercicio de acciones de responsabilidad societaria por no disolución o concurso una vez declarado el concurso de la sociedad y en tanto éste no se resuelva⁷⁸.

⁷⁷ Vid. MUÑOZ PLANAS J.M.^a y MUÑOZ PAREDES, J.M.^a, “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, Revista de Derecho Mercantil (RDM), n° 250, 2003, pp. 1347 y ss., p. 1352. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Cuestiones de actualidad en torno a la responsabilidad societaria y concursal de los administradores. Problemas sustantivos en torno a la coordinación de las acciones de responsabilidad”, en AA.VV., *II Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 121 y ss.

⁷⁸ Cfr., Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Vizcaya de 29 de diciembre de 2006; Auto del Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Asturias de 13 de diciembre de 2005; Auto del Juzgado de lo Mercantil n° 10 de Cantabria de 13 de febrero de 2006, donde se afirma que: “con la interrupción de la prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores y su correlativa imposibilidad de ejercicio durante el concurso, se ha querido salvaguardar el patrimonio de dichos administradores (...) y con ello la eficacia de la eventual responsabilidad concursal de los mismos”. En la doctrina, vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Comentario al artículo 48 LC”, en ROJO y BELTRÁN (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, cit., p. 971; CARBAJO CASCÓN, F., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007, Sociedades:

La reforma de la Ley Concursal 2003 mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, trata directamente este problema impidiendo el ejercicio de las acciones de responsabilidad societaria por deudas sociales una vez declarado el concurso y suspendiendo los procedimientos judiciales en curso⁷⁹. El art. 50.2 LC es claro al indicar que: *“Los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución”*. Y su inciso segundo, por remisión al art. 50.1 LC, dispone que si se admitiera alguna demanda en la que se ejerciera esa acción, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez todas las actuaciones que se hubieran practicado. Por su parte, el art. 51bis apartado 1 LC, dispone que: *“Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución”*⁸⁰.

Podrá observarse que el efecto impeditivo y suspensivo sólo se refiere a las acciones societarias de responsabilidad de administradores por incumplimiento del deber legal de promoción de la disolución, sin que conste referencia alguna a las acciones que pudieran derivarse por el incumplimiento del deber legal de promover el concurso de acreedores, tal y como dispone el art. 367 LSC. Ello puede deberse a un defecto de redacción o a una decisión consciente del legislador, pero la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011 no aporta ninguna clave para resolver el enigma. Puede ser un error de técnica legislativa (coordinación con el art. 367 LSC) o una decisión de legislador para permitir el ejercicio de acciones societarias -y

Responsabilidad de administradores de sociedad anónima por no promover la disolución de la sociedad”, cit. p. 643.

⁷⁹ Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada”, pp. 56-57.

⁸⁰ Solución ésta que ya defendí antes de la reforma concursal de 2011, ante el riesgo evidente de que, siendo la sociedad deudora claramente insolvente, el ejercicio previo de acciones societarias de responsabilidad por deudas contra los administradores, podría hacer ineficaz la responsabilidad concursal por déficit del art. 172.3 LC 2003 (art. 172bis LC vigente), ante el riesgo de que las primeras pudieran esquilmar el patrimonio de los administradores e impedir que éstos pudieran hacer frente a la responsabilidad concursal en caso de ser calificado el concurso como culpable. Vid. CARBAJO CASCÓN, F., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007, Sociedades: Responsabilidad de administradores de sociedad anónima por no promover la disolución de la sociedad”, cit. p. 644.

por tanto extraconcursales- contra los administradores sociales que hubieran infringido el deber legal de promover el concurso de la empresa social concurriendo situación de insolvencia. Habrá que estar a la interpretación que en el futuro puedan hacer los tribunales, pero no creo que pueda descartarse una interpretación sistemática -fundada en la remisión implícita que los arts. 50.2 y 51bis LC hacen al art. 367 LSC- que, superando la literalidad de la norma, incluya dentro de los arts. 50.2 y 51bis LC también las acciones que pudieran ejercitar acreedores sociales contra administradores que no hubieran promovido el concurso de acreedores de la empresa social concurriendo situación de insolvencia; ello, a falta de explicaciones legislativas que permitan descubrir posibles razones concretas del legislador para excluir la responsabilidad por no promover el concurso del efecto impositivo y suspensivo establecido por la Ley 38/2011 de reforma de la LC 2003⁸¹.

