



Roj: **SAP OU 232/2017 - ECLI: ES:APOU:2017:232**

Id Cendoj: **32054370012017100126**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **17/04/2017**

Nº de Recurso: **357/2016**

Nº de Resolución: **135/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00135/2017

N10250

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

-

Tfno.: 988 687057/58/59/60 Fax: 988 687063

MP

N.I.G. 32054 41 1 2015 0005498

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000357 /2016

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 de OURENSE

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000840 /2015

Recurrente: Jacinta

Procurador: RAFAEL LOPEZ RODRIGUEZ

Abogado: ELOY JESUS RODRIGUEZ LOPEZ

Recurrido: BODEGA **COOPERATIVA** VIRGEN DAS VIÑAS SOCIEDAD **COOPERATIVA** GALEGA

Procurador: MARIA JESUS SANTANA PENIN

Abogado: RAMON NUÑEZ FERNANDEZ

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Señoras, doña Ángela Domínguez Viguera Fernández, Presidenta, doña Josefa Otero Seivane y doña María José González Movilla, Magistradas, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

S E N T E N C I A NÚM. 135

En la ciudad de Ourense a diecisiete de abril de dos mil diecisiete.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, en autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Ourense, seguidos con el n.º 840/15, Rollo de Apelación núm. 357/16, entre partes, como apelante D.ª Jacinta , representada por el Procuradora D. Rafael López Rodríguez, bajo la dirección del Letrado D. Eloy Jesús Rodríguez López y, como apelada,



La Bodega **Cooperativa** Virgen das Viñas Sociedad **Cooperativa** Galega, representada por la Procuradora D.ª María Jesús Santana Penín, bajo la dirección del Letrado D. Ramón Núñez Fernández.

Es ponente la Ilma. Sra. D.ª Ángela Domínguez Viguera Fernández.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 13 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por don Rafael López Rodríguez, en nombre y representación de doña Jacinta, frente a BODEGA **COOPERATIVA** VIRGEN DE LAS VIÑAS, a quien absuelvo de todos los pedimentos.

Con expresa imposición de costa a la parte demandante".

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de D.ª Jacinta recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en tanto no contradiga lo expuesto a continuación.

PRIMERO.- Se solicitaba en la demanda declaración de nulidad del acuerdo sancionador adoptado por el Consejo Rector de la **cooperativa** demandada, en 24 de enero de 2014 mediante el que se impuso a la demandante una sanción económica de 500 euros, en aplicación de art. 13-1-ap. c) de los Estatutos rectores de la **cooperativa**. Se alegó por la parte actora, tanto en la primera instancia como en esta alzada, haberse vulnerado determinadas normas de procedimiento en el expediente sancionador instruido al efecto, tales como los establecidos en los arts. 80.3 y 89 de la Ley 30/92, LRJAP y del Procedimiento Administrativo Común, con la consiguiente indefensión para la demandante, por lo que el citado acuerdo resultaría nulo de pleno derecho, por consiguiente abusivo, dándose por ello una situación de enriquecimiento injusto.

SEGUNDO.- El motivo de recuso no es atendible, habiéndose rechazado, adecuadamente tal pretensión en la primera instancia, conforme a lo dispuesto en el art. 13.4 de los Estatutos rectores de la **Cooperativa** demandada y lo dispuesto en el art. 52 ap.3.º de la Ley 5/1998 de **cooperativas** de Galicia. La facultad sancionadora es competencia indelegable del Consejo Rector, mediante expediente instruido al efecto y audiencia del interesado que formalizará sus alegaciones por escrito. En los supuestos de sanción, el socio podrá recurrir en el plazo de treinta días desde su notificación, ante la Asamblea General. Formulado recurso ante la Asamblea General, se resolverá mediante votación secreta con audiencia del interesado. El acuerdo de sanción o ratificación del mismo, podrá ser impugnado en el plazo de dos meses desde su notificación, ante la jurisdicción ordinaria por el cauce procesal establecido en el art. 40 de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de **Cooperativas** de Galicia. En similar sentido se pronuncia el art. 52-3.º de la misma Ley, al establecer, que las acciones de impugnación de los acuerdos nulos y anulables deberán ser entabladas en el plazo de dos meses, a contar desde que se tuviese conocimiento del acuerdo y siempre que no haya transcurrido un año desde su adopción.

TERCERO.- En el caso, de la prueba practicada resulta que según acuerdo del Consejo Rector adoptado en Junta de 29 de octubre de 2013, se inició expediente sancionador, atribuyéndole a la demandante la posible comisión de una falta muy grave por infracción de lo dispuesto en el art. 13-1-c) de los Estatutos de la **Cooperativa**, cuya incoación se le notificó en 14 de diciembre de 2013, otorgándole un plazo de quince días para formular alegaciones. Dentro de dicho plazo se formuló escrito de descargo por la parte apelante, proponiendo prueba testifical (respecto de la documental ya se la había facultado expresamente para examinar los documentos pertinentes y el expediente en las oficinas de la empresa por sí o por profesional, por término de quince días). Teniéndose por evacuado el trámite de alegaciones, aunque sin resolverse previamente sobre la admisión de la prueba propuesta, el Consejo Rector, mediante resolución adoptada en 24 de enero de 2014, acordó sancionar a la demandante con multa de 500 euros, de conformidad con lo dispuesto en el citado art. 13-1-c) de los Estatutos, advirtiéndole, expresamente, en la propia resolución, que el citado acuerdo podía ser recurrido en el plazo de treinta días hábiles desde la notificación, ante la Asamblea General, tal como disponían los Estatutos. Teniéndose constancia de la notificación de tal acuerdo sancionador en once de febrero de 2014, lo cierto es que no consta que en ningún momento fuese recurrido ante la Asamblea General, en el plazo otorgado al efecto, como era preceptivo. Tampoco se ejerció la acción de impugnación prevista en la



Ley de **Cooperativas**, en el plazo de dos meses, planteándose además la presente demanda más de un año después de la adopción del precitado acuerdo y de su conocimiento por el interesado, siendo que la demanda fue formulada en 8 de abril de 2015. De modo que por la inactividad de la parte actora, tal acuerdo resultó convalidado.

CUARTO .- Se trata de plazo de caducidad, no susceptible de interrupción (en este sentido STS 5 de julio de 2014). Siendo ello así porque, al contrario de lo que sucede con la prescripción, que admite interrupción por los actos del titular del derecho que exteriorizan su voluntad de ejercitarlo, la caducidad no significa un abandono del derecho subjetivo, sino que se trata del cumplimiento de un plazo, a cuyo término no es posible ejercitar la acción

La resolución adoptada por el Consejo Rector en 24 de enero de 2014, no era una simple propuesta, como pretende la parte apelante, sino la propia resolución sancionadora a la que se refiere el apartado cuarto del artículo 13 de los Estatutos, como resulta claramente de sus propios términos y de la advertencia expresa contenida en la misma de que tal acuerdo podía ser recurrido en el plazo de 30 días hábiles, desde la notificación, ante la Asamblea General de Socios. Impugnación que no fue formulada, limitándose la parte demandante a reiterar escritos de alegaciones sin interponer el pertinente recurso.

Es lo cierto que en la tramitación del expediente sancionador pudieron haberse cometido irregularidades procedimentales, como lo sería la ausencia de resolución por el instructor sobre las pruebas propuestas, lo que a tenor del apelante le había causado indefensión y sería determinante de la nulidad del acuerdo sancionador. Pero según lo dispuestos en el art. 52 de la Ley de **Cooperativas** , tales irregularidades pretendidamente determinantes de la nulidad absoluta del Acuerdo por contrario a la Ley, así como su anulabilidad, había de hacerse valer a través de los correspondientes recursos previstos en la Ley de **cooperativas** y en los Estatutos rectores de la propia **Cooperativa**. Así como, mediante la acción de impugnación formulada dentro de los plazos de caducidad establecidos en tales preceptos legales, a contar desde que se tuvo conocimiento del acuerdo que se pretende nulo. Plazos que en el caso han transcurrido con exceso, tal como se argumentó en la sentencia apelada, lo cual supone la decadencia automática del derecho, por lo que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto.

QUINTO .- Al desestimarse el recurso procede imponer las costas de la alzada a la parte apelante, en virtud de lo dispuesto en el art. 398, en relación con el 394, ambos de la LEC .

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.^a Jacinta contra la sentencia, de fecha 13 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Ourense en Juicio Ordinario n. 840/15, Rollo de Apelación núm. 357/13, cuya resolución se confirma, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas optar, en su caso, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y casación por interés casacional, dentro de los veinte días siguientes al de su **no** tificación ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Roj: **STSJ GAL 2716/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:2716**

Id Cendoj: **15030340012017101952**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **07/04/2017**

Nº de Recurso: **465/2017**

Nº de Resolución: **2170/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ANTONIO JESUS OUTEIRIÑO FUENTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2016 0002505

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000465 /2017 CRS

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000498 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Elisa

ABOGADO/A: URSULA MARIA LEOBALDE ESTAPA

PROCURADOR:

RECURRIDO/S D/ña: **COOPERATIVA** FARMACEUTICA GALLEGA (COFAGA)

ABOGADO/A: ABEL LOPEZ CARBALLEDA

PROCURADOR:

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS

D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

Presidente

D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

D. LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

A CORUÑA, a siete de abril de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE



EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0000465 /2017, formalizado por la letrada Úrsula M^a Leobalde Estapa, en nombre y representación de Elisa , contra la sentencia número 501 /2016 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000498 /2016, seguidos a instancia de Elisa frente a **COOPERATIVA FARMACEUTICA GALLEGA (COFAGA)**, MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Elisa presentó demanda contra **COOPERATIVA FARMACEUTICA GALLEGA (COFAGA)**, MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 501 /2016, de fecha treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis, por la que se desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- Elisa presta servicios por cuenta y bajo dependencia de la empresa demandada **COOPERATIVA FARMACÉUTICA GALLEGA (COFAGA)** con antigüedad de 25 de noviembre de 1987. Su categoría profesional es la de dependiente y su salario mensual, con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias, el de 1.555,09 euros. La jornada laboral de la trabajadora lo es a tiempo parcial, con una duración de 100 horas mensuales. **SEGUNDO.-** La trabajadora presta sus servicios en el centro de trabajo de ubicación en Pocomaco en A Coruña. **TERCERO.-** El día 15 de abril de 2016 la empresa **COOPERATIVA FARMACÉUTICA GALLEGA (COFAGA)** entregó a Elisa carta de despido, con efectos de esa misma fecha, invocando motivo disciplinario como fundamento del mismo, y ello con base en su propio contenido que, en este punto, se da por reproducido. **CUARTO.-** La entidad demandada, la empresa **COOPERATIVA FARMACÉUTICA GALLEGA (COFAGA)**, imputa a Elisa transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, y ello como consecuencia de la sustracción, por parte de la misma, de 13 unidades de BEXSERO, propiedad de la empresa, acaecida el 13 de abril de 2016, cuyo valor asciende a 884 euros (valor a PVL, sin impuestos) y a 1.379,95 euros (valor a PVP, con impuestos). **QUINTO.-** El día 13 de abril de 2016 tuvieron entrada en el almacén de la empresa **COOPERATIVA FARMACÉUTICA GALLEGA (COFAGA)** 89 unidades de BEXSERO. Una vez verificada la recepción informatizada de la mercancía, por parte del Sr. Fructuoso , Jefe de Recursos Humanos de la empresa, se procedió al recuento manual de la misma, y ello a fin de comprobar que, efectivamente, se había producido la entrada de las 89 unidades en la cámara frigorífica, en la que se almacenaron. A las 19:00 horas de ese mismo día, el Sr. Fructuoso procede, nuevamente, al recuento manual de la mercancía pudiendo constatar que solamente hay 76 unidades, por lo que verifica un defecto de existencia de 13 unidades. El Jefe de Almacén, Sr. Herminio , contó la mercancía, a requerimiento del Sr. Fructuoso , habiendo constatado idéntica falta. El Sr. Fructuoso , personal autorizado para el visionado de las cámaras de seguridad, procedió a tal, habiendo constatado cómo la actora entra en la cámara frigorífica a las 17:35 e horas, portando una bolsa térmica, y, una vez en su interior, cómo se acerca a la caja en la que se encontraba almacenado el medicamento y procede a la introducción de varias unidades del mismo en el interior de la bolsa, abandonando el almacén de reposición, a continuación. A partir de este momento y hasta el recuento del BEXSERO, nadie entra en esa zona de almacén. El visionado de la filmación de las cámaras de seguridad de la empresa, según el iter anteriormente descrito, fue realizado en el acto de juicio en presencia de esta juzgadora. Elisa , que reconoció haber sacado la mercancía de la cámara frigorífica, niega la sustracción que se le imputa, apelando a la circunstancia de que, después de haber sacado la mercancía de la cámara frigorífica, habría sido depositada por ella en la zona de paso existente en el exterior de la misma, con el propósito de gastarle una broma a un compañero. Las 13 unidades de BEXSERO que Elisa sacó del interior de la cámara frigorífica ubicada en el almacén de la empresa, jamás fueron recuperadas. **SEXTO.-** El acto de conciliación tuvo lugar el día 13 de mayo de 2016 con el resultado sin avenencia. **SEPTIMO.-** Elisa no ejerció durante el año anterior al despido la condición de delegada de personal o de miembro del comité de empresa.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que debo desestimar y DESESTIMO la demanda interpuesta por parte de Elisa contra la empresa **COOPERATIVA FARMACÉUTICA GALLEGA (COFAGA)**, y, en consecuencia, declaro PROCEDENTE la extinción del contrato laboral de Elisa , con convalidación de la decisión empresarial, y ABSUELVO a la empresa demandada de cuantas pretensiones se habían ejercitado en su contra en méritos del presente procedimiento.



CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que desestimó la demanda y declaró la procedencia del despido, recurre la parte actora articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 193. a) de la LRJS, en el que interesa la nulidad de actuaciones y la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión, por entender que se han producido varias incongruencias en la sentencia, de acuerdo con el art. 218. 1 de la LEC, en concreto: A) incongruencia omisiva, por entender que tanto en la propia demanda como en el acto de la vista se solicitó por esta parte y se practicó prueba relativa a la solicitada declaración de nulidad de la sanción por falta muy grave de la trabajadora afiliada a la CIG o la improcedencia de su despido, como consecuencia de lo establecido en el art. 55.1 del ET, por el hecho de no haberse dado audiencia previa al Comité de empresa y al delegado sindical como siempre se había hecho. Cuando se produjo la admisión de la demanda y se valoró sobre la prueba propuesta, el Juzgado acordó en el Decreto de fecha 8 de junio de 2016 (F.6 y ss de los autos) admitir en el Segundo Orosí el requerimiento a la empresa para que aportase documentación acreditativa de la existencia o no audiencia previa, con la advertencia legalmente establecida en caso de no presentación. Nada presentó la empresa pese al requerimiento y ello porque no se realizó el trámite en el presente caso de forma completamente excepcional a como siempre se había hecho. No se resuelve en la sentencia esta cuestión dejando a esta parte en una completa situación de indefensión. A juicio de la recurrente, de conformidad con el art. 202 de la LRJS, se solicita que por la Sala se valore este extremo y se acuerde declarar la nulidad de la sanción o la improcedencia del despido por incumplimiento de lo establecido en el art. 55.1 p.3 ET, y de considerar insuficiente el relato de hechos se acuerde la nulidad de la resolución con reposición de lo actuado al momento de dictar sentencia.

B) Incongruencia interna y extra petitum en la sentencia. La carta de despido sólo contiene la imputación de un hurto o robo, y la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza sólo pueden ser valorados en relación con los hechos expresamente atribuidos a la actora, es decir, la sustracción (hurto o robo de las vacunas). Nada se dice en ella de peligros para la salud, mala manipulación, y mucho menos del quebranto de la imagen de la empresa que ni tan siquiera mencionó la propia demandada. A su juicio, la sentencia se ha extralimitado en lo petitionado, y dada cuenta que no existía prueba suficiente para acreditar ni el hurto y menos el robo, la juzgadora decidió ratificar la decisión empresarial de despedir en una causa no alegada por la misma, por lo que supone una incongruencia "extra petita" y vulnera flagrantemente el art. 105.2 de la US, debiendo ser declarado nulo el pronunciamiento.

El análisis del anterior motivo de recurso impone a la Sala examinar con carácter preferente, incluso de oficio por ser cuestión que afecta al orden público procesal y a un derecho fundamental, si existió o no incongruencia omisiva fundada en la falta de respuesta a todas las cuestiones planteadas en la litis, o bien, si la sentencia de instancia ha fundado la improcedencia del despido en una posible incongruencia extra petitum. Al respecto, procede hacer las siguientes consideraciones:

1.- Es reiterada doctrina del Tribunal Constitucional la que viene señalando que por incongruencia se entiende el «desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido» (SSTC 136/1998, de 29 de junio, 29/1999, de 8 de marzo y STC 91 y 92/2003, ambas de 19 de mayo), siendo sus variedades: omisiva o *ex silentio*, que se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita; *extra petitum*, que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales; e *incongruencia por error*, que define un supuesto en el que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta.

Por otro lado, señalan las STC 215/1999, de 29 Nov., FJ 3; 5/2001, de 15 Ene., FJ 4 y STC 27/2002, de 11 de febrero, FJ 3, que «el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial exige confrontar «la parte dispositiva de la Sentencia y el objeto del proceso, delimitado por referencia a sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y *petitum*- ; de manera que con relación a estos últimos elementos «la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión (por todas, SSTC 136/1998, FJ 2, 29/1999, FJ 2)».



2.- Y en el presente caso, no concurre la pretendida situación de incongruencia omisiva ni extra petitum. En efecto, la parte actora impugna el despido disciplinario de que fue objeto sin relacionar el mismo con su condición de afiliada sindical, limitándose a afirmar, en el hecho quinto de la demanda, que "no ostenta ni ha ostentado en el último año, cargo de carácter sindical". Únicamente en el hecho segundo se menciona su condición de afiliada sindical en el contexto de que no se avisó a los representantes sindicales de la misma y de que encontrándose a tratamiento médico por problemas nerviosos firmó un finiquito bajo coacción el día 18 de abril. Pero en ningún momento su demanda se funda en la circunstancia de la falta de audiencia previa al delegado sindical, ni se afirma que exista en la empresa la correspondiente sección sindical debidamente constituida. Igualmente, tampoco concurre la invocada incongruencia "extra petitum", pues si bien ésta exige que la resolución que se dicte sea acorde con la pretensión ejercitada, sin que pueda dejar de pronunciarse sobre lo pedido, ni dar más de lo pretendido o, en su caso, fundamentar cosa distinta alterando sustancialmente los términos en que el debate había sido planteado, es lo cierto que, en este caso, " *existe en la sentencia recurrida una perfecta «adecuación entre el resultado que el demandante pretendía obtener y entre los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión, sin que en ningún momento se hubiese producido exceso o extralimitación determinante de una incongruencia extra petita*, por lo que en ninguno de los supuestos invocados cabe apreciar que se hubiese generado a la recurrente una efectiva indefensión, máxime cuando la sentencia razona cumplidamente sobre la certeza de los hechos imputados en la carta de despido, en concreto, a propósito de que la actora retiró unilateralmente los medicamentos (vacunas) de la zona refrigerada de reposición, sin informar sobre su posterior desaparición, haciendo hincapié en su razonamiento a propósito del potencial riesgo de pérdida de propiedades de las aludidas vacunas por rotura de la cadena de frío, lo que en modo alguno constituye la introducción de hechos nuevos ni evidencia una incongruencia sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales.

Por otro lado, debe tenerse presente que la nulidad de actuaciones es un remedio extraordinario y excepcional contrario al principio de economía procesal, propio del proceso laboral que debe limitarse a aquellos supuestos en que se cause material indefensión (STC de 15 de noviembre de 1991, RTC 1991\218, de 21 de noviembre de 1995, RTC 1995\172 y SSTS 11.12.2003 Ar. 2004/2577 y 30.01.2004 Ar.2580); siendo así que en caso de autos tal indefensión no existe, pues la hipotética incongruencia interna que se predica de la sentencia podría ser corregida por la vía de la revisión fáctica y a través del motivo o motivos de infracción jurídica, como así se intenta por la recurrente en el segundo y tercero de los motivos de suplicación que formula. La pretendida nulidad de actuaciones, por tanto, ha de ser desestimada.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 193. b) de la LRJS, formula la recurrente un segundo motivo de suplicación, en el que interesa la introducción de un nuevo hecho probado y la revisión del hecho quinto, en los términos siguientes:

A) El nuevo Hecho Probado con la redacción que se expresa: "La trabajadora está afiliada a la CIGA, descontándose su cuota sindical de las hojas de salario. El día del despido de la trabajadora, 15 de abril, no había presente ningún representante de los trabajadores ni consta que se hubiese dado audiencia previa a la Sección Sindical correspondiente".

La adición que se interesa debe prosperar parcialmente en el sentido siguiente: "*La trabajadora está afiliada a la CIGA, descontándose su cuota sindical de las hojas de salario*". Así resulta de la hoja de salarios que se cita donde se descuenta a la actora por la empresa la cuota sindical (folio 231). No prospera, por el contrario, el inciso segundo de adición por las siguientes consideraciones: En primer término, consta que la empresa comunicó por escrito de fecha 18 de abril de 2016, el despido de la trabajadora al Comité de empresa (folio 237). Y en segundo término, no consta que en la empresa estuviese constituida una sección sindical de la CIG con arreglo a lo dispuesto en la ley, sin que una simple comunicación del Sindicato efectuada a la empresa en febrero de 2010 sea documento hábil a los efectos de la revisión (folio 283), siendo doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 19-7-1985 [RJ 1985\3819] o de 14-7-1995 [RJ 1995\6259]), la que señala que el soporte documental que sirva de base al motivo debe ostentar, inexcusablemente, una literosuficiencia probatoria, de tal modo que de él se desprenda ineludiblemente la modificación pretendida, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones.

B) Solicita la introducción de un nuevos párrafos en el Hecho Probado Quinto con la siguiente redacción: "La empresa cuenta con un sistema de videovigilancia y control formado por 33 cámaras distribuidas por las instalaciones, consistente en 16 cámaras IP que captan la salida de rutas, entrada de furgones, mesa de salida de rutas, OSR, zona manual de los sectores 4-5-6-14, estaciones de control EK y áreas de radio frecuencia MPRF; el resto de las cámaras de distribuyen en la planta baja y en la planta alta de la instalación y visualizan la puerta principal, entrada del almacén, escaleras sótano, recepción de mercancías, zona TDA, zona SDA, pasillo central dinámicas, zona puerta/almacén, estupefacientes, entada dirección y administración.



La única grabación presentada por la empresa se corresponde con el interior de la cámara frigorífica. A la empresa le fueron requeridas por los miembros de la Comité de la CIG, sindicato al que estaba afiliada la actora, las grabaciones de la totalidad de las cámaras con fecha 02/05/2016, respondiendo la empresa el 9 de mayo que no se podía atender la petición por no existir obligación y porque su visionario podría vulnerar la LOPD.

Las citadas grabaciones fueron solicitadas por el Juzgado de Instrucción nº23 de A Coruña con fecha 14 de junio de 2016, respondiendo la empresa que únicamente tenía la grabación aportada por haberse borrado automáticamente el resto de las grabaciones a los treinta días. Asimismo, la representación de la actora había solicitado con el escrito de demanda presentado el 18 de mayo la remisión de las citadas grabaciones, siendo admitida la misma presentando la demandada escrito de fecha 22 de julio de 2016 manifestando que las grabaciones se habían borrado automáticamente.

D. Elisa permaneció en el centro de trabajo el día 13 de abril hasta las 19:58, acudiendo a trabajar normalmente el día 14 y los días siguientes hasta la comunicación del despido".

La adición que se interesa no resulta acogible: Como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de 22-3-2002 (RJ 2002\5994), no se puede suplantar el criterio de la instancia, y, asimismo, como ha precisado en la de 7-3-2003 (RJ 2003\3347), la valoración conjunta del acervo probatorio corresponde al Magistrado de instancia según el art. 97, 2 de la LRJS -antes art. 97. 2 de la Ley de Procedimiento Laboral-, que es quien tiene la plena intermediación en la práctica de la prueba, por lo que no puede desvirtuarse dicho criterio salvo que existan elementos que indefectiblemente lleven a la conclusión del error de la instancia. De igual manera, no pueden existir modificaciones del relato de los hechos cuando, como en este caso, existen pruebas que contrarían o ponen en tela de juicio los asertos en los que se apoya la modificación, en concreto, el video en que fundamenta la sentencia la procedencia del despido de la actora.

TERCERO.- Ya en sede jurídica sustantiva, y al amparo del art. 193. c) de la LRJS, formula la recurrente el tercero de los motivos de suplicación en el que denuncia: a) Infracción del art. 55.1 párrafo cuarto del ET, en relación con lo establecido en el art.3.1.c) del mismo ET y del art.49.2 ET en relación con el principio "in dubio pro operario". b) Infracción del art. 54.2 d) del ET y 20.2 del ET, por entender que la sentencia recurrida en ningún momento declara probado que la actora robase o hurtase las vacunas BEXSERO, conducta que se le imputa en la carta de despido. Declara probado únicamente que las sacó de la cámara frigorífica, y partir de ahí, se limita a suponer que D2 Elisa se llevó las mismas sin prueba alguna. c) Infracción de lo establecido en el art.105.2 LRJS: "Para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido", reiterando que la juzgadora ha entrado en diversas valoraciones sobre los supuestos peligros para la salud, población a la que iba dirigida la vacuna o incluso el "quebranto para la imagen de la empresa", cuestión que ni siquiera fue aludida por la propia demandada en el acto de la vista.

La censura jurídica que se denuncia no resulta acogible con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.- En primer término, no acabe apreciar infracción del art. 55.1 párrafo cuarto del ET, en relación con lo establecido en los arts. 3.1.c) y 49. 2 del mismo ET. Como señala la STS de 31 de mayo de 2007 (Recurso: 640/2006), es cierto que tanto el art. 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical como el art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores exigen, como garantía establecida a favor del derecho de libertad sindical del Sindicato - que no en beneficio del trabajador sindicado como estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia 30/92, de 18 de marzo - que antes de despedir a cualquier afiliado a un Sindicato si esa afiliación le constare al empresario "deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato"; por lo tanto, constituye requisito de eficacia del despido en tales supuestos que se de audiencia al Delegado Sindical como la Sala IV del TS ha entendido, en aplicación de los preceptos antes indicados, en varias sentencias - por todas en SSTS 16-10-2001 (Rec. 3024/00), STS 07/06/05 (Rec. 5200/03) o 12-7-2006 (Rec. 2276/05). Ahora bien, dicha audiencia requiere que exista en el centro de trabajo ese delegado sindical al que hay que oír y dicho delegado no lo tienen todas las secciones sindicales sino solamente aquéllas que reúnan las exigencias del art. 10.1 de la LOLS, o sea con centro de trabajo superior a 250 trabajadores y tengan presencia en el comité de empresa, a salvo otras previsiones resultantes de mejoras derivadas de convenio colectivo pues son estos "delegados sindicales" y no cualquier otro "representante o vocero" de otras secciones con menor representatividad los que tienen reconocido el derecho a "ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a ...los afiliados a su sindicato...y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos" como específicamente se contempla en el art. 10.3.3º de la propia LOLS.

Y en el presente caso, la propia parte recurrente reconoce en su escrito de recurso que la empresa tiene en la actualidad menos de 250 trabajadores, sin que exista constancia alguna de que se hubiese constituido una sección sindical. Es claro, por tanto, como razona también la STSJ de Murcia de 21 de junio de 2001 (Recurso:



485-RSU/2001), "que para que pueda exigirse la audiencia previa al despido de un trabajador afiliado a un sindicato, y declararse la improcedencia del despido por falta de ese requisito formal, es preciso que exista en la empresa, por tener el número de trabajadores necesario, un delegado sindical que haya sido nombrado como tal y cuyo nombramiento haya sido dado a conocer a la empresa para que ésta asuma las cargas y obligaciones que le corresponden en relación con este órgano de representación sindical (Sentencias del Tribunal Constitucional 292/1993, de 18 octubre [RTC 1993292] y 84/1989, de 10 mayo [RTC 198984]). No es exigible la audiencia previa a otras personas distintas del delegado sindical, sin que la sentencia del TS de 1 de junio de 1992 (RJ 1992/4505) haya declarado que ante la falta de delegado sindical el trámite de audiencia previa al despido debe observarse con la sección sindical, cuya existencia en la empresa demandada, por otra parte, no ha resultado acreditada por el actor a quien incumbía la carga de la prueba sobre tal extremo. Pero es que, se insiste, aunque la sección sindical hubiera llegado a constituirse, lo que en ningún caso podría tener al frente como portavoz o representante es un delegado sindical nombrado conforme a lo dispuesto en el artículo 10.3 LOLS, dado el reducido tamaño de la plantilla laboral de la empresa...". Y es que como señala la STS 25 junio 1990, Ar. 5514, sólo es preceptivo oír a los delegados sindicales nombrados conforme al artículo 10.3.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, que en el caso de autos no existen.

2.- En segundo término, a la vista del relato de hechos y de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, debe recordarse que conforme tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 22 mayo 1986, Ar. 2609; 21 julio 1988, Ar. 6221; 4 febrero 1991), la buena fe contractual a que se refiere el art. 54.2 d) del E.T. es la que deriva de los deberes de conducta y del comportamiento que el art. 5 a), en relación con el art. 20.2, ambos del referido Estatuto, imponen al trabajador; buena fe en su sentido objetivo, que "constituye un modelo de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1258 del Código Civil), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas conforme al que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza" (SSTS 21 enero 1986, Ar. 1986\312; 22 mayo 1986, Ar. 1986 \2609 y 26 enero 1987, Ar. 1987\130), de tal modo que no cualquier transgresión de la buena fe contractual justifica el despido, sino aquella que por ser grave y culpable «suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador, esto es, la que tenga calidad bastante para que sea lícita y ajustada a derecho la resolución contractual basada en el incumplimiento del trabajador (art. 1124 del Código Civil), quien ha de conocer que su conducta viola la buena fe sin necesidad de dolo, pudiendo deberse la causa a su propia negligencia, imprudencia o descuido sin necesidad de un perjuicio económico para la empresa o, incluso, mediante la realización de la conducta sancionable con abuso de confianza, cuando se aprovecha de una especial situación (autonomía en el desarrollo del trabajo o dificultades de control y vigilancia por parte del empresario) para la comisión de la falta (SSTS 30 abril 1991, Ar. 1991\3397; 4 febrero 1991, Ar. 1991\794; 30 junio 1988, Ar. 1988\5495; 19 enero 1987, Ar. 1987\66; 25 septiembre 1986, Ar. 1986\5168 y 7 julio 1986, Ar. 1986\3963...»).

3.- En tercer lugar, es también reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 febrero, 7 mayo y 24 septiembre 1990, Ar. 1248, 3971 y 7040, o 16 mayo 1991, Ar. 4171), la que señala que el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista, buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto, pues el despido, como máxima sanción que cabe en el marco de la relación laboral, debe reservarse para aquellos comportamientos graves y culpables de especial significación que encajen dentro de los supuestos que el Estatuto de los Trabajadores contempla, siendo necesario para calificar su procedencia conjugar todos los factores de relevancia, como son la existencia de dolo o culpa, la intensidad de la falta y las circunstancias concurrentes de toda índole (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 febrero, 7 mayo y 24 septiembre 1990, Ar. 1248, 3971 y 7040, o 16 mayo 1991, Ar. 4171; y SSTSJ Galicia 3 julio 1997 Rec. 2739/1997, 25 noviembre 1998 Rec. 4263/1998, 17 diciembre 1998 (AS 1998\7352) Rec. 4717/1998, 11 mayo 1999 Rec. 1522/1990, 21 enero 2000 Rec. 5385/1999, 15 abril 2000 Rec. 1248/2000 y 19 enero 2001 Rec. 5470/2000).

4.- Y la valoración de la conducta de la trabajadora lleva a la Sala a la conclusión de que fue correctamente calificada como transgresión de la buena fe contractual, subsumible en los arts. 54.2 d) y 55.4 del ET, y determinantes de la sanción de despido por el incumplimiento contractual grave y culpable que se desprende de la misma, pues -según los hechos cuarto y quinto- constan acreditados los hechos imputados a la actora en la carta de despido y que se resumen en que: el día 13 de abril de 2016 tuvieron entrada en el almacén de la empresa **Cooperativa** Farmacéutica Gallega (COFAGA), 89 unidades de BEXSERO (vacunas). Una vez verificada la recepción informatizada de la mercancía, por parte del Sr. Fructuoso, Jefe de Recursos Humanos de la empresa, se procedió al recuento manual de la misma, y ello a fin de comprobar que, efectivamente, se había producido la entrada de las 89 unidades en la cámara frigorífica, en la que se almacenaron. A las 19:00 horas de ese mismo día, el Sr. Fructuoso procedió, nuevamente, al recuento manual de la mercancía pudiendo constatar que solamente hay 76 unidades, por lo que verifica un defecto de existencia de 13 unidades. El



Jefe de Almacén, Sr. Herminio , contó la mercancía, a requerimiento del Sr. Fructuoso , habiendo constatado idéntica falta.

El Sr. Fructuoso , personal autorizado para el visionado de las cámaras de seguridad, procedió a tal, habiendo constatado cómo la actora entró en la cámara frigorífica a las 17:35 horas, portando una bolsa térmica, y, una vez en su interior, cómo se acercaba a la caja en la que se encontraba almacenado el medicamento procediendo a la introducción de varias unidades del mismo en el interior de una bolsa y abandonando el almacén de reposición, a continuación. A partir de este momento y hasta el recuento del BEXSERO, nadie entró en esa zona de almacén. La actora reconoció haber sacado la mercancía de la cámara frigorífica, si bien negó la sustracción que se le imputa, alegando a la circunstancia de que, después de haber sacado la mercancía la depositó en la zona de paso existente en el exterior de la misma, con el propósito de gastarle una broma a un compañero. Las 13 unidades de BEXSERO que la demandante sacó del interior de la cámara frigorífica ubicada en el almacén de la empresa, jamás fueron recuperadas.

En tales circunstancias, y tras la valoración de las pruebas practicadas, en especial, la visión de la filmación de las cámaras de seguridad de la empresa, la Magistrada de instancia ha llegado a la conclusión, sin ningún género de dudas, de que conducta imputada a la actora en la carta de despido ha quedado acreditada. Y no hay duda de que se trata de una conducta subsumible en los arts. 54. 2 d) y 55. 4 ET, a la vista de la intensidad y gravedad de la falta cometida, ya que las 13 unidades de BEXSERO que la demandante extrajo indebidamente del interior de la cámara frigorífica ubicada en el almacén de la empresa, jamás fueron recuperadas, y es a ella -que las sacó- a quien le correspondía dar una explicación satisfactoria del paradero de dichas vacunas, sin que ni su antigüedad en la empresa ni la naturaleza de los hechos y sus circunstancias, permitan calificar la decisión extintiva empresarial como improcedente por aplicación de la teoría gradualista, ya que no debe olvidarse que existe una consolidada doctrina jurisprudencial (STS de 3/10/1988, Ar. 7503, y las que en ella se citan, 17/9/1990, Ar. 7014) expresiva de que procede el despido «en cuanto quede evidenciada una realidad claramente constitutiva de deslealtad para con la empresa y de quebrantamiento de la buena fe, que necesariamente ha de presidir, con reciprocidad, las relaciones empresa-trabajador porque sin tales presupuestos la convivencia humana y profesional se haría absolutamente inviable», de tal modo que quebrantadas éstas y rota aquélla la relación laboral debe extinguirse, máxime cuando deben ser tenidos en cuenta, también, otros criterios como la peligrosidad de la conducta para la organización del trabajo y la necesidad estricta de prevenir comportamientos semejantes. No concurriendo, por tanto, infracción de los arts. 54.2 d) y 20.2 del ET, sino correcta aplicación de los mismos, ni tampoco vulneración del art. 105.2 LRJS al haberse acreditado los hechos imputados en la carta de despido, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la actora Dña. Elisa , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta Capital, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia de la recurrente frente a la empresa **Cooperativa** Farmacéutica Gallega (COFAGA), debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.



Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ



Roj: **STSJ GAL 1446/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:1446**

Id Cendoj: **15030340012017101081**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2017**

Nº de Recurso: **4396/2016**

Nº de Resolución: **1369/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **EMILIO FERNANDEZ DE MATA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO // MDM

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2012 0006696

Equipo/usuario: MF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0004396 /2016

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001316 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de A CORUÑA

RECURRENTE/S: Catalina

ABOGADO/A: JESUS ANGEL VAZQUEZ FORNO

RECURRIDO/S: ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACION PUBLICA

ABOGADO/A: LETRADO COMUNIDAD

RECURRIDO/S: SERVICIOS Y MATERIALES,SA

ABOGADO/A: RAQUEL PAZOS ALLER

RECURRIDO/S: GRUPO CLAVE CONSULTORES SA

RECURRIDO/S: MANTELNOR OURSOURCING SL

ILMOS/AS. SRS/AS. MAGISTRADOS

ROSA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

En A CORUÑA, a veintisiete de febrero de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE



EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACIÓN 0004396/2016, formalizado por el letrado don Jesús Ángel Vázquez Forno, en nombre y representación de D^a Catalina , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de A CORUÑA en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001316/2012, seguidos a instancia de D^a Catalina frente a ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SERVICIOS Y MATERIALES SA, GRUPO CLAVE CONSULTORES SA y MANTELNOR OUTSOURCING SL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Catalina presentó demanda contra ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SERVICIOS Y MATERIALES SA, GRUPO CLAVE CONSULTORES SA y MANTELNOR OUTSOURCING SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha quince de enero de dos mil dieciséis .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- Catalina prestó servicios para la empresa demandada SERVICIOS Y MATERIALES S.A. (sermasa) a causa de su subrogación desde el 20-9-2006 con una antigüedad reconocida de 25-4-2004, una categoría laboral de administrativa y correspondiéndole un salario mensual de 1.765,86 euros con prorrateo de pagas extraordinarias.- SEGUNDO.- El 10-3-14 el secretario de la EGAP comunicó de forma verbal a la actora que "siguiendo instrucciones de la Consellería debería de abandonar de inmediato su puesto de trabajo". La trabajadora abandonó ese día su puesto de trabajo y desde entonces no ha vuelto a prestar servicios en el EGAP. Se puso en contacto inmediatamente con la empresa SERMASA quien no le comunicó su despido, pasándola a una situación de vacaciones y después de permiso retribuido en el que se mantuvo hasta que el 27-8-14 le comunicó su despido objetivo con fecha de efectos de 31-8-2014. SERMASA abonó los salarios de la actora de los meses de marzo a agosto de 2014. La demandante dejó de prestar servicios en el EGAP porque así lo decidió la Consellería. Esta empresa que mantenía el contrato en vigor con la administración solicitó a la Consellería que explicara ese cese por escrito algo que la administración no hizo, circunstancia que motivó que SERMASA no despidiera en ese momento a la actora. El 11-8-2014 entró en el Registro de la Xunta de Galicia escrito de la entidad SERMASA dirigido a la Escuela Gallega de Administración Pública en el que se disponía que "acusamos recibo de su solicitud de cese en el servicio que esta empresa viene prestando para el EGAP. En consecuencia esta empresa; acatando las instrucciones recibidas, finalizará sus servicios el día fijado por ustedes concretamente el próximo día 31 de agosto del presente año". Por razón de dicha contrata entre la Escola Galega de administración pública y SERMASA ésta solamente tenía una trabajadora prestando servicios en el EGAP que era la demandante.- TERCERO.- a).- La demandante prestaba sus servicios en centro de trabajo sito en la Rúa Madrid nº 2-4 de Santiago de Compostela, sede del EGAP coma consecuencia de la contrata concertada por la administración primero con la empresa Grupo Clave Consultores, S.A. y después, sucesivamente, con Mantelnor Outsorcing y finalmente SEMASA quienes fueron subrogando a la trabajadora demandante a medida que se convirtieron en adjudicatarias de tal contrata. Entre sus funciones estaban las tareas de apoyo y auxilio a la docencia en cursos, jornadas, seminarios y demás actividades organizadas por la EGAP. Además, prestaba servicios de secretaria del curso superior de urbanismo, contactaba con agencias de viajes por razón de los cursos a organizar, coordinaba la preparación de las publicaciones. Realizaba básicamente funciones de naturaleza administrativa. b).- La trabajadora ha prestado servicios durante toda la relación laboral derivada de dichas contrata en el mismo centro de trabajo y realizando siempre las mismas funciones. Cumplía con todas las órdenes e instrucciones que sobre el trabajo concreto que tenía que realizar en cada momento le realizaba su superior jerárquica, la Jefa de Servicio, independientemente de que dichas actuaciones no quedaran comprendidas dentro del objeto de la contrata. c).- La demandante era una trabajadora más, al igual que el resto de compañeros -funcionarios- que prestaban funciones en ese departamento en el EGAP y hacía el mismo horario de entrada y salida, tenía acceso a la intranet de la EGAP al igual que los demás empleados de la EGAP y disponía de correo electrónico corporativo y figuraba con nombre y apellidos y teléfono en el directorio del personal adscrito al EGAP. Para el disfrute de las vacaciones anuales que correspondía a los trabajadores debía de ponerse de acuerdo con sus compañeros para que el servicio no quedara desatendido y se realizaba un cuadrante general en el que se contaba con ella como una trabajadora más. Las vacaciones fijadas en el cuadrante eran aprobadas por la administración. La demandante rendía cuentas a su jefa, quien dirigía y supervisaba la prestación de servicios



de la demandante siguiendo a su vez las órdenes e instrucciones que recibía de su superior jerárquico el secretario de la EGAP. Dichos permisos eran pedidos a su superior jerárquica quien los tramitaba y para su concesión debía de quedar debidamente cubierto el servicio lo que obligaba a ponerse de acuerdo con sus compañeros funcionarios. d).- En cuanto a los medios materiales necesarios para prestar los servicios todos ellos eran proporcionados por la administración, haciendo uso de los mismos medios materiales - ordenador personal, impresora, fotocopidora, fax que el resto de sus compañeros funcionarios. e).- El salario de la demandante era satisfecho por SERMASA.- CUARTO.- Se interpuso demanda sobre despido y cesión ilegal de trabajadores, que fue estimada por el JS nº 3- Refuerzo de A Coruña de fecha 27-11-14, declarando la existencia de cesión ilegal y la nulidad del despido. La sentencia fue revocada por STSJ Galicia de fecha 28-10-15, entendiéndose que no se produjo despido el 10 de marzo de 2014, que el cese se produjo el día 31-8-14 por despido objetivo, que no se puede analizar si existe cesión ilegal hasta que no se determine si existe o no despido, por lo que declara la nulidad parcial de actuaciones. Dichas sentencias constan en autos y se tienen aquí por íntegramente reproducidas.- QUINTO.- La actora no presentó demanda sobre despido por el cese efectuado el día 31-8-14. La Xunta de Galicia había procedido a la readmisión de la actora en ejecución provisional de la sentencia dictada por el JS nº 3-Refuerzo y hasta el día 27-11-15, debido al dictado de la sentencia del TSJ de Galicia. Contra dicho cese se ha interpuesto reclamación previa por la actora.- SEXTO.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC y se interpuso reclamación previa."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Catalina contra SERVICIOS Y MATERIALES S.A. (Sermasa), GRUPO CLAVE CONSULTORES S.A, MANTELNOR OUTSOURCING S.L. y ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACION PUBLICA-XUNTA DE GALICIA, absolviendo a los demandados."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D^a Catalina formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por las demandadas ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y SERVICIOS Y MATERIALES SA.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 18 de octubre de 2016.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 23 de febrero de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda formulada y absuelve a los demandados.

Frente a este pronunciamiento se alza la parte actora, que interpone recurso de suplicación e interesa que se revoque la sentencia y se dicte otra por la que se estime la demanda en todos sus pedimentos.

SEGUNDO.- Con este objeto, sin instar la modificación del relato fáctico de la sentencia y con amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la parte, en el único motivo del recurso, la infracción del artículo 24 de la Constitución Española, en cuanto a la tutela judicial efectiva, principio de perpetuatio jurisdictionis, y de la jurisprudencia contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1992, de 30 de noviembre y las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1988 y 30 de abril de 1990, argumentando, en síntesis, que los hechos a enjuiciar son los existentes al momento de iniciarse el proceso, esto es, la fecha de presentación de la conciliación o reclamación previa, de modo que la concurrencia posterior de una extinción no enerva la acción ejercitada, por lo que, habiéndose presentado conciliación previa contra la empresa, en materia de cesión ilegal de trabajadores, en fecha 10 de octubre de 2012, y reclamación previa frente a la EGAP, el mismo día y por el mismo motivo, habiendo presentado demanda el 3 de diciembre de 2012, la posterior resolución del despido denunciado como efectuado el 20 de marzo de 2014, con declaración de inexistencia del mismo, no enerva la acción que en materia de cesión ilegal se había ejercitado.

El juez a quo, tras argumentar porqué entiende que, con base en los hechos declarados probados, concurre la cesión ilegal, pasa a estudiar el problema de la actualidad de interés en el pronunciamiento declarativo, habida cuenta que el cese efectivo en la entidad Sermasa se produjo el 31 de agosto de 2014 y en cese en la Xunta de Galicia incluso con anterioridad, concluyendo que no puede predicarse que la situación de cesión se mantuvo hasta, al menos, el 27 de noviembre de 2015 y que persista en la actualidad por la reclamación interpuesta por la actora contra el cese de noviembre de 2015, y ello hace que la pretensión de la actora no sea actual, ni por ende tutelable su pretensión declarativa, máxime cuando no anuda a su pretensión-suplico de demanda, ninguna reclamación de cantidad o consecuencia económica, por lo que desestima la demanda.



Pues bien, al respecto la jurisprudencia tradicional, de la que son fiel reflejo las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1977 , 21 de diciembre de 1977 , 11 de septiembre de 1986 , 8 de julio de 2003 , 12 de febrero de 2008 y 14 de septiembre de 2009 , ha venido sustentando que "el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza efectiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente mientras subsista la cesión, de modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal.

Pero esta doctrina jurisprudencial ha sido matizada en la sentencia de 7 de mayo de 2010 , afirmar que "el momento en que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues en ese momento, tal y como disponen los artículos 410 , 411 y 413.1 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), cuando se producen los efectos de la litispendencia.

Tal y como tiene establecido la Jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo (STS 1ª 2 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 701), rec. 2117/2005) debe tenerse en cuenta el principio perpetuatio jurisdictionis, artículo 411 LEC , los presupuestos de actuación de los tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda siendo ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica. Del mismo modo, los efectos de la litispendencia, a los que ha de anudarse la perpetuación de la jurisdicción, se producen, con arreglo al artículo 410 LEC desde la interposición de la demanda si luego es admitida - SSTS de 8 de junio de 2006 (RJ 2006, 3074), 20 de abril de 2007 (RJ 2007, 2432), 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4973), 21 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4149).

Entonces, si es el momento en que procesalmente se ejercita de forma hábil la pretensión a través de la demanda en el que se produce la litispendencia - art. 411 LEC - de ello se desprende que no se ha producido la pérdida sobrevinida de objeto a que se refiere el artículo 22 de la misma norma cuando hay alteraciones posteriores, como ocurrió en el caso presente, puesto que, según se dice en el número 1 de aquél precepto, no cabe "que se tengan en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas". Lo que equivale a que, fijados los términos de la litis en el momento de la demanda, ha de analizarse si en ese momento concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal, de la que habrá de desprenderse también la pretensión de fijeza que se postula por los demandantes, en este caso a ser fijos en la empresa cesionaria, como consecuencia de esa situación de cesión ilegal, cuya realidad corresponde analizar desde el momento en que se pide, teniendo en cuenta también que el artículo 43.2 ET dice que se entiende que concurre esa cesión ilegal cuando se produzca alguna de las circunstancias previstas en el precepto, de lo que no cabe desprender que esa situación descrita en presente de indicativo, que ha de referirse al momento en que se ejercita la acción, haya de tener una proyección de futuro suficiente como para alcanzar el acto de juicio oral o el momento en que se dicta la sentencia".

En consecuencia, como el momento a tener en consideración es el de presentación de la demanda en materia de cesión ilegal de mano de obra -2 de diciembre de 2012-, en el que la relación laboral estaba vigente, la actora recurrente tenía interés actual, legítimo y directo para interesar que se declarara la existencia de la cesión ilegal que entendía se producía en dicho momento, ya que, caso de concurrir, tendría unas evidentes consecuencias jurídicas en extremos tales como empleador a la que se encontraba vinculada, tipo de contrato con el que se encontraba vinculada, etc., interés legítimo que no desaparece por el hecho de que en fecha muy posterior se produzca su despido.

TERCERO.- Así las cosas, en materia de cesión ilegal de mano de obra, la doctrina judicial inicialmente -ad exemplum sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla de tres de octubre de mil novecientos noventa y cinco y la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de quince de julio de mil novecientos noventa y nueve - venía señalando que para que se produjera la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, era preciso que se produjera un negocio meramente interpositorio, al configurarse la contratista como una empresa ficticia y que existe la contrata cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estable, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso, a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección, conservando con respecto a los mismos los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleadora. Sin embargo, pronto se modificó el



criterio, señalando la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha ocho de octubre de dos mil uno, que se produce la cesión ilegal de mano de obra prevista en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores cuando a pesar de tratarse de una empresa real y existente no asume, dirige y controla un sector de actividad desarrollado antes por otra empresa, sino que se limita a suministrar personal, empleándose en exclusividad medios materiales propiedad de la otra empresa.

Por su parte, el Tribunal Supremo señala, entre otras, en sentencia de dieciséis de junio de dos mil tres, que "la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador", pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (Sentencia de siete de marzo de mil novecientos ochenta y ocho [RJ 1988\1863]), el ejercicio de los poderes empresariales (Sentencias de doce de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho [RJ 1988\6877], dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y nueve [RJ 1989 \874], diecisiete de enero de mil novecientos noventa y uno [RJ 1991\58] y diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cuatro [RJ 1994\352]) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva,...). A este último criterio se refiere también la Sentencia de diecisiete de enero de mil novecientos noventa y uno que aprecia la concurrencia de la contrata cuando «la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables», aparte de «mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección» y en sentido similar se pronuncia la Sentencia de once de octubre de mil novecientos noventa y tres (RJ 1993\7586), que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como «característica del supuesto de cesión ilegal».

Pero, como continúa diciendo la Sentencia de catorce de septiembre de dos mil uno (RJ 2002\582), esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la Sentencia de dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (RJ 1989\874) estableció que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta» y la Sentencia de diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cuatro (RJ 1994\352) establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la Sentencia de doce de diciembre de mil novecientos noventa y siete (RJ 1997\9315). La actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. Esto es lo que sucedió en el caso de los locutorios telefónicos de acuerdo con el criterio aplicado por las Sentencias de diecisiete de julio de mil novecientos noventa y tres (RJ 1993\5688) y quince de noviembre de mil novecientos noventa y tres (RJ 1993\8693), que llegaron a la conclusión de que, aunque el titular de la concesión del locutorio desempeñase funciones de dirección y organización del trabajo, lo hacía completamente al margen de una organización empresarial propia, pues tanto las instalaciones, como los medios de producción y las relaciones comerciales con los clientes quedaban en el ámbito de la principal hasta el punto de que, incluso, la relación del contratista encargado del locutorio con aquélla se ha calificado como laboral (Sentencias de treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y seis [RJ 1996\8186], diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y seis [RJ 1996\8666] y veinte de julio de mil novecientos noventa y nueve [RJ 1999\6839]). Hay que hacer también referencia a la Sentencia de diecisiete de diciembre de dos mil uno (RJ 2002\3026), que negó la existencia de cesión de trabajadores en un supuesto en el que los socios trabajadores de una **cooperativa** prestaban servicios para una empresa alimentaria en los propios locales de ésta, utilizando sus instalaciones y con intervención en el desarrollo de la actividad de los mandos de la principal. Pero, aparte de que la contratista tenía arrendado el local o zona que utilizaba en la principal, es importante subrayar que la sentencia citada considera que con «esos elementos de hecho, podría darse una situación de prestamismo prohibido si hubiera una explotación de mano de obra mediante la apropiación de parte de los beneficios por un tercero que nada aporte a la realización del servicio»; conclusión que excluye porque «tal proceder no puede presumirse en una **cooperativa** de trabajo asociado en la que los resultados de la explotación han de recaer necesariamente sobre los socios.

Dentro de este marco jurisprudencial y doctrinal debe analizarse lo ocurrido en el presente caso, debiendo esta Sala coincidir con la apreciación del juez a quo de que existe la cesión ilegal de mano de obras -realizada en el fundamento de derecho tercero de la sentencia y antes de entrar a analizar si subsiste interés actual de la



recurrente-. Y coincidimos con tal apreciación por cuanto si bien todas las empresas para las que la actora ha prestado aparentemente servicios desde el 25 de abril de 2004, de forma sucesiva y sin interrupción (Grupo Clave Consultores S.A., Mantelnor Outsourcing S.L. y Servicios y Materiales S.A.), tienen personalidad jurídica propia y organización empresarial, con medios materiales y humanos dedicados a sus propios fines, ello no obsta para que pueda declararse la existencia de la cesión ilegal, toda vez que la actora, durante la vigencia de las aparentes relaciones laborales, todas ellas derivadas de la suscripción de contratos entre las empresas codemandadas y la Xunta de Galicia, ha prestado servicios en todo momento y hasta el 10 de marzo de 2014, en la sede de la Escola Galega de Administración Pública de Santiago de Compostela, con la antigüedad, categoría profesional y salario que se reseñan en el hecho probado primero de la sentencia, realizando funciones de apoyo y auxilio a la docencia en cursos, jornadas, seminarios y demás actividades realizadas por la EGAP, así como servicios de secretaría en el curso superior de urbanismo; contactaba con agencias de viajes por razón de los cursos a organizar, coordinaba la preparación de las publicaciones, etc., realizando básicamente funciones administrativas; recibía órdenes e instrucciones sobre el trabajo concreto a realizar de la Jefa de Servicio, con independencia de si dichas actuaciones quedaban o no comprendidas dentro del objeto de las contrataciones; cumplía el mismo horario que los funcionarios y laborales de la EGAP, disponía de correo electrónico corporativo, figuraba con nombre y apellidos y teléfono en el directorio de personal adscrito a la EGAP; para el disfrute de sus vacaciones anuales, debía ponerse de acuerdo con los funcionarios o laborales que trabajaban en el mismo servicio, confeccionándose un cuadrante en el que figuraba la actora y los funcionarios y laborales de la EGAP, que era aprobado por la Administración; rendía cuentas a la Jefa de servicio, quien dirigía y supervisaba la prestación de servicios de la demandada, siguiendo, a su vez, instrucciones que recibía de su superior el Secretario de la EGAP; para disfrute de permisos tenía que solicitarlos de la Jefa de Servicio, debiendo quedar debidamente cubierto el trabajo por personal funcionario o laboral que realizaba sus funciones en el servicio; los medios materiales eran proporcionados por la Administración Pública, haciendo uso de ordenador personal, impresora, fotocopidora y fax, de la misma forma que el personal funcionario de la EGAP.

Por ello debe de considerarse que la contratación de la actora, a través de las empresas codemandadas, han sido en cada momento un mero negocio interpositorio que constituye una cesión ilegal de mano de obra prevista en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, y la actora, que desde el momento inicial de su contratación ha permanecido dentro del ámbito del poder de dirección de la Xunta de Galicia, que en todo momento ha actuado como su verdadero y real empleador, limitándose las codemandadas Grupo Clave Consultores S.A., Mantelnor Outsourcing S.L. y Servicios y Materiales S.A., a ejercer como empresarios meramente formales, al no poner en juego su organización ni instrumento alguno de dirección u organización del trabajo de la recurrente, dejando de ejercer la condición de empresas en su aspectos propios y definitorios, salvo en extremos como altas y bajas en la seguridad social, emisión de hojas de salarios y abono de las retribuciones, que calificarse de instrumentales, pues son necesarios para intentar encubrir la cesión ilegal, de forma externa, por lo que la recurrente debe ser considerada como trabajadora indefinida no fija de la Escola Galega de Administración Pública (Xunta de Galicia), al haber realizado la opción en dicho sentido, debiendo tenerse en cuenta que la doctrina jurisprudencial ha señalado que en el caso de que la cesión ilegal se produzca en el seno de una Administración pública, por imperativo de la exigencia constitucional de que el acceso a la función pública se haga respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad, previstos en los artículos 14, 23 y 103 de la Constitución Española, el trabajador cedido no puede adquirir la condición de fijo de plantilla sino la de trabajador indefinido no fijo, con las connotaciones que de esta distinción se derivan tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 21 de enero de 1998, cuya doctrina han continuado las posteriores de 19 de junio de 2002, 17 de septiembre de 2002, 19 de noviembre de 2002, 27 de diciembre de 2002, 28 de octubre de 2003, 11 de diciembre de 2003, 21 de mayo de 2008 y 23 de Abril de 2009.

En cuanto a la antigüedad, la misma debe fijarse en el 24 de mayo de 2004, pues, tenor de lo dispuesto en el artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores, la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal, habiendo concurrido la misma durante los sucesivos e ininterrumpidos periodos de prestación de servicios para las codemandadas, sin que haya habido, en el acto del juicio, oposición a la señala. La categoría laboral debe ser la de administrativa, que no se discute.

En consecuencia, el recurso formulado debe ser estimado y la resolución recurrida revocada.

Por todo ello y vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el LETRADO D. JESÚS VÁZQUEZ FORNO, en nombre y representación de DÑA. Catalina, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Dos



de los de A Coruña, en fecha quince de enero de dos mil dieciséis, en autos, seguidos a instancia de la RECURRENTE frente a la ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (XUNTA DE GALICIA), y las empresas SERVICIOS Y MATERIALES S.A., GRUPO CLAVE CONSULTORES S.A. y MANTELNOR OUTSOURCING S.L., sobre CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES, debemos revocar y revocar la sentencia dictada, estimando la demanda y declarando la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra entre las CODEMANDADAS y la ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (XUNTA DE GALICIA), y que la ACTORA RECURRENTE se encuentra vinculada con la ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (XUNTA DE GALICIA) con una relación laboral ordinaria de carácter indefinido no fijo, con antigüedad desde el 24 de mayo de 2004 y categoría profesional de administrativa, de acuerdo con el V Convenio Colectivo del personal al servicio de la Xunta de Galicia a todos los efectos legales, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.



Roj: **SAP PO 2260/2016 - ECLI: ES:APPO:2016:2260**

Id Cendoj: **36038370012016100526**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2016**

Nº de Recurso: **681/2016**

Nº de Resolución: **533/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00533/2016

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MC

N.I.G. 36038 47 1 2015 0300103

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000681 /2016

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 3 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000089 /2015

Recurrente: MONTE ALBA SOCIEDAD **COOPERATIVA** GALLEGA

Procurador: AMPARO GONZALEZ MARTINEZ

Abogado: ANA MARIA FIDALGO LOPEZ

Recurrido: Braulio , MONTE ALBA SOCIEDAD **COOPERATIVA** GALLEGA

Procurador: FRANCISCO JAVIER SOAJE RENARD, AMPARO GONZALEZ MARTINEZ

Abogado: MIGUEL VILA PEREZ, ANA MARIA FIDALGO LOPEZ

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS
MAGISTRADOS**

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.533



En Pontevedra a catorce noviembre dos mil dieciséis.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario núm. 89/15, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra con sede en Vigo, a los que ha correspondido el Rollo núm. 681/16, en los que aparece como parte apelante- demandado: MONTE ALBA SOCIEDAD **COOPERATIVA** GALLEGA, representado por el Procurador D. AMPARO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, y asistido por el Letrado D. ANA MARIA FIDALGO LOPEZ, y como parte apelado-demandante: D. Braulio , representado por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER SOAJE RENARD, y asistido por el Letrado D. MIGUEL VILA PEREZ, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra, con sede en Vigo, con fecha 14 abril 2016, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Soaje Renard en la representación acreditada, debo declarar que MONTE ALBA SOCIEDAD **COOPERATIVA** no ha cumplido su objeto social.

Se condena a la demandada a que entregue a la actora estado de cuentas económico del demandante en el momento de su baja en la **cooperativa**, o en su defecto que manifieste la imposibilidad provisional y la causa que lo impide.

Se condena a la demandada a abonar a la actora la cantidad de VEINTE MIL OCHOCIENTOS ONCE EUROS CON VEINTINUEVE CÉNTIMOS (20.811,29 euros) así como a los intereses legales de tal cantidad desde presentación de demanda. Se condena a abono de intereses moratorios desde fecha de sentencia (576 LEC).

No se imponen costas procesales a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Monte Alba Sociedad **Cooperativa** Gallega, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

Fundamentos de derecho

PRIMERO .- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda en que se ejercita acción declarativa relativa al cumplimiento por la sociedad **cooperativa** demandada de su objeto social, la pretensión de condena a la entrega de al demandante del estado de cuentas de la sociedad **cooperativa** y la pretensión sobre reclamación de cantidad relativa al reintegro de cantidades al causar baja en la sociedad **cooperativa**.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la sociedad **cooperativa**, y también es impugnada por la parte actora.

SEGUNDO . - La parte apelante sostiene que la sentencia vulnera el principio de congruencia al no otorgar validez al documento 11 aportado con la contestación a la demanda, pues tal validez no ha sido cuestionada por ninguna de las partes. Sostiene la parte actora que existe incongruencia de la sentencia vulnerando lo dispuesto en el art. 218 LEC .

El motivo debe ser rechazado. La STS. de 20 de marzo de 2.001 , que, pese a referirse la anterior normativa, continúa plenamente vigente dentro del ámbito del artículo 218 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil , señala: "la doctrina que esta Sala ha ido perfilando en torno al deber de congruencia que pesa sobre las sentencias, el cual conlleva la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está substancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose tampoco, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible (SSTS 15-12-95 , 7-11-95 , 4-5-98 , 10-6-98 , 15-7-98 , 21-7-98 , 23-9-98 , 1-3-99 y 31-5-99 , entre otras muchas); de este modo, para determinar la incongruencia se ha de acudir necesariamente al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda -sin atender a sus meros presupuestos (STC 222/94 y STS 17-2-92)- y los términos en que se expresa el fallo combatido (SSTS 22-4-88 , 23-10-90 , 14-11-91 y 25-1-94), estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer un ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que



litigan, si bien esta permisión tiene como límite el respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras (SSTS 11-10-89 , 23-12-93 , 25-1-94 y 4-5-98 , entre otras muchas)".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003 con remisión a las de 19 de octubre de 1999 y 4 de mayo de 1999, declara en torno a la incongruencia: "La congruencia es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("ultra petita"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("citra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita, por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes, de conformidad con la regla "iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium"

Según reiterada doctrina legal sobre la congruencia esta consiste en la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y existe allí donde la relación entre estos dos términos, Fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos fundamentales rectores del proceso y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible.

Teniendo en cuenta la doctrina expuesta, ningún vicio de incongruencia puede ser imputable a la sentencia impugnada, la cual da cumplida respuesta a todas y cada una de las pretensiones planteadas en la demanda. La sentencia se ajusta a las pretensiones de las partes.

TERCERO .- En realidad lo que se pretende denunciar es lo que se apunta con más corrección en el segundo motivo del recurso relativo a la valoración de la prueba, concretamente del mencionado documento nº 11 aportado con la contestación a la demanda. El juez de instancia no priva al documento de validez en el sentido de que no se cuestiona su existencia y contenido, su validez formal. Lo que cuestiona el Juez de instancia es el valor probatorio del documento y los efectos jurídicos que debe tener en la relación entre el ex socio de la sociedad **cooperativa** y ésta, concretamente para liquidar la misma.

La parte apelante pretende que dicho documento vincule en la actual situación a ambas partes. Tal documento dispone, en lo que ahora interesa, que " *En relación con los pagos citados en el punto uno, quedan a la espera de recuperar los importes que deriven del neto de la venta de los elementos no vinculados (locales y oficinas) pendientes de enajenación a la fecha, todo ello de acuerdo con las decisiones que al respecto adopte o haya adoptado la Asamblea de socios*".

Sostiene la parte apelante que la aplicación del citado acuerdo, perfectamente válido conforme a las reglas generales de nuestro derecho de obligaciones, determina que hasta la enajenación de todos pisos y locales, no procede la devolución que la sentencia reconoce al demandante de sus aportaciones.

Hemos de dejar sentado que, como ya hemos señalado en otras resoluciones, respecto del tipo de relación jurídica que une al socio y la **cooperativa**, no se reduce a relaciones estrictamente mutuales que no se rigen ni por el Código de comercio ni el Código civil sino exclusivamente por la Ley de **Cooperativas** y los estatutos sociales.

La doctrina ha distinguido entre la relaciones puramente mutualistas, derivadas del régimen propio de la **cooperativa** como organización societaria, con las obligaciones y derechos propios del socio cooperativista, el régimen de sus órganos y acuerdos, así como el nacimiento y extinción tanto de la **cooperativa** como de la relación entre esta y sus socios, de la actividad cooperativizada en sentido amplio. Y aun cuando ha sido divergente la solución dada, en la jurisprudencia puede decirse que ha primado la tesis de la naturaleza contractual de la relación cooperativizada, admitiendo la formalización de dos contratos diferentes en el seno de la **cooperativa**, existiendo una relación de participación en la organización común, de carácter social, y una multiplicidad de relaciones de cambio o de otro tipo, entre la sociedad y los socios, entabladas para la consecución del fin mutualista (compraventa, suministro, préstamo, seguros....).

Así se ha pronunciado el TS cuando ha tratado la cuestión en las **cooperativas** de viviendas, refiriéndose al contrato de compraventa entre la **cooperativa** y sus socios (SSTS 8 julio 1988 , o 7 enero 1992 , SAP Zamora, 1 julio 1999). En el marco de las **cooperativas** agrarias, como la que nos ocupa, la comercialización de productos con sus socios, la STS 19 junio 1995 , se refiere a una relación contractual asimilable al contrato de compraventa civil y la aplicación de sus preceptos, concretamente arts. 1447 y ss. CC . En igual sentido STS 10 noviembre 2000 , que califica de compraventa civil la entrega por una **cooperativa** a uno de sus socios de pienso para su granja avícola.



Dicho lo anterior, la parte apelada pretende restar valor probatorio al documento alegando su desconocimiento, su firma mediante maniobras engañosas, colocándolo junto con la escritura pública de compraventa, para asegurar la no petición de liquidación.....Y que su contenido, además de no tener carácter contractual pues es firmado por una sola de las partes, por el socio, no por la **cooperativa**, implica una limitación de los derechos de los socios de la **cooperativa**.

La sala no puede dudar de la validez y existencia formal del documento, pues el mismo está firmado por el apelado, no estando acreditado vicio de tal entidad que pueda determinar su nulidad. Sin embargo es cierto que no tiene carácter contractual, siendo un documento que refleja únicamente un compromiso unilateral que asume el cooperativista, sin que la **cooperativa** pueda exigir su cumplimiento al no ser parte en el mismo. No resultan así de aplicación las normas sobre obligaciones contractuales invocadas por la parte apelante como el art. 1255 y 1256 CC . Tal y como se ha plasmado lo que pudiera pretenderse en el documento en cuestión, lo cierto es que este es una declaración unilateral que solo muy excepcionalmente se ha admitido como fuente de obligaciones (promesa pública de recompensa, concursos con premio o reconocimiento de deuda), pues la regla general, según la mejor doctrina, es no considerar a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones.

En su caso, podría ser de aplicación la doctrina de los actos propios. Pero sin embargo debe recordarse el rigor que impone la Jurisprudencia del TS para la aplicación de la doctrina de los actos propios, en la exigencia del ejercicio de los derechos conforme a las reglas de la buena fe, encontrando su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, pues se falta a la buena fe en sentido objetivo, es decir, como exigencia de lealtad y honestidad en los tratos y en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC) cuando se va contra la resultancia de los propios actos, pero ello exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, esclarecer, modificar o extinguir una determinada situación que afecta jurídicamente a su autor, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, de modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, con el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior. Así SSTS, Sala 1ª, de 9 de abril del 2015 (ROJ: STS 1289/2015), de 26 de marzo del 2015 (ROJ: STS 1092/2015), o de 3 de diciembre del 2014 (ROJ: STS 5560/2014), entre otras.

En el supuesto que nos ocupa el documento en cuestión es elaborado en el año 2008, en plena vigencia de la relación entre socios y **cooperativa**, pero nada indica que dicho documento, su contenido y el compromiso que se asume, deban mantenerse en vigor al extinguirse la relación socio/**cooperativa**, e influir en su liquidación, contrariando lo establecido en la Ley de **Cooperativas**. Y desde esta perspectiva, no puede considerarse que pueda tener un efecto limitador en la liquidación de dicha relación en la forma dispuesta en la normativa sobre sociedades **cooperativas**, máxime cuando el demandante, dada la pérdida de su condición de cooperativista, también deja de tener conocimiento del funcionamiento y devenir de la **cooperativa**. Por lo que el recurso debe ser rechazado.

CUARTO . - La parte apelada impugna la sentencia en relación al pronunciamiento que desestima su pretensión de que se declare que la sociedad **cooperativa** ha cumplido su objeto social.

Como hemos señalado anteriormente, la doctrina ha distinguido entre la relaciones puramente mutualistas, derivadas del régimen propio de la **cooperativa** como organización societaria, con las obligaciones y derechos propios del socio cooperativista, el régimen de sus órganos y acuerdos, así como el nacimiento y extinción tanto de la **cooperativa** como de la relación entre esta y sus socios, de la actividad cooperativizada en sentido amplio. Y aun cuando ha sido divergente la solución dada, en la jurisprudencia puede decirse que ha primado la tesis de la naturaleza contractual de la relación cooperativizada, admitiendo la formalización de dos contratos diferentes en el seno de la **cooperativa**, existiendo una relación de participación en la organización común, de carácter social, y una multiplicidad de relaciones de cambio o de otro tipo, entre la sociedad y los socios, enclavadas para la consecución del fin mutualista (compraventa, suministro, préstamo, seguros....).

La pretensión que se ejercita hace referencia a la relación *ad intra* entre socios y sociedad **cooperativa**, pues la declaración de que el objeto social ha sido ya cumplido conlleva unos efectos de central importancia al determinar incluso la procedencia de su disolución (art. 120.3 LSCG) y la posterior desaparición del vínculo societario. Siendo así, resulta imprescindible para el ejercicio de tal pretensión estar legitimado activamente, y dicha legitimación activa exige ostentar la condición de socio al momento de interponer la demanda. Legitimación de la que carece el impugnante al causar baja en la sociedad, que tuvo plenos efectos, como el propio impugnante dice en su demanda, en fecha 28 enero 2014.

QUINTO . - La desestimación del recurso de apelación y de la impugnación determina que deba imponerse las costas causadas por cada uno a cada uno de sus promoventes según lo dispuesto en el art. 398.1 LEC .

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y necesaria aplicación,



FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación deducido por la representación procesal de MONTE ALBA SOCIEDAD **COOPERATIVA** GALLEGA, así como la impugnación planteada por la representación procesal de D. Braulio contra la sentencia dictada el 14 de abril de 2016 en autos de juicio ordinario 89/15 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 Pontevedra, con sede en Vigo .

Todo ello con imposición de las costas causadas por la apelación a la parte apelante, y de la impugnación a la parte impugnante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ



Roj: **STSJ GAL 7691/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:7691**

Id Cendoj: **15030340012016105429**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **20/10/2016**

Nº de Recurso: **1565/2016**

Nº de Resolución: **5832/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2014 0005465

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001565 /2016 PM

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0001078 /2014

Sobre: DESEMPLEO

RECURRENTE/S D/ña Alejandra

ABOGADO/A: FLAVIO LOPEZ LOPEZ

RECURRIDO/S D/ña: SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL

ABOGADO/A: SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL

Ilmo. Sr. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE DE LA SALA

ILMO/AS. SR/AS.

JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a veinte de octubre de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 1565/2016, formalizado por Alejandra , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 5 de A CORUÑA en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 1078/2014, seguidos a instancia de



Alejandra frente a SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª LUIS F. DE CASTRO MEJUTO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Alejandra , presentó demanda contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha catorce de enero de dos mil dieciséis .

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

Primero.- Dª. Alejandra , es licenciada en Medicina y Especialista en Cirugía General, y del Aparato Digestivo. Consta de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en la "actividad de medicina especializada". Segundo.- Dª. Alejandra , presta sus servicios en Policlínico Salud 4, de alta en el Régimen Especial de Autónomos, en virtud de contrato de arrendamiento de servicios desde el 1 de diciembre de 2.013, desarrollando labores en "unidad de adelgazamiento, medicina estética, depilación láser y cirugía general". Tercero.- Por Dª. Alejandra , se presentó ante la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, solicitud de prestación por desempleo, que fue resuelta en fecha 21 de noviembre de 2.012, por la que se reconocía prestación en atención a los 1.986 días cotizados, que generaban 660 días de derecho (entre el 05/11/2012 al 0410912004), sobre una base reguladora de 88,07€ día. Cuarto.- Por Dª. Alejandra , solicitó la reanudación en la prestación contributiva por desempleo ante la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, solicitud de prestación por desempleo, que fue resuelta en fecha 24 de julio de 2.014, por la que se reconocía prestación en atención a los 1.986 días cotizados, que generaban 660 días de derecho, consumidos 18 días (entre el 24107/2014 al 0510512016), sobre una base reguladora de 88,07 € día. Quinto.- Por Dª. Alejandra , se solicitó el abono de la presentación por desempleo en su modalidad de pago único, el 24 de julio de 2.014, ante la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, que dictó resolución el 4 de agosto de 2.014, desestimándola. Sexto.- Por Dª. Alejandra , se formula reclamación previa frente a la citada resolución, resolviendo la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, en fecha 10 de septiembre de 2.014, en el sentido de desestimarla. Séptimo.- Se agotó la vía administrativa previa.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO (a demanda interpuesta por Dª. Alejandra , contra el Servicio Público de Empleo Estatal, y en consecuencia debo absolver a la entidad demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1.- Recurre la trabajadora el rechazo de su demanda, aquietándose al relato de los hechos declarados probados y denunciando -vía artículo 193.c) LJS- la infracción por inaplicación del artículo 228.3 LGSS , en relación con la DT Cuarta de la Ley 45/2002 y RD 1044/1985.

2.- No podemos acoger la censura, porque de los términos del artículo 228 LGSS y, sobre todo, de la DT Cuarta de la Ley 45/2002 es imprescindible -en el supuesto presente- que la actora no estuviese ya de alta en el RETA y desarrollando la misma actividad (actividad de medicina especializada), pues se habla de que la solicitud debe ser de fecha anterior -entre otras- a «la de inicio de la actividad como trabajador autónomo», condición que no se cumple, porque la actora ya está de alta como autónoma desde noviembre/2012 y solicita su abono en pago único en julio/2014, sin que le sea de aplicación la doctrina referente a los supuestos de inmediatez (SSTS 25/05/00 -rcud 2947/99 -; 30/05/00 -rcud 2721/99 -; 20/09/04 -rcud 3216/03 -; 07/11/05 -rcud 4697/04 -; 15/10 / 09 -rcud 3279/08 -; y 27/09/11 -rcud 4293/10 -).

Como hemos indicado en otras ocasiones (para todas, STSJ Galicia 21/04/16 R. 3111/15), el punto de partida es el artículo 228.3 LGSS , la DT Cuarta Ley 45/2002 y el RD 1044/85, de 19 de junio, que prevén y regulan la capitalización de la prestación por desempleo, esto es, su abono en la llamada modalidad de pago único, en virtud de la cual, es posible que la prestación contributiva de desempleo se perciba acumulada y por una sola vez, cuando el beneficiario de la prestación pretenda cualquiera de los proyectos consignados en las disposiciones legales antedichas: - incorporarse de forma estable y a tiempo completo, como socios trabajadores o de trabajo, en **cooperativas** o sociedades laborales en las que previamente no hubieran cesado;



- constituir tales **cooperativas** o sociedades laborales; - constituirse como trabajadores autónomos y se trate de personas con minusvalía igual o superior al 33 por 100; o - constituirse como trabajadores autónomos sin ser personas con minusvalía, en condiciones diferentes. Para tener acceso a la modalidad de pago único se precisa, además de ser titular de la prestación de desempleo y perseguir cualquiera de los objetivos de autoempleo antes vistos, se den cumplimiento a las siguientes premisas: a) haber cesado en el trabajo con carácter definitivo; b) no haber hecho uso de la capitalización en los 4 años inmediatamente anteriores; c) tener pendiente de percibir la totalidad o parte de las mensualidades del derecho, siempre que el número de éstas sea como mínimo de 3; d) iniciar, en el plazo máximo de un mes la actividad laboral para la que se solicita el pago único, dándose de alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social o acreditar que se está en fase de iniciación; e) y por último, afectar la actividad a la suma capitalizada, o aquella que se comprometió a afectar. Se ha de presentar asimismo la solicitud ante el SPEE antes de la incorporación a la **cooperativa** o sociedad laboral, o previamente a su constitución, acompañando la documentación preceptiva.

Condiciones que no se cumplen por la Sra. Alejandra , puesto que ya estaba -al menos desde hacía casi dos años- de alta como trabajadora autónoma y para la misma actividad. En consecuencia,

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso interpuesto por doña Alejandra , confirmamos la sentencia que con fecha 14/01/15 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Cinco de los de La Coruña , y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.



Roj: **STSJ GAL 9693/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:9693**

Id Cendoj: **15030340012016106846**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **29/07/2016**

Nº de Recurso: **3596/2015**

Nº de Resolución: **4950/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA BARRIO CALLE-S-A

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 36057 44 4 2015 0000832

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003596 /2015

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: SEGURIDAD SOCIAL 165/2015 JDO. DE LO SOCIAL nº 1 de VIGO

Sobre: ACCIDENTE DE GRADO

RECURRENTE INSTITUTO SOCIAL MARINA

ABOGADO: SERV. JURIDICO SEG. SOCIAL

RECURRIDOS: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SOCIEDAD **COOPERATIVA** DE TRABAJO ASOCIADO "COTRASVI", Zulima

ILMO. SR. D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

PRESIDENTE

ILMA. SRA. D^a BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO. SR. D. LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a 29 de julio de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN **NO** MBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 3596/15 interpuesto por el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA contra la **sentencia** del JDO. DE LO SOCIAL nº 1 de VIGO siendo Ponente el ILMO. SR. D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por DOÑA Zulima en reclamación de JUBILACIÓN siendo demandados el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la empresa SOTRASVI S.C.Gallega. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 165/15 sentencia con fecha 19-mayo-15 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

" **Primero.-** La demandante D^a. Zulima , nacida el día NUM000 de 1952 y con D.N.I. número NUM001 . figura afiliada a la Seguridad Social, Régimen Especial de los Trabajadores del Mar. con el número NUM002 . **Segundo.-** Con fecha 10 de noviembre de 2014 la actora solicitó del Instituto Social de la Marina y la Tesorería General de la Seguridad Social pensión de jubilación, que le fue denegada mediante resolución de fecha 26 de noviembre con fundamento en que, por lo que aquí interesa, no acreditaba la edad de jubilación una vez aplicados los coeficientes reductores. **Tercero.-** Contra la anterior resolución interpuso la actora el día 0 de diciembre reclamación previa alegando que había trabajado para COTRASVI durante 19 años. 10 meses 12 días como estibadora portuaria y por tanto debía aplicársele un coeficiente reductor del 0'30%. Reclamación que le fue desestimada mediante nueva resolución de fecha 30 de enero de este año en base a que no quedaba acreditado que hubiese realizado actividades de estiba y desestiba y COTRASVI no tenía habilitación para el ejercicio de dicha actividad. **Cuarto.-** La trabajadora prestó servicios como en el puerto de Vigo, primero descargando pescado de los buques y en los últimos años clasificándolos en tierra, durante 7.268 días entre el 5 de diciembre de 1994 y el 7 de noviembre de 2014 por cuenta de COTRASVI Sociedad **Cooperativa** Gallega. sociedad dedicada a la estiba y desestiba de buques y que año tras año desde 1998 al menos vino siendo contratada por la **Cooperativa** de Armadores de Pesca del Puerto de Vigo, Sociedad **Cooperativa** Gallega, para descarga, clasificación, pesaje de pescado, estiba de cajas, lavado de panas y neveras y estiba de hielo a los buques pesqueros. **Quinto.-** El alta de la actora en la Seguridad Social por cuenta de dicha **Cooperativa** lo fue en el grupo 1. **Sexto.-** La base reguladora supera los 3.000 euros anuales.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por D^a. Zulima , debo declarar y declaro su derecho a que se le apliquen los coeficientes reductores del 0'30% en los días trabajados para COTRASVI Sociedad **Cooperativa** Gallega. 7.268 días. y en consecuencia declaro también su derecho a percibir pensión de jubilación y. condeno al instituto Social de la Marina a que se la abone con efectos desde el día 11 de noviembre de 2014 y en la cuantía que le corresponda en razón de lo que se deja declarado sobre los coeficientes reductores y la base reguladora que le corresponda, absolviendo como absuelvo a dicha sociedad **cooperativa** y a la Tesorería General de la Seguridad Social".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por el ISM codemandado siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - La sentencia de instancia estima la demanda de la actora y reconoce su derecho al percibo de la pensión de jubilación por aplicación de coeficientes reductores de la edad, del 0,30€ en los días trabajador para COTRASVI Sociedad **Cooperativa** Gallega. 7.268 días. Y, en consecuencia, reconoce su derecho a percibir pensión de jubilación, condenando al Instituto Social de la Marina a que se la abone con efectos desde el día 11 de noviembre de 2014 y en la cuantía que le corresponda, absolviendo a dicha sociedad **cooperativa** y a la Tesorería General de la Seguridad Social. Frente a esta decisión, formula recurso de suplicación la Entidad Gestora demandada, y sin cuestionar la declaración de hechos probados, articula un solo motivo de recurso al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS , denuncia la infracción, por aplicación indebida del art, 1 del RD 1311/2007, de 5 de octubre , que establece nuevos criterios para determinar la pensión de jubilación del RETMAR en relación con el RD Legislativo 2/2011 de 5 de septiembre que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, alegando que mediante Resolución de 17.1.1996 la Dirección General de Ordenación Jurídica señaló que a aquellos trabajadores que desarrollaban actividades portuarias en el ámbito organizativo de una empresa estibadora sin haber estado inscritos en los censos gestionados por la extinguida Organización de Trabajos Portuarios, debía otorgárseles el mismo tratamiento que el establecido en la DT4 a. 4 del RD 371/1987 a efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación siempre que demuestren que las actividades que dieron lugar a las cotizaciones tuvieron el carácter de portuarias. Por su parte, el RD Legislativo 2/2011 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante regula el servicio portuario de manipulación de mercancías y relaciona detalladamente las actividades incluidas en dicho servicio portuario. Además la realización de servicios portuarios requerirá la obtención de la correspondiente licencia otorgada por la Autoridad Portuaria,



la cual sólo puede otorgarse previa aprobación del Pliego Regulador y Prescripciones Particulares del servicio correspondiente. Por todo lo anterior, teniendo en cuenta el Grupo I de cotización de la actora, su epígrafe de accidentes de trabajo y la falta de concreción de los periodos en que realizaría actividades de carga y descarga o de clasificación, entiende la Entidad recurrente ajustada a Derecho la resolución del ISM.

SEGUNDO.- La cuestión litigiosa consiste en determinar si los trabajos de la actora descritos en el hecho probado cuarto, prestando servicios en el puerto de Vigo, primero descargando pescado de los buques, y en los últimos años clasificándolos en tierra, se incluyen dentro de aquellos que, según la legislación aplicable, atribuyen derecho a la reducción de la edad de jubilación. Y la respuesta a esta cuestión ha de ser en el sentido proclamado por la sentencia recurrida, y ello aún en el supuesto de que la **Cooperativa** COTRASVI, para la que vino prestando funciones de estiba y desestiba, desde 1994, no estuviese habilitada para dicha actividad, siendo además una cuestión ya resuelta por esta Sala, entre otras, en sus Sentencias de fecha 14 de septiembre de 2012 (RSU 4255/2009), y 22 de octubre de 2013 (RSU 195/2011).

En esta última sentencia se declara que la sentencia del TS de 15 de abril de 2003, señala que a partir del hecho indubitado de que los actores prestan un trabajo de estiba y desestiba en la actividad portuaria, sometidos a una misma actividad laboral que quienes la realizan para una Sociedad Estatal, y de que el art. 2 del Real Decreto 2864/1974 engloba dentro del Régimen Especial del Mar el «trabajo de los estibadores portuarios» sin ninguna condición derivada de la empresa para la que prestan sus servicios, la solución a la cuestión planteada no puede tener otro signo que el que le dio la empresa de contraste, o sea, la de entender que el Régimen de Seguridad Social en el que han de quedar englobados es en el Especial de Trabajadores del Mar, en tesis que también ha hecho suya en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal y que tampoco es contradictoria con aquella Resolución administrativa de 21 de marzo de 1996 en que la sentencia recurrida se apoya, con independencia de que aunque lo fuera tampoco podría condicionar la aplicación de la norma reglamentaria indicada, dada la importante diversidad en el rango jurídico existente entre ambas".

Por otra parte, se ha declarado en la Sentencia de esta Sala de lo Social de 14 de septiembre de 2012, que la normativa laboral sobre encuadramiento de los trabajadores portuarios cambió sustancialmente a raíz del Acuerdo de 14 de diciembre de 1994, sobre clasificación profesional en las actividades de estiba y desestiba, BOE de 10.2.1995, que modificó todos los grupos y categorías profesionales y posibilitó la movilidad funcional en interés de la empresa, en unos términos que tuvieron posterior continuidad en los artículos 10 y 11 del III Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario, BOE de 10.12.1999. Tal cambio sustancial dejó a la normativa de protección social sobre reducción de la edad de jubilación sin un referente claro en la normativa laboral sobre encuadramiento. Bajo estos presupuestos, se aprueba el Real Decreto 2390/2004, de 30 de diciembre, que deroga el Decreto 2309/1970, de 23 de julio, y que, en lo relativo a los colectivos con derecho a reducción de la edad de jubilación, contempla -artículo 1.C)- a los "estibadores portuarios - trabajos correspondientes a las actividades de estiba y desestiba", sin establecer mayores distingos, lo cual razonablemente nos permite concluir que, también bajo esta normativa reglamentaria, el trabajador demandante ostenta derecho a la reducción de la edad de jubilación en la medida en que, con la reforma, no se ha reducido el ámbito de protección. Una conclusión que se ratifica si leemos la Exposición de Motivos del referido Real Decreto, donde se afirma que, a consecuencia de diversos factores y, entre ellos, "las peticiones reiteradas de las organizaciones sindicales y empresariales del sector marítimo y de las cofradías de pescadores, tendentes fundamentalmente a aplicar el beneficio de los coeficientes reductores de edad a colectivos actualmente excluidos de dicha aplicación", se hace aconsejable "proceder a la revisión y perfeccionamiento del actual sistema de coeficientes reductores" en el Régimen Especial del Mar.

Se llega así al Real Decreto 1311/2007, de 5 de octubre, que -en su artículo 1.C)- se sigue refiriendo a los "estibadores portuarios" como uno de los colectivos con derecho a reducción de la edad de jubilación, añadiendo dos precisiones adicionales: en primer lugar, que se trata de "trabajos correspondientes a las actividades que integran el servicio portuario básico de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, relacionadas en el artículo 85.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, o en el correspondiente de la legislación vigente en cada momento...".

Y teniendo en cuenta la actividad desplegada por la actora que se describe en el hecho probado cuarto, claramente es una actividad de estiba y desestiba, por lo que se ha dado una efectiva prestación de servicios como estibador portuario, circunstancia recogida en la sentencia como hecho probado, y no combatida, lo que implica que se tengan en cuenta los coeficientes reductores aplicados por la sentencia recurrida, por lo que se rechaza la censura jurídica que se dirige contra la misma, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio del recurrido. Y en función de ello:



FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, contra la sentencia de fecha 19 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, en los presentes autos 165/2015, seguidos sobre pensión de jubilación, a instancia de DOÑA Zulima, frente a la Entidad Gestora recurrente, confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.



Roj: **SAP C 2004/2016 - ECLI: ES:APC:2016:2004**

Id Cendoj: **15030370032016100293**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **29/07/2016**

Nº de Recurso: **178/2016**

Nº de Resolución: **295/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL JESUS FERNANDEZ-PORTO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3 de A CORUÑA SENTENCIA: 00295/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

A CORUÑA

S E N T E N C I A

Número 00295/2016

Presidenta:

Ilma. Sra. doña María Josefa Ruiz Tovar

Magistrados:

Ilma. Sra. doña María José Pérez Pena

Ilmo. Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García

En A Coruña, a veintinueve de julio de dos mil dieciséis.

Visto el presente recurso de **apelación** tramitado bajo el **número 178-2016** , por la **Sección Tercera de esta Ilma. Audiencia Provincial** , constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, interpuesto contra la sentencia dictada el 14 de enero de 2016 por la Sra. Juez del **Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros** , en los autos de **procedimiento ordinario** que se tramitaron ante dicho Juzgado bajo el número 238-2013, al que se acumularon los autos de la misma clase tramitados ante el mismo Juzgado bajo el número 37-2014, siendo parte:

Como **apelantes** , los demandantes DOÑA Lucía , DON Alfonso , y DOÑA Ofelia , todos ellos vecinos de Mazaricos (A Coruña), con domicilio en la parroquia DIRECCION000 , lugar DIRECCION001 , provistos de los documentos nacionales de identidad números NUM000 , NUM001 y NUM002 respectivamente, representados por la procuradora doña Inmaculada Graíño Ordóñez, bajo la dirección del abogado don José-María Penabad Otero

Como **apelados** , la demandada **«SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN "SANFOGA N° 1383 XUGA"»** , con domicilio social en Mazaricos (A Coruña), parroquia de Corzón, lugar de Zanfoga, 9, con número de identificación fiscal V- 78165394, representada por la procuradora doña Paloma Cambeiro Vázquez, y dirigida por el abogado don Modesto de Francisco Regueiro.

Así como los también demandados DON Eulogio , DOÑA Amanda y DON Gerardo , mayores de edad, todos ellos vecinos de Mazaricos (A Coruña), con domicilio en la parroquia DIRECCION000 , lugar DIRECCION001 , provistos de los documentos nacionales de identidad números NUM003 , NUM004 y NUM005 respectivamente, que no se personaron ante esta Audiencia Provincial.



Versa la apelación sobre nulidad de acuerdos de la citada sociedad agraria de transformación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Sentencia de primera instancia* .- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 14 de enero de 2016, dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «**FALLO**: Que debo desestimar y desestimo íntegramente la pretensión ejercitada por la representación procesal de D^a. Lucía, D. Alfonso y D^a. Eva frente a la SAT Sanfoga, D. Eulogio, D^a. Amanda y D. Gerardo, con imposición de las costas procesales a la parte demandante.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días ante la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña.

Así lo acuerdo mando y firmo D^a. Carmen López Moure, Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción único de Muros y su partido judicial».

SEGUNDO .- *Recurso de apelación* .- Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por doña Lucía, don Alfonso y doña Ofelia, dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Se formuló por «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"», don Eulogio, doña Amanda y don Gerardo escrito de oposición al recurso.

Se constituyó por la parte apelante un depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 21 de marzo de 2016, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO .- *Admisión del recurso* .- Se recibieron en esta Audiencia Provincial las actuaciones remitidas por el Juzgado el 23 de marzo de 2016, siendo turnadas a esta Sección el 29 de marzo de 2016, registrándose con el número 178-2016. Por el Letrado de la Administración de Justicia se dictó el 19 de abril de 2016 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal y designando ponente.

CUARTO .- *Personamientos* .- Se personó ante esta Audiencia Provincial la procuradora doña Inmaculada Graíño Ordóñez en nombre y representación de doña Lucía, don Alfonso y doña Ofelia, en calidad de apelante, para sostener el recurso; así como la procuradora doña Paloma Cambeiro Vázquez, en nombre y representación de «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"», en calidad de apelada. No habiéndose personado don Eulogio, doña Amanda, ni don Gerardo, se les tuvo por parte apelada no personada, a quienes únicamente se les notificaría la resolución que pusiera fin a la segunda instancia.

QUINTO .- *Solicitud de recibimiento a prueba en segunda instancia* .- Habiéndose interesado el recibimiento a prueba en esta alzada por doña Lucía, don Alfonso y doña Ofelia en el escrito interponiendo el recurso de apelación, se acordó pasar las actuaciones a la Sala para resolver. Por auto de 16 de mayo de 2016 se acordó no haber lugar al recibimiento a prueba interesado, quedando el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese.

SEXTO .- *Señalamiento* .- Por providencia de 3 de junio de 2016 se señaló para votación y fallo el pasado día 19 de julio de 2016, en que tuvo lugar.

SÉPTIMO .- *Ponencia* .- Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Fundamentación de la sentencia apelada* .- Se aceptan y comparten los fundamentos de derecho de la sentencia apelada en cuanto no difieran de los que se exponen a continuación.

SEGUNDO .- *Objeto del litigio* .- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- El 29 de octubre de 2008 se inscribió en el Registro de Sociedades Agrarias de Transformación de Galicia, de la Xunta de Galicia, la denominada «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"», formada por 6 socios. Se ha manifestado que en la práctica está compuesta por cuatro familias, aportando cada una un 25% del capital. Teniendo en consideración la situación actual, el capital de la Sociedad Agraria de Transformación está dividido en dos grupos, de 3 socios cada uno, distribuido en la siguiente forma: **(a)** Doña Lucía el 25%, don Alfonso el 12,50% y doña Ofelia otro 12,50% (es decir, este grupo ostenta el 50% del



capital social). **(b)** Por su parte don Eulogio es titular del 12,50%, doña Amanda del 12,50% y don Gerardo del restante 25% (es decir, este grupo suma el otro 50%). En el acto fundacional se nombró presidente a don Gerardo, como secretario a don Alfonso, y asignando al resto de los socios la condición de vocales (la copia más legible se halla a las páginas 892 y siguientes de las actuaciones).

Según la "asesoría" de la Sociedad Agraria hubo múltiples "ampliaciones de capital" que no han sido regularizadas todavía (páginas 228 y 229).

2º.- Según certificación encabezada por el Secretario don Alfonso, pero realmente firmada por todos los socios y sellada por don Eulogio, en una reunión de la Junta Rectora celebrada el 10 de septiembre de 2009, se acordó que el importe de la Seguridad Social de los socios que estuviesen trabajando en la sociedad agraria -que cotizan al régimen de autónomos- sería pagado por la SAT (debe entenderse que la sociedad retornaría a los socios el importe de la Seguridad Social, que estos pagan como trabajadores autónomos, en proporción al número de horas trabajadas); así como que el importe de las ayudas de la PAC -que recibía desde entonces la SAT y no los socios- serían distribuidas entre ellos a razón del importe que habían recibido de media en las dos anualidades anteriores (escrito a la página 147 y 148).

3º.- El secretario don Alfonso expidió varias certificaciones datadas a 24 de noviembre de 2009, para hacer constar que ese día se había celebrado una asamblea general, acordando modificar el artículo 12 de los estatutos, en el sentido de que para la asunción de obligaciones económicas serían precisas dos firmas del presidente y secretario o tesorero, y nombrando tesorero a don Eulogio (con distintos formatos, esas certificaciones obran a las páginas 149, 212 y 883), lo que habría sido aprobado por 6 votos a favor.

4º.- El Secretario don Alfonso expidió certificación haciendo constar que en el libro de actas de la sociedad agraria figuraba una correspondiente a una asamblea general celebrada el 14 de abril de 2010 en la que se autoriza al presidente a concertar préstamos, lo que fue aprobado por los 6 votos de los socios (páginas 203 y 881).

5º.- El 1 de abril de 2011 don Gerardo como presidente de la Sociedad Agraria de Transformación por una parte, y don Nazario (padre del socio don Eulogio y esposo de la socia doña Amanda) por otra, otorgan un documento en el que se recoge que éste presta a aquélla la cantidad de 70.000 euros, al 4% de interés, con vencimiento a 31 de marzo de 2012. Se presentó el documento a liquidación tributaria el 12 de abril de 2011 (páginas 204 y 402). Se aporta fotocopia de una transferencia desde una cuenta del Sr. Nazario a otra de la Sociedad Agraria, ambas en "La Caixa", por el citado importe a 4 de abril de 2011 (página 209).

6º.- El 27 de junio de 2013 se celebró asamblea general ordinaria de la Sociedad Agraria de Transformación, convocada por don Gerardo como presidente, cuyo único punto del orden del día era «aprobación de la memoria, balance y cuentas de pérdidas y ganancias de los ejercicios 2008, 2009, 2010, 2011, 2012». Tras múltiples vicisitudes que se plasmaron en el acta notarial, se produjo la votación, produciéndose un empate al 50% de socios y capital, declarándose aprobado el punto en virtud del voto de calidad del presidente (acta notarial a las páginas 46 y siguientes).

Acto seguido se celebró una asamblea general extraordinaria donde se aprobaron tanto el reconocimiento de una deuda de 70.000 euros contraída con don Nazario por un préstamo realizado el 1 de abril de 2011, así como deudas con el socio Sr. Eulogio, criterios de remuneración del trabajo desarrollado, adquisición de animales, permitir la disponibilidad de fondos de dos firmas (presidente junto con la del secretario o del tesorero). Todos aprobados con el voto de calidad del presidente, al producirse el empate entre los dos grupos (acta notarial a las páginas 130 y siguientes).

7º.- El 6 de agosto de 2013 doña Lucía, don Alfonso y doña Ofelia formularon demanda en procedimiento ordinario por razón de la cuantía contra la Sociedad Agraria de Transformación y contra los otros socios don Eulogio, doña Amanda y don Gerardo, solicitando que se declare la caducidad de cargos sociales, nulidad de acuerdos sociales, y la ejecución de otros. Se fundamentan las pretensiones en:

(a) Conforme a lo establecido en el artículo 11 de los Estatutos, la Junta Rectora es elegida por un período de 4 años, por lo que habiéndose constituido el 29 de octubre de 2008, se habría producido la caducidad del nombramiento el 29 de octubre de 2012.

(b) Al haber caducado el cargo de presidente, don Gerardo no podía haber convocado las juntas ordinaria y extraordinaria celebradas el 27 de junio de 2013.

(c) Los acuerdos adoptados en las citadas juntas son nulos porque:

1) El Sr. Gerardo era un socio más, por lo que no podía presidirlas.

2) Carecía de voto dirimente porque ya no era presidente.