En cualquier caso, parte de la doctrina critica la decisión adoptada por el legislador concursal en la reforma de 2011, exponiendo que la Ley Concursal permite otros casos de pago de créditos concursales por terceros distintos al deudor (como sucede con los garantes personales, fiadores y avalistas, *ex art. 87.6 LC*) que, posteriormente, podrán subrogarse en la posición del acreedor satisfecho notificando esta situación a la Administración Concursal para que los incluya en la masa pasiva del concurso, de manera tal que, poniendo de relieve la coincidencia material entre las garantías personales y la responsabilidad de administradores por deudas sociales, en tanto que formas de pago de deudas ajenas, *“no se ve en qué puede perjudicarse el interés del concurso como consecuencia de que el acreedor ejercite la pertinente acción requiriendo la responsabilidad por las obligaciones sociales que recae, en su caso, sobre los administradores de la sociedad concursada. Es más, desde el punto de vista del interés de los acreedores – de todos los acreedores – esa posibilidad, si se actuara, podría llegar a reportarles indudables ventajas”*⁸². Ventajas que consistirían en una mejora cualitativa de la masa pasiva del concurso, por cuanto el administrador que abonase las deudas sociales en virtud de la responsabilidad societaria se subrogaría en el crédito de los acreedores, pero su crédito concursal pasaría a calificarse como subordinado de quinto rango (art. 92.5 LC), con lo cual las expectativas

⁸¹ Aunque, si como hemos visto, el proyectado art. 272-12 de la Propuesta de Código Mercantil llegara finalmente a aprobarse en su versión actual o una muy similar, el problema desaparecería por completo, al sacar de la responsabilidad societaria por deudas sociales el supuesto de responsabilidad de administradores por no promoción, si procediere, del concurso de la empresa social.

⁸² GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada”, p. 60.

de satisfacción de los acreedores ordinarios se incrementarían; y también mejoras cuantitativas, pues en caso de que el concurso llegara a calificarse como culpable, el administrador que resultara afectado por esa calificación en la sentencia perdería cualquier derecho (incluidos por tanto los obtenidos por subrogación al resultar condenados por responsabilidad societaria por las deudas sociales) que tuvieran como acreedor concursal o de la masa (art. 172.2,3º LC)⁸³.

Dando por buenos los argumentos expuestos en contra de la solución dada por la reforma a la Ley Concursal de la Ley 38/2011, el único riesgo tangible del ejercicio de la acción societaria de responsabilidad de administradores por deudas, *ex art.* 367 LSC, una vez declarado el concurso, sería el ya comentado de que la obligación para el administrador de afrontar la responsabilidad societaria mermara hasta tal punto su patrimonio que le impidiera luego hacer frente a la responsabilidad concursal a la que pudiera ser condenado posteriormente en caso de calificar el juez el concurso como culpable (art. 172bis LC)⁸⁴.

Más allá de la indudable inteligencia y del posible acierto de la crítica expuesta, lo cierto es que la literalidad de la norma (arts. 50.2 y 51bis LC) introducida con la reforma de la Ley 38/2011 muestra bien a las claras la firme intención del legislador por depurar en sede exclusivamente concursal la responsabilidad que pudiera corresponder a los administradores por la infracción de sus deberes legales (en particular, no haber solicitado en

⁸³ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *ob y loc. cit.* Arguye, a mayor abundamiento, el profesor García-Cruces, que el ejercicio de acciones de responsabilidad societaria por deudas sociales no altera la "*par conditio creditorum*", en tanto en cuanto el administrador responsable que abone las obligaciones sociales reclamadas extramuros del concurso se subroga en la posición del acreedor en la masa pasiva, beneficiándose indirectamente los acreedores ordinarios por mor de la calificación de su crédito como subordinado (*ob. cit.*, p. 62).

⁸⁴ Critica el profesor García-Cruces, en este sentido, que, sin descartar ese posible efecto, la realidad del mismo es incierta al depender de demasiadas eventualidades (que se abra la pieza de liquidación, que el concurso se declare culpable, que se produzca déficit concursal, que el administrador se declare persona afectada por la calificación de culpabilidad, que sea efectivamente condenado por el juez del concurso y que el administrador resulte insolvente al tener que haber abonado las deudas de la sociedad con motivo de la responsabilidad societaria del art. 367 LSC). Por eso considera que la solución plasmada en los arts. 50.2 y 51bis LC por la reforma de la Ley 38/2011, resulta desmesurada o desproporcionada respecto de la finalidad pretendida, no habiendo valorado pausadamente los pros y los contras de esa decisión, máxime teniendo en cuenta la posibilidad que el art. 48.3 LC otorga a la Administración Concursal para solicitar al juez del concurso el embargo preventivo de los bienes de los administradores de la sociedad concursada a fin de asegurar su eventual responsabilidad concursal por déficit *ex art.* 172bis LC. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., "Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada", *cit.*, pp. 62-63 y 67-68.

los plazos establecidos el concurso de la sociedad) una vez declarado judicialmente el concurso de acreedores de la empresa social. Muy probablemente se ha querido otorgar el mismo tratamiento a todos los acreedores, para impedir que los más inteligentes o los mejor informados consigan una realización extraconcursal de sus créditos en cabeza de los administradores sociales, dejando a los peor informados al resultado incierto de la solución concursal (por más que el pago de los créditos concursales por parte de los administradores pudiera acabar beneficiando a los acreedores ordinarios con motivo de la calificación como subordinados de los créditos en que el administrador se hubiera subrogado al hacer frente a la responsabilidad societaria por las deudas sociales).