- 3)** Se negó el acceso a la contabilidad e información contable.
- 4)** Se aprueban las cuentas de varias anualidades, en lugar de hacerlo de forma anual.
- 5)** Aunque se reserva las acciones para impugnar las cuentas anuales, debe resaltarse que se aprobó una supuesta deuda de 70.000 euros con intereses por un préstamo carente de todo soporte documental; también se aprobaron reconocimientos de deudas a favor de los socios don Eulogio , doña Amanda y don Gerardo .
- 6)** Impugna el acuerdo de devolver los 70.000 euros a don Nazario , porque intervienen en la votación la esposa (doña Amanda) y el hijo (don Eulogio), porque el presidente no podía asumir esa obligación sin intervención de la Junta; además implica que no se podría cumplir el acuerdo adoptado en la junta de 10 de septiembre de 2009, al no poder pagarse la Seguridad Social de los socios, ni abonar la parte del PAC, pese a que aportan tierras y trabajan a tiempo parcial.
- (d)** Además solicita que se ejecuten los acuerdos adoptados en la junta de 10 de septiembre de 2009, a fin de que se pague la Seguridad Social de los demandantes, y el pago de las ayudas de la PAC.
- (e)** No procede que don Eulogio perciba retribuciones de la Sociedad Agraria de Transformación porque no realiza trabajo alguno, debiendo devolver las cantidades indebidamente percibidas. Se "autonombró" tesorero, cuando esas actividades son realizadas por la "Asesoría Asecom Atlántico, S.L." a la que se pagan sus servicios.
- (f)** También se solicita que se declare que don Eulogio no es tesorero, que obtuvo el nombramiento de forma fraudulenta al engañar a don Alfonso , con nulidad del nombramiento del cargo y declaración de inexistencia de acuerdo sobre nombramiento del cargo.
- (g)** Se incumplen los estatutos porque no se expidieron los títulos de capital que representan los socios. Se aumentó el capital social sin que se hubiera puesto en conocimiento de los socios. Ni se emitieron los títulos, ni se ha cumplido con la obligación de llevar un libro registro.
- (h)** Don Eulogio y don Gerardo autorizaron una transferencia de 45.000 euros al Sr. Nazario efectuada el 12 de julio de 2010, que debe retornarse a las cuentas sociales.
- (i)** Deberá introducirse en los estatutos la previsión de renovación de la junta rectora por «períodos de renovación parcial con proporcionalidad de cargos».

8º.- Los demandados se opusieron alegando que: **(a)** No se produce la caducidad de los nombramientos, sino que siguen en funciones, y se va a convocar una asamblea general para elegir nueva junta rectora para enero de 2014. **(b)** Está previsto en el artículo 11 de los estatutos la forma de elección por candidaturas cerradas. **(c)** El voto de calidad del presidente es válido porque así está previsto en el Real Decreto 1176/1981 y en los estatutos sociales. **(c)** Toda la documentación contable estuvo siempre a disposición de los socios. **(d)** Se aprobaron las cuentas de varios ejercicios porque los demandantes siempre plantearon dificultades para hacerlo en ejercicios anteriores. **(e)** Todos los socios eran concedores del préstamo de don Nazario de 70.000 euros, según contrato presentado a liquidación tributaria y que también fue firmado por el Secretario y demandante Sr. Alfonso . **(f)** El Sr. Eulogio sí realiza actividades en la Sociedad Agraria de Transformación además de trabajar como tesorero, recibiendo una remuneración a media jornada. **(g)** No existe irregularidad en el nombramiento del Tesorero. Se modificaron los estatutos y se inscribió la modificación. **(h)** Se expidieron los títulos de participación social, estando pendiente la ampliación de capital porque se hicieron otras aportaciones. **(i)** Los 45.000 euros fue un préstamo de doña Amanda , que es la socia, desde la cuenta que tiene con su marido (por eso figura su nombre) y es un ingreso en la cuenta de la Sociedad Agraria de Transformación, no una retirada de fondos. Terminaron solicitando la desestimación de la demanda.

9º.- El 15 de enero de 2014 se celebra asamblea general para la elección de la junta rectora, presentándose dos candidaturas. Al producirse empate de votos, el presidente consideró ganadora por su voto de calidad a la candidatura encabezada por el Sr. Eulogio , él como secretario, y la Sra. Amanda como tesorera, figurando los demandantes como vocales.

10º.- El 4 de febrero de 2014 doña Lucía , don Alfonso y doña Ofelia formularon nueva demanda en procedimiento ordinario por razón de la cuantía contra los mismos demandados, con fundamento en que con posterioridad a la presentación de la demanda anterior: **(a)** El Sr. Gerardo sigue actuando como presidente, habiendo contratado personal. **(b)** Se convocó la asamblea para renovación de cargos, haciéndose uso del voto del presidente para proclamar ganadora a su candidatura.

Los demandados se opusieron a la demanda.

Se acumularon los autos.



11º.- Celebrada la audiencia previa, la parte demandante, dado que en el suplico de la demanda se hace una referencia a la solicitud de nulidad de todos los actos posteriores del presidente, se alegaron hechos nuevos que se concretaron en que el presidente había contratado trabajadores, así como que la celebración de una asamblea en la que se aprobaron cuentas de la sociedad agraria y se acordó iniciar procedimiento de expulsión de los socios.

12º.- Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia desestimando la demanda, con imposición de costas a los demandantes, por considerar: **(a)** En los estatutos de la Sociedad no se establece la caducidad automática de los cargos o que no se prorroguen hasta su renovación. **(b)** Las cuotas de Seguridad Social de autónomos es pagada por cada socio, siendo el trato igualitario. El pago de la PAC solo se pudo hacer un año; y si se siguiese abonando a los socios no podrían atenderse otros compromisos de la explotación. **(c)** Las cuestiones retributivas de don Eulogio deben ventilarse ante la jurisdicción social. **(d)** Habiéndose finalmente reconocido por don Alfonso que la firma obrante en las certificaciones era suya, no puede estimarse la pretensión de declarar la nulidad del nombramiento de tesorero. **(e)** La documental aportada con la demanda acredita que se ha facilitado a cada socio el justificante de su participación en la Sociedad. **(f)** También se rechaza la pretensión en cuanto a los 45.000 euros por ser el pago de obras en la cuadra. Pronunciamientos contra los que se alzan los demandantes.

TERCERO .- *Inadmisibilidad del recurso* .- Antes de entrar en el análisis de los distintos motivos del recurso de apelación interpuesto por los demandantes, plantean los apelados que el recurso debe inadmitirse por incumplirse el requisito establecido en el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al no indicar cuáles son los pronunciamientos que se impugnan.

Pretensión que no puede ser estimada.

1º.- La exigencia del artículo 458.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto a que el escrito de interposición del recurso, deberá, además de mencionarse qué resolución se apela, exponerse los alegatos por lo que se cuestiona, deberá mencionar «los pronunciamientos que impugna», introducida en el precepto por la Ley 37/2011, de 10 de octubre en cuanto es traslación del derogado 457, se viene interpretando de una forma flexible, rechazándose una interpretación formalista en cuanto a la terminología, y propugnando una interpretación razonable de lo impugnado. La exigencia se refiere a «los pronunciamientos» , no a la doctrina legal que pueda establecer la resolución en sus fundamentos. El concepto de «pronunciamientos» lo establece el artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que al regular cuál es el contenido de las sentencias, se establece que el fallo «*contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes...*» . Extremo en el que insiste el artículo 218, cuando en su apartado 3 dispone que en las sentencias «*Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos*» . Lo que debe indicarse es qué pronunciamientos concretos del «fallo» o «parte dispositiva» son lo que van a ser objeto de apelación. Si la sentencia contiene un único pronunciamiento, aparte de las costas y se dice que se impugna la sentencia, no cabe duda alguna de qué se recurre, de modo que en este caso no puede imponerse un requisito meramente formal y carente de contenido real. Doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 22/2007 y 225/2003, y que también proclama la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus sentencias de 27 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4813/2014 , recurso 1683/2012), 19 de enero de 2013 (Roj: STS 497/2013, recurso 656/2010), 15 de febrero de 2011 (Roj: STS 717/2011, recurso 1328/2007), 9 de diciembre de 2010 (Roj: STS 7347/2010, recurso 201/2007), 25 de mayo de 2010 (Roj: STS 2889/2010), 29 de enero de 2010 (Roj: STS 151/2010, recurso 1985/2005), 6 de noviembre de 2009 (Roj: STS 6480/2009, recurso 1578/2005), 15 de julio de 2009 (Roj: STS 4880/2009, recurso 678/2005) y 30 de marzo de 2009 (Roj: STS 1639/2009, recurso 1436/2004), entre otras muchas (La referencia Roj es la numeración en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, que puede ser consultada en la página web del Consejo General del Poder Judicial).

2º.- La sentencia de primera instancia contiene un único pronunciamiento, que es la desestimación de la demanda, además de imponer las costas. Por lo que al no tener distintos pronunciamientos separados, que pudieran ser objeto de recurso unos sí y otros no, la exigencia de mencionar qué pronunciamientos son objeto de recurso carece de todo contenido real. Por lo que la ausencia de mención no afecta a la admisibilidad del recurso.

CUARTO .- *La incongruencia omisiva* .- En la primera alegación del recurso de apelación interpuesto por los demandantes, siguiendo la pauta que presidió la primera instancia, se entremezclan las más variadas cuestiones bajo el título de incongruencia omisiva de la sentencia apelada.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- El vicio de incongruencia omisiva existe cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes; siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial



como una desestimación tácita, cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución. La satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes. Pero sin olvidar que la congruencia exige dar respuesta, no sólo a las pretensiones propiamente dichas, sino también a las alegaciones sustanciales [Tc. 73/2009 , 85/2006 , 8/2004 , 218/2003 , entre otras].

La incongruencia «*ex silentio*» o por omisión de pronunciamiento, por defecto de exhaustividad, constituye una vulneración del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto el requisito de exhaustividad de las sentencias exige que aquellas resuelvan todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una la respuesta que sea procedente; y se produce cuando la sentencia ha omitido alguna pretensión o algún elemento esencial de la pretensión; es decir, cuando deje de contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, quedando sin respuesta la cuestión planteada [Ts. 10 de octubre de 2012 (Roj: STS 6696/2012, recurso 732/2010), 10 de enero de 2012 (Roj: STS 608/2012, recurso 894/2009), 30 de junio de 2011 (Roj: STS 4852/2011, recurso 431/2007)].

Ahora bien, en el caso de las sentencias absolutorias, como la presente, es jurisprudencia que «no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador». La sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado [Ts. 19 de octubre de 2015 (Roj: STS 4164/2015, recurso 2259/2013), 24 de abril de 2015 (Roj: STS 1695/2015, recurso 1622/2012) y 10 de diciembre de 2013 (Roj: STS 6301/2013, recurso 2371/2011) entre otras].

Por otra parte, para que pueda alegarse la existencia de una vulneración procesal del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incongruencia omisiva de la sentencia, es requisito previo que se haya intentado en tiempo y forma la petición de complemento de la resolución, conforme a lo previsto en el artículo 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; por lo que la falta de ejercicio de tal remedio impide a las partes plantear en un recurso devolutivo la incongruencia omisiva, tanto en la apelación (artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como extraordinario por infracción procesal (artículo 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Aunque se examinara desde la perspectiva de la posible existencia de incongruencia por omisión, debe ser desestimada, pues no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que la recurrente no solicitó la subsanación de la sentencia. En consecuencia, no se cumplió la carga procesal impuesta a las partes en el citado precepto, que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, y al no hacerlo así pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso. Su inobservancia excluye la indefensión, en cuanto su estimación exige que la parte no se haya situado en ella por su propia actuación [sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (Roj: STS 2576/2016, recurso 2621/2014), 9 de marzo de 2016 (Roj: STS 1204/2016, recurso 2691/2013), 2 de julio de 2015 (Roj: STS 3203/2015, recurso 1660/2013), 30 de junio de 2015 (Roj: STS 2739/2015, recurso 2288/2013), entre otras].

Desde el momento es que la sentencia es absoluta, y no se solicitó el complemento de la sentencia en el momento procesal oportuno, no puede formalizarse el motivo de incongruencia omisiva. Está llamado al fracaso desde el inicio.

2º.- Al margen de lo anterior, no puede aceptarse que se aluda a la falta de pronunciamientos sobre la impugnación de las asambleas generales ordinaria y extraordinaria de 24 de octubre de 2014 (no sobre la impugnación del "acta", como se dice en el recurso, pues el acta en sí misma no es impugnada, y menos siendo notarial, sino los acuerdos que se dicen aprobados). Impugnación de acuerdos que la parte sostiene que introdujo a través de "hechos nuevos" alegados en la audiencia previa celebrada el 29 de octubre de 2014.

El artículo 286 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , permite alegar "hechos" nuevos, como ya se admitía por la Jurisprudencia en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, pero siempre que integrasen la «*causa petendi*» de la pretensión principal. En tal sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002 (RJ Aranzadi 7929), cuando establece que «*cabe la posibilidad de incorporar al proceso hechos nuevos en diversas perspectivas, pero han de consistir en eventos que se integren en "la causa petendi" de la pretensión principal ejercitada, que formen parte del objeto del debate jurídico, sin que quepa intentar con éxito modificación alguna en los términos en que quedó planteada, y, a su vista, resuelta la litis en la primera instancia del juicio...que vulneran el principio de la "perpetuatio actionis" -prohibición de la "mutatio libelli"- al*



configurar una situación de hecho y de Derecho distinta a la existente en el momento de la incoación del pleito». En esta línea la actual Ley de Enjuiciamiento Civil permite en el artículo la alegación e incluso prueba sobre hechos nuevos. Pero sólo hechos, lo que no se puede es pretender alterar la petición inicial de la demanda. En el mismo sentido, el artículo 400 del texto legal comentado. El artículo 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la posibilidad de realizar alegaciones (meras alegaciones) complementarias «*sin alterar sus pretensiones ni los fundamentos de éstas*»; aclarar las realizadas o rectificar extremos «*secundarios de las pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos*»; y si se pretende añadir alguna petición «*accesoria o complementaria*» sólo se admitirá si la parte contraria se muestra conforme, o no se le impide su derecho de defensa en condiciones de igualdad. Es decir, las rectificaciones de la demanda y las nuevas peticiones que puedan formularse en la audiencia previa han de ser siempre secundarias, accesorias y complementarias. Con posterioridad no puede pretenderse ninguna alteración de lo solicitado en la demanda. Invocación de hechos nuevos que tiene un formalismo muy concreto [Ts. 29 de noviembre de 2010 (Roj: STS 6262/2010, recurso 361/2007)], y que no puede confundirse con el planteamiento de nuevas pretensiones, como si sustituyese a una acumulación de demanda sobre hechos acaecidos con posterioridad, ni permite nuevas pretensiones, sino que es un mero alegato de "hechos" [Ts. 8 de junio de 2016 (Roj: STS 2624/2016 , recurso 576/2014)].

Lo que se alegó sobre las asambleas generales de 24 de octubre de 2014 (aprobación de cuentas del año 2013 y exclusión forzosa de socios) fue que sobre ellas se proyectaba el planteamiento inicial de las demandas acumuladas. Pero entendido que se refería a que don Gerardo no podía convocar ya asambleas porque no era presidente, o que no podía utilizar su voto de calidad como dirimente. Pero no por razones intrínsecas de las propias asambleas u otras causas no alegadas en su momento, ni tampoco expuestas en esa audiencia previa.

A la vista de cómo se desarrolló el juicio, y cómo se practicó la prueba, es evidente que los demandantes pretenden extender su demanda inicial, convirtiendo el juicio en una especie de revisión de toda la vida societaria desde el inicio hasta el minuto anterior a que se dicte sentencia. El objeto del debate judicial viene marcado por el contenido de las dos demandadas. En ellas se define lo que se pretende (petitum) y cuál es la causa de tal pretensión (causa petendi). No puede posteriormente, en muchos casos por vía de documentos que se aportan sin solución de continuidad durante el juicio, o se plantean a través de preguntas formuladas a interrogados, testigos y peritos, pretender que se planteó correctamente una solicitud de pronunciamiento judicial.

Ni las demandas, ni en las contestaciones, se llegó a exponer en ningún momento cuáles eran, por ejemplo, los motivos concretos por los que impugnaba los acuerdos adoptados en la asamblea extraordinaria de 24 de octubre de 2014 sobre expulsión de socios. Por lo que su posible nulidad vendría determinada por un previo pronunciamiento de carencia de voto de calidad del presidente, que viciaría todos los acuerdos aprobados con posterioridad a la finalización de su mandato. Sin embargo, en el juicio se realizan múltiples preguntas precisamente sobre las imputaciones que justificarían la expulsión de los socios.

3º.- También se quejan los recurrentes sobre la falta de pronunciamiento en la sentencia apelada sobre las cuentas anuales y su validez, pese a que se practicó una amplia prueba documental y pericial sobre las cuentas, y que en el apartado segundo de los hechos de la demanda se mencionaba la impugnación de las cuentas anuales. El problema se plantea por las propias contradicciones internas de la demanda, donde tras una larga y errática relación fáctica, se culmina en un suplico totalmente ambiguo. Hasta el punto de que podría plantearse si estamos antes una demanda que no debió admitirse a trámite por falta de la mínima claridad y precisión (artículo 416.1-5ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el apartado c) de lo que se supone que sería el hecho segundo de la demanda, textualmente se menciona que «*Esta parte no tiene más remedio que reservarse las acciones para la impugnación concreta de dichas cuentas... no poder disponer siquiera de la documentación soporte... libros diarios, registros inversión, contratos de supuestos préstamos, nóminas, impuestos...*». Pero acto seguido sostiene que sí impugna dos extremos concretos: el préstamo de 70.000 euros, y unas cuentas que no se puede explicar. Es decir, primero impugna el contenido de la asamblea en cuanto aprueba las cuentas generales de varios ejercicios porque el presidente carecía ya de facultades, incluyendo el voto dirimente, así como la imposibilidad de acceder a la contabilidad (infracción del derecho de información). Carencia de información que es la razón de reservarse las acciones de impugnación "concreta"; y ahora, como durante el litigio sí tuvo acceso a las cuentas, se pudo hacer un informe pericial, y esgrimió en sede probatoria una concreta causa de impugnación de determinadas partidas, se viene a sostener que sí se ejercitó una impugnación concreta de partidas, sobre las que no se pronuncia la sentencia.

Al margen de que la demanda es contradictoria internamente (no impugno porque no puedo, pero sí impugno), se confunde lo que se pide en la demanda y la causa de pedirlo (nulidad por negativa de información), con las cuestiones que después se introducen a lo largo del litigio. Todo ello aderezado con la extraña tramitación seguida en la instancia, donde a cada sesión celebrada se admitían nuevos alegatos, nuevas documentales, se llega a suspender el juicio para aportar documental y la pretensión de proponer prueba pericial caligráfica,



permisividad en cuanto al desarrollo del debate en cuestiones totalmente ajenas a las planteadas en demanda y contestación. O se llegue a extremos tales como que un funcionario judicial y un abogado entren en un debate alzándose la voz, o aquél se ausente de la sala de audiencias inopinadamente.

En conclusión, pese a lo pretendido por la parte actora una vez que pudo examinar las cuentas tras la contestación a la demanda, lo cierto es que en las demandas no se impugnaron partidas concretas de las cuentas, salvo los particulares que se dijo (préstamo y deudas para con los socios). Lo que sí hay es una impugnación genérica por infracción del derecho de información. Pero las que se introducen a través del informe pericial no pueden ser objeto de este debate, más allá de constatar que la contabilidad presentada no es imagen fiel del estado financiero de la Sociedad Agraria de Transformación.

Conclusión que evita ya el innecesario análisis de los alegatos sobre la defectuosa contabilidad de la Sociedad Agraria de Transformación, su carencia de rigor, partidas erróneamente asentadas, infracción de principios contables, errores en valoraciones, y todos los demás detalles que analiza en el recurso.

4º.- Por último, también muestra su discrepancia la parte apelante con la sentencia apelada porque tampoco se pronuncia sobre la improcedencia de que don Eulogio perciba un sueldo de la sociedad, al no ser trabajador, con fundamento en que debe ventilarse ante la jurisdicción social, alegando los recurrentes que no existe una relación laboral, y no se invocó ninguna incompetencia de jurisdicción.

Se ignora qué tiene que ver la incompetencia de la jurisdicción civil para pronunciarse sobre una cuestión laboral, y la incongruencia omisiva. Una cosa es que no pueda pronunciarse (incompetencia de jurisdicción), y otra que no lo haga debiendo hacerlo (incongruencia).

La jurisdicción, como atribución del conocimiento de un asunto a un orden jurisdiccional determinado, tiene carácter de presupuesto procesal para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal. La intervención de los órganos jurisdiccionales del orden que corresponda, y no de otros, para el conocimiento de determinada cuestión es de orden público procesal (artículos 37.2 y 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Aunque no haya sido denunciada la falta de jurisdicción por las partes, su apreciación incumbe al órgano jurisdiccional de oficio, como se desprende de la necesaria aplicación de lo dispuesto en el artículo 9, apartados 1 , 2 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [Ts. 29 de junio de 2010 (Roj: STS 3335/2010)], por lo que resulta indiferente que los demandados no excepcionaran en su momento la incompetencia de jurisdicción.

En la demanda se plantea que se declare la improcedencia de que don Eulogio reciba retribuciones de la Sociedad Agraria de Transformación, debiendo devolver las cantidades indebidamente percibidas por ese concepto. Petición que se fundamenta en que *«siendo una de las notas esenciales de la relación laboral (artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores) la existencia de una efectiva prestación de servicios, la ausencia de la misma trae de la mano la inexistencia de una relación laboral... debiendo declararse la extinción de la relación laboral, sin derecho a ningún tipo de contraprestación... se trata en su caso de un despido por incumplimiento del trabajador... el mantenimiento de una relación laboral de las indicadas características...»* . Es la parte actora la que menciona la existencia o inexistencia de un contrato de trabajo, la extinción de la relación laboral, la denegación de un derecho a indemnización, y que se trataría de un despido procedente. Es obvio que se trata de una materia de la que deberán conocer los órganos de la jurisdicción social, y no la civil (artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Al socaire de impugnar unos acuerdos de la asamblea general, se ha querido traer a la jurisdicción civil todo un cúmulo de "afrentas" con la pretensión de que judicialmente se "ponga orden" en la Sociedad Agraria de Transformación. No se advierte que lo que realmente se sostiene es que los socios discrepan en grupos igualitarios, por mitades. La solución no es judicializar la sociedad, sino constatar que está incurrida en causa de disolución por bloqueo de su actividad. Pero eso ya se dice que no lo quieren los demandantes. Por lo que deberán atenerse a las consecuencias de sus decisiones.

QUINTO .- *La caducidad de los cargos* .- Bajo la denominación de error en la valoración de la prueba, aunque entremezclando infracciones legales, se reitera el criterio de que los nombramientos de presidente, así como secretario (el tesorero aunque se incluye, fue designado posteriormente) habían "caducado" a los cuatro años, tal y como establecen los estatutos de la SAT, no siendo cierto que no hubiese habido protestas de los demás socios, pues constan en las actas notariales que sí se puso de manifiesto. Posteriormente se vuelve a incidir en la cuestión, añadiendo además la relativa al voto de calidad del presidente, la "renovación proporcional", la nulidad de los acuerdos adoptados en las asambleas, la nulidad de las disposiciones patrimoniales, la nulidad de contrataciones laborales, o la existencia de una administración mancomunada normada por el Juzgado.

El motivo debe ser parcialmente estimado.

El régimen jurídico aplicable es el siguiente: **(a)** el Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, que aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación; **(b)** la Orden de 14 de septiembre de 1982,



así como la Orden de la Xunta de Galicia de 29 de abril de 1988 sobre tramitación de sociedades agrarias de transformación (Doga de 9 de mayo): **(c)** los Estatutos y Reglamento de Régimen Interior por los que se rige la Sociedad Agraria de Transformación demandante, que en ningún caso pueden contravenir el contenido del referido RD 1776/1981; y **(d)** con carácter subsidiario, las normas que resulten de aplicación a las Sociedades civiles.

En el citado Real Decreto no se prevé nada en cuanto a la duración de los cargos de la Sociedad Agraria de Transformación. Es en el artículo 11 de los estatutos donde se establece que en este caso la junta rectora estará compuesta por seis miembros (lo que se acomoda a lo normado en el artículo 10.cuatro del Real Decreto), pero con la matización de que serán «elegidos para un período de cuatro años, pudiendo ser reelegidos».

Es cierto que en los estatutos no se previó qué acaecía si transcurría el plazo sin convocarse asamblea para la elección o renovación de los cargos. Pero no puede interpretarse la norma estatutaria como si no tuviese trascendencia alguna. Tal interpretación es contraria al espíritu y finalidad de la norma (artículo 3.1 del Código Civil). Si se establece un mandato limitado temporalmente, y por lo tanto la obligación de someterse a una elección entre los socios cada cuatro años, no sancionar el incumplimiento supondría establecer que la norma carece de razón de ser, de contenido obligacional, al no tener aparejada sanción. Tampoco se halla respuesta en los pocos artículos que en el Código Civil regulan las sociedades civiles.

Para suplir la laguna normativa sobre qué sucede al transcurrir el período, debe aplicarse la analogía, como se indica en la demanda que en su día formularon los ahora apelantes. El artículo 4.1 del Código Civil preceptúa que *«Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón»* . El Tribunal Constitucional indica que si la analogía como medio de integración normativa es un método o procedimiento delicado, pues en definitiva no es más que el uso de un argumento lógico, habrá que exigirse en su aplicación, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo [sentencias del Tribunal Constitucional 148/1988 y 182/2011]. El artículo mencionado establece un sistema para integrar las lagunas que presenta un texto legal, sistema que se basa en un argumento de probabilidad que tiene su fundamento en una razón de semejanza. La analogía no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto; se condiciona así la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados. Ahora bien, esa razón de semejanza puede interpretarse como igualdad, sino que dada una norma que predica una determinada calificación normativa de un objeto, se debe extraer el significado, que comprenda también aquellos sujetos que no están estrecha ni literalmente incluidos, pero presentan con los previstos una semejanza, asumida como relevante en orden a la identidad de las situaciones [Ts. 20 de julio de 2012 (Roj: STS 5284/2012, recurso 1342/2009), 16 de junio de 2011 (Roj: STS 3634/2011, recurso 10/2008) y 7 de octubre de 2010 (Roj: STS 4860/2010, recurso 1029/2004)].

Pero debe acudir a la regulación de las **cooperativas**, figura que tiene mucha más similitudes que otras formas societarias, como puede ser las sociedades de capital. Máxime cuando en aquéllas prima el trabajo personal del socio en la sociedad, frente a las segundas en la que la primacía es la aportación de capital y no del trabajo. El artículo 45 de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de **Cooperativas** de Galicia , prevé que finalizado el período de mandato los administradores continuarán en el cargo hasta el momento en que se produzca la renovación, y los elegidos tomen posesión, lógicamente con la finalidad de que no se produzca un vacío de gobierno en la **cooperativa**. Pero es significativo que el número 6 establezca la obligación de convocar la asamblea en el plazo de 15 días.

Es decir, compartiendo en lo sustancial los criterios sustentados por las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada de 28 de octubre de 2013 (Roj: SAP GR 1442/2013) y de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de mayo de 2005 (Roj: SAP SE 1740/2005), estas sociedades se fundamentan esencialmente en una participación democrática de los socios. Persistir en el desempeño de los cargos rectores, no convocando la asamblea para la designación o reelección, supone burlar la posibilidad de manifestación democrática de la asamblea, sometiendo la voluntad general y silenciándola. Son sociedades tan esencialmente democráticas que se configuran sobre la base de un socio es un voto, con independencia del capital que aporte a la SAT, o de que trabajen para ella más o menos horas. Una persona, un voto. Solo hay la excepción prevista en el artículo 11.tres del Real Decreto, y que se mencionan en el artículo 10.4 de los Estatutos de la «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"».



En consecuencia, transcurrido el plazo del nombramiento, el mandato se extingue. Surge en el presidente la obligación de convocar asamblea general para la renovación de cargos, si no tuvo la prevención de hacerlo antes de la expiración del término. Y en el orden interno pierden todas las facultades propias, salvo en lo afecta al funcionamiento del día a día de la sociedad, o la de convocar la asamblea. Frente al exterior, de cara a terceros que contraten de buena fe, sí seguirá ostentando la representación de la sociedad. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad personal en que pueda incurrir por esa extralimitación en su mandato. Cualquier otra interpretación sería consentir una vulneración de un socio, que en su día fue elegido democráticamente como presidente, no solo de los estatutos sociales que le confirieron sus poderes; permitir la autoproclamación de un poder dictatorial, con burla a la voluntad de los socios, que se manifiesta en la asamblea general, que aportan el capital y su trabajo personal. Por lo que debe concluirse que finalizado el período por el que se nombró a los miembros de la Junta Rectora, el presidente deberá convocar la asamblea general a la mayor brevedad posible, y en todo caso incluir como primer punto del orden del día de la siguiente la renovación de cargos. Cualquier otra actuación debe vetarse en aras a preservar el principio democrático en que se fundamentan estas formas societarias.

No puede justificarse el mantenimiento en el cargo basándose en que los disidentes podían haber solicitado una convocatoria de asamblea general, conforme a los estatutos societarios. Es cierto que podían haberlo solicitado, pero tal actuación es subsidiaria a la obligación del presidente de cumplir y hacer cumplir los estatutos, y por lo tanto poner su cargo a disposición de la asamblea una vez finalizado el período de su nombramiento.

SEXTO .- *El voto de calidad* .- La segunda cuestión que se plantea es la relativa a la persistencia, una vez vencido el plazo del cargo de presidente, del derecho a utilizar su voto como dirimente.

El artículo 11.tres del Real Decreto prevé que el presidente dirimirá con su voto los empates de las votaciones en «uno u otro Órgano social» (junta rectora y asamblea general). En esto se diferencia de la **Lei de Cooperativas** de Galicia, que niega el voto dirimente para la asamblea (artículo 36), pero lo acepta para el consejo rector (artículo 46).

La Sala debe compartir el criterio sustentado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de mayo de 2005 (anteriormente referenciada), en cuanto razona que «Tal facultad extraordinaria, dado que permite adoptar acuerdos que no cuentan ni siquiera con el apoyo de una mayoría simple, no puede tener otra justificación que la fiabilidad que merece la persona del presidente en tanto que depositario de la confianza de la mayor parte de los socios. Si el nombramiento, y por tanto esta confianza que el mismo implica, ha sido realizado con un límite temporal que ha sido excedido, y no se renueva en la forma prevista en los estatutos y en la Ley ha de entenderse que quien continúa ejerciendo el cargo lo hace sin ser ya depositario de esa confianza y que por tanto ya no le corresponde el privilegio de emitir voto dirimente».

A lo anterior debe añadirse que el voto de calidad se configura como un poder excepcional que rompe la doctrina de una persona un voto, con la única finalidad de permitir que la sociedad siga funcionando, impedir que se paralice su gestión por un bloqueo. Pero dado su carácter excepcional, también su utilización debe presentarse como algo anómalo, esporádico, no habitual. Por lo que repugna al sentir jurídico que todos los acuerdos de la sociedad agraria, incluyendo la elección de la nueva junta rectora, no puedan ser aprobados por mayoría simple (más del 50% de los votos), y sin embargo se consideren aprobados por el voto de calidad del presidente. Lo excepcional se convierte en norma diaria y forma habitual de trabajar. Es nuevamente la imposición. Lo que no es aceptable. Considerar vigente el voto dirimente del presidente, pese a que hace tiempo finalizó el mandato por el que fue elegido, y avalar la forma en que se viene utilizando, incluyendo la renovación en los cargos societarios, supondría aprobar judicialmente que una mitad de los socios pueda mantener eternamente una situación de gobierno en contra de la otra mitad, alterando principios elementales de todo sistema democrático.

La conclusión es que ningún acuerdo puede considerarse aprobado, al no lograr más de la mitad de los votos. Esto lleva a una situación de ingobernabilidad de la «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"», razón por la que se dijo anteriormente que se incurre en una causa de disolución. El artículo 13.uno c) del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación, prevé precisamente que es causa de disolución en cuanto se halla en una situación que imposibilita la realización del objeto social.

SÉPTIMO .- *La nulidad de acuerdos de las asambleas* .- Sostienen los recurrentes, como consecuencia de los anteriores precedentes, que deben tacharse de nulos todos los acuerdos adoptados en las asambleas, las disposiciones patrimoniales realizadas por el presidente y tesorero, así como las contrataciones laborales.

La pretensión debe ser estimada parcialmente:



1º.- Como se dijo, debe considerarse nula toda asamblea general que se celebre, una vez vencido el plazo por el que fueron elegidos los miembros de la junta rectora, y en este caso el presidente, en cuanto no se establezca con carácter prioritario la elección de nueva junta rectora.

A mayor abundamiento, debe igualmente predicarse la nulidad de todos los acuerdos adoptados en las asambleas celebradas, en cuanto fueron aprobados por la utilización abusiva del voto de calidad del presidente.

Por lo que son nulos todos los acuerdos que se consideraron aprobados en las asambleas ordinarias y extraordinarias celebradas el 23 de junio de 2013, 15 de enero de 2014 y 24 de octubre de 2014.

2º.- Pero lo anterior no conlleva la nulidad de las disposiciones patrimoniales que se hayan podido realizar, y menos como pronunciamiento en bloque. Habrá disposiciones a favor de terceros de buena fe, ajenos a la controversia, que deben ser respetadas; al igual que las correspondientes al devenir diario de la explotación ganadera, pues de otra forma no podría funcionar. Todo ello sin perjuicio de que puedan impugnarse disposiciones concretas que se hayan realizado en perjuicio de la sociedad, dolosamente o de forma negligente, y en su caso exigirse responsabilidades a quien autorizó tales disposiciones.

3º.- No puede tampoco declararse nulas unas contrataciones laborales. En el orden externo, no corresponde a esta jurisdicción declarar la nulidad de un contrato laboral. Por otra parte, se trata de una contratación realizada por quien aparenta tener esa facultad; y afectaría a un tercero (el trabajador) que no es parte en el litigio, y con quien se han asumido unas obligaciones salariales a cambio de un trabajo prestado. En el orden interno, en todo caso podrán exigirse responsabilidades personales si así se considera, porque esas contrataciones hayan causado un efectivo perjuicio a la sociedad.

OCTAVO .- *El gobierno de la Sociedad Agraria de Transformación* .- La parte apelante, ya desde la demanda, es consciente de que se produce un empate técnico a la hora de gobernar la sociedad, por cuanto las cuatro familias están enfrentadas dos a dos, lo que supone que hay dos bloques, de tres socios cada uno, ostentando cada bloque el 50% del capital social. Se estaría pues ante una situación que ha sido definida como un supuesto de disolución de la sociedad ante la imposibilidad de conseguir el objeto social, se ha perdido el deseo de trabajar en sociedad. Basta observar el cariz de los reproches que se hicieron las partes en el acto del juicio, para advertir que se desconfía de todo, y se ve un deseo de aprovecharse en la más mínima actuación, con un panorama de enfrentamientos que incluso llegan a afectar a nivel personal.

No es factible, como pretende la parte, modificar los estatutos e introducir la "renovación proporcional". El Juzgado no puede modificar los estatutos, sino pronunciarse exclusivamente sobre la posible impugnación de acuerdos sociales por no acomodarse al ordenamiento jurídico. Pero la manifestación de la voluntad de los socios en la asamblea no puede ser suplida judicialmente. Por otra parte, se incurre en un error de interpretación sobre qué es la "renovación proporcional". No supone un reparto de puestos entre los distintos socios, ni una rotación obligada en el desempeño de los cargos, como parece interpretarse. La renovación proporcional se refiere a los supuestos en que hay socios trabajadores, y socios personas jurídicas o socios capitalistas. Es una renovación proporcional a la calidad de socios. Cada grupo diferenciado tiene derecho a elegir proporcionalmente a uno o varios miembros de la junta rectora. Y además no en los puestos de presidente o secretario, no en los puestos concretos, sino en la junta rectora. En este caso, no hay distintos socios (todos son inicialmente trabajadores), y todos ya están en la junta rectora. Es más, conforme al artículo 10.dos del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación, en las sociedades cuyo número de socios sea inferior a diez, como es este caso, la Asamblea general asumirá, como propias, las funciones que competen a la Junta Rectora, constituyendo ambas un solo Órgano. Realmente no tenían que existir dos órganos.

Tampoco es una facultad judicial instaurar una "administración mancomunada", que además actuaría siguiendo unas directrices del Juzgado. Son planteamientos jurídicos totalmente simplistas, ajenos a la jurisdicción, que solamente sirven para deteriorar la imagen de la Administración de Justicia, en cuanto crea en los ciudadanos mal aconsejados unas imposibles expectativas de respuesta y solución de problemas.

La consecuencia es que deberá convocarse asamblea general para elegir los cargos, sin votos dirimentes. Y si no se consigue la mayoría, deberá en su caso plantearse la disolución, o bien la solución que los socios consideren procedente.

NOVENO .- *El abono de cuotas y el reparto de la PAC* .- Entre las múltiples causas de enfrentamiento de los socios figura el incumplimiento del acuerdo adoptado por la Junta rectora el 10 de septiembre de 2009.

Por una parte, los socios cotizan a la Seguridad Social en el régimen de trabajadores autónomos, pese a que prestan servicios a media jornada para la SAT. Se acordó por la junta que la cotización a la Seguridad Social sería abonada por la sociedad. Plantean los demandantes -ahora apelantes- que era la SAT la que tiene que



abonar la Seguridad Social, si bien no concretan cómo se haría, bien mediante abono directo, bien mediante reintegro del importe. Los demandados oponían por una parte que el ingreso era una obligación del trabajador, al estar cotizando por el régimen de autónomos, y que en la nómina ya va incluida una cantidad para el pago de la Seguridad Social, aunque no se diga y figure todo bajo el concepto de salario.

Por otra, se acordó que el importe de las ayudas de la PAC -que recibía desde entonces la SAT y no los socios- serían distribuidas entre ellos a razón del importe que habían recibido de media en las dos anualidades anteriores. Esta distribución se hizo exclusivamente un año, pero no los sucesivos, alegando los demandados que había otras obligaciones más perentorias que atender.

El recurso se basa fundamentalmente en que los datos contables permiten establecer que existe beneficio, y que puede cumplirse la obligación. Motivación que resulta contradictoria. No puede sostenerse que la contabilidad no refleja la imagen fiel de la sociedad, que sus datos son erróneos, razón por la que no pueden aprobarse las cuentas de la sociedad, y acto seguido alzar tales datos como prueba objetiva de los grandes beneficios supuestamente obtenidos y la posibilidad de hacer frente a todo tipo de gastos.

Lo que sí es cierto es que los acuerdos adoptados válidamente por la junta rectora han de ser cumplidos. Si existen dificultades económicas que impidan su correcta aplicación, para eso deben celebrarse las asambleas ordinarias, someter a los socios las aprobaciones de las cuentas, y en su caso la modificación de acuerdos. Es decir, deberá someterse a la decisión de la asamblea dejar sin efecto tales acuerdos, total o parcialmente. Mientras no se produzca la modificación, deberán cumplirse. En caso de imposibilidad material por falta de liquidez, lo procedente es reconocer un derecho de crédito a favor del socio por esas cantidades, asentándolo así en la contabilidad. Pero no que el presidente decida que debe incumplir un acuerdo de la junta rectora.

DÉCIMO .- *El nombramiento de tesorero* .- También se reproduce la petición de que se declare la nulidad del nombramiento de don Eulogio como tesorero. En la demanda se vino a sostener que el Secretario de la sociedad don Alfonso -demandante y ahora apelante- había firmado una "certificación" «sin ningún contenido concreto», que había sido manipulada para beneficio de don Eulogio, nombrándole tesorero y dándole facultades, pero la junta nunca se había celebrado, e incluso la fecha aparecía en blanco. En el acto del juicio el Sr. Alfonso negó la autenticidad de su firma, en las diversas certificaciones presentadas, originándose un nuevo guirigay de los muchos que caracterizó el debate en la primera instancia. Suspendido y reanudado el juicio, la versión se derivó a la primitiva. Ahora se vuelve a insistir en la versión primitiva.

El motivo no puede ser estimado.

Lo expedido no fue solo la certificación aportada a la página 149, manuscrita y que efectivamente no se menciona la fecha en que tuvo lugar la asamblea general, sino varias con el mismo contenido y en formatos diferentes. Unas utilizan el modelo que la Xunta de Galicia publicita como normalizado, y otras no. La obrante a la página 883 ni es manuscrita, ni omite dato alguno. Luego debe concluirse que fue expedida conscientemente, sin que puedan aceptarse los supuestos engaños. Por otra parte, no puede menos que resultar anómalo que el propio demandante plantee que una certificación expedida por él como Secretario de una Sociedad Agraria de Transformación, fue firmada con pleno conocimiento de ser falsa en cuanto a los datos certificados.

Está acreditado, e incluso es admitido por los propios apelantes, dados los términos en que plantearon las preguntas en el acto del juicio, que al menos hasta abril de 2011 se adoptaron múltiples acuerdos por consenso, aceptando todos lo acordado. Por lo que los acuerdos sí existen. Cuestión distinta es que ahora hayan surgido problemas entre los socios, incluso personales que no parecen permitir una mínima convivencia, y se pretenda negar lo acordado.

Por otra parte, la autenticidad del nombramiento es que durante estos años se ha venido autorizando que don Eulogio actuase como tesorero, desempeñando el cargo efectivamente, hasta que surgieron los problemas a mediados del año 2011.

UNDÉCIMO .- *Los títulos de propiedad* .- En la demanda se ponía de manifiesto que se había incumplido el deber establecido en el artículo 2 de los estatutos de la Sociedad Agraria de Transformación en cuanto a la llevanza de un libro registro de las aportaciones de los socios al capital social, así como de la entrega por el presidente de los resguardos individuales acreditativos de la participación social. A lo largo del litigio en la primera instancia se presentaron los resguardos diligenciados correspondientes a las aportaciones iniciales (según modelo normalizado publicitado por la Xunta de Galicia), considerando los demandantes que así se cumple parcialmente lo interesado en la demanda, en cuanto el Letrado de la Administración de Justicia puede expedir ahora testimonios de esos documentos para su entrega a los interesados, pero no en cuanto a las ampliaciones de capital. Por lo que es incorrecto el rechazo de la sentencia.

El motivo debe ser estimado parcialmente.



1º.- El artículo 8 del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación establece que las aportaciones de los socios que «estarán representadas por resguardos nominativos que, autorizados con las firmas del Presidente y del Secretario de la SAT». En consonancia con lo anterior, el artículo 2 de los estatutos de «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"» prevé la distribución del capital social en títulos nominativos, expedidos por el presidente y el secretario, y la llevanza de un libro registro de socios.

La prueba practicada acreditó que esos títulos nominativos, en cuanto al capital social inicial, sí fueron expedidos, aunque no llegaron a entregarse a los interesados. En nuestro sistema procesal, la litispendencia provoca la *«perpetuatio facti»* (perpetuación del hecho o estado de las cosas), la *«perpetuatio iurisdictionis»* (perpetuación de la jurisdicción), la *«perpetuatio legitimationis»* (perpetuación de la legitimación), la *«perpetuatio obiectus»* (perpetuación del objeto), la *«perpetuatio actionis»* (perpetuación de la acción), la *«perpetuatio valoris»* (perpetuación del valor) y la *«perpetuatio iuris»* (perpetuación del derecho), de tal forma que, como regla, la decisión del tribunal debe referirse a la situación de hecho y de derecho existente en el momento de interposición de la demanda, en el supuesto de que la misma fuese admitida [Ts. 4 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3554/2014, recurso 2505/2012), 18 de julio de 2013 (Roj: STS 4245/2013, recurso 1791/2010) y 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013, recurso 485/2012) y auto de 4 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3554/2014, recurso 2505/2012)]. El artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto prevé que *«No se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvencción, excepto si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvencción, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa»*. Supone que es la fecha de la presentación de la demanda, si esta es admitida, la que produce la litispendencia, conforme al artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el día que el Tribunal debe tener en cuenta para resolver sobre su contenido, estimatorio o desestimatorio, por razones de congruencia, atendiendo a la situación de hecho y derecho en que estaban las partes y las cosas objeto de ellos al presentarse la demanda, que es cuando se define la pretensión del actor, pese a las modificaciones posteriores respecto a las que existían al tiempo de presentarla [Ts. 9 de febrero de 2011 (Roj: STS 265/2011, recurso 594/2007)]. La posibilidad de tomar en consideración hechos posteriores a la presentación de la demanda sólo es posible cuando tienen un carácter complementario o interpretativo. A este requisito debe entenderse subordinada la aplicación del artículo 426.4 Ley de Enjuiciamiento Civil, pues prevalece la imposibilidad de alterar el objeto del proceso establecido en la demanda (412.2 Ley de Enjuiciamiento Civil), es decir, los hechos fundamentales que integran la pretensión [Ts. 9 de febrero de 2010 (Roj: STS 746/2010)]. Lo cierto es que al día de hoy siguen sin entregarse los títulos, por lo que la demanda debió de estimarse en este particular.

No es misión de los Letrados de la Administración de Justicia librar testimonios de documentos, ni el Juzgado es una especie de asesoría o gestoría como parecen querer los apelantes. Ni la judicialización de la SAT es el sistema de administración, ni puede pretenderse que el Juzgado guíe la administración social, o invente normas. Su función exclusivamente es aceptar o rechazar impugnaciones de acuerdos societarios. La administración ordinaria debe realizarse por órganos rectores societarios.

2º.- Pero debe rechazarse otra vez la ambigüedad en la que se mueve la parte apelante. Cuando le interesa ataca la gestión realizada, impugnando que la asesoría considerase que unas compraventas eran aportaciones a capital social. Y cuando no, pretende que se expidan unos títulos de ampliaciones de capital que no consta que sean tales. Previamente deberán adoptar el correspondiente acuerdo, precisando si son reales ampliaciones de capital o no, resolviendo las contradicciones que claramente expuso el perito don Celestino. Y una vez establecida la existencia de tales ampliaciones de capital, reforma de los estatutos sociales y registro, procederá en su caso la expedición de títulos.

DUODÉCIMO .- *La falta de información* .- Gran parte del recurso de apelación, al igual que en las conclusiones de primera instancia, se destina a la impugnación de las cuentas anuales, incluso trascendiendo al detalle de partidas y criterios concretos. Pero lo que se reitera, casi de soslayo, es la falta de información.

El motivo tendría que haber sido estimado.

Al haberse declarado la nulidad de lo acordado en las distintas asambleas generales, en cuando se consideró aprobado exclusivamente por el voto de calidad del presidente, y por lo tanto la aprobación de las cuentas de cinco ejercicios en bloque, el motivo ya no tiene un contenido con trascendencia jurídica práctica. No obstante, sí debe hacerse una pequeña referencia a que se infringió el derecho de información de los socios, en cuanto se les denegó el acceso a la documentación contable y a la propia contabilidad. Las declaraciones testificales, así como la seudopericial de don Esteban, dejaron a la vista el claro posicionamiento del "asesor", así como el oscurantismo en cuanto a la gestión económica, con una clara negativa a facilitar una mínima información



sobre la contabilidad de la SAT. Algo realmente anómalo por cuanto está compuesta por seis socios, por lo que no parece que ofrezca dificultad alguna facilitar una amplia información. A lo que debe añadirse que lo que sí se probó es que la contabilidad no es reflejo fiel de la situación económica de la empresa. Pudiera ser conveniente buscar asesoramiento externo para dilucidar el problema.

Como ya se dijo anteriormente, en lo que no procede entrar es en el análisis concreto de alguna o alguna partida de la contabilidad, su corrección o no, por cuanto esa impugnación concreta aparece reservada contradictoriamente desde la demanda.

Al establecerse la nulidad de los acuerdos adoptados, resulta superfluo el análisis de la nulidad del préstamo, y menos de oficio, como pretende la parte apelante.

DECIMOTERCIO .- *Costas* .- Al estimarse parcialmente la demanda no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia (artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y la estimación del recurso exonera de un especial pronunciamiento en cuanto a las generadas en la segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

DECIMOCUARTO .- *Depósito del recurso* .- Conforme a lo dispuesto en el ordinal octavo, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio , en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, al estimarse el recurso, deberá devolverse a la parte el depósito constituido, debiendo expedirse el correspondiente mandamiento de pago.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

Por lo expuesto, **la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña** , resuelve:

1º.- Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre de los demandantes **doña Lucía , don Alfonso , y doña Ofelia** , contra la sentencia dictada el 14 de enero de 2016 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros , en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 238-2013, al que se acumularon los autos de la misma clase tramitados ante el mismo Juzgado bajo el número 37-2014, y en el que son demandados «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"», don Eulogio , doña Amanda y don Gerardo .

2º.- Se revoca la sentencia apelada; y en su lugar, estimando en lo que se infiere la demanda presentada:

(a) Declarar y declaramos la nulidad de todos los acuerdos que se consideraron aprobados en las asambleas ordinarias y extraordinarias celebradas el 23 de junio de 2013, 15 de enero de 2014 y 24 de octubre de 2014.

(b) Debemos declarar y declaramos que la Sociedad Agraria de Transformación deberá dar debido cumplimiento a los acuerdos adoptados por la Junta Rectora el 10 de septiembre de 2009 en cuanto a que el importe de la Seguridad Social de los socios que estuviesen trabajando en la sociedad agraria sería pagado por la SAT, así como que las ayudas de la PAC serían distribuidas entre ellos a razón del importe que habían recibido de media en las dos anualidad anteriores.

(c) Debemos declarar y declaramos que la Sociedad Agraria de Transformación está obligada a entregar a los socios los resguardos individuales nominativos, autorizados con las firmas del Presidente y del Secretario, acreditativos de la participación social de cada uno.

(d) Condenamos a los demandados a estar y pasar por las precedentes declaraciones, así como que «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"» proceda a dar debido cumplimiento a lo acordado por la Junta Rectora el 10 de septiembre de 2009, y a expedir los resguardos individuales.

(e) Todo ello sin expresa imposición de las costas de primera instancia.

3º.- No se imponen las costas ocasionadas por el recurso de apelación.

4º.- La estimación del recurso conlleva la devolución del depósito constituido para apelar. Procédase por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de instancia a expedir mandamiento de devolución a favor del procurador que representa a la parte apelante por el importe del depósito constituido.

5º.- Notifíquese esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la cuantía, superando esta 3.000 euros y no excediendo de 600.000 euros, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para



su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibile la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal sin presentar al mismo tiempo recurso de casación. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011, y los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Santander, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0178 16 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0178 16 para el recurso extraordinario por infracción procesal.

6º.- Firme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros, con devolución de los autos.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael Jesús Fernández Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-



Roj: **SAP OU 402/2016 - ECLI: ES:APOU:2016:402**

Id Cendoj: **32054370012016100212**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2016**

Nº de Recurso: **341/2015**

Nº de Resolución: **219/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00219/2016

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas Dña. Ángela Domínguez Viguera Fernández, Presidente, Dña. Josefa Otero Seivane y Dña. María José González Movilla, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

S E N T E N C I A NÚM. 219/2016

En la ciudad de Ourense a diez de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de juicio ordinario 648/14 procedentes del Juzgado de Primera Instancia 4 de Ourense, Rollo de Apelación núm. 341/15, entre partes, como apelantes, D. Jose Ignacio y D. Anton , representados por el procurador D. José Antonio Roma Pérez, bajo la dirección del letrado D. Juan Augusto Rego González, y, como apelada, la entidad mercantil Montelnor Sociedad **Cooperativa** Limitada, representada por el procurador D. Bautista Baltar Cid, bajo la dirección del abogado D. Ricardo Rúa Prieto.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Ángela Domínguez Viguera Fernández.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia 4 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 30 de abril de 2015 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que estimando la demanda formulada por D. José Antonio Roma Pérez, en nombre y representación de D. Jose Ignacio y D. Anton debo condenar y condeno a Montelnor, Sociedad **Cooperativa** Limitada a reintegrar a D. Jose Ignacio la cantidad de 2.253,79 euros por el concepto de aportación efectuada como socio, más los intereses devengados desde la fecha de su baja, y a D. Anton la cantidad de 2.253,79 euros por el concepto de aportación efectuada como socio, más los intereses devengados desde la fecha de su baja.- Sin expresa condena en costas "

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de D. Jose Ignacio y D. Anton recurso de apelación en ambos efectos habiendo formulado oposición al mismo la representación procesal de la entidad mercantil Montelnor Sociedad **Cooperativa** Limitada, y seguido el indicado recurso de apelación por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para su resolución.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en tanto no contradiga lo expuesto a continuación.



II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Los actores apelantes solicitaban en su demanda el reembolso cooperativo de las aportaciones sociales realizadas, en su día, al haber causado baja justificada durante los años 2008 y 2009, respectivamente, aportaciones que, según alegan, deberían estar actualizadas según el resultado del último balance económico correspondiente a la anualidad en que se produjo la baja, incrementada la cantidad resultante conforme a los intereses legales correspondientes. La pretensión resultó parcialmente estimada en la instancia, accediendo la resolución apelada al reembolso de la aportación efectuada por los demandantes, con sus correspondientes intereses legales desde la fecha en que produjo la baja, sin dar lugar a la actualización pretendida por estimarla contraria a los estatutos sociales rectores de la **cooperativa**.

La resolución apelada debe ser confirmada, por ajustarse a lo dispuesto en el art. 52 de los estatutos, que regula el reembolso de las aportaciones al capital social que hiciese el socio trabajador en caso de baja, pues, si bien conforme al apartado segundo de dicho precepto estatutario, "la liquidación de estas aportaciones se hará según el balance de cierre del ejercicio en el que se produzca la baja", el apartado seis del mismo artículo, es concluyente, al establecer que, "las cantidades pendientes de reembolso **no** serán susceptibles de actualización, pero darán derecho a percibir el interés legal del dinero, incrementado a partir del segundo año en dos puntos cada año acumulativamente", que es precisamente el derecho reconocido en la sentencia apelada, en función del plazo transcurrido, hasta el reembolso efectivo de las aportaciones sociales.

Segundo.- Resultando improcedente la actualización interesada conforme a los estatutos rectores, no se aprecia error jurídico en la interpretación de dicho precepto estatutario, ni error en la valoración de la prueba, puesto que el único informe contable obrante en los autos sobre el importe procedente de las aportaciones, fue el emitido por D. Nazario , a instancia de la parte demandada, luego ratificado en el acto de juicio, del que resulta, que los demandantes, según lo interesado en el pedimento segundo del "petitum" de la demanda, lo que en realidad pretenden es beneficiarse de las aportaciones realizadas por otros cooperativistas que también habían causado baja, hallándose aplazado el pago efectivo de tales aportaciones, según autorizaban los estatutos. A ello responde la anotación contable (de 18.192,29 euros) contenida en la partida de pasivo por concepto de "acreedores socios aportaciones a devolver (remuneraciones pendientes de pago)". Cantidad que, según informó dicho responsable financiero, se correspondía con el total que se le debía reembolsar a todos los socios que habían causado baja y que no corresponde percibir a un solo trabajador sino a todos los que estaban pendientes de recibir el reembolso de sus aportaciones.

En definitiva, los demandantes no probaron que conforme al balance económico del cierre del ejercicio le correspondiese una aportación mayor que la concedida en la sentencia que se recurre, no habiendo aportado prueba alguna sobre la procedencia de tal derecho que ejercitan, pese a tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión, cuya carga probatoria le incumbía conforme a lo dispuesto en el artículo 217 LEC . De modo que la sentencia apelada debe ser íntegramente confirmada con la consiguiente desestimación del recurso de apelación interpuesto.

Tercero.- Dada la íntegra desestimación del recurso de apelación formulado, las costas de la alzada se imponen a la parte apelante.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Jose Ignacio contra la sentencia, de fecha 30 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia 4 de Ourense en autos de juicio ordinario 648/14 -rollo de Sala 341/15-, cuya resolución se confirma, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso** , recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Roj: **STSJ GAL 3777/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:3777**

Id Cendoj: **15030330022016100300**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **26/05/2016**

Nº de Recurso: **4142/2016**

Nº de Resolución: **344/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE ANTONIO MENDEZ BARRERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00344/2016

Recurso de Apelación Nº 4142/2016

EN NO MBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA - PTE.

D. JOSÉ MARÍA ARROJO MARTÍNEZ

D.ª. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ

En la ciudad de A Coruña, a veintiséis de mayo de dos mil dieciséis.

En el recurso de apelación que con el Nº 4142/2016 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por el **Ayuntamiento de Monforte de Lemos**, representado por **D.ª Oliva Acuña Santamaría** y dirigido por **D. Carlos Hernández López**; por **"Lemos, Sociedad Cooperativa Gallega"**, representada y dirigida por **D. Antonio Casas San José**, y por **D. Plácido**, representado por **D.ª Ana María Fernández Santos** y dirigido por **D. Javier Calvo Salve**, contra la sentencia dictada en el Procedimiento Ordinario Nº 142/2012 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 1 de Lugo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 1 de Lugo se dictó con fecha 24-6-2015 sentencia en el Procedimiento Ordinario Nº 142/2012 con la siguiente parte dispositiva: "**FALLO** Que debo **ESTIMAR y ESTIMO parcialmente** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora D.ª Ana María Fernández Santos, en nombre y representación de **D. Plácido**, contra el acuerdo de la Xunta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Monforte de Lemos de fecha 16-2-2012, mediante el cual se reconoció a la Entidad Sociedad **Cooperativa** Lemos, de acuerdo con la disposición transitoria decimoprimeras de la LOUGA, en su redacción operada por la Ley 2/2010, de 25 de marzo, que puede mantener su actividad aunque no tenga licencia de edificación o de actividad una vez acreditada la existencia con anterioridad al 1-1-2003 y el abono del ICIO en el único sentido de que la actividad recurrente puede mantener su actividad en la zona de las Gándaras excepto la correspondiente al taller mecánico, sin hacer expresa condena en costas."



SEGUNDO : Por el Ayuntamiento de Monforte de Lemos, por la entidad codemandada y por el actor se interpusieron sendos recursos de apelación contra dicha sentencia, en los que solicitó que se dictase por esta Sala otra que revocase parcialmente la de primera instancia, en el caso de las dos primeras partes desestimado totalmente el recurso contencioso- administrativo, y en el del actor estimándolo en su integridad.

TERCERO : Los recursos fueron admitidos a trámite y se dio traslado de ellos a las partes contrarias, que presentaron escritos de oposición.

CUARTO : Recibidos los autos en esta Sala, se personaron ante ella el Ayuntamiento (Procuradora Sra. Acuña Santamaría), la entidad codemandada (Procurador Sr. López Valcárcel) y el actor (Procurador Sr. Moreda Allegue). Por providencia de 6-5-16 se señaló para votación y fallo el 19-5-16.

QUINTO : En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Es Ponente el Magistrado Sr. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en todo aquello en lo que no discrepen de los de la presente.

SEGUNDO : De los recursos de apelación el primero que tiene que ser examinado es el interpuesto por el demandante, pues su acogimiento determinaría la plena estimación de las pretensiones de la demanda. Se sostiene por el actor que la única actividad cuya existencia está acreditada antes del 1-1-2003 se limita a la fábrica y almacén de piensos, semillas y productos fitosanitarios, por lo que el reconocimiento no se puede extender a la de oficinas, salón de actos, almacén de productos fitosanitarios, solados, instalaciones de saneamiento y zona de estabulación de ganado; y que, en cualquier caso, unas oficinas y un salón de actos no pueden ser considerados como instalaciones de apoyo a la actividad agropecuaria. La primera de dichas alegaciones no puede ser aceptada, puesto que en la parte final del tercer fundamento de derecho de la sentencia apelada se refieren los elementos de prueba que obran en el expediente y en los autos que acreditan la existencia de la actividad y de las construcciones en las que se desarrollaba, de los que destacan, por su objetividad, las fotografías aéreas. Es cierto que hacia el noroeste de la finca de la codemandada existen dos zonas que en las fotografías más antiguas aparecen sin pavimentar, y en cambio pavimentadas en las más modernas, pero dada su entidad se encuentran comprendidas en aquellas a las que se refiere el apartado 2 de la Disposición transitoria decimoprimeras de la Ley 9/2002, en la redacción que le dio la Ley 2/2010. Tampoco puede aceptarse que, en una **cooperativa** que cuenta con numerosas personas asociadas, las actividades que se desarrollan en unas oficinas o en un salón de actos o reuniones no sean de apoyo a la actividad agropecuaria, pues las primeras son imprescindibles para el funcionamiento de la **cooperativa** y las segundas muy útiles para llevar a cabo las reuniones que periódicamente tienen que realizar los cooperativistas. Por ello el recurso de apelación del demandante no puede ser estimado.

TERCERO : El Ayuntamiento de Monforte de Lemos y la **cooperativa** codemandada impugnan el pronunciamiento de la sentencia del Juzgado que viene anular el acuerdo municipal impugnado en cuanto incluye el taller para reparación de vehículos, decisión que se basa en que tal instalación no reúne los requisitos necesarios para que pueda aplicársele la referida Disposición transitoria. Consideran ambas partes apelantes que la reparación de vehículos y maquinaria agrícola es claramente una actividad de apoyo a la actividad agropecuaria, pues esta se desarrolla hoy en día necesariamente con la utilización de esos elementos, y por lo tanto su mantenimiento y reparación tienen que ser considerados del mismo modo que su utilización. Estos argumentos se comparten, pero en su escrito de oposición a los recursos de apelación del Ayuntamiento y de la codemandada alega el actor que ya se produjo un pronunciamiento judicial que calificó de industrial la actividad del taller; que la mencionada Disposición transitoria tiene que interpretarse de forma restrictiva, y que no pueden reactivarse o reanudarse actividades clausuradas. La primera de dichas alegaciones no puede ser acogida, pues el hecho de que la actividad de reparación de vehículos y maquinaria agrícola sea, considerada en sí misma, industrial, no impide que sea de apoyo a la actividad agropecuaria, que es a lo que se refiere la Disposición transitoria tras su reforma por la Ley 2/2010, mientras que antes se refería a las actividades agropecuarias en sentido estricto. Por lo antes dicho, considerar la actividad de reparación de vehículos y maquinaria agrícola como de apoyo a la actividad agropecuaria no supone ninguna interpretación extensiva de la indicada Disposición transitoria. Y por lo que respecta a la reanudación de una actividad clausurada, la solicitud de aplicación de lo dispuesto en la citada disposición tras su reforma por la Ley 2/2010 se formuló el 9-3-2010 (folio 20 del expediente administrativo), y por lo tanto cuando la actividad de taller se estaba llevando a cabo, y es en ese momento de la solicitud en el que tenían que concurrir las circunstancias a las que se refiere la referida norma. Por ello tampoco estas otras alegaciones del demandante pueden ser aceptadas, por lo que



tiene que ser estimado el recurso de apelación del Ayuntamiento y de la codemandada, con la consiguiente revocación parcial de la sentencia apelada y la desestimación total del recurso contencioso-administrativo.

CUARTO : No procede hacer imposición de las costas de los recursos de apelación interpuestos por el Ayuntamiento y por la codemandada al ser estimados. Tampoco de las del recurso de apelación del demandante, pese a ser desestimado, ya que se introducen matizaciones en los razonamientos de la sentencia apelada. Y tampoco de las causadas en primera instancia, aunque se desestime por entero el recurso contencioso-administrativo, porque la complejidad de los hechos litigiosos, y su prolongado desarrollo en el tiempo, introducen dudas que, de acuerdo con la previsión legal, autorizan este pronunciamiento (artículo 139.1 y 2 de la Ley jurisdiccional).

VISTOS los preceptos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS :

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Plácido contra la sentencia dictada con fecha 24-6-2015 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 1 de Lugo en el Procedimiento Ordinario N º 142/2012. Estimamos los recursos de apelación interpuestos contra dicha sentencia por el Ayuntamiento de Monforte de Lemos y por "Lemos, Sociedad **Cooperativa** Gallega" y la revocamos en parte, por lo que desestimamos en su totalidad el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento de Monforte de Lemos de fecha 16-2-2012 referido en el primer antecedente de hecho de la presente sentencia. No se hace imposición de costas en ninguna de las instancias.

Contra esta sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Magistrado Ponente D. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA al estar celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, lo que yo, Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



Roj: **STSJ GAL 2729/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:2729**

Id Cendoj: **15030340012016101769**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **21/04/2016**

Nº de Recurso: **3111/2015**

Nº de Resolución: **2313/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939 **Fax:** 881881133 /981184853

NIG: 27028 44 4 2014 0001736 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003111 /2015 PM

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000569 /2014

Sobre: DESEMPLEO

RECURRENTE/S D/ña Everardo

ABOGADO/A: JESUS ANTONIO AMARELO FERNANDEZ

PROCURADOR: MARIA IRENE CABRERA RODRIGUEZ

RECURRIDO/S D/ña: SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL

ABOGADO/A: SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL

Ilmo. Sr. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE DE LA SALA

ILMO/AS. SR/AS.

JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a veintiuno de Abril de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPLICACION 3111/2015, formalizado por Everardo , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de LUGO en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 569/2014, seguidos a instancia de Everardo



frente a SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª LUIS F. DE CASTRO MEJUTO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Everardo presentó demanda contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha dieciocho de Mayo de dos mil quince.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- El demandante D. Everardo, mayor de edad y con DNI nº NUM000, fue trabajador de D. Jose María, con DNI nº NUM001, titular de la empresa ANTONIO PEREIRA CASTRO, antes ANTONIO PEREIRA, S.L., dedicada a la venta de repuestos y accesorios de vehículos a motor, desde el 3 de enero de 2011 hasta el 30 de abril de 2013, fecha en la que causa baja por jubilación del empresario; si bien el empresario había causado baja en el RETA el 30 de junio de 2001, pasando a ser pensionista desde el 1 de julio de 2001. **SEGUNDO.-** El demandante solicitó ante el SPEE prestación contributiva, que le es concedida, pasando a situación legal de desempleo el día 2 de mayo de 2013. Posteriormente, el 23 de mayo de 2013, solicitó el abono de dicha prestación en modalidad de pago único, para establecerse como trabajador autónomo para el desarrollo de la actividad de venta de recambios del automóvil, que le fue concedida por el SPEE. **TERCERO.-** El actor se dio de alta como trabajador autónomo, en el impuesto de actividades económicas como "com.men.accesorios y recambios de vehículos- el día 2 de mayo de 2013. Dicha actividad se realiza en el mismo local que había desarrollado su actividad su padre, 1 sito en la calle José María Chao, 3. Bajo, Villalba. **CUARTO.-** La Inspección de Trabajo y Seguridad Social inició un procedimiento sancionador, por entender que la conducta del actor hacía presumir una conducta para crear las condiciones legales necesarias para acceder al pago único de la prestación por desempleo. Sobre esta base, el SPEE dicta resolución de data 30 de diciembre de 2013, por la que le imponía como sanción la revocación de dicha prestación. Interpuesta reclamación previa el 20 de febrero de 2014, la misma fue desestimada por resolución de fecha 18 de marzo de 2014. **QUINTO.-** D. Jose María, padre del actor, se dedicaba a la venta de vehículos, tal como consta en el impuesto de actividades económicas, sin embargo en los Libros de Visitas de la Inspección de Trabajo, en el apartado actividad se hace constar "venta de recambios VH motor", y en el contrato del actor se hace constar que la actividad económica realizada por la empresa de su padre era venta de repuestos y accesorios VH. Motor. En dicha empresa prestó sus servicios el demandante desde el 3 de enero de 2011 hasta el 30 de abril de 2013, fecha en la que causa baja por jubilación del empresario.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por D. Everardo, contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, absuelvo al demandado de las pretensiones contenidas en las mismas.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre el actor la desestimación de su demanda, instando -por el cauce del artículo 193.b) LJS- la modificación del relato histórico, y denunciando -por la vía artículo 193.c) LJS- la infracción por aplicación indebida de los artículos 203, 207, 208 LGSS, 23 Ley 31/84, 1 y 3 RD 1044/85 y 6.4 Código Civil.

SEGUNDO.- No acogemos la modificación, porque la Magistrada de Instancia ya rechazó la verosimilitud de los documentos, al no constar los ingresos efectivos y sólo facturas emitidas; pudiendo traerse a colación la doctrina que indica que éste es un proceso extraordinario y en supuestos de afirmada -por la decisión recurrida- distorsión entre la verdad material y la formal, no puede invocarse como prueba desvirtuadora de la afirmación o creencia judicial -o en su caso del fraude- la constituida por los documentos cuya desconexión con la realidad acreditada se declara -explícita o implícitamente- la Sentencia de Instancia. Tales documentos tan sólo resultan acreditativos del aspecto formal de la cuestión, constituyendo -justamente por ello- el presupuesto de la discordancia declarada probada, sin que -por lo mismo- puedan en forma alguna ser considerados como demostrativos de que no existe la realidad contraria -o fraudulenta, en su caso- que tiene por acreditada el Magistrado (por todas, SSTSJ Galicia 28/01/16 R. 4577/15, 14/10/15 R. 3403/15, 03/07/15 R. 1557/15, 03/12/14 R. 3621/14, 17/09/14 R. 2375/14, etc.).



TERCERO.- 1.- Ya en el campo jurídico y para resolver la cuestión objeto de debate, seguiremos lo que hemos expresado en nuestra STSJG 15/03/16 R. 1537/15, donde advertíamos que el punto de partida es el artículo 228.3 LGSS, LA DT Cuarta Ley 45/2002 y el RD 1044/85, de 19 de junio, que prevén y regulan la capitalización de la prestación por desempleo, esto es, su abono en la llamada modalidad de pago único, en virtud de la cual, es posible que la prestación contributiva de desempleo se perciba acumulada y por una sola vez, cuando el beneficiario de la prestación pretenda cualquiera de los proyectos consignados en las disposiciones legales antedichas: - incorporarse de forma estable y a tiempo completo, como socios trabajadores o de trabajo, en **cooperativas** o sociedades laborales en las que previamente no hubieran cesado; - constituir tales **cooperativas** o sociedades laborales; - constituirse como trabajadores autónomos y se trate de personas con minusvalía igual o superior al 33 por 100; o - constituirse como trabajadores autónomos sin ser personas con minusvalía, en condiciones diferentes.

Para tener acceso a la modalidad de pago único se precisa, además de ser titular de la prestación de desempleo y perseguir cualquiera de los objetivos de autoempleo antes vistos, se den cumplimiento a las siguientes premisas: a) haber cesado en el trabajo con carácter definitivo; b) no haber hecho uso de la capitalización en los 4 años inmediatamente anteriores; c) tener pendiente de percibir la totalidad o parte de las mensualidades del derecho, siempre que el número de éstas sea como mínimo de 3; d) iniciar, en el plazo máximo de un mes la actividad laboral para la que se solicita el pago único, dándose de alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social o acreditar que se está en fase de iniciación; e) y por último, afectar la actividad a la suma capitalizada, o aquélla que se comprometió a afectar. Se ha de presentar asimismo la solicitud ante el SPEE antes de la incorporación a la **cooperativa** o sociedad laboral, o previamente a su constitución, acompañando la documentación preceptiva.

2.- En el supuesto aquí examinado, el SPEE dictó resolución revocando el reconocimiento de la prestación por desempleo, el pago único y declaró indebida la percepción de las prestaciones ya devengadas con base en informe de la ITSS al que se alude en el hecho probado cuarto de la sentencia recurrida. En definitiva, expresa el Inspector actuante que concurre un supuesto de sucesión empresarial, al tratarse de una continuación en la misma actividad que venía desarrollando el padre del beneficiario, quien -además- trabajaba para él, siendo el local y la actividad la misma -ordinal quinto-. Y, de hecho, en supuestos similares al aquí enjuiciado, en los que se trataba de trabajadores que habían visto extinguido su contrato de trabajo y pretendían continuar con la misma actividad, esta Sala ya se pronunció en el sentido de considerar que la obtención de las prestaciones de desempleo en la modalidad de pago único era fraudulenta, así (STSJG 12/03/10 R. 4189/2006) se establece que «la existencia de un fraude de ley no se presume, sino que hay que probarlo por quien lo alega, en este caso por el INEM, pero tal prueba no necesita ser plena, absoluta, sino que puede deducirse de ciertos comportamientos que deben de ser analizados en cada litigio, para así llegar a una solución razonable...». Y analizadas las circunstancias concurrentes concluye que «lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión, a la vista del relato fáctico de que no existe en el caso que nos ocupa, una situación real de desempleo que conllevara a un posterior autoempleo, cuya finalidad pretende la modalidad de pago único de conformidad con el RD 1044/85, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actuarial de su importe como medida de fomento de empleo en el sentido de promover el autoempleo de quien ha perdido su puesto de trabajo para hacer frente a los gastos que conlleva el establecer una nueva empresa, esto es, para la iniciación o puesta en marcha de la actividad prevista, sino que lo que se pretende es la obtención de unas prestaciones en concepto de pago único cuya finalidad es invertir las en un negocio ya existente, mismo objeto social e idéntica actividad en la que lo único que se llevó a cabo fue el cambio de la forma societaria, la distribución de participaciones y la administración, y cuyos socios son además del actor, su hermano, su esposa y padre, y cuya actividad se desarrolla con los mismos medios, lo que constituye un fraude de ley dirigido a obtener unas prestaciones por desempleo en su modalidad de pago único, rechazando la sala la argumentación contenida en el recurso siendo de destacar como ya ha resuelto esta Sala en sentencia entre otras de 28-6-2001, 20-9-2005 y 29-9-2008, siguiendo reiterada jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que "la apreciación del fraude de ley corresponde, de modo primordial, al Juzgador de instancia, dada la inmediación que caracteriza a la fase procesal en que actúa y como consecuencia, ser el órgano jurisdiccional que, además de ostentar la facultad que, a la vez, implica un deber, de evaluar todos los elementos de convicción, mejor puede detectar la apariencia de legalidad bajo la cual puede ocultarse la intención de quien pretende valerse de aquélla con una finalidad contraria a la propia normativa de la que se ha hecho uso, o excluir la voluntad ilícita al respecto, debiendo, en consecuencia, ser mantenida por la Sala, en trámite de suplicación, la conclusión sentada por el Juez 'a quo', habida cuenta del carácter extraordinario de dicha impugnación que, como es sabido, no constituye una segunda instancia de no resultar contraria al criterio humano o desvirtuados los hechos que sirven de soporte a dicha convicción...».

CUARTO.- 1.- Además, la existencia de fraude de ley (para todas, SSTSJ Galicia 14/10/15 R. 140/14, 20/07/15 R. 4257/14, 14/05/15 R. 296/13, 09/03/15 R. 3691/13, etc.) -como la del abuso de derecho- no puede



presumirse, y sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados (SSTS 25/05/00 Ar. 4800). Pese a ello, es inducible vía presunciones (SSTS 04/02/99 -rcud 896/98-, en Jubilación; 24/02/03 -rcud 4369/01-, para desempleo; 21/06/04 -rcud 3143/03-; 14/05/08 -rcud 884/07-; y 06/11/08 -rcud 4255/07-) y su elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma, lo que, por otra parte, dificulta la existencia de unificación de doctrina (SSTS 11/10/91 Ar. 8659; y 05/12/91 Ar. 9041). Porque la expresión «no presunción del fraude ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario [al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida a estos efectos], pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones [la " *praesumptio hominis*" del art. 1253 del Código Civil cuando entre los hechos demostrados [...] y el que se trata de deducir [...] hay "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano"» (SSTS 29/03/93 -rec. 795/92-; 24/02/03 -rcud 4369/01-; 30/03/06 -rcud 53/05-, en *obiter dicta*; 14/05/08 -rcud 884/07 -; y 12/05/09 -rcud 2497/08-).

Pero es que, además, en la concepción de nuestro derecho, el fraude de Ley es algo integrado por un *elemento subjetivo o de intención*. Para que pueda hablarse de fraude, es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento. Lo que no equivale a desconocer que, en la doctrina científica, hay posiciones que se inclinan por una configuración del fenómeno fraudulento como un resultado «objetivo», que queda al margen de las intenciones o el propósito del autor (STS 06/02/03 -rcud 1207/02-, para desempleo; 31/05/07 -rcud 401/06-, en contrato de aprendizaje; y 12/05/09 -rcud 2497/08-, en jubilación contributiva). Por lo tanto, el *fraude de ley*, que define el artículo 6.4 CC, es una *conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma*, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial [SSTS 16/01/96 - rcud 2655/01-] (SSTSJ Galicia 06/10/09 R. 4452/06, 29/09/09 R. 3381/06, 15/05/09 R. 2436/06, 27/10/08 R. 5219/05, 04/06/08 R. 3043/05, etc.).

2.- No obstante, aunque el fraude de ley no se presume y debe ser probado por la parte que lo alega, esto no significa que tenga que justificarse la intencionalidad fraudulenta de los negociadores de este convenio, sino que es suficiente con que los datos objetivos que constan en el mismo revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (SSTS 19/06/95 -rco 2371/94-; y 31/05/07 -rcud 401/06-). Porque en la entraña y en la propia naturaleza del fraude de ley está la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían (STS 05/12/91 -rec. 626/91-).

Si la intención del agente es algo consustancial al fraude, parece lógico entender que aquélla habrá de ser objeto de la correspondiente prueba, cuya práctica es la que genera en el Magistrado de instancia, o en el de Suplicación por la vía revisoria, la convicción de que el dato o elemento en cuestión existe o no existe, por lo que en este terreno poco es lo que compete a un tribunal de casación (SSTS 06/02/03 -rcud 1207/02-, para desempleo; y 31/05/07 -rcud 401/06-, para contrato de aprendizaje).

QUINTO.- Pues bien aplicando el criterio contenido en las sentencias anteriormente citadas al supuesto de autos, consta que el actor era trabajador por cuenta de la empresa originaria de 03/01/11 a 30/04/13; en esta fecha causa baja por jubilación del empresario, que era su padre; dicho empresario ya había sido baja en el RETA el 30/06/01 y cobraba la pensión de jubilación desde Julio/2001; en el mismo Mayo/2013 el recurrente se da de alta en el RETA para la explotación del mismo negocio en el mismo local. Todo lo cual integra un fraude para el cobro de la prestación en pago único y, en consecuencia,

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso interpuesto por Don Everardo , confirmamos la sentencia que con fecha 18/05/15 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Lugo, y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:



- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.



Roj: **SJM PO 1382/2016 - ECLI: ES:JMPO:2016:1382**

Id Cendoj: **36057470032016100108**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Vigo**

Sección: **3**

Fecha: **14/04/2016**

Nº de Recurso: **89/2015**

Nº de Resolución: **115/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **SERGIO BURGUILLO POZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

XDO. DO MERCANTIL N. 3

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00115/2016

ORDINARIO 89/15

SENTENCIA

En Vigo, a catorce de abril de dos mil dieciséis.

Sergio Burguillo Pozo, Magistrado Juez del juzgado mercantil nº3 de Pontevedra, habiendo visto los autos registrados con el número 89/15 instados por el procurador Sr. Soaje Renard en la representación acreditada de DON Baltasar , asistido por letrado, frente a MONTE ALBA SOCIEDAD **COOPERATIVA** GALLEGA, representada por la Procuradora Sra. González Martínez y asistida por letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - Por el Procurador Sr. Soaje Renard se interpuso con fecha diez de marzo de dos mil quince demanda de juicio ordinario contra el demandado arriba circunstanciado en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia en la que se establezca que MONTE ALBA ha cumplido su objeto social. Que se condene a MONTE ALBA a entregar al actor el estado de cuentas económico del demandante en el momento de su baja de la **cooperativa** indicando, si es el caso, si procede la devolución. Que se condene a MONTE ALBA a reintegrar al actor la cantidad de 22.620,97 euros como consecuencia del préstamo realizado en su día, y subsidiariamente para el caso de que se entienda que no es un préstamo sino aportaciones financieras, se condene a la devolución de la cantidad de 20.811,29 euros por haber transcurrido un año desde la baja del demandante junto con los intereses legales correspondientes desde la entrega de las mismas. Todo ello en base a los siguientes y resumidos hechos: que el actor formaba parte de la entidad demandada desde el año 2002, siendo socio nº 85. Que la parte demandante entiende que el objeto social se ha cumplido con la construcción y adjudicación de las viviendas habituales a los socios. En fecha veintiocho de octubre de dos mil trece, y un preaviso de tres meses, el actor solicitó causar baja la cual tuvo plenos efectos en fecha veintiocho de enero de dos mil catorce; que la sociedad **cooperativa** no ha comunicado a partir de ese momento documentación al demandante. Que el actor procedió a prestar a MONTE ALBA en fecha dos mil siete la cantidad total de 29.457,62 euros

SEGUNDO - Se emplazó al demandado para comparecer y contestar, habiendo comparecido la demandada oponiéndose y solicitando la desestimación de la demanda con expresa condena en costas, y ello en base a los siguientes hechos que se exponen: Que el actor efectivamente se dio de baja de la **cooperativa** alegando el cumplimiento del objeto social de la **cooperativa** y la adopción de acuerdos por la asamblea general que impliquen obligaciones o cargas gravemente onerosas no contempladas estatutariamente, si la persona socia salvase expresamente su voto, entendiéndose la demandada que estas no se dan tales circunstancias que habiliten a una baja justificada, partiendo de la idea de la voluntariedad y admisibilidad de la baja. Que la



cooperativa no ha cumplido su objeto social y ello porque no se ha producido la entrega a los socios de la totalidad de los elementos que componen la edificación. Que con respecto a las alegaciones efectuadas de contrario en cuanto al estado de cuentas solicitado en todo momento se habría contestado por parte de la **cooperativa**. En relación con las aportaciones económicas y el estado de cuentas habrá de estarse al ejercicio de 2014 para restar las pérdidas imputadas al socio, en la actualidad las cuentas anuales de 2014, no disponiendo la parte actora en la actualidad de los datos que se solicitan. Además el actor suscribió en fecha veintisiete de marzo de dos mil ocho documento de compromiso de espera para recuperar los importes cuyo derecho de reembolso le correspondiese en su caso una vez se produjese la venta de los elementos no vinculados que quedasen pendientes.

TERCERO - Se convocó a las partes para el acto de la audiencia previa que fue celebrado con fecha cuatro de noviembre de dos mil quince y señalándose para juicio el día trece de abril de dos mil dieciséis, y practicándose la prueba propuesta y admitida con el resultado que obra en autos, quedaron los autos pendientes de sentencia.

En el presente juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - La sentencia AP de Pontevedra, Civil sección 1 del 19 de enero de 2016, establece lo siguiente " Esta Sala tiene reiteradamente declarado (por todas, la reciente sentencia de 3 de noviembre de 2015 -ponente Sr. Pérez Benítez-) que las **cooperativas**, como entidades de capital variable, presentan la naturaleza de sociedades abiertas, de "libre entrada y salida", lo que implica que el socio pueda, en principio, darse de baja libremente o a su voluntad ... El art. 19.1 de la Ley 5/1998, de **Cooperativas** de Galicia, reformada por la ley 14/2011, dispone que, para ingresar en calidad de socio en una **cooperativa**, el solicitante deberá cumplir los requisitos legales y estatutarios para adquirir dicha condición, sin que estos últimos puedan quedar vinculados a motivos ilícitos o inconstitucionales ... El principio de libre salida se regula en el art. 20.1 de la Ley de **Cooperativas** de Galicia ("La persona socia podrá darse de baja voluntariamente en la **cooperativa** en cualquier momento, mediante preaviso por escrito al órgano de administración. El plazo de preaviso, que fijarán los estatutos, no podrá ser superior a un año.") y en el art. 11 de los estatutos de la **cooperativa** demandada. La modificación introducida en la primera por la Ley 14/2011 limita al plazo de un año el preaviso, y el art. 11 lo fija en el inferior de tres meses ... El art. 20.3 LCG prevé que la baja voluntaria del socio puede ser justificada o injustificada, calificación que produce consecuencias jurídicas diversas. Se consideran justificadas las bajas que tengan su origen en la adopción de acuerdos por la asamblea general que impliquen obligaciones o cargas gravemente onerosas, no contempladas estatutariamente, si la persona socia hubiera salvado expresamente su voto o, estando ausente, manifestase su disconformidad por escrito dirigido al órgano de administración de la **cooperativa** (letra "a") así como en todos los demás supuestos previstos en la ley o en los estatutos (letra "b") ... Tanto la baja obligatoria como la baja voluntaria pueden ser justificadas o no justificadas ("injustificadas", en los términos empleados por el consejo rector). El primer caso, que opera con carácter general, se dará cuando concurra alguna de las causas contempladas en el art. 20.3 LCG (baja voluntaria) o el consejo - con la excepción de la mencionada baja automática-, aprecie la pérdida de la condición de socio (baja obligatoria). Sin embargo, la baja voluntaria se entenderá injustificada cuando no venga amparada por alguna de las causas previstas en el art. 20.3 LCG o se haya incumplido el plazo de preaviso (salvo que el órgano de administración, en base a las circunstancias que concurran, la aprecie como justificada -art. 20.1 LCG-) o el compromiso de permanencia (art. 20.2 LCG), mientras la baja obligatoria se considerará no justificada cuando la pérdida de los requisitos para adquirir la condición de persona socia respondiese a un deliberado propósito de esta de eludir obligaciones ante la **cooperativa** o beneficiarse indebidamente con su baja obligatoria".

SEGUNDO - Nos referimos a continuación a las diferentes pretensiones de la parte demandante. En primer lugar se refiere a que se declare que MONTE ALBA SOCIEDAD **COOPERATIVA** ha cumplido su objeto social.

A este respecto el artículo 4 de los Estatutos de dicha **cooperativa** establece "constituye el objeto social de esta sociedad **cooperativa** procurar a sus socios para sí y sus familiares viviendas y/o locales. Así como edificaciones e instalaciones complementarias para el uso de viviendas y locales de los socios, mediante el desarrollo de cuantas actividades sean necesarias para lograr dichos fines pudiendo ceder la propiedad de aquellos elementos a los socios mediante cualquier título admitido en derecho ..."

El artículo 1 de la ley de sociedades **cooperativas** de Galicia dispone que "1. La **cooperativa** es una sociedad de capital variable que, con estructura y gestión democráticas, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, desarrolla una empresa de propiedad conjunta, a través del ejercicio de actividades socioeconómicas, para prestar servicios y satisfacer necesidades y aspiraciones de sus socios, y en interés por la comunidad, mediante la participación activa de los mismos, distribuyendo los resultados en función de la actividad cooperativizada. 2.-La gestión y el gobierno de la sociedad **cooperativa** corresponden exclusivamente a ésta y



a sus socios. 3.-Cualquier actividad económico-social podrá desarrollarse mediante una sociedad constituida al amparo de la presente ley. 4.-La sociedad **cooperativa** se ajustará en su estructura y funcionamiento a los principios establecidos por la Alianza **Cooperativa** Internacional aplicados en el marco de la presente ley".

El artículo 120.2 de la Ley de **Cooperativas** Gallega dispone que "Tienen por objeto procurar viviendas preferentemente habituales y/o locales para sus personas socias. También podrán tener por objeto procurar edificaciones e instalaciones complementarias, y rehabilitación de viviendas, locales, elementos, zonas o edificaciones e instalaciones complementarias. Para el cumplimiento de su objeto social, pueden desarrollar cuantas actividades sean necesarias. La propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a las personas socias mediante cualquier título admitido en derecho. Cuando la **cooperativa** retuviera la propiedad de las viviendas o locales, tendrá que determinarse estatutariamente, debiendo establecerse además las normas para su uso y disfrute por las personas socias. Una vez cubiertas las necesidades de la **cooperativa** y adjudicadas las viviendas a las personas socias, si quedase alguna sin adjudicar, podrá serlo a terceras personas no socias siempre que cumplieren las condiciones objetivas para el tipo de promoción de que se trate, y que las viviendas a adjudicar no supongan más de un cuarto del conjunto de viviendas de la promoción. Podrán enajenar a terceras personas los locales comerciales y las instalaciones y edificaciones complementarias, aplicándose el importe de los mismos conforme acordase la asamblea general. Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores, cuando se trate de **cooperativas** de viviendas protegidas se estará a lo dispuesto en la normativa reguladora de aplicación a este tipo de viviendas".

Desde la literalidad de los estatutos y de la legislación mencionada debe manifestarse que la **cooperativa** no ha cumplido su objeto social, estos se refieren a viviendas o locales para dar por cumplido el fin de la **cooperativa**, estando de acuerdo ambas partes en que no se han enajenado algunas plazas de garaje y entreplantas.

Así debe interpretarse la lectura de los estatutos y la legislación gallega en esta materia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1281 CC "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas", y entiende este juzgado que los términos son claros.

Esta afirmación se ve completada con la testifical del gestor de la **cooperativa**, don Federico , quien manifiesta que el objeto social de la **cooperativa** no se ha cumplido en tanto no sean enajenados los locales, como efectivamente no lo han sido.

TERCERO - En segundo lugar se solicita se condene a MONTE ALBA SOCIEDAD **COOPERATIVA** a entregar al actor el estado de cuentas económico del demandante en el momento de su baja de **cooperativa** indicando la cantidad, si es el caso, que procede su devolución.

La parte demandada alega a través del documento n.º7 que ha cumplido tal obligación, o mejor, que ha intentado cumplirse habiendo sido imposible en aquel momento por encontrarse las cuentas auditándose. Ciertamente la discusión que mantienen las partes en este sentido es estéril, la parte demandada tiene la obligación de rendir tales cuentas, como así le obligan los artículos 10 y 11 de los Estatutos de la **cooperativa** que se aportan. Y por tanto, como no podía ser de otra manera, se requiera a la demandada para que entregue a la actora estado de cuentas económico del demandante en el momento de su baja en la **cooperativa**, o en su defecto que manifieste la imposibilidad provisional y la causa que lo impide.

CUARTO.- Respecto a la solicitud de reintegro de las cantidades, se alega por la parte demandante que en el año 2007, y como consecuencia de las malas previsiones realizadas por la entidad gestora de la **cooperativa** que no procedió a la enajenación de todos los elementos comunes libres, todos los socios debieron prestar a la **cooperativa** cantidades superiores a 20.000 euros para poder afrontar tal imprevisto, los justificantes de pago se aportan como documentos n.º 9 y 10, y por ese concepto se vienen a reclamar 22.62,97 euros, y subsidiariamente para el caso en que se entienda que se trata de aportaciones financieras se condene a la devolución de 20.811,29 euros junto con los intereses legales de tal cantidad.

En primer lugar nos referimos al concepto de las cantidades entregadas por el actor. El documento nueve de la actora es claro al referirse al concepto de la entrega de las cantidades "terminación obra en su conjunto, socio nº85", y desde este punto de vista y teniendo en cuenta que hemos manifestado que el fin de la **cooperativa** no está concluso debemos entender que nos encontramos ante aportaciones financieras del socio. El artículo 60 de los Estatutos, bajo la rúbrica reembolso de las aportaciones en su punto 7 dispone que "para el caso de no ser sustituido por otro socio, el reembolso de las cantidades entregadas para financiar el pago de las viviendas y locales deberá efectuarse en todo caso en un año desde que se produjo la baja" y punto 8 "de cualquier forma, en caso de baja del socio, a las cantidades entregadas para financiar el pago de viviendas y locales podrá serles aplicada una deducción de hasta el 12% en caso de expulsión y de hasta el 8% en caso de baja no justificada".



Nos encontramos ante una baja de socio voluntaria, baja que debe entenderse como no justificada, pues las alegaciones realizadas por el actor para considerar tal baja como justificada son la del cumplimiento del objeto social así como la adopción de acuerdos por la Asamblea General que impliquen obligaciones o cargas gravemente onerosas no contempladas estatutariamente, si la persona socia salvase expresamente su voto. Pues bien, la asamblea de cuatro de octubre de dos mil trece no consta la adopción de acuerdos gravemente onerosos ni que se salvase el voto por el ahora actor. Por otro lado ya se ha aludido a que no se habría cumplido el objeto de la **cooperativa**, luego la baja es no justificada, y debe aplicarse el artículo 60.7 y 8 de los Estatutos, y debe condenarse a la demanda a la devolución de la cantidad de 20.811,29 euros por haber transcurrido más de un año desde la baja del demandante con los intereses legales de la citada cantidad.

Respecto al documento n.º 11 aportado por la demandada, y que se refiere a un documento privado firmado por actor y demandada entendemos que no cabe tenerlo en cuenta atendiendo al artículo 1255 código civil, que establece que "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

Efectivamente aquel documento en su punto tercero cita que "en relación a los pagos citados en el punto uno, quedan a la espera de recuperar los importes que deriven del neto de la vena de los elementos no vinculados pendientes de enajenación a la fecha...", sin embargo el documento ataca frontalmente con un derecho fundamental del socio regulado en los Estatutos de la **cooperativa**, como norma reguladora de las relaciones entre **cooperativa** y socios, a saber, el socio tiene derecho a darse de baja de la **cooperativa**, y el ejercicio de ese derecho debe llevar necesariamente todas las consecuencias accesorias, entre ellas la devolución de las cantidades, aún con las limitaciones que establezcan a causa de ser esta baja justificada o no justificada, por lo que no cabe atender a lo dispuesto en aquel documento nº 11.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 394 de la LEC, al haberse producido estimación parcial de la demanda, cada parte abonará las costas ocasionadas a su instancia, siendo las comunes por mitad.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Soaje Renard en la representación acreditada, debo declarar que MONTE ALBA SOCIEDAD **COOPERATIVA** no ha cumplido su objeto social.

Se condena a la demandada a que entregue a la actora estado de cuentas económico del demandante en el momento de su baja en la **cooperativa**, o en su defecto que manifieste la imposibilidad provisional y la causa que lo impide.

Se condena a la demandada a abonar a la actora la cantidad de VEINTE MIL OCHOCIENTOS ONCE EUROS CON VEINTINUEVE CÉNTIMOS (20.811,29 euros) así como a los intereses legales de tal cantidad desde presentación de demanda. Se condena a abono de intereses moratorios desde fecha de sentencia (576 LEC).

No se imponen costas procesales a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y ante la misma cabe interponer recurso de apelación a interponer en este juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, previa consignación de 50 euros en la forma prevista en la DA 15ª LOPJ.

Así por esta mi sentencia, que se registrará en el libro de sentencias y de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

Sergio Burquillo Pozo,

Magistrado del juzgado mercantil nº3 de Pontevedra.

PUBLICACIÓN -Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el mismo Magistrado Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la secretaria, doy fe.



Roj: **SJM PO 1379/2016 - ECLI: ES:JMPO:2016:1379**

Id Cendoj: **36057470032016100105**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Vigo**

Sección: **3**

Fecha: **07/04/2016**

Nº de Recurso: **70/2015**

Nº de Resolución: **116/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **SERGIO BURGUILLO POZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

XDO. DO MERCANTIL N. 3

PONTEVEDRA (con sede en Vigo)

SENTENCIA: 00116/2016

CALLE LALÍN NÚMERO 4 6ª PLANTA, 36209 VIGO

Teléfono: 886218403

Fax: 886218405

CA

N04390

N.I.G. : 36038 47 1 2015 0300081

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000070 /2015

Procedimiento origen: /

Sobre SOC.MERCANTILES Y COOPERATIVAS

DEMANDANTE D/ña. Remedios

Procurador/a Sr/a. JOSE VICENTE GIL TRANCHEZ

Abogado/a Sr/a. JORGE GABRIEL PHILIPPON DE ARRIBA

DEMANDADO D/ña. MONTE ALBA SOCIEDAD **COOPERATIVA** GALLEGA

Procurador/a Sr/a. AMPARO GONZALEZ MARTINEZ

Abogado/a Sr/a. ANA MARIA FIDALGO LOPEZ

JUZGADO MERCANTIL N°3

PONTEVEDRA

ORDINARIO 70/15

SENTENCIA nº 116/2016

En Vigo, a siete de abril de dos mil dieciséis.

Sergio Burguillo Pozo, Magistrado Juez del juzgado mercantil nº3 de Pontevedra, habiendo visto los autos registrados con el número 70/15 instados por el procurador Sr. Gil Tranchez en la representación acreditada de D. Donato , asistido por letrado, frente a MONTE ALBA SOCIEDAD **COOPERATIVA** GALLEGA, representada por la Procuradora Sra. González Martínez y asistida por letrado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - Por el Procurador Sr. Gil Tranchez se interpuso con fecha dos de marzo de dos mil quince demanda de juicio ordinario contra el demandado arriba circunstanciado en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se declarasen nulos los acuerdos impugnados, declarando la baja como cooperativista en MONTE ALBA S COOP GALLEGA de doña Remedios como baja justificada con todos los efectos favorables inherentes a tal calificación como justificada, incluida la devolución íntegra de lo aportado y con expresa imposición de costas.

SEGUNDO - Se emplazó al demandado para comparecer y contestar, habiendo comparecido la demandada oponiéndose y solicitando la desestimación de la demanda. Se convocó a las partes para el acto de la audiencia previa que fue celebrado con fecha veintiuno de octubre de dos mil quince y señalándose para juicio el día cuatro de abril de dos mil dieciséis, y practicándose la prueba propuesta y admitida con el resultado que obra en autos, quedaron los autos pendientes de sentencia.

TERCERO - En el presente juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - Ejercita el demandante acción tendente al reembolso de la cantidad aportada en su día a la **cooperativa**, habiéndose negado la **cooperativa** con los argumentos que obran en actuaciones.

SEGUNDO - En primer lugar hemos de referirnos a la caducidad de la acción de impugnación de acuerdos adoptados por el consejo rector por presentación extemporánea.

En materia de caducidad es cierto que, en la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, debe seguirse la postura más flexible porque el principio "pro actione" exige: a) evitar interpretaciones y aplicaciones de los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia que eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (SSTC 12/03, de 28 de enero; 59/03, de 24 de marzo; 168/03, de 29 de septiembre; 179/03, de 12 de octubre; 72/04, 8 de abril; 134/05, de 23 de marzo ...); y b) eludir cualquier interpretación o aplicación de los requisitos procesales que sea rigorista o excesivamente formalista o por cualquier otra razón revele una clara desproporción entre los fines pretendidos por la norma y los intereses que se sacrifican, y que se conviertan en meros obstáculos procesales impositivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 CE (SSTC 58/03).

Pero el mismo Tribunal Constitucional se ha declarado que "al ser un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando razonadamente la concurrencia en el caso de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley que, a su vez, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental" (STC 63/06, de 27 de febrero). Y respecto a la caducidad, la STC 323/05, de 12 de diciembre, ha proclamado que "es la caducidad de la acción una de las causas legales impositivas de un pronunciamiento sobre el fondo y, como tal presupuesto procesal establecido en aras del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), no vulnera en sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que el legislador habilite unos plazos suficientes y adecuados en orden a hacer valer los derechos e intereses legítimos ante los Tribunales, de manera que su tutela no resulte imposible por insuficiencia del plazo concedido al efecto" (SSTC 77/02, de 8 de abril; 126/04, de 19 de julio).