Prémio DSR/Almedina – 2.ª edição

A Associação *Direito das Sociedades em Revista* (ADSR) e a *Almedina* decidiram organizar uma segunda edição do prémio *DSR/Almedina*, destinado a promover os estudos sobre Direito das Sociedades por autores jovens, no espaço lusófono.

Esta segunda edição terá lugar durante 2013, devendo os estudos ser apresentados até 31 de outubro de 2013. A atribuição do prémio terá lugar até 31 de janeiro de 2014.

O valor pecuniário do prémio será de € 3.000,00 (três mil euros).

A atribuição do prémio obedecerá às seguintes regras:

1. Podem concorrer juristas, de qualquer nacionalidade, que, à data da entrega dos seus trabalhos, tenham até 30 anos de idade, inclusive.
2. Os estudos devem:
 - a) Ter por objeto o Direito de Sociedades;
 - b) Ser redigidos em português;
 - c) Versar algum ou vários dos ordenamentos jurídicos dos Estados e territórios em que o português é língua oficial ou o ordenamento jurídico da União Europeia.
3. Além do prémio, poderá haver lugar a menções honrosas.
4. Os estudos devem ser inéditos e manter-se como tais até à data da decisão do júri.
5. Todos os concorrentes poderão ser convidados a publicar na *DSR* os estudos por eles apresentados.
6. O tamanho máximo dos estudos será 75.000 carateres (contando espaços e incluindo notas de rodapé).
7. O júri será designado pela Direção da *DSR*.
8. A apresentação de trabalhos a concurso deverá ser feita mediante o envio de 3 exemplares em papel para:
Almedina/DSR,
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80
3000-167 Coimbra

E de uma versão digital para:
dsr@almedina.net
9. O júri poderá deliberar não atribuir o prémio.

Textos para publicação

A Revista aceita a apresentação de textos inéditos para publicação, sujeita a parecer favorável da Comissão de Redação e à disponibilidade de espaço.

Cada texto não deverá exceder 75.000 carateres (contando espaços e incluindo notas de rodapé) e deverá observar as seguintes regras gráficas:

- Nomes de autores referidos em texto: em carateres normais
- Nomes de autores referidos em notas: em maiúsculas pequenas
- Títulos de livros (monografias e obras coletivas): em itálico
- Títulos de textos inseridos em revistas e em obras coletivas: entre aspas, em carateres normais
- Nomes das revistas: em itálico
- Sinal de aspas primordialmente usado: « » (as chamadas aspas francesas ou baixas)
- Ausência de espaço entre uma palavra e um sinal de pontuação
- Uso das abreviaturas adotadas pela Revista (v. lista inserida nas primeiras páginas)
- Os textos deverão ser enviados por correio eletrónico para *dsr@almedina.net* ou por via postal para:

DSR – Direito das Sociedades em Revista
Secretariado da Redação
Edições Almedina, SA
Rui Dias
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80
3000-167 Coimbra

CUPÃO DE ASSINATURA

NOME																									
MORADA																									
CÓD. POSTAL					-			LOCALIDADE																	
TELEFONE									Nº CONTRIBUINTE																
PROFISSÃO																									
EMAIL																									

2 NÚMEROS AVULSO **€40**

ASSINATURA (2 NÚMEROS/ANO) **€35** (DESCONTO DE **12,5%**)
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLuíDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA

DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA (2 NÚMEROS) DO ANO

2	0		
---	---	--	--

ASSINATURA

DATA

--	--	--	--

 -

--	--

 -

--	--

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA
ASSINATURA DA REVISTA DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA – JOAQUIM MACHADO, S.A.,
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRETO (ADC)

ENTIDADE 1 0 6 4 4 4 NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRETOS

[illegible]

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

IBAN/NIB: PT 50

CONTRIBUINTE FISCAL								
---------------------	--	--	--	--	--	--	--	--

DATA

--	--	--	--

 -

--	--

 -

--	--

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

BENS/SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE ⁽¹⁾	INICIA A		TERMINA A	
			MÊS	ANO	MÊS	ANO

(i) REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

PROCEDIMENTOS

- Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura de Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.
- Remeter a ADC para:
EDIÇÕES ALMEDINA SA, Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para sdd@almedina.net.
- Qualquer alteração que pretenda efetuar a esta autorização deverá contactar as EDIÇÕES ALMEDINA SA por qualquer forma escrita
- Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradecemos informação escrita sobre as alterações efectuadas.
- Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s)
- Dos pagamentos que vierem a ser efectuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

INFORMAÇÕES

Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efetuar as seguintes operações:

- Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
- Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
- Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos electrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

Telephone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: sdd@almedina.net