El artículo 52.3 Ley de **Cooperativas** de Galicia dispone que "Las acciones de impugnación de acuerdos nulos y anulables deberán ser entabladas en el plazo de dos meses, a contar desde que se tuviese conocimiento del acuerdo y siempre que no haya transcurrido un año desde su adopción".

Por su parte el artículo 42 de los Estatutos de la **Cooperativa** de Viviendas establece que "los acuerdos del Consejo Rector que sean contrarios a la ley, que se opongan a estos Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios socios, los intereses de la **Cooperativa**, podrán ser impugnados según las normas y dentro de los plazos establecidos en el artículo 52 de la ley 5/1998, de **cooperativas** de Galicia. Por su parte el artículo 12.4 al hilo de la baja voluntaria de socios dispone que "si el socio estuviese disconforme con el acuerdo del Consejo Rector sobre la calificación y efectos de su baja voluntaria, podrá impugnar dicho acuerdo conforme establece la ley 5/1998 de **Cooperativas** de Galicia".

Pues bien a la vista de la prueba presentada por las partes debemos decir que la acción está caducada debiendo la excepción ser estimada. El acuerdo adoptado por el Consejo Rector, tomando como fecha de



notificación formal, por no poder la demandada negar su conocimiento, es cuanto menos de fecha tres de abril de dos mil catorce, como la propia demandada manifiesta en el hecho segundo de la demanda presentada. Pues bien, desde tal fecha hasta la impugnación del acuerdo, fecha de la demanda dos de marzo de dos mil quince, han transcurrido los dos meses señalados en la ley por lo que no cabe sino estimar la excepción de caducidad y desestimar la demanda planteada.

TERCERO - De conformidad con el artículo 394 de la LEC , las costas en primera instancia se impondrán a las partes cuyas pretensiones sean totalmente rechazadas, salvo que razonándolo debidamente el juez justifique su no imposición. Vista la desestimación de las pretensiones de la actora, se imponen las costas procesales a la actora.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Gil Tranchez en la representación acreditada, debo absolver y absuelvo a la demanda de los pedimentos contra la misma realizados, con imposición de costas a la parte demandante en el presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y ante la misma cabe interponer recurso de apelación a interponer en este juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, previa consignación de 50 euros en la forma prevista en la DA 15ª LOPJ .

Así por esta mi sentencia, que se registrará en el libro de sentencias y de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

Sergio Burguillo Pozo,

Magistrado del juzgado mercantil nº3 de Pontevedra.

PUBLICACIÓN -Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el mismo Magistrado Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la secretaria, doy fe.



Roj: **SAP C 655/2016 - ECLI: ES:APC:2016:655**

Id Cendoj: **15030370042016100082**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **14/03/2016**

Nº de Recurso: **101/2016**

Nº de Resolución: **91/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00091/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN CUARTA

Nº ROLLO: 101/2016

S E N T E N C I A

Nº 91/16

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Cuarta Civil-Mercantil

Ilmos. Srs. Magistrados:

D. José Luis Seoane Spiegelberg, Pte.

D. Antonio Miguel Fernández Montells y Fernández

D. Pablo González Carreró Fojón

En A Coruña a catorce de marzo de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de INCIDENTE CONCURSAL RESCISIÓN, IMPUGNACIÓN, ACTOS PERJUDICIALES A LA MASA 0000310/2014, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION (LECN) 0000101/2016, en los que aparece como parte apelante, "SOCIEDAD DE GESTION DE ACTIVOS PROCEDENTES DE LA REESTRUCTURACION BANCARIA S.A." (SAREB), representado en ambas instancias por el Procurador de los tribunales, D. FRANCISCO ABAJO ABRIL, asistido por la Letrada D^a. MARÍA-JOSÉ COSMEA RODRÍGUEZ, y como parte apelada, "O FERRADO, SOCIEDAD **COOPERATIVA** GALEGA", representado en ambas instancias por el Procurador de los tribunales D. JUAN- ANTONIO GARRIDO PARDO asistido por el Letrado D. JOSÉ-ANTONIO MONTERO VILAR, "ABANCA CORPORACIÓN FINANCIERA S.A." y "ADMINISTRACIÓN CONCURSAL"; versando los autos sobre acción rescisoria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA, se dictó sentencia con fecha 21/07/2015, en el procedimiento Incidente Concursal, pieza separada 310/2014-0001, del que dimana este recurso, dándose por aceptados y reproducidos sus antecedentes de hecho, y cuya parte dispositiva literalmente dice: "**Estimo** parcialmente la demanda interpuesta por la administración concursal de O Ferrado Sociedad **Cooperativa**



Galega, representada por el procurador don Juan Antonio Garrido Pardo, contra la concursada y la sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la reestructuración Bancaria, S.A., representada por el procurador don Francisco José Abajo Abril, y en consecuencia declaro que la amortización parcial anticipada del préstamo con garantía hipotecaria efectuada con fecha 17 de noviembre de 2013, es perjudicial para la masa activa del concurso, por lo que se procede a su rescisión y se declara ineficaz, debiendo la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la reestructuración Bancaria, S.A. reintegrar a la masa activa las cantidades anticipadamente amortizadas. Desestimo la demanda en lo referido a las restantes pretensiones dirigidas contra los demandados. Todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales.". Dicha resolución ha sido recurrida por la parte demandada "SOCIEDAD DE GESTION DE ACTIVOS PROCEDENTES DE LA REESTRUCTURACION BANCARIA S.A." (SAREB).

SEGUNDO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, señalándose audiencia para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Es objeto del presente recurso de apelación, la acción rescisoria que es ejercitada por la administración concursal de la entidad O FERRADO SOCIEDAD **COOPERATIVA** GALLEGA, con respecto a la amortización parcial anticipada del préstamo con garantía hipotecaria, efectuada con fecha 17 de noviembre de 2013, instando, en dicho escrito rector, la restitución de cantidades anticipadamente amortizadas, con declaración de mala fe por parte de las entidades ABANCA y SAREB, y, en consecuencia, con la condición de subordinado del crédito, que ostenta ésta última frente a la concursada, sin que exista ninguna prestación que restituir por parte de la masa del concurso como consecuencia de las rescisión interesada.

Seguido el juicio en todos sus trámites, con oposición de las demandadas, se dictó sentencia por parte del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, que absolviendo a la entidad ABANCA, pronunciamiento firme, estimó la demanda contra la SAREB, declarando que la amortización parcial anticipada del préstamo con garantía hipotecaria efectuada con fecha 17 de noviembre de 2013, es perjudicial para la masa activa del concurso, por lo que procede su rescisión y se declara ineficaz, debiendo el SAREB reintegrar a la masa activa las cantidades anticipadamente amortizadas.

Formulado recurso de aclaración se desestima el mismo, remitiéndose a la fundamentación jurídica de la sentencia, en la que se hace constar que la cantidad reintegrada no será reconocida como crédito contra la masa a favor de la SAREB, sino que incrementará la cantidad por la que dicha entidad consta en el concurso como acreedora con privilegio especial.

Contra dicho pronunciamiento judicial se interpuso por la SAREB el presente recurso de apelación, solicitando la revocación de la sentencia apelada.

SEGUNDO: A los efectos resolutorios de la presente controversia judicializada se acepta expresamente la declaración de hechos probados, que se contiene en el fundamento de derecho primero de la sentencia apelada, en tanto en cuanto es fiel consecuencia de la prueba documental obrante en autos, no impugnada por las partes litigantes. De lo actuado en la instancia destacaremos los hechos siguientes:

A) De la mentada prueba destacaremos que la condición primera bis de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de 18 de abril de 2012, establece que:

"Hasta el día TREINTA DE ABRIL DE DOS MIL QUINCE, el titular de la cuenta podrá disponer de los fondos depositados, hasta un importe de OCHO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y DOS EUROS CON TREINTA Y SIETE CÉNTIMOS (8.479.262,37) con destino exclusivamente al abono de la obra realmente ejecutada, previa justificación mediante certificación expedida por el Arquitecto Director de la misma validada por Sociedad Homologada por el Ministerio de Economía y Hacienda e inscrita en el Registro de Sociedades de Tasación, a la que se acompañarán los correspondientes informes favorables emitidos por el Organismo de Control Técnico, necesarios a efectos de formalizar el correspondiente seguro decenal, sin perjuicio del derecho de la ENTIDAD de verificar su realidad por otros medios y a costa del PRESTATARIO. Excepcionalmente el prestatario realiza una primera disposición por importe de DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS EUROS CON VEINTICINCO CÉNTIMOS (2.131.796,25), que declara recibida a todos los efectos.

El PRESTATARIO destinará el importe de las disposiciones a las que se refiere el párrafo anterior exclusivamente al pago a sus proveedores por razón de suministros o servicios prestados al PRESTATARIO



vinculados a la promoción financiada mediante el préstamo hipotecario concedido por la ENTIDAD. A estos efectos los pagos a los proveedores se realizarán necesariamente a través de la ENTIDAD, con cargo a disposiciones de la cuenta especial, a cuyo efecto el PRESTATARIO da en el presente acto su conformidad expresa, facultando irrevocablemente a la ENTIDAD para ello".

...

El PRESTATARIO podrá asimismo disponer de los fondos depositados en la cuenta especial, hasta el importe de CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS VEINTE EUROS CON CINCUENTA Y DOS CÉNTIMOS (469.420,52), dentro del mismo período, siempre sin merma de la suficiencia de la garantía hipotecaria, previa presentación a la ENTIDAD de todas las escrituras públicas en las que se documenten los correspondientes contratos de compraventa, si del tenor de aquéllos resulta autorizado para realizarlas. Por lo tanto, estas disposiciones podrá llevarlas a cabo el PRESTATARIO exclusivamente cuando éste certifique haber efectuado la totalidad de dichas subrogaciones. En todo caso, para realizar estas disposiciones el PRESTATARIO deberá aportar a la ENTIDAD la documentación indicada para el efecto de ésta Cláusula PRIMERA BIS.

La ENTIDAD no estará obligada a atender las disposiciones cuando el valor de la promoción a obra terminada, conforme a la última tasación efectuada de acuerdo con lo dispuesto a la letra d) del apartado 5 siguiente sea inferior en más de un 20% al valor a obra terminada conforme a la tasación inicial de la finca. En caso de discrepancia entre la tasación aportada por el PRESTATARIO y la que, en su caso, pudiere aportar la ENTIDAD, se estará para apreciar el valor actual de la promoción a obra terminada a la media aritmética que resulte entre ambas tasaciones.

Tampoco estará la ENTIDAD obligada a atender las disposiciones cuando resulte acreditado el incumplimiento de la finalidad del préstamo.

Vencido el período de disposición, las cantidades no dispuestas se entenderán aplicadas desde luego a la amortización del préstamo, que se considerará vencido en la misma cuantía a tales efectos. De la misma forma se procederá si por cualquier otra causa tuviese que resolverse el préstamo".

B) Por escritura pública de 17 de diciembre de 2013, tras acuerdo adoptado por unanimidad por el Consejo Rector de la **Cooperativa**, que así expresamente lo admite, se cancela parcialmente la hipoteca que queda reducida en 424.606,05 euros, por lo que la finca descrita queda respondiendo de 8.524.076,84 euros, en garantía de la devolución del capital prestado.

C) El edificio fue construido por la **cooperativa**, finalizando la obra, con 181 fincas, de las cuales no se vendieron 16 viviendas y un trastero, que se integraron en el activo del concurso, siendo valoradas en 2.354.072,01 euros.

D) Como consecuencia del otorgamiento de la precitada escritura pública de 17 de diciembre de 2013, que redujo el principal del préstamo en 424.606,05 euros, se procedió, ese mismo día, mediante documento de tal data, intervenido por notario, a la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre todas las fincas horizontales resultantes de la división horizontal de la edificación hipotecada.

TERCERO: El art. 218.1 LEC establece la congruencia que deben guardar las sentencias sin apartarse de la causa de pedir. Según constante jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, reflejada, entre otras, en las SSTs de 5 de junio de 2013, RC 1450/2009 ; de 30 de abril de 2012, RC 652/2008 ; de 26 de marzo de 2012, RC 1185/2009 ; de 29 de enero de 2012, RC 2127/2009 ; de 7 de noviembre de 2011, RC 1430/2008 ; de 10 de octubre de 2011, RC 1331/2008 ; de 26 de octubre de 2011, RC 1345/2008 ; de 26 de mayo de 2011, RC 435/2006 y 23 de marzo de 2011, RC 2311/2006 , el principio de la congruencia proclamado en el artículo 218.1 LEC exige que la sentencia resuelva absolutamente todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente motivada que sea procedente.

Como señala la STS 294/2015, de 3 de junio , la congruencia consiste en la necesaria conformidad que ha de existir entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas -teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir]- entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicios de los escritos de demanda y contestación -no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos- que constituyen su objeto, dándose la congruencia allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, sin que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible, por ser finalidad, la de asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio.

Una de las variantes de la incongruencia es la extra petita [al margen de lo solicitado] que consiste en el cambio de la petición contenida en el suplico, con mutación de la causa petendi [causa de pedir] y absorción de la omisiva por falta de pronunciamiento sobre el tema realmente planteado. Esta incongruencia no tiene



amparo o justificación en el principio *iura novit curia* [el juez conoce el Derecho], cuyos márgenes no permiten la mutación del objeto del proceso ni la extralimitación en la causa de pedir, ni en definitiva, la resolución de problemas distintos de los propiamente controvertidos (entre las más recientes, STS de 7 de noviembre de 2011, RC 1430/2008 ; de 26 de marzo de 2012, RC 1185/2009 y de 29 de enero de 2012, RC 2127/2009).

Pues bien, en este caso, la sentencia apelada respeta los hechos alegados en la demanda, acompañados del correspondiente soporte documental. Es congruente con los mismos, no se desvía de la causa petendi, moviéndose dentro del marco de la acción rescisoria planteada, que resuelve entrando a conocer de la problemática litigiosa suscitada, sin que se produzca indefensión de clase alguna en la codemandada SAREB, que perfectamente pudo conocer, rebatir y contradecir la tesis actora, aportando la prueba que considerase pertinente, y sin que además se viera sorprendida por la sentencia dictada. La estimación de un recurso de apelación por infracción procesal exige la constatación de una indefensión (art. 469 LEC), que en el caso que nos ocupa realmente no concurre.

CUARTO: El art. 71.1 LC condiciona la prosperabilidad de la acción rescisoria a la concurrencia de sendos requisitos: uno que el acto sea perjudicial para la masa activa, y otro que haya sido realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.

A los efectos de determinar si un acto jurídico es o no perjudicial para la masa activa del concurso es preciso examinar el negocio de que se trata y las concretas connotaciones que concurren en su otorgamiento.

El núcleo central reside, como explica la STS 199/2015, de 17 de abril , en si el acto examinado es perjudicial "en la medida en que supone una minoración del activo sobre el que más tarde, declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, "debe de carecer de justificación" (SSTs 1025/2015 de 10 de marzo ; 428/2014, de 24 de julio ; y 100/2014 de 30 de abril y las citadas en ellas).

En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC , que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa» (SSTs 629/2012, de 26 de octubre y 105/2015, de 10 de marzo).

Pues bien, en este caso, no consideramos que sea aplicable la presunción de perjuicio del art. 71.3.3º LC , que hace referencia a los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso; pues no nos encontramos ante un supuesto en que se emplearan fondos propios, con los que contase la **cooperativa** a su disposición para realizar su objeto social, con los que hubiera extinguido parcialmente el importe de un préstamo percibido y aplicado a sus necesidades, sino que la cantidad amortizada estaba retenida por el Banco, quedando su disposición suspensivamente condicionada a la concurrencia de una serie de requisitos, que posibilitaban su aplicación a la financiación de la adquisición de las distintas fincas construidas, por lo que la realización de la operación cuestionada, cuya rescisión se interesa, motivó, el mismo día, la redistribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos inmuebles construidos.

Realmente de lo que se trataba era de una renuncia al importe de un crédito concedido y no una extinción de una obligación procedente con bienes sociales, que se integraría de lleno en la presunción del perjuicio. La reducción parcial del préstamo lo único que supuso fue la correlativa disminución del importe no dispuesto por la prestataria. Incluso su reintegración no implicaría la posibilidad de su disposición a favor de la masa activa del concurso, al exigir la justificación de la venta de todos las fincas, extremo no producido.

Señalar, por último, que la operación fue aceptada por la Junta Rectora de la **Cooperativa**, sin que se haya impugnado por la concurrencia de vicios en el consentimiento.

Por otra parte, no deja de ser una mera hipótesis, huérfana de prueba, que la cancelación parcial del importe del préstamo concedido determinase la génesis del concurso ante la imposibilidad de que los compradores pudieran satisfacer el precio de las fincas, al ser privados de parte de la financiación hipotecaria prevista, máxime cuando la venta se llevó a efecto en el 90% de las fincas construidas, ya que solo 17 aparecen integradas en la masa activa del concurso. Independientemente además de la posibilidad de los compradores de acudir a la financiación de la compraventa con otra entidad.

Además, insistimos, la disposición de tales cantidades estaba convencionalmente limitada y tampoco las condiciones dispositivas concurren, como razona el SAREB.

La reintegración además exigiría una nueva redistribución de de la responsabilidad hipotecaria entre todas las fincas horizontales, incluso las enajenadas, pues la misma no sería de aplicación exclusiva sobre las fincas no vendidas, ni cabe dar a la cantidad cuya reintegración se postula una finalidad distinta a la adscrita en los términos contractualmente pactados.



QUINTO: Las connotaciones fácticas y jurídicas concurrentes en el presente caso, incluso con la estimación de la tesis de la administración concursal por la sentencia de instancia conducen, unido a la estimación del recurso a que no se haga especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias (arts. 394 y 398 LEC).

FALLAMOS

Con estimación del recurso de apelación interpuesto, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, y, en su lugar, dictamos otra, por mor de la cual debemos desestimar y desestimamos la acción de reintegración concursal entablada por la administración concursal de la entidad O FERRADO SOCIEDAD **COOPERATIVA** GALLEGA, todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.

Esta resolución no es firme en Derecho y contra ella cabe recurso de casación, y, en tal caso, extraordinario por infracción procesal a interponer en el plazo de 20 días en este mismo tribunal para su conocimiento por la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman, y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.



Roj: **STSJ GAL 580/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:580**

Id Cendoj: **15030340012017100399**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **26/01/2017**

Nº de Recurso: **3069/2016**

Nº de Resolución: **604/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **MARIA ANTONIA REY EIBE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO -RMR-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 32054 44 4 2016 0000743

Equipo/usuario: MF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003069 /2016

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000187 /2016

Sobre: OTROS DCHOS. LABORALES

JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de OURENSE

RECURRENTE/S D/ña Zulima

ABOGADO/A: ANTONIO VALENCIA FIDALGO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: GALLEGA DE ALIMENTACION SA, COREN AGROINDUSTRIAL SAU , ADECCO TT,S.A. ,
SERVICARNE SCCL , **COOPERATIVAS** ORENSANAS S.COOP.LTDA.(COREN)

ABOGADO/A: JOSE JAVIER BOBILLO BLANCO, JOSE JAVIER BOBILLO BLANCO , LUIS CARRERAS GARCIA ,
MERCEDES TORRES BENEDICTO , JOSE JAVIER BOBILLO BLANCO

PROCURADOR: JORGE BEJERANO PEREZ, JORGE BEJERANO PEREZ , , , JORGE BEJERANO PEREZ

GRADUADO/A SOCIAL: , , , ,

ILMO. SR. D. MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ

ILMA. SRA. D^a. M^a ANTONIA REY EIBE

ILMA. SRA. D^a ISABEL OLMOS PARES

En A CORUÑA, a veintiséis de enero de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,



EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003069/2016, formalizado por EL LETRADO DON ANTONIO VALENCIA FIDALGO, en nombre y representación de DOÑA Zulima , contra la sentencia número 209/2016, dictada por EL XDO. DO SOCIAL N. 2 de OURENSE en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000187 /2016, seguidos a instancia de DOÑA Zulima frente a GALLEGA DE ALIMENTACION SA, **COOPERATIVAS** OURENSANAS SCG, COREN AGROINDUSTRIAL SA COREN, representadas por EL LETRADO DON JOSÉ JAVIER BOBILLO BLANCO, SERVICARNE SOCIEDAD COOPERATIVA CL, representada por LA LETRADA DOÑA MERCEDES TORRE BENEDICTO y ADECCO TT SA, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a M^a ANTONIA REY EIBE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : D^a Zulima presentó demanda contra GALLEGA DE ALIMENTACION SA, COREN AGROINDUSTRIAL SAU, ADECCO TT,S.A., SERVICARNE SCCL Y **COOPERATIVAS** OURENSANAS S.COOP.LTDA.(COREN), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 209/2016, de fecha veintinueve de abril de dos mil dieciséis .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO.-La actora D^a. Zulima , prestó servicios para la demandada "ADECCO T.T. S.A." desde el 5-10-2005, en virtud de contratos de trabajo temporales, hasta el 31-3-2006, en la empresa usuaria "**COOPERATIVAS** OURENSANAS S.C.G." en el centro de trabajo que esta posee en Sta. Cruz de Arrabaldo-Ourense, en matadero y sala de despiece. El 1-4-2006, se da de alta como autónoma y solita la suscripción como socio-trabajadora de la demandada "SERVICARNE SOCIEDAD **COOPERATIVA** C.L." y continuó prestando servicios en el mismo centro de trabajo. Desde entonces vino percibiendo mensualmente de Servicarne, adelantos a cuenta del retorno cooperativo. SEGUNDO. -"SERVICARNE SOCIEDAD **COOPERATIVA** S.L." es una **cooperativa** de trabajo asociado constituida en 1977.Tiene por objeto social el propio de matarifes y las operaciones necesarias y complementarias para dicho objeto. Tiene su domicilio social en Barcelona y tiene unos 4000 socios que celebran anualmente asamblea informando a funcionamiento y acuerdos de la **cooperativa**. TERCERO.-Las empresas "**COOPERATIVAS** OURENSANAS S.C.G." y "SERVICARNE S.C.L." vienen suscribiendo contratos de prestación de servicios, desde el 1-8-95, siendo el último de 1-1-2011, abonando la correspondiente factura por la prestación de dichos servicios. El 1-1-2011 entre ambas empresas, se suscribió contrato de arrendamiento de una oficina dentro de las instalaciones de Coren en Sta. Cruz de Arrabaldo. Dichos contrato figuran incorporados a autos teniendo aquí su integro contenido por reproducido. CUARTO.- La actora presta sus servicios en el centro de trabajo que la empresa COREN tiene en Sta. Cruz de Arrabaldo Ourense. En dicho centro SERVICARNE tiene una coordinadora un Jefe de equipo encargado que da las órdenes a los socios, y Jefes de sección. Tiene asimismo una sección de administración de personal que ocupa una oficina en la nave. SERVICARNE imparte a los socios y entre ellos a la actora cursos de prevención de riesgos laborales y le realiza los correspondientes reconocimientos médicos. Les entrega los EPIS y les concede las vacaciones y permisos. Los socios de SERVICARNE entran en las instalaciones de nave con la tarjeta de COREN, pero el control de acceso a puesto de trabajo en entrada y salida del mismo lo realiza encargado de SERVICARNE. La nave y la maquinaria donde prestan servicios pertenecen COREN, y en dicho centro también prestan servicios personal COREN que realiza su propias funciones. QUINTO.-La empresa GALLEGA DE ALIMENTACION S.A. y COREN AGROINDUSTRIAL, tiene su domicilio social en Sta. Cruz de Arrabaldo y tiene por objeto social la comercialización y distribución de alimentos y bebidas, transformación y elaboración de productos alimenticios para el consumo. SEXTO.-Se celebró sin avenencia la conciliación ante la UPMAC.

TERCERO : En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando la demanda interpuesta por D^a. Zulima , contra las empresas "SERVICARNE, SOCIEDAD **COOPERATIVA** C.L." "**COOPERATIVAS** OURENSANAS S.C.G" "COREN AGROINDUSTRIAL S.A." "GALLEGA DE ALIMENTACION S.A." y "ADECCO T.T.S.A." debo declarar y declaro no haber lugar a la misma y, en consecuencia, absuelvo a los demandados de las pretensiones en su contra esgrimidas.



CUARTO : Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por DOÑA Zulima formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por las contrapartes ADECCO T.T., S.A., ETT. (ADECCO), OURENSANAAS S.C.G (COREN), GALLEGA DE ALIMENTACION, S.A. Y COREN AGROINDUSTRIAL S.A.

QUINTO : Elevados por el Juzgado de lo Social NÚMERO DOS DE ORENSE de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha VEINTISIETE DE JUNIO DE DOS MIL DIECISEIS.

SEXTO : Admitido a trámite el recurso se señaló el día VEINTICINCO DE ENERO DE DOS MIL DIECISIETE para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda interpuesta por la actora sobre reconocimiento de derechos, recurre en suplicación dicha demandante, denunciando un único motivo; en sede jurídica y con amparo procesal en el art 193,c de la LRJS, infracción de los arts 43,1, 43,2 y 43,4 del ET : Sostiene la recurrente que nos encontramos ante la figura de cesión ilegal entre la empresa "**Cooperativas** Orensanas S.C.G y Sevicarne S.C.C.L al estar limitada la actividad de dicha empresa a suministrar mano de obra mediante la prestación de tareas y servicios íntegramente en el centro de trabajo de la empresa **Cooperativas** Orensanas S.C.G, con los medios materiales de esta y bajo su organización y dirección final, siendo que la empresa Sevicarne S.C.C.L no cuenta con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad contratada, local, materia prima, maquinaria... y que por tanto su actividad se limita a la mera aportación de los trabajadores.

SEGUNDO .- La censura jurídica que se denuncia no puede prosperar, pues es doctrina reiterada (S TS 25-10-99, 17-1-02 por todas) y de suplicación (STS Galicia de 30 de enero de 2014 , 28 de enero de 2008 , 6 de noviembre de 2014 ,) la que sienta el criterio de que " Lo que contempla el art 43 del ET es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1º) Un acuerdo entre los dos empresarios, el real y el formal, para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial. 2º) Un contrato simulado entre el empresario formal y el trabajador. 3º) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el art 43 es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición como son la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes". Y en esta línea interpretativa la jurisprudencia unificadora (S TS 19-1-94, 12-12-97, entre otras) ha fijado como marca de distinción la determinación no tanto en el dato de que la empresa cedente existiera realmente "sino si actuaba o no como verdadero empresario", analizando en el caso concreto declarando que es cesión ilegal de mano de obra la mera provisión o suministro de fuerza de trabajo a otra empresa, aunque la cedente tenga infraestructura propia, si esta no se pone a disposición de la cesionaria, señalando que aún cuando nos encontremos ante un empresario real y no ficticio, existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de este a un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a disposición los elementos materiales y personales que configuran su estructura empresarial" añadiendo que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios , limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza del trabajo necesario para el desarrollo de tal servicio.

Y en el caso que nos ocupa, tal y como se acredita del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia resulta que 1º) La actora prestó servicios para la demandada ADECO ETT SA, desde el 5-10-2005 en virtud de contratos de trabajos temporales hasta el 31-3-2006, en la empresa usuaria **cooperativas** orensanas S.C.G, en el centro de trabajo que posee en Sta Cruz de Arribaldo -Ourense, en matadero y sala de despiece. EL 1-4-2006 se da de alta como autónoma y solicita la suscripción como socia trabajadora en la demandad Sevicarne Sociedad **cooperativa** CL y continuó prestando servicios en el mismo centro de trabajo. Desde entonces vino percibiendo mensualmente de Sevicarne, adelanto a cuenta del retorno cooperativo. 2º) "Sevicarne es una **cooperativa** de trabajo asociado que tiene por objeto social el constituido por matarifes y la operaciones necesarias y complementarias para dicho objeto. Tiene su domicilio social en Barcelona y unos 4.000 socios". 3º) "Las empresas **cooperativas** Ourensanas S.C.G y Sevicarne vienen suscribiendo contrataos de prestación



de servicios, desde el 1-8-95, siendo el último de 1-1-2011, abonando la correspondiente factura sobre la prestación de servicios. En dicha fecha entre ambas empresas se suscribió un contrato de arrendamiento de una oficina dentro de las instalaciones de Coren en Sta Cruz de Arrabaldo. 3º) " La actora presta sus servicios en el centro de trabajo que la empresa Coren tiene en Sta Cruz de Arrabaldo-Ourense. En dicho centro Servicarne tiene un coordinadora , un jefe de equipo encargado que da órdenes a los socios y jefes de sección. Tiene asimismo una sección de administración de personal que ocupa una oficina en la nave.

Servicarne imparte a los socios y entre ellos a la actora cursos de Prevención de Riesgos Laborales y le realiza los correspondientes reconocimientos médicos, entrega las EPIS y les concede las vacaciones y permisos.

Los socios de Servicarne entran en las instalaciones de la **cooperativa** con la tarjeta de Coren , pero el control de acceso a su puesto de trabajo de entrada y salida del mismo lo realiza el encargado de Servicarne.

La nave y la maquinaria donde presta servicios pertenecen a Coren, y en dicho centro también presta servicios personal de Coren que realiza sus propias funciones".

Lo expuesto lleva a la conclusión en aplicación de los criterios jurisprudenciales expuestos y a la vista de dicho relato fáctico de que la cesión ilegal que denuncia la demandante recurrente no resulta apreciable en el presente supuesto, así la empresa Servicarne S.C.C.L tiene una estructura y organización propia totalmente distinta de **Cooperativas** Ourenšanas S.C.G, y organiza el trabajo de sus socios trabajadores y las órdenes correspondientes les abona las cantidades que a cada uno le corresponde por el trabajo realizado, ejerciendo el poder de dirección sobre sus empleados a la vez que el concede los permisos y vacaciones y si bien es cierto que la empresa ocupa un lugar en las instalaciones de **Cooperativas** Ourenšanas en virtud de un contrato de arrendamiento, los socios trabajadores desarrollan su actividad en zonas diferenciadas sin que se hubiese acreditado en modo alguno que la prestación de servicios se efectuase de forma indistinta o mezclados los unos con los otros.

En consecuencia se impone previa desestimación del recurso la confirmación de la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto:

FALLAMOS

Que Desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por D^a Zulima contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Social Número Dos de Ourense de fecha 29 de abril de 2016 , debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.



Roj: **STSJ GAL 2660/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:2660**

Id Cendoj: **15030330042017100176**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **12/04/2017**

Nº de Recurso: **15507/2015**

Nº de Resolución: **189/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO FERNANDEZ LEICEAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00189/2017

- Equipo/usuario: IL

Modelo: N11600

PLAZA GALICIA S/N

N.I.G: 15030 33 3 2015 0001056

Procedimiento : PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0015507 /2015 /

Sobre: ADMINISTRACION TRIBUTARIA Y FINANCIERA

De D./ña. MONCAR MONTAJES NAVALES DE CABRAL SOCIEDAD **COOPERATIVA** GALLEGA

ABOGADO MARIA CAZORLA TORRADO

PROCURADOR D./Dª. DOMINGO RODRIGUEZ SIABA

Contra D./Dª. TRIBUNAL ECONOMICO-ADMINISTRATIVO REGIONAL DE GALICIA

ABOGADO ABOGADO DEL ESTADO

PROCURADOR D./Dª.

RELATOR: D. FERNANDO FERNÁNDEZ LEICEAGA

NO NOME DE EL-REI

A Sección 004 da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia pronunciou a

SENTENZA

Ilmos./as. Sres./as. D./Dª

JOSE MARIA GOMEZ E DIAZ CASTROVERDE-PTE

JUAN SELLES FERREIRO

FERNANDO FERNÁNDEZ LEICEAGA

MARIA DEL CARMEN NÚÑEZ FIAÑO

A Coruña, doce de abril de dous mil dezasete.

No recurso contencioso-administrativo que, co número 15507/2015, presentado por MONCAR MONTAJES NAVALES DE CABRAL SOCEIDAD **COOPERATIVA** GALLEGA, representado polo procurador Sr.Rodríguez



Siaba , dirixido polo letrado D^a Cazorla Torrado, contra o acordo de 15.05.2015 do TEAR. É parte a Administración demandada o TEAR/AEAT, representado polo letrado do Estado.

É relator o Ilmo. Sr. D. FERNANDO FERNÁNDEZ LEICEAGA.

ANTECEDENTES DE FEITO

PRIMEIRO. - Admitiuse a trámite o recurso, e practicáronse as dilixencias oportunas, presentado o recorrente a súa demanda, na que solicitou que se acollera integramente o recurso.

SEGUNDO. - Conferido traslado á parte demandada, solicitouse a desestimación do recurso, de conformidade cos feitos e fundamentos de dereito consignados na contestación da demanda.

TERCEIRO. - Recibíndose o asunto a proba e declarado concluso o debate escrito, quedaron as actuacións sobre a mesa para resolver.

CUARTO. - Na sustanciación do recurso observáronse as prescricións legais, sendo a súa contía 309.301,31 EUROS.

FUNDAMENTOS XURIDICOS

PRIMEIRO.- O acto que se recorre é o acordo de 15.05.2015 do TEAR que rexeita a reclamación económico administrativa contra a liquidación e sanción I.Sociedades anos 2007- 08-09-10: non lle admiten a deducción dos gastos que reflicten as facturas de: 1º CONSTRUCCIONES ALBINO RODRÍGUEZ SL por tratarse dun inmovilizado material (e non dun gasto) e 2º de PIU DURAC, PROMOTORA ASESORA Y MONTAJES GALICIA SIGLO XXI, CHITA DE LAS CINCO JOTAS DE GALICIA SL y RENOVADOS DE LAS CINCO JOTAS DE GALICIA SL por non responder a traballos reais.

A sentenza de 05.11.2015 do Xulgado do Penal núm.1 de Vigo declara como FEITO PROBADO que as facturas xiradas por PIU DURAC, PROMOTORA ASESORA Y MONTAJES GALICIA SIGLO XXI, CHITA DE LAS CINCO JOTAS DE GALICIA SL y RENOVADOS DE LAS CINCO JOTAS DE GALICIA SL non responden a traballos reais e condena ó Sr. Juan - representante legal e administrador de MONCAR MONTAJES NAVALES DE CABRAL SOCEIDAD **COOPERATIVA** GALLEGA - a dous anos de prisión e 9 meses de multa cunha cota de 6 euros/día, con responsabilidade persoal subsidiaria no caso de falta de pagamento e custas.

SEGUNDO.- A demanda cingue a controversia á SANCIÓN TRIBUTARIA - art. 191 LXT - alegando a infracción do principio do non bis in ídem.

Compre indicar que dita alegación só se realiza verbo de parte das facturas - as relatadas na sentenza de 05.11.2015 do Xulgado do Penal de Vigo - dado que no caso das facturas de Construcciones Albino SL a motivación da sanción é diferente, xa que en todo momento se partiu de que se prestaron os traballos e a problemática era unha defectuosa contabilización, da que se derivada unha míngua na cota tributaria a ingresar (art. 191.2 LXT).

Dado que nada se formula contra a parte da sanción atribuíble a ditas facturas limitaremos o debate as declaradas falsas na sentenza do penal.

O letrado do Estado sostén que a condena penal afecta a unha persoa física e a sanción administrativa a unha xurídica polo que non concorre a prohibición do non bis in ídem.

Con carácter xeral podemos dicir que a multiplicidad de casos nos que é posible que un mesmo feito poida ser obxecto dunha sanción penal e/ou administrativa dá lugar a que deba aplicarse o principio non bis in idem para evitar que un mesmo feito ou conduta poida ser sancionado en dúas ocasións. E iso é obvio en aplicación do principio constitucional de que ninguén pode ser sancionado por un mesmo feito en dúas ocasións, ou como o propio Tribunal Constitucional sinalou, en canto o principio non bis in idem veda a imposición dunha dualidade de sancións «nos casos en que se aprecie a identidade do suxeito, feito e fundamento» (STC 2/1981 [RTC 1981, 2] , FJ 4; reiterado entre outras moitas nas SSTC 66/1986, do 26 de maio [RTC 1986, 66] , FJ 2 ; 154/1990, do 15 de outubro [RTC 1990, 154] , FJ 3 ; 234/1991, do 16 de decembro [RTC 1991, 234] , FJ 2 ; 270/1994, do 17 de outubro [RTC 1994, 270] , FJ 5 ; e 204/1996, do 16 de decembro [RTC 1996, 204] , FJ 2). E así, destaca o TC que a garantía de non ser sometido a bis in idem configúrase como un dereito fundamental que, na súa vertente material, impide sancionar en máis dunha ocasión o mesmo feito co mesmo fundamento (por todas, SSTC 159/1985, do 27 de novembro [RTC 1985, 159] , FJ 3 ; 94/1986, do 8 de xullo [RTC 1986, 94] , FJ 4 ; 154/1990, do 15 de outubro [RTC 1990, 154] , FJ 3 ; e 204/1996, do 16 de decembro [RTC 1996, 204] , FJ 2).



O que se pretende con esta prohibición do non bis in idem (ex art. 25 CE) é que se xustificase ante unha mesma actuación o exercicio do ius puniendi polos Tribunais e á súa vez da potestade sancionadora da Administración». Así, na STC 159/1987 (RTC 1987, 159) (fundamento xurídico 3º), declarouse que devandito principio impide que, a través de procedementos distintos, sanciónese repetidamente a mesma conduta, pois «semellante posibilidade entrañaría, en efecto, unha inadmisíbel reiteración no exercicio do ius puniendi do Estado e, inseparablemente, unha aberta contradición co mesmo dereito á presunción de inocencia, porque a coexistencia de dous procedementos sancionadores para un determinado ilícito deixa aberta a posibilidade, contraria a aquel dereito, de que uns mesmos feitos, sucesiva ou simultaneamente, existan e deixen de existir para os órganos do Estado (sentenza 77/1983, de 3 Oct . [RTC 1983, 77] , fundamento xurídico cuarto)».

E na STC do 11 de Outubro de 1999 (RTC 1999, 177) á hora de evitar que os cidadáns se enfronten a unha dobre prohibición destácase que se a esixencia de lex previa e lex certa que impón o art. 25.1 da Constitución obedece, entre outros motivos, á necesidade de garantir aos cidadáns un coñecemento anticipado do contido da reacción punitiva ou sancionadora do Estado ante a eventual comisión dun feito ilícito, ese labor garantista deviría inútil se ese mesmo feito, e por igual fundamento, puidese ser obxecto dunha nova sanción, o que comportaría unha punición desproporcionada da conduta ilícita. Desde esta perspectiva substancial, o principio de ne bis in idem configúrase como un dereito fundamental do cidadán fronte á decisión dun poder público de castigalo por uns feitos que xa foron obxecto de sanción, como consecuencia do anterior exercicio do ius puniendi do Estado.

O que se trata, polo tanto, é de determinar se é aplicable a prohibición citada, para o que é fundamental que concorra a triple identidade de persoas, feitos e fundamentos, cousa que non acontece no presente caso, dado que na sentenza penal a condena se impón a unha persoa física (o administrador da sociedade) e a sanción administrativa se impón á persoa xurídica (**Cooperativa**), cousa posible dado que o TC admite na súa Sentenza 246/1991, do 19 de decembro (RTC 1991, 246) , a imputabilidade de infraccións administrativas ás persoas xurídicas, responsabilizándoas das consecuencias, ao concorrer culpa «in vixiando». Nesta mesma liña sitúase a STS do 5 de novembro de 1998 (RJ 1998, 7945) .

No caso presente temos a singularidade de que a condena penal non abranguiu á persoa xurídica por falarmos de actos previos á reforma do CPenal de 2010, polo que esta non foi obxecto de axuízamento pola xurisdición penal, e este feito é determinante para que a condena administrativa non infrinxa o principio do non bis in ídem.; así o sinala a sentenza do Tribunal Supremo, Sala Terceira, do Contencioso-administrativo, Sección 4ª de 31 Mar. 2010 (RJ 2010, 2759) , rec. 457/2008 tratábase dun suposto de sanción administrativa a unha empresa, co que a derivación ás persoas físicas na orde penal non infrinxía a prohibición do bis in idem. E así recolle a sentenza que: «Procede casar a Sentenza de instancia ao conter a mesma unha doutrina errónea que é preciso anular para unificar a doutrina que vén mantendo este Tribunal no sentido de que para aplicar o principio "non bis in idem", non só debe existir unha identidade de feitos ou fundamentos, obxecto e causa material ou punitiva, senón tamén de suxeitos e iso non sucede no caso de autos pois a sentenza penal condenou a tres persoas o arquitecto superior e o arquitecto técnico responsable da obra así como o encargado xeral de seguridade da empresa como responsables dos delitos dos que se lles acusaba, mentres que a sanción administrativa recae sobre a empresa pola non adopción de medidas de seguridade no traballo de modo que non existe infracción ao principio de non bis in idem ao non sancionarse polos mesmos feitos a idénticas persoas.»

No mesmos sentido a STSX galiza 793/2013: *Agora ben, quen foi condenado nesa sentenza penal foi o administrador da sociedade, cando a sancionada no procedemento administrativo foi a entidade actora, non concorrendo entón a identidade de suxeito, feito e fundamento que se esixe para apreciar unha vulneración do principio de non bis in idem .*

A STSX País Vasco de 12.02.2015 reflicte: *Pero non así a comparación do seu ámbito subxectivo posto que resulta obvio que no presente caso a sanción administrativa recaeu sobre unha persoa xurídica -a sociedade mercantil Acqua Medicamento e Cirurxía Estética, S.L.- mentres que o proceso penal dirixiuse necesariamente contra persoas físicas. En efecto, así como no ámbito administrativo o art. 130.1 da Lei de réxime xurídico das Administracións públicas e do procedemento administrativo común prevé a posibilidade de sancionar ás persoas xurídicas pola comisión de feitos constitutivos de infracción administrativa, recoñecéndolles, pois, capacidade infractora (no mesmo sentido, STC 246/1991, do 19 de novembro , FJ 2), pola contra, no ámbito penal, ata a reforma do Código penal levada a cabo pola Lei Orgánica 5/2010, do 22 de xuño, rexeu no noso ordenamento o principio *societas delinquere non potest*.*

Por tanto, descartado que no presente caso, dada a data en que acaeceron os feitos, a persoa xurídica xa sancionada administrativamente poida chegar a selo tamén no curso do proceso penal, debemos tamén descartar que exista identidade real entre a mencionada persoa xurídica e as persoas físicas contra as que se dirixe o proceso penal, pois, desde que se outorgou a escritura da súa constitución o 21 de novembro de 2001,



son administradores mancomunados de Acqua Medicamento e Cirurxía Estética, S.L., os cónxuxes D. Juan Ignacio e D^a Remedios , dos cales só o primeiro prestou declaración como imputado nas actuacións penais, no curso das cales o fixeron, ademais del, outras dezanove persoas.

Nesta mesma liña, xa no ATC 355/1991, do 25 de novembro (FJ 5), apreciamos que no caso alí examinado non se daba a identidade subxectiva entre ambos os procesos, tendo en conta que os acusados no proceso penal eran dous xerentes da empresa, mentres que no expediente administrativo o era a propia empresa. Posteriormente, no ATC 357/2003, do 10 de novembro (FJ 2), afirmamos que "tampouco é posible apreciar a tripla identidade requirida, de suxeitos, feitos e fundamentos, que se erixen en orzamentos da interdicción constitucional de incorrer en bis in idem ao non darse a identidade subxectiva esixida como orzamento para a vulneración denunciada cando nun dos procesos sanciónase á persoa xurídica empresario e no outro se sanciona penalmente ao representante legal da mesma".

Por tanto, non cabe apreciar a concorrencia dunha identidade subxectiva nos procesos administrativo e penal que puidese dar lugar á infracción do principio non bis in idem e, en consecuencia, da regra de prioridade de xurisdición penal sobre a actividade administrativa sancionadora, sen prexuízo, naturalmente, do que finalmente chegue a declararse no seu día con valor de cousa xulgada no proceso penal."

En consecuencia, e aplicando a referida doutrina ao caso que nos ocupa - no que si concorre sentenza na orde penal, no que, acorde á lexislación penal vixente non se sancionou á mercantil, da que resulta palmariamente a ausencia de identidade subxectiva dos penados coa sancionada en vía administrativa -, ha de concluírse que a sentenza de instancia resolveu con todo acerto a cuestión controvertida no recurso de apelación, citando ademais a sentenza desta Sala do 7 de abril de 2009, rec. 396/06 , na que remitíndonos á sentenza do TC 2/03 e Auto nº357/03, do 10 de novembro de 2003 , concluíamos que non era posible apreciar a identidade subxectiva esixible para invocar a aplicación do principio non bis in idem cando a sanción administrativa e a sanción penal impoñense a distintos suxeitos

Coa doutrina citada resulta evidente que non concorre a prohibición do non bis in idem, sen que o acordo do Tribunal de suspendelas actuacións en espera da sentenza penal sexa contraditoria con esta apreciación.

A suspensión fundamentouse na identidade dos feitos e a relevancia que a sentenza penal podía ter verbo da FALSIDADE das facturas e non na identidade das persoas - aínda que é evidente que ó Sr. Juan actuou e condenárono por ser representante da **Cooperativa**.

O dito obriga a rexeitalo recurso.

Tampouco é posible atendela petición de atemperala sanción administrativa - tendo en conta a multa a pagar polo Sr. Juan en vía penal.

O feito de que sexan persoas diferentes a condenada en vía penal (a pena e multa son persoais do Sr. Juan : outra cousa é que as asuma voluntariamente a **Cooperativa**, cuestión allea á condena propiamente dita) e administrativa impide ter en consideración as diferentes cantidades económicas a satisfacer para facela compensación solicitada, sen que esto infrinxa o principio de proporcionalidade, polo que, rexeitámolo recurso íntegramente.

TERCEIRO.- Impoñenselle as custas ata a contía máxima de 1.500 euros para cubrilos custos da asistencia xurídica da administración, de conformidade co disposto no artigo 139 da Lei Xurisdicional .

Por todo o exposto, en nome do Rey, pola autoridade que lle confire a Constitución, esta sala decidiu

FALLAMOS

Que REXEITÁMOLO recurso contencioso-administrativo presentado por MONCAR MONTAJES DE CABRAL SOCIEDAD **COOPERATIVA** GALLEGA contra a resolución de 15.05.2015 do TEAR (Liquidacion/sanción I.Sociedades anos 2007-08-09-10, exped 54/1082-1083/13).

Impoñenselle as custas ata a contía máxima de 1.500 euros.

Notifíquese ás partes e, no seu momento, devólvase o expediente administrativo á súa procedencia, con certificación desta resolución. Contra esta resolución teñen un recurso de casación ante a Sala Terceira do Tribunal Supremo. Devandito recurso haberá de prepararse ante a Sala de instancia no prazo de trinta días, contados desde o seguinte ao da notificación da resolución que se recorre, en escrito no que, dando cumprimento aos requisitos do artigo 89 da Lei Reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa , tómese en consideración o disposto no punto III do Acordo da Sala de Goberno do Tribunal Supremo de data 20 de abril de 2016, sobre extensión máxima e outras condicións extrínsecas dos escritos procesuais referidos ao recurso de casación (B.Ou.E. do 6 de xullo de 2016).



Así o pronunciamos, mandamos e asinamos.

PUBLICACION. - A sentenza anterior foi lida e publicada o mesmo día da súa data, polo Ilmo. Sr. Maxistrado Relator D. FERNANDO FERNÁNDEZ LEICEAGA ao estar a celebrar audiencia pública a Sección 004 da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. Dou fe. A CORUÑA, doce de abril dous mil dezasete.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

EDJ 2016/20420

AP Pontevedra, sec. 1ª, S 9-2-2016, nº 64/2016, rec. 618/2015

Pte: Pérez Benítez, Jacinto José

Resumen

Concurso de acreedores. Concurso culpable. Responsabilidad del administrador de hecho. La AP declara la calificación del concurso como culpable por incumplimiento de la obligación de llevanza de contabilidad. Tal responsabilidad es exigible a los administradores de hecho cuando se reserven una intervención directa en la administración de la empresa asumiendo todas las actividades comprendidas en el objeto social (FJ 3).

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 22/2003 de 9 julio de 2003. Ley Concursal

art.164 , art.165 , art.172 , art.172.bis

RD de 22 agosto de 1885. Código de Comercio

art.25

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCURSO DE ACREEDORES

CUESTIONES GENERALES

REQUISITOS Y FINALIDAD

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN

COOPERATIVAS

CUESTIONES GENERALES

NORMAS REGULADORAS

CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN

SOCIEDAD MERCANTIL

CONTABILIDAD

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Administrador social,Miembro de sociedad u otras figuras asociadas; Desfavorable a: Empresa / Empresario

Procedimiento:Recurso de apelación

Legislación

Cita art.164, art.165, art.172, art.172.bi de Ley 22/2003 de 9 julio de 2003. Ley Concursal

Cita art.25 de RD de 22 agosto de 1885. Código de Comercio

Cita art.469, art.477 de Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita dad.15 de LO 6/1985 de 1 julio de 1985. Poder Judicial

Cita art.1105 de RD de 24 julio de 1889. Código Civil

Versión de texto vigente Texto actualmente vigente

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00064/2016

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 618/15

Asunto: CALIFICACIÓN CONCURSO 157/14

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 3 DE PONTEVEDRA CON SEDE EN VIGO

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.64

En Pontevedra a nueve de Febrero de dos mil dieciséis

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento concurso 157/14, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra con sede en Vigo, a los que ha correspondido el Rollo núm. 618/15, en los que aparece como parte apelante: D. Balbino, D. Dimas, representado por el Procurador D. FATIMA PORTABALES BARROS, y asistido por el Letrado D. Dimas, y como parte apelados: ROMILCOVI SOCIEDAD COOPERATIVA GALLEGA, representado por el Procurador D. LUIS RAMON VALDES ALBILLO, y asistido por el Letrado D. GASPAR OTERO CAMPOS; ASEGECovi, representado por el Procurador D. FATIMA PORTABALES BARROS, y asistido por el Letrado D. Dimas; ADMINISTRACION CONCURSAL DE ROMILCOVI SOCIEDAD COOPERATIVA GALLEGA Y MINISTERIO FISCAL, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra con sede en Vigo, con fecha 25 junio 2015, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Con estimación parcial de la solicitud de declaración de calificación culpable formulada por la Administración Concursal y del Ministerio Fiscal:

DEBO DECLARAR Y DECLARO CULPABLE el concurso de ROMILCOVI SOCIEDAD COOPERATIVA GALLEGA.

DEBO DECLARAR Y DECLARO que resultan personas afectadas a la calificación ASEGECovi, SL, D. Dimas Y Balbino.

DEBO CONDENAR Y CONDENO a ASEGECovi, SL, D. Dimas Y D. Balbino, a la inhabilitación para administrar bienes ajenos por TRES años para cada uno de ellos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.

DEBO CONDENAR Y CONDENO A ASEGECovi, SL, D. Dimas Y D. Balbino a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o a la masa y a ASEGECovi, SL, D. Dimas Y A Balbino, en concepto de daños y perjuicios, a indemnizar conjunta y solidariamente a la suma en la cantidad de 226.671,06 euros.

No hago especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta instancia."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Balbino, D. Dimas, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-.- Es objeto de recurso la sentencia de primera instancia que declaró culpable el concurso de Romilcovi, Sociedad Cooperativa Gallega, y declaró personas afectadas por la calificación a Asegecovi, S.L., a D. Dimas y a D. Balbino, a quienes condenó a las penas de inhabilitación, pérdida de derechos en la masa y a indemnizar solidariamente a ésta con la suma de 226.671,06 euros.

De las causas de calificación esgrimidas por el administrador concursal (AC, en adelante), consistentes en el incumplimiento sustancial de la llevanza de contabilidad (art. 164.2.1º), falta de depósito de cuentas (art. 165.1.3º), retraso en la solicitud de concurso (art. 165.1.1º) y por el Ministerio Fiscal, que añadió a las anteriores la cita de las causas 4ª y 5ª del art. 164.2 (alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y salida fraudulenta de bienes), la sentencia fundamenta su decisión en la concurrencia de dos causas:

a) la omisión de la llevanza de contabilidad desde el ejercicio 2011 en adelante (art. 164.2.1º), por incumplimiento sustancial de tal obligación;

b) el alzamiento de bienes de la concursada en perjuicio de los acreedores, constituido por el pago de honorarios a la entidad Asegecovi, S.L. " en una cantidad excesiva " (en referencia a la suma de 231.454 euros).

La sentencia fundamenta la legitimación pasiva de las personas afectadas en la consideración de que se trata de los administradores de hecho de la cooperativa en concurso.

Contra dicho pronunciamiento se alcanzan las dos personas físicas condenadas. El recurso de apelación comienza con un exordio sobre las causas de la insolvencia de la cooperativa, que los recurrentes imputan a la actuación de la administración central y autonómica, así como de la banca en relación con la política de construcción y financiación de viviendas protegidas, que a la postre hizo imposible el desarrollo de la promoción que constituía el objeto de la actividad cooperativizada; seguidamente se subsumen estos hechos en la cita del art. 1105 del Código Civil, pues la situación creada supuso un acontecimiento imprevisible.

Los recurrentes también rechazan el juicio de imputación de la sentencia, con el argumento de que tan sólo estuvieron gestionando la cooperativa " un tiempo parcial ", frente a la actuación del consejo rector y de " los segundos gestores "; en este apartado, el recurso continúa imputando a éstos una actuación fraudulenta, así como el incumplimiento de normas imperativas de la legislación sectorial.

El recurso combate la causa de culpabilidad consistente en la no llevanza de contabilidad, con el argumento de que su elaboración correspondía en realidad a la nueva gestora, justificando la falta de cierre de la contabilidad de 2011 en la afirmación de que la cooperativa carecía de fondos.

En relación con la causa de calificación consistente en el alzamiento de bienes por el pago de honorarios " excesivos ", el recurso imputa al Ministerio Fiscal el desconocimiento del funcionamiento de la cooperativa, y justifica el pago por la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios cuyo precio fue abonado por los miembros del consejo rector y aprobado por la asamblea, correspondiéndose con la dificultad del servicio encomendado.

El recurso esgrime en defensa de D. Balbino que éste no tenía poderes de la cooperativa, por lo que no se le puede exigir responsabilidad, y finaliza con un epígrafe titulado " errores y omisiones de la sentencia que da lugar a un resultado muy desfavorable para esta parte..." en el que se reiteran los argumentos anteriores.

El AC y el Fiscal, así como la representación de la deudora, se oponen al recurso. El AC inicia su escrito de oposición contradiciendo el argumento sobre las causas de la insolvencia de la cooperativa, que en esencia imputa a una deficiente gestión en el contexto económico en el que se operaba; el AC solicita la confirmación de las dos causas en las que la sentencia fundamenta la impugnación. Por su parte, el Fiscal limita su argumento a ilustrar sobre las funciones de revisión de la prueba en la segunda instancia, que entiende limitada a los casos que aquélla sea ilógica o irracional.

SEGUNDO.-.- La calificación concursal presenta como finalidad principal la de analizar las causas de la insolvencia y, en particular, la determinación de si el comportamiento del deudor, o de otros sujetos a él vinculados directamente o por vía accesoria, ha contribuido en su generación o agravamiento, depurando a tal fin las correspondientes responsabilidades a través del cuadro de sanciones que recoge el art. 172 y, en su caso, 172 bis. La declaración de culpabilidad supone, por tanto, un juicio de reproche dirigido contra las " personas afectadas " y sus cómplices, exigente de la valoración de su conducta, no bastando la mera constatación de la situación de insolvencia patrimonial que determinó la declaración de concurso; la valoración de la conducta de los legitimados

pasivos implica un acto de imputación subjetiva, por incumplimiento de específicos deberes como causa de la insolvencia o como determinante de su agravación.

De otra parte, resulta útil precisar, en línea con las afirmaciones contenidas en la sentencia recurrida, que la explicación del sistema legal de la responsabilidad concursal viene siendo desarrollado por un cuerpo de doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del TS que clarifica y complementa los preceptos legales, de forma notoriamente conocida. Bastará con recordar, en tanto entre en vigor la reforma operada por la Ley 9/2015, de medidas urgentes de reforma concursal, que según interpretación consolidada en la jurisprudencia del TS, los supuestos de presunciones iuris et de iure contenidos en el apartado 2 del art. 164 de la LC, determinan la calificación como culpable de forma independiente de la prueba de la producción del resultado de la agravación o generación de la insolvencia del concursado, bastando por tanto con la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la norma. La ejecución de las conductas, positivas o negativas que se describen en los seis ordinales del apartado 2 del artículo 164 basta para determinar la calificación culpable por sí sola, aunque no hayan generado o agravado el estado de insolvencia de la concursada.

Puede afirmarse, a juzgar por los argumentos de la sentencia, del recurso y de los escritos de oposición, que todos los intervinientes parten de un entendimiento común del sistema de calificación, en línea con lo hasta aquí expuesto. Hacemos notar finalmente que las únicas causas que llegan a esta segunda instancia se refieren a las dos presunciones iuris et de iure de omisión sustancial de llevanza de contabilidad y alzamiento de bienes.

TERCERO.-.- El incumplimiento sustancial de llevanza de contabilidad.

El supuesto 1º del art. 164.2 configura como causa autónoma determinante por sí misma de la calificación de culpabilidad, tres supuestos diferentes: el incumplimiento sustancial de la obligación del empresario de llevar contabilidad, la llevanza de doble contabilidad, y la comisión en las cuentas de una irregularidad relevante. El precepto se conecta con la obligación contenida en el art. 25 del Código de Comercio, que impone a todo empresario el deber de llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa, que permita un seguimiento cronológico de sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios, debiendo llevar, al menos, un libro diario y otro de inventarios y cuentas anuales, que habrán de presentar en el Registro Mercantil de su domicilio para su legalización.

La norma concursal establece una gradación en la valoración de las conductas de incumplimiento del empresario en relación con la contabilidad, castigando con mayor gravedad la omisión sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad en la forma legalmente exigida y la comisión de irregularidades contables relevantes (basta su constatación para que se declare la culpabilidad), y con menor intensidad el incumplimiento de otros deberes en relación con las cuentas (art. 165.3º): la no formulación de cuentas, la no sumisión de éstas a auditoría en los casos en que proceda, o la falta de depósito en el Registro Mercantil en uno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso. En estos casos no basta el comportamiento omisivo del empresario, sino que se exige la acreditación del vínculo causal entre la omisión y la generación o agravación de la insolvencia, con la posibilidad añadida de que el demandado de calificación convenza de que la falta de cumplimiento de los deberes fue excusable.

Esto es así porque la contabilidad mercantil constituye un sistema de información financiera dirigido esencialmente a terceros, que se refleja en una declaración de conocimiento que emite el empresario, que debe elaborar y aprobar por el cauce legal establecido, en cumplimiento de un deber de carácter público (art. 25 CCom). Lo que la norma concursal sanciona en este lugar es el incumplimiento esencial de este deber legal no llevando la contabilidad en la forma legalmente establecida, pues es evidente que la omisión absoluta de toda contabilidad no resulta compatible con el ejercicio de una actividad empresarial en condiciones de normalidad.

Aplicación de la doctrina expuesta al caso.

En el caso lo que el AC denunciaba era la ausencia de registros contables (la ausencia de contabilidad alguna) durante los ejercicios 2011 a 2013 y durante el período previo a la declaración de concurso en 2014, si bien el propio informe de calificación advertía que ello no era la causa de la insolvencia, en una consideración innecesaria, pues ya se ha dicho que en el caso de las presunciones del 164.2 esa relación causal no resulta relevante. El informe detallaba además que existía un libro diario del ejercicio 2010, legalizado en 2013 y una relación de ingresos y gastos manuscrita correspondiente a 2013 y 2014.

Lo cierto es que también el informe detallaba la especialidad del supuesto, pues en realidad la cooperativa apenas había desarrollado actividad, más allá de la adquisición del solar donde habría de construirse, la contratación de técnicos que elaboraron el proyecto básico para la construcción, a contratar con la gestora, y a captar cooperativistas, por lo que los " estados contables no revisten mayor complejidad ". Pero nos parece evidente que por sencillas que pudieran ser las operaciones o los actos contables que habían de ser registrados, la omisión de toda constancia en la forma legalmente establecida determina la concurrencia de la hipótesis de la norma. La ley no exonera de llevar contabilidad en función de la menor complejidad de las operaciones de la empresa.

Frente a esta imputación, resultó llamativo que la propia deudora apoyara la pretensión del AC y del MF (auténtica peculiaridad

del presente litigio, donde lo que se reproduce es un enfrentamiento entre la cooperativa y sus anteriores gestores, ya ventilado ante la jurisdicción penal); la deudora insistía en que quienes se encargaban de la elaboración de la contabilidad era la empresa Asegecovi.

Por su parte, en el esquemático escrito de oposición presentado por Asegecovi y sus dos administradores se adelantaba la defensa de D. Balbino de que no tenía poder de la cooperativa y se justificaba la falta de elaboración de las cuentas en que " sin dinero no se puede hacer nada ". Por tanto, no se negaba la realidad de la imputación, sino que se limitaba a esgrimir la defensa de la irrelevancia del incumplimiento y de la falta de intervención de uno de los administradores, como retoma el escrito de recurso. En éste se añade que los poderes de D. Dimas se revocaron en enero de 2013, por lo que la contabilidad de 2012, 2013 y 2014 correspondía a la nueva gestora, limitándose su obligación a " cerrar la contabilidad de 2011 ", lo que no se hizo por falta de dinero, según los recurrentes.

Con independencia de que la justificación ofrecida resulta improcedente (la falta de dinero no justifica en ningún caso la llevanza de contabilidad, y la omisión de confeccionar cuentas es diferente de la obligación de su formulación a efectos de las presunciones de culpabilidad, como antes se ha indicado), la peculiaridad del caso radica en la condición de los legitimados pasivos.

En efecto, debe hacerse notar que la condición subjetiva de personas afectadas de la mercantil y sus dos administradores viene en la sentencia de su consideración como administradores de hecho. En línea de principio, la obligación de llevar contabilidad incumbe directamente a los administradores de derecho, que son los obligados a formular las cuentas, en el caso, el consejo rector. Pero los administradores de hecho también pueden resultar responsables en los casos en los que se reservaran una intervención directa en la administración de la empresa, dominando la actuación de los administradores de derecho (cfr. apartado 16, STS 22.7.2015).

En el caso, resulta necesario precisar la relación de la cooperativa concursada con Asegecovi. Como es hecho consentido, tal relación viene de la firma del contrato de arrendamiento de servicios por el que se atribuía a dicha mercantil prácticamente todas las actividades comprendidas en el objeto social. La obligación, -también expresamente impuesta en el contrato-, de confeccionar la contabilidad no debe entenderse como una obligación aislada, sino en el contexto de un pacto que atribuía la práctica totalidad de la gestión empresarial de la cooperativa a Asegecovi.

Esta forma de operar resulta conocida en el tráfico jurídico, especialmente en el ámbito de las cooperativas de viviendas, donde la posibilidad legalmente permitida de que, con aprobación de la asamblea, se ceda la gestión de la cooperativa a un tercero (art. 120.4 Ley de Cooperativas de Galicia) ha dado paso a un arriesgado fenómeno empresarial en el que algunas empresas promotoras, sin fondos suficientes para asumir por sí mismas el riesgo del negocio inmobiliario, promueven la creación misma de la cooperativa, transfiriendo a los futuros cooperativistas el riesgo empresarial. Esto es lo que ha sucedido en el caso presente, según se desprende de la documentación aportada, tanto del informe del administrador concursal, no contradicho en estos aspectos por la defensa de las personas afectadas por la calificación, como del contrato de 14.3.2011, (folios 283 y ss.). Nótese que desde el momento mismo de la constitución de la cooperativa se encargó la gestión a Asegecovi (a la que se califica de " promotora de la iniciativa " de la creación misma de la cooperativa, vid. folio 209 de las actuaciones, y de la que se afirma que " ha realizado y está realizando las gestiones necesarias al objeto de constituir una cooperativa de viviendas..." , folio 284, expositivo primero del contrato).

Esta cesión de la gestión de la cooperativa justifica la imputación de la sociedad gestora como administradora de hecho, pues en la práctica no se limita, -como resulta del contrato-, a ejecutar las órdenes del consejo o de la asamblea, sino a asumir en su integridad la gestión y la ejecución de la actividad cooperativizada (tareas de formación y constitución de la cooperativa, de estudios de viabilidad de la promoción, de asesoramiento financiero y función administrativa, contable y fiscal, según los diversos epígrafes de las obligaciones asumidas en el contrato); por tanto no se trata de un mero apoderado general, (que en cualquier caso también atribuiría la legitimación pasiva en calificación) sino de una entidad que en la práctica asumía las funciones del consejo rector, tomando decisiones autónomas ante la habitual inexperiencia de los cooperativistas y de sus órganos de representación y control.

En consecuencia, transferida la gestión en función del contrato a Asegecovi, a ésta también correspondía la obligación de elaborar los estados contables.

Sin embargo, como también resulta de las actuaciones, el 13.3.2013 la asamblea de la cooperativa resolvió el contrato, por lo que la no elaboración de estados contables en 2014 no es responsabilidad de la gestora, por que la declaración de culpabilidad por la concurrencia de la causa 1ª del art. 164.2 resulta conforme a derecho.

Por el contrario, no encontramos ni en la sentencia ni en los escritos de calificación (informe del AC y dictamen del fiscal) elementos que permitan la imputación directa a las personas físicas que integraban la administración de Asegecovi. La obligación de formular cuentas se asumió por la persona jurídica y no se aportan razones que justifiquen la derivación de responsabilidad a su órgano de administración. La sentencia parece derivar esta imputación del " otorgamiento de poderes amplísimos " a los administradores, pero esta atribución, que no consta en la documentación aportada, no era sino la ejecución de los pactos asumidos en el contrato de gestión, de modo que la actuación de D. Dimas y de D. Balbino lo era en la condición de administradores de la gestora, y no en su propio nombre. Así, la firma del contrato de compraventa por el cual la cooperativa adquirió el suelo, no era un acto en el que intervino D. Dimas como persona física, sino en ejecución del contrato, como administrador solidario de Asegecovi.

La gravedad de la conducta justifica el mantenimiento de la duración de la sanción legal establecida en la sentencia de instancia.

CUARTO.-.- Calificación culpable por concurrencia de la causa 4º del art. 164.2.

En relación con la causa de culpabilidad relativa al alzamiento de bienes de la masa, la sentencia, asumiendo la pretensión del Ministerio Fiscal, calificó como tal el pago hecho a la gestora de los honorarios pactados en el contrato (10% del coste total de la promoción) en la suma de 226.671,06 euros. El alzamiento implica un acto de ocultación o la desaparición sin causa de los bienes de la masa en perjuicio de los acreedores, que de esta forma ven reducida la posibilidad de cobrar sus créditos. No se identifica con la conducta penal, pero presenta similitudes evidentes con los elementos del tipo penal objetivo, exigiendo una ocultación material o jurídica, normalmente clandestina de los bienes del deudor en perjuicio de los acreedores (cfr. STS 27.3.2014).

La sentencia subsume en esa conducta el hecho de los pagos realizados por la cooperativa a la gestora en concepto de honorarios " sin justificación documental, ni contabilización en las cuentas y sin haber realizado la construcción de las viviendas..." Pero la falta de justificación documental integra la causa de justificación anteriormente examinada; de otra parte, la percepción de los honorarios, cuyo pago realizó la cooperativa, no puede ser imputada a título de autoría a los administradores condenados o a la gestora, pues la realización del pago no estaba en las competencias asumidas por Asegecovi (sí se asumía el pago a proveedores, pero no lógicamente el pago de los propios honorarios, cuyo importe fijaba el contrato).

Por tanto yerra la sentencia cuando califica la culpabilidad por la concurrencia de un alzamiento de bienes y declara personas afectadas a la gestora y a sus administradores. Esta imputación consideramos que solo cabría a título de autoría respecto de la propia cooperativa deudora; la consideración de la gestora como administradora de hecho derivaba del contrato de gestión o de arrendamiento de servicios firmado el 14.3.2011 y elevado a público por escritura de 15.3.2011, y el pago de los honorarios, excesivos o no, no puede integrar la causa de calificación culpable de alzamiento de bienes. Si los honorarios se percibieron sin haber cumplido correctamente las prestaciones derivadas del contrato de arrendamiento de servicios, podría existir una salida fraudulenta de bienes de la masa, pero no encontramos en la sentencia ni en el relato del fiscal elementos que permitan subsumir los hechos en la norma del apartado 4º del art. 164.2, pues insistimos ello exigiría la prueba de la existencia de un conocimiento de que el pago suponía una disposición fraudulenta en perjuicio de los acreedores, y tal conducta tan sólo sería predicable de la persona pagadora, no del receptor, que podría intervenir a título de complicidad, pero no como persona afectada.

QUINTO.-.- Consecuencias de la estimación del recurso.

En consecuencia, el motivo se estima en relación con dicha causa de calificación, lo que debe determinar la reducción de las condenas, que deben quedar, a juicio de la Sala, del siguiente modo: la declaración como persona afectada se limitará a la sociedad Asegecovi, S.L., así como el resto de pronunciamientos de pérdida de los derechos como acreedora concursal o contra la masa, con supresión de la obligación de indemnizar la cantidad percibida en concepto de honorarios. Las personas físicas administradoras de la gestora deben quedar absueltas.

La gravedad del hecho imputado a la sociedad gestora, que calificamos con la sentencia como administradora de hecho de la cooperativa, en relación con la no elaboración de contabilidad, determinará la duración de tres años para la sanción de inhabilitación.

Estimado el recurso, no se efectúa pronunciamiento en costas.

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación presentado por la representación de D. Dimas y de DON Balbino contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra en autos de la sección sexta del concurso abreviado 157/2014, dejamos sin efecto la condena de los recurrentes, manteniendo la declaración de culpabilidad del concurso de ROMILCOVI, Sociedad Cooperativa Gallega, y declaramos persona afectada por la calificación a ASEGECovi, S.L., a la que condenamos.

a) a la inhabilitación para administrar bienes ajenos por un período de tres años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período;

b) a la pérdida de cualquier derecho que la persona afectada tuviera como acreedor concursal o contra la masa.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes haciéndoles saber que no es susceptible de recurso ordinario, sin perjuicio de que contra ella puedan interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los recursos extraordinarios de casación o por infracción procesal, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente al de su notificación. Todo ello previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se pondrá testimonio en los autos principales, con inclusión del original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 36038370012016100008

EDJ 2016/45949

AP Lugo, sec. 1ª, S 16-3-2016, nº 129/2016, rec. 464/2015

Pte: Gento Castro, María Zulema

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

COMPRAVENTA
COMPRAVENTAS ESPECIALES
De suministro
COMPRAVENTA MERCANTIL
Especialidades probatorias; en especial facturas y albaranes
COOPERATIVAS
SOCIOS Y ASOCIADOS
CUENTAS ANUALES
PERITOS
FUERZA PROBATORIA
PROCESO CIVIL
PRUEBA
Testigos
Capacidad del testigo
Testigo válido o inhábil

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.394, art.398, art.426.1, art.469, art.477 de Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
Cita art.24 de CE de 27 diciembre de 1978. Constitución Española

Versión de texto vigente **Texto actualmente vigente**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LUGO

SENTENCIA: 00129/2016

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ ANTONIO VARELA AGRELO.

Dª MARÍA ZULEMA GENTO CASTRO.

D. DARÍO ANTONIO REIGOSA CUBERO.

Lugo, a dieciséis de marzo de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000050/2014, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de A FONSAGRADA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000464/2015, en los que aparece como parte apelante-apelada, D. Fidel , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. LUIS FELIPE RODRIGUEZ FERNANDEZ, asistido por el Letrado D. RAFAEL MOREDA GARCÍA, y como parte apelada-impugnante, COFARES SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA, representada por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSÉ ANGEL PARDO PAZ, asistida por el Letrado D/Dª. GALICIA SANDE LAGO, sobre reclamación de cantidad, siendo el Magistrado/a ponente el/la Ilmo./Ilma. D./Dª MARÍA ZULEMA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de A FONSAGRADA, se dictó sentencia con fecha 16 de Marzo de 2015, en el procedimiento del que dimana este recurso.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Estimo la pretensión de Cofares Sociedad Cooperativa Farmacéutica Española frente a don Fidel. Declaro que D. Fidel está obligado a pagar la cantidad que resulte de aplicar a todos los datos contables establecidos en este proceso las reglas establecidas (que también constan en este proceso) por Cofares, en cada momento, para regular sus relaciones con todas las oficinas de farmacia. Condeno a D. Fidel a pagar a Cofares Sociedad Cooperativa Farmacéutica Española la cantidad que se determine en el modo establecido en esta sentencia. Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por partes iguales", también consta auto aclaratorio de la citada sentencia de fecha 30 de Abril de 2015 cuya parte dispositiva dice: "Desestimo la pretensión de la demandante de realizar pronunciamiento expreso de saldo deudor en cuenta abierta en sección de crédito de Cofares (apartado A) del hecho segundo de la demanda. Estimo la pretensión de la demandante y declaro que los datos contables a tomar en consideración para determinar la deuda de don Fidel incluyen todos los documentos existentes en el proceso en los que se expresen datos de relevancia para la cuantificación de la deuda que el demandado tiene con la demandante. Desestimo la pretensión de declaración de cuál ha de ser el procedimiento a seguir." que ha sido recurrido por la parte D. Fidel y COFARES SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 16 de Marzo de 2016 a las 10,30 horas, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada en cuanto no contradigan los que se expresan a continuación.

PRIMERO.- Contra la sentencia de 16 de marzo de 2015 y el auto de aclaración de 30-04-2015 que estiman parcialmente la acción de reclamación de cumplimiento contractual del pago del precio de diversos suministros farmacéuticos, se plantea por el demandado recurso de apelación que se concreta en la alegación de los siguientes motivos:

1.-Infracción de los artículos 469 y siguientes de la LEC así como el artículo 24 de la Constitución al haberse permitido a la demandante a efectuar alegaciones complementarias y aportación de documentos que han supuesto una mutatio libelli.

2.-Error en la valoración de la prueba respecto de la inexistencia del contrato de suministro en la forma recogida en la sentencia; del pago de cantidades reclamadas por importe de 2696,81 euros; y del pedido inicialmente suministrado por la actora.

Asimismo la demandante impugnó la sentencia porque a pesar de existir un allanamiento parcial a la demanda respecto de la cantidad de 2156,68 euros, no fue recogido en el fallo; y por indebida aplicación en la resolución del criterio de determinación en ejecución de sentencia.

SEGUNDO.- -Debemos rechazar en primer lugar las dos alegaciones contenidas en el recurso de apelación de la parte demandada referidas a que al haberse permitido a la demandante a efectuar alegaciones complementarias y aportar documentos en la audiencia previa en contravención con la regulación procesal, se ha producido una mutatio libelli.

No puede obviarse que la acción ejercitada por la parte actora en el presente procedimiento ordinario vino precedida por reclamaciones extrajudiciales y por el correspondiente procedimiento monitorio, sin que en dichas actuaciones se hubiese mostrado oposición por el demandado a la imputación de pagos efectuada en la cuenta contable de la actora e indicada en sus reclamaciones, hasta que lo negó en la contestación a la demanda, por lo que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 426.1 LEC, el juzgador de instancia admitió las alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario, y la prueba pertinente a su acreditación. El demandado, al contestar al monitorio no negó el efectivo suministro de productos ni la recepción de los pedidos, y

señaló que había pagado las cantidades adeudadas correspondientes a pedidos de 2012 y 2013 pero no rechazaba que esas cantidades se habían imputado de común acuerdo al pedido inicial de 2009 que aún se adeudaba por el modo de efectuar su ingreso en la cuenta de la cooperativa.

En el supuesto enjuiciado, acreditado que existió un pedido inicial del farmacéutico demandado a la cooperativa demandante, cuyo pago se aplazó a través de una cuenta corriente contable en la sección de crédito de la cooperativa, y pedidos posteriores, con pago domiciliado en la cuenta corriente bancaria de titularidad del demandado, resultaba necesario conocer cuáles eran las cantidades adeudadas y la imputación de pagos que se había efectuado, sin que dichas circunstancias pudieran considerarse una modificación de la demanda al no haberse reaccionado por el demandado contra la imputación de pagos realizada por la actora y convenida con el deudor, ante las reclamaciones extrajudiciales y en el procedimiento monitorio, que hicieron confiar a la demandante en la plena aquiescencia por parte del demandado con la realidad de las imputaciones, y que, por lo tanto, la obligaron a realizar las alegaciones correspondientes para aclarar la petición contenida en su reclamación, ante el cambio de postura del deudor, que hasta ese momento había aceptado la diferenciación de las dos deudas mantenidas con la parte actora y su distinto método de abono.

En ningún caso puede entenderse que se haya causado indefensión a la parte demandada, pues el objeto del proceso quedó fijado a través de la demanda del procedimiento monitorio, sin que la imputación realizada a los pagos del demandado, consentida por este al haber hecho los ingresos en la llamada cuenta colectora que necesariamente se dirigía a abonar el pedido inicial domiciliado en la cuenta contable de la sección de crédito de COFARES, como más tarde se indicará al examinar la prueba, y sin negarla de forma expresa al oponerse al monitorio, necesariamente llevaba a la parte actora a considerarla indiscutida.

Además, la alegación complementaria no produjo alteración de la pretensión inicial de la actora, sino que vino a aclarar el motivo por el que considera impagada parcialmente la deuda reclamada, y será la prueba practicada, la que deberá demostrarlo.

TERCERO.-.- En relación con la valoración de la prueba la Sala coincide sustancialmente con la valoración contenida en la sentencia apelada, con los matices que se dirán, porque el nuevo examen de la prueba practicada, y en especial de la documental aportada con la demanda, y la grabación de las periciales practicadas y las testificales de D. Balbino y D. Fernando, demuestra que el demandado, D. Fidel, es farmacéutico y titular de una oficina de farmacia en Navia de Suarna, quien desde el inicio de su actividad profesional en 2009, descartada, por tanto, su condición de consumidor, solicitó el ingreso en COFARES, Sociedad Cooperativa Farmacéutica, que le fue concedido y por ello inició sus compras de productos farmacéuticos a dicha cooperativa, que le asignó sus códigos y le entregó el ejemplar vigente de los estatutos. Además, la sociedad admitió que hiciese un pedido inicial respecto de los productos comprados en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2009, cuyo importe total se pagaría, tras un periodo de carencia, en el plazo de cinco años según un calendario de pagos que le fue comunicado y cuyo pago se gestionaría a través de una cuenta corriente contable en la sección de crédito de la cooperativa. Por el contrario, el pago del resto de las compras efectuadas hasta 2014 se domiciliaron en la cuenta designada por el farmacéutico en su entidad bancaria, Bancofar. El demandado ya conocía el funcionamiento de la cooperativa con los socios porque había trabajado con anterioridad para una empresa vinculada a Cofares.

El demandado no pagó ninguna de las cuotas del llamado pedido inicial a medida que iban venciendo, mientras que sí pagaba las facturas domiciliadas en su cuenta corriente bancaria correspondiente a los suministros.

Tras una serie de reuniones con los trabajadores de Cofares, Sres. Balbino y Fernando, se comprometió a iniciar los pagos referidos al llamado pedido inicial, y comenzó por ello los ingresos en las cuentas collectoras de la cooperativa que esta destinaba al pago del crédito abierto en su sección de crédito, de tal forma que la deuda inicial que ascendía a la suma de 186397,38 euros, pagadera en 55 mensualidades, fue reduciéndose hasta la fecha de la reclamación en el que la deuda es de 35523,80 euros, esto es, hasta el vencimiento de 25.12.2013, a los que habría de añadirse la suma de 19015,99 euros correspondiente a los intereses, según confirma el informe pericial elaborado por la Sra. María Milagros. Debe añadirse que la cifra a que asciende el pedido inicial, aun cuando es negada por el demandado, se corresponde con la contabilidad de la demandante según el referido informe pericial y dicha información se ve ratificada por la declaración contenida en el documento solicitado a la AEAT (modelo 347 del año 2009 presentado por el demandado). Debe resaltarse que la actora no reclama en el presente procedimiento la totalidad de la suma a que asciende el precio del pedido inicial en atención de que algunas cuotas no se hallaban vencidas al tiempo de interposición de la demanda.

Además ha resultado acreditado que al tiempo de iniciar los pagos en la cuenta colectora de la cooperativa, el demandado dejaba de atender los recibos domiciliados en su cuenta bancaria referidos a los suministros corrientes de la farmacia, de forma que ingresaba en la cuenta de la cooperativa cantidades similares a las facturas que no pagaba en la cuenta bancaria (restaba los intereses), a pesar de que era conocedor de que en la cuenta abierta en la sección de crédito de la cooperativa se estaba pagando el pedido inicial mientras que en la cuenta bancaria de su titularidad se pagaban los suministros normales de la farmacia.

Las cantidades reclamadas coinciden con las efectivamente adeudadas como se encarga de confirmar el informe pericial de Doña. María Milagros, sin que pueda tenerse en consideración el elaborado por el Sr. Jose Carlos, el cual debido a la carencia de información que le fue suministrada no refleja la realidad de la situación enjuiciada.

En consecuencia debe entenderse probada la deuda por importe de 153580,14 euros que devengará los intereses pactados por la cooperativa (15% ó 15,20% por devolución de recibos) desde la fecha de interposición de la demanda de procedimiento monitorio así como los intereses de demora conforme a la Ley de Lucha contra la morosidad desde dicha fecha hasta su completo pago, al probarse asimismo que el deudor ha incurrido en mora.

CUARTO.-.- De conformidad con los hechos que estimamos probados no procede acoger tampoco el motivo alegado de error en la valoración de la prueba y, por tanto, desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado por el demandado así como estimar la impugnación de la sentencia realizada por la parte actora al haberse acreditado todos los hechos constitutivos de su reclamación que debe estimarse en su integridad, imponiendo las costas de instancia a la parte demandada.

QUINTO.-.- La desestimación del recurso de apelación determina que deban imponerse al recurrente las costas de esta alzada en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC. Sin embargo no procede la imposición de las costas de la impugnación a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación

FALLO

Se desestima el recurso de apelación y se estima la impugnación de la sentencia.

Se revoca la sentencia recurrida y el auto de aclaración y en su lugar se estima íntegramente la demanda rectora de las presentes actuaciones y, en consecuencia, se condena a la parte demandada al pago a la actora de la suma de 153580,14 euros e intereses devengados desde la fecha de interposición de la demanda de procedimiento monitorio así como los intereses de demora conforme a la Ley de Lucha contra la morosidad desde dicha fecha hasta su completo pago.

Procede la condena de las costas procesales de esta alzada a la parte recurrente.

Déseles a los depósitos el destino legal.

Contra dicha resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario de casación o por infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 27028370012016100125

EDJ 2016/65168

AP Pontevedra, sec. 6ª, S 25-4-2016, nº 212/2016, rec. 524/2015

Pte: Picatoste Bobillo, Julio César

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ARRENDAMIENTO DE OBRA

INCUMPLIMIENTO O CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO

Responsables

Promotor

COOPERATIVAS

ASAMBLEA GENERAL

Otras cuestiones

CONSEJO RECTOR

Otras cuestiones

COOPERATIVAS DE VIVIENDA

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita LO 1/2009 de 3 noviembre de 2009. Complementaria de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se modifica LO 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial

Cita art.398.1 de Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita dad.15 de LO 6/1985 de 1 julio de 1985. Poder Judicial

Cita CE de 27 diciembre de 1978. Constitución Española

Cita art.1124, art.1256 de RD de 24 julio de 1889. Código Civil

Versión de texto vigente Texto actualmente vigente

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA, sede Vigo

SENTENCIA: 00212/2016

Domicilio: C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Telf.: 986817388-986817389 - Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2014 0012510

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000524 /2015

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 8 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000643 /2014

Recurrente: SOCIEDAD COOPERATIVA GALLEGA DE VIVIENDAS UGT-VIGO

Procurador: MONICA VIDAL FERNANDEZ

Abogado: ELENA MARIA PEREZ OTERO

Recurrido: BOUZA ALTA S.L.

Procurador: PABLO PRIETO ESTURILLO

Abogado: JOSE LUIS PRIETO ESTURILLO

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JAIME CARRERA IBARZÁBAL, Presidente; DON JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO y DON JULIO PICATOSTE BOBILLO, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA núm. 212

En Vigo, a veinticinco de abril de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de Juicio Ordinario número 643/2014, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA número 8 de VIGO, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación número 524/2015, en los que es parte apelante : "SOCIEDAD COOPERATIVA DE VIVIENDAS UGT-VIGO, en liquidación", representada por la Procuradora doña Mónica Vidal Fernández y asistida de la Letrado doña Elena Mª Pérez Otero; y, apelada : la entidad "BOUZA ALTA, S.L.", representada por el Procurador don Pablo Prieto Esturillo y asistida del Letrado don José Luis Prieto Esturillo.

Siendo Ponente el Ilmo. Magistrado DON JULIO PICATOSTE BOBILLO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 8 de esta ciudad, se dictó sentencia con fecha ocho de mayo de dos mil quince en el procedimiento del que dimana este recurso, cuyo fallo textualmente dice:

" Que desestimando la demanda interpuesta en autos de juicio ordinario nº 643/2014 por la Procuradora doña Mónica Vidal Fernández, en nombre y representación de "SOCIEDAD COOPERATIVA DE VIVIENDAS UGT-VIGO", contra "BOUZA ALTA, S.L.", sobre incumplimiento contractual, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos contenidos en el Suplico de la demanda, con imposición a la parte actora de las costas procesales causadas. "

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de "SOCIEDAD COOPERATIVA DE VIVIENDAS UGT-VIGO", que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Cumplimentados los trámites legales y elevadas las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, personándose las partes en legal forma. Se señaló el día 17 de marzo para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- Por la parte recurrente se ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la Disposición Adicional 15ª de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- - La Unión General de Trabajadores -Vigo suscribió con la demandada Bouza Alta, S.L. el 12 de septiembre de 2001 acuerdo mediante el que se encargaba a esta segunda la constitución de una cooperativa de viviendas, que fue la Sociedad Cooperativa

de Viviendas UGT-Vigo; esta concertó el 28 de junio de 2002 con Bouza Alta S.L. contrato, por el que la segunda asumía la gestión de la promoción inmobiliaria por delegación del Consejo Rector de la Cooperativa.

Varios cooperativistas formularon demanda contra la Sociedad Cooperativa de Viviendas UGT-Vigo que fue condenada a indemnizar a los demandantes en la cantidad de 1.626,84 euros - a cada uno de ellos- porque la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 11 de esta ciudad admite como hecho probado que las viviendas de los demandantes presentaban una reducción de volumen respecto a las que se encuentran en idéntica situación en otras plantas del edificio.

En el presente proceso, la sociedad cooperativa demanda a Bouza Alta, S.L con base en el art. 17.4 de la LOE y de los arts. 1256, 1124 del CC. La demandada se opone a la pretensión actora aduciendo que no era de su incumbencia la contratación de arquitectos ni la de explicar, asesorar o resolver cuestiones a los cooperativistas sobre los planos y proyectos desarrollados por el arquitecto elegido y contratado por la cooperativa.

La sentencia de instancia desestima la demanda y contra este pronunciamiento recurre en apelación la cooperativa actora.

SEGUNDO.- Según el art. 17.4 de la LOE, la responsabilidad del promotor se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas. En realidad, el precepto tiene su razón de ser en la evitación de prácticas fraudulentas mediante las que empresas dedicadas a la promoción intentaban encubrir su real actividad empresarial presentándose como mandatarios de una cooperativa ajena o comunidad de bienes, cuando la iniciativa era de la propia empresa promotora y no de la cooperativa, hipótesis que aquí no se denuncia y que, por tanto, no parece sea la propia de esta hipótesis; según la parte actora, la iniciativa es suya y para su ejecución contratan a la demandada. Si el precepto nace como reacción frente al aparente gestor, es decir, para los casos en que bajo esta veste se oculta el promotor real, se ha preguntado la doctrina si es de aplicación a los casos en que se trata de un gestor real, es decir, si responde ex art. 17 de la LOE el gestor verdadero que contratado por una comunidad de propietarios o cooperativa que lleva a cabo la decisión e iniciativa de construir, realiza trabajo de coordinación y organización de la construcción por cuenta de aquellas. Aunque algunos estiman que es dudoso que el legislador haya querido incluirlos en la extensión de responsabilidad a que el art. 17.4 de la LOE se refiere, otros se inclinan por la respuesta afirmativa en la medida en que el gestor asume una obligación de resultado (solución que, por ejemplo, es la asumida en el derecho francés).

Como es evidente, hay dos planos de conflicto: el de los adquirentes de viviendas con la cooperativa que actúa como promotora, conflicto ya resuelto en pleito aparte a favor de los cooperativistas a los que se entregaron viviendas de menor superficie; en segundo lugar, el que ahora se entabla entre cooperativa y demandada, basada en el contrato de gestión que rige entre ellas.

La responsabilidad a que se refiere el citado precepto de la LOE, es decir, la posibilidad de extenderla a estos gestores, se proclama desde la perspectiva de los perjudicados por los defectos constructivos. Estos están legitimados para demandar (también) a los gestores. Pero de lo que se trata ahora es de dilucidar sobre el derecho de la demandante a la acción de regreso contra el gestor. Entramos entonces en el plano de las relaciones contractuales y de la definición de quien sea el responsable del defecto constructivo que dio lugar a la condena de la cooperativa en otro pleito. Es decir, que la cooperativa va no puede dirigirse contra la gestora colocándose en la posición del perjudicado y ejercitando una acción derivada de un precepto que regula la responsabilidad frente a los terceros adquirentes de viviendas.

TERCERO.- De la prueba practicada en el proceso, no aparece cuál sea la responsabilidad de la gestora demandada, ni en el ámbito contractual, en decir, en el plano de las relaciones con la sociedad cooperativa, ni el otro ad extra, es decir, para con los terceros. A tal efecto, debemos hacer las siguientes consideraciones:

1ª. No le es atribuible ese resultado constructivo que dio lugar a la indemnización a varios propietarios consistente en la menor cabida de algunas viviendas, las que fueron adjudicadas a aquellos. Es un defecto de previsión o de ejecución que puede tener su origen en el proyecto. Es de advertir que el aparejador de la obra, que declaró como testigo, dijo que no había habido alteración o modificación alguna en el proyecto. Luego el defecto viene de la configuración primera de ese proyecto.

En su recurso, dice la apelante que el hecho de que el proyecto no sufriera modificación alguna no significa que deba reputarse correcto y menos descartar la responsabilidad por defectos constructivos por la diferencia de cabida. Pero si, como parece insinuarse, el defecto era del proyecto la responsabilidad se desvía hacia el arquitecto autor del mismo y, con independencia de que frente a los terceros respondiera la cooperativa promotora, no habría lugar a repetir lo pagado contra Bouza Alta, S.L., sino contra el verdadero responsable que es el autor del proyecto.

2ª. Según el acta de asamblea general extraordinaria de socios de la sociedad cooperativa demandante, que tuvo lugar el 6 de marzo de 2013, después de que fuera condenada a indemnizar a los propietarios, parece que el reproche que se dirige contra la gestora Bouza Alta S.L., radica en la falta de información durante la fase de promoción y adjudicación de viviendas, al no haberlo hecho

debidamente en relación con superficie y planos de las viviendas.

3ª. Por más que asumiese la demandada las funciones de promoción, no podemos dejar de tener en cuenta que la información en las reuniones o asambleas fueron asumidas por el arquitecto -elegido y contratado por la demandante-, el que, tanto en el anterior proceso como en este mismo, reconoce que no explicó las diferencias por entender que no eran significativas porque no rompían la unidad pretendía entre todas las viviendas.

Las explicaciones sobre las características de los pisos, por otra parte, se daban en presencia del consejo rector y cooperativistas, técnicos y letrados.

4º. En el contrato denominado de gestión, se estipula (cláusula octava) que Bouza Alta S.L. actuará bajo la supervisión de la cooperativa demandante. Este es, pues, el punto del que debemos partir. Dicho de otro modo, puesto que así se convino ha de presumirse que lo hecho por Bouza Alta S.L. cuenta con la supervisión de la cooperativa demandante en tanto no conste otra cosa, y en el caso de autos no consta que aquella supervisión -confirmatoria- de la cooperativa contratante sobre la actuación de la gestora no se hubiera producido.

A la vista, pues, de las anteriores consideraciones la sentencia de instancia debe ser confirmada.

CUARTO.-.- El art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el art. 394"; en consecuencia, al no prosperar el recurso de apelación interpuesto y ser rechazada la pretensión impugnativa de la parte apelante, le han de ser impuestas las costas de esta segunda instancia.

QUINTO.-.- Según el apartado 9 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "cuando el órgano jurisdiccional inadmita el recurso o la demanda, o confirme la resolución recurrida, el recurrente o demandante perderá el depósito, al que se dará el destino previsto en esta disposición.". Toda vez que el recurso es desestimado y confirmada la sentencia apelada, se tiene por perdido el depósito constituido para recurrir al que se dará el destino previsto en el apartado 10 de la citada norma.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española,

FALLO

Que al desestimar el recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD COOPERATIVA DE VIVIENDAS UGT-VIGO, debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada en autos de Juicio Ordinario número 643/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de esta ciudad con imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte recurrente.

Se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional, y, en su caso, extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo. La interposición se hará ante este Tribunal en el plazo de veinte días desde el siguiente al de la notificación de esta resolución. No puede presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Al tiempo de la interposición de los citados recursos deberá la parte recurrente acreditar haber constituido el depósito a que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 36057370062016100187

EDJ 2016/107175

TSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 26-5-2016, nº 344/2016, rec. 4142/2016
Pte: Méndez Barrera, José Antonio

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN LOCAL

MUNICIPIOS

Atribuciones y competencias

Licencias municipales

Licencia de apertura

Actividad sin licencia

Clausura

Otras cuestiones

APLICACIÓN DE LA NORMA

EN EL TIEMPO

Problemas de derecho transitorio

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

GALICIA

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita Ley Galicia 2/2010 de 25 marzo 2010. Medidas urgentes de modificación de la L. 9/2002, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia

Cita art.139.1, art.139.2 de Ley 29/1998 de 13 julio de 1998. Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Versión de texto vigente Texto actualmente vigente

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00344/2016

Recurso de Apelación Nº 4142/2016

EN NO MBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA - PTE.

D. JOSÉ MARÍA ARROJO MARTÍNEZ

Dª. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ

En la ciudad de A Coruña, a veintiséis de mayo de dos mil dieciséis.

En el recurso de apelación que con el N° 4142/2016 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por el Ayuntamiento de Monforte de Lemos, representado por D.ª Oliva Acuña Santamaría y dirigido por D. Carlos Hernández López; por "Lemos, Sociedad Cooperativa Gallega", representada y dirigida por D. Antonio Casas San José, y por D. Plácido, representado por D.ª Ana María Fernández Santos y dirigido por D. Javier Calvo Salve, contra la sentencia dictada en el Procedimiento Ordinario N° 142/2012 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 1 de Lugo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- : Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 1 de Lugo se dictó con fecha 24-6-2015 sentencia en el Procedimiento Ordinario N° 142/2012 con la siguiente parte dispositiva: " FALLO Que debo ESTIMAR y ESTIMO parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora Dª Ana María Fernández Santos, en nombre y representación de D. Plácido, contra el acuerdo de la Xunta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Monforte de Lemos de fecha 16-2-2012, mediante el cual se reconoció a la Entidad Sociedad Cooperativa Lemos, de acuerdo con la disposición transitoria decimoprimera de la LOUGA, en su redacción operada por la Ley 2/2010, de 25 de marzo, que puede mantener su actividad aunque no tenga licencia de edificación o de actividad una vez acreditada la existencia con anterioridad al 1-1-2003 y el abono del ICIO en el único sentido de que la actividad recurrente puede mantener su actividad en la zona de las Gándaras excepto la correspondiente al taller mecánico, sin hacer expresa condena en costas."

SEGUNDO.- : Por el Ayuntamiento de Monforte de Lemos, por la entidad codemandada y por el actor se interpusieron sendos recursos de apelación contra dicha sentencia, en los que solicitó que se dictase por esta Sala otra que revocase parcialmente la de primera instancia, en el caso de las dos primeras partes desestimado totalmente el recurso contencioso- administrativo, y en el del actor estimándolo en su integridad.

TERCERO.- : Los recursos fueron admitidos a trámite y se dio traslado de ellos a las partes contrarias, que presentaron escritos de oposición.

CUARTO.- : Recibidos los autos en esta Sala, se personaron ante ella el Ayuntamiento (Procuradora Sra. Acuña Santamaría), la entidad codemandada (Procurador Sr. López Valcárcel) y el actor (Procurador Sr. Moreda Allegue). Por providencia de 6-5-16 se señaló para votación y fallo el 19-5-16.

QUINTO.- : En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Es Ponente el Magistrado Sr. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- : Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en todo aquello en lo que no discrepen de los de la presente.

SEGUNDO.- : De los recursos de apelación el primero que tiene que ser examinado es el interpuesto por el demandante, pues su acogimiento determinaría la plena estimación de las pretensiones de la demanda. Se sostiene por el actor que la única actividad cuya existencia está acreditada antes del 1-1-2003 se limita a la fábrica y almacén de piensos, semillas y productos fitosanitarios, por lo que el reconocimiento no se puede extender a la de oficinas, salón de actos, almacén de productos fitosanitarios, solados, instalaciones de saneamiento y zona de estabulación de ganado; y que, en cualquier caso, unas oficinas y un salón de actos no pueden ser considerados como instalaciones de apoyo a la actividad agropecuaria. La primera de dichas alegaciones no puede ser aceptada, puesto que en la parte final del tercer fundamento de derecho de la sentencia apelada se refieren los elementos de prueba que obran en el expediente y en los autos que acreditan la existencia de la actividad y de las construcciones en las que se desarrollaba, de los que destacan, por su objetividad, las fotografías aéreas. Es cierto que hacia el noroeste de la finca de la codemandada existen dos zonas que en las fotografías más antiguas aparecen sin pavimentar, y en cambio pavimentadas en las más modernas, pero dada su entidad se encuentran comprendidas en aquellas a las que se refiere el apartado 2 de la Disposición transitoria decimoprimera de la Ley 9/2002, en la redacción que le dio la Ley 2/2010. Tampoco puede aceptarse que, en una cooperativa que cuenta con numerosas personas asociadas, las actividades que se desarrollan en unas oficinas o en un salón de actos o reuniones no sean de apoyo a la actividad

agropecuaria, pues las primeras son imprescindibles para el funcionamiento de la cooperativa y las segundas muy útiles para llevar a cabo las reuniones que periódicamente tienen que realizar los cooperativistas. Por ello el recurso de apelación del demandante no puede ser estimado.

TERCERO.- : El Ayuntamiento de Monforte de Lemos y la cooperativa codemandada impugnan el pronunciamiento de la sentencia del Juzgado que viene anular el acuerdo municipal impugnado en cuanto incluye el taller para reparación de vehículos, decisión que se basa en que tal instalación no reúne los requisitos necesarios para que pueda aplicársele la referida Disposición transitoria. Consideran ambas partes apelantes que la reparación de vehículos y maquinaria agrícola es claramente una actividad de apoyo a la actividad agropecuaria, pues esta se desarrolla hoy en día necesariamente con la utilización de esos elementos, y por lo tanto su mantenimiento y reparación tienen que ser considerados del mismo modo que su utilización. Estos argumentos se comparten, pero en su escrito de oposición a los recursos de apelación del Ayuntamiento y de la codemandada alega el actor que ya se produjo un pronunciamiento judicial que calificó de industrial la actividad del taller; que la mencionada Disposición transitoria tiene que interpretarse de forma restrictiva, y que no pueden reactivarse o reanudarse actividades clausuradas. La primera de dichas alegaciones no puede ser acogida, pues el hecho de que la actividad de reparación de vehículos y maquinaria agrícola sea, considerada en sí misma, industrial, no impide que sea de apoyo a la actividad agropecuaria, que es a lo que se refiere la Disposición transitoria tras su reforma por la Ley 2/2010, mientras que antes se refería a las actividades agropecuarias en sentido estricto. Por lo antes dicho, considerar la actividad de reparación de vehículos y maquinaria agrícola como de apoyo a la actividad agropecuaria no supone ninguna interpretación extensiva de la indicada Disposición transitoria. Y por lo que respecta a la reanudación de una actividad clausurada, la solicitud de aplicación de lo dispuesto en la citada disposición tras su reforma por la Ley 2/2010 se formuló el 9-3-2010 (folio 20 del expediente administrativo), y por lo tanto cuando la actividad de taller se estaba llevando a cabo, y es en ese momento de la solicitud en el que tenían que concurrir las circunstancias a las que se refiere la referida norma. Por ello tampoco estas otras alegaciones del demandante pueden ser aceptadas, por lo que tiene que ser estimado el recurso de apelación del Ayuntamiento y de la codemandada, con la consiguiente revocación parcial de la sentencia apelada y la desestimación total del recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- : No procede hacer imposición de las costas de los recursos de apelación interpuestos por el Ayuntamiento y por la codemandada al ser estimados. Tampoco de las del recurso de apelación del demandante, pese a ser desestimado, ya que se introducen matizaciones en los razonamientos de la sentencia apelada. Y tampoco de las causadas en primera instancia, aunque se desestime por entero el recurso contencioso-administrativo, porque la complejidad de los hechos litigiosos, y su prolongado desarrollo en el tiempo, introducen dudas que, de acuerdo con la previsión legal, autorizan este pronunciamiento (artículo 139.1 y 2 de la Ley jurisdiccional).

VISTOS los preceptos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Plácido contra la sentencia dictada con fecha 24-6-2015 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 1 de Lugo en el Procedimiento Ordinario N ° 142/2012. Estimamos los recursos de apelación interpuestos contra dicha sentencia por el Ayuntamiento de Monforte de Lemos y por "Lemos, Sociedad Cooperativa Gallega" y la revocamos en parte, por lo que desestimamos en su totalidad el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento de Monforte de Lemos de fecha 16-2-2012 referido en el primer antecedente de hecho de la presente sentencia. No se hace imposición de costas en ninguna de las instancias.

Contra esta sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvase los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Magistrado Ponente D. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA al estar celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, lo que yo, Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 15030330022016100300

EDJ 2016/122917

AP Ourense, sec. 1ª, S 10-6-2016, nº 219/2016, rec. 341/2015

Pte: Domínguez-Viguera Fernández, Angela Irene

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.217 de Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Versión de texto vigente Texto actualmente vigente

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00219/2016

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas Dña. Ángela Domínguez Viguera Fernández, Presidente, Dña. Josefa Otero Seivane y Dña. María José González Movilla, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

S E N T E N C I A NÚM. 219/2016

En la ciudad de Ourense a diez de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de juicio ordinario 648/14 procedentes del Juzgado de Primera Instancia 4 de Ourense, Rollo de Apelación núm. 341/15, entre partes, como apelantes, D. Jose Ignacio y D. Anton, representados por el procurador D. José Antonio Roma Pérez, bajo la dirección del letrado D. Juan Augusto Rego González, y, como apelada, la entidad mercantil Montelnor Sociedad Cooperativa Limitada, representada por el procurador D. Bautista Baltar Cid, bajo la dirección del abogado D. Ricardo Rúa Prieto.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Ángela Domínguez Viguera Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia 4 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 30 de abril de 2015, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por D. José Antonio Roma Pérez, en nombre y representación de D. Jose Ignacio y D. Anton debo condenar y condeno a Montelnor, Sociedad Cooperativa Limitada a reintegrar a D. Jose Ignacio la cantidad de 2.253,79 euros por el concepto de aportación efectuada como socio, más los intereses devengados desde la fecha de su baja, y a D. Anton la cantidad de 2.253,79 euros por el concepto de aportación efectuada como socio, más los intereses devengados desde la fecha de su baja.- Sin expresa condena en costas".

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de D. Jose Ignacio y D. Anton recurso de apelación en ambos efectos habiendo formulado oposición al mismo la representación procesal de la entidad mercantil Montelnor Sociedad Cooperativa Limitada, y seguido el indicado recurso de apelación por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para su resolución.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en tanto no contradiga lo expuesto a continuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Los actores apelantes solicitaban en su demanda el reembolso cooperativo de las aportaciones sociales realizadas, en su día, al haber causado baja justificada durante los años 2008 y 2009, respectivamente, aportaciones que, según alegan, deberían estar actualizadas según el resultado del último balance económico correspondiente a la anualidad en que se produjo la baja, incrementada la cantidad resultante conforme a los intereses legales correspondientes. La pretensión resultó parcialmente estimada en la instancia, accediendo la resolución apelada al reembolso de la aportación efectuada por los demandantes, con sus correspondientes intereses legales desde la fecha en que produjo la baja, sin dar lugar a la actualización pretendida por estimarla contraria a los estatutos sociales rectores de la cooperativa.

La resolución apelada debe ser confirmada, por ajustarse a lo dispuesto en el art. 52 de los estatutos, que regula el reembolso de las aportaciones al capital social que hiciese el socio trabajador en caso de baja, pues, si bien conforme al apartado segundo de dicho precepto estatutario, "la liquidación de estas aportaciones se hará según el balance de cierre del ejercicio en el que se produzca la baja", el apartado seis del mismo artículo, es concluyente, al establecer que, "las cantidades pendientes de reembolso no serán susceptibles de actualización, pero darán derecho a percibir el interés legal del dinero, incrementado a partir del segundo año en dos puntos cada año acumulativamente", que es precisamente el derecho reconocido en la sentencia apelada, en función del plazo transcurrido, hasta el reembolso efectivo de las aportaciones sociales.

Segundo.- Resultando improcedente la actualización interesada conforme a los estatutos rectores, no se aprecia error jurídico en la interpretación de dicho precepto estatutario, ni error en la valoración de la prueba, puesto que el único informe contable obrante en los autos sobre el importe procedente de las aportaciones, fue el emitido por D. Nazario, a instancia de la parte demandada, luego ratificado en el acto de juicio, del que resulta, que los demandantes, según lo interesado en el pedimento segundo del "petitum" de la demanda, lo que en realidad pretenden es beneficiarse de las aportaciones realizadas por otros cooperativistas que también habían causado baja, hallándose aplazado el pago efectivo de tales aportaciones, según autorizaban los estatutos. A ello responde la anotación contable (de 18.192,29 euros) contenida en la partida de pasivo por concepto de "acreedores socios aportaciones a devolver (remuneraciones pendientes de pago)". Cantidad que, según informó dicho responsable financiero, se correspondía con el total que se le debía reembolsar a todos los socios que habían causado baja y que no corresponde percibir a un solo trabajador sino a todos los que estaban pendientes de recibir el reembolso de sus aportaciones.

En definitiva, los demandantes no probaron que conforme al balance económico del cierre del ejercicio le correspondiese una aportación mayor que la concedida en la sentencia que se recurre, no habiendo aportado prueba alguna sobre la procedencia de tal derecho que ejercitan, pese a tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión, cuya carga probatoria le incumbía conforme a lo dispuesto en el artículo 217 LEC. De modo que la sentencia apelada debe ser íntegramente confirmada con la consiguiente desestimación del recurso de apelación interpuesto.

Tercero.- Dada la íntegra desestimación del recurso de apelación formulado, las costas de la alzada se imponen a la parte apelante.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Jose Ignacio contra la sentencia, de fecha 30 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia 4 de Ourense en autos de juicio ordinario 648/14 -rollo de Sala 341/15-, cuya resolución se confirma, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, en su caso, recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su

ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 32054370012016100212

EDJ 2016/170308

AP A Coruña, sec. 3ª, S 29-7-2016, nº 295/2016, rec. 178/2016

Pte: Fernández-Porto García, Rafael Jesús

Resumen

Sociedad agraria de transformación. Cargos. Caducidad. La AP determina que los cargos de la junta rectora caducan por transcurso del plazo estatutario de cuatro años. Los estatutos que regulan estas sociedades de carácter civil, prevén plazos de renovación parcial que tienden a favorecer la perpetuidad en los cargos dados los términos que fijan los estatutos (FJ 5).

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley Galicia 5/1998 de 18 diciembre 1998. Cooperativas, C.A. Galicia
art.45

RD 1776/1981 de 3 agosto de 1981. Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

INCONGRUENCIA

CUESTIONES GENERALES

SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Empresa / Empresario, Miembro de sociedad u otras figuras asociadas; Desfavorable a: Empresa / Empresario, Miembro de sociedad u otras figuras asociadas

Procedimiento: Recurso de apelación

Legislación

Cita art.45 de Ley Galicia 5/1998 de 18 diciembre 1998. Cooperativas, C.A. Galicia

Cita RD 1776/1981 de 3 agosto de 1981. Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación

Cita art.1.1 de RD Leg. 2/2015 de 23 octubre de 2015. Estatuto de los Trabajadores

Cita Ley 37/2011 de 10 octubre de 2011. Medidas de agilización procesal

Cita LO 1/2009 de 3 noviembre de 2009. Complementaria de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se modifica LO 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial

Cita Ley Galicia 5/2005 de 25 abril 2005. Regula el recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia

Cita Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.9.1, art.9.2, art.9.6, art.25, dad.15 de LO 6/1985 de 1 julio de 1985. Poder Judicial

Cita RD de 24 julio de 1889. Código Civil

Cita RD de 3 febrero de 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN SAP Granada de 28 octubre 2013 (J2013/277417)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 20 julio de 2012 (J2012/154593)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 21 noviembre de 2011 (J2011/289856)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 16 junio de 2011 (J2011/113803)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 7 octubre 2010 (J2010/206772)

Cita en el mismo sentido sobre SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN SAP Sevilla de 25 mayo 2005 (J2005/121945)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 14 julio de 1988 (J1988/464)

Cita STS Sala 1ª de 8 junio de 2016 (J2016/81967)

Cita STS Sala 1ª de 3 junio de 2016 (J2016/79334)

Cita STS Sala 1ª de 9 marzo de 2016 (J2016/23777)

Cita STS Sala 1ª de 19 octubre 2015 (J2015/182100)

Cita STS Sala 1ª de 2 julio de 2015 (J2015/128723)

Cita STS Sala 1ª de 30 junio de 2015 (J2015/111123)

Cita STS Sala 1ª de 24 abril 2015 (J2015/65036)

Cita STS Sala 1ª de 27 noviembre de 2014 (J2014/205076)

Cita STS Sala 1ª de 4 septiembre de 2014 (J2014/165041)

Cita STS Sala 1ª de 10 diciembre de 2013 (J2013/267533)

Cita STS Sala 1ª de 18 julio de 2013 (J2013/151692)

Cita STS Sala 1 Pleno de 9 mayo de 2013 (J2013/53424)

Cita STS Sala 1ª de 19 enero 2013 (J2013/11774)
Cita STS Sala 1ª de 10 octubre de 2012 (J2012/228154)
Cita STS Sala 1ª de 10 enero de 2012 (J2012/13179)
Cita STS Sala 1ª de 30 junio de 2011 (J2011/146914)
Cita STS Sala 1ª de 15 febrero 2011 (J2011/11665)
Cita STS Sala 1ª de 9 febrero de 2011 (J2011/6670)
Cita STS Sala 1ª de 9 diciembre de 2010 (J2010/290462)
Cita STS Sala 1ª de 29 noviembre de 2010 (J2010/253932)
Cita STS Sala 1ª de 29 enero de 2010 (J2010/6377)
Cita STS Sala 1ª de 6 noviembre 2009 (J2009/251503)
Cita STS Sala 1ª de 15 julio de 2009 (J2009/165914)
Cita STS Sala 1ª de 30 marzo de 2009 (J2009/42572)
Cita STC Sala 1ª de 12 febrero de 2007 (J2007/8043)
Cita STC Sala 1ª de 15 diciembre de 2003 (J2003/172083)

Versión de texto vigente Texto actualmente vigente

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3 de A CORUÑA SENTENCIA: 00295/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

A CORUÑA

S E N T E N C I A

Número 00295/2016

Presidenta:

Ilma. Sra. doña María Josefa Ruiz Tovar

Magistrados:

Ilma. Sra. doña María José Pérez Pena

Ilmo. Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García

En A Coruña, a veintinueve de julio de dos mil dieciséis.

Visto el presente recurso de apelación tramitado bajo el número 178-2016, por la Sección Tercera de esta Ilma. Audiencia Provincial, constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, interpuesto contra la sentencia dictada el 14 de enero de 2016 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros, en los autos de procedimiento ordinario que se tramitaron ante dicho Juzgado bajo el número 238-2013, al que se acumularon los autos de la misma clase tramitados ante el mismo Juzgado bajo el número 37-2014, siendo parte:

Como apelantes, los demandantes DOÑA Lucía, DON Alfonso, y DOÑA Ofelia, todos ellos vecinos de Mazaricos (A Coruña), con domicilio en la parroquia DIRECCION000, lugar DIRECCION001, provistos de los documentos nacionales de identidad números NUM000, NUM001 y NUM002 respectivamente, representados por la procuradora doña Inmaculada Graíño Ordóñez, bajo la dirección del abogado don José-María Penabad Otero

Como apelados, la demandada «SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN "SANFOGA Nº 1383 XUGA"», con domicilio social en Mazaricos (A Coruña), parroquia de Corzón, lugar de Zanfoga, 9, con número de identificación fiscal V-78165394, representada por la procuradora doña Paloma Cambeiro Vázquez, y dirigida por el abogado don Modesto de Francisco

Regueiro.

Así como los también demandados DON Eulogio, DOÑA Amanda y DON Gerardo, mayores de edad, todos ellos vecinos de Mazaricos (A Coruña), con domicilio en la parroquia DIRECCION000, lugar DIRECCION001, provistos de los documentos nacionales de identidad números NUM003, NUM004 y NUM005 respectivamente, que no se personaron ante esta Audiencia Provincial.

Versa la apelación sobre nulidad de acuerdos de la citada sociedad agraria de transformación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-.- Sentencia de primera instancia.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 14 de enero de 2016, dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que debo desestimar y desestimo íntegramente la pretensión ejercitada por la representación procesal de D^a. Lucía, D. Alfonso y D^a. Eva frente a la SAT Sanfoga, D. Eulogio, D^a. Amanda y D. Gerardo, con imposición de las costas procesales a la parte demandante.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días ante la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña.

Así lo acuerdo mando y firmo D^a. Carmen López Moure, Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción único de Muros y su partido judicial».

SEGUNDO.-.- Recurso de apelación.- Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por doña Lucía, don Alfonso y doña Ofelia, dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Se formuló por «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"», don Eulogio, doña Amanda y don Gerardo escrito de oposición al recurso.

Se constituyó por la parte apelante un depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 21 de marzo de 2016, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.-.- Admisión del recurso.- Se recibieron en esta Audiencia Provincial las actuaciones remitidas por el Juzgado el 23 de marzo de 2016, siendo turnadas a esta Sección el 29 de marzo de 2016, registrándose con el número 178-2016. Por el Letrado de la Administración de Justicia se dictó el 19 de abril de 2016 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal y designando ponente.

CUARTO.-.- Personamientos.- Se personó ante esta Audiencia Provincial la procuradora doña Inmaculada Graño Ordóñez en nombre y representación de doña Lucía, don Alfonso y doña Ofelia, en calidad de apelante, para sostener el recurso; así como la procuradora doña Paloma Cambeiro Vázquez, en nombre y representación de «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"», en calidad de apelada. No habiéndose personado don Eulogio, doña Amanda, ni don Gerardo, se les tuvo por parte apelada no personada, a quienes únicamente se les notificaría la resolución que pusiera fin a la segunda instancia.

QUINTO.-.- Solicitud de recibimiento a prueba en segunda instancia.- Habiéndose interesado el recibimiento a prueba en esta alzada por doña Lucía, don Alfonso y doña Ofelia en el escrito interponiendo el recurso de apelación, se acordó pasar las actuaciones a la Sala para resolver. Por auto de 16 de mayo de 2016 se acordó no haber lugar al recibimiento a prueba interesado, quedando el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese.

SEXTO.-.- Señalamiento.- Por providencia de 3 de junio de 2016 se señaló para votación y fallo el pasado día 19 de julio de 2016, en que tuvo lugar.

SÉPTIMO.- Ponencia.- Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García, quien expresa el parecer de

la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-.- Fundamentación de la sentencia apelada.- Se aceptan y comparten los fundamentos de derecho de la sentencia apelada en cuanto no difieran de los que se exponen a continuación.

SEGUNDO.-.- Objeto del litigio.- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- El 29 de octubre de 2008 se inscribió en el Registro de Sociedades Agrarias de Transformación de Galicia, de la Xunta de Galicia, la denominada «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"», formada por 6 socios. Se ha manifestado que en la práctica está compuesta por cuatro familias, aportando cada una un 25% del capital. Teniendo en consideración la situación actual, el capital de la Sociedad Agraria de Transformación está dividido en dos grupos, de 3 socios cada uno, distribuido en la siguiente forma: (a) Doña Lucía el 25%, don Alfonso el 12,50% y doña Ofelia otro 12,50% (es decir, este grupo ostenta el 50% del capital social). (b) Por su parte don Eulogio es titular del 12,50%, doña Amanda del 12,50% y don Gerardo del restante 25% (es decir, este grupo suma el otro 50%). En el acto fundacional se nombró presidente a don Gerardo, como secretario a don Alfonso, y asignando al resto de los socios la condición de vocales (la copia más legible se halla a las páginas 892 y siguientes de las actuaciones).

Según la "asesoría" de la Sociedad Agraria hubo múltiples "ampliaciones de capital" que no han sido regularizadas todavía (páginas 228 y 229).

2º.- Según certificación encabezada por el Secretario don Alfonso, pero realmente firmada por todos los socios y sellada por don Eulogio, en una reunión de la Junta Rectora celebrada el 10 de septiembre de 2009, se acordó que el importe de la Seguridad Social de los socios que estuviesen trabajando en la sociedad agraria -que cotizan al régimen de autónomos- sería pagado por la SAT (debe entenderse que la sociedad retornaría a los socios el importe de la Seguridad Social, que estos pagan como trabajadores autónomos, en proporción al número de horas trabajadas); así como que el importe de las ayudas de la PAC -que recibía desde entonces la SAT y no los socios- serían distribuidas entre ellos a razón del importe que habían recibido de media en las dos anualidades anteriores (escrito a la página 147 y 148).

3º.- El secretario don Alfonso expidió varias certificaciones datadas a 24 de noviembre de 2009, para hacer constar que ese día se había celebrado una asamblea general, acordando modificar el artículo 12 de los estatutos, en el sentido de que para la asunción de obligaciones económicas serían precisas dos firmas del presidente y secretario o tesorero, y nombrando tesorero a don Eulogio (con distintos formatos, esas certificaciones obran a las páginas 149, 212 y 883), lo que habría sido aprobado por 6 votos a favor.

4º.- El Secretario don Alfonso expidió certificación haciendo constar que en el libro de actas de la sociedad agraria figuraba una correspondiente a una asamblea general celebrada el 14 de abril de 2010 en la que se autoriza al presidente a concertar préstamos, lo que fue aprobado por los 6 votos de los socios (páginas 203 y 881).

5º.- El 1 de abril de 2011 don Gerardo como presidente de la Sociedad Agraria de Transformación por una parte, y don Nazario (padre del socio don Eulogio y esposo de la socia doña Amanda) por otra, otorgan un documento en el que se recoge que éste presta a aquélla la cantidad de 70.000 euros, al 4% de interés, con vencimiento a 31 de marzo de 2012. Se presentó el documento a liquidación tributaria el 12 de abril de 2011 (páginas 204 y 402). Se aporta fotocopia de una transferencia desde una cuenta del Sr. Nazario a otra de la Sociedad Agraria, ambas en "La Caixa", por el citado importe a 4 de abril de 2011 (página 209).

6º.- El 27 de junio de 2013 se celebró asamblea general ordinaria de la Sociedad Agraria de Transformación, convocada por don Gerardo como presidente, cuyo único punto del orden del día era «aprobación de la memoria, balance y cuentas de pérdidas y ganancias de los ejercicios 2008, 2009, 2010, 2011, 2012». Tras múltiples vicisitudes que se plasmaron en el acta notarial, se produjo la votación, produciéndose un empate al 50% de socios y capital, declarándose aprobado el punto en virtud del voto de calidad del presidente (acta notarial a las páginas 46 y siguientes).

Acto seguido se celebró una asamblea general extraordinaria donde se aprobaron tanto el reconocimiento de una deuda de 70.000 euros contraída con don Nazario por un préstamo realizado el 1 de abril de 2011, así como deudas con el socio Sr. Eulogio, criterios de remuneración del trabajo desarrollado, adquisición de animales, permitir la disponibilidad de fondos de dos firmas (presidente junto con la del secretario o del tesorero). Todos aprobados con el voto de calidad del presidente, al producirse el empate entre los dos grupos (acta notarial a las páginas 130 y siguientes).

7º.- El 6 de agosto de 2013 doña Lucía, don Alfonso y doña Ofelia formularon demanda en procedimiento ordinario por razón de la cuantía contra la Sociedad Agraria de Transformación y contra los otros socios don Eulogio, doña Amanda y don Gerardo, solicitando que se declare la caducidad de cargos sociales, nulidad de acuerdos sociales, y la ejecución de otros. Se fundamentan las pretensiones en:

(a) Conforme a lo establecido en el artículo 11 de los Estatutos, la Junta Rectora es elegida por un período de 4 años, por lo que habiéndose constituido el 29 de octubre de 2008, se habría producido la caducidad del nombramiento el 29 de octubre de 2012.

(b) Al haber caducado el cargo de presidente, don Gerardo no podía haber convocado las juntas ordinaria y extraordinaria celebradas el 27 de junio de 2013.

(c) Los acuerdos adoptados en las citadas juntas son nulos porque:

1) El Sr. Gerardo era un socio más, por lo que no podía presidirlas.

2) Carecía de voto dirimente porque ya no era presidente.

3) Se negó el acceso a la contabilidad e información contable.

4) Se aprueban las cuentas de varias anualidades, en lugar de hacerlo de forma anual.

5) Aunque se reserva las acciones para impugnar las cuentas anuales, debe resaltarse que se aprobó una supuesta deuda de 70.000 euros con intereses por un préstamo carente de todo soporte documental; también se aprobaron reconocimientos de deudas a favor de los socios don Eulogio, doña Amanda y don Gerardo.

6) Impugna el acuerdo de devolver los 70.000 euros a don Nazario, porque intervienen en la votación la esposa (doña Amanda) y el hijo (don Eulogio), porque el presidente no podía asumir esa obligación sin intervención de la Junta; además implica que no se podría cumplir el acuerdo adoptado en la junta de 10 de septiembre de 2009, al no poder pagarse la Seguridad Social de los socios, ni abonar la parte del PAC, pese a que aportan tierras y trabajan a tiempo parcial.

(d) Además solicita que se ejecuten los acuerdos adoptados en la junta de 10 de septiembre de 2009, a fin de que se pague la Seguridad Social de los demandantes, y el pago de las ayudas de la PAC.

(e) No procede que don Eulogio perciba retribuciones de la Sociedad Agraria de Transformación porque no realiza trabajo alguno, debiendo devolver las cantidades indebidamente percibidas. Se "autonombró" tesorero, cuando esas actividades son realizadas por la "Asesoría Asecom Atlántico, S.L." a la que se pagan sus servicios.

(f) También se solicita que se declare que don Eulogio no es tesorero, que obtuvo el nombramiento de forma fraudulenta al engañar a don Alfonso, con nulidad del nombramiento del cargo y declaración de inexistencia de acuerdo sobre nombramiento del cargo.

(g) Se incumplen los estatutos porque no se expidieron los títulos de capital que representan los socios. Se aumentó el capital social sin que se hubiera puesto en conocimiento de los socios. Ni se emitieron los títulos, ni se ha cumplido con la obligación de llevar un libro registro.

(h) Don Eulogio y don Gerardo autorizaron una transferencia de 45.000 euros al Sr. Nazario efectuada el 12 de julio de 2010, que debe retornarse a las cuentas sociales.

(i) Deberá introducirse en los estatutos la previsión de renovación de la junta rectora por «períodos de renovación parcial con proporcionalidad de cargos».

8º.- Los demandados se opusieron alegando que: (a) No se produce la caducidad de los nombramientos, sino que siguen en funciones, y se va a convocar una asamblea general para elegir nueva junta rectora para enero de 2014. (b) Está previsto en el artículo 11 de los estatutos la forma de elección por candidaturas cerradas. (c) El voto de calidad del presidente es válido porque así está previsto en el Real Decreto 1176/1981 y en los estatutos sociales. (c) Toda la documentación contable estuvo siempre a disposición de

los socios. (d) Se aprobaron las cuentas de varios ejercicios porque los demandantes siempre plantearon dificultades para hacerlo en ejercicios anteriores. (e) Todos los socios eran conocedores del préstamo de don Nazario de 70.000 euros, según contrato presentado a liquidación tributaria y que también fue firmado por el Secretario y demandante Sr. Alfonso. (f) El Sr. Eulogio sí realiza actividades en la Sociedad Agraria de Transformación además de trabajar como tesorero, recibiendo una remuneración a media jornada. (g) No existe irregularidad en el nombramiento del Tesorero. Se modificaron los estatutos y se inscribió la modificación. (h) Se expidieron los títulos de participación social, estando pendiente la ampliación de capital porque se hicieron otras aportaciones. (i) Los 45.000 euros fue un préstamo de doña Amanda, que es la socia, desde la cuenta que tiene con su marido (por eso figura su nombre) y es un ingreso en la cuenta de la Sociedad Agraria de Transformación, no una retirada de fondos. Terminaron solicitando la desestimación de la demanda.

9º.- El 15 de enero de 2014 se celebra asamblea general para la elección de la junta rectora, presentándose dos candidaturas. Al producirse empate de votos, el presidente consideró ganadora por su voto de calidad a la candidatura encabezada por el Sr. Eulogio, él como secretario, y la Sra. Amanda como tesorera, figurando los demandantes como vocales.

10º.- El 4 de febrero de 2014 doña Lucía, don Alfonso y doña Ofelia formularon nueva demanda en procedimiento ordinario por razón de la cuantía contra los mismos demandados, con fundamento en que con posterioridad a la presentación de la demanda anterior: (a) El Sr. Gerardo sigue actuando como presidente, habiendo contratado personal. (b) Se convocó la asamblea para renovación de cargos, haciéndose uso del voto del presidente para proclamar ganadora a su candidatura.

Los demandados se opusieron a la demanda.

Se acumularon los autos.

11º.- Celebrada la audiencia previa, la parte demandante, dado que en el suplico de la demanda se hace una referencia a la solicitud de nulidad de todos los actos posteriores del presidente, se alegaron hechos nuevos que se concretaron en que el presidente había contratado trabajadores, así como que la celebración de una asamblea en la que se aprobaron cuentas de la sociedad agraria y se acordó iniciar procedimiento de expulsión de los socios.

12º.- Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia desestimando la demanda, con imposición de costas a los demandantes, por considerar: (a) En los estatutos de la Sociedad no se establece la caducidad automática de los cargos o que no se prorroguen hasta su renovación. (b) Las cuotas de Seguridad Social de autónomos es pagada por cada socio, siendo el trato igualitario. El pago de la PAC solo se pudo hacer un año; y si se siguiese abonando a los socios no podrían atenderse otros compromisos de la explotación. (c) Las cuestiones retributivas de don Eulogio deben ventilarse ante la jurisdicción social. (d) Habiéndose finalmente reconocido por don Alfonso que la firma obrante en las certificaciones era suya, no puede estimarse la pretensión de declarar la nulidad del nombramiento de tesorero. (e) La documental aportada con la demanda acredita que se ha facilitado a cada socio el justificante de su participación en la Sociedad. (f) También se rechaza la pretensión en cuanto a los 45.000 euros por ser el pago de obras en la cuadra. Pronunciamientos contra los que se alcanzan los demandantes.

TERCERO.-.- Inadmisibilidad del recurso.- Antes de entrar en el análisis de los distintos motivos del recurso de apelación interpuesto por los demandantes, plantean los apelados que el recurso debe inadmitirse por incumplirse el requisito establecido en el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no indicar cuáles son los pronunciamientos que se impugnan.

Pretensión que no puede ser estimada.

1º.- La exigencia del artículo 458.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a que el escrito de interposición del recurso, deberá, además de mencionarse qué resolución se apela, exponerse los alegatos por lo que se cuestiona, deberá mencionar «los pronunciamientos que impugna», introducida en el precepto por la Ley 37/2011, de 10 de octubre en cuanto es traslación del derogado 457, se viene interpretando de una forma flexible, rechazándose una interpretación formalista en cuanto a la terminología, y propugnando una interpretación razonable de lo impugnado. La exigencia se refiere a «los pronunciamientos», no a la doctrina legal que pueda establecer la resolución en sus fundamentos. El concepto de «pronunciamientos» lo establece el artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que al regular cuál es el contenido de las sentencias, se establece que el fallo «contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes...». Extremo en el que insiste el artículo 218, cuando en su apartado 3 dispone que en las sentencias «Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos». Lo que debe indicarse es qué pronunciamientos concretos del «fallo» o «parte dispositiva» son lo que van a ser objeto de apelación. Si la sentencia contiene un único pronunciamiento, aparte de las costas y se dice que se impugna la sentencia, no cabe duda alguna de qué se recurre, de modo que en este caso no puede imponerse un requisito meramente formal y carente de contenido real. Doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 22/2007 y 225/2003, y que también proclama la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus sentencias de 27 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4813/2014, recurso 1683/2012), 19 de enero de 2013 (Roj: STS 497/2013, recurso 656/2010), 15 de febrero de 2011 (Roj: STS 717/2011, recurso 1328/2007), 9 de diciembre de 2010 (Roj: STS 7347/2010, recurso 201/2007), 25 de mayo de 2010 (Roj:

STS 2889/2010), 29 de enero de 2010 (Roj: STS 151/2010, recurso 1985/2005), 6 de noviembre de 2009 (Roj: STS 6480/2009, recurso 1578/2005), 15 de julio de 2009 (Roj: STS 4880/2009, recurso 678/2005) y 30 de marzo de 2009 (Roj: STS 1639/2009, recurso 1436/2004), entre otras muchas (La referencia Roj es la numeración en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, que puede ser consultada en la página web del Consejo General del Poder Judicial).

2º.- La sentencia de primera instancia contiene un único pronunciamiento, que es la desestimación de la demanda, además de imponer las costas. Por lo que al no tener distintos pronunciamientos separados, que pudieran ser objeto de recurso unos sí y otros no, la exigencia de mencionar qué pronunciamientos son objeto de recurso carece de todo contenido real. Por lo que la ausencia de mención no afecta a la admisibilidad del recurso.

CUARTO.- - La incongruencia omisiva.- En la primera alegación del recurso de apelación interpuesto por los demandantes, siguiendo la pauta que presidió la primera instancia, se entremezclan las más variadas cuestiones bajo el título de incongruencia omisiva de la sentencia apelada.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- El vicio de incongruencia omisiva existe cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes; siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución. La satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes. Pero sin olvidar que la congruencia exige dar respuesta, no sólo a las pretensiones propiamente dichas, sino también a las alegaciones sustanciales (Tc. 73/2009, 85/2006, 8/2004, 218/2003, entre otras).

La incongruencia «ex silentio» o por omisión de pronunciamiento, por defecto de exhaustividad, constituye una vulneración del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto el requisito de exhaustividad de las sentencias exige que aquellas resuelvan todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una la respuesta que sea procedente; y se produce cuando la sentencia ha omitido alguna pretensión o algún elemento esencial de la pretensión; es decir, cuando deje de contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, quedando sin respuesta la cuestión planteada (Ts. 10 de octubre de 2012 (Roj: STS 6696/2012, recurso 732/2010), 10 de enero de 2012 (Roj: STS 608/2012, recurso 894/2009), 30 de junio de 2011 (Roj: STS 4852/2011, recurso 431/2007)).

Ahora bien, en el caso de las sentencias absolutorias, como la presente, es jurisprudencia que «no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador». La sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado (Ts. 19 de octubre de 2015 (Roj: STS 4164/2015, recurso 2259/2013), 24 de abril de 2015 (Roj: STS 1695/2015, recurso 1622/2012) y 10 de diciembre de 2013 (Roj: STS 6301/2013, recurso 2371/2011) entre otras).

Por otra parte, para que pueda alegarse la existencia de una vulneración procesal del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incongruencia omisiva de la sentencia, es requisito previo que se haya intentado en tiempo y forma la petición de complemento de la resolución, conforme a lo previsto en el artículo 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por lo que la falta de ejercicio de tal remedio impide a las partes plantear en un recurso devolutivo la incongruencia omisiva, tanto en la apelación (artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como extraordinario por infracción procesal (artículo 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Aunque se examinara desde la perspectiva de la posible existencia de incongruencia por omisión, debe ser desestimada, pues no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que la recurrente no solicitó la subsanación de la sentencia. En consecuencia, no se cumplió la carga procesal impuesta a las partes en el citado precepto, que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, y al no hacerlo así pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso. Su inobservancia excluye la indefensión, en cuanto su estimación exige que la parte no se haya situado en ella por su propia actuación (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (Roj: STS 2576/2016, recurso 2621/2014), 9 de marzo de 2016 (Roj: STS 1204/2016, recurso 2691/2013), 2 de julio de 2015 (Roj: STS 3203/2015, recurso 1660/2013), 30 de junio de 2015 (Roj: STS 2739/2015, recurso 2288/2013), entre otras).

Desde el momento es que la sentencia es absolutoria, y no se solicitó el complemento de la sentencia en el momento procesal oportuno, no puede formalizarse el motivo de incongruencia omisiva. Está llamado al fracaso desde el inicio.

2º.- Al margen de lo anterior, no puede aceptarse que se aluda a la falta de pronunciamientos sobre la impugnación de las

asambleas generales ordinaria y extraordinaria de 24 de octubre de 2014 (no sobre la impugnación del "acta", como se dice en el recurso, pues el acta en sí misma no es impugnada, y menos siendo notarial, sino los acuerdos que se dicen aprobados). Impugnación de acuerdos de la parte sostiene que introdujo a través de "hechos nuevos" alegados en la audiencia previa celebrada el 29 de octubre de 2014.

El artículo 286 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permite alegar "hechos" nuevos, como ya se admitía por la Jurisprudencia en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, pero siempre que integrasen la «causa petendi» de la pretensión principal. En tal sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002 (RJ Aranzadi 7929), cuando establece que «cabe la posibilidad de incorporar al proceso hechos nuevos en diversas perspectivas, pero han de consistir en eventos que se integren en "la causa petendi" de la pretensión principal ejercitada, que formen parte del objeto del debate jurídico, sin que quepa intentar con éxito modificación alguna en los términos en que quedó planteada, y, a su vista, resuelta la litis en la primera instancia del juicio...que vulneran el principio de la "perpetuatio actionis" -prohibición de la "mutatio libelli"- al configurar una situación de hecho y de Derecho distinta a la existente en el momento de la incoación del pleito». En esta línea la actual Ley de Enjuiciamiento Civil permite en el artículo la alegación e incluso prueba sobre hechos nuevos. Pero sólo hechos, lo que no se puede es pretender alterar la petición inicial de la demanda. En el mismo sentido, el artículo 400 del texto legal comentado. El artículo 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la posibilidad de realizar alegaciones (meras alegaciones) complementarias «sin alterar sus pretensiones ni los fundamentos de éstas»; aclarar las realizadas o rectificar extremos «secundarios de las pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos»; y si se pretende añadir alguna petición «accesoria o complementaria» sólo se admitirá si la parte contraria se muestra conforme, o no se le impide su derecho de defensa en condiciones de igualdad. Es decir, las rectificaciones de la demanda y las nuevas peticiones que puedan formularse en la audiencia previa han de ser siempre secundarias, accesorias y complementarias. Con posterioridad no puede pretenderse ninguna alteración de lo solicitado en la demanda. Invocación de hechos nuevos que tiene un formalismo muy concreto (Ts. 29 de noviembre de 2010 (Roj: STS 6262/2010, recurso 361/2007)), y que no puede confundirse con el planteamiento de nuevas pretensiones, como si sustituyese a una acumulación de demanda sobre hechos acaecidos con posterioridad, ni permite nuevas pretensiones, sino que es un mero alegato de "hechos" (Ts. 8 de junio de 2016 (Roj: STS 2624/2016, recurso 576/2014)).

Lo que se alegó sobre las asambleas generales de 24 de octubre de 2014 (aprobación de cuentas del año 2013 y exclusión forzosa de socios) fue que sobre ellas se proyectaba el planteamiento inicial de las demandas acumuladas. Pero entendido que se refería a que don Gerardo no podía convocar ya asambleas porque no era presidente, o que no podía utilizar su voto de calidad como dirimente. Pero no por razones intrínsecas de las propias asambleas u otras causas no alegadas en su momento, ni tampoco expuestas en esa audiencia previa.

A la vista de cómo se desarrolló el juicio, y cómo se practicó la prueba, es evidente que los demandantes pretenden extender su demanda inicial, convirtiendo el juicio en una especie de revisión de toda la vida societaria desde el inicio hasta el minuto anterior a que se dicte sentencia. El objeto del debate judicial viene marcado por el contenido de las dos demandadas. En ellas se define lo que se pretende (petitum) y cuál es la causa de tal pretensión (causa petendi). No puede posteriormente, en muchos casos por vía de documentos que se aportan sin solución de continuidad durante el juicio, o se plantean a través de preguntas formuladas a interrogados, testigos y peritos, pretender que se planteó correctamente una solicitud de pronunciamiento judicial.

Ni las demandas, ni en las contestaciones, se llegó a exponer en ningún momento cuáles eran, por ejemplo, los motivos concretos por los que impugnaba los acuerdos adoptados en la asamblea extraordinaria de 24 de octubre de 2014 sobre expulsión de socios. Por lo que su posible nulidad vendría determinada por un previo pronunciamiento de carencia de voto de calidad del presidente, que viciaría todos los acuerdos aprobados con posterioridad a la finalización de su mandato. Sin embargo, en el juicio se realizan múltiples preguntas precisamente sobre las imputaciones que justificarían la expulsión de los socios.

3º.- También se quejan los recurrentes sobre la falta de pronunciamiento en la sentencia apelada sobre las cuentas anuales y su validez, pese a que se practicó una amplia prueba documental y pericial sobre las cuentas, y que en el apartado segundo de los hechos de la demanda se mencionaba la impugnación de las cuentas anuales. El problema se plantea por las propias contradicciones internas de la demanda, donde tras una larga y errática relación fáctica, se culmina en un suplico totalmente ambiguo. Hasta el punto de que podría plantearse si estamos antes una demanda que no debió admitirse a trámite por falta de la mínima claridad y precisión (artículo 416.1-5ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el apartado c) de lo que se supone que sería el hecho segundo de la demanda, textualmente se menciona que «Esta parte no tiene más remedio que reservarse las acciones para la impugnación concreta de dichas cuentas... no poder disponer siquiera de la documentación soporte... libros diarios, registros inversión, contratos de supuestos préstamos, nóminas, impuestos...». Pero acto seguido sostiene que sí impugna dos extremos concretos: el préstamo de 70.000 euros, y unas cuentas que no se puede explicar. Es decir, primero impugna el contenido de la asamblea en cuanto aprueba las cuentas generales de varios ejercicios porque el presidente carecía ya de facultades, incluyendo el voto dirimente, así como la imposibilidad de acceder a la contabilidad (infracción del derecho de información). Carencia de información que es la razón de reservarse las acciones de impugnación "concreta"; y ahora, como durante el litigio sí tuvo acceso a las cuentas, se pudo hacer un informe pericial, y esgrimió en sede probatoria una concreta causa de impugnación de determinadas partidas, se viene a sostener que sí se ejercitó una impugnación concreta de partidas, sobre las que no se

pronuncia la sentencia.

Al margen de que la demanda es contradictoria internamente (no impugno porque no puedo, pero sí impugno), se confunde lo que se pide en la demanda y la causa de pedirlo (nulidad por negativa de información), con las cuestiones que después se introducen a lo largo del litigio. Todo ello aderezado con la extraña tramitación seguida en la instancia, donde a cada sesión celebrada se admitían nuevos alegatos, nuevas documentales, se llega a suspender el juicio para aportar documental y la pretensión de proponer prueba pericial caligráfica, permisividad en cuanto al desarrollo del debate en cuestiones totalmente ajenas a las planteadas en demanda y contestación. O se llegue a extremos tales como que un funcionario judicial y un abogado entren en un debate alzándose la voz, o aquél se ausente de la sala de audiencias inopinadamente.

En conclusión, pese a lo pretendido por la parte actora una vez que pudo examinar las cuentas tras la contestación a la demanda, lo cierto es que en las demandas no se impugnaron partidas concretas de las cuentas, salvo los particulares que se dijo (préstamo y deudas para con los socios). Lo que sí hay es una impugnación genérica por infracción del derecho de información. Pero las que se introducen a través del informe pericial no pueden ser objeto de este debate, más allá de constatar que la contabilidad presentada no es imagen fiel del estado financiero de la Sociedad Agraria de Transformación.

Conclusión que evita ya el innecesario análisis de los alegatos sobre la defectuosa contabilidad de la Sociedad Agraria de Transformación, su carencia de rigor, partidas erróneamente asentadas, infracción de principios contables, errores en valoraciones, y todos los demás detalles que analiza en el recurso.

4º.- Por último, también muestra su discrepancia la parte apelante con la sentencia apelada porque tampoco se pronuncia sobre la improcedencia de que don Eulogio perciba un sueldo de la sociedad, al no ser trabajador, con fundamento en que debe ventilarse ante la jurisdicción social, alegando los recurrentes que no existe una relación laboral, y no se invocó ninguna incompetencia de jurisdicción.

Se ignora qué tiene que ver la incompetencia de la jurisdicción civil para pronunciarse sobre una cuestión laboral, y la incongruencia omisiva. Una cosa es que no pueda pronunciarse (incompetencia de jurisdicción), y otra que no lo haga debiendo hacerlo (incongruencia).

La jurisdicción, como atribución del conocimiento de un asunto a un orden jurisdiccional determinado, tiene carácter de presupuesto procesal para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal. La intervención de los órganos jurisdiccionales del orden que corresponda, y no de otros, para el conocimiento de determinada cuestión es de orden público procesal (artículos 37.2 y 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Aunque no haya sido denunciada la falta de jurisdicción por las partes, su apreciación incumbe al órgano jurisdiccional de oficio, como se desprende de la necesaria aplicación de lo dispuesto en el artículo 9, apartados 1, 2 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ts. 29 de junio de 2010 (Roj: STS 3335/2010)), por lo que resulta indiferente que los demandados no excepcionaran en su momento la incompetencia de jurisdicción.

En la demanda se plantea que se declare la improcedencia de que don Eulogio reciba retribuciones de la Sociedad Agraria de Transformación, debiendo devolver las cantidades indebidamente percibidas por ese concepto. Petición que se fundamenta en que «siendo una de las notas esenciales de la relación laboral (artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores) la existencia de una efectiva prestación de servicios, la ausencia de la misma trae de la mano la inexistencia de una relación laboral... debiendo declararse la extinción de la relación laboral, sin derecho a ningún tipo de contraprestación... se trata en su caso de un despido por incumplimiento del trabajador... el mantenimiento de una relación laboral de las indicadas características...». Es la parte actora la que menciona la existencia o inexistencia de un contrato de trabajo, la extinción de la relación laboral, la denegación de un derecho a indemnización, y que se trataría de un despido procedente. Es obvio que se trata de una materia de la que deberán conocer los órganos de la jurisdicción social, y no la civil (artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Al socaire de impugnar unos acuerdos de la asamblea general, se ha querido traer a la jurisdicción civil todo un cúmulo de "afrentas" con la pretensión de que judicialmente se "ponga orden" en la Sociedad Agraria de Transformación. No se advierte que lo que realmente se sostiene es que los socios discrepan en grupos igualitarios, por mitades. La solución no es judicializar la sociedad, sino constatar que está incurso en causa de disolución por bloqueo de su actividad. Pero eso ya se dice que no lo quieren los demandantes. Por lo que deberán atenerse a las consecuencias de sus decisiones.

QUINTO.- - La caducidad de los cargos.- Bajo la denominación de error en la valoración de la prueba, aunque entremezclando infracciones legales, se reitera el criterio de que los nombramientos de presidente, así como secretario (el tesorero aunque se incluye, fue designado posteriormente) habían "caducado" a los cuatro años, tal y como establecen los estatutos de la SAT, no siendo cierto que no hubiese habido protestas de los demás socios, pues constan en las actas notariales que sí se puso de manifiesto. Posteriormente se vuelve a incidir en la cuestión, añadiendo además la relativa al voto de calidad del presidente, la "renovación proporcional", la nulidad de los acuerdos adoptados en las asambleas, la nulidad de las disposiciones patrimoniales, la nulidad de contrataciones laborales, o la existencia de una administración mancomunada normada por el Juzgado.

El motivo debe ser parcialmente estimado.

El régimen jurídico aplicable es el siguiente: (a) el Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, que aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación; (b) la Orden de 14 de septiembre de 1982, así como la Orden de la Xunta de Galicia de 29 de abril de 1988 sobre tramitación de sociedades agrarias de transformación (Doga de 9 de mayo); (c) los Estatutos y Reglamento de Régimen Interior por los que se rige la Sociedad Agraria de Transformación demandante, que en ningún caso pueden contravenir el contenido del referido RD 1776/1981; y (d) con carácter subsidiario, las normas que resulten de aplicación a las Sociedades civiles.

En el citado Real Decreto no se prevé nada en cuanto a la duración de los cargos de la Sociedad Agraria de Transformación. Es en el artículo 11 de los estatutos donde se establece que en este caso la junta rectora estará compuesta por seis miembros (lo que se acomoda a lo normado en el artículo 10.cuatro del Real Decreto), pero con la matización de que serán «elegidos para un período de cuatro años, pudiendo ser reelegidos».

Es cierto que en los estatutos no se previó qué acaecía si transcurría el plazo sin convocarse asamblea para la elección o renovación de los cargos. Pero no puede interpretarse la norma estatutaria como si no tuviese trascendencia alguna. Tal interpretación es contraria al espíritu y finalidad de la norma (artículo 3.1 del Código Civil). Si se establece un mandato limitado temporalmente, y por lo tanto la obligación de someterse a una elección entre los socios cada cuatro años, no sancionar el incumplimiento supondría establecer que la norma carece de razón de ser, de contenido obligacional, al no tener aparejada sanción. Tampoco se halla respuesta en los pocos artículos que en el Código Civil regulan las sociedades civiles.

Para suplir la laguna normativa sobre qué sucede al transcurrir el período, debe aplicarse la analogía, como se indica en la demanda que en su día formularon los ahora apelantes. El artículo 4.1 del Código Civil preceptúa que «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». El Tribunal Constitucional indica que si la analogía como medio de integración normativa es un método o procedimiento delicado, pues en definitiva no es más que el uso de un argumento lógico, habrá que exigirse en su aplicación, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo (sentencias del Tribunal Constitucional 148/1988 y 182/2011). El artículo mencionado establece un sistema para integrar las lagunas que presenta un texto legal, sistema que se basa en un argumento de probabilidad que tiene su fundamento en una razón de semejanza. La analogía no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto; se condiciona así la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados. Ahora bien, esa razón de semejanza puede interpretarse como igualdad, sino que dada una norma que predica una determinada calificación normativa de un objeto, se debe extraer el significado, que comprenda también aquellos sujetos que no están estrecha ni literalmente incluidos, pero presentan con los previstos una semejanza, asumida como relevante en orden a la identidad de las situaciones (Ts. 20 de julio de 2012 (Roj: STS 5284/2012, recurso 1342/2009), 16 de junio de 2011 (Roj: STS 3634/2011, recurso 10/2008) y 7 de octubre de 2010 (Roj: STS 4860/2010, recurso 1029/2004)).

Pero debe acudir a la regulación de las cooperativas, figura que tiene mucha más similitudes que otras formas societarias, como puede ser las sociedades de capital. Máxime cuando en aquéllas prima el trabajo personal del socio en la sociedad, frente a las segundas en la que la primacía es la aportación de capital y no del trabajo. El artículo 45 de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, prevé que finalizado el período de mandato los administradores continuarán en el cargo hasta el momento en que se produzca la renovación, y los elegidos tomen posesión, lógicamente con la finalidad de que no se produzca un vacío de gobierno en la cooperativa. Pero es significativo que el número 6 establezca la obligación de convocar la asamblea en el plazo de 15 días.

Es decir, compartiendo en lo sustancial los criterios sustentados por las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada de 28 de octubre de 2013 (Roj: SAP GR 1442/2013) y de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de mayo de 2005 (Roj: SAP SE 1740/2005), estas sociedades se fundamentan esencialmente en una participación democrática de los socios. Persistir en el desempeño de los cargos rectores, no convocando la asamblea para la designación o reelección, supone burlar la posibilidad de manifestación democrática de la asamblea, sometiendo la voluntad general y silenciándola. Son sociedades tan esencialmente democráticas que se configuran sobre la base de un socio es un voto, con independencia del capital que aporte a la SAT, o de que trabajen para ella más o menos horas. Una persona, un voto. Solo hay la excepción prevista en el artículo 11.tres del Real Decreto, y que se mencionan en el artículo 10.4 de los Estatutos de la «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"».

En consecuencia, transcurrido el plazo del nombramiento, el mandato se extingue. Surge en el presidente la obligación de convocar asamblea general para la renovación de cargos, si no tuvo la prevención de hacerlo antes de la expiración del término. Y en el orden interno pierden todas las facultades propias, salvo en lo afecta al funcionamiento del día a día de la sociedad, o la de convocar la asamblea. Frente al exterior, de cara a terceros que contraten de buena fe, sí seguirá ostentando la representación de la sociedad. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad personal en que pueda incurrir por esa extralimitación en su mandato.

Cualquier otra interpretación sería consentir una vulneración de un socio, que en su día fue elegido democráticamente como presidente, no solo de los estatutos sociales que le confirieron sus poderes; permitir la autoproclamación de un poder dictatorial, con burla a la voluntad de los socios, que se manifiesta en la asamblea general, que aportan el capital y su trabajo personal. Por lo que debe concluirse que finalizado el período por el que se nombró a los miembros de la Junta Rectora, el presidente deberá convocar la asamblea general a la mayor brevedad posible, y en todo caso incluir como primer punto del orden del día de la siguiente la renovación de cargos. Cualquier otra actuación debe vetarse en aras a preservar el principio democrático en que se fundamentan estas formas societarias.

No puede justificarse el mantenimiento en el cargo basándose en que los disidentes podían haber solicitado una convocatoria de asamblea general, conforme a los estatutos societarios. Es cierto que podían haberlo solicitado, pero tal actuación es subsidiaria a la obligación del presidente de cumplir y hacer cumplir los estatutos, y por lo tanto poner su cargo a disposición de la asamblea una vez finalizado el período de su nombramiento.

SEXTO.- - El voto de calidad.- La segunda cuestión que se plantea es la relativa a la persistencia, una vez vencido el plazo del cargo de presidente, del derecho a utilizar su voto como dirimente.

El artículo 11.tres del Real Decreto prevé que el presidente dirimirá con su voto los empates de las votaciones en «uno u otro Órgano social» (junta rectora y asamblea general). En esto se diferencia de la Lei de Cooperativas de Galicia, que niega el voto dirimente para la asamblea (artículo 36), pero lo acepta para el consejo rector (artículo 46).

La Sala debe compartir el criterio sustentado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de mayo de 2005 (anteriormente referenciada), en cuanto razona que «Tal facultad extraordinaria, dado que permite adoptar acuerdos que no cuentan ni siquiera con el apoyo de una mayoría simple, no puede tener otra justificación que la fiabilidad que merece la persona del presidente en tanto que depositario de la confianza de la mayor parte de los socios. Si el nombramiento, y por tanto esta confianza que el mismo implica, ha sido realizado con un límite temporal que ha sido excedido, y no se renueva en la forma prevista en los estatutos y en la Ley ha de entenderse que quien continúa ejerciendo el cargo lo hace sin ser ya depositario de esa confianza y que por tanto ya no le corresponde el privilegio de emitir voto dirimente».

A lo anterior debe añadirse que el voto de calidad se configura como un poder excepcional que rompe la doctrina de una persona un voto, con la única finalidad de permitir que la sociedad siga funcionando, impedir que se paralice su gestión por un bloqueo. Pero dado su carácter excepcional, también su utilización debe presentarse como algo anómalo, esporádico, no habitual. Por lo que repugna al sentir jurídico que todos los acuerdos de la sociedad agraria, incluyendo la elección de la nueva junta rectora, no puedan ser aprobados por mayoría simple (más del 50% de los votos), y sin embargo se consideren aprobados por el voto de calidad del presidente. Lo excepcional se convierte en norma diaria y forma habitual de trabajar. Es nuevamente la imposición. Lo que no es aceptable. Considerar vigente el voto dirimente del presidente, pese a que hace tiempo finalizó el mandato por el que fue elegido, y avalar la forma en que se viene utilizando, incluyendo la renovación en los cargos societarios, supondría aprobar judicialmente que una mitad de los socios pueda mantener eternamente una situación de gobierno en contra de la otra mitad, alterando principios elementales de todo sistema democrático.

La conclusión es que ningún acuerdo puede considerarse aprobado, al no lograr más de la mitad de los votos. Esto lleva a una situación de ingobernabilidad de la «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"», razón por la que se dijo anteriormente que se incurre en una causa de disolución. El artículo 13.uno c) del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación, prevé precisamente que es causa de disolución en cuanto se halla en una situación que imposibilita la realización del objeto social.

SÉPTIMO.- La nulidad de acuerdos de las asambleas.- Sostienen los recurrentes, como consecuencia de los anteriores precedentes, que deben tacharse de nulos todos los acuerdos adoptados en las asambleas, las disposiciones patrimoniales realizadas por el presidente y tesorero, así como las contrataciones laborales.

La pretensión debe ser estimada parcialmente:

1º.- Como se dijo, debe considerarse nula toda asamblea general que se celebre, una vez vencido el plazo por el que fueron elegidos los miembros de la junta rectora, y en este caso el presidente, en cuanto no se establezca con carácter prioritario la elección de nueva junta rectora.

A mayor abundamiento, debe igualmente predicarse la nulidad de todos los acuerdos adoptados en las asambleas celebradas, en cuanto fueron aprobados por la utilización abusiva del voto de calidad del presidente.

Por lo que son nulos todos los acuerdos que se consideraron aprobados en las asambleas ordinarias y extraordinarias celebradas el

23 de junio de 2013, 15 de enero de 2014 y 24 de octubre de 2014.

2°.- Pero lo anterior no conlleva la nulidad de las disposiciones patrimoniales que se hayan podido realizar, y menos como pronunciamiento en bloque. Habrá disposiciones a favor de terceros de buena fe, ajenos a la controversia, que deben ser respetadas; igual que las correspondientes al devenir diario de la explotación ganadera, pues de otra forma no podría funcionar. Todo ello sin perjuicio de que puedan impugnarse disposiciones concretas que se hayan realizado en perjuicio de la sociedad, dolosamente o de forma negligente, y en su caso exigirse responsabilidades a quien autorizó tales disposiciones.

3°.- No puede tampoco declararse nulas unas contrataciones laborales. En el orden externo, no corresponde a esta jurisdicción declarar la nulidad de un contrato laboral. Por otra parte, se trata de una contratación realizada por quien aparenta tener esa facultad; y afectaría a un tercero (el trabajador) que no es parte en el litigio, y con quien se han asumido unas obligaciones salariales a cambio de un trabajo prestado. En el orden interno, en todo caso podrán exigirse responsabilidades personales si así se considera, porque esas contrataciones hayan causado un efectivo perjuicio a la sociedad.

OCTAVO.- El gobierno de la Sociedad Agraria de Transformación.- La parte apelante, ya desde la demanda, es consciente de que se produce un empate técnico a la hora de gobernar la sociedad, por cuanto las cuatro familias están enfrentadas dos a dos, lo que supone que hay dos bloques, de tres socios cada uno, ostentando cada bloque el 50% del capital social. Se estaría pues ante una situación que ha sido definida como un supuesto de disolución de la sociedad ante la imposibilidad de conseguir el objeto social, se ha perdido el deseo de trabajar en sociedad. Basta observar el cariz de los reproches que se hicieron las partes en el acto del juicio, para advertir que se desconfía de todo, y se ve un deseo de aprovecharse en la más mínima actuación, con un panorama de enfrentamientos que incluso llegan a afectar a nivel personal.

No es factible, como pretende la parte, modificar los estatutos e introducir la "renovación proporcional". El Juzgado no puede modificar los estatutos, sino pronunciarse exclusivamente sobre la posible impugnación de acuerdos sociales por no acomodarse al ordenamiento jurídico. Pero la manifestación de la voluntad de los socios en la asamblea no puede ser suplida judicialmente. Por otra parte, se incurre en un error de interpretación sobre qué es la "renovación proporcional". No supone un reparto de puestos entre los distintos socios, ni una rotación obligada en el desempeño de los cargos, como parece interpretarse. La renovación proporcional se refiere a los supuestos en que hay socios trabajadores, y socios personas jurídicas o socios capitalistas. Es una renovación proporcional a la calidad de socios. Cada grupo diferenciado tiene derecho a elegir proporcionalmente a uno o varios miembros de la junta rectora. Y además no en los puestos de presidente o secretario, no en los puestos concretos, sino en la junta rectora. En este caso, no hay distintos socios (todos son inicialmente trabajadores), y todos ya están en la junta rectora. Es más, conforme al artículo 10.dos del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación, en las sociedades cuyo número de socios sea inferior a diez, como es este caso, la Asamblea general asumirá, como propias, las funciones que competen a la Junta Rectora, constituyendo ambas un solo Órgano. Realmente no tenían que existir dos órganos.

Tampoco es una facultad judicial instaurar una "administración mancomunada", que además actuaría siguiendo unas directrices del Juzgado. Son planteamientos jurídicos totalmente simplistas, ajenos a la jurisdicción, que solamente sirven para deteriorar la imagen de la Administración de Justicia, en cuanto crea en los ciudadanos mal aconsejados unas imposibles expectativas de respuesta y solución de problemas.

La consecuencia es que deberá convocarse asamblea general para elegir los cargos, sin votos dirimentes. Y si no se consigue la mayoría, deberá en su caso plantearse la disolución, o bien la solución que los socios consideren procedente.

NOVENO.- El abono de cuotas y el reparto de la PAC.- Entre las múltiples causas de enfrentamiento de los socios figura el incumplimiento del acuerdo adoptado por la Junta rectora el 10 de septiembre de 2009.

Por una parte, los socios cotizan a la Seguridad Social en el régimen de trabajadores autónomos, pese a que prestan servicios a media jornada para la SAT. Se acordó por la junta que la cotización a la Seguridad Social sería abonada por la sociedad. Plantean los demandantes -ahora apelantes- que era la SAT la que tiene que abonar la Seguridad Social, si bien no concretan cómo se haría, bien mediante abono directo, bien mediante reintegro del importe. Los demandados oponían por una parte que el ingreso era una obligación del trabajador, al estar cotizando por el régimen de autónomos, y que en la nómina ya va incluida una cantidad para el pago de la Seguridad Social, aunque no se diga y figure todo bajo el concepto de salario.

Por otra, se acordó que el importe de las ayudas de la PAC -que recibía desde entonces la SAT y no los socios- serían distribuidas entre ellos a razón del importe que habían recibido de media en las dos anualidades anteriores. Esta distribución se hizo exclusivamente un año, pero no los sucesivos, alegando los demandados que había otras obligaciones más preteritorias que atender.

El recurso se basa fundamentalmente en que los datos contables permiten establecer que existe beneficio, y que puede cumplirse la obligación. Motivación que resulta contradictoria. No puede sostenerse que la contabilidad no refleja la imagen fiel de la sociedad,

que sus datos son erróneos, razón por la que no pueden aprobarse las cuentas de la sociedad, y acto seguido alzar tales datos como prueba objetiva de los grandes beneficios supuestamente obtenidos y la posibilidad de hacer frente a todo tipo de gastos.

Lo que sí es cierto es que los acuerdos adoptados válidamente por la junta rectora han de ser cumplidos. Si existen dificultades económicas que impidan su correcta aplicación, para eso deben celebrarse las asambleas ordinarias, someter a los socios las aprobaciones de las cuentas, y en su caso la modificación de acuerdos. Es decir, deberá someterse a la decisión de la asamblea dejar sin efecto tales acuerdos, total o parcialmente. Mientras no se produzca la modificación, deberán cumplirse. En caso de imposibilidad material por falta de liquidez, lo procedente es reconocer un derecho de crédito a favor del socio por esas cantidades, asentándolo así en la contabilidad. Pero no que el presidente decida que debe incumplir un acuerdo de la junta rectora.

DÉCIMO.- El nombramiento de tesorero.- También se reproduce la petición de que se declare la nulidad del nombramiento de don Eulogio como tesorero. En la demanda se vino a sostener que el Secretario de la sociedad don Alfonso -demandante y ahora apelante- había firmado una "certificación" «sin ningún contenido concreto», que había sido manipulada para beneficio de don Eulogio, nombrándole tesorero y dándole facultades, pero la junta nunca se había celebrado, e incluso la fecha aparecía en blanco. En el acto del juicio el Sr. Alfonso negó la autenticidad de su firma, en las diversas certificaciones presentadas, originándose un nuevo guirigay de los muchos que caracterizó el debate en la primera instancia. Suspendido y reanudado el juicio, la versión se derivó a la primitiva. Ahora se vuelve a insistir en la versión primitiva.

El motivo no puede ser estimado.

Lo expedido no fue solo la certificación aportada a la página 149, manuscrita y que efectivamente no se menciona la fecha en que tuvo lugar la asamblea general, sino varias con el mismo contenido y en formatos diferentes. Unas utilizan el modelo que la Xunta de Galicia publicita como normalizado, y otras no. La obrante a la página 883 ni es manuscrita, ni omite dato alguno. Luego debe concluirse que fue expedida conscientemente, sin que puedan aceptarse los supuestos engaños. Por otra parte, no puede menos que resultar anómalo que el propio demandante plantee que una certificación expedida por él como Secretario de una Sociedad Agraria de Transformación, fue firmada con pleno conocimiento de ser falsa en cuanto a los datos certificados.

Está acreditado, e incluso es admitido por los propios apelantes, dados los términos en que plantearon las preguntas en el acto del juicio, que al menos hasta abril de 2011 se adoptaron múltiples acuerdos por consenso, aceptando todos lo acordado. Por lo que los acuerdos sí existen. Cuestión distinta es que ahora hayan surgido problemas entre los socios, incluso personales que no parecen permitir una mínima convivencia, y se pretenda negar lo acordado.

Por otra parte, la autenticidad del nombramiento es que durante estos años se ha venido autorizando que don Eulogio actuase como tesorero, desempeñando el cargo efectivamente, hasta que surgieron los problemas a mediados del año 2011.

UNDÉCIMO.- Los títulos de propiedad.- En la demanda se ponía de manifiesto que se había incumplido el deber establecido en el artículo 2 de los estatutos de la Sociedad Agraria de Transformación en cuanto a la llevanza de un libro registro de las aportaciones de los socios al capital social, así como de la entrega por el presidente de los resguardos individuales acreditativos de la participación social. A lo largo del litigio en la primera instancia se presentaron los resguardos diligenciados correspondientes a las aportaciones iniciales (según modelo normalizado publicitado por la Xunta de Galicia), considerando los demandantes que así se cumple parcialmente lo interesado en la demanda, en cuanto el Letrado de la Administración de Justicia puede expedir ahora testimonios de esos documentos para su entrega a los interesados, pero no en cuanto a las ampliaciones de capital. Por lo que es incorrecto el rechazo de la sentencia.

El motivo debe ser estimado parcialmente.

1º.- El artículo 8 del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación establece que las aportaciones de los socios que «estarán representadas por resguardos nominativos que, autorizados con las firmas del Presidente y del Secretario de la SAT». En consonancia con lo anterior, el artículo 2 de los estatutos de «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"» prevé la distribución del capital social en títulos nominativos, expedidos por el presidente y el secretario, y la llevanza de un libro registro de socios.

La prueba practicada acreditó que esos títulos nominativos, en cuanto al capital social inicial, sí fueron expedidos, aunque no llegaron a entregarse a los interesados. En nuestro sistema procesal, la litispendencia provoca la «perpetuatio facti» (perpetuación del hecho o estado de las cosas), la «perpetuatio iurisdictionis» (perpetuación de la jurisdicción), la «perpetuatio legitimationis» (perpetuación de la legitimación), la «perpetuatio obiectus» (perpetuación del objeto), la «perpetuatio actionis» (perpetuación de la acción), la «perpetuatio valoris» (perpetuación del valor) y la «perpetuatio iuris» (perpetuación del derecho), de tal forma que, como regla, la decisión del tribunal debe referirse a la situación de hecho y de derecho existente en el momento de interposición de la demanda, en el supuesto de que la misma fuese admitida (Ts. 4 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3554/2014, recurso 2505/2012), 18

de julio de 2013 (Roj: STS 4245/2013, recurso 1791/2010) y 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013, recurso 485/2012) y auto de 4 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3554/2014, recurso 2505/2012)). El artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto prevé que «No se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvencción, excepto si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvencción, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa». Supone que es la fecha de la presentación de la demanda, si esta es admitida, la que produce la litispendencia, conforme al artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el día que el Tribunal debe tener en cuenta para resolver sobre su contenido, estimatorio o desestimatorio, por razones de congruencia, atendiendo a la situación de hecho y derecho en que estaban las partes y las cosas objeto de ellos al presentarse la demanda, que es cuando se define la pretensión del actor, pese a las modificaciones posteriores respecto a las que existían al tiempo de presentarla (Ts. 9 de febrero de 2011 (Roj: STS 265/2011, recurso 594/2007)). La posibilidad de tomar en consideración hechos posteriores a la presentación de la demanda sólo es posible cuando tienen un carácter complementario o interpretativo. A este requisito debe entenderse subordinada la aplicación del artículo 426.4 Ley de Enjuiciamiento Civil, pues prevalece la imposibilidad de alterar el objeto del proceso establecido en la demanda (412.2 Ley de Enjuiciamiento Civil), es decir, los hechos fundamentales que integran la pretensión (Ts. 9 de febrero de 2010 (Roj: STS 746/2010)). Lo cierto es que al día de hoy siguen sin entregarse los títulos, por lo que la demanda debió de estimarse en este particular.

No es misión de los Letrados de la Administración de Justicia librar testimonios de documentos, ni el Juzgado es una especie de asesoría o gestoría como parecen querer los apelantes. Ni la judicialización de la SAT es el sistema de administración, ni puede pretenderse que el Juzgado guíe la administración social, o invente normas. Su función exclusivamente es aceptar o rechazar impugnaciones de acuerdos societarios. La administración ordinaria debe realizarse por órganos rectores societarios.

2º.- Pero debe rechazarse otra vez la ambigüedad en la que se mueve la parte apelante. Cuando le interesa ataca la gestión realizada, impugnando que la asesoría considerase que unas compraventas eran aportaciones a capital social. Y cuando no, pretende que se expidan unos títulos de ampliaciones de capital que no consta que sean tales. Previamente deberán adoptar el correspondiente acuerdo, precisando si son reales ampliaciones de capital o no, resolviendo las contradicciones que claramente expuso el perito don Celestino. Y una vez establecida la existencia de tales ampliaciones de capital, reforma de los estatutos sociales y registro, procederá en su caso la expedición de títulos.

DUODÉCIMO.- La falta de información.- Gran parte del recurso de apelación, al igual que en las conclusiones de primera instancia, se destina a la impugnación de las cuentas anuales, incluso trascendiendo al detalle de partidas y criterios concretos. Pero lo que se reitera, casi de soslayo, es la falta de información.

El motivo tendría que haber sido estimado.

Al haberse declarado la nulidad de lo acordado en las distintas asambleas generales, en cuando se consideró aprobado exclusivamente por el voto de calidad del presidente, y por lo tanto la aprobación de las cuentas de cinco ejercicios en bloque, el motivo ya no tiene un contenido con trascendencia jurídica práctica. No obstante, sí debe hacerse una pequeña referencia a que se infringió el derecho de información de los socios, en cuanto se les denegó el acceso a la documentación contable y a la propia contabilidad. Las declaraciones testificales, así como la seudopericial de don Esteban, dejaron a la vista el claro posicionamiento del "asesor", así como el oscurantismo en cuanto a la gestión económica, con una clara negativa a facilitar una mínima información sobre la contabilidad de la SAT. Algo realmente anómalo por cuanto está compuesta por seis socios, por lo que no parece que ofrezca dificultad alguna facilitar una amplia información. A lo que debe añadirse que lo que sí se probó es que la contabilidad no es reflejo fiel de la situación económica de la empresa. Pudiera ser conveniente buscar asesoramiento externo para dilucidar el problema.

Como ya se dijo anteriormente, en lo que no procede entrar es en el análisis concreto de alguna o alguna partida de la contabilidad, su corrección o no, por cuanto esa impugnación concreta aparece reservada contradictoriamente desde la demanda.

Al establecerse la nulidad de los acuerdos adoptados, resulta superfluo el análisis de la nulidad del préstamo, y menos de oficio, como pretende la parte apelante.

DECIMOTERCIO.- Costas.- Al estimarse parcialmente la demanda no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia (artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y la estimación del recurso exonera de un especial pronunciamiento en cuanto a las generadas en la segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

DECIMOCUARTO.- Depósito del recurso.- Conforme a lo dispuesto en el ordinal octavo, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, al estimarse el recurso, deberá devolverse a la parte el depósito constituido, debiendo expedirse el correspondiente mandamiento de pago.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Por lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, resuelve:

1º.- Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre de los demandantes doña Lucía, don Alfonso, y doña Ofelia , contra la sentencia dictada el 14 de enero de 2016 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 238-2013, al que se acumularon los autos de la misma clase tramitados ante el mismo Juzgado bajo el número 37-2014, y en el que son demandados «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"», don Eulogio, doña Amanda y don Gerardo.

2º.- Se revoca la sentencia apelada; y en su lugar, estimando en lo que se infiere la demanda presentada:

(a) Declarar y declaramos la nulidad de todos los acuerdos que se consideraron aprobados en las asambleas ordinarias y extraordinarias celebradas el 23 de junio de 2013, 15 de enero de 2014 y 24 de octubre de 2014.

(b) Debemos declarar y declaramos que la Sociedad Agraria de Transformación deberá dar debido cumplimiento a los acuerdos adoptados por la Junta Rectora el 10 de septiembre de 2009 en cuanto a que el importe de la Seguridad Social de los socios que estuviesen trabajando en la sociedad agraria sería pagado por la SAT, así como que las ayudas de la PAC serían distribuidas entre ellos a razón del importe que habían recibido de media en las dos anualidad anteriores.

(c) Debemos declarar y declaramos que la Sociedad Agraria de Transformación está obligada a entregar a los socios los resguardos individuales nominativos, autorizados con las firmas del Presidente y del Secretario, acreditativos de la participación social de cada uno.

(d) Condenamos a los demandados a estar y pasar por las precedentes declaraciones, así como que «Sociedad Agraria de Transformación "Sanfoga nº 1383 Xuga"» proceda a dar debido cumplimiento a lo acordado por la Junta Rectora el 10 de septiembre de 2009, y a expedir los resguardos individuales.

(e) Todo ello sin expresa imposición de las costas de primera instancia.

3º.- No se imponen las costas ocasionadas por el recurso de apelación.

4º.- La estimación del recurso conlleva la devolución del depósito constituido para apelar. Procédase por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de instancia a expedir mandamiento de devolución a favor del procurador que representa a la parte apelante por el importe del depósito constituido.

5º.- Notifíquese esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la cuantía, superando esta 3.000 euros y no excediendo de 600.000 euros, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal sin presentar al mismo tiempo recurso de casación. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011, y los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar

desde el siguiente a la notificación.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Santander, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0178 16 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0178 16 para el recurso extraordinario por infracción procesal.

6º.- Firme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros, con devolución de los autos.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael Jesús Fernández Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 15030370032016100293

EDJ 2016/211385

AP A Coruña, sec. 6ª, S 2-11-2016, nº 319/2016, rec. 271/2016

Pte: Castro Calvo, Leonor

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

PRECIO

Falta de pago

INCUMPLIMIENTO

Del arrendatario

ARQUITECTOS Y APAREJADORES

CARGA DE LA PRUEBA

EL ARTÍCULO 217 DE LA NUEVA LEC

CONSUMIDORES Y USUARIOS

CLÁUSULAS ABUSIVAS

COOPERATIVAS

NORMAS REGULADORAS

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.9 de Ley 27/1999 de 16 julio de 1999. Ley de Cooperativas

Cita art.248.4 de LO 6/1985 de 1 julio de 1985. Poder Judicial

Cita art.117 de CE de 27 diciembre de 1978. Constitución Española

Cita art.1256 de RD de 24 julio de 1889. Código Civil

Versión de texto vigente Texto actualmente vigente

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 (DESPL)

A CORUÑA

SENTENCIA: 00319/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA

SECCIÓN SEXTA

SANTIAGO DE COMPOSTELA

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 271/2016

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ANGEL PANTIN REIGADA -PRESIDENTE-

Dª LEONOR CASTRO CALVO

Dª MARIA DEL CARMEN VILARIÑO LOPEZ

SENTENCIA

En SANTIAGO DE COMPOSTELA, a dos de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 289/2014, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 271/2016, en los que aparece como parte apelante, A MUIÑA SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA, representada por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA SOLEDAD SANCHEZ SILVA, asistida por el Abogado D. PEDRO TREPAT SILVA, y como parte apelada, CP ARQUITECTURA Y URBANISMO SLP, representada por el Procurador de los tribunales, Sr. BENJAMIN VICTORINO REGUEIRO MUÑOZ, asistida por el Abogado D. EVARISTO NOGUEIRA POL; siendo la Magistrada Ponente la Ilma. D^a LEONOR CASTRO CALVO, quien expresa el parecer de la Sala en los siguientes Antecedentes de Hecho, Fundamentos de Derecho y Fallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- - Seguido el juicio por sus trámites legales ante el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, por el mismo se dictó sentencia con fecha 22/4/15, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

"SE ESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por el Procurador Sr. Regueiro Muñoz en el nombre y representación invocada y, en consecuencia, SE CONDENA a la demandada A Muiña Sociedad Cooperativa Galega a abonar a la actora la cantidad de TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL OCHENTA EUROS Y DIECINUEVE CÉNTIMOS (337.080,19€), así como al pago de las costas."

SEGUNDO.- - Notificada dicha resolución a las partes, por A MUIÑA SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, y señalándose para la deliberación, votación y fallo, el pasado día nueve de septiembre de dos mil dieciséis, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- - En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

PRIMERO.- - En la demanda rectora del procedimiento que interpone la mercantil "C P ARQUITECTURA Y URBANISMO, SL" frente "A MUIÑA SOCIEDADA COOPERATIVA GALEGA", se ejercita una acción de reclamación de cantidad dirigida a obtener el pago de la minuta de honorarios subsiguiente al contrato de 3/4/2006 mediante el cual la entidad demandada concertó con la actora la redacción de un proyecto de edificación, la dirección de obra y asesoría técnica.

En la sentencia apelada se estima íntegramente la pretensión. Se razona que el contrato que vincula a las partes es un arrendamiento de servicios válido, eficaz y vinculante para la cooperativa, puesto que aunque se firmó con carácter previo a la creación de la sociedad, la normativa vigente respecto de cooperativas en formación (art. 9 de la Ley 27/1999 y art. 13 de la Ley 5/1998 de cooperativas de Galicia) así lo establece expresamente; significando que además el citado contrato fue expresamente ratificado en la asamblea constituyente.

Se analiza asimismo la cuantía de la minuta de honorarios y se considera que es adecuada a los baremos de honorarios establecidos por el COAG (Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia), puesto que el contrato celebrado no comprendía únicamente la redacción del proyecto de edificación y dirección de obra, sino que abarcaba otros conceptos como asesoramiento técnico etc.

Frente a la alegación de la demandada de que el presupuesto sobre el que se llevó a cabo la facturación no se acreditó señala que la

carga de la prueba correspondía al demandado y que al respecto el desconocimiento del presidente de la cooperativa fue palmario e inadmisibles dado su cargo y dado que disponía de mayor facilidad probatoria.

También desestima la alegación del carácter abusivo de las cláusulas atendiendo a que la cooperativa no tiene la condición de consumidora. Y finalmente señala que dado que las obras se comenzaron es evidente que el trabajo se desarrolló y nada excluye el pago.

Recurre en apelación la parte demandada y condenada verificando en primer lugar una relación de antecedentes en los que acusan a la parte actora de actuar en fraude de ley. Con relación al fondo, apelando al art. 1.256 del Código Civil en el que se establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de los contratantes, argumenta que el contrato de arrendamiento de servicios no fija el precio del contrato sino que lo referencia a los "baremos de honorarios aconsejados por el COAG de acuerdo con el presupuesto real de las obras que definitivamente se contraten". Con base a lo cual argumenta que se ha vulnerado el principio de carga de la prueba, pues correspondía al actor acreditar el precio base de referencia porque ese es el documento en el que funda su derecho. Considera el apelante que dado que en la contestación a la demanda se discutió este extremo debería haberse desarrollado prueba al respecto por el actor, fundamentalmente atendiendo a que en la factura se introducen conceptos que desvirtúan las cifras que resultan de la aplicación del baremo.

SEGUNDO.- - El recurso no puede prosperar. Se comparten por entero el criterio y los razonamientos desarrollados en la sentencia apelada, en la que se analiza perfectamente el debate suscitado, dando adecuada respuesta a todas las cuestiones controvertidas.

La primera alegación en la que se exponen los antecedentes del contrato que liga a las partes, denunciando a la parte demandante de haber creado un entramado social en fraude de ley, además de carecer de respaldo, no puede ser tomada en consideración por no cumplir con las exigencias legales, puesto que carece del contenido propio de un recurso de apelación, al limitarse a escenificar el clima previo entre las partes, sin exponer motivo alguno de impugnación.

TERCERO.- - El motivo que denuncia que el contrato que liga a las partes y sirve de fundamento a la pretensión ejercitada en la demanda vulnera lo establecido en el art. 1256 del Código Civil, además de no ir acompañado de una solicitud de nulidad que permitiría la restar eficacia a la cláusula segunda del contrato; dado el contenido propio de la citada cláusula se pone en relación con la valoración de la prueba.

Así, el art. 1256 del Código Civil establece que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Y la cláusula 2ª del contrato dispone que: "las minutas por los servicios de arquitectura, a las que se añadirá el coste de los descuentos y visados colegiales, se confeccionarán con arreglo a los baremos de honorarios aconsejados por el COAG, de acuerdo con el presupuesto real de las obras que definitivamente se contrate".

Poniendo en relación ambos textos es evidente que el art. 1256 del Código Civil no es aplicable al contrato, toda vez que no se deja al arbitrio de las partes ni la validez ni el cumplimiento del contrato, sino que se establecen de forma consensuada un criterio para la confección de la minuta de honorarios. Lo cual, no afecta ni a la validez ni al cumplimiento. Siendo por lo demás coherente que la cuantificación de los honorarios se haga por referencia a los baremos de un colegio profesional.

Lo que trasciende del recurso es la discrepancia del apelante con la concreción que se lleva a cabo en la minuta de honorarios que se reclama. Se alega al respecto que dada la redacción de la cláusula, que condiciona la concreción de la factura a los baremos del COAG y al presupuesto real de las obras contratadas, correspondía al actor la carga de probar estos extremos. Es decir le correspondía aportar esos baremos y su forma de aplicación y además justificar el volumen real de la obra.

El debate queda restringido por tanto a la valoración de la prueba. Extremo con relación al cual rige el art. 217 en el que se establece que:

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

.....

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

Consecuentemente, cada parte debe acreditar los hechos que le benefician o en los que funda sus planteamientos, siguiendo un principio de proporcionalidad y facilidad para llevar a cabo la actividad probatoria, de acuerdo con la regla de la persona mejor situada para ello.

Todo lo expuesto conduce a la desestimación del motivo. La parte actora ha presentado como medio de prueba la factura de honorarios, que es el medio idóneo y usualmente utilizado para justificar el devengo de honorarios profesionales. Consideramos por tanto que ha cumplido con el deber que le impone el art. 217. Y ello desplaza a su vez a la parte demandada la carga de probar todo aquello que pueda restar eficacia a la factura aportada de adverso. Consecuentemente al establecerse un criterio de cuantificación por referencia a factores externos, era la demandada la que debería haber acreditado que el cálculo de la factura estaba mal hecho con arreglo bien a los baremos del COAG o bien el volumen de obra. Cuestión esta para la que es indudable que debería tener plena facilidad probatoria puesto que los baremos son públicos al tratarse de un colegio oficial y el volumen de obra debería conocerlo, dada su condición de sociedad cooperativa promotora de la obra.

CUARTO.- En consecuencia, se desestima el recurso de apelación, confirmando la sentencia de instancia por sus propios y acertados fundamentos, que se dan por reproducidos.

La desestimación del recurso conlleva la condena en las costas de la segunda instancia a tenor del art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre este particular dice el demandante en la oposición al recurso que la prueba del presupuesto real de la obra corresponde a la promotora, es decir a la cooperativa y a la constructora.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey y de conformidad con el artículo 117 de la Constitución,

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación promovido por "A MUIÑA SOCIEDAD COOPERATIVA GALEGA", contra la sentencia de 22/04/2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Santiago de Compostela en los autos de Juicio Ordinario nº 289/14, la confirmamos íntegramente, haciendo expresa condena sobre las costas del recurso al apelante.

Notifíquese esta Sentencia en legal forma a las partes, haciéndoles saber que conforme al art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial podrá interponerse frente a la misma recurso de casación en interés casacional, que deberá ser interpuesto ante esta Sección en el plazo de 20 días desde la notificación de la sentencia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra resolución de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de Sala de su razón, incluyéndose el original en el Libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado de la Administración de Justicia certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 15078370062016100526

EDJ 2016/222912

AP Pontevedra, sec. 1ª, S 14-11-2016, nº 533/2016, rec. 681/2016

Pte: Menéndez Estébanez, Francisco Javier

Resumen

Cooperativas. Relación entre las partes. Cumplimiento del objeto social. La AP determina que se debe distinguir entre las relaciones puramente mutualistas derivadas del régimen propio de la cooperativa como organización societaria, con las obligaciones y derechos propios del socio cooperativista. La cooperativa no puede exigir el cumplimiento de un documento en el que el cooperativista refleja y asume un compromiso unilateral cuando la cooperativa no es parte del mismo. El cooperativista que ha dejado de ser socio no puede solicitar la declaración de que el objeto social ha sido cumplido y por ende la procedencia de disolución (FJ 3 y 4).

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

art.218

RD de 24 julio de 1889. Código Civil

art.1255 , art.1256

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

COOPERATIVAS

SOCIOS Y ASOCIADOS

CUENTAS ANUALES

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Miembro de sociedad u otras figuras asociadas; Desfavorable a: Cooperativa

Procedimiento:Recurso de apelación

Legislación

Cita art.218 de Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.1255, art.1256 de RD de 24 julio de 1889. Código Civil

Cita sec.1 de RDLeg. 1/2001 de 20 julio de 2001. Ley de Aguas

Cita art.398.1 de Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.7.1, art.1447 de RD de 24 julio de 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre COOPERATIVAS - DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN, COOPERATIVAS - SOCIOS Y ASOCIADOS, COOPERATIVAS - CUENTAS ANUALES STS Sala 1ª de 10 noviembre 2000 (J2000/37062)

Cita en el mismo sentido sobre COOPERATIVAS - DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN, COOPERATIVAS - SOCIOS Y ASOCIADOS, COOPERATIVAS - CUENTAS ANUALES SAP Zamora de 1 julio 1999 (J1999/27149)

Cita en el mismo sentido sobre COOPERATIVAS - DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN, COOPERATIVAS - SOCIOS Y ASOCIADOS, COOPERATIVAS - CUENTAS ANUALES STS Sala 1ª de 19 junio de 1995 (J1995/2648)

Cita en el mismo sentido sobre COOPERATIVAS - DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN, COOPERATIVAS - SOCIOS Y ASOCIADOS, COOPERATIVAS - CUENTAS ANUALES STS Sala 1ª de 7 enero 1992 (J1992/75)

Cita en el mismo sentido sobre COOPERATIVAS - DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN, COOPERATIVAS - CUENTAS ANUALES STS Sala 1ª de 8 julio de 1988 (J1988/5988)

Cita STS Sala 1ª de 9 abril 2015 (J2015/45637)

Cita STS Sala 1ª de 26 marzo 2015 (J2015/36343)

Cita STS Sala 1ª de 3 diciembre 2014 (J2014/230610)

Cita STC Sala 2ª de 18 julio de 1994 (J1994/10570)

Versión de texto vigente Texto actualmente vigente

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00533/2016

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MC

N.I.G. 36038 47 1 2015 0300103

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000681 /2016

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 3 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000089 /2015

Recurrente: MONTE ALBA SOCIEDAD COOPERATIVA GALLEGA

Procurador: AMPARO GONZALEZ MARTINEZ

Abogado: ANA MARIA FIDALGO LOPEZ

Recurrido: Braulio, MONTE ALBA SOCIEDAD COOPERATIVA GALLEGA

Procurador: FRANCISCO JAVIER SOAJE RENARD, AMPARO GONZALEZ MARTINEZ

Abogado: MIGUEL VILA PEREZ, ANA MARIA FIDALGO LOPEZ

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS
MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.533

En Pontevedra a catorce noviembre dos mil dieciséis.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario núm. 89/15, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra con sede en Vigo, a los que ha correspondido el Rollo

núm. 681/16, en los que aparece como parte apelante- demandado: MONTE ALBA SOCIEDAD COOPERATIVA GALLEGA, representado por el Procurador D. AMPARO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, y asistido por el Letrado D. ANA MARIA FIDALGO LOPEZ, y como parte apelado-demandante: D. Braulio, representado por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER SOAJE RENARD, y asistido por el Letrado D. MIGUEL VILA PEREZ, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra, con sede en Vigo, con fecha 14 abril 2016, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Soaje Renard en la representación acreditada, debo declarar que MONTE ALBA SOCIEDAD COOPERATIVA no ha cumplido su objeto social.

Se condena a la demandada a que entregue a la actora estado de cuentas económico del demandante en el momento de su baja en la cooperativa, o en su defecto que manifieste la imposibilidad provisional y la causa que lo impide.

Se condena a la demandada a abonar a la actora la cantidad de VEINTE MIL OCHOCIENTOS ONCE EUROS CON VEINTINUEVE CÉNTIMOS (20.811,29 euros) así como a los intereses legales de tal cantidad desde presentación de demanda. Se condena a abono de intereses moratorios desde fecha de sentencia (576 LEC).

No se imponen costas procesales a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Monte Alba Sociedad Cooperativa Gallega, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- .- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda en que se ejercita acción declarativa relativa al cumplimiento por la sociedad cooperativa demandada de su objeto social, la pretensión de condena a la entrega de al demandante del estado de cuentas de la sociedad cooperativa y la pretensión sobre reclamación de cantidad relativa al reintegro de cantidades al causar baja en la sociedad cooperativa.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la sociedad cooperativa, y también es impugnada por la parte actora.

SEGUNDO.- . - La parte apelante sostiene que la sentencia vulnera el principio de congruencia al no otorgar validez al documento 11 aportado con la contestación a la demanda, pues tal validez no ha sido cuestionada por ninguna de las partes. Sostiene la parte actora que existe incongruencia de la sentencia vulnerando lo dispuesto en el art. 218 LEC.

El motivo debe ser rechazado. La STS. de 20 de marzo de 2.001, que, pese a referirse la anterior normativa, continúa plenamente vigente dentro del ámbito del artículo 218 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, señala: "la doctrina que esta Sala ha ido perfilando en torno al deber de congruencia que pesa sobre las sentencias, el cual conlleva la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está substancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose tampoco, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible (SSTS 15-12-95, 7-11-95, 4-5-98, 10-6-98, 15-7-98, 21-7-98, 23-9-98, 1-3-99 y 31-5-99, entre otras muchas); de este modo, para determinar la incongruencia se ha de acudir necesariamente al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda -sin atender a sus meros presupuestos (STC 222/94 y STS 17-2-92)- y los términos en que

se expresa el fallo combatido (SSTS 22-4-88, 23-10-90, 14-11-91 y 25-1-94), estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer un ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, si bien esta permisión tiene como límite el respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras (SSTS 11-10-89, 23-12-93, 25-1-94 y 4-5-98, entre otras muchas)".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003 con remisión a las de 19 de octubre de 1999 y 4 de mayo de 1999, declara en torno a la incongruencia: "La congruencia es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("ultra petita"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("citra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita, por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes, de conformidad con la regla "iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium"

Según reiterada doctrina legal sobre la congruencia esta consiste en la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y existe allí donde la relación entre estos dos términos, Fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos fundamentales rectores del proceso y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible.

Teniendo en cuenta la doctrina expuesta, ningún vicio de incongruencia puede ser imputable a la sentencia impugnada, la cual da cumplida respuesta a todas y cada una de las pretensiones planteadas en la demanda. La sentencia se ajusta a las pretensiones de las partes.

TERCERO.- - En realidad lo que se pretende denunciar es lo que se apunta con más corrección en el segundo motivo del recurso relativo a la valoración de la prueba, concretamente del mencionado documento nº 11 aportado con la contestación a la demanda. El juez de instancia no priva al documento de validez en el sentido de que no se cuestiona su existencia y contenido, su validez formal. Lo que cuestiona el Juez de instancia es el valor probatorio del documento y los efectos jurídicos que debe tener en la relación entre el ex socio de la sociedad cooperativa y ésta, concretamente para liquidar la misma.

La parte apelante pretende que dicho documento vincule en la actual situación a ambas partes. Tal documento dispone, en lo que ahora interesa, que " En relación con los pagos citados en el punto uno, quedan a la espera de recuperar los importes que deriven del neto de la venta de los elementos no vinculados (locales y oficinas) pendientes de enajenación a la fecha, todo ello de acuerdo con las decisiones que al respecto adopte o haya adoptado la Asamblea de socios".

Sostiene la parte apelante que la aplicación del citado acuerdo, perfectamente válido conforme a las reglas generales de nuestro derecho de obligaciones, determina que hasta la enajenación de todos pisos y locales, no procede la devolución que la sentencia reconoce al demandante de sus aportaciones.

Hemos de dejar sentado que, como ya hemos señalado en otras resoluciones, respecto del tipo de relación jurídica que une al socio y la cooperativa, no se reduce a relaciones estrictamente mutuales que no se rigen ni por el Código de comercio ni el Código civil sino exclusivamente por la Ley de Cooperativas y los estatutos sociales.

La doctrina ha distinguido entre la relaciones puramente mutualistas, derivadas del régimen propio de la cooperativa como organización societaria, con las obligaciones y derechos propios del socio cooperativista, el régimen de sus órganos y acuerdos, así como el nacimiento y extinción tanto de la cooperativa como de la relación entre esta y sus socios, de la actividad cooperativizada en sentido amplio. Y aun cuando ha sido divergente la solución dada, en la jurisprudencia puede decirse que ha primado la tesis de la naturaleza contractual de la relación cooperativizada, admitiendo la formalización de dos contratos diferentes en el seno de la cooperativa, existiendo una relación de participación en la organización común, de carácter social, y una multiplicidad de relaciones de cambio o de otro tipo, entre la sociedad y los socios, entabladas para la consecución del fin mutualista (compraventa, suministro, préstamo, seguros....).

Así se ha pronunciado el TS cuando ha tratado la cuestión en las cooperativas de viviendas, refiriéndose al contrato de compraventa entre la cooperativa y sus socios (SSTS 8 julio 1988, o 7 enero 1992, SAP Zamora, 1 julio 1999). En el marco de las cooperativas agrarias, como la que nos ocupa, la comercialización de productos con sus socios, la STS 19 junio 1995, se refiere a una relación contractual asimilable al contrato de compraventa civil y la aplicación de sus preceptos, concretamente arts. 1447 y ss. CC. En igual sentido STS 10 noviembre 2000, que califica de compraventa civil la entrega por una cooperativa a uno de sus socios de pienso para su granja avícola.

Dicho lo anterior, la parte apelada pretende restar valor probatorio al documento alegando su desconocimiento, su firma mediante

maniobras engañosas, colocándolo junto con la escritura pública de compraventa, para asegurar la no petición de liquidación....Y que su contenido, además de no tener carácter contractual pues es firmado por una sola de las partes, por el socio, no por la cooperativa, implica una limitación de los derechos de los socios de la cooperativa.

La sala no puede dudar de la validez y existencia formal del documento, pues el mismo está firmado por el apelado, no estando acreditado vicio de tal entidad que pueda determinar su nulidad. Sin embargo es cierto que no tiene carácter contractual, siendo un documento que refleja únicamente un compromiso unilateral que asume el cooperativista, sin que la cooperativa pueda exigir su cumplimiento al no ser parte en el mismo. No resultan así de aplicación las normas sobre obligaciones contractuales invocadas por la parte apelante como el art. 1255 y 1256 CC. Tal y como se ha plasmado lo que pudiera pretenderse en el documento en cuestión, lo cierto es que este es una declaración unilateral que solo muy excepcionalmente se ha admitido como fuente de obligaciones (promesa pública de recompensa, concursos con premio o reconocimiento de deuda), pues la regla general, según la mejor doctrina, es no considerar a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones.

En su caso, podría ser de aplicación la doctrina de los actos propios. Pero sin embargo debe recordarse el rigor que impone la Jurisprudencia del TS para la aplicación de la doctrina de los actos propios, en la exigencia del ejercicio de los derechos conforme a las reglas de la buena fe, encontrando su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, pues se falta a la buena fe en sentido objetivo, es decir, como exigencia de lealtad y honestidad en los tratos y en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC) cuando se va contra la resultancia de los propios actos, pero ello exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, esclarecer, modificar o extinguir una determinada situación que afecta jurídicamente a su autor, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, de modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, con el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior. Así SSTS, Sala 1ª, de 9 de abril del 2015 (ROJ: STS 1289/2015), de 26 de marzo del 2015 (ROJ: STS 1092/2015), o de 3 de diciembre del 2014 (ROJ: STS 5560/2014), entre otras.

En el supuesto que nos ocupa el documento en cuestión es elaborado en el año 2008, en plena vigencia de la relación entre socios y cooperativa, pero nada indica que dicho documento, su contenido y el compromiso que se asume, deban mantenerse en vigor al extinguirse la relación socio/cooperativa, e influir en su liquidación, contrariando lo establecido en la Ley de Cooperativas. Y desde esta perspectiva, no puede considerarse que pueda tener un efecto limitador en la liquidación de dicha relación en la forma dispuesta en la normativa sobre sociedades cooperativas, máxime cuando el demandante, dada la pérdida de su condición de cooperativista, también deja de tener conocimiento del funcionamiento y devenir de la cooperativa. Por lo que el recurso debe ser rechazado.

CUARTO.- - La parte apelada impugna la sentencia en relación al pronunciamiento que desestima su pretensión de que se declare que la sociedad cooperativa ha cumplido su objeto social.

Como hemos señalado anteriormente, la doctrina ha distinguido entre la relaciones puramente mutualistas, derivadas del régimen propio de la cooperativa como organización societaria, con las obligaciones y derechos propios del socio cooperativista, el régimen de sus órganos y acuerdos, así como el nacimiento y extinción tanto de la cooperativa como de la relación entre esta y sus socios, de la actividad cooperativizada en sentido amplio. Y aun cuando ha sido divergente la solución dada, en la jurisprudencia puede decirse que ha primado la tesis de la naturaleza contractual de la relación cooperativizada, admitiendo la formalización de dos contratos diferentes en el seno de la cooperativa, existiendo una relación de participación en la organización común, de carácter social, y una multiplicidad de relaciones de cambio o de otro tipo, entre la sociedad y los socios, entabladas para la consecución del fin mutualista (compraventa, suministro, préstamo, seguros....).

La pretensión que se ejercita hace referencia a la relación ad intra entre socios y sociedad cooperativa, pues la declaración de que el objeto social ha sido ya cumplido conlleva unos efectos de central importancia al determinar incluso la procedencia de su disolución (art. 120.3 LSCG) y la posterior desaparición del vínculo societario. Siendo así, resulta imprescindible para el ejercicio de tal pretensión estar legitimado activamente, y dicha legitimación activa exige ostentar la condición de socio al momento de interponer la demanda. Legitimación de la que carece el impugnante al causar baja en la sociedad, que tuvo plenos efectos, como el propio impugnante dice en su demanda, en fecha 28 enero 2014.

QUINTO.- - La desestimación del recurso de apelación y de la impugnación determina que deba imponerse las costas causadas por cada uno a cada uno de sus promoventes según lo dispuesto en el art. 398.1 LEC.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y necesaria aplicación,

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación deducido por la representación procesal de MONTE ALBA SOCIEDAD COOPERATIVA GALLEGA, así como la impugnación planteada por la representación procesal de D. Braulio contra la sentencia dictada el 14 de abril de 2016 en autos de juicio ordinario 89/15 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 Pontevedra, con sede en Vigo .

Todo ello con imposición de las costas causadas por la apelación a la parte apelante, y de la impugnación a la parte impugnante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 36038370012016100526